

01.07.2023

לכבוד
חברי ועדת השרים לענייני חקיקה
דרך מזכירות הממשלה
בפקס: 02-5605000

לכבוד
גלי בהרב-מיארה
היועצת המשפטית לממשלה
בפקס: 02-6467001

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק סמכויות מינהליות (מעצרים והגבלות) (הוראת שעה), התשפ"ג-2023

לקראת הדיון המתוכנן להתקיים בפני ועדת השרים לענייני חקיקה ביום ראשון, 02.07.2023, הריני לבקשכם בזאת שלא לאשר את הצעת חוק סמכויות מינהליות (מעצרים והגבלות) (הוראת שעה), התשפ"ג-2023 (להלן: **הצעת החוק**) ולהימנע מקידומה בהיותה בלתי חוקתית.

ההצעה הנ"ל פוגעת באופן קיצוני וגורף בקשת רחבה של זכויות חוקתיות המוגנות בדין הישראלי ובזכויות אדם המוגנות בדין הבינלאומי. היא מרחיבה באופן חסר תקדים את סמכות השימוש בכלים דרקוניים וקיצוניים, וזאת על ידי היתלות בתכלית האמורפית של שמירה על שלום הציבור. היא מבקשת, למעשה, לייבא את המנגנון, הבעייתי בפני עצמו בהיקפו הנוכחי, של צווי מעצר והגבלה מינהליים, בהם עושה המדינה בהקשר הביטחוני, ככלי בידי רשויות אכיפת החוק לטיפול בעניינים בעלי אופי אזרחי מובהק.

א. מבוא

1. הצעת החוק שבנדון מבקשת להסמיך את השר לביטחון לאומי, וגורמים נוספים במערך המשטרה, להורות על מעצרו של אדם לתקופה ממושכת; להטיל הגבלה על יציאתו ממקום או מאזור מסוים; לאסור יציאה מהארץ; לאסור כניסה או נוכחות במקום או באזור מסוים; להגביל מגורים או הימצאות במקום או באזור מסוים; להטיל כל הגבלה אחרת בנוגע לתנועה במקום או באזור מסוים; לאסור על רכישה, החזקה או נשיאה של חפצים מסוימים, בין במישרין ובין בעקיפין; לאסור שימוש בשירותים מסוימים או לבצע פעולות מסוימות; לאסור התקשרות עם אדם מסוים או עם קבוצת אנשים; לאסור ביצוע שיחה כהגדרתה בחוק האזנת סתר; לאסור שימוש בשירותי האינטרנט; ולהטיל הגבלות בנוגע לעבודה או לעיסוק.

2. הסמכויות שמבקשת הצעת החוק להעניק יפגעו בחירותו, בפרטיותו, בקניינו, ובעיסוקו של הפרט, וכל זאת, ללא משפט: ללא חקירה מוקדמת, ללא הצגת ראיות וללא מתן הזדמנות להתגונן באופן אפקטיבי, והכל בהסתמך על תשתית ראייתית סמויה ועל ראיות חסויות. המדובר הוא אפוא בהצעת חוק מהקיצוניות ביותר שידע המשפט הישראלי, שכן היא מבקשת להשעות את כלל ההגנות החוקתיות המעוגנות הן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הן בחוק יסוד: חופש העיסוק, ולהפקיע את ההגנות הפרוצדורליות שבפלילים, ועל ראשן הזכות להתגונן והזכות להליך הוגן.
3. חמור עוד יותר הוא שבאצטלה של המאבק בפשיעה בחברה הערבית, השעיית המשפט והזכויות תיושם על בסיס לאומי: היינו, היא תחול בעיקר על החברה הערבית בישראל. לכן, המדובר הוא בהצעה גזענית ומפלה שקרבנותיה הבלעדיים יהיו בני ובנות החברה הערבית במדינה. היא מבקשת, למעשה, לבסס מחדש כלים אשר שימשו את המשטר הצבאי שהוחל בגבולות הקו הירוק עד שנת 1966, ואשר הסתמך על תקנות שעת חירום (1945) שהעניקו למפקדי הצבא סמכויות זהות לאלה המופיעות בהצעה דנן.
4. אוזלת ידה של המשטרה לטפל בפשיעה ולהגן על הציבור אינה יכולה להצדיק סטייה כה דרסטית מעקרונות יסוד חוקתיים הנחשבים לאבני יסוד של המשפט הפלילי הנשענים הן על המשפט החוקתי המקומי, הן על המשפט הבינלאומי לזכויות אדם. לא במקרה, לשימוש כאמור בסמכויות מינהליות אין אח ורע באף מדינה בעולם המתיימרת לשמור על זכויות אזרח מינימליות (ראו: הכנסת – מרכז המחקר והמידע, מעצר מינהלי בעבירות פליליות – סקירה משווה (25.01.2005)).

ב. תוכן הצעת החוק

5. הצעת החוק מובאת כהוראת שעה (סעיף 23) ומבקשת להרחיב את הסמכות הקיימת היום בחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים מינהליים), התשל"ט-1979 (להלן: חוק מעצרים מינהליים), וליתן בידי השר לביטחון לאומי (להלן: השר) את הסמכות להשית על אינדיבידואלים מעצר מינהלי לתקופה של עד שישה חודשים הניתנים להארכה (סעיפים 1, 4 ו-5 להצעה), וזאת "אם שוכנע כי יש אפשרות קרובה לוודאי לפגיעה ממשית בביטחון הציבור אם אותו אדם לא יהיה במעצר".
6. על פי ההצעה, מעצר מינהלי כאמור יהיה כפוף לבחינה שיפוטית 48 שעות לאחר הוצאתו אל הפועל (סעיף 12), וככלל לאחר שלושה חודשים ממועד תחילת המעצר (סעיף 13). החלטות נשיא בית משפט מחוזי יהיו ניתנות לערעור בבית המשפט העליון בפני דן יחיד (סעיף 15). ההצעה עוד מסמיכה את המפקח"ל להורות על מעצר מינהלי לתקופה של 48 שעות (סעיף 7), והיא מאפשרת החזקת אדם במעצר למשך 48 על ידי שופט לאחר תום תקופת המעצר לצורך חקירה, וזאת אם הוגשה הצהרת תובע לפיה מתכוון השר להטיל צו מעצר בעניינו של העצור (סעיף 9).
7. כן מסמיכה ההצעה את השר להוציא שורה של הגבלות בצו (להלן: צו הגבלה) (ראו רשימה בפתח הדברים לעיל), שאת מרביתן ניתן יהיה להטיל לתקופה של שנה, הניתנת להארכה, וזאת למעט צו המטיל הגבלה על יציאת אדם ממקום מגוריו או על הרחקתו ממקום מגוריו, שתוקפו יכול להיות לשישה חודשים הניתנים להארכה (סעיפים 2 ו-4). צו הגבלה מינהלי יהיה נתון לערעור לפני בית המשפט לעניינים מינהליים (סעיף 24). השר עוד יהיה רשאי להורות על הפקדת ערובה לשם הבטחת קיום הגבלות על פי צו (סעיף 2ג)). הערובה תהיה ניתנת לחילוט או למימוש אם הופרו הוראות צו ההגבלה

(סעיף 11). הפרה של צו הגבלה מוגדרת בהצעה כעבירה פלילית שבצידה מאסר לתקופה של שנתיים (סעיף 18).

8. גם קצין משטרה בדרגת ניצב ומעלה יהיה מוסמך להטיל חלק מההגבלות המנויות לעיל, וזאת לתקופה של שישה חודשים, הניתנים לחידוש, וקצין בדרגת ניצב משנה ומעלה יהיה רשאי להטיל אותן לתקופה של שישה ימים (סעיף 20).

9. ההצעה עוד מאפשרת לסטות מדיני הראיות במסגרת הדיונים בערכאות לעניין צו מעצר או הגבלה מינהליים, לרבות על ידי מתן האפשרות להסתמך על ראיות חסויות שלא יוגשו לעיון בעל העניין או בא כוחו (סעיף 14), ודיונים בבית המשפט ייערכו בדלתיים סגורות (סעיף 17). כן, שר המשפטים יהיה רשאי להגביל את זכות הייצוג בהליכים על פי ההצעה לעורכי דין הרשאים לייצג בבתי הדין הצבאיים (סעיף 16(ב)).

10. לשם ביצוע הצווים על פי ההצעה, מוענקות למשטרה שורה רחבה של סמכויות, לרבות חיפוש, כניסה לבתי מגורים, תפיסת חפצים ועיכוב (סעיף 10).

ג. אי-חוקתיות הרחבת סמכויות המעצר וההגבלה המינהליים

11. הצעת החוק מקריבה על מזבח האינטרס הציבורי עקרונות וזכויות יסוד מסדר ראשון ומפרה את האיזון הנדרש בין האינטרס הציבורי לזכויות הפרט. זאת, משתאפשר בעטיה פגיעה קיצונית, גורפת ובלתי מידתית בזכויות יסוד חוקתיות, לרבות: הזכות לחירות, הזכות לכבוד, חופש התנועה, חופש העיסוק, חופש הביטוי, הזכות לקניין, הזכות לפרטיות. הפגיעה בזכויות יסוד אלה מתבצעת תוך השעיית הזכות להתגונן באופן יעיל, ועל כן היא שוללת באופן גורף את הזכות להליך הוגן, המהווה "תנאי הכרחי להגנה על החירות" והקשורה "בקשר הדוק לזכות לכבוד" (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 528, 500 (2010)).

12. התכלית של ההצעה אינה תכלית ראויה. ההצדקות המובאות בהצעת החוק למתן הסמכות להורות על מעצר והגבלות מינהליות מלמדות למעשה שמטרתה היא לעקוף את ההליך הפלילי ולפטור את המשטרה מחובתה לבצע חקירה ואיסוף ראיות לצורך העמדה לדין. תכלית זו בפני עצמה אינה ראויה. היעדר עמידת ההצעה במבחן התכלית הראויה שבפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מתעצם לנוכח גורפות הפגיעה בזכויות. זאת מאחר שהאמצעי שנבחר בהצעת החוק הוא כל כך קיצוני ובלתי מידתי. האמצעי הבלתי מידתי משליך על הערכת התכלית שהוא מיועד להגשים, וכדברי השופט עמית בבג"ץ גרסגהר, "אין די בבחינת תוכנה של המטרה שתכלית מסוימת מבקשת להגשים, אלא יש לבחון אם קידומה של המטרה [...] בדרך של פגיעה בזכות חוקתית [...] היא בעלת נחיצות וחיוניות משמעותיות" (פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) עמית בבג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת (פורסם בנבו, 23.4.2020) (להלן: עניין גרסגהר)), ובהמשך הבהיר כי "התכלית של החוק אינה נבחנת אפוא בבדידותה, במנותק מהפגיעה בזכות החוקתית ומעוצמת הפגיעה. כעומק הזכות הנפגעת כך נדרשת תכלית חברתית חשובה וחיונית יותר להצדקתה" (שם, בפס' 9). ואכן, לא אחת, "מתוך האמצעי הבלתי מידתי שנקט בו המחוקק ניתן לעיתים לזהות את התכלית הבלתי ראויה" (שם, בפס' 6).

13. הגישה המונחת בבסיס הצעת החוק, ושמלמדת על תכליתה, נשענת על תפישת ההליך הפלילי כמכשול בפני הרשויות, ובפרט המשטרה, במאבקן בפשיעה. לתכלית כאמור אין מקום במשטר האמור לשמור על זכויות האזרח, שבו כוחה הכופה של המדינה יכול להיות מוצדק אך ורק בתנאים של שמירה על איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכויות וחירויות הפרט.

14. הגורפות של ההצעה נלמדת גם מעצם העובדה שהצעת החוק בוחרת בחלופות הקיצוניות ביותר. ההצעה מסבירה כי הסמכויות המוענקות בה מיועדות, בין היתר, לאפשר מעצרי מנע במקרים בהם "יש למשטרה מידע מודיעיני על אפשרות קרובה לוודאי לביצוע פשע חמור, אך ללא תשתית ראייתית מוצקה" (מדברי ההסבר להצעה). אולם, לא ברור כלל ועיקר מה מונע מהמשטרה לפעול על פי מידע מודיעיני הקיים ברשותה כדי **למנוע** ביצוע עבירות חמורות, תוך ביצוע מעצרים לצורך חקירה בדרך המלך. זאת במיוחד, כאשר כבר בדין הקיים, מעצר לצורך חקירה מקנה למשטרה שורה של כלים שאמורים לסייע לה בבניית תיק חקירה לצורך העמדה של חשודים לדין. בין היתר, בהליכי מעצר לצרכי חקירה החומר שבבסיס בקשת המעצר אינו נחשף לעצור או לבא-כוחו (סעיף 15(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק המעצרים**)), ובהחלטה על מעצר, "רשאי השופט להיזקק לראיות אך אם אינן קבילות במשפט" (סעיף 15(ו) לחוק המעצרים). ככל שקיים בידי המשטרה מידע קונקרטי על כוונה של מאן דהוא לבצע פשע חמור, הרי שהכלים אותם מעניק הדין הפלילי כבר עתה מאפשרים ביצוע מעצר לצורך חקירה. חלופה זו יעילה יותר מהחלופות שבהצעת החוק שכן היא יכולה להביא למניעת ביצוע העבירה, וגם לתמרץ את רשויות אכיפת החוק לתעל את משאביהן לחקירת אירועים פליליים לצורך ענישת עבריינים. זאת במיוחד, כאשר להצעת החוק לא צורך שום מסמך שיש בו להעיד כי היא נשענת על תשתית עובדתית כלשהי שיש בה להצדיק את האמצעים שהיא מבקשת לקדם.

15. הצעת החוק מתיימרת לרכז את הפגיעה בזכויות באמצעות החדרת ביקורת שיפוטית בצמתים שונים של המעצר המינהלי ומתן אפשרות לפנות לערכאות בעניין צווי הגבלה. ואולם, במעצרים מינהליים, המבוססים על תשתית עובדתית סמויה שאינה פתוחה לאתגור אדברסרי על ידי העצור או באי כוחו לנוכח ההישענות רחבת ההיקף על ראיות חסויות, הביקורת השיפוטית אינה מובילה ברוב המוחלט של המקרים להתערבות או לפיקוח ממשיים. הניסיון האמפירי מלמד, ששופטים בהליכים הנוגעים למעצרים מינהליים נוטים להימנע מאתגור התשתית הראייתית המונחת בפניהם ונמנעים באופן עקבי מהטלת ספק בהערכות של גורמי הביטחון (ראו: Shiri Krebs, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review* (of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court, 45(3) VAND. J. TRANSNAT'L L. 639 (2012)). הגישה השיפוטית בהליכים מינהליים כאמור נשענת על שנאת סיכון באופן שמייצר הטייה מובנית בתוך ההליך השיפוטי כנגד הצד שאינו יכול להציג טיעונים נגד התשתית הראייתית העומדת בבסיס החלטת המעצר או צו ההגבלה בעניינו. משכך, אין בביקורת השיפוטית כפי שהיא מובאת בהצעת החוק כדי לרפא את הפגיעות שייגרמו לזכויות אם היא תצא אל הפועל.

ד. הפרה של הדין הבינלאומי

16. הסמכת הרשויות להישען על ראיות חסויות בהליכים שתוצאתם בפועל היא שלילת חירויות הפרט, בין אם במעצר או באמצעות הגבלות אחרות, הופכת את המעצר או את ההגבלה לשרירותיים ולכאלה שמפריים את הזכות בדבר משפט הוגן. בשורה של אמנות בינלאומיות הוגדרו איסורים מפורשים על

שלילת החירות באמצעות מעצרים שרירותיים (ראו: סעיף 9 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם; וסעיף 9 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות).

17. מעצרי מנע אמנם אינם אסורים באופן מפורש בדין הבינלאומי, ואולם, על השימוש בכלי קיצוני זה להיעשות רק במקרים חריגים ועליו לעמוד בתנאים מחמירים כדי למנוע שרירותיות, לרבות על ידי מתן מידע ביחס לסיבות שבבסיס המעצר:

If so called preventive detention is used, for reasons of public security, it must be controlled by these same provisions, i.e. it must not be arbitrary, and must be based on grounds and procedures established by law (para. 1), information of the reasons must be given (para. 2).

General Comment No. 8 concerning Article 9, Human Rights Committee, General Comment, No. 8, p. 131, para. 4.

18. לעניין מעצרים מינהליים, כבר נאמר על ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם כי הם מגבירים את החשש לשלילה שרירותית של הזכות לחירות, וככל שישנה הצדקה לשימוש בהם, הרי שהנסיבות צריכות להיות קיצוניות ביותר ובהיעדר אלטרנטיבות, ובלשונה:

To the extent that States parties impose security detention (sometimes known as administrative detention or internment) not in contemplation of prosecution on a criminal charge,³⁵ the Committee considers that such detention presents severe risks of arbitrary deprivation of liberty.³⁶ Such detention would normally amount to arbitrary detention as other effective measures addressing the threat, including the criminal justice system, would be available. If, under the most exceptional circumstances, a present, direct and imperative threat is invoked to justify the detention of persons considered to present such a threat, the burden of proof lies on States parties to show that the individual poses such a threat and that it cannot be addressed by alternative measures, and that burden increases with the length of the detention. States parties also need to show that detention does not last longer than absolutely necessary, that the overall length of possible detention is limited and that they fully respect the guarantees provided for by article 9 in all cases. Prompt and regular review by a court or other tribunal possessing the same attributes of independence and impartiality as the judiciary is a necessary guarantee for those conditions, as is access to independent legal advice, preferably selected by the detainee, and disclosure to the detainee of, at least, the essence of the evidence on which the decision is taken.

Human Rights Committee, General Comment No. 35, para. 15 (16 December 2014).

19. בדו"ח שפורסם על ידי קבוצת העבודה של האו"ם למעצרים שרירותיים (The Working Group on Arbitrary Detention) הובהר, בין היתר, כי מעצר שרירותי יכול להתקיים כאשר הסטנדרט הבינלאומי למשפט הוגן נשלל באופן מלא או חלקי (ראו: The Working Group on Arbitrary Detention, Fact Sheet No. 26: "No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile" (Universal Declaration of Human Rights, article 9) (1 May, 2020). בהקשר זה, הובהר על ידי קבוצת העבודה בבדיקת מידת הלימתו של המעצר המינהלי אותו השיתה ישראל על סולימאן אל-נאסר לדין הבינלאומי, כי שלילת הזכות של עצור לאתגר את החוקיות של מעצרו מהווה הפרה של סעיף 9(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ראו: Human Rights Council, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention at its ninety-second session, 15–19 November 2021: Opinion No. 61/2021 concerning Jamal Afif Suleiman al-Niser (Israel) (3 December, 2021)). אי חשיפת עילת המעצר והתשתית הראייתית מאיינת את יכולת העצור לאתגר את מעצרו והופכת את זכות הגישה לערכאות לזכות תיאורטית שאינה עומדת בסטנדרטים שנקבעו למשפט הוגן.

20. הענקת הסמכות לשר ולגורמים נוספים במשטרה להגביל חירויות באמצעות צווים מינהליים המבוססים על ראיות חסויות מהווה הפרה של הדין הבינלאומי המחייב את המדינה, כל זאת כאשר אין כל הצדקה לסטות מהמסלול הפלילי הרגיל. השימוש שעושה ישראל במעצר המינהלי בהקשר הביטחוני זוכה כבר עתה לביקורת רבה על ידי הקהילה הבינלאומית ככלי שרירותי שמפר נורמות בסיס בדיון הבינלאומי. בין היתר, הסודיות שאופפת את השימוש של ישראל במעצרים מינהליים זוכה לביקורת הנרחבת ביותר (ראו: EU Missions in Jerusalem and Ramallah issue statement on Palestinian prisoners' hunger strike – EU press release, 8 May 2012; Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/ISR/CO/14-16, 9 March 2012; Special Rapporteurs Call on Israel to Release or Charge Five Palestinian Hunger Strikers – Press Release, 21 October 2021, <https://www.un.org/unispal/document/special-rapporteurs-call-on-israel-to-release-or-charge-five-palestinian-hunger-strikers-press-release/>; UN expert calls for Israel to end practice of administrative detention and immediately release Maher Al-Akhras, 23 October 2020, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/10/un-expert-calls-israel-end-practice-administrative-detention-and-immediately>).

21. ואולם, במקום לפעול לצמצום השימוש הפוגעני בכלים מינהליים אלה, הצעת החוק מבקשת להרחיב שימוש זה, ולהעמיק עוד יותר את ההפרות של הדין הבינלאומי המחייב. על וועדת השרים לענייני חקיקה למנוע מצב דברים זה ולהצביע נגד קידום הצעת החוק.

המסקנה המתבקשת היא כי הצעת החוק אינה חוקתית, וזאת משום שהיא פוגעת בשורה רחבה של זכויות יסוד חוקתיות; היא מבקשת לייצר מסלול עוקף לדין הפלילי באופן שמלמד על תכלית הבלתי ראויה; אינה הולמת ערכי יסוד דמוקרטיים; ואינה עומדת במבחני המידתיות. אם לא די בכך, הצעת החוק מפרה עקרונות בסיס במשפט הבינלאומי לזכויות אדם.

לנוכח המובא לעיל, הנכם מתבקשים שלא לאשר את הצעת החוק שבנדון ולמנוע את קידומה בכנסת.

בכבוד רב,



פאדי חורי, עו"ד