

בעניין:

פלוגי

ע"י עוה"ד רשאד זועבי ועוה"ד דוד הלוי
מהסנגוריה הציבורית – מחוז ירושלים
רח' בן יהודה 34, ירושלים
טל': 02-5696190 ; פקס: 02-6467454
EMAIL: RASHADZ@JUSTICE.GOV.IL

(העורר)

- נגד -

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה

(המשיבה)

ערר דחוף ביותר

מוגש בזאת ערר דחוף כנגד החלטתו של בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת בן-עמי) בב"ש 10116/07 אשר הותירה על כן שתי החלטות שניתנו ביום 17/10/2007, בעניינו של העורר בבית משפט השלום בירושלים. האחת, החלטתו של כבוד השופט רם וינוגרד בב"ש 8028/07, לקבל את בקשת המשיבה ולקיים את הדיון ללא נוכחות העורר; והשניה, החלטתו של כבוד השופט דב פולוק ב-מ 11393/07, להאריך את מעצרו של העורר ב-8 ימים, עד ליום 24/10/2007.

כמו כן, הערר מכוון אף כנגד החלטתו של בית המשפט המחוזי לקיים את הדיון בערר ללא נוכחותו של העורר.

במסגרת ערר זה יתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון בנוכחותו של העורר ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים, לקבל את הערר, להורות על ביטולו של סעיף 15(1) ו-2 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ה-2006 (להלן: "החוק"), ולבטל את החלטותיהם של בית המשפט המחוזי ובית משפט השלום בהתאמה בנוגע לנוכחותו של העורר בדיון על הארכת מעצרו וכן להורות על קיצור תקופת המעצר למינימום ההכרחי.

← ההחלטה בב"ש 8028/07 וב-מ 11393/07 של בית המשפט השלום מצ"ב ומסומנות א' וב' בהתאמה.

← הודעת הערר, פרוטוקול הדיון וההחלטה בב"ש 10116/07 של בית המשפט המחוזי מצ"ב ומסומנים בהתאמה ב1, ב2 ו-ב3

כללי

ערר זה מעורר מעורר מס' שאלות עקרוניות הנוגעות לשאלת חוקיותו, ולחילופין, שאלת פרשנותם ואופן יישומם של סעי' 5 (1) ו-(2) לחוק.

1. במסגרת ערר זה יבקש העורר מבית המשפט הנכבד לקבוע כי סעיפים 5(1) ו(2) לחוק פוגעים בזכותו החוקתית להיות נוכח בדיוני בית המשפט, בזכותו להליך הוגן, בזכות לכבוד ובזכות לחירות. העורר יטען כי בהתחשב בכרסום הקיים ממילא בזכויותיו של עצור בעבירת ביטחון על פי המטריה החקיקתית הקיימת ובפרט היותו מנוע מפגש עם עורך דין, פגיעה זו אינה מידתית ואינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל כן דינם של הסעיפים להתבטל.

2. העורר יוסיף ויטען בהקשר זה כי לא זו בלבד שהסעי' הנ"ל אינם עומדים בפסקת ההגבלה של חוק היסוד הם אף מנוגדים להתחייבויותיה של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי ההומינטרי. נימוק זה אף הוא מתזק את המסקנה כי דינם של הסעי' הנ"ל להתבטל.

3. לחלופין, יבקש העורר מבית המשפט הנכבד לקבוע כי פרשנות החוק שהופעלה בעניינו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק היסוד ועם התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל. העורר יטען כי יש לפרש את הוראות החוק באופן המצמצם ביותר את הפגיעה המשמעותית בזכויותיו ועל כן בעניינו לא היה מקום להפעיל את סמכותו של בית משפט קמא על פי סעיף זה להורות על קיום דיון בהיעדרו של העורר.

4. לסיום יטען העורר כי לא היה מקום להאריך את מעצרו ב-8 ימים נוספים, בייחוד לאור העובדה כי הוא עצור כבר 13 ימים בהם היה מנוע מלפגוש את עורך דינו וכן הוא מנוע מלפגוש את עורך דינו עד ליום 21/10/07. בנסיבות אלו, בהן אין לעורר אל מי להפנות את טיעוניו, למעט בית המשפט, ובפרט בהיותו מנוע מפגש היה על

בית המשפט להפעיל ביקורת צמודה יותר על חקירתו של העורר ולהאריך את מעצרו לתקופה קצרה ככל שניתן.

רקע עובדתי

5. ביום 5/10/07 סמוך לשעה 19:20 נעצר העורר בחשד לחברות בהתאגדות בלתי חוקית על פי תקנה 85(א) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.

6. סמוך לאחר מעצר העורר וביום 6/10/07, ניתנה החלטה על ידי הממונה כהגדרתו בסעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי סמכויות אכיפה – מעצרים (להלן: "חוק המעצרים"), ולפיה תימנע פגישה בין העורר לבין עורך דין למשך 3 ימים ועד ליום 8/10/07 בשעה 23:59.

← ההודעה על מניעת מפגש מצ"ב ומסומנת ג'.

7. ביום 7/10/07 הובא העורר להארכת מעצר ראשונה, בבית משפט השלום בירושלים, ומעצרו הוארך עד ליום 17/10/07 בשעה 13:00.

← העתק מבקשת המעצר וההחלטה בה מצ"ב ומסומנות ד' וה'.

8. ביום 8/10/07 הגיש העורר ערר על החלטת בית המשפט קמא להאריך את מעצרו באחד עשר ימים.

← העתק הודעת הערר מצ"ב ומסומן ו.

9. המשיבה הגישה בקשה לקיים את הדיון הנ"ל שלא בנוכחות העורר והבקשה נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי. על החלטה זו הגישה המשיבה ערר, בבית המשפט העליון והערר נתקבל.

← בקשת המשיבה, החלטת בית המשפט המחוזי בבקשה, הודעת ערר שהגישה המדינה וההחלטה בה, מצ"ב ומסומנות כנספחים ז', ח', ט' וי' בהתאמה.

10. ביום 11/10/07 התקיים דיון בערר העורר על ההחלטה להאריך את מעצרו באחד עשר ימים ועררו נדחה.

← העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן י"א.

11. ביום 11/10/07 התקיים דיון בערר המבקש על הארכת מניעת המפגש בינו לבין עורך דין, והערר נדחה.

← העתק מהודעת הערר ומהחלטה בה מצ"ב ומסומנות י"ב וי"ג.

12. ביום 15/10/07 התקיים דיון בבקשת המשיבה להאריך את מניעת המפגש של העורר עם עו"ד לתקופה נוספת של 6 ימים והבקשה נתקבלה.

← העתק מהבקשה ומהחלטת בית המשפט המחוזי מצ"ב ומסומנים כנספחים י"ד וט"ו.

13. ביום 16/10/07 הגישה המבקשת, בקשה לקיים את הדיון בהארכת מעצרו של העורר ביום 17/10/07 שלא בנוכחותו, בהתאם לסעיף 15(1) לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), תשס"ו – 2006 (להלן: "החוק"). בית המשפט קמא קיים דיון בבקשה מבלי שהעורר יהיה מיוצג, וממילא שלא בנוכחותו, והחליט לקבל את הבקשה.

← הבקשה והחלטת בית משפט השלום מצ"ב ומסומנות טז'.

14. על ההחלטה לקיים את הדיון בבקשה הנ"ל מבלי שהעורר יהיה מיוצג וההחלטה לקבל את הבקשה, הוגש ערר לבית המשפט המחוזי שנידון אתמול, 16/10/07. כבוד השופטת חנה בן עמי קבעה הבקשה לדיון שלא בנוכחות העורר תוחזר לבית משפט השלום לדיון בנוכחות ב"כ העורר.

← הודעת הערר והחלטת בית המשפט המחוזי מצ"ב ומסומנות יז' ויח'.

15. ביום 17/10/07, התקיימו שני דיונים בעניינו של העורר. האחד, בפני כבוד השופט רם וינוגרד בב"ש 8028/07 בשאלה נוכחותו של העורר בדיון על פי סעיף 15(1) לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), תשס"ו – 2006 (להלן: "החוק"). כבוד השופט וינוגרד החליט שהדיון בהארכת המעצר יתנהל שלא בנוכחות העצור (ראה נספח א').

16. והשני, בפני כבוד השופט דב פולוק במ' 11393/07, בבקשת הארכת מעצרו של העורר. כבוד השופט פולוק קיבל את בקשת המשיבה במלואה והאריך את מעצרו של העורר ב-8 ימים נוספים, עד ליום 24/10/07 בשעה 12:00 (ראה נספח ב').

17. על החלטות אלו הוגש ערר לבית המשפט המחוזי (נספח ב2 ו-ב3). בהחלטתו, שלא בנוכחות העורר, דחה בית המשפט המחוזי את הערר על שני חלקיו תוך שהוא מסתמך על דוחות (ולא על המידע הגולמי) שהוצגו לו על ידי רשויות החקירה.

נימוקי הערר

סעיפים 15(1) ו-2) לחוק פוגעים בזכותו החוקתית של העורר להיות נוכח בדיוני בית המשפט, בזכותו להליך הוגן, בזכות לכבוד ובזכות לחירות. העורר יטען כי בשים לב לכרסום הממשי הקיים ממילא בזכויותיו של עצור בעבירת ביטחון על פי המטריה החקיקתית הקיימת, פגיעה זו אינה מידתית ואינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל כן דינו של הסעיף להתבטל.

זכותו של העורר להיות נוכח במשפטו – זכות חוקתית

18. סעי' 126 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב 1982, קובע כי :

"באין הוראה בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו".

19. הזכות להיות נוכח בדיונים משפטיים הוכרה בפסיקה כבר בע"פ 152/51 טריפוס

ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 17, 23):

"לכל בעל דין הזכות להיות נוכח (ביחד עם יועציו המשפטיים, אם ישנם כאלה) בכל מהלך הדיון, ובייחוד חייב השופט לקיים זכות זו בידי הנאשם, אשר נוכחותו במשפט הפלילי היא – לבד מבנסיבות יוצאות מגדר הרגיל – הכרחית" (שם, בעמ' 23).

20. בהמשך נקבע כי זכות זו הינה זכות יסוד במשפט הישראלי ואף זכות חוקתית.

עמדו על כך כבוד השופטת דורנר וכבוד הנשיא (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 7357/95

ברקי פטה המפריס בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769 :

"זוהי זכות יסוד, המבטיחה כי נאשם לא יישפט "מאחורי גבו" וכי תינתן לו ההזדמנות להתמודד עם ראיות התביעה ולפרוס את הגנתו" (שם, בעמ' 775).

ובהמשך :

"נקודת המוצא שלי היא כי נוכחות נאשם במשפטו היא 'זכות חוקתית'" (שם, בעמ' 780).

21. זכותו של העורר לנוכחות בדיון נגזרת גם מזכותו לכבוד ולהליך הוגן, עמדה על כך כבוד השופטת (כתוארה אז) בייניש בע"פ 5121/98 טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4/5/2006), בפס' 66 :

"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 ע"י עורך-דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי ע"י ערכאה בלתי תלויה וניטרלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות..." (ההדגשות הוספו).

22. אף לעצור כמו לנאשם קיימת זכות דומה המעוגנת בסעי' 16(2) ו- 57 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו 1996 :

"16(2) - הדיון יתקיים בנוכחות החשוד..."

"57 – דיון לפי סעי' 43, 52, 53, ו- 58, יהיה בפני המשוחר בערובה או סניגורו, בפני עצור, ובפני תובע..."

23. הפסיקה הכירה בחשיבותה של זכות הנוכחות גם לגבי עצורים. בעניין זה קבעה כבוד השופטת חיות, בבש"פ 4586/06 ניסים חלידו נ' מדינת ישראל (22/08/2006) כי :

"ההוראה בדבר חובת עריכת דיון המעמד הצדדים, הקבועה בסעיף 57 לחוק המעצרים, מבטאת עיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית לפיו זכאי נאשם וכמוהו חשוד, להליך הוגן שיאפשר לו, בכפוף לסייגים הקבועים בחוק, להשמיע את דברו ולהתגונן כראוי נגד הטענות המועלות נגדו. הוראות דומות המיועדות להגשים את אותו העיקרון נקבעו בסדר הדין הפלילי לגבי הליכים שונים נוספים. סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי קובע הוראת בסיס לפיה 'באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו'... הוראה דומה נוספת נקבעה בסעיף 16(2) לחוק המעצרים המורה לעניין בקשה להארכת מעצרו של חשוד או נאשם, כי על הדיון להיערך 'בפני החשוד', אלא אם כן נוכח בית המשפט, על יסוד חוות דעת של רופא, שהחשוד אינו מסוגל

להשתתף בדיון מפאת מצב בריאותו, ובמקרה כזה יש לקיים את הדיון בנוכחות סניגורו" (שם, בפסקה 7).

24. הוראת סעיף 5 לחוק מסייגת את הוראותיהם של סעיפים 16(2) ו-57 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) תשנ"ו-1996. וקובעת כהאי לישנא:

5. 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 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.

25. בית המשפט העליון, בבש"פ 8473/07 מדינת ישראל נגד פלוני (כבוד השופט פוגלמן), ערך דיון בשאלת הפעלת החוק בעניינו של העורר (ובמקרים דומים) וקבע כי החוק פוגע פגיעה קשה בזכויותיו של העורר, אולם לא ערך דיון בשאלת חוקתיותו של סעיף 5 לחוק על אף שהתבקש לעשות זאת:

"דיון ללא נוכחות העצור אינו דיון במעמד צד אחד, בכך 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 (ואין אני נדרש בגדרי החלטה זו לטענה כי חוק הוראת שעה אינו חוקתי, שכן טענה זו לא הועלתה בערכאה הדיונית והועלתה לראשונה בדיון בערר, מבלי שהוצגה תשתית ראויה, ומבלי שניתנה למדינה האפשרות להתייחס אליה). נוכח פגיעה זו בזכויות העצור, שומה על רשויות המדינה, כמו גם על בית המשפט, לוודא כי הפגיעה הנגרמת לעצור אינה עולה על הנדרש" (שם, בעמ' 5) (ההפניות הוסרו, ההדגשות הוספו).

26. כבוד השופט פוגלמן התייחס גם להבדל שבין סעיף 15(1) לחוק וסעיף 5(2) לחוק לאור הטרימינולוגיה השונה בה השתמש המחוקק בכל אחד מתתי הסעיף. כבוד השופט פוגלמן קבע כי על מנת לקיים דיון ללא נוכחות העורר לפי סעיף 15(1) (כפי שנעשה בעניינו) נדרשים תנאים מחמירים יותר מאשר לפי סעיף 5(2). על בית המשפט להיות משוכנע "כי הפסקת החקירה עלולה לגרור תוצאה של מניעת סיכול עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם" (שם, בעמ' 6).

27. בהמשך, לאור החלטה זו ולאחר שהטענה בדבר חוקיותו של סעיף 15(1) הועלתה בשנית במלוא עוזה, ערך בית משפט השלום בב"ש 8028/07 דיון בשאלת חוקתיותו של הסעיף. כבוד השופט וינוגרד לאחר שבדק את המבחן המשולש

לעניין המידתיות קבע כי תכליתו של הסעי' ראויה וכן נקבע כי "הפגיעה היא אכן מידתית ונועדה אך ורק לאותם מקרים בהם קיים חשש של ממש כי דחיית הבקשה תביא לתוצאה שאחריתה מי ישורנו".

28. לגופו של עניין, קבע בית משפט קמא כי בענייננו, ולאור הדו"ח הסודי שהוצג, מדובר באותו סוג של מקרים בהם נשקפת "סכנה ברורה ומיידית", ועל כן קבע כי הדיון ייערך שלא בנוכחות העורר.

29. בית המשפט המחוזי, ללא נוכחות העורר סמך ידו על החלטת בית המשפט השלום ודחה את עררו של העורר על שני מרכיביו.

סעיפי החוק אינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד כבוד

האדם וחירותו

30. פסקת ההגבלה של חוק יסוד כב' האדם וחירותו מבוססת על שני מרכיבים מרכזיים. המרכיב הראשון הוא מרכיב המטרה. נקבע בפסקת ההגבלה כי חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית חייב להיות "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה". המרכיב השני הוא מרכיב האמצעים. נקבע כי האמצעים בהם נוקט החוק להגשמת המטרה צריכים לפגוע בזכויות האדם החוקתיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". בין שני מרכיבים אלה קיים קשר הדוק. האמצעים נועדו להגשים את המטרה.

31. לעניין המידתיות נקבע בפסיקה כי "בצד התכלית הראויה מונחים האמצעים המידתיים. לא די בכך שתכליתו של החוק ראויה היא. על האמצעים הננקטים להגשמתה להיות ראויים. אמצעי הוא ראוי אם הוא מידתי. ביסוד המידתיות מונחת התפיסה כי "המטרה אינה מקדשת את האמצעים" (השופט ת' אור בפרשת אורון, עמ' 465; ראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון, פסקה 47 לפסק דיני). בפסיקה עקבית ועניפה קבע בית משפט זה כי המידתיות מתבטאת בשלושה מבחני משנה (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 346 (2004)). הפעלתם של מבחני המשנה מושפעת ממהותה של הזכות המופרת, מעוצמת הפגיעה בה ומחשיבותם של הערכים והאינטרסים שהפגיעה נועדה להגשים. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה. נדרש כי האמצעי שהחוק נקט בו מתאים להגשמתה של המטרה שהחוק מבקש להגשימה. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה או מבחן הצורך. נדרש כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות

החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה. "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" (פרשת מנהלי ההשקעות, עמ' 385; רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 405; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840; להלן - פרשת בית סוריק). מבחן המשנה השלישי הוא מבחן התוצאה המידתית, או מבחן המידתיות במובן הצר. נדרש כי יתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות החוקתית (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 850; פרשת אלפי מנשה, פסקה 116 לפסק הדין). זהו מבחן ערכי (ראו פסק דינו של השופט מ' חשין בפרשת עדאלה, פסקה 107 לפסק הדין). הוא מתמקד בתוצאתה של החקיקה, ובאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. זהו עקרון של איזון (ראה בג"צ 8276/05 - עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון . תק-על 2006(4), 3675, עמ' 3689).

32. **העורר יטען כי בית משפט קמא שגה כאשר קבע כי הוראות החוק עומדות במבחני פסקת ההגבלה של חוק היסוד ובמבחן המשולש לעניין מידתיותם של הסעי'. אף אם נניח כי תכליתם של הסעי' תכלית ראויה היא (סיכול וחקירת עבירות ביטחון) ונקבעה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית עדיין עולה השאלה האם הסעי' הנ"ל עומד במבחנים שנקבעו לעניין המידתיות.**

מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה

33. על פי מבחן המשנה הראשון נדרש כי האמצעי שהחוק נקט בו מתאים להגשמת מטרת החוק. הדיון בערר זה עוסק בזכויות המרכזיות ביותר שיש לעצור בכלל ועצור ביטחון בפרט. כאשר בוחנים את שאלת חוקתיותם של הסעי' צריך לזכור כי הפגיעה בזכות הנוכחות תתקיים בכל מקרה במצב שבו העצור הוא כבר ממילא מנוע מפגש עם עורך דין.

34. העורר יטען כי די בעובדת היותו של העצור מנוע מפגש עם עורך דין כדי להגשים את התכלית שלשמה חוקק סעי' 5 (חקירה יעילה ואפקטיבית). העדר נוכחותו של העצור בבית המשפט אינו מוסיף ואינו מגשים תכלית זו ויש בו כדי להפר באופן בוטה את האיזון העדין שהתקיים עד כה ולפיו בית המשפט שימש כגורם המפקח על החקירה ועל אופן פעולתם של גורמי החקירה.

35. העורר יטען כי היכולת של גורמי מערכת אכיפת החוק לסכל פעילות טרור קודם לחקיקת הסעי' הנ"ל מצביעה על כך שהמערכת החקיקתית שהייתה קיימת ערב חקיקתו של החוק הגשימה ממילא בצורה אפקטיבית את המטרות שלשמו חוקק החוק הנדון.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה או מבחן הצורך

36. העורר יוסיף ויטען כי אף אם נניח שהעדר נוכחות של העצור בדיון יש בה כדי להגשים את המטרות שלשמו חוקקו הסעי' עדיין מדובר באמצעי חקיקתי דרסטי ודרקוני שהפגיעה בו עולה על הנדרש. כאמור, בד"כ אמצעי זה יופעל כאשר העצור הוא ממילא מנוע מפגש עם סניגור. עד לחקיקתם של סעי' אלה עצור ביטחון היה מובא לבית המשפט שהיה יכול לשוחח עמו ביחידות ולעמוד מקרוב על אופן פעולתם של רשויות החקירה. האיזון הנ"ל הופר בעקבות חקיקתם של הסעי' והלכה למעשה הסעי' הנ"ל מאפשרים לגורמי האכיפה לעשות ככל העולה על רוחם בשלבים הקריטיים של החקירה ללא כל פיקוח על אופן פעולתם של גורמי החקירה. החשש המרכזי בסיטואציה כזו הוא החשש מפני עינויים שיינקטו במהלך החקירה.

37. העורר יוסיף ויטען כי ניתן למצוא הסדר חקיקתי שיאפשר פגיעה פחותה בזכותו של העצור לנוכחות וביכולת לקיים פיקוח כלשהוא על גורמי אכיפת החוק (בפרט כאשר לעצור אין יכולת להיוועץ בעורך דין). כך למשל, ניתן היה לקבוע אמצעי חקיקתי שיאפשר את הארכת מעצרו של העורר במתקן החקירה מבלי צורך לנייד אותו ובאופן שעדיין תישמר זכותו להיות נוכח בדיון המתקיים בעניינו, להשמיע את טענותיו ולקיים בקרה ופיקוח הדוק על החקירה (השופט ישהה במתקן). כך למשל, ניתן היה לקבוע הסדר שלפיו ימונו שופטים בדימוס או גורם מלווה אחר או כל מנגנון אחר שתפקידו יהיה לפקח מקרוב על חקירות מסוג זה.

38. העורר יטען כי, במקביל, בשאלת ההיוועצות ניתן היה לקבוע הסדר שיאפשר ייצוג ע"י עורכי דין בעלי סיווג מיוחד באופן שגם זכות ההיוועצות תושג וכך השילוב החקיקתי יהיה מידתי יותר.

39. העורר יטען כי תחת קביעת אמצעי חקיקתי מידתי, מתון ומאוזן שיאפשר מחד הגשמת מטרות החוק ומאידך יפגע בצורה מידתית יותר בזכויותיו של העורר ויאפשר ביקורת ופיקוח על גורמי החקירה (שניתן היה למצוא), בחר המחוקק לעשות שימוש באמצעי חקיקתי דרסטי וקיצוני המאפשר שלא להביא עצור לבית המשפט. זאת ועוד, הסעי' קובעים כי הגורם המאשר זאת הוא הגורם החקירתי

עצמו, שהוא גורם בעל עניין ותמריץ שלא להביא את העצור לבית המשפט (מתוך השקפה כי הדבר יאפשר לו לבצע חקירה אפקטיבית המתקיימת ברצף).

40. לסיכום, העורר יטען כי קיים אמצעי חקיקתי שפגיעתו, בעצור החשוד בעבירת ביטחון, פחותה כגון קביעה כי שופט או גורם מלווה אחר יפקח באופן הדוק על החקירה. כמו כן, ניתן היה לאמץ נוסחת איזון יותר מצמצמת בנוגע לאפשרות הפעלת הסעי' כך שאישורים מן הסוג הנדון לאי הבאתו של העצור יינתנו אך ורק על ידי היועץ המשפטי לממשלה וכנ"ל לגבי התקופה שבה מדובר (ראו למשל סעי' 35 (ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים) התשנ"ו 1996 והמדרג שנקבע לעניין הפגיעה בזכות ההיוועצות).

מבחן התוצאה המידתית, או מבחן המידתיות במובן הצר

41. כאמור, מבחן המשנה השלישי דורש כי יתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות החוקתית. זהו מבחן ערכי המתמקד בתוצאתה של החקיקה, ובאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. העורר יטען כי מבחן זה לא מתקיים ביחס לסעי' הנ"ל וכי הנזק הצפוי מסעי' חוק דרקוני זה גובר על התועלת שבו. העורר יטען כי בעוד שהתועלת ו/או הערך המוסף הצומח מקיומם של הסעי' מוטל בספק (שכן הסעי' ממילא יופעל בשעה שהעצור הנו מנוע מפגש דבר המגשים את תכלית החוק) הרי שהנזק שהסעי' הנ"ל עלולים לגרום הוא נזק חמור ביותר ובלתי מידתי הן לעצור החשוד בעבירת ביטחון והן לערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל.

42. **העורר יטען כי קיומו של הסעי' הנ"ל ושימוש בו מגדיל באופן ניכר את הסיכוי ליצירת הודאות שווא מצד נחקרים החשודים בביצוע עבירות ביטחון. כאמור עצור בכלל ועצור החשוד בעבירות ביטחון בפרט נתונים ללחץ חקירתי אינטנסיבי ומתמשך בשעה שהם נתונים בחקירה מול אנשי מרות. הדעה המקובלת היא כי זכות הייצוג וההיוועצות בעורך-דין מסייעת לשמירה על זכויותיהם של נחקרים, להבטחת הגינותם של הליכי החקירה ולמניעת ניצול לרעה של פערי הכוחות המובנים בין העצור לאנשי המרות החוקרים אותו (ע"פ 5121/98 - טורי' (מיל') רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח' . תק-על-2006(2), 1093, עמ' 1102).**

43. בעניינו של עצור החשוד בעבירת ביטחון זכות ההיוועצות ממילא מוגבלת שלא לומר אינה קיימת. משכך החשש ליצירת הודאות שווא הוא ממילא גבוה ביותר. עד לחקיקתו של סעי' הנ"ל התקיים איזון עדין ביותר (הגם שאינו מספק ואינו נותן מענה אמיתי לחשש) במסגרתו עצור החשוד בעבירת ביטחון היה מובא בפני שופט

המעצרים ביחידות. הבאתו של העצור בפני השופט הטילה אחריות כבדה לפתחו של בית המשפט ואפשרה לקיים סוג של פיקוח על אופן התנהלות החקירה ועל אופן פעולתם של רשויות החקירה. העורר יטען כי האמצעי החקיקתי הקבוע בסעי' 5(1) ו-2) פגע באופן דרמטי באיזון העדין שהיה קיים עד כה והלכה למעשה הוביל לכך שחקירתו של עצור בעבירת ביטחון אינה נתונה כלל לפיקוח של בית המשפט. במצב דברים זה הפוטנציאל המסוכן ליצירת הודעת שווא גדל בצורה ניכרת. זאת ועוד, בהתחשב בכך שמדובר בעקרון בחקירה סיכולית ובאופן ביצועה החשש ליצירת הודעות שווא גבוה יותר. העורר יטען כי המחיר הנ"ל, שעלול לצמוח מקיומו של החוק אינו שווה את התועלת המועטה שיכולה לצמוח מקיומו.

44. העורר יוסיף ויטען כי נזק נוסף וקשה הנובע מקיומו של אמצעי חקיקתי זה נוגע למעמדו של בית המשפט ככל שמדובר בעצורים בעבירות ביטחון. כאמור, דווקא בשל הכרסום הניכר שיש בזכויותיו של עצור ביטחון, האחריות הרובצת לפתחו של בית המשפט היא רבה. העורר יטען, כי הסע' הנ"ל גורם לכך שבית המשפט משנה את מעמדו מגורם נייטרלי, אובייקטיבי שתפקידו הנו לפקח על החקירה ולוודא כי לא ננקטים אמצעים פסולים כלפי החשוד (וכי הוא מודע לזכויותיו) למצב שבו בית המשפט הלכה למעשה נדרש לסייע לחקירה ולאפשר ביצועה בנוחות מירבית ע"י הקביעה כי העצור לא יובא לדין בבית המשפט (רצף חקירתי). העורר יוסיף ויטען, כי הסע' הנ"ל גורם לכך שבית המשפט נעדר כל יכולת לבצע פיקוח אפקטיבי על החקירה ואופן התנהלותה שכן הוא אינו רואה את העצור ואינו יכול לקבל כל דיווח מצדו של הנחקר ומאידך בית המשפט נדרש לתת גושפנקא לשימוש במעצר ככלי לחץ חקירתי.

סע' 5(1) ו-2) לחוק מנוגדים להתחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל

45. העורר יוסיף ויטען, כי הסע' הנ"ל לא רק שאינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה כמבואר לעיל אלא שהסע' הנ"ל אף מנוגדים להתחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל על פי המשפט ההומינטרי הבינלאומי. לדעת העורר, טעם זה אף הוא מחזק את הטענות המובאות לעיל ותומך במסקנה כי הסע' הנ"ל אינם מידתיים ואינם חוקתיים וכי יש להורות על ביטולם.

46. בעניין זה יפנה העורר לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (להלן: "האמנה") אשר נעשתה בניו יורק ביום 16 לדצמבר 1966 ונכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3 בינואר, 1992.

47. להלן הסעי' הרלוונטים לענייננו :

סעי' 9 לאמנה קובע כי: "(1) לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי. לא יהא אדם נתון במעצר או במאסר שרירותיים. לא תישלל חירותו".

48. סעי' 14 (3) ד לאמנה הקובע ערבויות מינימום במשפט הפלילי: "יהא נדון בנוכחותו ומתגונן בעצמו, או בעזרת סניגור שהוא עצמו בחר בו...".

49. נדגיש בענייננו גם את סעי' 2(1) לאמנה על פיו כל מדינה שהיא צד לאמנה מתחייבת "לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומה והכפופים לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא אפליה מכל סוג שהוא כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש או כל מעמד אחר".

50. אמנם סעי' 4 לאמנה מאפשר למדינות שהן צד לאמנה לגרוע מהתחייבויותיהן על האמנה אך עדיין הדבר צריך להתקיים במצבים קיצוניים שבהם קיימת שעת חירום כללית "המאיימת על חיי האומה" וגם אז "במידה הנדרשת במדוקדק מאת חומרתה".

51. העורר יטען כי תנאים קיצוניים אלו אינם מתקיימים במקרה הנדון. מכל מקום, העובדה שמדינת ישראל הצליחה לסכל פעילות טרור גם ללא הסעי' הנ"ל מלמדת כי תועלתו של הסעי' נמוכה (לא הוכח אחרת) וכי ניתן היה לקיים פעילות זו גם ללא שימוש באמצעי דרקוני זה.

52. לסיכום, העורר יטען כי סעי' החוק הנ"ל אינם עומדים בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל ובהצטרף טעם זה לשאר הנימוקים שהועלו מצדיק הדבר את ביטולם של הסעי' תוך קביעה כי אינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

סעיפי החוק מפורשים ומיושמים בצורה אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

53. לחלופין, למען הזהירות, במידה ובית המשפט יקבע כי הסעי' הנ"ל עומדים במבחן המידתיות יבקש העורר לפרשם בצורה מצמצמת ביותר וליישמם בצורה

**דווקנית שפגיעתה בחירותו של עצור החשוד בעבירות ביטחון ובזכויותיו
הדיוניות הנה פחותה.**

54. לגופו של עניין יטען העורר כי הסעי' הנ"ל יושמו בעניינו שלא כהלכה. ראשית העורר יטען כי בית המשפט סמך ידו על דוחות סודיים בלבד ולא על חומר גולמי (ולו חומר גולמי חלקי) המשמש בסיס לכתיבת דוחות אלו. העורר יטען כי דווקא בשעה שהפגיעה בזכויותיו היא חמורה וקשה מנשוא מוטלת על בית המשפט אחריות כבדה ביותר. משכך, אסור היה לבית המשפט להסתפק אך ורק בדוחות סודיים והיה עליו לקבל לעיונו את החומר הגולמי המשמש בסיס לדוחות אלו. בעניין זה יפנה העורר לבש"פ 8920/06 מג'די טעימה נ' מדינת ישראל תק-על-2006(4), עמ' 1497, שם קבע כב' השופט רובנישטיין כי "כשם שאין מקום לחייב הבאתו של כל החומר הגולמי כולו בכל תיק לבית המשפט, כך אין מקום להימנעות מהבאת פריטים עיקריים ומשמעותיים מתוכו, המהווים עיקר החשד, ככל שהדבר ניתן. מלבד הדברים הנכוחים, בכל הכבוד, שכתב השופט ואגו באשר לזכרונות דברים בענין אמרות החשוד או הודעה "פורמלית" שלו, המקובלים עתה על המדינה כחלק מן החומר המובא, הנה ככל שיש בידי הרשות חומרים חסויים בעלי משמעות בולטת ומשקל רב בגיבושה של תמונת החשד, עליה להביא מראש לעיון בית המשפט. כמובן, בידי השופט לפנות ולבקש השלמות, ואלה ייענו".

55. העורר יוסיף ויטען כי דרישה זו מתחזקת לנוכח השימוש לרעה שעושות רשויות החקירה בדוחות ע"י הצגת הדברים בצורה מופרזת לעומת התשתית הראייתית האמיתית. לתמוכין ראה ב"ש (מחוזי י-ם) 9947/07 פלוגי נ' שירות הביטחון הכללי ואח'.

← ההחלטה בב"ש 9947/07 מצ"ב ומסומנת כ'

56. העורר יוסיף ויטען כי יש צורך להבחין הבחנה חדה בין ההצדקה שיש למעצרו לבין שאלת נוכחותו בדיון. אף אם נניח לצורך הדיון כי קיים חומר ראיות המצדיק את מעצרו עדיין נשאלת השאלה כיצד הבאתו לדיון עלולה לגרום לפגיעה בחקירה בפרט בשעה שהעורר נתון בחקירה כבר למעלה משבועיים ימים (הצעת החוק דיברה בעיקר על הצורך ברצף חקירתי בתחילת החקירה). העורר יטען כי חומרת החשד אינה יכולה להיות נימוק המצדיק את אי הבאתו בשלב זה של הדיון (גם ההתייחסות לחומרת החשד בהצעת החוק כנימוק המצדיק אי הבאתו של העצור לדיון היא בעייתית) ובמקרה דנו, אין כל ראייה המצביעה על כך כי הבאתו לדיון תוביל לסיכול החקירה ולפגיעה בחיי אדם.

הארכת מעצרו של העורר ב-8 ימים

57. העורר נמצא במעצר כבר 16 ימים. מאז נכח בדיון הראשון בהארכת מעצרו הוא נמצא בחקירה רצופה כבר 14 ימים. בכל תקופת זמן זו לא התאפשר לעורר לפגוש את עורך דינו ומניעת המפגש עדיין תקפה. כמו כן, נמנע ממנו בכל תקופה זו להגיע לבית המשפט ולהיות נוכח בדיוניו, ואין כל דרך לדעת האם העורר מיודע לגבי כל ההליכים, לרבות הדיונים בהארכות המעצר ותוכן החלטות בית המשפט, שמתנהלים בעניינו (ראה נספח ב' בעמ' 3, שורות 8-9).

58. בנסיבות אלה, יטען העורר כי לא היה מקום להאריך את מעצרו ב-8 ימים נוספים והיה על בית המשפט להסתפק בתקופת מעצר קצרה יותר. דבר זה נדרש לאור העובדה כי העורר אינו יכול להעלות את טענותיו בפני בית המשפט, בין אם משום שהוא מנוע מלהיפגש עם עורך דינו, ובין אם משום שהוא מנוע מלהיות נוכח בדיונים בעניינו. אין צורך לומר כי במצב דברים זה מדובר בעצור נטול זכויות שעניו עצומות ושתי ידיו קשורות.

59. במצב דברים זה, שגה בית משפט קמא כאשר לא התייחס לטענות ב"כ העורר בדבר מניעת המפגש עם עורך הדין ולא התווה מסלול פיקוח שיפוטי הדוק יותר על חקירתו ומעצרו של העורר. קביעת תקופת מעצר קצרה יותר הייתה מאפשרת לבית המשפט ללמוד על התפתחות החקירה בעניינו של העורר, לאלץ את צוות החקירה לפעול ביתר זריזות ולוודא כי העורר אינו נמצא במעצר מעבר לזמן המינימאלי הדרוש בעניינו. למעשה דיונים אלו הם הפיקוח (אם ניתן לכנות זאת כך) היחיד המתקיים עד כה.

לסיכום, יבקש העורר מבית המשפט הנכבד לקיים דיון בנוכחות העורר ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים לקבל את הערר, להורות על ביטולו של סע' 5(1) ו-2 לחוק ובהתאמה לבטל את החלטות בית משפט קמא בנוגע לנוכחותו של העורר בדיון הארכת מעצרו וכן להורות על קיצור תקופת המעצר למינימום ההכרחי.

רש"ד זועבי, עו"ד

ב"כ העורר

דוד הלוי, עו"ד

ב"כ העורר