



בבית המשפט העליון

בש"פ 8823/07

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן

העורר : פלוני

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערר על החלטת בית-המשפט המחוזי בירושלים מיום
18.10.07 בב"ש 10116/07 שניתנה על-ידי כבוד השופטת
ח' בן עמי

תאריכי הישיבות : ח' בטבת התשס"ט (4.1.2009)
כ"ח באדר התשס"ט (24.3.2009)

בשם העורר : עו"ד רשאד זועבי; עו"ד דוד הלוי

בשם המשיבה : עו"ד מיכאל קרשן

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטת ח' בן-עמי) דחה ערר על שתי החלטות שנתן בית משפט השלום בירושלים: ההחלטה הראשונה ניתנה על-ידי כבוד השופט ר' וינוגרד, ובה הוחלט לקיים דיון בנוגע להארכת מעצרו של העורר, שלא

בנוכחותו; ההחלטה השנייה ניתנה על-ידי כבוד השופט ד' פולק, ובה הוחלט להאריך את מעצרו של העורר בשמונה ימים נוספים. ייאמר מיד: הדיון בעניינו הפרטני של העורר – ככל דיון בעל אופי דומה בהקשר הנדון – הפך זה מכבר ללא אקטואלי וזאת בשל חלוף הזמן. אולם בכך בלבד אין כדי לסתום את הגולל על הדיון, כפי שיוסבר בהמשך הדברים. העורר טוען כי הוראת החוק שעליה התבססו הערכאות הקודמות בהחלטתן לקיים את הדיו בהארכת המעצר ללא נוכחותו – סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: החוק או הוראת השעה) – אינה חוקתית בהיותה מנוגדת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק היסוד). סוגיה חוקתית זו, שהועלתה באופן עקיף בערר, היא המונחת לפנינו היום, ולאור מהות העניין, כפי שיוסבר להלן, ראינו להכריע בה חרף היותה תיאורטית בכל הנוגע לעניינו של העורר.

הרקע וטענות הצדדים

2. העורר נעצר ביום 5.10.2007 בחשד לעבירה של חברות בהתאגדות בלתי-חוקית (על-פי תקנה 85(א) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945). ביום 6.10.2007 החליט "הממונה" לדחות את פגישתו של העורר עם עורך-דין לתקופה של שלושה ימים (לפי הסמכות הקבועה בסעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) ובתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (דחיית פגישת עצור בעבירות בטחון עם עורך דיין), התשנ"ז-1997). ביום 7.10.2007 החליט בית משפט השלום בירושלים להאריך את מעצרו של העורר עד ליום 17.10.2007. העורר השיג על החלטה זו והמשיבה מצדה הגישה בקשה לקיים את הדיון בערר שלא בנוכחות העצור, לפי סעיף 5(2) לחוק. זה המקום לצטט את סעיף 5 לחוק, כולו:

5. דיון שלא בנוכחות עצור בעבירת ביטחון הוראות סעיפים 16(2) ו-57 לחוק המעצרים, לענין נוכחותו של עצור בדיונים כאמור באותם סעיפים, יחולו לגבי נוכחות עצור בעבירת ביטחון בתקופת המעצר כאמור בסעיף 4(1), בשינויים אלה:

(1) ציווה בית המשפט, בנוכחות עצור בעבירת ביטחון, על מעצרו לתקופה הקצרה מ-20 ימים, רשאי בית המשפט, שלא בנוכחות העצור, להאריך את מעצרו לתקופה שלא תעלה על יתרת התקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו, אם הוגשה לו בקשה לכך, באישור הגורם המאשר, והוא שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם;

(2) בית המשפט רשאי להורות על דיון בבקשה לעיון חוזר לפי סעיף 52 לחוק המעצרים או בערר לפי סעיף 53 לחוק האמור, שלא בנוכחות העצור, אם הוגשה לו בקשה לכך באישור הגורם המאשר, והוא שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה;

(3) הוראות סעיף 15(ג) עד (ח) לחוק המעצרים יחולו, בשינויים המחויבים, גם על דיון בשאלת נוכחות העצור בהליכים כאמור בסעיף זה;

(4) החלטת בית משפט שהתקבלה בדיון שהתקיים שלא בנוכחות העצור בעבירת ביטחון לפי סעיף זה, תובא לידיעת העצור בהקדם האפשרי, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת, לבקשת נציג המדינה, אם שוכנע כי הדבר עלול למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם.

בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה בציינו כי לאחר שעייין בדוח החסוי שצורף לבקשה, לא שוכנע כי הפסקת החקירה לצורך התייצבותו של העורר לדיון בערר עלולה להסב פגיעה ממשית בחקירה. המדינה הגישה ערר על החלטה זו לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון (מפי השופט ע' פוגלמן) קיבל את הערר. בית המשפט הטעים כי סעיפים 5(1) ו- 5(2) לחוק פוגעים בזכותו של החשוד להיות נוכח בדיון בעניין מעצרו. בית המשפט עמד על כך שהשילוב בין הוראות אלה לבין האפשרות למנוע מהחשוד להיפגש עם עורך-דינו, "מביא לכך שהלכה למעשה, האפשרות העומדת למשיב להציג את עמדתו בדיון מוגבלת ביותר". זו, כך נאמר, פגיעה של ממש בזכותו של העצור להיות נוכח בדיון בעניינו, להתגונן ולהשמיע את עמדתו. בית המשפט הדגיש את עוצמת הפגיעה לנוכח העובדה שהדיון נסב על הגבלת חירותו של אדם בדרך של מעצר – זכות יסוד מוגנת מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3. חרף ההקשר החוקתי נמנע בית המשפט העליון לדון בטענה כי החוק אינו חוקתי, וזאת משום שהטענות בעניין זה הועלו לראשונה במסגרת הערר, ללא תשתית ראויה וללא מתן אפשרות למדינה להתייחס לעניין זה. בית המשפט נדרש אפוא רק לשאלת היישום, ובהקשר זה ציין כי לאור הפגיעה בזכויותיו של העצור יש לוודא כי פגיעה זו אינה עולה על הנדרש. בית המשפט ציין עוד כי המחוקק ערך אבחנה בין סעיף 5(1) שעניינו דיון בהארכת מעצר, לבין סעיף 5(2) שעניינו דיון בבקשה לעיון חוזר או בערר. במקרה הראשון האפשרות לקיים את הדיון ללא נוכחותו של העצור מוגבלת יותר והיא מתייחדת למקרה שבו בית המשפט "שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם"; להבדיל, הדרישה בסעיף 5(2) היא שעלולה להיגרם "פגיעה ממשית בחקירה". ביישום

הוראות החוק, כך ציין עוד בית המשפט העליון, יש להביא בחשבון את האינטרס בדבר שמירה על שלום הציבור ובטחוננו, מצד אחד, ואת הצורך להגן על זכויות העצור, מן הצד האחר. על בית המשפט לבחון בין השאר את עצמת הפגיעה בחקירה, את ההסתברות לפגיעה, את חומרת החשדות ואת פוטנציאל הסיכון הטמון בפרשה הנחקרת. "ככל שחומרת החשדות המיוחסים לעצור היא גבוהה, וככל שהפרשה נושאת בצידה פוטנציאל סיכון גבוה יותר לשלום הציבור ולבטחוננו, תיטה הכף להעדרות לבקשה האמורה, ולהפך" – כך כתב השופט פוגלמן.

ומן הכלל אל הפרט – בית המשפט העליון, בהידרשו לאמת המידה הצריכה לעניינו של העורר, קרי: "פגיעה ממשית בחקירה", קבע כי התשתית הראייתית והמודיעינית שהונחה לפניו, הכוללת נתונים נוספים מעבר לאלה שהונחו לפני בית המשפט המחוזי, מצביעה על סבירות גבוהה לפגיעה ממשית וקשה בחקירה, אם תופסק החקירה לצורך הבאת העצור לדיון בערר. הערר התקבל אפוא ונקבע כי הדיון בערר על הארכת מעצרו של העורר ייערך ללא נוכחותו.

4. ביום 11.10.2007 קיים בית המשפט המחוזי דיון בעררו של העורר על הארכת מעצרו, ללא נוכחות העורר. הערר נדחה. ביני לביני הוחלט גם להאריך את תקופת דחיית פגישתו של העורר עם עורך-דין. ערר על החלטה זו נדחה אף הוא בהחלטה של בית המשפט המחוזי מיום 11.10.2007. ביום 15.10.2007 אישר בית המשפט המחוזי את הארכת התקופה שבה תימנע פגישה בין העורר לבין עורך-דינו, למשך ששה ימים נוספים (החל מיום 16.10.2007).

לקראת הדיון בהארכת מעצרו של העורר ביום 17.10.2007, הגישה המשיבה בקשה כי דיון זה ייערך שלא בנוכחותו של העורר – זאת לפי סעיף 5(1) לחוק. העורר מצדו העלה את הטענה כי הוראות החוק שעליהן מסתמכת המשיבה אינן חוקתיות ולכן יש להכריז על בטלותן. בית משפט השלום, בהחלטתו מיום 17.10.2007, דחה טענה זו שבמישור החוקתי, בקבעו כי החוק מקיים את הוראות פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק-היסוד). החוק נועד, כך צוין, למנוע פגיעה בחיי אדם בנסיבות שבהן החשוד הוא בגדר "פצצה מתקתקת" או שחקירתו עשויה לסכל "התפוצצותה של פצצה מתקתקת". תכלית זו, כך נפסק, היא ראויה. בית משפט השלום הוסיף וקבע כי הפגיעה בזכויות העצור מכוח סעיף 5 לחוק היא מידתית, הן לאור העובדה שהצו הראשון למעצרו של החשוד ניתן בנוכחותו, והזכות נשללת רק בהמשך הדרך (בשלב הארכת המעצר ובהליכי העיון החוזר והערר), הן לאור רף ההוכחה הגבוהה שהמשיבה מחויבת בו על-מנת להקים עילה

לפי סעיף 5(1). באשר לעורר, קבע בית משפט השלום כי החומר שהוצג בעניינו מקיים את המבחן המצמצם הנקוב בסעיף 5(1) לחוק, וכי לפיכך הדיון בבקשה להארכת מעצרו ייערך שלא בנוכחותו. עוד באותו יום ניתנה החלטה נוספת של בית משפט השלום, שבה הוחלט על הארכת מעצרו של העורר לתקופה של שמונה ימים נוספים (עד ליום 24.10.2007).

5. על החלטות אלה הוגש ערר לבית המשפט המחוזי. הערר נדחה (ביום 18.10.2007). גם בית המשפט המחוזי הכיר בכך שסעיף 5 לחוק פוגע בזכות היסוד של עצור – כמוהו כמו נאשם – להיות נוכח במשפטו. פגיעה זו, כך קבע, היא לתכלית ראויה, והיא גם מידתית: "משלמרבה הצער, מדינת ישראל הכריזה רשמית על קיום מצב חירום ומעל כפות המאזניים מונחת זכותם של תושבי המדינה לחיים, נעלה מספק הוא כי אף דרישות הסבירות והמידתיות באות על סיפוקן". בית המשפט המחוזי לא ראה להתערב גם בקביעות הפרטניות בעניינו של העורר.

על החלטה זו הוגש ביום 21.10.2007 הערר שלפנינו. במסגרת הערר הועלו טענות כלליות בנוגע לחוקתיותו של סעיף 5 לחוק, וכן טענות פרטניות לגבי יישומו של הסעיף בעניינו של העורר. מטבע הדברים עניינו היום מתמקד בטענות החוקתיות. לדעת העורר, סעיפים 5(1) ו-5(2) לחוק פוגעים בזכות החוקתית של עצור להיות נוכח במשפטו, וכן בזכות להליך הוגן, לכבוד ולחירות. פגיעה זו, כך נטען, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות פסקת ההגבלה, במיוחד לאור הצטרפותה לפגיעות נוספות בזכויותיו של עצור בעבירת ביטחון, ובמיוחד הזכות להיפגש עם עורך-דין. העורר סבור כי סעיף 5 לחוק אף עומד בסתירה להתחייבויותיה של מדינת ישראל על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

משהונח התיק לפני בית משפט זה – נקבע כי בית המשפט ידון בו למחרת בהרכב שלושה. בית המשפט (השופטים ע' ארבל, ס' גובראן וע' פוגלמן) ציין בהחלטתו מיום 22.10.2007 כי העילה שמכוחה נמנעה הבאתו של העורר לבית המשפט הסתיימה, וכי בהתחשב בכך הדיון בנושא מעצרו של העורר יוחזר לבית משפט השלום ויתקיים שם בנוכחות העורר. עם זאת, בית המשפט קבע כי הדיון בשאלות החוקתיות ייערך בבית משפט זה בנפרד, לאחר שיוגשו עמדות הצדדים בכתב.

6. המשיבה, בטיעוניה הכתובים, אינה חולקת על החשיבות הרבה הקנויה לזכותו של עצור להיות נוכח בדיוני מעצרו, אולם היא טוענת כי גם אם מדובר בזכות בעלת

תוקף חוקתי – ובעניין זה היא מעלה ספקות מסוימים – הרי שהפגיעה בזכות זו במסגרת סעיף 5 לחוק מקיימת את פסקת ההגבלה. המשיבה מטעימה כי החוק נחקק מכורח השעה, כאמצעי להתמודדות עם המציאות הביטחונית שבה נתונה מדינת ישראל, בין היתר לאחר מימוש תכנית ההתנתקות ועלייתו של ארגון החמאס לשלטון ברצועת עזה. מדובר, לדעת המשיבה, בהוראת חוק מאוזנת, שבחיי המעשה נעשה בה שימוש זהיר ומרוסן. עוד טוענת המשיבה כי אין בהוראת סעיף 5 לחוק משום סתירה להתחייבויותיה של מדינת ישראל על-פי המשפט הבינלאומי, וכי גם אם קיימת סתירה כזו אין בכך כדי להביא לביטול החוק.

7. התיק נקבע לדיון לפני הרכב שלושה במחצית שנת 2008. עוד לפני שהגיע מועד הדיון הגישו מספר ארגוני זכויות אדם עתירה לבית משפט זה לביטול החוק בכללותו בשל היותו בלתי-חוקתי (בג"ץ 2028/08 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' שר המשפטים). הוחלט לאחד את הדיון בשני התיקים. ביום 27.7.2008 החליט בית המשפט כי הדיון יתקיים לפני הרכב מורחב. ביום 4.1.2009 התקיים דיון בפני ההרכב המורחב וביום 24.3.2009 נמשכו הטענות בעל-פה. במהלך הדיון ביום 24.3.2009 החליט ההרכב, בדעת רוב, לעיין במעמד צד אחד בחומר חסוי שביקשה המשיבה להציג. לאחר העיון שבו הצדדים לאולם ובית המשפט ביקש ליידעם באשר לעיקרי התוכן שהוצג במעמד צד אחד. או-אז הודיעו העותרים בבג"ץ 2028/08 על מחיקת העתירה לאור ההחלטה בדבר העיון בחומר במעמד צד אחד. העתירה נמחקה אפוא ועל כנו נותר הערר שלפנינו שכאמור, מעורר באופן עקיף את שאלת חוקתיותו של סעיף 5 לחוק.

ערר תיאורטי

8. הערר המונח לפנינו הוגש על-ידי אדם – העורר – שראה את עצמו נפגע מיישומו של סעיף 5 לחוק. במסגרת הערר נעשתה תקיפה עקיפה של חוקתיות סעיף 5 לחוק. העורר העלה טענות בנוגע לחוקתיותו של סעיף 5 לחוק גם בערכאות הקודמות. הערכאות הקודמות נדרשו לטענות אלה וכאמור, לא סברו כי סעיף 5 הוא בלתי-חוקתי (על שאלת התקיפה העקיפה של חוקים בערכאות דיוניות ראו אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (2005)). כאשר הגיעה השאלה לבית משפט זה במסגרת הערר היא הייתה עדיין רלבנטית לעניינו של העורר. אולם כפי שצוין בהחלטת בית משפט זה מיום 22.10.2007, העילה שמכוחה נמנעה הבאתו של העורר לבית המשפט פקעה בטרם היה סיפק לדון בסוגיה החוקתית. משמעות הדבר היא שהשאלה החוקתית הפכה

בלתי-אקטואלית בכל הנוגע לעניינו הפרטני של העורר. בית המשפט העליון החזיר אפוא את הדיון בעניינו של העורר לבית משפט השלום לצורך בירור בנוכחותו. עם זאת, בית המשפט החליט להותיר על המדוכה את השאלה החוקתית.

9. לא פעם עולה שאלת הדיון בסוגיה תיאורטית במסגרת עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק. הכלל הוא שבית המשפט אינו נוהג לדון בסוגיה תיאורטית ומבכר להמתין בקביעת הלכות עד-בוא מקרה פרטני מתאים. אולם במקרים מסוימים ייזקק בית המשפט בכל זאת לעתירה בעלת אופי תיאורטי. עמד על כך השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999):

היו מקרים בהם בית המשפט היה מוכן לדון בשאלה תיאורטית, בעלת אופי כללי, אף שלא היתה קשורה למקרה מסויים. היו אלה על פי רוב מקרים בהם העתירה העלתה שאלה חשובה, ונתברר כי מבחינה מעשית אין בית המשפט יכול לפסוק בה הלכה, אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסויים. ראו, לדוגמה, בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 145-146; בג"ץ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837, 841; דנג"ץ 4110/92 הס נ' שר הבטחון, פ"ד מח(2) 811.

באותו מקרה נדונה שאלת חוקתיותה של הוראה בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, הקובעת את תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי עד שהוא מובא בפני שופט צבאי. נקבע כי חרף הפן התיאורטי של העתירות יש לדון בהן לאור חשיבותה של השאלה הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, לאור השכיחות שבה מתעוררת השאלה ולאור "אורך החיים הקצר" שלה: "היא עולה כאשר חייל נעצר על ידי שוטר צבאי; היא קיימת במשך ימים ספורים בלבד, עד שהחייל משתחרר או מובא בפני בית דין צבאי להארכת המעצר; ואז היא גוועת". דברים אלה יפים במישור העקרוני, ובשינוי המתחייב, גם לענייננו.

אכן, בענייננו לא מדובר בעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, שבה נעשית תקיפה ישירה של חוקתיות החוק. כאמור, העתירה שהוגשה על-ידי ארגוני זכויות האדם – נמחקה. לפנינו נותר אפוא ערר אינדיבידואלי, שהשאלה החוקתית מועלית בו באופן עקיף. אולם נראה לי כי לצורך השאלה שלפנינו אין להבחין בין השניים ובמקרים המתאימים נכון יהיה לדון בשאלה העקרונית-החוקתית המועלית באופן עקיף בתיק פרטני גם אם הפכה לא אקטואלית ביחס לעורר הספציפי. אמנם, אילו הייתה

השאלה החוקתית מאבדת מן הרלבנטיות שלה לגבי העורר כבר בהליכים הקודמים, יתכן שבתי המשפט דלמטה לא היו נדרשים לה והדרך המתאימה עבור העורר – אילו ביקש להציג שאלה עקרונית לגבי חוקתיות החוק – הייתה לפנות בעתירה לבית משפט זה. אציין בהקשר זה כי במובנים מסוימים דווקא דרך התקיפה העקיפה היא הדרך הראויה להעמיד הוראת חוק למבחן חוקתי, וערר מהסוג הנדון – אפילו אם בינתיים הפך תיאורטי – הוא דרך הולמת להצגת שאלה חוקתית לבית המשפט העליון.

10. ראוי לציין כי בבתי המשפט הפדרליים בארצות-הברית חל הכלל (הידוע כדוקטרינת ה-mootness) שלפיו יש לדחות תביעה כאשר אין עוד בהכרעה שיפוטית כדי להשפיע על זכויותיהם של הצדדים להליך, והשאלה העומדת בפני בית המשפט היא היפותטית או אקדמית באופייה. בתי המשפט הכירו במספר חריגים לכלל זה. החריג הראשון חל כאשר ניתן לצפות שהשאלה המשפטית הנדונה תתעורר שוב בעתיד, לגבי הצדדים המסוימים להליך או לגבי אחרים, אך שאלה זו, בגלל אופייה הזמני, תמיד תהפוך תיאורטית במהלך ההתדיינות המשפטית. כך למשל, בעניין *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), שעסק בזכות להפלה, נקבע כי אמנם אין בהכרעה כדי להשפיע על זכויותיה של המערערת, אשר עקב התמשכות ההליכים כבר הספיקה ללדת, אך כיון שבעיה זו היא בעיה אינהרנטית לשאלת חוקתיותו של האיסור על ביצוע הפלות, במובן זה שההליכים לעולם לא יהיו רלוונטיים לגבי הצדדים הקונקרטיים למשך יותר מתשעת חודשי ההיריון, אין לדחות את הערעור על בסיס דוקטרינת ה-mootness. חריג שני לדוקטרינת ה-mootness מתקיים כאשר הנתבע מפסיק את פעילותו הפסולה עקב ההליכים המשפטיים, אך עדיין קיים הצורך להרתיע מפני חזרה על התנהגותו הפסולה בעתיד. במקרה זה החשש הוא מפני מצב שבו הנתבע יפסיק את פעילותו כצעד טקטי בלבד, על-מנת להביא לדחיית התביעה נגדו, ולאחר מכן ישוב לסורו (ראו, למשל: *United States v. W.T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953)). חריג נוסף מתקיים כאשר דחיית התביעה על בסיס דוקטרינת ה-mootness עלולה לחשוף את אחד הצדדים להליכים פליליים או לתביעה אזרחית (*Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982)).

במקרים מסוימים, אף-על-פי שתביעה הופכת תיאורטית בערכאת הערעור, עשויה להיוותר חשיבות לביטול ההחלטה של הערכאה הדיונית, וזאת על-מנת לאיין היבטים תקדימיים של ההחלטה והשלכות אפשריות שלה על הליכים עתידיים בין הצדדים. בשיטת המשפט האמריקאית, סעד זה ידוע כ-vacatur, ומשמעותו היא בטלות מוחלטת של פסק-הדין דלמטה. אחד השיקולים המרכזיים בהפעלת סעד זה הוא, האם

התביעה הפכה תיאורטית עקב וויתור מרצון של המערער בערכאה העליונה על הזכויות שלהן הוא טוען (כגון במקרה של פשרה), או שהפיכתה תיאורטית נבעה משינוי נסיבות היצוני לצדדים או מצעד עצמאי של המשיב בערכאה העליונה (ראו *United States v. U.S. Bancorp Mortgage Co. v. Bonner ;Munsingwear. Inc.*, 340 U.S. 36 (1950) (1994) *Mall Partnership*, 513 U.S. 18). ראו גם פסק-הדין של בית המשפט העליון בישראל (מפי הנשיאה ד' ביניש) בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.2006).

11. במקרה שלפנינו אין לנו צורך לקבוע מסמרות בכל אלה. בענייננו, לאור האופן שבו התגלגלו הדברים, אין נפקות של ממש להבחנה בין תקיפה ישירה לבין תקיפה עקיפה, שהרי התיק הפך תיאורטי אחרי שהונח על שולחנו של בית המשפט העליון. ואכן, כאמור, בית המשפט העליון קבע בהחלטתו מיום 22.7.2007 כי השאלה החוקתית, שמלכתחילה הועלתה באופן עקיף במסגרת עניין פרטני, תיוותר על עומדה. ברי, כי הכרעתנו בשאלה החוקתית היא בעלת תוקף כלפי כולי עלמא מכוח עקרון התקדים המחייב.

לא נותר אלא לדון בשאלה החוקתית לגופה.

הוראת השעה

12. הצעת החוק הממשלתית המעגנת את הסמכויות המיוחדות הנוגעות למעצר חשודים בעבירות ביטחון פורסמה בשלהי שנת 2005 (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (עצור שאינו תושב, החשוד בעבירת ביטחון – הוראת שעה), התשס"ו-2005, ה"ח 206). הצעת חוק זו החילה את הסמכויות הנדונות בה ביחס לעצורים שאינם תושבי ישראל החשודים בעבירות ביטחון (לפי רשימת עבירות שפורטה בסעיף 1 להצעת החוק). בדברי ההסבר נכתב כי לחקירה של עצור בעבירת ביטחון, המתנהלת לשם הבאתו לדין וסיכול פעולות טרור, יש מאפיינים מיוחדים המצדיקים מתן סמכויות מיוחדות לרשויות האכיפה.

בין המאפיינים המיוחדים נזכרו בדברי ההסבר אלה: ראשית, לגבי עצורים שקודם למעצרו לא היו תושבי מדינת ישראל, היכולת של רשויות החקירה לאסוף ראיות ולגבש תשתית של מידע מוגבלת לעומת עצורים שהם תושבי המדינה. שנית, לגבי עבירות ביטחון קיים תכופות רקע אידיאולוגי או לאומני המונע שיתוף פעולה של

עדים פוטנציאליים – גם אם יש כאלה; זאת, בשל אהדתם של עדים אלה לחשודים או עוינות מצידם כלפי מדינת ישראל. המניע הלאומני או האידיאולוגי – כך צוין עוד – גורם בדרך-כלל גם לחוסר שיתוף פעולה מצד הנחקרים עצמם, ונדרשת לפיכך חקירה רציפה וממושכת יותר מן הרגיל על מנת להגיע לחקר האמת. שלישיית, חלק מן החקירות חייבות להתקיים ברציפות וללא הפרעה, במיוחד בתחילתן, על-מנת שרשויות החקירה תוכלנה לסכל פיגועי טרור.

עוד נאמר בדברי ההסבר כי הצורך להקנות סמכויות אכיפה רחבות יותר ביחס לחקירה של עצור בעבירת ביטחון שאינו תושב ישראל שואב גם מן העובדה שמאז סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה אין מוקנות עוד לרשויות החקירה הסמכויות שעמדו להן קודם לכן מכוח תחיקת הביטחון שהוציא מפקד כוחות צה"ל באזור.

בהצעת החוק נכללו אפוא הוראות המרחיבות את סמכויותיהן של רשויות האכיפה מעבר לסמכויות הרגילות הקבועות בחוק המעצרים. כך, נקבעו בהצעת החוק הוראות העוסקות בהשהיית הבאתו של עצור בעבירת ביטחון לפני שופט, בהארכת תקופת המעצר שניתן להורות עליה בצו אחד, בהארכת תקופת המעצר לפני כתב אישום, בהארכת התקופה שבה ניתן למנוע פגישה בין העצור לעורך-דינו, וכן – לענייננו – במתן סמכות לקיים דיון בבית המשפט בנושא המעצר שלא בנוכחותו של העצור. ביחס לסעיף 6 להצעת החוק, שהוא קודמו של סעיף 5 לחוק בנוסחו דהיום, נאמר כך בדברי ההסבר:

נוכחות אדם בעת דיון בענינו לפני בית המשפט היא זכות חשובה ביותר בשיטת המשפט בישראל, ודאי כאשר מדובר במעצרו של אותו אדם. עם זאת הוצאת עצור בעבירת ביטחון ממיתקן החקירה לצורך הבאתו לבית המשפט, עלולה במקרים מסוימים לפגוע פגיעה של ממש בחקירה ולעתים אף לסכלה: בנסיבות אלה יש לאזן בין הגנה על זכויות העצור לבין הצורך לאפשר לרשויות האכיפה לבצע פעולות חקירה באופן רציף, על מנת להביא לסיכול פיגועי טרור או למנוע בדרך אחרת סיכון חיי אדם וביטחון הציבור.

החוק שהתקבל בסופו של יום רחב יותר מהצעת החוק, במובן זה שהוא חל על כל חשוד בעבירות ביטחון – בין שהוא תושב ובין שאינו תושב. במובנים אחרים החוק מצומצם יותר לעומת הצעת החוק – כך למשל ביחס לסוג עבירות הביטחון שהחוק חל עליהן. החוק בנוסחו דהיום כולל מספר מרכיבים מרכזיים. מרכיב אחד עניינו הארכת

פרק הזמן שבו ניתן להשהות את הבאתו של עצור בעבירת ביטחון לפני שופט – פרק זמן של עד 96 שעות במקום 24 שעות או 48 שעות כקבוע בחוק המעצרים (סעיף 3). מרכיב שני עניינו מתן סמכות לבית המשפט להאריך את מעצרו של העצור בעבירות ביטחון לתקופה של 20 ימים לכל היותר, בכל פעם – זאת חלף התקופה של 15 ימים הקבועה בחוק המעצרים (סעיף 4(1)). מרכיב שלישי עניינו הארכת התקופה שלגביה לא נדרש אישור היועץ המשפטי לממשלה בבקשה למעצר נוסף – עד 35 ימים, במקום 30 ימים לפי חוק המעצרים (סעיף 4(2)). מרכיב רביעי עוסק בעניינינו-שלנו: קיום דיונים בנושא המעצר שלא בנוכחותו של העצור (סעיף 5). החוק מוסיף וקובע כי דיון לפי סעיף 5 ייערך כאשר העצור מיוצג בידי סנגור (סעיף 6). כמו-כן נקבעו הוראות באשר לדיווח שימסור שר המשפטים לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לגבי יישומו של החוק (סעיף 8).

13. עולה מן האמור שהצעת החוק, שמלכתחילה הוגבלה לעצורים שאינם תושבי המדינה לאור קשיי החקירה ואיסוף המידע המיוחדים להם, התגבשה לבסוף לכלל דבר-חקיקה המחיל עצמו על חשודים בעבירות ביטחון בכלל. דבר-חקיקה זה קובע סמכויות שונות המיועדות בעיקר לאפשר רציפות רבה יותר בחקירות של חשודים אלה, ולמזער "הפרעות" והשהיות בהליך החקירה. דבר-החקיקה מצמצם את הביקורת של היועץ המשפטי לממשלה ושל בתי המשפט על המעצר, ומגביל את היכולת של העצור להתגונן מפני המעצר. התכלית העיקרית של צעדים אלה היא לשפר את היכולת של גורמי האכיפה לבצע חקירה יעילה בתחום עבירות הביטחון, בהתחשב במאפיינים המיוחדים של עבירות אלה, ובעיקר: הקושי באיסוף מידע והצורך המתעורר לא פעם לפעול לסיכול פעולות טרור. ניכר בהצעת החוק ובחוק כי העושים במלאכה ביקשו לקבוע איזון בין המטרות הללו לבין זכויות החשודים. כלשון דברי ההסבר:

הוראות החוק המוצע נקבעו בשים לב לאיזון הנדרש בין העקרונות המנחים בשיטת המשפט בישראל לעניין זכויות חשודים בהליכים פליליים, מצד אחד, לבין הצורך המיוחד של רשויות אכיפת החוק בסמכויות רחבות יותר לגבי עצורים בעבירות ביטחון בשל הסיכון הצפוי מהם ובשל המאפיינים המיוחדים של חקירתם, מצד שני.

14. בהתקרב מועד פקיעתה של הוראת השעה – בחלוף שמונה-עשר חודשים – הוחלט (ביום 18.12.2007) להאריך את התקופה בשלוש שנים נוספות, תוך הכנסת שינויים קלים בנוגע למנגנון הדיווח לכנסת. בדברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין

הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ח-2008, ס"ח
340) נכתב כי:

במהלך תקופת תוקפו של החוק נמצא כי ההוראות המעוגנות בו היו חיוניות ביותר לגורמי אכיפת החוק העוסקים בחקירת עבירות טרור ובסיכולן, וכי שימוש בסמכויות המעוגנות בו סייע לא אחת לסיכול פיגועי טרור, גילוי עבריינים והבאתם לדין. יצוין כי רשויות הביטחון עשו שימוש מידתי וזהיר בהוראות המיוחדות שנקבעו בו, רק במקרים שבהם הדבר נדרש למטרות האמורות.

עוד יצוין, כי הצורך בחוק האמור הפך לחיוני עוד יותר לאחר השתלטות ארגון חמאס על רצועת עזה.

משמעות הדבר היא שהוראת השעה תמשיך לעמוד בתוקפה, לכל הפחות, עד

ליום 29.10.2010.

הזכות החוקתית להיות נוכח: במשפט הפלילי ובהליכי המעצר

15. העורר טוען כי הוראת השעה פוגעת בזכויות יסוד המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. טענה זו יש לקבל. כלל יסוד של המשפט הפלילי הוא כי אין אדם נשפט שלא בפניו. כלל זה מעוגן בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, המורה כי "באין הוראה בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו". כלל זה מבטא את זכותו של נאשם להיות נוכח במשפט הפלילי – נוכחות "הכרחית" כפי שצוין עוד בע"פ 152/51 טריפוס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 17, 23 (1952). בית משפט זה חזר ועמד על חשיבותה של זכות הנאשם להיות נוכח במשפטו. חובתו של בית המשפט לכבד זכות זו, כך נפסק, "נמנית עם חובותיו היסודיות ביותר בתחום שמירת חזות הצדק וקיום דיון כהלכתו" (דברי השופט א' מצא בע"פ 353/88 וילנר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 450, 444 (1991)). זכותו של נאשם להיות נוכח במשפטו, כך נקבע, באה להבטיח כי "נאשם לא יישפט 'מאחורי גבו' וכי תינתן לו ההזדמנות להתמודד עם ראיות התביעה ולפרוס את הגנתו" (דברי השופטת ד' דורנר בבג"צ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 775 (1996)).

16. האם הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו – זכות חשובה ויסודית לכל הדעות – היא גם זכות בעלת מעמד חוקתי על-חוקי? התשובה לשאלה זו היא בחיוב. בית המשפט העליון הכיר בזכות להליך הוגן, לפחות במרכיבים מסוימים שלה, כזכות

חוקתית מוגנת. "חוק היסוד" – כך נפסק – "ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנו" (דברי השופט י' טירקל בע"פ 1741/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, פס' 3 (1999)). אכן, הזכות להליך הוגן, במרכיביה הגרעיניים, היא תנאי הכרחי להגנה על החירות. הזכות לחירות היא זכות חוקתית יסודית:

החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות... רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין. משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד (עניין צמח הנ"ל, פס' 17 לפסק-הדין של השופט זמיר).

יתירה מזאת. הזכות להליך הוגן קשורה בקשר הדוק לזכות לכבוד, שכן פגיעה בהליך ההוגן "עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד" (דברי הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב הנ"ל, פס' 67). הנה כי כן, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנתקבל בשנת 1992, הקנה מעמד של זכות-יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן. זאת, בעיקר, מכוח סעיף 5 לחוק-היסוד, הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד, הקובעים זכות לכבוד האדם. חוק-היסוד מחייב בסעיף 11 את רשויות השלטון כולן - הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, והרשות השופטת - לכבד את הזכויות הקבועות בו" (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375 (2002)).

17. עולה מן האמור שהזכות להליך הוגן, במרכיביה הגרעיניים הקשורים להגנה על החירות ועל הכבוד, היא זכות חוקתית מוגנת. הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו היא מרכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן, ועל כן גם היא זכות חוקתית מוגנת לפי חוק היסוד. על הקשר בין הזכות להליך הוגן לבין הזכות להיות נוכח במשפט הפלילי עמדה השופטת דורנר באחת הפרשות:

ככלל, קיימת חפיפה בין זכות הנוכחות לבין האינטרס הציבורי בדבר קיום דיון משפטי הוגן. שכן, נוכחות הנאשם שומרת על מראית פני הצדק ומבטיחה התגוננות יעילה בפני הראיות המפלילות, ובכך גם מאפשרת בירור נאות של העובדות (ע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534, 547 (1996)).

אכן, הזכות להליך פלילי הוגן היא זכות רחבה הכוללת זכויות נגזרות. בין הזכויות האלה – הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו. עמדה על כך הנשיאה (אז השופטת) ד' ביניש בציינה כי:

הזכות להליך פלילי הוגן מהווה זכות מסגרת, שעשויה לשמש בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות של הנחקר, החשוד והנאשם בפלילים. מבלי למצות את הסוגיה, נציין כי בשיטות משפט זרות הקרובות לשיטתנו ואף באמנות בינלאומיות, כוללת הזכות להליך פלילי הוגן את זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על-ידי ערכאה בלתי תלויה וניטרלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות. כן כוללת הזכות האמורה את חזקת החפות, את עקרון החוקיות ואת האיסור להעמדת הנאשם בפני סיכון כפול להרשעה בגין אותו מעשה (עניין יששכרוב, פס' 66; ההדגשה הוספה).

הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו היא תנאי חשוב ביותר "להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגנתו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם" (שם, פס' 66). זכות זו איננה רק זכותו של הפרט אלא היא גם ביטוי לאינטרס ציבורי כללי שעניינו בכך שמערכת המשפט הפלילי תחרוץ את גורלו של אדם במסגרת הליך הוגן שבו ניתנה לו ההזדמנות המלאה להציג את הגנתו (ראו גם דברי השופטת א' פרוקצ'יה בבש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, פס' 12 (לא פורסם, 15.9.2005)).

אכן, מימוש זכותו של נאשם להיות נוכח בהליכי המשפט מסייעת להבטיח את הדיוק ואת האפקטיביות של הליך בירור האמת. אמנם, לעיתים קרובות ההליך המשפטי מתבצע בתיווך ובייצוג של עורכי-דין, וקולו של הפרט נשוא המשפט אינו נשמע באולם בית המשפט (או לכל היותר נשמע בלחש). אך אין בכך כדי להקהות את חשיבותו של האדם במשפט – ובפרט של הנאשם במשפט הפלילי. אדם קרוב אצל עצמו, אדם חפץ להיות נוכח בהליך שבו ייחרץ גורלו. אם יימנע הדבר ממנו עלול הצדק לצאת חסר, בשל הפגיעה האפשרית ביכולת של הנאשם להתגונן. ההליך המשפטי אינו עוסק בפרטים-נעלמים אלא בפרטים-נוכחים. ברגיל, ראוי כי הנאשם

יחווה בחושיו את ההליך המשפטי. ראוי כי בית המשפט יראה לנגד עיניו את הפרט נשוא המשפט. כל אלה הם חלק מובנה בהליך המשפטי ותנאי חשוב לקיום אמון הנאשם ואמון הציבור בהליך הפלילי. לאור כל אלה, אין תמה שהנשיא ברק הניח כי נוכחותו של נאשם במשפטו היא "זכות חוקתית" (עניין המפריס הנ"ל, בעמ' 780).

18. ראוי לציין כי הזכות של אדם להיות נוכח במשפטו הפלילי מוכרת גם בשיטות אחרות. בארצות-הברית היא נתפסת חלק בלתי-נפרד ממערכת הוגנת של משפט פלילי (ראו James Boeving, *The Right to be Present Before Military Commissions and Federal Courts: Protecting National Security in an Age of Classified Information*, 30 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 463 (2007)). הזכות מעוגנת שם הן במסגרת ה-Confrontation Clause הקבועה בתיקון השישי לחוקה, הן מכוח ה-Due Process Clauses שמעוגנות בתיקונים החמישי והארבעה-עשר, והן מכוח סעיף 43(a)(2) לחוק הפדראלי בעניין הפרוצדורה הפלילית, הקובע כי נאשם חייב להיות נוכח בכל שלבי משפטו (Federal Rules of Criminal Procedure, §43(a)(2)). במרחב נורמטיבי זה נותחה הזכות להיות נוכח במשפט הן כחלק מן האפשרות לקיים חקירה נגדית אפקטיבית, הן מנקודת מבט רחבה יותר הנוגעת לקיומו של הליך הוגן. החובה לקיים את הזכות הזו, כך נפסק, קיימת כל אימת שיש בנוכחותו של הנאשם כדי לתרום לקיום הליך צודק. בית המשפט הכיר באפשרות לקיים דיון בהיעדרו של הנאשם במקום שבו נוכחותו בהליך היא חסרת כל תועלת ולא תסייע לו כלל במימוש היכולת להתגונן (ראו *Snyder v. Kentucky v. Stincer*, 482 U.S. 730 (1987); *Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934)).

19. האם גם לחשוד או לעצור עומדת הזכות החוקתית להיות נוכח בהליכי מעצרו, כחלק מן הזכות להליך הוגן? תשובתי לשאלה זו היא בחיוב. ככלל, הזכות להליך פלילי הוגן מתפרסת על כל שלביו של ההליך הפלילי - "אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפט" (דברי השופט ברק ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981); דברי הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב הנ"ל, פס' 66). הדברים יפים במיוחד לגבי הליך המעצר, שהוא "הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית" (עניין צמח הנ"ל, פס' 17 לפסק-דינו של השופט זמיר). הליך המעצר עצמו הוא הליך הכרוך בפגיעה קשה בזכויותיו של החשוד או הנאשם. הביקורת השיפוטית האפקטיבית היא חלק בלתי-נפרד מהליך המעצר החוקתי. על כן, שמירה על הליך מעצר הוגן היא עקרון חוקתי יסודי המתחייב מן ההגנה על הזכות לחירות ולכבוד. נוכחותו של החשוד או הנאשם בהליך המעצר היא חלק מן ההליך ההוגן. זכות זו לנוכחות בהליך המעצר

מעוגנת בסעיפים 16(2) ו-57 לחוק המעצרים, והיא מהווה גם, לאור הטעמים שנמנו לעיל, זכות חוקתית הזוכה להגנה בחוק-היסוד (ראו גם דברי השופטת א' חיות בבש"פ 4586/06 ח'ידו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.8.2006); ראו גם דברי השופט א' רובינשטיין לגבי ההקפדה ביישום סעיף 57 לחוק המעצרים בבש"פ 1097/06 ביניב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.2.2006)).

20. על חשיבותו ועל עתיקותו של העיקרון בדבר נוכחותו של העצור – בגופו – בבית המשפט, ניתן ללמוד מן הדוקטרינה ששמה מעיד על הגיונה: הביאס קורפוס (בלטינית: habeas corpus – "הביאו את הגוף"). דוקטרינה זו של המשפט המקובל מאפשרת לבקש מבית המשפט להורות לרשויות להביא לפני בית המשפט אדם הכלוא בידיהן, על-מנת שישוחרר באם יתברר כי המעצר בלתי חוקי. סמכות זו, הנתונה בישראל לבית המשפט הגבוה לצדק, משקפת את התפיסה האלמנטארית שלפיה בית משפט הדין בשאלת חירותו של אדם נדרש בדרך-כלל לראות לנגד עיניו את האדם ולשמוע את דברו בכל הנוגע לחוקיות מעצרו.

21. המשיבה אינה חולקת על כך שהזכות של עצור להיות נוכח בהליכי הארכת מעצרו היא זכות יסוד חשובה, כהגדרתה, הנשענת על טעמים דומים לאלה המבססים את הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו. עם זאת, לדברי המשיבה, לא הרי הזכות הראשונה כהרי הזכות השנייה, וכל כך למה? משום שבשלב החקירה קיימת פגיעה מובנית בזכויות חשובות, בשל הצורך בבירור האמת. כך, למשל, ניתן לשלול את חירותו של חשוד בהתבסס על אמת מידה ראייתית נמוכה יחסית, ואין החשוד נחשף לעיקרי התשתית הראייתית העומדת נגדו. על רקע זה, טוענת המדינה כי בשלב החקירה לא מתאפשר "מימוש אידיאלי של הזכות להליך הוגן". עוד היא טוענת כי לאור העובדה שהחשוד ממילא אינו נחשף לעיקרי התשתית הראייתית בשלב החקירה, אי-נוכחותו בהליך המעצר ממילא אינו גורם פגיעה גדולה בזכויותיו; כך בפרט בהליכי מעצר של חשוד בעבירות ביטחון שלגביו דבר נפוץ הוא שהחומר מוצג לבית המשפט במעמד צד אחד.

טענה זו של המשיבה מעוררת קושי בעיני. הרוח העולה מן הדברים היא שכאשר קיימת ממילא פגיעה בזכויות ניתן ביתר-קלות להוסיף פגיעה-על-פגיעה. לא כך הדבר. האיזון בין זכויות האדם לבין זכויות ואינטרסים אחרים הוא איזון עדין ורגיש. כפי שמציינת בצדק המשיבה, אמות המידה המיושמות בשלב החקירה והמעצר הראשוני שונות במובנים מסוימים מאמות המידה המיושמות בשלבים אחרים של

ההליך הפלילי, כאשר לצד פגיעה אפשרית ביכולת של החשוד או העצור להתגונן קיימים מנגנוני-הגנה כאלה ואחרים (למשל פרקי הזמן הקצרים שבהם ניתן לעצור אדם בשלב החקירה והפיקוח השיפוטי ההדוק). אולם כל פגיעה נוספת בזכויות החשוד והעצור, בפרט כשהיא מתבטאת בצמצום היכולת לקיים פיקוח שיפוטי, עלולה להפר את האיזון ולשמוט את הקרקע מתחת להגינותו של ההליך. אדרבא, דווקא בהליך שבו קיימות מגבלות מוגברות על היכולת של החשוד-העצור להתגונן ולהשיב לטענות המועלות נגדו, יש להישמר-ביתר מפני הצבת קשיים נוספים ומפני העצמת הדרתו מן ההליך. עוד אשוב בהמשך לטענה הספציפית הנוגעת למגבלות הקיימות בדין לגבי חשוד בעבירות ביטחון, והשלכתן על הבחינה החוקתית של סעיף 5 להוראת השעה.

סיכומם של דברים, סעיף 5 להוראת השעה פוגע בזכותו של חשוד בעבירת ביטחון להיות נוכח בהליכי מעצרו.

22. אכן, הזכות להליך הוגן, ובכלל זה זכותו של חשוד להיות נוכח בהליכי המעצר, אינה זכות מוחלטת. יצוין כי סעיף 16(2) לחוק המעצרים מאפשר לקיים דיון במעצר שלא בנוכחות העצור אם זה האחרון מנוע מלהשתתף בדיון בשל מצבו הבריאותי (ראו גם סעיף 57 לחוק המעצרים, ביחס לדיון בבקשה לעיון חוזר ובערר). בית המשפט העליון הכיר גם באפשרות של העצור עצמו, במקרים מסוימים, לוותר על זכותו להיות נוכח במשפטו (עניין המפריט הנ"ל). במסגרת הבחינה החוקתית, ניתן לפגוע בזכותו של אדם להיות נוכח בהליכי משפטו מכוח חוק המקיים את מבחני פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-היסוד. פסקת ההגבלה מתנה את תוקפה של פגיעה בזכות להליך הוגן בקיומם המצטבר של ארבעת תנאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. בענייננו השאלה העיקרית נוגעת לתנאי המידתיות, ובו נתמקד, אולם עד שנגיע לכך – יש לחדד ולפרט את תכלית החוק, זאת לאור הקשר הגורדי שבין המטרה לבין האמצעים שנועדו להגשימה.

תכלית הוראת השעה

23. תכליתו המרכזית של החוק, כאמור, היא לשפר את היכולת של גורמי האכיפה לבצע חקירה אפקטיבית בתחום עבירות הביטחון, בהתחשב במאפיינים המיוחדים של עבירות אלה, ובכלל זה הקושי באיסוף מידע והצורך לפעול לסיכול פעולות טרור. זו גם תכליתו של סעיף 5 העומד לבחינה חוקתית לפנינו. כאמור, לכתחילה הצעת החוק

מיקדה את עצמה בעצורים שקודם למעצרים לא היו תושבי מדינת ישראל, והנימוק לכך היה שביחס לאלה היכולת של רשויות החקירה לאסוף ראיות ומידע מוגבלת יחסית. בסופו של הליך החקירה בוטלה ההבחנה הזו והחוק הוחל ביחס לחשודים בעבירות ביטחון, ללא הבדל בין תושבי-פנים לתושבי-חוץ. הועלתה לפנינו טענה כי החוק מופעל למעשה נגד חשודים פלסטינים בלבד, וכי בכך יש משום פגיעה בזכות לשוויון, אולם הנושא לא לובן דיו במסגרת ההליך שלפנינו ולאור המסקנה שאליה הגענו לא ראינו להרחיב לגביו.

24. הדגש המרכזי של הוראת השעה – ושל סעיף 5 בפרט – נעוץ בצורך לקיים חקירה מהירה, רציפה ויעילה. המשיבה מסבירה כי החקירות של שירות הביטחון הכללי בעבירות ביטחון נועדו, כמטרה מרכזית ועיקרית, לחשוף התארגנויות טרור ולסכל פעולות טרור עתידיות. חקירה מסוג זה, הצופה פני-עתיד, חייבת להיעשות בצורה מהירה, בין היתר על-מנת למנוע מבעוד מועד פעילות טרור מתוכננת, או לאתר ולתפוס פעילי טרור נוספים, נשק ואמצעי חבלה – הכול לפני העברתם למקום מסתור אחר. המשיבה הוסיפה ופירטה לפנינו, במעמד צד אחד, את הסיבות המבצעיות שלפי תפיסתה מחייבות חקירה תקינה, רציפה ומהירה – ללא עיכובים והפרעות. עוד פורטו, בעיקר במסגרת טיעונים שנשמעו במעמד צד אחד, שיטות החקירה המיוחדות המאפיינות חקירות מהסוג הנדון, הדורשות זמן ומחייבות רצף חקירות.

סעיף 5 משתלב בתכלית הזו, כך מסבירה המשיבה, שכן לעיתים עצם הבאתו של חשוד בעבירות ביטחון לבית המשפט עלול לשבש את החקירה ואף לסכלה. הארכת מעצרו של חשוד בעבירות ביטחון ללא נוכחותו בבית המשפט מאפשרת, במקרים המתאימים, לקיים את החקירה ברצף ובמהירות תוך יישום שיטות חקירה ייחודיות.

25. על רקע הסברים אלו ניתן לקבוע כי סעיף 5 נחקק לתכלית ראויה. עם זאת, יש להדגיש את המגבלות שתכלית זו נתונה בהן. ענייננו הוא בחקירות של חשודים בפלילים. המסגרת שבה מתבקש מעצרו של החשוד – גם אם הוא חשוד בעבירות ביטחון – היא מסגרת פלילית. אמנם מדובר במטריה מיוחדת המציבה אתגרים מיוחדים אולם אין בכך כדי לשמוט את העובדה שהחשוד נחקר לגבי מעורבותו-שלו בעבירות ביטחון. במסגרת החקירה הוא עשוי להישאל שאלות הצופות פני פעילות טרור עתידית אך אין משמעות הדבר כי מדובר ב"מעצר סיכולי" בלבד שכן החקירה והמעצר נשענים על עילות הנוגעות למעורבותו בעבירות ביטחון. לעניין זה העצור הוא בגדר חשוד. יש לפיכך לשמור על זכויותיו כחשוד בפלילים.

על רקע זה, ולאור קביעתנו כי תכלית החוק היא ראויה, ניתן לפנות לבחינת יסוד המידתיות.

מידתיות

26. מכוח הוראות פסקת ההגבלה, חוק הפוגע בזכות להליך הוגן – וכזה הוא החוק שלפנינו – הוא חוקתי רק אם הפגיעה בזכות היא במידה שאינה עולה על הנדרש. השאלה הצריכה תשובה כאן היא האם האמצעי שבחר בו המחוקק הוא מידתי ביחס לתכלית הראויה של החוק. הפסיקה בישראל, כמו גם בשיטות משפט אחרות, בוחנת את המידתיות לפי שלושה מבחני-משנה, המסייעים בקונקרטיזציה של אמת המידה הכללית (ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997)). שלושת מבחני המשנה הם: מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי שנבחר, הפוגע בזכות, לבין התכלית; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ולבסוף – מבחן האמצעי המידתי במובן הצר (מבחן היחסיות – כהצעתו של פרופ' א' בנדור). עמד על המבחנים הללו הנשיא א' ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997):

מבחן המשנה הראשון, הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונאלי. אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית - ובענייננו, הפוגע בחופש העיסוק - הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי החקיקתי צריך להוביל, באופן רציונאלי, להגשמתה של המטרה החקיקתית...; מבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית - ולענייננו הפוגע בחופש העיסוק - הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר... האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. 'על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם'... 'אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה'... מבחן המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). האמצעי הנבחר אפילו מתאים הוא (רציונאלי) להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי

מתון ממנו צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית... זהו מבחן הבוחן את התוצאה של החקיקה, והאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. אם השימוש באמצעי החקיקתי גורם לפגיעה חמורה בזכות האדם, ואילו התועלת הצפויה ממנו לציבור היא מזערית, כי אז אפשר שהחקיקה חורגת מהמידה הדרושה (במובנה הצר).

בענייננו, שוכנענו על-ידי החומר שהוצג לנו כי קיים קשר של התאמה בין השגת תכליותיו של החוק לבין השימוש באמצעי של מניעת האפשרות של העצור להיות נוכח בדיוני מעצרו. סעיף 5 עצמו קובע כי ניתן להאריך מעצר שלא בנוכחות העצור רק כאשר בית המשפט "שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם" (סעיף-קטן (1)); וכי ניתן לקיים דיון בבקשה לעיון חוזר או בערר שלא בנוכחות העצור רק כאשר בית המשפט "שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה" (סעיף-קטן (2)). כלומר, סעיף 5 יוצר בלשונו זיקה בין הפגיעה בזכות לבין הגשמת התכלית של קיום חקירה אפקטיבית לצורך סיכול עבירות ביטחון ופגיעה בחיי אדם. אכן, הפסקת חקירה לצורך התייצבות בבית המשפט עלולה להקשות על החוקרים. כפי שנמסר לנו, היא עלולה לשבש יישום של שיטות חקירה מסוימות. לכן, ניתן לומר שמתקיים קשר רציונאלי בין מניעת הפסקת החקירה (לפרק זמן מסוים) לבין השגת מטרות החקירה.

27. עם זאת, לא שוכנענו כי האמצעי שנבחר בסעיף 5 הוא האמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר, או שמתקיים בסעיף זה איזון ראוי בין הפגיעה בזכות להליך הוגן – במובן של נוכחות העצור בדיוני המעצר – לבין השגת מטרות החקירה. ביסוד עמדתנו- זו ניצבים הנדבכים המצטברים שיפורטו להלן.

28. הנדבך הראשון נוגע להיקף הפגיעה בזכות להליך הוגן ובביקורת השיפוטית האפקטיבית. הפגיעה בזכות להליך הוגן מכוח סעיף 5 לחוק היא פגיעה קשה. הנוכחות של עצור בהליכי המעצר היא כאמור מרכיב גרעיני בזכותו להליך הוגן. היעדרותו מן ההליך מעלה חשש לפגיעה ביכולתו להתגונן מפני הטענות המבססות את עילת המעצר, כמו-גם להעלות לפני בית המשפט טענות בעניין תנאי המעצר ודרך ביצוע החקירה. היא גם מאיינת את יכולתו של בית המשפט לחזות במו עיניו בעצור ולעמוד על מצבו. חשש זה מועצם במידה רבה כאשר מדובר בחשוד בעבירות ביטחון, אשר יכולתו להתגונן בהליכי המעצר מוגבלת מכוח אמצעים אחרים שניתן להפעיל כלפיו.

במיוחד יש לציין כאן את הוראת סעיף 35 לחוק המעצרים שלפיה ניתן למנוע פגישה של עצור החשוד בעבירת בטחון עם עורך דין במקום שבו פגישה כזו עלולה לשבש את מעצרו של חשודים אחרים, להפריע לגילוי ראיה או תפישתה, לשבש את החקירה, או שמניעת הפגישה דרושה כדי לסכל עבירה או כדי לשמור על חיי אדם. "מניעת פגישה בין עצור לבין עורך דינו" – כך נפסק – "הינה פגיעה קשה בזכות העצור. פגיעה כזו נסבלת רק כאשר הדבר חיוני מבחינתם של צורכי הביטחון והכרחי מבחינתה של טובת החקירה" (דברי הנשיא ברק בבג"צ 6302/92 דומחיה נ' משטרות ישראל, פ"ד מז(1) 209, 213 (1993)). השילוב בין ההוראות בעניין מניעת מפגש עם עורך-דין לבין ההוראות נשוא הבחינה החוקתית היום עלול לאיין במידה רבה את עצם האפשרות של העצור להציג עמדת-נגד בעניין מעצרו, ובאותו מטבע, את עצם היכולת של בית המשפט לקיים ביקורת אפקטיבית על החקירה ועל המעצר לצורך החקירה. עמד על כך השופט פוגלמן בהחלטה שניתנה בעניינו של העורר:

דיון ללא נוכחות העצור אינו דיון במעמד צד אחד, שכן העצור רשאי, לכאורה, להציג את עניינו באמצעות בא-כוחו. בצד האמור, במקרה שלפנינו (וכפי שניתן להניח, גם במקרים אחרים בהם יופעלו הסמכויות מכוח חוק הוראת שעה) מנוע המשיב מלהיפגש עם עורך דינו. השילוב של אלה מביא לכך שהלכה למעשה, האפשרות העומדת למשיב להציג את עמדתו בדיון מוגבלת ביותר. בכך יש פגיעה של ממש בזכויותיו של העצור. נפגעת זכותו להיות נוכח בדיון בעניינו, להתגונן ולהשמיע את עמדתו, ולמעשה, נפגעת באופן ממשי זכותו להשמיע את טענותיו לפני בית המשפט... הפגיעה האמורה מתעצמת, שכן בגדרי ההליך המתנהל מתבקשת הגבלת חירותו של אדם בדרך של מעצר – וכידוע, החירות ממעצר היא זכות יסוד המנויה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בבש"פ 1144/06 זיאד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.2.2006) כתב חברי השופט א' רובינשטיין: "... פשיטא, מכל מקום, שהגנתו של מי שאינו יכול לבוא בדברים עם בא כוחו עלולה להיפגע במידה מסוימת, ולוא גם זמנית. לא תמיד מודע החשוד לזכויותיו הדיוניות והמהותיות, והגנה משפטית יעילה תלויה לעיתים בשילוב בין הידע העובדתי של החשוד, לבין הידע המשפטי של עורך דינו" (פס' ה להחלטה). הוראת החוק הנדונה היום גורעת עוד מהגנתו של העצור, מעבר לפגיעה הנובעת ממניעת הפגישה עם עורך-הדין, את היכולת להציג לפני בית המשפט את הידע העובדתי שברשותו. הפן העובדתי והפן המשפטי גם יחד – חסרים.

29. אכן, הפגיעה במי שאינו יכול להתגונן מפני מעצרו הן באמצעות נוכחות אישית הן באמצעות "נוכחות ייצוגית מושכלת" היא פגיעה קשה ביותר בזכויות האדם. היא עלולה לאייץ את תקינותו ולרוקן את תוכנו של ההליך המשפטי. מדובר בפועל בהליך *ex parte*. באחת הפרשות דן בית הדין האירופי לזכויות אדם בהוראת סעיף (4)5 "Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful". באותו מקרה הלינה עצורה על כך שלא ניתנה לה הרשות להיות נוכחת בהליכי ההשגה על מעצרה, שבהם ביקשה להציג טיעונים באשר לתנאי המעצר. בית הדין פסק:

The Court recalls that by virtue of Article 5 § 4, an arrested or detained person is entitled to bring proceedings for the review by a court of the procedural and substantive conditions which are essential for the "lawfulness", in the sense of Article 5 § 1, of his or her deprivation of liberty... The proceedings must be adversarial and must always ensure equality of arms between the parties... The possibility for a detainee to be heard either in person or through some form of representation features among the fundamental guarantees of procedure applied in matters of deprivation of liberty...

בית הדין היה ער לכך שהעצורה הייתה מיוצגת בהליך על-ידי עורך-דין אולם הלה לא יכול היה לשמש תחליף משום שהעובדות לא היו ידועות לו:

The Court notes at the outset the applicant sought leave to appear before the appeal court in order to plead her release on the grounds intimately linked to her personal situation. She planned, firstly, to describe the appalling conditions of her detention, *of which her counsel did not have first-hand knowledge. Only the applicant herself could describe the conditions and answer the judges' questions, if any...*

בית הדין פסק אפוא כי הסירוב לאפשר לעצורה להופיע בבית המשפט שלל ממנה שליטה אפקטיבית בחוקיות מעצרה, כנדרש לפי סעיף (4)5 לאמנה.

30. מכל האמור מתבקשת המסקנה כי לא ניתן לבחון את ההוראה שבסעיף 5 לחוק מבלי להביא בחשבון גם את המסגרת הנורמטיבית הכוללת שעניינה חקירה ומעצר של חשודים בעבירות ביטחון. כאשר עורך-הדין לא פגש בעצור, ובית המשפט מנוע אף הוא מלהציג שאלות לעצור ולברר עניינים הטעונים בירור, נוצרת מגבלה ממשית על האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית והוגנת. בית המשפט נסמך למעשה על עמדתו ועל דבריו של צד אחד בלבד. תוצאה זו קשה היא לאור מאפייניו של ההליך המשפטי התקין ולאור הנושא שעל הפרק – הגבלת חירותו של אדם.

בדומה, לא ניתן להתעלם מכך שלפי הדין הקיים, בהליכי המעצר מוצגת תכופות לבית המשפט חומר במעמד צד אחד. למותר לציין כי בכך לבד יש משום פגיעה ביכולתו של העצור להתגונן. בכך לבד יש משום פרקטיקה שגם אם היא הכרחית במקרים מסוימים, מקשה היא על העצור לנהל את הגנתו ועל בית המשפט לפסוק על-פי הכללים הרגילים המנחים אותנו. בתי המשפט נוקטים בהקשר זה באמצעים שונים לצמצום הפגיעה בזכויות העצור, בין השאר על-ידי כך שלאחר הדיון במעמד צד אחד נמסר לעצור או לבא-כוחו כל המידע שניתן למסור אותו. ברי כי היכולת למזער את הפגיעה בזכויות העצור, במובן של מתן אפשרות להגיב למידע בעניינו, נחלשת כאשר העצור אינו נוכח וסנגורו – לעיתים תכופות – טרם פגש בו.

כפי שציינתי, יש לדחות את טענת המשיבה כי לאור המגבלות השונות המוטלות מכוח דינים אחרים על היכולת של חשוד בעבירות ביטחון להתגונן – למשל מגבלת החשיפה לעיקרי התשתית הראייתית – תוספת הפגיעה עקב אי-הנוכחות בדיון המשפטי "אינה גדולה". טענה זו עלולה להישמע כאילו פגיעה קיימת בזכויותיו של החשוד ובהליך המשפטי התקין מחלישה את הטענה כנגד פגיעה נוספת באפשרות של החשוד להתגונן ובאפשרות של בית המשפט לברר את העובדות והנתונים לאשורם. אם לכך כיוונה המשיבה הרי שיש לדחות את הטענה בשתי ידיים. גם בהליך הנסב על מעצרו של חשודים בעבירות ביטחון יש לשמר את הביקורת השיפוטית הממשית. במיוחד בהליך כזה, שממילא מוטלות בו מגבלות, האפשרות של העצור להיות נוכח בדיוני מעצרו עשויה לקבל חשיבות מיוחדת. מכל מקום, כאשר זכות יסוד נפגעת במספר היבטים, או באופן הדרגתי, יתכן בהחלט שהאפקט המצטבר הוא שיחצה את רף החוקיות, באופן ש"הפגיעה השולית" האחרונה לא תוכל לעמוד.

31. מן המקובץ עולה כי הוראת סעיף 5, במיוחד כשהיא חוברת להוראות נוספות הקיימות בדין, עלולה דה-פקטו להוביל לבידודו של העצור מן ההליך המשפטי המתקיים בעניינו – הליך הנסב על פגיעה בזכות היסודית לחירות ממעצר. המשמעות של מכלול ההוראות הנוגעות לשלבי החקירה הראשוניים של חשודים בעבירות ביטחון עלולה להיות איון האפשרות לקיים ביקורת אפקטיבית מינימאלית על שמירת זכויותיו של העצור במסגרת הליכי המעצר והחקירה. למעשה, הן שמות רטייה על עינו הפקוחה של בית המשפט – זו המבקשת לפרוץ מבעד לעיניה העצומות של אלת הצדק – וכך נפגם חלק בלתי נפרד וחיוני מחוקתיותו של מעצר לצורך חקירה. כפי שציין הנשיא ברק בהקשר אחר:

מידת רגישותה של חברה לשמירה על חירותו של הפרט מתבטאת בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטת רשות שלטונית הפוגעת בחירות בה היא מכירה. אכן, השמירה על חירות הפרט יקרה לנו מדי, מכדי להשאיר את בידיהם של הגורמים השלטוניים. יודע אני כי פיקוח שיפוטי אינו מבטיח תמיד הגנה על זכויות האדם. אך משוכנע אני כי היעדר פיקוח שיפוטי סופו פגיעה בחירותו של האדם. באין דיין אין דין (רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי תל-אביב (טרם פורסם)).

הוראת סעיף 5 עלולה אפוא לפגוע פגיעה קשה בהליך המשפטי עצמו, באפקטיביות שלו ובהגינותו. היא פוגעת בזכותו של העצור להליך הוגן, הנגזרת מזכותו לחירות ולכבוד. יודגש: העובדה כי הוראת סעיף 5 לחוק מאפשרת למנוע את הבאתו של העצור לדיוני מעצרו רק לאחר שהתקיים דיון ראשון בנוכחותו, יש בה אמנם כדי למתן את הפגיעה אך לא יותר מכך. הביקורת הרציפה על הליך המעצר לצורך חקירה חשובה לשמירת זכויות האדם, לפחות כפי שהחקירה הרציפה חשובה לצורך הגשמת מטרות החקירה.

32. הנדבך השני נוגע לשיבוש בחקירה שסעיף 5 נועד למנוע. אין ספק שחקירה רציפה ללא עכבות, עיכובים והפסקות עשויה לסייע בהגשמת מטרות החקירה. הרחבת סמכויותיו של החוקר עשויה להקל עליו לחשוף את האמת. חשיפת האמת – במהירות וביעילות – חשובה במיוחד כאשר ביטחון המדינה ואזרחיה עומד על כף המאזניים. אזכיר כי הסמכות להורות על דיון שלא בנוכחות העצור יוחדה למקרים שבהם בית המשפט "שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם" (הארכת מעצר), או שבית המשפט "שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה" (עיון חוזר או ערר). הוראת החוק

נועדה אפוא למצבים שבהם יש חשיבות רבה, מבחינת מטרות החקירה, לאפשר ככל הניתן חקירה רצופה.

עם זאת, "חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על מנת לחשוף את האמת... לעתים מחיר האמת הוא כה גבוה שחברה דמוקרטית אינה מוכנה לשלמו" (עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל הנ"ל, פס' 22 לפסק-הדין של הנשיא ברק). כך, חקירה אפקטיבית, הנעשית בתנאים של מעצר, חייבת להיות משולבת בפיקוח שיפוטי בעל-משמעות. קיום הליך משפטי נאות הוא יסוד חיוני להבטחת מדתיותו וחוקתיותו של מעצר לצורך חקירה. מבחינה עקרונית, אין לראות בהופעתו של החשוד לפני שופט מכשול, אלא תנאי יסודי למעצר אפקטיבי וחוקתי לצורכי חקירה. "תפיסת היסוד המקובלת הינה כי המעורבות השיפוטית היא חלק אינטגרלי של תהליך המעצר... ביסוד תפיסה זו מונחת תפיסה חוקתית הרואה במעורבות השיפוטית בהליכי המעצר תנאי חיוני להגנה על חירותו של הפרט" (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נד(2) 349 (2003)). משמעות הדבר היא שיש להתאים את שיטות החקירה לצורך להפסיק בשלב מסוים את החקירה על-מנת לאפשר קיומו של הליך שיפוטי אפקטיבי והוגן. חקירה המתבצעת לאורך זמן, כאשר הנחקר נמצא במעצר ולא מתאפשר לו לבוא לפני בית המשפט ולהשמיע את דברו, עלולה להגיע לכדי פגיעה בכבוד האדם ובחירותו באופן בלתי מידתי.

ככל שמבקשים לצמצם את הפגיעה בחקירה עקב הפסקתה לצורך קיום הליך שיפוטי, יש לבחון את האפשרות לעשות זאת בדרכים שפגיעתן בזכויות העצור פחותה. כך גם, אם קיים קושי להפסיק את החקירה כדי להביא את העצור לבית המשפט, יש לבחון דרכים לצמצום הקושי הזה, דרכים שהן מידתיות יותר מאשר מניעת נוכחותו של העצור בהליך. לעניין זה, עניין מבחן המשנה השני של המידתיות, נציין רק כי לא עלה בידי המשיב לשכנענו כי אין בנמצא דרכים אחרות שפגיעתן בזכויות העצור מעטה יותר, ושיש בהן, בה בעת, כדי להשיג את תכלית החקיקה; דרכים אלה, שפגיעתן בזכות פחותה, תתווספנה לאמצעים המיוחדים שכבר קבועים בחקיקה – אותם אמצעים העומדים לרשותן של רשויות החקירה והאכיפה לפי חוק המעצרים הקיים, ולפי הוראת השעה (פרט לסעיף 5 נשוא דיוננו).

33. הבחינה המשולבת של מידת הפגיעה בזכויות היסוד של הנחקר מחד גיסא, ושל התועלת החקירתית הנובעת מהוראת סעיף 5 מאידך גיסא, מובילה למסקנה כי מדובר באמצעי שאינו מידתי. נתון נוסף תומך במסקנה זו והוא היקף השימוש באמצעי

הקבוע בסעיף 5. המשיבים טענו – והציגו נתונים לביסוס טענה זו – כי סעיף 5 להוראת השעה הופעל במספר מועט יחסית של מקרים. לדבריהם, הנתונים מוכיחים כי היישום של סעיף 5 בחיי המעשה הוא מוגבל ומרוסן, ומתייחד למקרים בודדים מדי שנה. אולם טענה זו, המצביעה על נדירות הצורך להיזקק לאמצעי של מניעת נוכחות, מחזקת דווקא את הקושי החוקתי הנובע מקיומה של הוראת סעיף 5 בספר החוקים. יפים לכאן גם דבריו של השופט זמיר בעניין צמח הנ"ל:

גם אילו הוצגו בפנינו נתונים המלמדים כי רק חיילים מעטים באופן יחסי מוחזקים במעצר עד תום התקופה המירבית, עדיין לא היה בכך משום תשובה מספקת לטענה כי תקופת המעצר המירבית ארוכה מן הנדרש... מבחן המידתיות של תקופת המעצר מתייחס גם לתקופת המעצר המירבית, היא התקופה שנקבעה בחוק, ולא רק לתקופת המעצר בפועל של פלוני או אלמוני. אם התקופה המירבית פוגעת בחירות האישית במידה העולה על הנדרש, אין בכך כדי לשנות שהיא פוגעת בחירות של מעטים בלבד. גם החירות של אדם אחד ראוייה להגנה כאילו היא עולם ומלואו (שם, פס' 33).

כך שם וכך גם בענייננו.

לאור כל האמור אנו סבורים כי הוראת השעה אינה מקיימת את מבחן המידתיות – בין באספקלריה של מבחן המשנה השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) בין באספקלריה של מבחן המשנה השלישי (מבחן היחסיות, או – המידתיות במובן הצר).

סיכום

34. בית המשפט העליון עמד לא פעם על הצורך לנהוג איפוק וריסון מרבי בהפעלת הסמכות להכריז על בטלותם של חוקים בשל היותם נוגדים את הוראות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. "הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט... בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען... עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פס' 19 לפסק-הדין של הנשיא ברק (1997)). לפי תפיסה זו פעלנו גם במקרה זה.

הבאנו בחשבון הכרעתנו גם את האתגר החוקתי המיוחד שנדרשת לו מדינה דמוקרטית הנאבקת בטרור. מצב של לוחמה בכלל, ושל לוחמה בטרור בפרט, יוצר זעזוע באיזון בין זכויות אדם לבין ביטחון המדינה והציבור. זכויות האדם נועדו להיות עקרונית יסוד עמידים בפני זעזועים, אך הלוחמה בטרור מחייבת – בישראל כמו במדינות אחרות – להתאים את יישום אמות המידה החוקתיות לצורך להתמודד עם איום הטרור. התפיסה העקרונית של שיטת המשפט בישראל היא שיש לקיים את מצוות החוקה גם אל מול איום הטרור. אכן, "זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פס' 39 (1999)). אולם זה סוד עוצמתו של המשטר הדמוקרטי, שעומד איתן על עקרונותיו ועל ערכי היסוד שלו גם כאשר מדובר בעימות מול מי שאינו אווז בעקרונות דומים (ראו גם בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006)).

35. אחרי כל אלה, ולאור כל אלה, סבורים אנו כי הוראת סעיף 5 לחוק השעה, שעליה הסתמכו הערכאות הקודמות בהחלטותיהן בעניינו של העורר, אינה יכולה לעמוד בשל שהיא נוגדת את עקרונות היסוד החוקתיים הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משמעות הדבר היא שחובה הייתה לקיים את הדיון בהארכת מעצרו של העורר בנוכחותו. מבחינה חוקתית משמעות הדבר היא שיש לקרוא מעתה את חוק המעצרים כפי שהיה קודם להוראת סעיף 5 להוראת השעה.

המשנה-לנשיאה

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

שופט

הנשיאה ד' ביניש:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, ולמסקנתו לפיה סעיף 5 לחוק הוראת השעה פוגע במידה העולה על הנדרש בזכותו החוקתית של עצור להיות נוכח בהליכי מעצרו - שהינה מרכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן.

לאחר שנתתי את הסכמתי לפסק הדין, באו לפניי חוות הדעת של חבריי השופטים נאור וגרוניס הסבורים כי ניתן להסדיר הסוגיה שלפנינו בחקיקה שבתנאים מסוימים, תהיה מידתית. אכן, אפשר שייתכנו מצבים חריגים ונדירים בהם הימנעות מהבאת העצור בפני שופט לשם הארכת מעצרו נדרשת לשם מניעת סיכון מייד וקונקרטי, וזאת במקרים חריגים מאוד, בהם עצם הפסקת החקירה לצורך הבאת העצור לבית המשפט עלולה להביא לפגיעה מיידית בחיי אדם, כאשר הסכנה היא ברמת ודאות גבוהה ביותר כדוגמת "הפצצה המתקתת". כשלעצמי אני סבורה כי ניתן למצוא פתרון למקרים נדירים אלה במענה משפטי, ולו חלקי, הקיים בהסדרים אחרים. בעניין זה אני מצטרפת לעמדה שהביע חברי השופט רובינשטיין בפסקה כו' לפסק דינו, בה הביע ספק אם חקיקה זו כדאית לצורך אותם מקרים נדירים. אכן מתעוררת תהייה האם קיימת הצדקה להסדיר מצבים נדירים אלה בחקיקה ייחודית כדוגמת הוראת השעה בעתירה שלפנינו, והאם חקיקה שכזו לא תפתח פתח ל"מדרון חלקלק". שאלות אלה אינן לפנינו ואינני רואה לנקוט עמדה בהן.

ה נ ש י א ההשופטת ע' ארבל:

אני מסכימה לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין.

סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו – 2006 (להלן: הוראת השעה), כמו-גם הוראת השעה כולה, נולדו על רקע המציאות הביטחונית המורכבת השוררת באזורנו, מציאות שלצערנו הטרור הפך שחקן של קבע בה. בחזית המאבק בטרור ניצבים גורמי הביטחון. עליהם מוטלת ההתמודדות היומיומית עם האתגרים והאיומים שמציג הטרור, ולשם כך נותנת המדינה בידם כלים מתאימים. הוראת השעה נמנית על הכלים המצויים בארגז הכלים של גורמי הביטחון לצורך מילוי תפקידם. מטרתה של הוראת השעה ליתן בידי גורמי הביטחון כלים

מתאימים לביצוע תפקידם, מתוך הבנה כי חקירת חשודים בביצוע עבירות ביטחון אינה דומה לחקירה משטרתית של חשוד בפלילים. אכן, חקירת חשוד בעבירות ביטחון מתייחדת בכך שעל-פי רוב מטרתה העיקרית הינה סיכול פעילות נגד ביטחון המדינה. מדובר בעבירות המבוצעות בדרך כלל על רקע אידיאולוגי, המביא לכך שפעמים רבות חשודים, או נחקרים רלוונטיים אחרים, יסרבו לשתף פעולה עם גורמי החקירה. על כן יש להוסיף כי כאשר עסקינן במי שאינם תושבי ישראל, קיים ממילא גם הקושי בהשגת ראיות נוספות, תשאל עדים רלוונטיים, איסוף מידע ועוד. כל אחד מגורמים אלה, לא כל שכן היאספם יחד, מביאים לכך שחקירות חשודים בעבירות ביטחון הן חקירות מורכבות המצריכות לא אחת זמן ורצף של פעולות חקירה ולעיתים מתבצעות בסד זמנים (וראו גם: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים)(עצור שאינו תושב, החשוד בעבירת ביטחון – הוראת שעה), התשס"ו – 2005, ה"ח 206. להלן: הצעת החוק).

ויחד עם זאת, כפי שמזכיר חברי, גם במציאות זו נדרשת ישראל לנהל את המאבק על ביטחונה ועל ביטחון אזרחיה תוך שמירה על אופייה כמדינה יהודית ודמוקרטית. במילים אחרות, המאבק בטרור ובכלל האיומים הביטחוניים על ישראל נעשה בגבולות שמשרטט לה החוק (בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 34 - 35 (2002); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 382 - 383 (2002); בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(1) 353, 369 (1996)). המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. ואכן, מדברי ההסבר להצעת החוק, כמו-גם מדברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון)(הוראת שעה)(תיקון), התשס"ח – 2007 (ה"ח 340), בעקבותיה הוארך תוקפה של הוראת השעה, עולה כי מנסחי החוק ביקשו להביא בחשבון, לצד הסדרת סמכויותיהן של רשויות החקירה ביחס לחקירת עבירות ביטחון, גם את העקרונות המנחים בשיטתנו באשר לזכויות חשודים. הנה כי כן, גם למחוקק היה נהיר כי נוכח אופייה של ישראל כמדינת חוק אין הגבולות פרוצים, ומשעה שמדובר בזכויותיו של חשוד הנתון בידי המדינה ומוחזק על-ידיה, שומה עליה להיזהר משנה זהירות כל אימת שנבחן צעד שיש בו משום פגיעה בזכויותיו.

מטעמים אלה ראיתי קושי בטענת המדינה לפיה בשלב החקירה נפגעות זכויות חשובות של מי שנשללה חירותו בכדי להגשים את אינטרס בירור האמת, ועל כן שלילה זמנית של זכות הנוכחות של החשוד בהליך המעצר ממילא אינה מהווה פגיעה משמעותית נוספת בזכויותיו. הקו המנחה בעניינים אלה צריך להיות הפוך: אמנם, יש

מצבים בהם אין מנוס מפגיעה מסוימת בזכויותיו של חשוד בעבירת ביטחון, בכך שעיקרי הראיות נגדו אינן נחשפות בפניו, בכך שלעיתים נמנע המפגש שלו עם עורך דין לתקופה קצובה וכיו"ב. ואולם, הפגיעה בזכויותיו של חשוד בעבירות ביטחון היא בבחינת החריג שהשימוש בו ייעשה בזהירות ובריסון. לפיכך, אין מקום לסבור כי פגיעה נוספת בזכויותיו, קל משקלה נוכח הפגיעה בהן ממילא, ועל כן מותרת ומוצדקת היא.

בסיכומם של דברים, גם לטעמי אין סעיף 5 להוראת השעה מידתי, מהטעמים עליהם עמד המישנה לנשיאה. במבחן הביצוע, כוונת המחוקק ליצור איזון סביר וראוי בין הצורך ליצור כלים מתאימים לחקירת חשוד בעבירת ביטחון אל מול עקרונות היסוד בדבר זכויות החשוד והעצור, לא הוגשמה.

ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה עם חברי המשנה לנשיאה ריבלין כי סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: החוק) פוגע בזכות להליך פלילי הוגן, זכות הקשורה בקשר הדוק לזכות החוקתית לכבוד האדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדי לצלוח את מבחן החוקתיות על הפגיעה לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה. אני מסכימה גם כי סעיף 5 לחוק, כפי שהוא היום, אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה. עם זאת עמדתי היא כי יש להשעות את תוקפה של הכרזת הבטלות לשישה חודשים, וזאת כדי לאפשר למחוקק, אם יבחר לעשות כן, לקבוע גבולות צרים יותר ומידתיים יותר לאפשרות של דיון בהארכת מעצר, ערר או עיון חוזר שלא בנוכחות העצור, הכל ברוח דברים עליהם אעמוד להלן. להשקפתי יש להשאיר בגיזרה צרה בלבד, עליה אעמוד להלן, את האפשרויות לקיים דיון שלא בנוכחות העצור. בקצרה אומר כי על פי השקפתי במקרים נדירים על הזכות להליך הוגן לסגת לפרק זמן מוגבל מפני הצורך למנוע – בדרגה של וודאות קרובה – פגיעה בחיי אדם. כיוון שעמדתי היא עמדת מיעוט אעמוד על הדברים בקצרה.

2. בפתח הדברים אבהיר את התחום בזמן של האפשרות לדיון שלא בנוכחות העצור על-פי החוק שלפנינו. ההחלטה השיפוטית הראשונה בדבר מעצר של חשוד בעבירות ביטחון נעשית בנוכחותו של החשוד ואין בפנינו טענה כנגד חוקתיותה (להלן: החלטת המעצר הראשונה). בהחלטת המעצר הראשונה ניתן להורות על מעצר

עד 20 ימים (להלן: התקופה המירבית). מקום בו הורה בית המשפט, במסגרת החלטת המעצר הראשונה, על תקופת מעצר הקצרה מ-20 ימים, "מתעורר" סעיף 5 לחוק ומאפשר את הארכת המעצר עד לתקופה המירבית ללא נוכחות העצור (להלן: החלטת הארכת המעצר). הפגיעה בזכות החוקתית מתקיימת אפוא בתחום בו סעיף 5 לחוק מסמיך את בית המשפט לדון בהארכת המעצר, בהתקיים תנאים מסויימים, שלא בנוכחותו של העצור, דהיינו כמספר הימים המשלים לתקופה המירבית של 20 יום ולא מעבר לכך. כפי שרמזתי גם תקופה זו עשויה להיות ארוכה יתר על המידה, ואעמוד על כך בהמשך הדברים.

3. הכלל בחוק הינו דיון בנוכחות העצור ואילו החריג הוא דיון ללא נוכחות העצור. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה תכלית החריג – לשפר את היכולת של גורמי האכיפה לבצע חקירה אפקטיבית בתחום עבירות הביטחון – היא תכלית ראויה (ראו פסקאות 23 ו-25 לפסק דינו של חברי). המפתח החוקתי מצוי בדרישת המידתיות. אין להסתפק בטענת המדינה כי ביצוע החוק בפועל הוא "מוגבל ומידתי" (פסקה 41 לטיעונים בכתב). החוק הקובע את הסמכות הפוגעת בזכות החוקתית צריך להיות, הוא עצמו, "מוגבל ומידתי". סעיפים 5(1) ו-5(2) לחוק מגדירים "נוסחאות איזון" שונות לתחולת החריג, אפרטן מן הכבדה אל הקלה: סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם (ביחס להארכת מעצר), סיכול של עבירת ביטחון (ביחס להארכת המעצר) או פגיעה ממשית בחקירה (ביחס לעיון חוזר וערר). המבחן המחמיר ביותר הינו סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. הוא מחמיר בהשוואה למבחן סיכול של עבירת ביטחון, שכן בהתחשב בהגדרה של "עבירת ביטחון" בסעיף 1 לחוק אין הדבר כרוך בהכרח בהוכחת חשש לפגיעה בחיי אדם אלא די בחשש לפגיעה בביטחון המדינה (ראו סעיף 3 לטיעונים בכתב מטעם המדינה). הוא מחמיר גם בהשוואה למבחן של פגיעה ממשית בחקירה (ראו בש"פ 8473/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 5 להחלטת השופט פוגלמן (לא פורסם, 10.10.2007)). ביחס לשתי נוסחאות האיזון האחרונות, המקלות, מקובלת עלי מסקנתו של חברי המשנה לנשיאה לפיה הן אינן מקיימות את דרישת המידתיות כיוון שהן מתירות מרחב רחב מידי לפגיעה בזכות החוקתית. לפיכך דין סעיף 5(2) לחוק הוא בטלות. גם דין האפשרות של דיון בלא נוכחות העצור לשם סיכול של עבירת ביטחון כאמור בסעיף 5(1) לחוק הינו לדעתי, כמו לדעת המשנה לנשיאה – בטלות.

4. עמדתי שונה, על דרך העקרון, לגבי נוסחת האיזון המחמירה יותר המופיעה בסעיף 5(1) הדורשת שכנוע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. דרישה כזו עשויה להיות מידתית אם יוטלו מגבלות נוספות. מגבלה אחת

ניתן היה להשיג בדרך של פרשנות: ניתן היה לפרש את הביטוי "עלולה" כמבחן הדורש ודאות קרובה לכך שנוכחות העצור בדיון בבית המשפט תביא לסיכול מניעת פגיעה בחיי אדם (על מבחן הוודאות הקרובה ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 273-274 (2004)). מידת הוודאות הקרובה מבטאת נוסחה אשר "הועמדה על בסיס רעיוני רחב" (השופט לנדוי ב-בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2418 (1962)). היא מקובלת בפסיקה כנוסחת איזון ביחס להגבלה מראש של זכות להבדיל מהגבלתה בדיעבד (ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, פסקאות 10 ו-11 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998)). הדרישה לוודאות קרובה יש בה כדי להבהיר כי להפעלת החריג נדרשים טעמים חיוניים, הכרחיים ו"החלטיים" למניעת סיכול פגיעה בחיי אדם (ראו והשוו דברי הנשיא שמגר ב-בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 821 בין אותיות השולים ב-ג (1988)). המקרה הטיפוסי בו מתקיימים הטעמים הללו, אך לא בהכרח היחיד, הוא במקרה של "פצצה מתקתקת" כאשר "קיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ" (ראו והשוו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 841 (1999)).

5. ככלל, יש בכוחה של פרשנות אפשרית כדי להביא להתאמה בין החוק לחוקה (ראו: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 276 (2004); בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 810 (1996); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.6.2008), פסקאות 7-8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (להלן: פרשת פלוני)). קיימת זיקה בין נוסחאות האיזון ההלכתיות-הפרשניות כגון מבחן הוודאות הקרובה, שגובשו בפסיקה עוד בטרם "העידן החוקתי", לבין עקרון המידתיות בפסקת ההגבלה החוקתית. לגישתי נוסחאות האיזון ההלכתיות מוצאות את מקומן, בשינויים הנדרשים, במסגרת מבחן-המשנה השלישי של המידתיות המבוסס על איזון ערכי (ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 55 לפסק דיני (לא פורסם, 20.8.2008)). זוהי עמדתו של פרופ' ברק כפי שפורטה באחרונה (אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 39, 94-96 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009)). אילו הקושי היחיד שהייתי רואה בסעיף (1)5 לחוק, לגבי המבחן המחמיר, היה בכך שאין הוא נוקב במפורש במבחן הוודאות הקרובה ניתן היה לקבוע זאת בדרך של פרשנות (תוך ביטול המבחן של סיכול עבירת ביטחון).

ואולם, בענייננו, לא די בטכניקה הפרשנית האמורה בכדי שהחוק יצלח את הבחינה החוקתית, וזאת אפילו לגבי המבחן המחמיר. גם אם תיקבע אמת-מידה פרשנית מחמירה לסעיף 5 לחוק, הדורשת ודאות קרובה לכך שהפסקת החקירה תימנע סיכול פגיעה בחיי אדם (תוך ביטול המבחנים האחרים המקלים) עדיין יותר פגם חוקתי שאין דרך לרפאו אלא באמצעות התערבות המחוקק, אם יחליט המחוקק לעשות כן: קיימת עדיין בחוק סמכות לקבוע, בהחלטת הארכת המעצר, משך זמן העלול להיות בלתי-מידתי עד כדי השלמת התקופה המירבית. הארכת מעצר עד מלוא התקופה המירבית ברציפות, בהיעדר העצור, עלולה לפגוע בזכות החוקתית מעבר לנדרש, ובפרט אם תקופת המעצר הראשונה היתה קצרה. לפיכך הגעתי לכלל מסקנה שאין מנוס אלא לבטל גם את סעיף 5(1) כפי שמציע חברי.

6. ביטול חוק הינו מוצא אחרון. השאיפה החוקתית היא לאיזון בין הערכים המתנגשים ולא להכרעה ביניהם. "נדרש האיזון בין צרכי הביטחון לזכויות הפרט. איזון זה מטיל מעמסה כבדה על העוסקים בביטחון. לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי. המטרה אינה מקדשת את האמצעים... איזון זה מטיל מעמסה כבדה על השופטים, אשר צריכים לקבוע – על בסיס המשפט הקיים – את המותר והאסור" (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 63 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 14.12.2006)).

על רקע זה שקלתי אם ניתן להכשיר את חוקתיות החוק, לגבי נוסחת האיזון המחמירה בלבד תוך פרשנות המצריכה ודאות קרובה, תוך הסתמכות על כך שהשופט היושב בדין יגיע בכל מקרה ומקרה לתוצאה מידתית מבחינת אורך תקופת המעצר בהעדר העצור (ראו והשוו פרשת פלוני, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה בניש). בסופו של דבר הגעתי למסקנה כי נסיון שכזה לא יצלח. אם, כפי השקפתי יש לבטל כליל את סעיף 5(2) לחוק, ממילא אין משמעות לאפשרות לקיים דיון שלא בנוכחות העצור בהארכת המעצר: מיד יוגש ערר, המחייב את נוכחות העצור מכוח דין העררים הכללי הקבוע בסעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) וחקירת העצור תיפסק. זאת ועוד: קביעת פרק הזמן המירבי היא בראש ובראשונה מלאכתו של המחוקק, ויש לאפשר לו פרק זמן הולם לצורך קביעת ההסדר שיעמוד באמת-המידה החוקתית (השוו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 284 (1999); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות

צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 377 (2003); יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (תשס"ו)).

7. על כן מצטרפת אני "לשורה התחתונה" של פסק דינו של חברי המשנה לנשיאה. ניתן עם זאת לשיטתי להשאיר בצריך עיון את גישתו של חברי המשנה לנשיאה לפיה "האפקט המצטבר" של ההוראות בעניין מניעת מפגש עם עורך-דין לבין סעיף 5 לחוק בענייננו חוצה את רף החוקתיות (פסקאות 28 ו-30 לפסק דינו). יודגש כי העורר לא תקף בענייננו את חוקתיות סעיף 35 לחוק המעצרים, שעניינו מניעת מפגש עם עורך דין (וראו גם סעיף 35(ז) לחוק המעצרים המאפשר לקיים דיון עם העצור וסניגורו בנפרד). "לשורה התחתונה" ניתן להגיע לשיטתי בבחינה ישירה של סעיף 5 לחוק כשלעצמו.

לאור חדשנות גישתו של חברי, רואה אני להעיר בעניין זה כי טענה בדבר "אפקט מצטבר" של שני אמצעים חקיקתיים היא טענה תוצאתית (ראו בהקשר של טענת אפליה, בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 27.2.2006)). בהיותה טענה תוצאתית לא ניתן לבחון אותה באופן ערטילאי ומופשט והבחינה היא לעולם קונקרטית (ראו והשוו: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 12.12.2005)). תרגומה של טענת ה"אפקט" בענייננו היא כי אופן הפעלת האמצעים במשולב פוגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש. הטענה איננה נגד עצם קיומן של כל אחת מהסמכויות כשלעצמן ובנפרד. הלכה היא כי נטל ההוכחה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען לאי-חוקתיות ועליו להוכיח כי נפגעה זכות חוקתית. הרציונאל הניצב בבסיס דרישה זו הוא חזקת החוקתיות (אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 53, 71 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009)). הדבר נכון גם ביחס לטענת ה"אפקט". זאת ועוד: קבלת טענת ה"אפקט" באופן הפוסל דווקא את האמצעי החקיקתי אותו בחר הטוען לתקוף היא שרירותית. היא נשענת על בחירתו הראשונית של הטוען לתקוף אמצעי מסוים ולשתוק ביחס לאמצעי אחר, כאשר שני האמצעים מצויים בבסיס טענת ה"אפקט". בדרך זו יתכן כי הסיבה הדומיננטית ל"אפקט", היורדת לשורש אי-החוקתיות, כלל אינה מונחת לפתחו של בית המשפט. בפני בית המשפט מצויה תמונה עובדתית ומשפטית חסרה. לפיכך פסילת אמצעי חקיקתי מסוים שנקבע בחקיקה ראשית על-יסוד טענת ה"אפקט" מחייבת, לטעמי,

בחינה כוללת של כל האמצעים החקיקתיים היוצרים את "האפקט" הנטען. יובהר כי על הטוען את הטענה להעלותה באופן מנומק וממוקד ולא כטענה כוללנית (והדברים מתחייבים גם מדרישת נטל ההוכחה כמבואר לעיל). לדעתי לא נשמעו בענייננו הטענות הדרושות כדי להצדיק קבלה של טענת ה"אפקט".

ודוק: אפילו היה העורר עומד בנטל האמור לעיל, עדיין אני סבורה כי התשובה לשאלה, האם שילוב של שני אמצעים חוקתיים כשלעצמם עלול להביא ל"אפקט" בלתי חוקתי בהצטברותם, אינה מובנת מאליה. התשובה לשאלה תלויה בין היתר באופן יישום האמצעים בשטח, בתכלית הניצבת בבסיס כל אמצעי וביכולת לאתר את האמצעי הדומיננטי ביצירת האפקט האמור. כך למשל מקום בו תכליות האמצעים מתלכדות, פסילה של אמצעי אחד עלולה לרוקן מתוכן את תכלית השימוש באמצעי השני (ראו והשוו למשל בג"ץ 801/00 נתשה נ' בית המשפט הצבאי בארז (לא פורסם, 1.2.2000)). מובן כי לבחינה זו של האמצעים החקיקתיים יש השפעה גם על הסעד החוקתי הראוי. סוגיות אלה מורכבות הן ומחייבות בחינה מעמיקה. אני מעדיפה להשאירן בצריך עיון לעת מצוא, שעה שהגעתי למסקנה כי האמצעי החקיקתי הקבוע בסעיף 5 לחוק, כשלעצמו, איננו חוקתי.

8. לסיכום, אם תישמע דעתי נקבע כי דין סעיף 5(1) ו-5(2) לחוק – בטלות. הדבר גורר את בטלות סעיף 5 לחוק כולו, כיוון שסעיף 5(3) וסעיף 5(4) אינם עומדים לבדם. עמדתי היא כי יש לאפשר למחוקק לקבוע, בתוך שישה חודשים, אם רצונו בכך, הסדר אחר המגביל את האפשרות לקיים דיון בהארכת מעצר, עיון חוזר או ערר שלא בנוכחות העצור. ההסדר יכול להתבסס לדעתי על מניעה בדרגה של וודאות קרובה לסיכול פגיעה בחיי אדם, ולמשך זמן מוגבל שיעמוד באמת-המידה החוקתית. אציע אפוא לחבריי להשעות את הכרזת הבטלות בפסק דיננו למשך שישה חודשים מיום מתן פסק הדין.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

מצטרף אני לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין. אמנם, לא ניתן להתעלם מצרכי השעה ומהצורך להותיר בידי כוחות הביטחון אמצעים אפקטיביים לשמירה על ביטחון הציבור ועל שלומם. אולם כפי שמציין חברי המשנה לנשיאה, המסגרת הנורמטיבית בה אנו דנים הינה ההליך הפלילי. גם בעיתות חרום, אל לנו

לשכוח מושכלות ראשונים, כי תכליתו של ההליך הפלילי – ובלתה אין – הינה ענישת אדם בגין עבירות אותן ביצע ואשר נקבעה אשמתו בהן. אמנם, במסגרת הליך זה נדרש לא פעם שימוש באמצעי משנה, אשר הדוגמה העיקרית להם הינם המעצר והחקירה, אולם אלו נדרשים לשם הגשמתה של התכלית הסופית של ההליך. במרכזו של ההליך הפלילי עומד הנאשם העומד לדין, והשאלות הנשאלות בו נוגעות כולן למעשיו ולאחריותו למיוחס לו ובמקביל לחובתה של המדינה לעשות שימוש בכוחותיה לשם ענישתו. משכך, לא בכדי אחת מן הדרישות המרכזיות, המצויה בלב ליבו של ההליך הפלילי, הינה הימצאותו של הנאשם בבית המשפט בו הוא עומד לדין. מניעת זכות זו מאדם – להיות נוכח במקום בו נחרץ דינו, פוגעת פגיעה אנושה בכבודו כאדם. נדמה שאין לנו אלא להיזכר בחוויותיו של יוזף ק' ולייאשו התהומי בתורו אחר משפטו הנסתר מן העין, עד לסופו המר:

”וכי היו עוד טיעונים שלא טען? בוודאי היו כאלה. ההיגיון, אמנם אין עליו עוררין, אך אין הוא יכול לעמוד בפני אדם הרוצה לחיות. היכן היה השופט, שמעולם לא ראה? היכן היה בית-הדין הגבוה, שמעולם לא הגיע עליו? הוא הרים את ידיו בפישוק כל האצבעות. אבל ידיו של האדון האחד הונחו על גרונו של ק', ואילו האחר נעץ את הסכין בלבו וסובב אותה שם פעמיים. בעיניים קמות עוד ראה ק' איך גוחנים שני האדונים, לחי אל לחי, אל פניו, ומתבוננים בהכרעת-הדין. ”כמו כלב!” אמר, כאילו ביקש לומר כי הבושה תשרוד אחריו.” (פרנץ קפקא, המשפט (תרגום מגרמנית אברהם כרמל, 1992), עמ' 219).

ואכן, בשונה מעולם המשפט הקפקאי, נדמה כי בעולם המשפט המודרני הליברלי לא ניתן כלל להעלות על הדעת אפשרות כי יועמד אדם לדין על מעשיו בלי שתינתן לו אפשרות להיות נוכח בעת בירור אשמתו, ואף בענייננו אין חולק על כך.

בשונה מעמדתה של המדינה, לא זו בלבד שדברים אלו אינם מאבדים מעוצמתם בשלב המעצר, אלא שבשלב זה, עת אדם מושם במעצר לקראת העמדתו לדין ובשעה שחזקת החפות עומדת לו במלוא עוצמתה, הדרישה כי הוא עצמו יוכל לבוא בפני בית המשפט בכדי להפריך את המיוחס לו ולדרוש את שחרורו – חזקה שבעתיים. חרף כל המשמעויות שיש לחקירה אינטנסיבית ואפקטיבית לעצורים בעבירות ביטחון, אשר חקירתם יש בה לא פעם כדי למנוע פגיעה בחייהם של חפים מפשע, הרי שככל שעסקינן בהליך הפלילי, מטרתה של חקירה זו עודנה בירור המעשים אותם ביצעו בעבר, לקראת העמדתם לדין בגין מעשים אלו. ממטרה זו נגזרות אף המגבלות

המוטלות על חירותם – כפועל יוצא של החשדות כנגדם. שלילת זכותם של עצורים אלו לבוא בפני שופט ולטעון כנגד מעצרו, בשעה שכנגדם מצויות ראיות לכאוריות בלבד, שאף טרם התגבשו לכדי כתב אישום, עומדת בסתירה לעקרונות בסיסיים ביותר של המשפט הפלילי, ולא ניתן להסכים לה.

לפיכך שותף אני לעמדה לפיה דין הוראת השעה להתבטל, משאין היא עומדת בדרישותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שופט

השופט א' רובינשטיין:

בפתח הדברים

א. מצטרף אני לחוות דעתו המקיפה של חברי המשנה לנשיאה, בנתון להערות בשורות הבאות. בפתח הדברים אביע תמיהה על כך שבשל שמיעתם של נציגי מערכת הביטחון בחלק מן הדיון בדלתיים סגורות (בהחלטה שנתקבלה אמנם ברוב דעות) מחקו העותרים את עתירתם בבג"ץ 2028/08. אכן, סעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 מאפשר הצגת חומר חסוי הנוגע לפלוני באורח אינדיבידואלי, כפי שטען בא כוח העותרים, אך אינני סבור כי דבר זה מוציא אפשרות כזאת בתיק "כללי" בג"צי ואף חוקתי. אמנם, אין הדבר שיגרת, אך הכרעה לא שיגרתית בדבר אי חוקתיותו של סעיף חוק התולה עצמו בין היתר ב"סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם" (סעיף 5(1) וכן 5(4) לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) תשס"ו-2006, בו עסקינן), מחייבת שיקול דעת מדוקדק ומושכל. לנגד עיני בית המשפט צריך שיהא מלוא התמונה, לא כל שכן כשהמדובר בטענה בדבר מידתיות דבר החקיקה. גם הכנסת, בועדות משנה, רואה חומר חסוי. כפי שצינו חלק מחבריי בעת הדיון בבית משפט זה, הדבר היה נחוץ כדי שהחלטתנו תהא אחראית וקונקרטי ולא מופשטת.

ב. חברי המשנה לנשיאה נדרש לשאלת העיון בבקשה כ"תיאורטית", ולטעם לעיסוק בתיק זה אוסיף לדבריו, המקובלים עלי, כי במציאות הישראלית, ובמיוחד זו הקשורה בנושאי איו"ש ועזה והאוכלוסיה הפלסטינאית, לא אחת מחויבת החלטה מיידית שאינה מותירה מקום להידרשות מסודרת ומעמיקה לנושא פלוני, ועל כך הדיון בנושא העקרוני צריך להתקיים לאחר שהעניין האופרטיבי נסתיים; ראו לעניין שחרור

אסירים פלסטינאים בגדרי מו"מ בג"ץ 10578/08, משל"ט - מכון משפטי לחקר טרור נ ממשלת ישראל החלטה מיום 15.12.09 (לא פורסמה); ופסק דינה של השופטת ארבל מיום 3.11.09 (לא פורסם)).

על סעיף 5 ודרכי החקירות

ג. אשר להכרעה לגופה, היא אינה קלה. הנושא נדון בכנסת בהרחבה (כפי שיפורט במקצת להלן) והמחוקק השתכנע מצרכיה של מערכת הביטחון. אף גישתנו שלנו אינה צדקנית; ערים אנו למשימות הכבדות העומדות לפני מערכת הביטחון לצרכי החקירות לשם סיכול טרור; איננו מצויים במגדל שן או בבועה, בהיותנו אזרחים שעמם ומדינתם חשופים לסכנות ביטחוניות. מאמינים אנו, כי דברי ההסבר להוראת השעה (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים)), (עצור שאינו תושב, החשוד בעבירות ביטחון – הוראת שעה) תשס"ו-2005, הצעות חוק - הממשלה תשס"ו, 1) שיקפו נחיצות לשיטת המציעים, וניסיוננו מלמדנו כי חלק מן האמצעים שנתן המחוקק בידי הרשויות החוקרות בנושאי ביטחון, כגון מניעת פגישה עם עורכי דין (ראו סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996), ככל שיהיו מכבידים מבחינת מערך הזכויות, יש ביסודם נימוקים טובים על פי צרכי חקירה לגיטימיים. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, התכלית לחקיקת סעיף 5 על פניה ראויה. ואולם, אומר כבר כאן ואחזור לכך בהמשך: השימוש באמצעי לפי סעיף 5, קרי דיון שלא בנוכחות העצור, הוא נדיר. נדירותו, עליה אין חולק, מצביעה על כך שרשויות החקירה והן ראויות לשבח על כך, עושות מלאכתן ככלל גם תוך הסתפקות באמצעים האחרים שלרשותן. החשש מפני הכרעה שיפוטית שתמנע מגורמי הביטחון לעשות מלאכתם נאמנה התעורר גם לאחר פסק הדין בבג"ץ 5100/94, 4054/95 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל ואחרים, פ"ד נג(4)817, אשר אסר על חלק ניכר מן האמצעים ששימשו את רשויות החקירה הבטחוניות לפני כן, ובזכות תושיה מקצועית שגילו הרשויות בהמשך, נתבדה (ואף לזאת אשוב). ההכרעה בענייננו באה מכוח מהותה של מדינת ישראל כמדינה שכבוד האדם בה הוא ערך חוקתי, הכולל גם את הזכות להליך הוגן.

ד. כחברי המשנה לנשיאה סבורני, כי אין להבחין בעניין זה בין נוכחות במשפט לבין נוכחות בהליכי מעצר. "דעלך סני, לחברך לא תעביד" ("מה שעליך שנוא, לחברך לא תעשה") אמר התנא הלל (בבלי שבת ל"א, א'). אכן, הנחקרים בהם מדובר אינם על פי רוב "חברים", ולעתים קרובות הם "שונאים"; אך אי אפשר שלא להזכיר את דבריו הקלאסיים של מ"מ הנשיא חיים כהן:

"ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירה החוק ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתה על חוקי המדינה" (בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3), 113, 132).

דברים אלה יפים מקל וחומר ללחימה תוך שמירה על חוקי היסוד וזכויות חוקתיות, והזכות להליך הוגן במשמע. כשהמדובר במעצר בעבירות ביטחון, המשופע מכוח החוק בהגבלות ייחודיות (ראו כאמור סעיף 35 לחוק המעצרים וכן סעיף 36 לו), כל תוספת למגבלות הקיימות, צריך שתישקל כדבעי בגדרי מידתיות, שלא תימצא התוצאה כבאותה בהמת משא מיתולוגית העמוסה לעייפה, אשר כל תוספת למשאה תגרום לקריסתה כל כולה.

על ביטחון וזכויות

ה. ההכרעה בתיק זה היא חלק מהתמודדותו של בית משפט זה בנושאי ביטחון אל מול הזכויות מסוגים שונים, של פלסטינאים ושל ישראלים. כדברי הנשיא ברק בבג"ץ הועד הציבורי נגד עינויים שציטט חברי "לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור" (עמ' 895; ראו גם ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) - פסקה 30; בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (בעיקר פסקאות 55-58, 82-85; בג"ץ 951/06 שטיין נ' מפכ"ל המשטרה (לא פורסם); בג"ץ 7957/04 מדאעבה נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם) - פסקה 29; בג"ץ 7862/02 דאהר נ' מפקדת כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם) - פסקה 7-8).

ו. בשכבר הימים, לפני כתריסר שנים ויותר, נזדמן לי לכתוב:

"היחס בין שאלות זכויות האדם לבין האתגר הביטחוני והצורך הביטחוני עתיד להישאר לאורך ימים על סדר-יומם של החברה הישראלית ובתי המשפט בישראל. המשא-ומתן לשלום שישראל נתונה בו מצוי בעיצומו, אך גם האופטימיים ביותר אינם צופים כי היא תבוא אל המנוחה ואל הנחלה במישור הביטחוני בטווח הנראה לעין. יימשך אפוא המתח הטבוע שבין הביטחון לנושאי הזכויות, וימצא את ביטויו המשפטי המרכזי בפרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; יימשך הדיון בשאלות כגון מתי נסוגות הזכויות מפני הביטחון ומהו האיזון בין שמירת הקיום לשמירת צלם האדם – ניסוח המחדד את

הדילמה עד תום. נמשיך להתלבט בשאלה מהו המרווח שבין הציווי 'ונשמרתם לנפשותיכם' (דברים ד', ט"ו) במובנו הקבוצתי ובין 'כי בצלם אלקים עשה את האדם' (בראשית ט, ו') ו"גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה" (ברכות י"ט, ע"ב). בית המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של הביטחון לשווא, אך הביטחון גם לא יופקר". (מתוך מאמרי "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", עיוני משפט כ"א (תשנ"ח) 21, 22; ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג, 2003), 226).

דברים אלה בולטים במיוחד ככל שהמדובר בשירות הביטחון הכללי (ראו ספרי הנזכר, בעמ' 268, 270-271, דברים שפורסמו תחילה ברשימתי "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מ"ד, חשון תש"ס (אוקטובר 1999), 409); ראו גם רשימתי "על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור", משפט וצבא 16 (תשס"ג), 765. וכבר כתב נתן אלתרמן (הובא שם עמ' 271, מתוך שירו "צרכי ביטחון, לרגלי אחת הסריקות 1950", הטור השביעי א', 279-280), "אין בונים מדינה בכפפות לבנות, לא תמיד המלאכה נקיה ויפת נפש, אמנם כן! אך דומה כי באלו מנות, נוהגים אנו לוכסוס קטן של רפש"; הרבה לפני "עידן הזכויות" הזהיר המשורר מגלישה למעשים שאינם ראויים. ועוד אביא בהיקף "כללי" קטע שירי נוסף משלו, המדבר בהסתרת מידע מן הציבור בנושא משפט בטחוני (ראו לרקע מנחם פינקלשטיין, 'הטור השביעי' ו'טוהר הנשק' – נתן אלתרמן על ביטחון, מוסר ומשפט, משפט וצבא 20 (א) (תשס"ט), 177). וכה אמר המשורר (הטור השביעי ב', 358):

"לכן לא זו בלבד שאין לשמור את הדברים בסוד, לא זו בלבד שאין לנעול דלתי משפט.... כי הדיון צריך לחרוג ממסגרתו, כי יש לדון על כל באור מלא"

וזכורים ומצוטטים דברי השופט האמריקני לואי ברנדייס "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר...".

ז. ואכן, בפסיקתו של בית משפט זה עובר כחוט השני המאמץ לאיזון בין ביטחון לזכויות, במאזניים רגישים ובכלים עדינים. בהיות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, ראוי כי גישותיה לעניין מוסר הלחימה בטרור ישאבו השראה גם מן המשפט העברי. בבג"ץ 9441/07 אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל איו"ש (לא פורסם) צוטט מפי הרב אהרן ליכטנשטיין ("מוסר המלחמה של אברהם אבינו" פרשת לך לך תשס"ו, אתר ישיבת הר עציון):

"עלינו להמשיך ללכת בדרך אותה התוה לנו אברהם אבינו (שבה ניהל את מלחמתו - א"ר) להיות רגישים למוסר ולצדק גם מתוך המלחמה והמאבק הצודקים והנכונים כשלעצמם".

עוד ראו י' אונגר "אל תירא אברהם, על מוסר הלחימה בישראל", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה, עורכים), 230; א' הכהן "אני שלום וכי אדבר המה למלחמה' משפט ומוסר בעת מלחמה", פרשת השבוע, 260.

ח. בבג"ץ 1546/06 גזאוי נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם), נדרש בית המשפט לצורך בחקירה של ממש לכל עצור. נאמר:

"בגדרים בסיסיים של כבוד האדם – והכללים הנוגעים לכך חלים על הכל, גם על החשודים בעבירות כבדות ביותר ואף בזויות ונתעבות, שעושיהן רחוקים מכיבודו של אדם כרחוק מזרח ממערב - יש חובה לחקור אדם סמוך לאחר מעצרו, תוך שמציגים בפניו אותו מידע שניתן להציג בפניו ושאינו חומר חסוי שהצגתו נמנעת. המטרה, מעבר למתן אפשרות לטענה בדבר טעות בזיהוי וכיוצא בזה, היא שאדם לא יהא עצור ללא שניתנה לו כל אפשרות, גם אם לא יעשה בה שימוש, להציג גירסה השוללת את מעצרו ולנסות לשכנע...".

כותב פרופ' א' רוזן צבי (הפרקליט, 1997 היובל - תשנ"ד-1993, א' גבריאלי עורך ראשי, ד"ר מ' דויטש, עורך), 77, 78:

"... אין מציאות של סיכונים בטחוניים מבטלת את הדין, כשם שריבוי פשיעה אינו מבטל את הצורך בהענקת זכויות יסוד לנחקר ולנאשם. הדין איננו מושתק על-ידי הביטחון. גם הביטחון חייב לסגל עצמו לדין, אולם יחד עם זאת, מציאות ביטחונית מסוימת מחייבת את הדין להתאים עצמו במסגרת האיזון הראוי שבין המשפט לחיים".

ראו עוד בש"פ 10879/05 אלעביד נ' מדינת ישראל (לא פורסם), שם נאמר:

"הוייתה הביטחונית של המדינה מזמנת צרכים בטחוניים של ממש, ואויבי המדינה ומסייעיהם או אנשים העוסקים בטרור... פועלים לא אחת באורח מתוחכם תוך הצבת אתגרים חדשים לגורמי הביטחון והאכיפה... והנה אתגרי הביטחון ניצבים מזה, וההקפדה על זכויות הנאשם, מהן זכויות חוקתיות, ניצבת מזה; בכל תיק נדרשת מלאכת האיזון העדינה".

חובת ההגינות מזה והצורך באיזון מזה הם שלנגד עינינו בבואנו לבחון את מידתיותה של הוראת השעה נשוא ההליך הנוכחי.

הליכי החקיקה והפיקוח הפרלמנטרי

ט. כאן המקום לפרט במקצת כי הדיונים בכנסת בדבר החקיקה נשוא ענייננו, במליאתה ובוועדת החוקה, חוק ומשפט, כללו התיחסות מרובה לסעיף 5 (סעיף 6 בהצעת החוק). ההצעה הוגשה כשמוטעמים בה נחיצותו של הרצף בחקירות (עמ' 2) והשינוי שחל עם סיום הממשל הצבאי בעזה בקיץ 2005. בדיון ועדת החוקה, חוק ומשפט ב- 16.3.06 הטעים יו"ר הוועדה ח"כ מיכאל איתן (עמ' 3) את אתגר האיזון. באותו דיון ציין ד"ר יובל שני מן האוניברסיטה העברית (עמ' 14) את הקושי שבהצטברות שבין דיון בלא נוכחות הנאשם – העשוי להיות מוצדק כשלעצמו מטעמי ביטחון מיוחדים, לבין מניעת פגישה עם עורך דין. נציגת האגודה לזכויות האזרח, עו"ד לילה מרגלית, שאלה האם לגיטימי במדינה דמוקרטית שלא לאפשר לחשוד יציאה לבית המשפט בשל הרצף החקירתי, והרי "לביקורת השיפוטית יש תפקיד נוסף (מעבר לאורך המעצר – א"ר) וזה לראות את החשוד. עצם זה שהחשוד מוצא מהרשות של היחידה החוקרת ומגיע פיזית לבית המשפט, יש לזה משמעות רבה לגבי האפשרות שלו להעלות תלונות..." (עמ' 23). לכך השיב היו"ר מיכאל איתן (עמ' 24), כי הדבר נתון לשיקול דעת בית המשפט אשר לו הכלים לומר שהוא מבקש לראות את האדם. היועץ המשפטי לשב"כ ציין (עמ' 32), כי לאחר ההתנתקות מעזה, הניתוק הפיסי מן השטח גרם קושי גדול בחקירות. המשנה לפרקליט המדינה עו"ד שי ניצן ציין (עמ' 44), כי עסקינן בניסיון לשכנע שופט, המבקש כי ידו תהא על הדופק, לאפשר אי נוכחות העצור כדי שלא לסכל את החקירה.

י. הנושא לא נסתיים בכנסת השש עשרה, ושב ונדון בכנסת השבע עשרה (20.6.06). המשנה ליועץ המשפטי לכנסת, עו"ד סיגל קוגוט, הציגה (עמ' 3-6) את ההצעה כנתינתה לעת ההיא (ההצעה נשתנתה בינתיים), לרבות מסגרת שיקול הדעת של בית המשפט, שעניינה שכנועו כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם (עמ' 5). חברי כנסת אחדים נדרשו לנושא נוכחותו של עצור במשפט, וכך עו"ד א' אברם מן הוועד הציבורי נגד עינויים (עמ' 11-12) והמשנה לפרקליט המדינה (עמ' 27-28). עו"ד ניצן הסכים (עמ' 28), כי סעיף 5 הוא בעייתי, אך תיאר את הקשיים הרבים שבניהול חקירה סבירה כשהעצור מובא מדי יום-יומיים לבית המשפט – "לכן ביקשנו לתת לדבר הזה פתרון... צריך לשכנע את בית

המשפט שיאפשר קיום דיון בלא נוכחות העציר. אם רוצים לאפשר ניהול חקירות סבירות, מוכרחים לתת כלי... אני מבקש שתסמכו על שופטי ישראל שאם יבואו וימכרו להם סיפור... הם לא יקנו את זה". בהצבעה על הסעיף בועדה (26.6.06) היו הסתייגויות של סיעות מר"צ, חד"ש, בל"ד ורע"ם-תע"ל שביקשו למחוק את סעיף 5, והן לא נתקבלו. להסתייגויות בנושא זה ניתן ביטוי גם במליאת הכנסת (27.6.06), משאשרה הוראת השעה.

י"א. יצוין כי בדיון בקריאה הראשונה לעניין הארכת תוקפה של הוראת השעה (12.11.07) ציין שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן, כך: "התברר כי ההוראות שנקבעו בהוראת השעה היו חיוניות ביותר לגורמי אכיפת החוק העוסקים בחקירת עבירות טרור ובסיכולן". בדיון בועדת החוקה, חוק ומשפט (3.12.07) נאמר מפי ראש אגף החקירות בשב"כ, לגבי סעיף 5, כי נעשה בו שימוש שבע פעמים עד אותו מועד. גם כאן נטען מפי עו"ד אברם מן הועד הציבורי נגד עינויים (עמ' 8-9) כי, "שמיעת שני הצדדים זה היסוד המוסרי של השפיטה... אנחנו קושרים את ידי השופט. העצור נחות ונמצא במצב בלתי אנושי ממש. הוא לא יכול לבוא לבית המשפט ולהגיד את דבריו, הוא לא יכול להגיד איך חוקרים אותו, הוא לא יכול לספר על טעות שהוא רואה... או על כל דבר אחר...". מנגד נטען על-ידי ראש אגף החקירות בשב"כ "כי בלי זה אי אפשר" (עמ' 13). בישיבה נוספת בועדה (12.12.07) שוב עלתה שאלת סעיף 5 (ובמיוחד 5(4)), לעניין האפשרות לאי הבאת ההחלטה לידיעת העצור אם שוכנע בית המשפט "כי הדבר עלול למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם". שוב הוצע למחוק את סעיף 5, אך ההסתייגות נפלה. בהבאת ההארכה לקריאה שניה ושלישית (18.12.07) נאמר מפי ח"כ י' לוי בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט, כי "הועדה... קיבלה דו"ח מפורט ממשרד המשפטים ומגורמי הביטחון הנוגעים בדבר, והתרשמנו שגורמי הביטחון השתמשו בחוק הזה במידה הראויה. מספר הפעמים שגורמי הביטחון השתמשו באותם סעיפים שנראים חריגים, היה מועט".

י"ב. לשלמות התמונה יצוין, כי בדיווח החצי שנתי כחוק לועדת החוקה, חוק ומשפט בענין הפעלת הסמכויות, ביום 9.9.08, נאמר כי בסעיף 5 נעשה שימוש בשני מקרים (ובהם שימוש ביותר מסעיף משנה אחד). צוין מפי היועצת המשפטית של הועדה, כי יש "ירידה מאוד גדולה, בעיקר בשימוש בסעיף 5 שעומד במרכז העתירה".

י"ג. עינינו הרואות, כי הרשות המחוקקת נדרשה לסעיף 5 לא מעט. ואולם, בקראנו את הפרוטוקולים בכנסת נלמד – חוששני – כי לא נשמע מפי נציגי המדינה כיצד ייפגע

באמת האינטרס של הצלת חיי אדם העומדים בסכנה, אם לא יעמוד לרשות מערכת הביטחון, אמנם באישור בית המשפט, הכלי של אי נוכחות העציר בהליך שיפוטי כאמור בסעיף 5. הוראת השעה שעיצב המחוקק אינה מוגבלת אך למקרים של "פצצה מתקתקת", והערך המוגן שעל הפרק אינו מוגבל לחיי אדם. אין הדברים מגיעים איפוא לדרגת ודאות קרובה וחשש ממשי בעל אופי מייד ל חיים, ואיני נדרש כאן לכך לשאלה התייחסו בנסיבות מסוימות הגנת הצורך לפי סעיף 34 ל חוק העונשין, תשל"ז-1977. לפיכך, בבואנו לשקול את הסעיף במאזניים החוקתיות, דומה כי הכף נטתה באורח חד מדי, לא מידתי, לכיוון האחד - משנפגע, מבחינת החשוד, ערך מהותי של הליך הוגן - ואין הדברים מוסבים חלילה על הגינותו של בית המשפט ואף לא זו של רשויות החקירה והתביעה אלא על מצבו של החשוד. מבינים אנו מהם הקשיים שמערכת הביטחון מצביעה עליהם בקשר לצרכי רצף החקירה, ולא יהא זה הוגן לומר שאלה אינם ממשיים במקרים מסוימים, אך הללו אינם רבים, ובכל מקרה משך תקופת המעצר הראשונה נקבע על-ידי שופט אשר בחן את צרכי החקירה בתיק הקונקרטי מול נתוני הנחקר. נטעים: הבאת עצור לפני שופט היא יסוד מוסד בכל מערכת משפט הגונה, היא מובנית בצופן הגנטי השיפוטי שבלעדיו אין הליך הוגן. המידתיות לקתה איפוא בחקיקה דנא, כפי שתיאר חברי המשנה לנשיאה. יתר על כן, ייאמר בפשטות, כי כבוד האדם מורנו אף, שנושא הניתן לפתרונות אחרים לא יעמוד ככלל בפסקת ההגבלה אם יחוקק, ולוא בהוראת שעה, מקום שיש בו פגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן.

על ההתמודדות עם הטרור במגבלות המשפטיות

י"ד. כאן עלי להוסיף, במידה מסוימת כדי להפיס את דעתם של המשיבים, כי לאחר שניתן פסק הדין בבג"ץ הועד הציבורי נגד עינויים בשנת 1999 – לא מכבר מלא עשור לנתינתו – היתה מערכת הביטחון מוטרדת ביותר, לשון המעטה; כיהנתי אז כיועץ המשפטי לממשלה, ודיונים על דיונים נערכו בפורומים שונים באשר ליישום פסק הדין ולמצב החדש שנוצר, ונשקלו גם יוזמות חקיקה כדי "להעביר את רוע הגזירה". והנה תודה לאל מצאה המערכת לאורך הזמן פתרונות לבעיות, תוך יצירתיות מסוגים שונים. שנה לאחר פסק הדין החלה התקופה הקשה הקרויה "האינתיפאדה השנייה", והמשימות שבפני מערכת הביטחון היו קשות ביותר; אך היא התמודדה עמן, במגבלות פסק הדין, בהצלחה שאינה מבוטלת. כך תואר (ספרי נתיבי ממשל ומשפט 273-274) אשר אירע בתקופה המיידית שלאחר פסק הדין:

לאחר פסק הדין נקלעה המערכת לדילמה: מחד גיסא, השב"כ סבר כי משמעות פסק-הדין היא פגיעה קשה

באפקטיביות של חקירותיו בתקופה שבה ממילא, נוכח ההסכמים עם הפלשתינים והנסיגות בשטח, הצטמצם כושרו בחקירות; לפיכך סבר כי יש מקום לחקיקה מסדירה. עמדה זו ראויה לבחינה. רבים סברו אחרת, וכן כי אין סיכוי לחקיקה אפקטיבית שתעמוד בפיסקת ההגבלה. אחת הדילמות שבפנינו היא גם ההגנה לחוקר העושה את מלאכתו ביושר, שהרי אין הגנת הצורך, לפי פסק-הדין, 'חרב' אלא 'מגן בדיעבד'. כשלעצמי רואה אני חשיבות רבה כי כל פתרון בנושא יתקבל בקונסנסוס רחב ככל האפשר, שכן לדעתי אין מאתנו מבחינה ערכית מי שחרדתו לביטחון גדולה משל אחרים, וגם לא מי שחרדתו לזכויות גדולה משל אחרים.

"לאחר מתן פסק הדין פעלה ועדה בראשות המשנה פרקליטת המדינה רחל סוכר והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה מני מזוז, שנדרשה לשאלה אם יש צורך בחקיקה, ואם כן – איזו. השאלות קשות כשאל, והן בחינת ריבוע העיגול... ולבסוף, אחר כל הדברים הללו פרצו אירועי תשרי תשס"א (אוקטובר 2000) והתהליך האלים שבעקבותיהם, שחידדו מאוד את כל השאלות הללו שבין ביטחון לזכויות ועוד רבות אחרות".

בסופו של יום לא נבחרה דרך החקיקה, ומערכת הביטחון מצאה אפיקים ושיטות חקירה שבגדרי הדין הקיים.

ט"ו. ערים אנו לכך, שחלק מדרכי החקירה הנוהגות כיום פותחו בעקבות פסק הדין בפרשת הועד הציבורי נגד עינויים, ושפסק דיננו דהאידינא עשוי להצריך מחשבה יצירתית חדשה. חזקה על מערכת הביטחון, כי גם בעקבות פסק דין זה תשנס מתניה ותמצא דרכים על פי דין לטיוב החקירות ולהשגת יעדיה. נציין, עם זאת, כי במהות אין הסיטואציות זהות כל עיקר. בית משפט זה פסל בפרשת הועד הציבורי נגד עינויים שיטות חקירה ששימשו במשך שנים, ואילו בנידון דידן נערכו חקירות לאורך שנים בלא הכלים הנוספים של הוראת השעה. אמנם, לאחר ההתנתקות מעזה נוספו נחקרים, שהדין הישראלי (לא זה של האיזור כמקודם) חל על חקירתם, אך אין סיבה שלא להחיל עליהם את הכללים שחלו עובר להוראת השעה.

ט"ז. בהקשר זה אוסיף, כי להלכה – אך לא זה המצב שלפנינו – אילו נוסח סעיף 5(1), באופן שיצמצם תחולתו אך לסיכול של מניעת פגיעה קרובה לודאי בחיי אדם במועד קרוב או סמוך, מה שקרוי, "פצצה מתקתקת" (ראו גם בג"ץ הועד הציבורי נגד עינויים, 845; ספרי הנזכר עמ' 275-277), יתכן מאוד שיכול היה לעמוד במבחן החוקתי, זאת - אף כי בכגון דא על פי רוב המדובר במהלכים דחופים ומזורזים בלוח

זמנים קצר, העלול לעורר בעייתיות מסוג אחר (ראו גם פסקאות כ"ו-כ"ז להלן). ואולם, ביקורת שיפוטית חוקתית יכולה להידרש להסדר חקיקתי מסוים, לאשרו או לפסלו, אך לא בידיה, משפטית ומעשית, להציע את ההסדר המידתי יותר.

י"ז. עלינו לתפוס את השור בקרניו. לכאורה, הסמכות בסעיף 5 ניתנת לבית המשפט הדין במעצר, ולו שיקול הדעת; המסנת השיפוטית תידרש לנסיבות ותשאל את השאלות הנכונות בטרם תכריע אם להסתפק בהליך בו החשוד מיוצג אך אינו נוכח. ואל נשכח, כי גם לייצוג ערך כשלעצמו, ואף הוא זכות יסוד בעלת אופי חוקתי. לא בקלות באה התערבות שיפוטית בכגון דא (ראו בהיקש בג"ץ 7932/08 אלחרוב נ' מפקד הכוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון (לא פורסם)). חרף זאת סבורני כי ערכי ההליך ההוגן, למי שאמנם עלול להימנות על העבריינים הכבדים, אך עודנו בחזקת חף ואף לא הוגש נגדו כתב אישום, מטים את הכף בגדרי מידתיות. הסעיף דנא מאפשר הארכת מעצר בלא נוכחות החשוד גם במקרים של חקירת עבירות ביטחון שאינם כוללים ודאות קרובה לסיכון חיי אדם. ועוד, לא השופט שקצב את המעצר הראשון הוא בהכרח מי שיוותר על נוכחות החשוד בהמשך, עד ל - 21 יום, תקופה ארוכה ומכאן קושי מובנה. נוצר גם מצב שבו משנה שופט שני באותו בית משפט את הכרעתו של קודמו שקבע כי על בית המשפט לראות את החשוד. מהותית – וזו עיקר – יתכן שהשופט הראשון התרשם ממצב החשוד שקצב את המעצר, ואילו השופט השני לא יגיע להתרשמות כזאת בלא נוכחות החשוד. אכן, ער אני גם לכך שהמדובר בהוראת שעה, וככזאת משקל הפגיעה בזכות עשוי להיות נמוך יותר. אך ככל שהמדובר בזכות חוקתית, עדיין יש כאן פגיעה במידתיות; עסקינן במידה העולה על הנדרש.

על עמדת המשפט העברי באשר לנוכחות בעל דין במשפטו

י"ח. חברי המשנה לנשיאה בתן לעניין נוכחות בהליכי מעצר את עמדת המשפט המשוה, בנוסף לדין הישראלי על פי החקיקה והפסיקה. אבקש להפנות למים החיים של המשפט העברי. אמנם אין המשפט העברי דן ישירות בהליכי מעצר, אך עמדתו הברורה באשר לנוכחות בעל דין במשפטו, פלילי ואזרחי, ראוי שתהא מקור השראה בנידון דידן.

י"ט. כללית, עסקינן בסוגיה של שויון ושל הגינות, ויחדיו – צדק. היסוד לה הוא מקראי - הפסוק בדברים (י"א ט"ז):

"ואצוה את שופטיכם בעת ההיא לאמר, 'שמע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו'. לא תכירו פנים במשפט, כקטן כגדול תשמעון, לא תגורו מפני איש, כי המשפט לאלהים הוא" (הדגשה הוספה).

יושם אל לב, כי הפסוק מזכיר לא רק את "איש" ו"אחיו", אלא גם את "גרו"; ואף כי רש"י מפרש "גרו", על פי התלמוד הבבלי (סנהדרין ז', ב'), כבעל הדין "שאוגר עליו דברים", תרגום אונקלוס מתארו כ"גר" כפשוטו ור' סעדיה גאון מפרש "גרו" "גר תושב", והדברים רלבנטיים לענייננו, מקום שמרבית העצורים בהם עסקינן, אם גם לא כולם, הם פלסטינאים. כך גם פוסק הרמב"ם (הלכות סנהדרין, כ"א, ז'): "אסור לדיין לשמוע דברי אחד מבעלי דינין קודם שיבוא חבירו, או שלא בפני חבירו שנאמר 'שמע בין אחיכם'". ברוח זו נפסק בשולחן ערוך (חושן משפט ט"ז, ה') "אסור לדיין לשמוע דברי בעל הדין האחד שלא בפני בעל דין חבירו, וכן בעל דין מוזהר על כך"

כ. כאן המקום לציין, כי במשפט הפלילי העברי, בדיני נפשות (אשר עונשם מיתת בית דין, ואני מטעים זאת שכן בשימוש השגור כיום משמש "דיני נפשות" לציון הדין הפלילי בכלל) – ישנה חובת נוכחות של הנאשם (ראו בבלי סנהדרין ע"ט, ב' "אין גומרין דינו של אדם אלא בפניו" ודברים אלה חלים אף על בהמה העומדת בנסיבות מסוימות לדין, "כמיתת בעלים כך מיתת השור"; ראו גם בבלי בבא מציעא מ"ה, א'). הרמב"ם (הלכות רוצח ושמירת הנפש ד', ז') פוסק להלכה – למשל – כי "הרוצח שנגמר דינו ונתערב ברוצחים אחרים ולא נודע מי הוא מהן כולן פטורין, ורוצח שלא נגמר דינו שנתערב ברוצחים אחרים שנגמר דינו, כולן פטורין מן המיתה, שאין גומרין דינו של אדם אלא בפניו, ואוסרין את כולן" (הדגשה הוספה – א"ר); ראו גם רמב"ם סנהדרין י"ד, ז' "... לפי שאין גומרין דינו של אדם אלא בפניו". יצוין כי הדין בדיני נפשות נגמר, על פי ההלכה, בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה (משנה סנהדרין ד' א'; רמב"ם סנהדרין י"א, א'). כעולה מן האמור, הרוצח פטור – עד כדי כך! מן המיתה, כיון שהשופט לא ראהו בעת גמר דינו. המקרא (במדבר ל"ה, י"ב) אומר "ולא ימות הרוצח עד-עמדו לפני העדה למשפט"; ובהלכה נאמר "כיצד דנין דיני נפשות, כשיבואו עדים לבית דין ואומרים להן, מכירים אתם אותו, התריתם בו..." (רמב"ם סנהדרין י"ב א'); הדברים מיוסדים על המשנה – סנהדרין ה', א', המונה בין החקירות שנחקרים העדים (מפי ר' יוסי) "מכירין אתם אותו, התריתם בו"? ברי כי בנוכחות הנאשם עסקינן. ראו גם רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש א', ה'; ספר החינוך, ת"ט. ואכן, לא בכדי נקבע ב"דיני נפשות" דהאידינא בסעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982, "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו".

כ"א. כפי שכותב פרופ' א' שוחטמן ("שמע בין אחיכם" – כללי הצדק הטבעי ועקרון השוויון בשמיעת טענות בעלי הדין" פרשת השבוע, 36), עסקינן בחובת השוויון בדין. וכדבריו, "טעמה של הלכה זו הוא שבהיעדר הצד שכנגד יש בידי בעל הדין המשמיע את טענותיו לנסח דברי שקר כאילו היו אמת... לאחר ששמע הדיין את דבריו של בעל דין זה, וכבר נטה ליבו לצדד בזכותו, יקשה עליו להפך בזכות הצד שכנגד לאחר שישמע את טענותיו". איני בא לומר שרשויות המדינה לא יאמרו אמת בפני בית המשפט, אלא להצביע על הדילמות הכרוכות בשמיעה במעמד צד אחד. בתקנה נ"ז לתקנות הדין על בתי הדין הרבניים, תשל"ג נאמר, "במשך כל מהלך המשפט על בעלי הדין להיות נוכחים, גם אם יש להם מורשים, אלא אם כן החליט בית הדין שאין צורך בנוכחותם...". עוד ציין פרופ' שוחטמן (שם, עמ' 2) כי "שלילת זכותו של בעל דין להיות נוכח בשעת השמעת טענותיו וראיותיו של הצד שכנגד, היא פגיעה בזכות השמיעה ההוגנת... זהו אחד מעיקרי הצדק הטבעי". והוא מסכם דבריו, כי "מצות 'שמע בין אחיכם' הרבה הלכות תלויות בה, ותכלית כולן – 'ושפטתם צדק'". ומפי הרמב"ם הוא מביא (סנהדרין כ"א, א):

"מצות עשה לשפוט השופט בצדק שנאמר: 'בצדק תשפוט עמיתך' אי זהו צדק המשפט? זו השויית שני בעלי דינים בכל דבר".

ראו גם ספרו טדר הדין (תשמ"ח) בעמ' 220, המביא משו"ת הרמ"א (ר' משה איסרליש, פולין, המאה הט"ז) כלהלן:

"פשיטא, דאי אפשר לדון בדבר בלי שמיעת טענת הנתבע, כי התורה אמרה, 'שמע בין אחיכם', ואף כי דבר זה פשוט, נוכל ללמדו מדרכי ה' יתברך, כי כל דרכיו משפט ודרכיו דרכי נועם ונתיבותיו שלום, התחיל באדם (הראשון) לשאול, 'מי הגיד לך כי ערום אתה' וכן לקין אמר לו 'אי הבל אחיך' כדי לשמוע טענותיו, קל וחומר להדיוט. וכזה דרשו רז"ל ממה שנאמר, 'ארדה נא ואראה', לימד לדיינים שלא ידונו עד שישמעו ויבינו, ומינה (מכאן). אף בדבר שברור לדיין שיתחייב הנתבע, על כל פנים צריך לשמוע טענותיו תחילה".

הנה תורת הצדק הטבעי בתמצית. ראו גם רע"א 7284/09 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה ט'; ח' שייך, הצדק במשפט העברי (תשנ"ד), 98-99.

כ"ב. מסכמת את המצב ההלכתי האנציקלופדיה התלמודית, כרך ד' ערך "בעל דין" (טור ק"ה) "אסור לבעל דין שישמיע דבריו לדיין קודם שיבוא בעל דין חברו, שנאמר 'מדבר שקר תרחק' (שמות כ"ג, ז'). כשטוען שלא בפני בעל דינו אינו בוש מלדבר שקר. ר' חנינא אומר מכתוב זה 'שמע בין אחיכם' (דברים א' ט"ז), ובכלל זה גם: שמע, היינו השמיע, בין אחיכם, כשתהיו שניכם יחד" (על פי בבלי סנהדרין ז' ב' ורש"י שם).

כ"ג. עינינו הרואות כי המשפט העברי מקפיד הקפדה יתרה על כללי הצדק הטבעי, אכן, הדיינים לדורותיהם לא עסקו במאבק בטרור; אך המסגרת הדיונית ברורה וחובקת כל. בית משפט זה אינו יכול ליתן יד לריכוך שאינו מידתי בכללי הצדק הטבעי.

עוד על המידתיות

כ"ד. אוסיף בהערה, כי פרופ' אהרן ברק בחן את מבחן המשנה השלישי בין מבחן האמצעים הראויים במסגרת החוקתית, אותו כינה – בעקבות המשנה לנשיא חשין (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פסקה 107) "מבחן המידתיות במובנו הערכי", (ראו מאמרו בשם זה ספר מישאל חשין, א' ברק, י' זמיר וי' מרזל (עורכים) תשס"ט-2009, 201, 206). הוא מכנה מבחן זה "לב ליבה של המידתיות" (עמ' 209), אשר לשיטתו, "מכניס למידתיות היבט של סבירות" (211). ועוד, במאמרו "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי", ספר ברק, עיון בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק (א' זמיר, ב' מדינה וס' פסברג, עורכים ראשיים, ח' זקס ול' נעים עורכים) (תשס"ט-2009), 39, בוחן פרופ' ברק את ה"איזון", אותו כלל מטפורי שביסוד הגישה הנורמטיבית (ראו עמ' 53, 55), הוא "האיזון בין החשיבות של תוספת התועלת לעיקרון אחד (מעבר לחלופה המידתית) לבין החשיבות של מניעת הפגיעה בזכות החוקתית הנובעת ממנה" (עמ' 63). תפקיד מושגיות האיזון לדידו "אינו לקבוע את היקפה של הזכות, אלא את הצידוק להגנה עליה או לפגיעה בה" (עמ' 98). דברים אלה קולעים לענייננו שלנו, ואין צורך להאריך.

כ"ה. המשפט העברי מבקש אף הוא איזונים. הכלל הגדול, מפי רבי יהודה הנשיא במשנה במסכת אבות (ב', א'), אומר: "איזוהי דרך ישרה שיבור לו האדם... והוי מחשב הפסד מצוה כנגד שכרה ושכר עבירה כנגד הפסדה". אם נרצה, הרי זה האיזון על רגל אחת, שהרי אף כאן עסקינן בעניין המסור לשיקול דעת, מקום שישנם לא מעט נעלמים; ראו גם רש"י לפסוק במשלי ד' א' "פלס מעגל רגלך וכל דרכיך יכוננו", וכן רש"י בבלי מועד קטן ח', א' לדיבור "ושם דרך...". עוד ראו ד"ר אביעד הכהן, "עקרון המידתיות

במשפט העברי", פרשת השבוע 342, והדוגמאות המובאות שם למזעור הפגיעה בכבוד האדם; הרב ש' דיכובסקי, "מידתיות וכפיה לגט", תחומין כ"ז, 300.

עמדת השופטת נאור

כ"ו. בטרם חתימה אדרש לעמדתה המעמיקה של חברתי השופטת נאור, שהגיעה לאחר שנכתבו דבריי. כאמור כתבתי גם אנכי (פסקה ט"ז למעלה). כי יתכן מאוד שניתן היה לראות כחוקתי צמצום סעיף 5(1) לעניין "פצצה מתקתת". חברתי אף מטעימה כי הדבר כרוך בודאות קרובה. גם אם מהלך חקיקתי כזה אפשרי, מסופקני אם במישור המעשי תהא בכך תועלת רבה, אלא במקרים נדירים, והשאלה היא אם לשמם כדאית חקיקה כזאת.

כ"ז. מכל מקום, גם אם תישקל חקיקה לעניין זה, ספק אם הנתונים העובדתיים שבפנינו באשר למידת השימוש בסעיף 5 כמתואר מעלה מצריכים את ההשעיה שהציעה חברתי השופטת נאור. ועוד, חברתי נדרשה באופן שובה לב לשאלת "האפקט המצטבר", קרי, לשאלה מדוע פוסלים אנו דווקא את האמצעי דנא – אי נוכחות העצור בבית המשפט, ולא – למשל – את האמצעי של מניעת פגישה עם עורך דין. עוד נדרשה לשאלה, אם "שילוב שני אמצעים חוקתיים כשלעצמם עלול להביא ל'אפקט' בלתי חוקתי בהצטברותם" (הדגשה במקור); שאלה זו יפה בהחלט, אף שהצטברות גורמים לא אחת מכריעה בין כפות המאזניים במשפט המינהלי; אך אפשר שניתן להשאירה כאן בצריך עיון, נוכח אי החוקתיות הספציפית שזיהינו בסעיף 5.

סוף דבר

כ"ח. מתוך כל אלה, מצטרף אנכי לחוות דעת חברי המשנה לנשיאה, ואחזור על האמונה והתקווה כי מערכת הביטחון תמצא פתרונות ראויים לקושי שעליו הצביעה, עם שכנראה היקפיו המעשיים של קושי זה מצומצמים.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

רבות התלבטתי בשאלה האם התקיפה החוקתית של הוראות סעיף 5 לחוק "הוראת השעה" דינה להביא לתוצאה של ביטולן המוחלט של הוראות אלה, או שמא, ברוח הערתה של חברתי, השופטת נאור, האיזון הראוי בין הערכים הנוגדים מצדיק

הותרת פתח צר לקיום דיון בהליך פלילי שלא בנוכחות העצור בנסיבות בהן צורכי החקירה כרוכים בסיכול חשש לפגיעה בחיי אדם ברמה של ודאות קרובה.

האיזון הערכי בנסיבות ענין זה הוא קשה ומורכב. הוא מעמיד זה מול זה את ערך ההליך הפלילי ההוגן, שנוכחות ומעורבות העצור בו ניצבות בליבתו, לעומת צרכי החקירה הפלילית, במיוחד בהיבטים בטחוניים הכרוכים בהגנה על חיי אדם, העשויים לעיתים להעמיד קשיים משמעותיים בהבאת נחקר לדיון משפטי בעניינו.

ההכרעה בשאלות איזון אלה היא מן הקשות שבהליכי ההכרעה השיפוטית. אף על פי כן, היא בלתי נמנעת בארץ שבה המאבק על הקיום מצד אחד, והחתירה המתמדת לשמירה על זכויות האדם מן הצד האחר, מצויים בהתנגשות בלתי פוסקת, ומחדדים מדי יום את היחסיות המתחייבת בין ההגנה על החיים, לבין ההגנה על ערכי החיים.

עריכת משפט צדק לאדם נמנית על אבני היסוד של המשטר החוקתי. במיוחד כך הדבר, כאשר ההליך השיפוטי עשוי להביא להגבלת חירותו של האדם. פגיעה בערך זה של משפט צדק נוגעת בגרעין העמוק ביותר של זכות האדם לחירות – זכות הניצבת בראש מידרג זכויות האדם.

משפט צדק מותנה בקיום הליך הוגן. ערך ההליך הפלילי ההוגן הוא מושג מורכב שלא קורץ מעור אחד. הוא עשוי רבדים רבדים של זכויות דיוניות ומהותיות הנתונות לאדם הנתון בו, שלא כולן בעלות מעמד ומשקל זהה. בתוך המירקם העשיר של הזכויות הדיוניות השזורות בהליך הפלילי, המספקות את הערבויות החיוניות להיותו הליך הוגן, נוכחותו ומעורבותו של עצור או נאשם בדיון שיפוטי הנוגע לעניינו הן מזכויות-העל החשובות ביותר – אם לא החשובות שבהן. יכולת מימושן עומדת בליבה של עשיית משפט הוגן. בלעדיהן, הנשפט אינו מעורב בקביעת גורלו; הוא אינו יכול לטעון להגנתו; ונשללת האפשרות מהערכאה השיפוטית להתרשם מתנאי החזקתו ושלומו הפיזי והנפשי. בלעדיהם, נפגעת זכות יסוד של אדם, הכרוכה באפשרות פגיעה בחירותו. בלעדיהם, מאבד ההליך השיפוטי כלי חיוני בדרך לחקר האמת, ונגרעת יכולת הבחינה והבקרה בדרך לקבלת הכרעה נכונה. ניהול הליך פלילי בהעדר העצור או הנאשם, מאפיין הליך שיפוט במחשכים, על מוראותיה של תופעה זו המוכרת במשטרים אפלים שאינם מכירים טיבם של זכויות אדם והליך שיפוטי תקין מה הם. נוכחות אדם בדיון שיפוטי פלילי בעניינו היא, אכן, עצם מעצמיו של ההליך ההוגן, ובלעדיו נשמטת ערובה מהותית לקיום משפט צדק.

שיכלול האמצעים הניתנים בידי גורמי אכיפת החוק לצורך הגברת האפקטיביות של החקירות בתחום עבירות הבטחון היא מטרה שעל חשיבותה העליונה לא ניתן לחלוק, במיוחד כאשר פניה נשואות לעניינים הכרוכים בסיכול חשש לפגיעות אפשריות בחיי אדם. בתנאים מסוימים, צרכי החקירה עשויים להיתקל בקושי ממשי כאשר נדרש להפסיקה על מנת להביא את הנחקר לדיון בבית המשפט בעניינו. הקושי הוא מהותי כאשר החקירה כרוכה בסיכול עבירות בטחון, ומניעת פגיעה בחיי אדם.

האיזון בין זכותו של עצור להיות נוכח בדיון פלילי בעניינו כחלק מזכותו הבסיסית להליך פלילי הוגן, לבין צרכי החקירה הבטחונית, בהינתן תכליותיה וחשיבותה, הוא מורכב וקשה.

חרף המורכבות המיוחדת באיזון הערכי הנדרש בענין זה, הפגיעה בזכות העצור להליך הוגן, הכרוכה באי הבאתו לדיון שיפוטי המתנהל בעניינו, היא כה עמוקה וכה שורשית, עד כי אין להתירה גם בהינתן ההכבדה הניכרת על גורמי הבטחון בניהול פעולותיהם לאכיפת החוק והבטחון במדינה. עשיית משפט צדק עם הפרט, המותנית, בין היתר, בנוכחותו בדיון ובזכותו להתגונן כראוי כנגד החשדות וההאשמות נגדו, היא מסימני ההיכר של שיטת משפט חוקתית, ובלעדיה נפגע ערך ההליך ההוגן פגיעה אנושה. ערך זה של עשיית משפט צדק, שאינו יכול להתממש במלואו אגב מניעת נוכחות עצור מהדיון בעניינו, גובר בהקשר זה אף על שיקולי אכיפה ובטחון כלליים, חשובים ומהותיים ככל שיהיו. משקלם של ערך עשיית משפט צדק וקיום הליך פלילי הוגן הוא כה רב, עד כי משקל ערכי זה גובר אף על האינטרס הציבורי הכרוך בחקירה הפלילית-בטחונית. המשפט בישראל נתן ביטוי להעדפה ערכית זו של הגנה על זכויות הפרט בהליכי אכיפת החוק אף על פני שיקולים הקשורים באינטרס ציבורי-בטחוני כללי גם בהקשרים שונים אחרים. בין היתר, הוגבל השימוש בשיטות חקירה פוגעניות גם בעניינים בעלי אופי בטחוני, תוך מתן עדיפות ברורה להגנה על זכותו של הנחקר על פני שיקולי בטחון (בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999)); כן קבע המחוקק, כי ראיות חסויות מטעמי בטחון יש לחשוף ולגלות אם הן מהותיות להגנת הנאשם, גם מקום שגילויין עלול לפגוע באינטרס ציבורי כללי, לרבות אינטרס בטחוני (סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות ננוסח חדש), התשל"א-1971; בש"פ 4857/05 פחימה נ' מדינת ישראל (לא פורסמה, 15.7.2005); ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 737-738 (1984); בש"פ 9086/01 רביב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 163 (2002); בש"פ 7200/08 סעיד נ'

מדינת ישראל (לא פורסמה, 27.10.2008); ע"פ 5114/97 סלימאני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 721, 725 (2001).

בדילמה העולה בסוגיה זו, ערך עשיית משפט צדק וניהול הליך הוגן בעניינו של הפרט גובר אף על שיקולי האינטרס הציבורי במיצוי יעילותם המירבית של אמצעי החקירה והאכיפה, גם כאשר מדובר במצבים קיצוניים הכרוכים בסיכון חיים, שבהם הבאתו של עצור לבית המשפט עלולה להכביד באופן ניכר על פעולות הרשות החוקרת. יש לקוות כי רשויות האכיפה תשכלנה להתאים את מערכי פעולתן למסגרת הכללים שנועדו להגן על זכויות עצורים בהליכים הפליליים, באופן שיביא ככל האפשר למיתאם הראוי בין ההגנה הנדרשת על זכויות אדם בהליך השיפוטי, לבין הצורך במתן מענה לצרכי החקירה הפלילית-בטחונית, ושמירה על רמתה ויעילותה.

אני מצטרפת, אפוא, לעמדתו של חברי, המישנה לנשיאה ריבלין, לפיה דין סעיף 5 להוראת השעה להתבטל כולו, בלא הותרת מירווח כלשהו המאפשר ניהול דיון שיפוטי בהליך פלילי בלא נוכחותו של העצור, אלא בכפוף להוראות הכלליות של חוק המעצרים.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניס:

1. מסכים אני למסקנתו של חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, כי סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (העצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן - חוק הוראת שעה), דינו בטלות. זאת, בשל הסתירה בין הוראות הסעיף לבין האמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. באופן יותר קונקרטי אומר, כי לשיטתי האמור בסעיף 5 לחוק הוראת שעה אינו מתיישב עם עיקרון החירות האישית לענין מעצר כאמור בסעיף 5 לחוק היסוד. איני רואה צורך להביע עמדה בשאלה, האם הסעיף הנזכר בחוק הוראת שעה עומד אף בסתירה להוראות אחרות בחוק היסוד, ובמיוחד כבוד האדם.

2. סעיף 5 לחוק הוראת שעה משעה למעשה את זכותו של חשוד להיות נוכח בהליכי מעצר המתנהלים נגדו. על פי השקפתי, הזכות של החשוד להיות נוכח בבית המשפט הינה נגזרת של הזכות לחירות, בין ישירות ובין מכוח הזכות להליך הוגן.

המייחד את המקרה שבפנינו הוא שבצד השעייה של הזכות האמורה, קיימת אפשרות להשעות זכות נוספת, והיא זכותו של כל אדם החשוד בפלילים להיות בקשר עם סניגורו (סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן - חוק המעצרים)). זכות זו, הינה מרכיב הכרחי בזכותו של כל חשוד להיות מיוצג על ידי פרקליט שנבחר על ידו. לגישתי, אף הזכות האחרונה הינה נגזרת של הזכות לחירות אישית, ואין זה משנה אם באופן ישיר ואם מכוחה של הזכות להליך הוגן.

3. באופן תיאורטי, ניתן לעשות שימוש נפרד ולא סימולטני בסמכות להשעות את שתי הזכויות הנזכרות – להיות נוכח בהליכי המעצר ולקשר עם הסניגור. בוודאי שקיימת אפשרות מעשית לאסור תקשורת בין החשוד לבין פרקליטו, ועם זאת לאפשר נוכחות של החשוד בבית המשפט. סעיף 35(ז) לחוק המעצרים מורה במפורש כי כאשר מוחלט להשעות את הזכות למפגש בין החשוד לסניגורו, ייערך הדיון בבקשת המעצר או השחרור או בערר בנפרד עם העצור ועם סניגורו "באופן שיימנע הקשר ביניהם", אלא אם בית המשפט החליט אחרת. במקרה כגון זה, על השופט לשמש אף כמעין מתווך בין החשוד לבין סניגורו. מה שברור הוא שהחשוד נוכח בבית המשפט ויכול הוא להשמיע את טענותיו בפני השופט, הגם שאין הוא רשאי לתקשר עם סניגורו. אף שתיאורטית קיימת אפשרות שתושעה זכות הנוכחות של החשוד בלא שתושעה זכותו להיפגש עם פרקליטו, הרי מסיבות שונות במציאות שונים הדברים. נראה שבכל מקרה בו מושעת הזכות להתייצב בפני בית המשפט בהליכי המעצר נשללת אף הזכות להיפגש עם עורך הדין המייצג את החשוד. המשמעות של השעייה סימולטנית (או בניסוחה של חברתי השופטת מ' נאור "אפקט מצטבר") של שתי הזכויות, הינה ברורה. באופן פורמלי הסניגור רשאי לייצג את החשוד בהליכי המעצר, אך מובן שהאפשרות ליתן ייצוג הולם קשה ביותר. לכך, מתווספת העובדה שהחשוד עצמו אינו נוכח בבית המשפט. על כן, השופט הדן בעניין אף הוא אינו יכול לשמוע את דבריו של החשוד. אומנם, אין לומר כי ההליך הופך להליך על פי צד אחד, שהרי הסניגור נוכח בדיון, ברם, הוא הופך להליך בו ידו האחת של הסניגור קשורה ואילו על עינו הפקוחה של בית המשפט מושמת רטייה (כלשונו של חברי המשנה לנשיאה בפיסקה 31 לפסק דינו). יצוין כי במקרה הנוכחי אכן הושעו שתי הזכויות הנזכרות באופן סימולטני. עם זאת, מן הנתונים, אין זה ברור מהי תקופת החפיפה ביניהן.

4. אין צורך להסביר כי במצב דברים כאמור, בו מושעות שתי הזכויות הנזכרות, קיים חשש מובנה שההליך לא יקיים את הדרישה להליך הוגן. ברם, גם אם קיימת פגיעה בזכות היסוד לחירות אישית, אין בכך סוף פסוק, שכן יש לבחון האם הפגיעה

עומדת במבחנים של פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. בחינה כזו חייבת לטעמי להתייחס למסגרת הזמן בו מושעות הזכויות הנזכרות באופן סימולטני. אין לקבל שדין השעיה לתקופה של ארבעים ושמונה שעות כדין השעיה לעשרים ימים. באופן יותר קונקרטי, יש לומר כי דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה מחייבת לבדוק את שיעורה מבחינת זמן של הפגיעה האפשרית עקב השעיה סימולטנית של הזכות למפגש עם עורך דין ושל הזכות להיות נוכח בהליכי המעצר.

5. התקופה המירבית בה ניתן למנוע מפגש בין חשוד לבין פרקליטו הינה עשרים ואחד ימים (סעיף 35(ד) לחוק המעצרים). ככל שמדובר במניעה של נוכחות החשוד בבית המשפט, מדובר בתקופה מירבית של תשעה עשר ימים (סעיף 5(1) לחוק הוראת שעה, אשר מדבר על אפשרות שתקופת המעצר עליה יורה בית המשפט הינה קצרה מעשרים ימים; בהנחה שלא מונים את יום הדין, מגיעים אנו, על כן, לתקופה מירבית של תשעה עשר ימים). מכאן, שקיימת סמכות למנוע מפגש בין חשוד לעורך דינו, ולאסור נוכחות של חשוד בהליכי המעצר, במשך שמונה עשר ימים. לטעמי, תקופה כה ארוכה אינה עומדת בדרישות של פיסקת ההגבלה במישור המידתיות. זאת, הן לענין המבחן הנוגע לאמצעי שפגיעתו פחותה, והן לגבי מבחן המידתיות במשמעותו הצרה.

6. לאור העובדה שהוראות סעיף 5 לחוק הוראת שעה נמצאו פגומות על יסוד מבחני המשנה הנזכרים של המידתיות (במשמעותה הרחבה), איני רואה מניעה עקרונית שהמחוקק יאמץ הסדר שונה בכל הנוגע למניעת נוכחות של חשוד בהליכי מעצר. כמובן, שכל הסדר חדש בנושא חייב לקחת בחשבון את ההסדר הקיים בנושא של מניעת מפגש של החשוד עם סניגורו. במלים אחרות, על מנת שהסדר חדש יקיים את מבחניו של עקרון המידתיות שבפיסקת ההגבלה, יש ליתן את הדעת לתחולה הסימולטנית (או האפקט המצטבר) של ההוראות בענין איסור מפגש עם עורך דין ואיסור נוכחות של החשוד בבית המשפט. הסדר מידתי חדש יכול לבוא לידי ביטוי בצורות שונות. נציין, בין היתר, את האפשרות לקצר את משך התקופה בה קיימת תחולה סימולטנית של שתי המגבלות – איסור נוכחות בהליך ואיסור מפגש עם עורך הדין. לטעמי, ספק אם די בקיצור התקופה. אפשרות נוספת היא הגבלה משמעותית של העילות בגינן ניתן לאסור נוכחות של חשוד בהליכי המעצר (ראו חוות דעתה של השופטת מ' נאור). ראוי לחשוב על פיתרון המשלב בין שתי האפשרויות שצוינו.

7. איני סבור כי יש לקבל את דעתה של חברתי, השופטת מ' נאור, כי הקביעה בדבר בטלותו של סעיף 5 לחוק תיכנס לתוקף בעוד ששה חודשים, על מנת לאפשר

למחוקק לומר את דברו. כפי שהובא בפנינו, השימוש בסמכות לאסור נוכחות בהליכי המעצר נעשה במקרים ספורים בלבד. מבחינת החשוד המסוים בו מדובר, אין זה משנה כלל שהמקרה שלו הינו חריג ואף יחיד. החשוב הוא שמדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות אישית. על כן, העובדה שמדובר במקרים בודדים של שימוש בסמכות האמורה אינה טעם ראוי ליתן הכשר להסדר פגום. מנגד, העובדה שמדובר במקרים בודדים מצדיקה שההכרעה בדבר בטלותו של ההסדר תיכנס לתוקף באופן מיידי. זאת ועוד, כניסה מיידיית לתוקף של פסק הדין תמריץ את הנוגעים בדבר לפעול באופן נמרץ ומזורז למציאתו של הסדר חלופי, שיהא מידתי ויעמוד במבחן החוקתי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין לקבל את הערר במובן האמור בפסקה 35 לפסק-הדין, ולקבוע כי סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, בטל.

ניתן היום, כ"ז בשבט התש"ע (11.2.2010).

| | | |
|-------------|--------------|-----------|
| ה נ ש י א ה | המשנה-לנשיאה | ש ו פ ט ת |
| ש ו פ ט | ש ו פ ט | ש ו פ ט ת |
| ש ו פ ט ת | ש ו פ ט | ש ו פ ט |