



10.08.2023

לכבוד

עו"ד שגית אופיק
היועצת המשפטית לכנסת
בפקס: 02-6753495

לכבוד

מר איתמר בן גביר
השר לביטחון לאומי
דוא"ל: sar@mops.gov.il

לכבוד

עו"ד גלי בהרב-מיארה
היועצת המשפטית לממשלה
בפקס: 026767001

לכבוד

מר יעקב שבתאי
מפכ"ל המשטרה
בפקס: 025898823
ובדוא"ל: Yoamash@police.gov.il

שלום רב,

הנדון: חוק המאבק בכלי הנשק הבלתי חוקיים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התשפ"ג-

הרינו מבקשים להציג בפניכם את עמדתנו אודות אי חוקתיות החוק שבנדון וכן נבקש את תגובתכם לכך כחלק מהליך מיצוי הליכים בטרם החלטתנו לפנות לבג"ץ - והכל כפי שיפורט להלן:

1. ביום 27.03.2023 התקבל החוק במליאת הכנסת והוא פורסם ברשומות ביום 30.03.2023 (להלן: החוק). החוק מעניק סמכויות רחבות היקף למשטרה להיכנס לבתים, בתי עסק, מקומות בילוי ועוד והכל בהעדר כל ביקורת שיפוטית. התניית עילת החיפוש בקיומה של ראייה מהווה תפנית חסרת תקדים במשמעותו של חריג החיפוש ללא צו, ומעמידה בסכנה את זכויותיהם של האזרחים ובעיקר הערבים שכן ועל רקע תכליתה של ההצעה, האכיפה תתמקד בחברה הערבית. עילות החיפוש בחוק מאפשרות פשיטה בלתי מבוקרת של כוחות המשטרה לכל בית באופן גורף ללא ביקורת שיפוטית ובשיקול דעת מוחלט של מפקדי המשטרה. משכך, ההצעה פוגעת בזכותם של האזרחים לפרטיות, לכבוד וכן בזכות להליך הוגן.

2. כידוע לכם, הליך החיפוש ללא צו שיפוטי נחשב לחריג לכלל המחייב הוצאת צו (סעיף 24 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"א – 1969 (להלן: "הפקודה"), והוא מתאפשר בהתקיימות אחת העילות המצוינות בסעיף 25 לפקודה והמשותף להן הוא דבר קיומו של צורך מיידי ודחוף לביצוע החיפוש בצורה שלא מאפשרת הוצאה של צו. כעת, ובטענת ההתמודדות עם הפשיעה בחברה הערבית, החוק קובע הוראת שעה לתקופה של שנה, אשר מרחיבה את החריג הנ"ל תוך מתן סמכות לכל שוטר באשר הוא, לבצע חיפוש בבית או בכל מקום, ללא צו שיפוטי.

3. החוק מגלם תפנית חסרת תקדים בדבר עקרונות צווי החיפוש. ביסוד תיקון החוק עומדת הגישה החותרת לערוך צו חיפוש לצורך "אסיפת ראיות" בשונה מן המצב הקודם שעמד בבסיסו צורך מיידי בשל "סכנת חיים". נפרט בהמשך

4. בזמן שהונח על שולחן הכנסת הקודמת הצעת חוק ממשלתית לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי,¹ נשלח מטעמנו מכתב ביום 09.05.2022 בדרישה להימנע מקידום הצעת החוק. עמד בהצעת החוק העיקרון החותר להרחיב את סמכויות המשטרה בביצוע חיפוש ללא צו שיפוטי באופן דומה למקרה דנן.

מצ"ב המכתב שנשלח ביום 09.05.2022 מצורך ומסומן כנספח א'.

5. עמדתנו היא שאין להרחיב את סמכויות המשטרה, תוך רמיסת נורמות חוקתיות על בזכויות אדם לשם התמודדות עם "הפשעה בחברה הערבית". המחדל החמור של הרשויות באכיפת החוק במשך השנים גרם להשתלטות ארגוני הפשע תוך הטמעת תחושת היעדר ביטחון קולקטיבי ואישי וגביית נפשות רבות. ואין במתן כלים דורסניים למשטרה בכדי לרפא את המצב. נהפוך הוא, הענקת כלים דורסניים לידי המשטרה, אשר במשך שנים הפעילה שיטור מוגזע, מחמירה את המצב הקיים.

פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות

6. החוק מהווה פגיעה קיצונית בזכות **לפרטיות**. פגיעה מסוג זה מחייבת בדיקה קפדנית של כל חקיקה חדשה בענייני חיפוש ותפיסה על פי דרישותיה של פסקת ההגבלה, ביתר שאת כאשר החיפוש או התפיסה מתבצעים ללא צו שיפוטי.²

7. החוק גם פוגע בזכותם של חשודים **להליך הוגן**, והופך את חריג החיפוש ללא צו לכלל רחב היקף הנעדר מעצורים ובלמים. הביקורת השיפוטית הינה חיונית לשמירה על זכויותיו של חשוד, ומהווה שלב מכריע בעת התרת הפגיעה במקרה בו מתקיים אותו חשד לביצוע העבירה (ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 67). מניעת ביקורת שיפוטית **בטרם** ביצוע החיפוש תוביל להסתמכות מוחלטת על שיקול דעתם של הקצינים, והיא תעמיד את אותם אנשים שאינם קשורים לעבירה או לביצועה בפני מעשים אלה ללא הגנה משפטית נאותה.

8. פגיעות מסוג זה גם מהוות פגיעה **בכבודו של האדם** שכן כניסה וחדירה אל ביתו הפרטי ללא התראה קודמת וללא קיומו של הליך שיפוטי ואך ורק על בסיס שיקול דעתו האישי של שוטר מהווה זלזול במרחבו האישי הצר.

החוק אינו מקיים את דרישה ההסמכה

¹ הצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (עילות חיפוש בלא צו בית משפט) (הוראת שעה), התשפ"ב-2021 (הצעות חוק הממשלה 1456, 26.10.2021).

² אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי" **מחקרי משפט** יג, תשנ"ו 5, 23 (1996).

9. בהקשר הזה נטען כי תיקון החוק אינו עונה על הגדרת "חוק" כהסדר ראשוני. החוק מותיר שיקול דעת רחב לשוטר בקביעה מתי הוא ייכנס לחצרים פרטיים ללא קביעת אמות מידה בחוק שתדריך את השוטר ולהצביע מתי החלטתו הינה כשרה ומתי היא לא. שיקול דעת רחב כזה יכול להוביל למספר רב מאוד של חיפושים בלתי מוצדקים ופוגעניים. סמכות זו הנוקבת במונח עמום, חובק עולם ללא פירוט עלול לייצר מרחב לשיקול דעת בלתי מוגבל לכל שוטר.

10. בעניין **איכוני השב"כ** קבע בית משפט נכבד כי על אף קיומה של סמכות פורמאלית לממשלה לפי סעיף 7 לחוק שירות ביטחון כללי, תשס"ב-2002 להפעיל את השב"כ למען "ההגנה על אינטרסים חיוניים וביטחוניים", ואולם היות סעיף זה בבחינת "סמכות סל" המעניקה לממשלה שיקול דעת רחב, היא אינה יכולה להוות הסמכה העונה על הגדרת הסדר ראשוני. על כן, נקבע כי על הממשלה לחוקק את הנושא בחקיקה ראשית, אם רוצה בכך, שתעניק לה סמכות מפורשת וברורה להפעיל את השב"כ בעת חירום קורונה (ראו בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה** (ניתן ביום 26.04.2020)).

11. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור תופעה חמורה שמתרחשת בשטח, במהלכה שוטרים מבצעים מעצרים של חשודים חרף העובדה שבתי המשפט סירבו להוציא צווי מעצר נגדם. בתי משפט שחררו עצורים תוך מתיחת ביקורת חריפה על התנהלות השוטרים שנטלו עד דעת עצמם ביצוע מעצרים שביסודם טמונה שלילה לחירות העצורים. תופעה זאת מלמדת וממחישה את הסכנה הטמונה במסירת שיקול דעת מוחלט לשוטרים.

== ראו קישור לכתבה "תופעה מטרידה: המשטרה עוצרת חשודים בניגוד להוראות שופטים" <https://www.maariv.co.il/news/law/Article-1020468>

החוק לא עומד במבחן התכלית הראויה

12. מטרת החוק היא לא ראויה. חוק ייחשב כמקדם תכלית ראויה רק אם הוא מגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל (בג"ץ 7146/12 **נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת**, סו(1) 717 (2013), פס' 83 לפסק דינה של השופטת ארבל). התפשטות "הפשיעה המאורגנת" בחברה הערבית לא אמורה להשעות נורמות חוקתיות בדבר ההגנה על זכויות אדם. המצב החמור לא מכשיר שימוש בפרקטיקות דורסניות ומרחיקות לכת. הפתרון של הדבר הזה לא נעשה באמצעות הפרת זכויות אדם ומתן אפשרות לשוטרים לערוך חיפוש ללא צו. בעניין **ג'נימאת**³, נקבע כי תופעה שהיא בגדר "מכת מדינה" לא משעה את החובה בדבר ההקפדה על נורמות המגנות על החשוד, נוכח כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בדומה לעניינו, הפשיעה המאורגנת "כמכת מדינה" לא אמורה להכשיר כלים דורסניים.

13. מטרתה של נורמה משפטית הפוגעת בזכות חוקתית היא ראויה לא רק אם תכנה הוא ראוי אלא אם **הצורך בה הוא חיוני, נחוץ וראוי** (ראו: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת**

³ דנ"פ 2316-95 **עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל**, מט(4) 589 לא בעמ'

ישראל, פ"ד נט)2(481 , 549 (2005). כפי שנפרט בהמשך, העיקרון המנחה שעומד ביסוד תיקון החוק הוא "אסיפת ראיות" אינו עומד במבחן הנחיצות.

14. בעניין **גרסגהר** (בג"ץ 2293/17 **גרסגהר נ' כנסת** (פורסם בנבו, 23.4.2020)), עמד השופט עמית על הקשר בין מידתיות האמצעי המקודם לבין התכלית וקבע כי "מתוך האמצעי הבלתי מידתי שנקט בו המחוקק ניתן לעיתים לזהות את התכלית הבלתי ראויה" (שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית). הפגיעה במקרה דנן בזכויות חוקתיות היא כל כך חמורה, גורפת, ולפי-כך, לא מידתית, עד כדי שיש בה כדי להשליך לרעה על הלגיטימיות של התכלית של התיקון. גורפות החוק מתגלמת בהענקת שיקול דעת מוחלט בהיעדר מנגנוני בקרה כלשהם.

חוסר מידתיות וגורפות

היעדר קשר רציונלי

15. הקביעה כי האמצעי שנבחר מקיים את מבחן הקשר הרציונאלי מחייב ביסוס קשר כאמור על סמך תשתית עובדתית שעמדה בפני המחוקק⁴. קיומו של קשר רציונאלי אינו נבחן לפי זיקה סיבתית טכנית יבשה אלא גם לפי מבחני הוגנות, הגינות והעדר שרירותיות (ראו בג' 9593/04 **ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד סא(1) 844 (2006)).

16. לגבי החקיקה הנדונה כאן, לא הוצג נתונים או מחקרים או עבודה כלשהי שיעידו על הצורך באמצעי פוגעני על מנת שיתאפשר להיכנס לבתים ללא צו חיפוש לכן לא מדובר בקשר אמצעי אלא בקביעה שרירותית (ראו בג' 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת 20.06.2020**).

אמצעי שפגיעתו פחותה

17. נטען כי תיקון החוק הינו גורף ומעניק שיקול דעת מוחלט לכל שוטר באשר הוא. גורפות החוק מתבטאת בכך שייכתנו מקרים בהם מתגלה **רק בדיעבד** כי לא הייתה הצדקה לערוך חיפוש, כי שיקול דעתם המוחלט של השוטרים כערובה יחידה לא היה מספיק להגן על האזרחים מפני חדירה ופלישה למרחבם הפרטי, וכי הפגיעה בזכויות חוקתיות לא נועדה להשיג מטרת החוק אלא לצורך מימוש שיקול דעת המוחלט המוקנה לכל שוטר באשר הוא.

18. בעקבות חקיקת החוק, הופך כל מקום להתפרצות פוטנציאלית מצד כוחות המשטרה ללא אמות מידה שתדריך את אופן ביצוע השוטרים בדבר הפעלת סמכותם החמורה.

19. לפי לשון החוק החיפוש אינם מוגבלים במרחק מסוים מהמקום בו מתעורר אותו חשד, ובכך בתים הנמצאים באותו בניין, רחוב, שכונה שסמוכים לזירת האירוע יכולים להפוך למטרת החיפוש. פגמים אלה במצטבר מלמדים על גורפות החוק, דברים אלה מתחדדים בשים לב להיעדר אמות מידה שתווה את השוטרים בעת הפעלת סמכותם, וכן להיעדר ביקורת בזמן מימוש סמכות פוגענית.

⁴ אהרון ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 382 (2010)

20. ההסדר החוקי הנ"ל מעורר בפנינו שאלות חוקתיות מהותיות: האם מוצדק לפגוע בזכויות חוקתיות, קל וחומר כאשר הפגיעה טומנת בחובה חדירה למרחב הפרטי של האזרח? האם ניתן להסתמך על שיקול דעתו המוחלט של כל שוטר באשר הוא לבצע את החיפוש כאמור, בהעדר כל ביקורת או צו שיפוטי? והחשוב מהכל, האם, בהינתן העובדה כי לא מתקיימת סכנת חיים-מיידית ו/או עבירה שנעברה באותה עת, ניתן לפלוש לבתיהם ומרחביהם הפרטיים של האזרחים, כאשר כל תכליתו של החיפוש הינה אסיפת ראיות שניתן לדרוש את תפיסתן באמצעות צו שיפוטי?
21. עיון בתיקון החוק, מעיד על שינוי המגמה שהייתה רווחת במשך שנים רבות שביסודה עמד העיקרון "הצורך בשל סכנת חיים". משמעות הדברים כי המקרים שבהם מוסמכים השוטרים לבצע חיפוש ללא צו שיפוטי מושתתים על סכנת חיים מיידית שלא ניתן לאיין אותה באמצעות פנייה לערכאות המשפטיות, ויש לסמוך על שיקול דעתם הבלעדי של השוטרים בדבר נחיצות ביצוע החיפוש נוכח הסכנה המיידית הזועקת נקודת מפנה זאת בדבר הצורך בחיפוש ללא צו שיפוטי מכוונת כעת לשם "אסיפת ראיות" בלבד, בהיעדר סכנת חיים מיידית ממשית המעמידה את חיי האדם לסכנה ממשית. בשתי העילות המעוגנות במסגרת התיקון מדובר על ראיות של עבירות שבוצעו בעבר. כלומר בנקודת הזמן שבו נערך החיפוש נעדרת סכנה מיידית כלשהי.
22. אין להכחיש לחיוניות אסיפת הראיות ותרומתן לקידום הליכים פליליים, אך ככל שניתן להשיג אותן באמצעים שונים פחות פוגעניים המקפידים על מעורבות שיפוטית בעת קבלת ההחלטה בדבר עריכת החיפוש, עדיף נתבי זה.
23. קבלת צו חיפוש באמצעות ערכאה שיפוטית אינה בעייתית. בפועל, המשטרה מצליחה לקבל צווי חיפוש בקלות ובמהירות. פנייה לשופט תורן בבקשה להשיג צו חיפוש לא כרוכה בעיכובים, ואף מבטיחה קיום הליך כפוף לביקורת שיפוטית. כמו כן, מחוזות בתי המשפט משתרעות על כל המדינה הדבר המקל על כל שוטר בהתקיים התנאים המעוגנים בחוק, לפנות לכל בית משפט בעת הצורך לשם קבלת צו חיפוש כנדרש בדין. יתר על כן, העילות המצוינות בסעיף 25 לפקודה, לצד כלל הסמכויות הנתונות למשטרה, מספיקות בכדי ליישם תכנית למלחמה בפשיעה המאורגנת.
24. יתרה על כך, הזמניות של ההוראה אין משמעה זמניות של הפגיעה בזכויות. שכן, אדם אשר מועמד לדין בתקופת תחולת החוק ייפגע במיידית, וזכויותיו החוקתיות הנ"ל, ובעיקר הזכות להליך הוגן, ייפגעו בצורה רחבה וגורפת.
25. **לסיכום, עמדתנו היא שהחוק פוגע בזכויות יסוד ללא חקיקה הכוללת אמות מידה ברורות התוחמות את שיקול הדעת, והא לא לתכלית ראויה ואינו מידתי ועל כן הוא בלתי חוקתי.**
- על יסוד כל האמור לעיל, נודה לקבלת עמדתכם לאמור במכתבנו זה ובהקדם האפשרי.**

בכבוד רב,

ד"ר חסן גיבארין , עו"ד