



19.5.2020

לכבוד,

מר אבי ניסנקורן	מר אמיר אוחנה	עו"ד אביחי מנדלבליט
שר המשפטים	השר לביטחון פנים	היועץ המשפטי לממשלה
בפקס: 02-6285438	בפקס: 02-6753199	בפקס: 02-6467001

עו"ד שגית אפיק
מ"מ היועץ המשפטי לכנסת
בפקס: 02-6753495

הנדון:

תזכיר חוק דיוני מעצר באמצעים טכנולוגיים (הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020
ותזכיר חוק ניהול דיונים משפטיים באמצעים טכנולוגיים (נגיף הקורונה החדש) (הוראת שעה),
התש"ף-2020

הריני לפנות אליכם בבקשה לגנוז את תזכירי החוק שבנדון, ולמצער את החלקים הנוגעים בקיום דיונים משפטיים בעניינם של אסירים ועצורים שלא בנוכחותם, וזאת מן הטעמים המפורטים להלן:

1. ביום 7.5.2020 פרסם משרד המשפטים תזכיר חוק דיוני מעצר באמצעים טכנולוגיים (הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: **התזכיר הראשון**) וביום 14.5.2020 פורסם תזכיר חוק ניהול דיונים משפטיים באמצעים טכנולוגיים (נגיף הקורונה החדש) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: **התזכיר השני**).

2. ההסדרים הקבועים במסגרת שני התזכירים נוגעים לנוכחות עצורים ואסירים בהליכים משפטיים המתנהלים בענייניהם, לרבות הליכי מעצר, ומאפשרים את ניהול ההליך שלא בנוכחותם, אלא אך בהשתתפותם מרחוק על יד שימוש באמצעי וידאו ושמע או רק שמע, או בנסיבות מסוימות, בהיעדרם כליל.

3. הסדרים אלה לוקים, כפי שיפורט להלן, בפגמים חוקתיים המחייבים את גניזתם.

4. לצורכי פנייה זו, נבקש להתמקד בהסדרים בשני תזכירי החוק הנוגעים רק לעצורים ולאסירים המוחזקים בבתי מעצר ומאסר, וזאת מבלי לגרוע מהטענות העשויות לעלות ביחס להסדרים המעוגנים ביתר חלקי התזכיר השני.

P.O. Box 8921 Haifa 31090 Israel Tel: (972)-4-950-1610 Fax: (972)-4-950-3140

חיפה 31090, ص.ب 8921 هاتف 04-9501610 فاكس 04-9503140

חיפה 31090, ת.ד. 8921 טלפון 04-9501610 פקס 04-9503140

Email: adalah@adalah.org

<http://www.adalah.org>

מבוא

5. התזכיר הראשון חל על נוכחות של עצורים ואסירים בדיוני מעצר המתנהלים נגדם לפי החוקים הבאים : חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן : **חוק המעצרים**) ; חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן : **חוק המעצרים המינהליים**) ; חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 ; וחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן : **חוק השיפוט הצבאי**).

6. התזכיר השני עוסק בנוכחותם של סוגים שונים של מתדיינים בהליכים משפטיים הנוגעים בעניינם : פרק ב' חל על הליכים משפטיים הנוגעים לאסירים ועצורים (להוציא הליכי מעצר, שלגביהם חל התזכיר הראשון) ; פרק ג' חל על הליכים משפטיים הנוגעים לדיירי מעונות ("אלו הנמצאים במעונות חסות הנוער לרבות במעונות הנעולים, אלו המתגוררים במעונות כמשמעותם בחוק הפיקוח על מעונות – מעון 'ילידים, לזקנים, לבעלי מום גופני או ללוקים בשכלם... או מוסד לטיפול ל'משתמשים בסמים', וכן אלו המתגוררים בבית דור מוגן, קרי מקבץ דירות המיועד למגורים למי שמלאו לו שישים שנים" (עמ' 4 לתזכיר השני)) ; פרק ד' חל על דיונים בהליכים פליליים הנוגעים לחשוד או נאשם שאינו נתון במעצר או במאסר ; פרק ה' חל על הליכים משפטיים והליכי הוצאה לפועל באופן כללי ונוגע לכלל המשתתפים בו ; פרק ו' חל על דיוני ועדות השחרורים ביחס למשתתפי הדיון שהוראות פרק ב' אינן חלות עליהם (דהיינו : חברי הוועדה ובאי כוח הצדדים, ולהוציא אסירים) ; ופרק ז' חל על דיונים משפטיים לפי חוק השיפוט הצבאי (למעט אלו הכפופים להסדר הקבוע בתזכיר הראשון).

7. כאמור בפתח הדברים, פנייה זו תעסוק אך ורק בהסדרים הקבועים בתזכיר הראשון ובאלה המעוגנים בפרק ב' לתזכיר השני.

8. אין חולק כי התפרצות והתפשטות נגיף הקורונה החדש ברחבי המדינה (ובעולם) הציבה אתגרים המחייבים התאמות בתחומי חיים רבים, לרבות אלה הנוגעים למערכת המשפט וניהולה. יחד עם זאת, התאמות אלה צריכות לעמוד באמות המידה של פסקת ההגבלה המתחייבת ממצב החירום הבריאותי.

9. על רקע האמור ייטען כי ההסדרים המוצעים, ככל שהם נוגעים לאסירים ולעצורים, מפרים נורמות יסוד חוקתיות, מקדמים תכלית בלתי ראויה ופוגעים מעל לנדרש בזכויות יסוד חוקתיות.

תוכן התזכירים בעניין אסירים ועצורים

10. התזכיר הראשון קובע כי בהינתן הכרזה משותפת של שר המשפטים והשר לביטחון פנים (להלן : **הכרזת השרים**) כי "בשל התפשטות רחבת היקף במדינה של נגיף הקורונה... קיים חשש ממשי להדבקת עצורים או אסירים השוהים במקומות מעצר ובבתי סוהר... כי לא ניתן לקיים דיוני מעצר בנוכחות העצורים...", יתקיימו דיוני המעצר שלא בנוכחות העצור אלא בהשתתפות "באמצעות מכשיר טכנולוגי... שמאפשר העברת קול ותמונה בזמן אמת, ואם אין מכשיר טכנולוגי זמין מסוג זה בעת קיום הדיון בעניינו של אותו עצור או אסיר – באמצעות מכשיר כאמור שמאפשר העברת קול בלבד..." (סעיף 2(א) לתזכיר). עוד קובע התזכיר כי בית המשפט רשאי לקיים את הדיון שלא בהשתתפות העצור אם מצבו הבריאותי

אינו מאפשר את השתתפותו או אם חלה סרב להשתתף בדיון מרחוק. כמו כן, התזכיר קובע כי שופט רשאי לקבוע כי על אף ההכרזה שלעיל, וכל עוד לא חלה על העצור חובת בידוד מטעמים בריאותיים, כי על הדיון להתקיים בנוכחות העצור.

11. על פי סעיף 2(2)(ב), בין היתר, הדיון יתקיים בנוכחות סגורו של העצור, ותתאפשר שיחה חסויה בין השניים לצורך ייעוץ משפטי. התזכיר עוד קובע שורה של תיקונים בסעיפים בחוק המעצרים לצורך התאמתם למציאות בה השתתפות העצור נעשית מרחוק. כמו כן, התזכיר מחיל את ההסדרים האמורים על דיונים המתקיימים לפי חוק המעצרים המינהליים, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, וקובע הסדרים מקבילים ביחס למעצרים המתקיימים לפי חוק השיפוט הצבאי.

12. שני התזכירים יחדיו קובעים הסדרים ייחודיים ומשלימים המאפשרים קיום דיונים משפטיים בעניינם של אסירים ועצורים שלא בנוכחותם וללא הסכמתם, וזאת גם כאשר אין כל מניעה כי יתר המשתתפים ינכחו פיזית בדיון.

ההסדרים פוגעים בזכויות יסוד חוקתיות

13. ההסדרים המאפשרים ניהול הליכים בעניינם של אסירים ועצורים שלא בנוכחותם, אלא אך ורק בהשתתפותם תוך שימוש באמצעי היוועדות חזותית, וכשאלה אינם זמינים, באמצעי שמע בלבד, פוגעים קשות, ומעבר לנדרש, בזכויות יסוד חוקתיות, לרבות הזכות להליך הוגן, הזכות לשוויון וזכות ההיוועצות עם עורך דין.

14. זכותו של אדם להיות נוכח בהליכים המתנהלים בעניינו היא זכות יסוד חוקתית הנובעת מהזכות לכבוד הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זו אף זו: עניינו אף באינטרס ציבורי הראשון במעלה. דבריו הבאים של השופט ריבלין בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010) (להלן: **עניין פלוני**), יפים אף לעניינו:

"אכן, הזכות להליך פלילי הוגן היא זכות רחבה הכוללת זכויות נגזרות. בין הזכויות האלה – הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו... הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו היא תנאי חשוב ביותר "להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגנתו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם" זכות זו איננה רק זכותו של הפרט אלא היא גם ביטוי לאינטרס ציבורי כללי שעניינו בכך שמערכת המשפט הפלילי תחרוך את גורלו של אדם במסגרת הליך הוגן שבו ניתנה לו ההזדמנות המלאה להציג את הגנתו" (שם, בעמ' 540-541).

15. אכן, הזכות משתרעת על כל שלבי ההליך הפלילי, לרבות על הליכי המעצר:

"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" (שם, בעמ' 544).

16. יש לציין שנוכחותו הפיזית של העצור בהליכי המעצר בעניינו משרתת תכלית ראשונה במעלה: לאפשר לבית המשפט להתרשם באופן בלתי אמצעי ובמישרין מהעצור, לאמוד את מצבו ולהבטיח כי לא נעשה כלפיו שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים. דברים אלה נכונים לגבי כלל אוכלוסיית העצורים, אך כך

שבעתיים ביחס לעצורים בעבירות חמורות, לרבות בעבירות ביטחון (ראו: עניין פלוני, בעמ' 612-613; בש"פ 1144/06 זיאד נ' מדינת ישראל, פסקה ט' להחלטה (פורסם בנבו, 9.2.2006)).

17. יתרה מזאת, ההסדרים שבתזכירי החוק פוגעים אף בעיקרון השוויון. התזכיר השני קובע הבחנה בין שתי תקופות (ראו עיקר 1 בעמ' 3 לתזכיר השני), כשבראשונה, הדיונים בבתי המשפט מתקיימים כסדרם וכל המשתתפים בהם נוכחים פיזית למעט קבוצות אוכלוסייה מוגדרות, לרבות אסירים ועצורים, ובשנייה, לנוכח התפשטות הנגיף, כלל המתדיינים נדרשים להשתתף בדיון תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים מרחוק. יצירת הסדר ייחודי, ומחמיר שבעתיים, עבור אוכלוסיית האסירים והעצורים מהווה פגיעה בזכותם לשוויון. בהקשר זה, לא למותר להזכיר כי, תוצאה מפלה, גם ללא כוונת אפליה, עשויה להוות פגיעה בלתי חוקתית בזכות לשוויון; כך במיוחד במקרה כגון דא, כאשר הכוונה מלכתחילה היתה לקבוע מפורשות בחוק, כי הסדריו יחולו רק על קבוצה מסוימת של בני אדם (ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נד ממשלת ישראל, פ"ד סא(1), 1, 19-20 (2006); דברי השופט זמיר בבג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2), 164, 176 (2000); בג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000)).

18. כן, ההסדרים מגבילים באופן קיצוני את זכותם של האסירים והעצורים להיוועץ עם באי כוחם. לא אחת, הגישה של הסנגור אל מרשו במהלך הדיון מתחייבת מאופי ההליך, ובמיוחד נכונים הדברים בהליכי מעצר. תחילת הקשר בין העצור או האסיר לבאת כוחו למועדים שלפני ואחרי הדיון מטילה מגבלה משמעותית על היכולת של השניים לתקשר ויש בה כדי להביא לפגיעה באיכות הייצוג.

19. לנוכח האמור, אין חולק כי ההסדרים המובאים בתזכירי החוק שלעיל המאפשרים קיום דיון משפטי בעניינו של אסיר או עצור שלא בנוכחותו, וללא הסכמתו, פוגעים בזכויות יסוד בעלות מעמד חוקתי.

הפגיעה אינה לתכלית ראויה ובלתי מידתית

20. בעוד שההסדרים המאומצים בתזכירי החוק נובעים מהאינטרס לשמור על בריאות הציבור, לרבות ציבור העצורים והאסירים, לנוכח הסכנה הנשקפת מנגיף הקורונה, הגורפות של ההסדרים האמורים מלמדת כי התכלית הינה בעיקר חיסכון במשאבים הנדרשים על מנת למגן את העצורים והאסירים לצורך נידום לערכאות והגשמת זכות הנוכחות בהליכים המתקיימים בעניינם, זאת במיוחד כאשר מצב התפשטות הנגיף אינו מונע את קיום ההליך בהשתתפותם של יתר הנוגעים בדבר.

21. **ההסדרים אינם לתכלית ראויה:** חוק ייחשב כמקדם תכלית ראויה "אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל [...]. המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. 'ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה' [...]. יש אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד" (בג"ץ 12/7146 אדם נ' הכנסת, פסקה 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (טרם פורסם, 16.9.2013). קביעה זו אוששה אף בפסק דינו של השופט פוגלמן בבג"ץ 13/7385 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 22.9.2014). עוד ראו לעניין זה אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 300-305 (2010)).

22. כמו כן, וכפי שכבר נקבע על ידי כבוד השופט י' עמית בבג"ץ 2293/17 **גריסגהר נ' כנסת** (פורסם בנבו, 23.4.2020), השלבים של הניתוח החוקתי מקרינים זה על זה, כך "שקיימת זיקה בין הדרישה ליתכלית ראווה לבין דרישת המידתיות" (שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט עמית). נוסף על כך, הגם שהתכלית המוצהרת של ההסדרים בתזכירים מושא פנייה זו יכולה להיחשב כראווה, הרי שמתוך "האמצעי הבלתי מידתי שנקט בו המחוקק ניתן לעיתים לזהות את התכלית הבלתי ראווה" (שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט עמית). בענייננו, התכלית הבלתי ראווה נלמדת מהאמצעים הגורפים והבלתי מידתיים שאומצו בתזכירים – להדיר את רגלי העצורים והאסירים מדיונים משפטיים המתנהלים בעניינם ולהסתפק בהשתתפותם כצופים מרחוק. אמצעים גורפים אלה מלמדים כי התכלית האמיתית שביסוד ההסדרים המוצעים היא חיסכון בעלות הנדרשת על ידי מיגונם של האסירים והעצורים וזאת על מנת להבטיח את מימוש זכויותיהם בדבר נוכחותם בדיונים המשפטיים המתנהלים בעניינם.

23. **ההסדרים אינם מידתיים:** גם אם נניח שענייננו בהסדרים שנועדו להגשים תכלית ראווה, הרי שהאמצעים הגורפים, לפיהם מוחרגים כלל האסירים והעצורים בתקופה הראשונה, ממיימוש זכותם להיות נוכחים בהליכים המתקיימים בעניינם, אינם עומדים בדרישת המידתיות, וזאת בעיקר לגבי מבחני המשנה השני – האמצעי שפגיעתו פחותה – והשלישי – המידתיות במובן הצר.

24. האיסור הגורף על נוכחות העצורים והאסירים בהליכים המתנהלים בעניינם פוגע אנושות בזכויות חוקתיות והגשמת התכלית של שמירה על בריאותם ועל בריאות הציבור יכולה להיעשות תוך מזעור הפגיעה בזכויות אלה על ידי אימוץ אמצעי מיגון וריחוק חברתי מתאימים בעת שינועם אל בתי המשפט.

25. בהקשר זה ייטען כי ככל שהתפשטות הנגיף אכן מעלה חששות מסוימים ביחס לניודם של עצורים ואסירים אל בתי המשפט, הרי שאלה ניתנים לפתרון בהשקעה תקציבית מתאימה של הגורמים השלטוניים במעורבים בדבר. אכן, בפראפראזה על דברי בית המשפט בבג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות"**, פ"ד נ(1) 19 (1996), "חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש" (שם, בעמ' 27). בית המשפט קבע בעבר במספר פרשות, כי שיקולים תקציביים אינם יכולים להיות מכריעים מקום שעל כף המאזניים ניצבות פגיעות חמורות בזכויות האדם. כלל זה מצא את ביטויו בדבריו של השופט (כתוארו אז) מצא :

"... על כל פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד - וכזה הוא המקרה שלפנינו - משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן: 'הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית' (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528). " (בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 113, 94 (1995); ראו גם דברי השופט דורנר בעמוד 144 לפסק הדין).

26. כמו כן, הנזק הטמון בקיום הדיון שלא בנוכחות האסיר או העצור, גם בהינתן החלופה של השתתפות מרחוק, עולה על התועלת השולית המופקת מקיום הדיון בהיעדרם, וזאת במיוחד בהשוואה לתועלת שניתן להפיק מהשקעה באמצעי המיגון הנדרשים לשם הגשמת אותה התכלית.

27. המסקנה העולה מדברים אלה היא כי הפגיעה בזכויות עצורים ואסירים בתזכירי החוק מושא פנייה זו אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, ולכן הינה בלתי חוקתית.

אשר על כן, ולנוכח האמור לעיל, הנכם מתבקשים להימנע מקידום תזכירי החוק בכל הנוגע להיבטים הייחודיים הנוגעים לעצורים ולאסירים, ולפעול להגשמת התכלית של שמירה על בריאותם תוך אימוץ אמצעי מיגון הולמים.

בכבוד רב,

חסן ג'בארין,
עו"ד

פאדי ח'ורי
עו"ד