

29.10.2023

לכבוד,	לכבוד,	לכבוד,
מר יריב לוין	מר בנימין נתניהו	עוה"ד גלי בהרב-מיארה
שר המשפטים	ראש הממשלה	היועצת המשפטית לממשלה
בפקס: 02-6285438	בפקס: 02-5605000	בפקס: 02-6467001

שלום רב,

**הנדון: תקנות שעת חירום (חרבות ברזל) (פגישה עם עורך דין של עצור בעבירת ביטחון), התשפ"ד-2023**

הרינו לפנות אליכם בעניין תקנות שעת חירום (חרבות ברזל) (פגישה עם עורך דין של עצור בעבירת ביטחון), התשפ"ד-2023 (להלן: התקנות), בטרם נפנה לערכאות, בבקשה לבטלן באופן מיידי לנוכח הפגיעה הגסה והבלתי חוקתית בזכויות חשודים ועצורים, הן על פי הדין המקומי והן על פי המשפט הבינלאומי.

1. ביום 24.10.2023, פורסמו תקנות שעת חירום מושא פנייה זו. התקנות מחדירות שינויים בסעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), העוסק בסמכות להשהות פגישת עצור החשוד בעבירת ביטחון עם עורך דין. התקנות מאריכות את התקופות בהן ניתן להשהות פגישה כאמור, כדלקמן:

א. דחיית מפגש על ידי הממונה, כהגדרתו בתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (דחיית פגישת עצור בעבירות ביטחון עם עורך דין), התשנ"ז-1997 (להלן: תקנות מניעת מפגש), הוארכה מתקופה מירבית של עשרה ימים, לתקופה מירבית ומצטברת של 30 יום.

ב. דחיית מפגש על ידי נשיא או סגן נשיא בית המשפט המחוזי, הוארכה מתקופה מירבית של 21 לתקופה של 90 ימים, בפעילות של 20 ימים לכל היותר בכל החלטת הארכה.

2. תקנות שעת החירום מחריגות מתחולתן עצורים החשודים בעבירות ביטחון שפגישתם עם עורך דין נדחתה טרם כניסתן לתוקף, ואולם, בעניינם של אלה לא יחולו סעיפי תקנה 2(א) ו-2(ב) לתקנות מניעת מפגש.

**זכות המפגש וההיוועצות ופגיעותה במשפט הישראלי:**

3. זכותו של עצור להיפגש עם עורך דין הינה זכות יסוד חוקתית. הלכה זו שבה ואושרה לאחרונה בע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.06.2009), בה ביטל בית המשפט

P.O. Box 54 Haifa 3100001 Israel | Tel: (972)-4-950-1610 | Fax: (972)-4-950-3140

חיפה 3100001, ס.ב. 54 | هاتف 04-9501610 | فاكس 04-9503140

חיפה 3100001, ת.ד. 54 | טלפון 04-9501610 | פקס 04-9503140

Email: [adalah@adalah.org](mailto:adalah@adalah.org)

[www.adalah.org](http://www.adalah.org)

העליון הרשעה ברצח בשל הפרת הזכות להליך הוגן, ובכלל זה הפגיעה בזכות להיפגש עם עורך דין. על מעמדה של זכות זו והיחס בינה לבין הזכות להליך הוגן עמדה השופטת (כתוארה אז) חיות :

הזכות להיוועץ בעורך דין ולהיות מיוצג על ידו וכן זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית נמנים עם מופעיה המובהקים של הזכות להליך הוגן (ראו : עניין **יששכרוב**, פסקה 66 ; עניין **רוזנשטיין**, פסקה 53).

פס' 8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות. ראו גם את התייחסות השופט לוי לסוגיה זו בפסקה 25 לפסק דינו והאסמכתאות המפורטות שם.

4. זכות ההיוועצות הוגבלה זה מכבר במסגרת הסמכות המקורית שהוכנסה בדברי חקיקה שונים, לרבות הסמכות המעוגנת בסעיף 35 לחוק המעצרים, בדבר האפשרות למנוע מפגש עצור החשוד בעבירת ביטחון עם עורך דין לתקופות ממושכות. הוראת חוק זו כבר מעלה קשיים חוקתיים בלתי מבוטלים, וזאת במיוחד, כאשר היא מצטרפת למערך חקיקתי שלם, הכולל את האפשרות לנהל דיוני הארכת מעצר שלא בנוכחות העצור, פטור מתיעוד חזותי וקולי של החקירה ועוד. משמעות הדבר היא, כי העצור החשוד בעבירת ביטחון מנותק לחלוטין מהעולם החיצון, כאשר מגעו היחיד, לתקופה שיכולה להגיע לשבועות מספר, הוא עם חוקריו.

5. במצב דברים זה, "נוצרת מגבלה ממשית על האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית והוגנת" (בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה דאז א' ריבלין (פורסם בנבו, 11.02.2010) (להלן : עניין **פלוני**)), ובהליכי הארכת המעצר, יתקשה העצור מנוע המפגש להציג את טיעונו בפני בית המשפט, ובמיוחד כאשר גם מופעלות לגביו יתר הסמכויות הנתונות בחוק. וכפי שהבהיר המשנה לנשיאה (דאז) ריבלין בעניין **פלוני**, "הפגיעה במי שאינו יכול להתגונן מפני מעצרו הן באמצעות נוכחות אישית הן באמצעות "נוכחות ייצוגית מושכלת" היא פגיעה קשה ביותר בזכויות האדם. היא עלולה לאיין את תקינותו ולרוקן את תוכנו של ההליך המשפטי" (שם, בפס' 29).

6. מניעת מפגש עם עורך דין מובילה לכך "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" (בש"פ 1144/06 **אבו חשיש נ' מדינת ישראל**, פס' ה לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 09.02.2006) (להלן : עניין **אבו חשיש**)).

#### זכות ההיוועצות והזכות למשפט הוגן בדין הבינלאומי :

7. מבלי למצות את מעמדה של זכות ההיוועצות במשפט הבינלאומי על כלל היבטיה, נציין, בקצרה, כי זכות זו הוכרה, בהקשרים שונים, כחלק ממערך זכויות האדם וכזכות יסוד שמהווה ערובה להבטחת יתר הזכויות של חשודים ועצורים בהליך הפלילי וכתנאי הכרחי לקיומו של משפט והליך הוגן. סעיף 14(3)(ב) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, למשל, מגדיר את ההתקשרות עם עורך דין כאחת מערבויות המינימום (minimum guarantee) לה זכאי הפרט.

8. ועדת האו"ם לזכויות אדם קבעה זה מכבר כי אדם הנשללת ממנו חירותו זכאי לקבל גישה מיידית ואפקטיבית לייעוץ משפטי. זכות זו הוכרה כחולשת הן על ההליך הפלילי העיקרי הן על הליכים קדם-

משפטיים, ושליטת הזכות האמורה מהווה הפרה של סעיפים 9(3) ו-4(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

9. בדו"ח של הדווח המיוחד של האו"ם לעניין שמירה וקידום זכויות אדם וחירויות יסוד במסגרת המאבק בטרור הובהרו גבולות השהיית המפגש עם עורך דין עבור חשודים בעבירות טרור, בזו הלשון:

Generally speaking, there must be a reasonable and objective basis for any alterations from the right to choose one's counsel, capable of being challenged by judicial review. Any delay or exclusion of counsel must not be permanent; must not prejudice the ability of the person to answer the case; and, in the case of a person held in custody, must not create a situation where the detained person is effectively held incommunicado or interrogated without the presence of counsel.

*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, A/63/223 (6 Aug. 2008), para. 40, available at <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/451/82/PDF/N0845182.pdf?OpenElement>.*

10. באותו דו"ח, התייחס הדווח המיוחד בדאגה להסדרים בדין הישראלי שמאפשרים מניעה ממושכת של מפגש עצור עם עורך דין, שבצירוף הוראות אחרות יכולות להוביל לניתוקו מהעולם החיצון:

The Special Rapporteur was concerned, in this regard, by the Criminal Procedures (Non-Resident Detainee Suspected of Security Offence) (Temporary Provision) Law 2006 of Israel which, in combination with accompanying regulations, permits a security suspect to be detained for up to 21 days without access to a lawyer or family visits such that a detainee may be held without contact with the outside world for periods that could amount to weeks at a time.

שם, שם.

11. מניעת מפגש עם עורך דין נחשבת גם להפרה של האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי-אנושיים או משפילים. האמנה מחייבת כל מדינה לנקוט באמצעים יעילים למניעת עינויים (סעיף 2(א) לאמנה). חובת המדינה לאסור על עינויים ועל טיפול אכזרי בעצורים ולפעול למניעתם כוללת את החובה לקיים מנגנוני ביקורת יעילים ונאותים, אשר יכולים למנוע תופעות מעין אלו, הכוללים גישה נאותה לייצוג משפטי. בהקשר זה, הוועדה נגד עינויים הביעה דאגה כלפי הסדרי מניעת המפגש עם עורך דין "הרגילים" הקיימים במדינה ובשטחים הכבושים. חששות אלה מקבלים משנה חשיבות לנוכח ההסדר החדש שאומץ בתקנות. בלשון הוועדה:

16. While noting that as a general rule persons deprived of liberty are enabled to meet with their lawyer without delay, the Committee remains concerned that legislation still permits that these meetings be delayed under certain conditions, which in the case of detainees accused of security-related offences could extend for a maximum of

21 days under the Criminal Procedure (Enforcement Powers — Arrests) Law 1996-5756 and for a maximum of 60 days under the law applicable in the West Bank...

**17. The Committee recalls its previous recommendations (A/57/44, para. 53 (c) and CAT/C/ISR/CO/4, para. 15) and recommends that the State party adopt the measures necessary to ensure, in law and in practice, that all persons deprived of liberty, irrespective of the charges brought against them, the law applicable to them or wherever they may be located, are afforded all legal safeguards from the very outset of the deprivation of liberty, including the rights to be assisted by a lawyer and to be brought before a judge without delay.**

Committee against Torture, *Concluding observations on the fifth periodic report of Israel*, CAT/C/ISR/CO/5 (3 June 2016), available at

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsmEKqNhdzbr4kqou1ZPE79BvBJe97SSM1KP2v4ng3Dhx74ohsbY7x4AIEgvGhwtvav7rPvZmtwpwObldkyK%2BM9cNY7svWLIYmp6PB4chW8O>.

#### **העדר מידתיות והשלכותיו על כשרות התכלית :**

12. התקנות מושא פנייה זו מאריכות באופן קיצוני את התקופות שבהן מותר להחזיק בעצור תוך שליחת זכותו להיוועץ עם עורך דין. הארכה זו, גם בנסיבות של מצב חירום זמני, מעצימה את הפגיעה בזכות להליך הוגן וכבוד האדם ובזכות לגישה אפקטיבית לערכאות שטמונה בהסדרים שהיו קיימים ערב כניסתן של תקנות אלה לתוקף. היא גם עולה כדי הפרה בוטה יותר של הדין הבינלאומי.

13. הפסיקה הכירה בקושי החוקתי הנובע ממניעת המפגש עם עורך דין תחת ההסדרים הקודמים, ואולם השלימה עמה, ולגישתנו שלא בצדק, מתוך איזון הזכות להיוועצות אל מול אינטרסים הנוגדים, כמו צרכי הביטחון והחקירה. עם זאת, אינטרסים אלה אינם יכולים לאיין כליל את זכות ההיוועצות והמפגש עם עורך דין. אם סברו בתי המשפט כי השהיית מפגש לתקופה מקסימאלית של 21 ימים, כפי שנקבע בסעיף 35 לחוק המעצרים עובר לשינויים שנתקבלו בתקנות מושא פנייה זו, יכולה להיחשב מידתית לנוכח זמניותה, הרי שהסמכות לשלול מהעצור, כל עצור, את הזכות להיוועץ עם עורך דין למשך 90 ימים, במיוחד כאשר בוחנים שלילה זו בהקשרה הנורמטיבי הרחב, מגלה חוסר רגישות מוחלטת לזכות להליך הוגן באופן שהופך את ההסדר לא רק בלתי מידתי (ראו להלן), אלא לכזה שמקדם תכלית בלתי ראויה ואף פסולה.

14. לעניין זה, אם ניתן היה לראות בהגבלות שהוטלו על פגישת חשוד עם עורך דינו כמשרתת תכלית ראויה כאשר הסמכות הייתה מוגבלת לתקופה קצרה יחסית (הגם, כאמור, שהסדר זה אינו חף מביקורת), הרי שפריצת הסכר, או במקרה דנן קריסתו המוחלטת, משליכה במישרין על שאלת התכלית.

15. במקרה הטוב, התכליות המוצהרות שלשמן ניתנת הסמכות להשהות פגישת עצור עם עורך דינו אינן ראויות לנוכח חוסר הרגישות שמשתקף ממנו לזכויות יסוד חוקתיות, ובראשן הזכות להליך הוגן,

ובפגיעה בהן (ראו: בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו 16.9.2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 305-300 (2010)). הפגיעה בזכות להליך הוגן, ולפיכך בזכות החוקתית לכבוד, היא כה קיצונית שהתכליות המנויות בסעיף 35(א) לחוק המעצרים אינן מספיקות להצדקתה (ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 264, 235 (2002); בג"ץ 5578/02 מנור ואח' נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004)). בהקשר זה, אם השהיית הפגישה יכולה להיות מוצדקת לתקופה קצרה ביותר לצורך מניעת שיבוש מעצרים של חשודים אחרים, תפיסת ראייה חשוב ומניעת שיבוש חקירה או לצורך סיכול ביצוע עבירה ושמירה על חיי אדם, הרי ש-"עילות" אלה אינן יכולות להצדיק מניעת מפגש למשך שלושה חודשים.

16. עם זאת, מאופי האמצעי וגורפיותו, ניתן ללמוד על התכלית הפסולה של האמצעי של מניעת המפגש עורך דין. כדברי השופט (כתוארו אז) עמית בבג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 23.04.2020), "מתוך האמצעי הבלתי מידתי שנקט בו המחוקק ניתן לעיתים לזהות את התכלית הבלתי ראויה" (שם, בפס' 6 לחוות דעתו של השופט עמית). האפשרות למנוע פגישת עצור עם עורך דינו למשך 90 ימים משמעה בידוד העצור ומניעת ייעוץ משפטי שמטרתו ליידע אותו בדבר זכויותיו במהלך ההליך, ובכך היא פותחת פתח לשימוש לרעה בכוח העצום שבידי רשויות החקירה, ומאיננת כליל את תפקידו של עורך הדין כמנגנון בקרה חיצוני וחיוני על שימוש באמצעים פסולים. הסדר שמיועד להביא לניתוקו של העצור מהעולם החיצון הוא הסדר שתכלית פסולה עומדת בבסיסו.

17. ההסדר אף אינו מידתי באורח קיצוני. מצב החירום אינו יכול להצדיק פגיעה בלתי מידתית בזכויות, במיוחד כאשר ההסדר המקורי, הפוגעני והבלתי מידתי בפני עצמו אף הוא בוסס על היגיון של מצב חירום. מצב החירום הקיים במדינה במצב מלחמה אינו יכול לשמש הצדקה לאיון כולל של זכויות הליכיות שמטרתן לשמור על טוהר ההליך הפלילי ולמנוע מעצורים היועצות חיונית שמטרתה להבטיח את שמירת האינטרסים הלגיטימיים שלהם במסגרתו. דחייה ארוכת-טווח של זכות ההיועצות מפרה כל אמות המידה של מבחן המידתיות: היא אינה מאמצת את האמצעי שפגיעתו פחותה לצורך מימוש תכלית ראויה כלשהי (אם נתעלם מהתכליות הפסולות של ההסדר), והיא אינה מאזנת כראוי בין התועלת שבהסדר לנזק העצום שיכול להיגרם לזכויות החשוד שאינו יכול לקבל ייעוץ משפטי למשך שלושה חודשים.

18. לעניין זה, לא למותר להדגיש כי ההסדר החדש בתקנות אינו עומד בסטנדרטים שנקבעו בדין הבינלאומי, וזאת בבחינת מקל וחומר. כאמור לעיל, החקיקה ערב התקנת התקנות מושא פנייתנו זכתה לביקורת חריפה ממסדות בינלאומיים בהיותה מפרה זכויות יסוד של עצורים. במקום להיענות לביקורת האמורה, התקנות הנ"ל, באצטלה של מצב החירום, מחריפות את הפגיעה בזכויות עצורים ומפרות באופן בוטה יותר את הסטנדרטים שהותוו בדין הבינלאומי הנוגעים בעניין.

19. לכן פגיעות אלה בזכויות עצורים וחשודים אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן, דינן בטלות.

לנוכח האמור לעיל, ובטרם נפנה לערכאות, הנכם מתבקשים לפעול באופן מיידי לביטול תקנות שעת חירום (חרבות ברזל) (פגישה עם עורך דין של עצור בעבירת ביטחון), התשפ"ד-2023, ולהבטיח כי כל עצור, בכל עבירה שהיא, יזכה לממש את זכות ההיוועצות שלו ללא כל דיחוי. כן, נבקשכם להודיענו על כך בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מיום 02.11.2023.

בכבוד רב,

---

ד"ר חסן ג'בארין, עו"ד