

במערכה נגד הטרור מדינת ישראל (כמו מדינות אחרות) משתמשת, בין השאר, במעצר מנהלי של חשודים בפעילות טרור. מדובר בשלילת חירות של אנשים באמצעות צו של גורם מנהלי, תוך הסתמכות על ראיות חסויות שאינן גלויות במלואן לחשוד, בהליך הפוגע מאוד באפשרותו להתגונן מפני הטענות כלפיו. אמנם ההליך נתון לביקורת שיפוטית, אך עדיין מדובר בשלילת חירות על ידי רשות מנהלית ולא על ידי החלטה שיפוטית. המאמר מבקש להציע כלי עזר מתודולוגי – מתודולוגיה השוואתית. השוואה ביקורתית לחקיקה דומה תוכל לסייע הן בזיהוי הקשיים החוקתיים בהליכי המעצר המנהלי על פי הדין הנוהג והן בהצעת אלטרנטיבה להסדרה סטטוטורית שונה ופוגענית פחות של נושא זה.

המתודולוגיה המוצעת מניחה כי נדרשת הרמוניה בין דברי חקיקה מקבילים שיש ביניהם דמיון גם במטרה וגם באמצעים להשגתה. לפיכך, כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות יסוד אפשר להשוות בין הוראות של חוקים דומים ולבחור ברף הפגיעה הנמוך של אחד מהחוקים שבקבוצת הייחוס. בהתאם לעקרונות אלה נערכת במאמר השוואה בין הליך המעצר הפלילי המוסדר בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 לבין הליך המעצר המנהלי המוסדר בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979. הנחת המאמר היא שהואיל וחוק המעצרים נחקק לאחר חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נקבעו בו מנגנוני הגנה שנועדו לצמצם את הפגיעה בזכויות יסוד של החשודים למינימום ההכרחי, בהתאם לעקרונות החוקתיים שבחוק היסוד. לפיכך, אפשר ללמוד ממנו על המעצר המנהלי, המתבסס על חוק שנחקק בשלהי שנות השבעים – טרם חוקי היסוד.

המאמר מצביע על 15 פרמטרים חוקתיים בהליך המעצר הפלילי ובוחר את מידת התקיימותם בהליך המעצר המנהלי, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון לבחינת התאמתם של חוקים חדשים לפסקת ההגבלה שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחינה זו מעלה פערים בין שני ההליכים שבבעה פרמטרים. המאמר מביא הצעות לצמצום הפגיעה היתרה בזכויות החשודים בפרמטרים הללו בלי לפגוע בתכלית המניעתית של המעצר המנהלי. בסופו של דבר מוצעת במאמר אלטרנטיבה סטטוטורית שנועדה לבטל כליל את השימוש בהליך המנהלי – ולאפשר השגה של תכליתו

\* שופט בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, אלוף-משנה במילואים. כיהן בעבר כנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים ביהודה ושומרון. תודתי מקרב לב לפרופ' אריאל בנדור ולד"ר הדר דנציג-רוזנברג על הערותיהם המחכימות במהלך הכתיבה של המאמר ועל הנחיתים הטובה בעבודת הדוקטורט שאני כותב באוניברסיטת בראילן, שהמחקר נשאו המאמר נעשה במסגרתה.

באמצעות הליך שיפוטי במסגרת דיני המעצר הפליליים, המאפשרים הגנה טובה יותר על זכויות השודים.

## א. פתח דבר

הכותרת של מאמר זה היא לכאורה אוקסימורון: מעצר מנהלי וחוקתיות? הכיצד אפשר לייחס לאמצעי אכיפה רדיקלי כמעצר מנהלי – שיש בו פגיעה קשה מאוד בזכות הבסיסית ביותר של אדם לחירות אישית – היבט כלשהו של חוקתיות? להלן אטען כי הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, הכרוכה בהליך זה, מחייבת לבחון אלטרנטיבות שיצמצמו אותה, בלי לפגוע בתכלית העיקרית של המעצר המנהלי. המאמר מבקש להציע כלי עזר מתודולוגי – שיטה של מתודולוגיה השוואתית, שבאמצעות השוואה ביקורתית לחקיקה דומה, תוכל לסייע הן בזיהוי הקשיים החוקתיים בהליכי המעצר המנהלי על פי הדין הנוהג, והן בהצעת אלטרנטיבה של הסדרה סטטוטורית שונה ופוגענית פחות של ההליכים.

מקובל להגדיר מעצר מנהלי כהליך שבו ההחלטה על שלילת חירותו של אדם מתקבלת על ידי רשות מנהלית – שר הביטחון בישראל, והמפקד הצבאי בשטחי יהודה ושומרון (להלן גם השטחים) – ולא על ידי ערכאה שיפוטית.<sup>1</sup> יש מקום לסייג הגדרה זו ולהוסיף כי מדובר במעצר שלא לצורך ארעי במסגרת חקירה פלילית, שהרי גם בהליך הפלילי הרגיל יש אפשרות למעצר בלא החלטה שיפוטית<sup>2</sup> – כהליך ביניים מוגבל בזמן עד להתייצבות לפני שופט, בשונה ממעצר מנהלי העשוי להימשך תקופה ממושכת, בכפוף להגבלות מסוימות שיפורטו בהמשך.

אכן, החירות האישית היא זכות חוקתית מן המעלה הראשונה, ולכן שלילתה היא פגיעה קשה במיוחד בזכויות יסוד בסיסיות.<sup>3</sup> אולם לעתים אין מנוס מחקיקה הפוגעת בחירותו של הפרט כדי להגן על האינטרסים של הכלל, ולכן קיימים בחקיקה מנגנוני הגנה שנועדו לצמצם את הפגיעה בזכות בסיסית זו. תנאי בסיסי להבטחת ההגנה מפני פגיעת-יתר של גורמי האכיפה בזכויות היסוד של הפרט הוא למסור לרשות השופטת את הסמכות לקבוע מהי נקודת האיזון הראויה בין טובת הכלל לזכויות הפרט.<sup>4</sup>

1 ראו, למשל, את ההגדרה שהציע עמנואל גרוס במאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 289 (2004): "מעצר אשר מבוצע על ידי סמכות אדמיניסטרטיבית ולא על ידי סמכות או רשות שיפוטית".

2 האפשרות לעצור חשוד בכיצוע עברות גם בלא צו שיפוטי מעוגנת במפורש בפרק ב' סימן ד' לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים"), ומופיעה גם בסימן ה', המאפשר לשר לביטחון-פנים להעניק לעובדי ציבור שאינם שוטרים סמכות לבצע מעצר בנסיבות מסוימות.

3 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נגד (5) 241, 261 (1999) (להלן: בג"ץ צמח).

4 ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סגד (2) 545, 607 (2009), וראו עוד דן ביי "הערות לתפקיד בית המשפט לעניין מעצר חשודים בשלב שלפני הגשת כתב האישום" הפרקליט כחנא (א) 69, 71 (1972), וכן רינת קיטאי-סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת דין 357 (2011).

בהקשר של הזכות לחירות, עיקרון זה בא לידי ביטוי לא רק בביקורת שיפוטית על הליכי המעצר הפלילי אלא גם בקביעה מפורשת בחוק, שלפיה מעצר צריך להתבצע על פי צו שופט: "מעצר אדם יהיה בצו של שופט, אלא אם כן הוענקה בחוק סמכות לעצור בלא צו".<sup>5</sup> מעצר מנהלי הוא אמצעי מנוגד לחלוטין לעיקרון האמור, ומקובל לומר כי הוא בבחינת כורח בל יגונה, שנעשה בו שימוש רק בהיעדר בררה אחרת.<sup>6</sup> מן הראוי שכגודל הפגיעה הקשה של אמצעי זה בזכויות יסוד, כך יהיו בו מנגנוני הגנה שיצמצמו אותה למינימום ההכרחי. בהמשך המאמר אבקש לבחון האם המצב המצוי תואם את המצב הרצוי והאם פרטי הדינים הפוגעים בזכויות יסוד בסיסיות אכן חיוניים להבטחת תכליתו של המעצר המנהלי? חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים)<sup>7</sup> המסדיר את נושא המעצרים המנהליים בישראל, נחקק בשלהי שנות השבעים של המאה הקודמת. בשנים הרבות שחלפו מאז, השתנו דברים רבים בארץ ובעולם. הדעת נותנת כי נוכח הזמן הרב שחלף מאז נחקק החוק האמור, יש מקום לבחינה חוקתית מחודשת של הסמכות החריגה המאפשרת לשלול את חירותם של אנשים בהוראה מנהלית.<sup>8</sup> בחינה כזו צריכה להיעשות גם בנוגע לחוק בישראל וגם בנוגע לתחיקת הביטחון ביהודה ושומרון, שלמרות מאפייניה הייחודיים<sup>9</sup> מושפעת במידה רבה מהחוק הישראלי.

5 ס' 4 לחוק המעצרים.

6 ראו, למשל, בג"ץ 9441/07 אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, סכ (4) 77, פס"ג י"ג (2007): "[...] דומה כי השימוש בכלי של מעצרים מנהליים עודו הכרח בל יגונה, אלא שיש לוודא ככל הניתן כי השימוש הנעשה בו הוא ראוי ומידתי [...]". כן ראו בג"ץ 5129/13 רמחי נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, פס" 10 (פורסם בנבו, 20.10.2013): "[...] לדאבון הלב נראה כי לעת הזו זהו אמצעי שאין תחליף לו, בבחינת הכרח בל יגונה, אולם זהו אמצעי שהוא בבחינת מוצא אחרון [...]"; בג"ץ 3267/12 חלאחלה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פס" כ"ה (פורסם בנבו, 7.5.2012).

7 חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ס"ח 930 (להלן: "חוק המעצרים המנהליים").

8 הצעה מפורטת ומעמיקה לעיון מחדש בנושא המעצרים המנהליים העלה לא מכבר אלעד גיל, בהנחיית פרופ' מרדכי קרמיניצר; ראו ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תובל (בהנחיית מרדכי קרמיניצר ויובל שני) אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים 21 ואילך (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010) (להלן: אמצעים חריגים למאבק בטרור). כאמור לעיל, החידוש העיקרי שאני מבקש להציע במאמר זה הוא שימוש בכלי עזר מתודולוגי המאפשר בחינה אנליטית, שיטתית ומדויקת יותר, מנקודת מבט שונה, של הקשיים המובנים בהליך המנהלי במתכונתו הנוכחית, וכן הצעה להסדרה סטוטורית מחודשת של הנושא בישראל.

9 מדובר בשטח בתפיסה לוחמתית. המאפיין השלטוני הבולט בו הוא שלא מתקיים בו למעשה העיקרון של הפרדת רשויות, משום שהמפקד הצבאי מפעיל גם סמכויות של רשות מחוקקת וגם סמכויות של רשות מבצעת, בהתאם לדיני המשפט הבינלאומי. דברי החקיקה של המפקד הצבאי או של מי מטעמו הם תחיקת הביטחון, ועם רבדים סטוטוריים נוספים – בעיקר המשפט שחל לפני תחילת התפיסה הלוחמתית והעקרונות של המשפט הבינלאומי המנהגי – מרכיבים את המשפט הנוהג באזור. בנסיבות אלה חסרים בתהליך החקיקה המנגנונים של בלמים ואיזונים בין הרשויות השלטוניות, המאפיינים את תהליך החקיקה במשטר דמוקרטי. חסר זה בא לידי

השימוש באמצעי של מעצרים מנהליים בשטחים רחב במידה ניכרת מהשימוש בו בישראל, ובשני האזורים היקף השימוש בו נובע מהמציאות הביטחונית, שכידוע לכול משתנה מעת לעת ויודעת עליות ומורדות. כדי להמחיש את הדברים אביא נתונים אחדים. בעת שנדונה בכנסת הצעת חוק המעצרים המנהליים<sup>10</sup> מסר שר המשפטים, מעל דוכן הכנסת, כי מספר העצורים המנהליים שבידי שלטונות ישראל במועד הדיון, בכל רחבי תחום השליטה הישראלי, הוא "שלושים איש לערך" כלשונו – אחד מהם תושב ישראל ממזרח ירושלים והיתר תושבי יהודה ושומרון וחבל עזה.<sup>11</sup> בשנים שלאחר מכן גדלו המספרים עם העלייה במעשי הטרור, והלכו ופחתו ככל שדעכו גלי הטרור.

הנתונים מהשנים האחרונות שקדמו לכתיבת המאמר מדגימים היטב כיצד השינויים במצב הביטחוני משפיעים על מספר המעצרים המנהליים. בשנת 2013, שהייתה שנה שקטה יחסית מבחינה ביטחונית, נע מספר העצירים המנהליים תושבי השטחים בין 136 (בחודש יולי) לבין 170 (בחודש מרץ), ומספרם של העצירים תושבי ישראל נע בין שלושה לשישה.<sup>12</sup> בשנה שלאחר מכן, שנת 2014, חלה הידרדרות במצב הביטחוני בעקבות חטיפת שלושת הנערים, שהביאה למבצע צוק איתן. הדבר בא לידי ביטוי גם במספר העצירים המנהליים תושבי השטחים, שעלה ל-372 בחודש יוני שבו נחטפו שלושת הנערים ול-443 בחודש יולי שבו החל מבצע צוק איתן. זאת, לעומת 203 עצירים מנהליים בחודש מאי שקדם לאירועים אלה. במספר העצירים תושבי ישראל לא חל שינוי, והוא נותר חדר-ספרתי.

בשלהי שנת 2015 החל גל טרור חדש, שבו הייתה מעורבות רבה יחסית של תושבים ממזרח ירושלים, נושאי תעודת זהות ישראלית ובעלי תושבות ישראלית. ואכן, החל בחודש אוקטובר 2015 חלה עלייה תלולה במספר העצירים המנהליים תושבי ישראל: בחודש זה היו 29 תושבים ישראלים עצורים בצו מנהלי לעומת שלושה בלבד בחודש שלפניו. בד בבד החל תהליך של גידול גם במספר העצירים תושבי השטחים: בחודש אוגוסט 2016 היו במתקני השב"ס 633 עצירים מנהליים תושבי השטחים ו-18 עצירים מנהליים תושבי ישראל.

ביטוי, בין היתר, בתיקוני חקיקה תכופים – בדרך כלל כתגובה מהירה להתפתחויות במישור הביטחוני – וכן במתן משקל רב יותר בתהליך החקיקה לשיקולים ביטחוניים, לעתים במחיר גניעה יתרה בזכויות אחרות.

10 הדיון בכנסת בהצעת החוק התקיים ביום 2.8.1978.

11 הצעת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים והוראות שונות), התשל"ח-1978 (קריאה ראשונה), ד"כ 83, 3963 (התשל"ח).

12 נתונים על אודות מספר העצירים המנהליים מתפרסמים באופן שוטף באתר האינטרנט של ארגון בצלם, אולם במועד כתיבת שורות אלה (אוקטובר 2016) הנתון העדכני ביותר באתר זה התייחס לאפריל 2016. כמו כן, אין בנתונים הללו פילוח בין תושבי ישראל לתושבי השטחים. הנתונים המובאים במאמר מתבססים על נתונים לא רשמיים שהתקבלו והוצלבו משני מקורות שונים, כשהפילוח בין תושבי ישראל לתושבי השטחים נעשה בהתאם לבתי המשפט שבהם נדונו ההליכים: הליכים הנוגעים לעצירים תושבי השטחים נדונו בבתי המשפט הצבאיים באיו"ש, בהתאם לתחיקת הביטחון בשטחים, ואילו הליכים הנוגעים לעצירים תושבי ישראל, יהודים וערבים כאחד, נדונו בבתי המשפט המחוזיים, בהתאם להוראות חוק המעצרים המנהליים. עם זאת, הנתונים אינם מדויקים ותיתכן סטייה קלה לשני הכיוונים, אולם למיטב ידיעתי הם משקפים את סדרי הגודל הנכונים של הנתונים בישראל ובשטחים.

הנתונים המספריים שהובאו לעיל מעידים על הזיקה בין היקף התופעה של מעצרים מנהליים לבין השינויים במציאות הביטחונית. אולם יש הטוענים כי המספר הגדול של מעצרים מנהליים בשטחים אינו יכול להיות מוסבר רק במצב הביטחוני, אלא הוא נובע גם מכוונה – גם אם לא מוצהרת – להשתמש באמצעי זה למטרות ענישה ולא למטרות מניעה בלבד.<sup>13</sup> טענה רווחת נוספת היא שהשימוש המוגבר באמצעי זה בקרב האוכלוסייה הפלסטינית לוקה בשרירותיות ושנעשה בו שימוש יתר שאינו מוגבל רק לנסיבות שאין בהן בררה אחרת.<sup>14</sup> אכן, גם בהינתן הקשר שבין היקף התופעה לבין המצב הביטחוני, הפער הגדול בין מספר העצורים המנהליים בישראל לבין מספרם בשטחים אומר דרשני ואי-אפשר להתעלם ממנו. המציאות המשפטית בשטחים מורכבת ולפיכך גם ההיסטוריה החקיקתית של המעצרים המנהליים בשטחים היא מורכבת. היסטוריה זו כוללת יותר משלושים תיקוני חקיקה בתחיקת הביטחון בשטחים – לעומת תיקון חקיקה אחד בלבד שנעשה בישראל מאז נחקק חוק המעצרים המנהליים. לכן, אף שדיון מעמיק בנושא המעצרים המנהליים מחייב כאמור התייחסות גם למצב בשטחים, המסגרת המוגבלת של המאמר צרה מלהכיל גם נושא זה: היקף הדיון בו עשוי להיות רחב יותר מהיקף הדיון הנוגע לדין בישראל. בנסיבות אלה החלטתי להתמקד במאמר זה בהצגת השיטה המתודולוגית המוצעת ובכחינת יישומה בישראל, ולהותיר את הדיון הנוגע למצב בשטחים למסגרת אחרת.

שני כוחות יכולים להשפיע בכיוונים מנוגדים על תוצאות הבחינה החוקתית של המעצרים המנהליים: מצד אחד, מאז נחקק החוק הלכה תופעת הטרור והתעצמה בארץ ובעולם כולו. אירועים כמו הפיגוע במגדלי התאומים והופעתם של ארגוני טרור סמי-מדינתיים, בעלי בסיס טריטוריאלי, כמו חיובאללה בלבנון או ארגון המדינה האסלאמית בחלקים נרחבים מסוריה ומעיראק, שינו דרמטית את מפת הטרור העולמי. כתוצאה מכך, מדינות רבות רואות בטרור איום ממשי על ביטחונן, ונותנות לכך ביטוי בהסדרים חקיקתיים המקנים לגורמי האכיפה כלים נוספים וסמכויות רחבות יותר למאבק אפקטיבי בטרור.<sup>15</sup> גם מדינת ישראל נאלצת להתמודד בעשורים האחרונים עם טרור גואה היודע אמנם עליות ומורדות, אך השפעתו ניכרת בכל תחומי החיים.<sup>16</sup> בנסיבות אלה אפשר לצפות לחקיקה מחמירה שתייחס משקל כבד יותר לצורכי הביטחון, ותחזק את מעמדם של גורמי האכיפה ואת האמצעים העומדים לרשותם.

13 ראו, למשל, אמצעים חריגים למאבק בטרור, לעיל, ה"ש 8, עמ' 83, וכן עמדתו של פרופ' קרמניצר שם, בעמ' 171.

14 זו עמדתם המסורתית של ארגוני זכויות האדם הפועלים בישראל. ראו, למשל, אופיר פוירשטיין ללא משפט – מעצר מנהלי של פלסטינים על ידי ישראל וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים 13 (דו"ח עבור המוקד להגנת הפרט ובצלם, 2009); ראו עוד להלן בה"ש 103.

15 על חקיקה מסוג זה במדינות המערב ראו יוגב תובל "חקיקה נגד טרור בכריטיניה ובארצות הברית לאחר אירועי 11 בספטמבר" פרלמנט 59 (2008), ניתן לצפייה באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה. כמו כן ראו Dirk Haubrich, *September 11th, Anti-Terror Laws and Civil Liberties: Britain, France and Germany Compared*, 38 Gov't & Opposition 3 (2003).

16 לסקירה של מכלול האמצעים שישראל נוקטת בהתמודדות מול הטרור הפלסטיני והביקורת השיפוטית עליהם ראו Yigal Mersel, *Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary during the Terror Era*, 38 N.Y.U. J. OF INT'L L. & POL. 67 (2006).

מן הצד האחר, בד בכר עם התעצמות הטרור התרחשו שינויים גדולים גם בעולם המשפט. המשפט הבינלאומי התפתח וההגנה על זכויות האדם בו הלכה וגדלה – גם באמנות בינלאומיות<sup>17</sup> וגם בהקמה של מנגנוני אכיפה מיוחדים בנושא זכויות האדם<sup>18</sup> ופשעי מלחמה.<sup>19</sup> גם המשפט הישראלי התפתח מאוד בכל התחומים. לענייננו די אם נציין את המהפכה החוקתית שיצאה לדרך בראשית שנות התשעים ואת משקלו הגובר של שיה זכויות האדם, גם בפסיקה וגם בחקיקה.<sup>20</sup> עד כה לא באו כל השינויים הללו לידי ביטוי בחוק המעצרים המנהליים, שקפא על שמריו מאז נחקק,<sup>21</sup> ואפשר לצפות שיינתן להם ביטוי בהגדלת המשקל של ההגנה על זכויות האדם גם בתקופה של מציאות ביטחונית קשה.

מכל מקום, נראה כי חלוף הזמן, והפגיעה הקשה בזכויות יסוד בסיסיות הטבועה במעצר המנהלי, מצדיקים לבחון את האפשרות להסדרה סטטוטורית שונה של סמכות זו, באופן שיאפשר איזון ראוי יותר בין צורכי הביטחון לבין זכויות האדם. אפריורית אפשר לחשוב על שתי דרכים להסדרה מחודשת של הנושא: הראשונה היא הגמשת הגבולות של ההליך הפלילי, בין בדין המהותי – באמצעות הרחבת הגבולות של הטריטוריה הפלילית באופן שיאפשר להפליל מעשים בעלי מאפיינים שליליים שעד כה לא נכללו בתחום הפלילי, ובין בדיני הראיות – על ידי הנמכת הרף הראייתי הנדרש, באופן שיאפשר הרשעה על בסיס ראיות בעוצמה פחותה, במצבים שבהם אי-אפשר להגיש לבית המשפט ראיות טובות יותר.<sup>22</sup> דרך זו מרחיבה את אפשרויות ההרשעה בהליכים פליליים, והיא כוללת אפשרות של שלילת חירות לאחר הרשעה בדין, כתחליף אפשרי למעצר מנהלי. עם זאת, היא מעוררת שאלות לא פשוטות הנוגעות למהותם ולתכליתם של דיני העונשין ולהגדרה של מושג העברה. הדיון בדרך זו חורג ממסגרת המאמר.

הדרך השנייה להסדרה סטטוטורית של הסמכות למעצר מנהלי, שבה המאמר מתמקד, מותירה על מכונם את הגבולות המוכרים שבין המשפט הפלילי למשפט המנהלי, אולם

17 למשל: האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (ישראל הצטרפה אליה עם הסתייגויות מסוימות), וכן האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (גם ישראל שותפה לה). ראו גם רובי סיבל ויעל רונן **משפט בינלאומי** 294 ואילך (מהדורה שלישית, 2016).

18 למשל, מועצת זכויות האדם של האו"ם שהוקמה בשנת 2006; ראו שם, בעמ' 291.

19 למשל, בית הדין הפלילי הבינלאומי; ראו שם, בעמ' 463.

20 לתיאור התופעה והביקורת עליה ראו יהושע שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האמנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?" **משפט ועסקים** טז 235 (2013). כמו כן ראו עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** לז 713, עמ' 745 ואילך (2016).

21 למעט תיקון חקיקה יחיד שנעשה בו 15 חודשים לאחר חקיקתו. ראו חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) (תיקון מס' 1), התש"ם-1980, ס"ח 973, שתיקן סעיפים ספורים והשינוי העיקרי היה ביטול הסמכות המקומית בביקורת השיפוטית על מעצרים מנהליים.

22 כך נהגו הבריטים כשחוקקו את *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998*, שכלל גם הגמשה של דיני הראיות, כדי להקל על הרשעה בפלילים של מעורבים במעשי טרור. בין השאר חוק זה מאפשר שימוש בראיות חסויות והרשעה על סמך הודאות בלבד. לביקורת על גישה זו ראו גרוס, לעיל ה"ש 1, עמ' 315 ואילך.

מבקשת לצמצם את הפערים בין דברי חקיקה כדי להביא, בסופו של דבר, להגנה טובה יותר על זכויות יסוד של חשודים בהליכי המעצר. לצורך זה אבקש להציע כלי עזר מתודולוגי לזיהוי ולהערכה של מידת הפגיעה בזכויות היסוד של העציר המנהלי, שיאפשר לפעול לתיקון המעוות במקרים של פגיעת-יתר שאיננה הכרחית להגשמת התכליות של המעצר המנהלי. שיטת הבדיקה המוצעת מבוססת על מתודולוגיה השוואתית שפותחה במהלך המחקר נשוא המאמר. לענייננו מדובר בהשוואה בין שני דברי חקיקה (או יותר) באותה שיטת משפט,<sup>23</sup> שאפשר לזהות בהם דמיון מהותי במטרה ובאמצעים להשגתה ושיש בהם פגיעה מסוימת לפחות באחת מהזכויות המוגנות בחוקי היסוד. אם נמצא כי בדבר חקיקה אחד מידת הפגיעה בזכות המוגנת פחותה מזו שבדבר החקיקה האחר, אפשר להניח כי המחקר הביע את עמדתו שפגיעה חמורה יותר בזכות איננה מידתית, ואפשר גם להקיש מדבר חקיקה זה לדברי חקיקה מקבילים הפוגעים גם הם באותה זכות.<sup>24</sup>

בהקשר של הזכות לחירות שבה עסקינו, החוקים הרלוונטיים להשוואה הם אלה המעניקים סמכות לשלילת חירותו של אדם לצורך מאבק בפשיעה, בין שמדובר במעצר לצורך חקירה או במעצר מניעתי לאחר חקירה, ובין שמדובר בפשיעה על רקע פלילי או בפשיעה על רקע ביטחוני. ראוי להדגיש כי הדיון במאמר זה יעסוק רק בשלילת חירות כתוצאה ממעצר בלא הרשעה בדין, ולא בפגיעה בזכות זו הכרוכה במאסר לאחר הרשעה בדין. שלילת חירות מהסוג האחרון קשורה לנושא אחר של שיקולי ענישה שאינו מעניינו של מאמר זה.

ההגדרה האמורה – דמיון מהותי במטרה ובאמצעים – מאפשרת לכלול בקבוצה אחת את חוק המעצרים ואת חוק המעצרים המנהליים בישראל, וכן את החקיקה הרלוונטית המסדירה את נושא המעצרים המנהליים בתחיקת הביטחון ביהודה ושומרון.<sup>25</sup> כמו כן יש לכלול בקבוצה זו את חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, המקנה לרמטכ"ל סמכות לצוות על כליאתו של לוחם בלתי-חוקי כהגדרתו בחוק.<sup>26</sup> לעומת זאת, ההגדרה מוציאה ממרחב ההשוואה את החוק למניעת הסתננות, המקנה לשר הביטחון סמכות לצוות על גירוש של מסתנן ועל החזקתו במשמורת עד הגירוש.<sup>27</sup> חוק זה מודר ממרחב ההשוואה משום שהוא מעניק סמכות מנהלית לצורך בירור זהותו של המסתנן ולבחירת האפשרות להרחקתו מישראל,<sup>28</sup> ולא לצורך מאבק בפשיעה. בהתחשב במסגרת המוגבלת של מאמר זה, ארון בו רק בשני החוקים הראשונים שהוזכרו: חוק המעצרים וחוק המעצרים המנהליים; הדיון בדברי החקיקה הנתורים ייעשה במסגרת אחרת.

23 בשונה מהמשפט המשווה, שעיקר עיסוקו בהשוואה בין שיטות משפט, ראו דפנה ברק-ארוז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים 81 (1) 81 (התשס"ח).

24 לדיון רחב יותר על מהות המתודולוגיה ההשוואתית ועל בסיסה התאורטי ראו להלן בפרק ג'.

25 סימן ב' בפרק ט' (סעיפים 271–283) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009, קמ"צ"ם 234, עמ' 5902 (להלן: "צו 1651").

26 ס' 2 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 1834.

27 ס' 30 (א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, ס"ח 161.

28 ראו בג"ץ 8665/14 דטסה נ' הכנסת, פס' 40–41 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 11.8.2015).

הבחינה ההשוואתית יכולה לסייע לשיקוף ולניתוח אנליטי של הדין הקיים, ברגש על השאלה אם אפשר לצמצם את הפגיעה בחירותם של אנשים בלי לפגוע בתכליות המעצר. אפשר גם לבחון באמצעותה את ההיסטוריה החקיקתית של דיני המעצר. לבחינה זו יש חשיבות מיוחדת כשנעשו תיקוני חקיקה רבים בנושא, כפי שנעשה למשל, כאמור לעיל, בתחיקת הביטחון בשטחים.<sup>29</sup> זאת, מפני שהבנה מעמיקה יותר של תהליכי החקיקה שנעשו בעבר עשויה להניב תיקוני חקיקה אפשריים בהווה, כדי לתקן עיוותים בחקיקה קודמת וליצור איזון ראוי יותר בין צורכי הביטחון לבין זכויות האדם. הבנה כזו עשויה להביא גם להפקת לקחים ולתהליכי חקיקה טובים יותר בעתיד.

בפרק ב' אסקור בקצרה את ההיסטוריה החקיקתית של חוק המעצרים המנהליים בישראל. בפרק ג' אדון במהות של שיטת המתודולוגיה ההשוואתית: אעמוד על הבסיס התאורטי שלה ואתאר את השימוש בה הלכה למעשה, על שלושת שלביה, לזיהוי פערים בהגנה על זכויות חוקתיות בחוקים שונים. בפרק ד' אבקש לבחון את יישום המתודולוגיה בנושא המעצרים המנהליים. במסגרת זו אדון בשני השלבים הראשונים של בחינת הנושא לפי עקרונות המתודולוגיה ההשוואתית: תחילה אגדיר את קבוצת הייחוס הרלוונטית ולאחר מכן אסקור את הפרמטרים החוקתיים שבחוק המעצרים ובחוק המעצרים המנהליים.

פרק ה' יוקדש לשלב השלישי של הבחינה ההשוואתית ובו אשווה בין הפרמטרים החוקתיים שבחוק המעצרים לאלו שבחוק המעצרים המנהליים. כמו כן אציג כמה תיקוני חקיקה שיוכלו לצמצם את הפער בין החוקים, וליצור מידה רבה יותר של התאמה בין דיני המעצר המנהלי לבין העקרונות החוקתיים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפרק ו', הפרק האחרון של המאמר, אסכם ואציג את המסקנות העולות מהשוואה בין דברי החקיקה שנבדקו בשיטת המתודולוגיה ההשוואתית.

## ב. ההיסטוריה החקיקתית של חוק המעצרים המנהליים

הסמכות להורות על שלילת חירותם של אנשים על ידי גורם מנהלי נקבעה לפני קום המדינה, בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) שחוקק השלטון המנדטורי. בין היתר נועדו תקנות אלה להעניק למפקד הצבאי כלים להתמודדות עם אלה שמסכנים את ביטחון המדינה – בעיקר ארגוני המחתרות שפעלו באותם ימים נגד שלטון המנדט. אחד האמצעים הבולטים היה הסמכות שהקנתה תקנה 111 למפקד צבאי להורות על מעצרו של אדם כלשהו. בתקנה<sup>30</sup> נקבעה גם האפשרות להשיג על הוראה זו לפני ועדה מייעצת, שהייתה מוסמכת להמליץ למפקד הצבאי כיצד לנהוג בהשגות.

עם הקמת המדינה נקלטו תקנות ההגנה המנדטוריות כמעט במלואן אל תוך המשפט הישראלי,<sup>31</sup> אולם בד בבד עם קליטת הסמכות מרחיקת-הלכת שבתקנה 111, נקבעו הוראות פנימיות שנועדו להגביל את הפעלת הסמכות במידה ניכרת. בין היתר הוגבלה הסמכות

29 סמוך לה"ש 14.

30 תק' 111(4) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, ע"ר 1442.

31 באמצעות פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר 2, אשר נחקקה על ידי מועצת המדינה הזמנית ביום 21 במאי 1948. ס' 11 לפקודה קבע רציפות נורמטיבית לחקיקה שהתקיימה קודם לכן, בתקופת המנדט, "(ו)בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".



האמורה לחמישה קצינים בכירים בלבד, ונקבע כי תקופת המעצר לא תעלה ככלל על חודש ימים וכי בוועדה המייעצת יהיה גם שופט עליון.<sup>32</sup> גם בית המשפט העליון ראה לצמצם את גבולות הסמכות בפסקי הדין המעטים שנתן בנושא בשנים הראשונות של המדינה. כך, נקבע כי קיומה של ועדה מייעצת הוא תנאי להפעלת הסמכות להורות על מעצר מנהלי, וכי צו שהוצא בטרם הוקמה ועדה כאמור נגוע באי־חוקיות שאינה ניתנת לתיקון אלא בהוצאת צו חדש.<sup>33</sup> כן נקבע כי ציון מקום המעצר הוא תנאי הכרחי לתקפותו של צו מעצר מנהלי, וכי צו שלא נרשם בו מקום המעצר אינו חוקי ויש בו כדי להוות עילה לשחרור העציר ממעצר, תוך חיוב המדינה בהוצאות.<sup>34</sup>

שנים אחדות לאחר חקיקת תקנות ההגנה המנדטוריות, הוכר האמצעי החריג של שלילת חירות בהוראה מנהלית גם במשפט הבינלאומי. סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית,<sup>35</sup> מעניק למעצמה הכובשת סמכות לנקוט אמצעי ביטחון כלפי אזרחים מוגנים, ובכלל זה "לייחד להם מקום מגורים או לעוצרם". הפעלת הסמכות מותנית בקיומו של נוהל מסודר הכולל גם זכות ערעור, בדומה לזכות ההשגה שנקבעה בתקנות ההגנה; פירוט רחב יותר של הפרוצדורה הדרושה מופיע בסעיף 43 לאמנה. החידוש באמנה לעומת תקנות ההגנה הוא קיומה של ביקורת תקופתית יוזמה על צו המעצר – מעין עיון מחדש – מדי שישה חודשים "אם אפשר", שאמורה להיעשות "מטעם גוף מוסמך שיוקם על ידי המעצמה האמורה". חידוש זה, המתייחס במקורו לסמכויות של מעצמה כובשת בשטח כבוש, לא חלחל לדין הישראלי, שהמשיך לסמוך בעניין זה על גרסה משודרגת של החקיקה המנדטורית. אמנם השימוש שנעשה במעצרים מנהליים היה מועט מאוד,<sup>36</sup> אך הביקורת על עצם השימוש בתקנות ההגנה המנדטוריות לצורך זה נותרה בעינה. על רקע זה חוקקה הכנסת בשנת 1979 את חוק המעצרים המנהליים, שהמונח "מעצרים מנהליים" כלל לא מוזכר בו.<sup>37</sup> בדברי ההסבר נאמר, בין היתר, כי במלאת שלושים שנה להקמת המדינה הגיע הזמן להחליף את התקנות המנדטוריות בחוק ישראלי מתקדם, שייתן מענה לצורכי הביטחון תוך שמירה על העקרונות הבסיסיים של שלטון החוק.<sup>38</sup>

Baruch Bracha, *Restriction of Personal Freedom without Due Process of Law according to the Defence (Emergency) Regulations*, 1945, 8 Isr. Y.B. OF HUM. RTS. 296, 306–7 (1978).

33 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב 5 (1949).

34 בג"ץ 95/49 אל כורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד (1) 34 (1950).

35 אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב־1949). הנוסח העברי לקוח מאתר האינטרנט של האגודה לזכויות האזרח.

36 אפשר להסיק זאת מהמספר הקטן מאוד, יחסית, של ההליכים המשפטיים שהתקיימו בנושא – עשרות בלבד – מאז קום המדינה. לא מוכרים לי נתונים מדויקים על כך בספרות האקדמית או במקורות אחרים.

37 אך הוא נזכר בחקיקת־משנה, בתקנות סמכויות שעת־חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מנהלי), התשמ"א-1981, ק"ת 4231, עמ' 948.

38 הצעת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים והוראות שונות), התשל"ח-1978, ה"ח 1360, עמ' 294 (להלן: "הצעת חוק סמכויות שעת חירום").

כמה שינויים בולטים נעשו בחוק האמור בהשוואה לתקנות ההגנה. השינוי הבולט והמשמעותי ביותר הוא הפיכת ההליך – שהיה מנהלי בעיקרו – להליך מעין-שיפוטי, באמצעות הסמכה של הרשות השופטת לקיים ביקורת שיפוטית הדוקה על שלבי ההליך. ביקורת זו מורכבת משלושה נדבכים: הנדבך הראשון מתייחס לראשית הביקורת השיפוטית, הצריכה להתבצע בתוך 48 שעות מעת המעצר, לפני הדרג הבכיר ביותר בערכאה השיפוטית הדיונית – נשיא בית משפט מחוזי – הרשאי לאשר את הצו המנהלי כמות שהוא, לבטלו או לקצרו.<sup>39</sup>

הנדבך השני מתייחס להמשך הביקורת השיפוטית במהלך המעצר המנהלי, החייבת להתבצע באופן יזום בתוך שלושה חודשים מאישור המעצר, לפני אותו גורם שיפוטי שאישר את המעצר. שני הנדבכים הללו הם קונסטיטוטיביים; אי-ביצועם במועד שנקבע בחוק מביא לשחרור העציר אם אין עילה אחרת למעצרו.<sup>40</sup> הנדבך השלישי של הביקורת השיפוטית הוא קיומה של זכות ערעור לבית המשפט העליון על כל החלטה שקיבלה הערכאה הדיונית בשני הנדבכים הקודמים.<sup>41</sup>

החוק החדש שינה מהדין הקודם בשני עניינים משמעותיים נוספים, שלמעשה חיזקו את האופי השיפוטי של ההליך. השינוי הראשון הוא אזרוח ההליך, כלומר: הוצאת הסמכות להורות על מעצר מנהלי מידי הצבא והעברתה לגורם אזרחי – שר הביטחון, הדרג הבכיר ביותר ברשות המבצעת, ואין הוא רשאי להאציל את סמכותו זו לאחרים.<sup>42</sup> בכך ניתן ביטוי לעיקרון שלפיו הליכים משפטיים נגד אזרחים צריכים להיעשות על ידי גורמים אזרחיים ולא על ידי גורמים צבאיים.<sup>43</sup> השינוי השני הוא הגבלה סטטוטורית של משך המעצר המנהלי בצו, לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים. אמנם אפשר להאריך את תקופת המעצר, אולם כל הארכה כזו מחייבת להוציא צו חדש שגם תוקפו מוגבל, בשונה מהמצב קודם לכן, שבו נקבעו הגבלות על משך המעצר בהוראות פנימיות ולא בחקיקה ראשית.

השינויים המשמעותיים שחולל חוק המעצרים המנהליים, הניעו את השופט חיים כהן לקבוע כי החוק החדש שינה את אופיו של ההליך המנהלי, ולמעשה הפך אותו להליך שיפוטי שבו שר הביטחון הוא המציע והמכין, והשופט הוא המאשר והמחליט.<sup>44</sup> גישה שונה במקצת ביטא פרופ' קלינגהופר: לדעתו החוק החדש הפך את המעצר המנהלי להליך משולב מנהלי-שיפוטי, ולכן הכינוי "מעצר מנהלי" כבר אינו הולם אותו ומתאים לו יותר

39 ס' 4(ד) לחוק מעצרים מנהליים. מעניין לציין כי תחילה הייתה בחוק דרישה שסמכות הביקורת תהיה טריטוריאלית – בידי נשיא בית המשפט שבאזור שיפוטו נעצר העציר. דרישה זו בוטלה בתיקון היחיד שנעשה בחוק כשנה לאחר כניסתו לתוקף, והסמכות נתונה לכל נשיא של בית משפט מחוזי, בלי קשר למקום המעצר.

40 שם, סע' 4(א) ו-5.

41 שם, ס' 7(א).

42 אולם גם בחוק זה, בס' 2(ג), עדיין נותרת לרמטכ"ל סמכות להורות על מעצר ביניים למשך 48 שעות לכל היותר, עד להוצאת צו מעצר על ידי שר הביטחון.

43 זו גם הסיבה שבגללה העמדה המסורתית של המדינה היא שלא ראוי שאזרחים ישראלים המתגוררים ביהודה ושומרון יישפטו בבתי המשפט הצבאיים. ראו מאיר שמגר דו"ח ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה בחברון 160 (1994).

44 חיים כהן המשפט 559 (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, 1996).

הכינוי "מעצר מניעתי"<sup>45</sup> כינוי זה לא נקלט עד כה בפסיקת בתי המשפט בישראל ובספרות המקצועית הרלוונטית.<sup>46</sup>

האמת ניתנת להיאמר: דבריו של השופט כהן לא שיקפו במדויק את המציאות שנוצרה בעקבות החוק החדש, מפני שגם לפי חוק זה שר הביטחון אינו רק מציע ומכין אלא גם המחליט על המעצר, ואילו בית המשפט אינו מחליט אלא מקיים ביקורת שיפוטית על החלטת הגורם המנהלי. נראה כי יותר משהיה בדבריו של כהן תיאור של המצב המצוי, הייתה בהם קריאת כיוון למצב הרצוי. אכן, נדרשת בחינה יסודית ומעמיקה באשר לאופן השימוש בהליך זה גם במתכונתו הנוכחית, לאחר חוק המעצרים המנהליים. את זאת אבקש לעשות בהמשך המאמר.

## ג. המתודולוגיה ההשוואתית

### 1. הבסיס התאורטי

שיטת המתודולוגיה ההשוואתית התגבשה כאמור במהלך המחקר שביסודו של מאמר זה. היא מבוססת על ההנחה שנקבעה לא אחת בפסיקת בית המשפט העליון, שלפיה "יש לקיים הרמוניה חקיקתית בתוך מערכת החקיקה", והחוקים אינם בבחינת יצירה חד-פעמית מבודדת אלא הם פועלים בתוך סביבה נורמטיבית, המאפשרת הפריה הדדית בין הסדרים חקיקתיים בעלי מאפיינים דומים.<sup>47</sup> מכאן, שיש מקום להשוואה בין הסדרים חקיקתיים – גם אם נקבעו בחוקים שונים זה מזה, ובלבד שאפשר למצוא להם מכנה משותף מהותי. למעשה מדובר בפיתוח של כלי פרשני הקיים בחוק הישראלי – ההיקש,<sup>48</sup> שהוא עצמו נסמך במובן מסוים על אחד מכללי הפרשנות הבסיסיים של המשפט העברי – גזרה שווה.<sup>49</sup> עם זאת, ההיקש נועד לשמש כלי עזר להשלמת פערים במקרה של לקונה,<sup>50</sup> ואילו המתודולוגיה המוצעת במאמר לא נועדה להשלים חסר, כי אם לשמש אמצעי עזר לזיהוי ולתיקון של פגם בדבר חקיקה, כגון פגיעה יתרה בזכויות חוקתיות. המתודולוגיה המוצעת מבוססת על ההנחה שכאשר מבקשים להתמודד עם קושי בדבר חקיקה מסוים, לעתים נדרש

45 יצחק ה' קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון" משפטים י"א 286, 287 (התשמ"א).

46 עם זאת, במדינות רבות רווח השימוש במונח "Preventing Detention" כך, למשל, החוק בהודו שמסדיר נושא זה נקרא The Preventive Detention Act, 1950.

47 רע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל, פס' 16 (פורסם בנבו, 8.11.2011) (להלן: עניין מוסלי). ראו גם ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, סב (4) 329, פס' 8 (2008) וכן אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 155 (1992).

48 ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 978, וס' 7 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 1030.

49 ההגדרה של גזרה שווה באנציקלופדיה התלמודית היא: "לימוד דין בעניין אחד מעניין שני, על פי מילים דומות הכתובות בתורה בשני העניינים". בשונה מהיקש, שבו הבסיס להשוואה הוא לוגי, הגזרה השווה נסמכת בעיקר על דמיון מילולי. ראו "גזרה שווה" אנציקלופדיה תלמודית לענייני הלכה כרך חמישי, תקמו (הרב שלמה יוסף זיון עורך, תשנ"ב).

50 ראו בש"פ 1659/11 שטנגר נ' מדינת ישראל, פס' 9 (פורסם בנבו, 24.4.2011).

להתרומם מעל המסגרת המצומצמת של אותו דבר חקיקה, ולבחון את הנושא מנקודת מבט רחבה יותר – שמא אפשר להסתייע בדברי חקיקה דומים המתמודדים עם בעיות דומות. לכן, כשאפשר לזהות בדבר חקיקה מסוים פגיעה בזכות חוקתית, אפשר להניח כי עצם קביעתה בדבר החקיקה מלמדת שהמחוקק סבר כי היא עומדת במבחנים של פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד, אלא אם מדובר בחקיקה שקדמה לחוקי היסוד, המוגנת לפי סעיף שמירת הדינים.<sup>51</sup> גם כאן, כדי לבחון את מידת הצדקה של הפגיעה בזכות החוקתית, אפשר להשוות בין החוק הפוגע לבין חוקים דומים העוסקים בנושאים דומים.

תנאי מקדמי להשוואה מעין זו הוא דמיון מהותי בין החוקים – גם במטרה שלשמה נועדה הפגיעה באותה זכות חוקתית וגם באמצעים להשגתה. אם ההשוואה בין החוקים מעלה הבדל במידת הפגיעה בזכות החוקתית, ראוי לבחון אם יש לכך הצדקה בנסיבות הספציפיות של כל אחד מהחוקים.

ההנחה בדבר קיומה של הרמוניה חוקתית משמעה שכאשר המחוקק מגלה את דעתו בדבר שיעור הפגיעה המוצדק בזכות חוקתית בדבר חקיקה מסוים, למעשה הוא קובע את המידתיות הראויה של הפגיעה באותה זכות בהתאם לדרישות שבפסקת ההגבלה. בכך המחוקק יוצר רף חוקתי שאי-אפשר להתעלם ממנו גם בדברי חקיקה אחרים העוסקים בנושאים דומים. לכן, אפשר להניח כי פגיעה חמורה יותר באותה זכות בחוק אחר חורגת לכאורה מעקרון המידתיות, שהרי המחוקק כבר הסתפק בפגיעה קלה יותר בזכות זו בחוק אחר.

תיתכן הצדקה לפגיעה חמורה יותר רק אם יש בחוק הספציפי נסיבות ייחודיות ושונות מהנסיבות שבחוקים אחרים, שפגיעתם בזכות קטנה יותר. בהיעדר נסיבות כאלה, אין להניח שיש הסדר שלילי המצדיק את השוני בין פרטי הדינים; סביר יותר לתלות את השונות בין הפרטים באופיו של תהליך החקיקה, שאינו נעשה מקשה אחת אלא מתבצע לאטו, טיפין-טיפין מנושא לנושא, בתקופות שונות ועל ידי מחוקקים שונים.

בנסיבות אלה יש מקום לבחון רטרוספקטיבית מעת לעת את האפשרות לסנכרן וליצור התאמה – או לפחות לצמצם את הפער – בין חוקים העוסקים בנושאים דומים. הקו המנחה בבחינה כזו, הנובע מהעיקרון בדבר הרמוניה החוקתית, הוא שאיפה ליישור קו בחוקים דומים בהתאם לרף הפגיעה הנמוך ביותר בזכות חוקתית שבאחד מהחוקים: רף נמוך זה הוא שקובע למעשה את המידתיות הראויה של הפגיעה המותרת באותן זכויות בנסיבות דומות. בחינה כזו ראוי שתיעשה גם בנוגע לחוקים שנחקקו קודם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, למרות סעיף שמירת הדינים, מפני שעקרון המידתיות העומד ביסודה של בחינה זו הוא חלק מהדין הישראלי: הוא משקף נורמה של המשפט הבינלאומי המנהגי<sup>52</sup> שהתקיימה אף טרם חקיקתו של החוק האמור.

אמחיש בדוגמה הבאה: כידוע, זכות הקניין היא זכות חוקתית המוגנת במפורש בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. למרות זאת, שורה של חוקים מקנים לבית המשפט סמכות לחלט את רכושו של אדם שהורשע בעברה נוסף על עונשים אחרים הנגזרים עליו

51 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391 (להלן: ח"י כבה"א).

52 ראו יובל שני השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי 11 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009). על ההתפתחות ההיסטורית של עקרון המידתיות במשפט הישראלי ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 258 (2010).

בעקבות הרשעתו, תוך פגיעה בזכות הקניין שלו. כך, למשל, נקבע בעברת השוחד לפי סעיף 290 לחוק העונשין, וכך נקבע גם ביחס למי שהורשע בעברות סמים לפי סעיף 36 לפקודת הסמים המסוכנים. כאשר מדובר באדם שהורשע אין בכך כדי לעורר קושי חוקתי, מפני שהחילוט הוא למעשה רכיב נוסף של ענישה; אולם במקרים מסוימים סמכות החילוט שרירה גם כאמצעי אכיפה עצמאי: בית המשפט מוסמך לחלט רכוש בהליך אזרחי בלא שקדמה לכך הרשעה בהליך פלילי.

סמכות כזו מופיעה למשל בפרק ו' לחוק איסור מימון טרור, תשס"ה-2005, וגם בפרק ד' לחוק המאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003.<sup>53</sup> עיון בחוקים הללו מגלה הבדלים לא מבוטלים בין פרטי הדינים של החוקים המקנים סמכות חילוט. כך, למשל, לעניין נטל ההוכחה הנדרש לחילוט אזרחי לפי סעיף 24 לחוק איסור מימון טרור, נקבע כי "ההוכחה של העובדות והתנאים לצורך חילוט לפי פרק זה תיעשה ברמה הנדרשת במשפט אזרחי". לעומת זאת, סעיף 17 לחוק המאבק בארגוני פשיעה מבחין בין הוכחת הביצוע של העבירה, ש"תיעשה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי" לבין הוכחת הקשר בין הרכוש לבין העבירה, ש"תיעשה ברמה הנדרשת במשפט אזרחי".

כידוע, רף ההוכחה הפלילי גבוה יותר מרף ההוכחה האזרחי. העובדה שחוק איסור מימון טרור קובע רף אזרחי בלבד מעידה כי המחוקק הסתפק לכאורה ברף ראייתי נמוך יותר מזה הנדרש בחוק המאבק בארגוני פשיעה, הדורש – ביחס לחלק מהעובדות – גם עמידה ברף ההוכחה הפלילי. במילים אחרות, משמעות ההבדל בין החוקים היא שזכות הקניין מוגנת פחות בהקשר של מימון טרור, ולכן הפגיעה בה בהפעלת סמכות החילוט חמורה יותר מהפגיעה בה בחילוט לפי חוק המאבק בארגוני פשיעה. בהנחה שיש דמיון מהותי בין שני החוקים הללו, גם במטרה וגם באמצעים להשגתה, יש מקום להשוות ביניהם ולהקיש מהחוק המקל אל החוק המחמיר. אם לא תימצא הצדקה להחמרה מיוחדת בנושא מימון טרור, אפשר יהיה לטעון שהחוק המחמיר אינו מידתי.

ככלל, בחינה של נושא המידתיות היא קשה מטבעה. בית המשפט העליון התייחס לכך כשציין כי המידתיות אינה ניתנת למדידה, וכי אין בנמצא נוסחה שיכולה למרוד את העוצמה או את המשקל של פגיעה בזכות מסוימת ביחס לרווח העשוי לצמוח ממנה לאינטרס הציבורי.<sup>54</sup> הדברים, שנאמרו בנוגע לפגיעה בזכות לחירות אישית של חיילים, יפים גם לפגיעה בזכויות אחרות. אכן, כאשר המטרה היא עצם הזיהוי של פער מידתי וקביעת שיעורו – הקושי גדול, מפני שכיוון מספרי של פערים בין חוקים דומים צריך להתבסס על מחקר אמפירי מעמיק, הכרוך במשאבים רבים ומחייב התמחות מקצועית מתאימה; אם לא כן הוא עלול ללקות במידה של שרירותיות.

53 סמכות דומה מופיעה גם בחוקים נוספים, למשל בס' 22 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, ס"ח 1753 (ביחס לרכושו של אדם החשוד בעברות על חוק זה, אך אי-אפשר להגיש נגדו כתב אישום מפני שאי-אפשר לאתר), וכן בס' 32 לחוק המאבק בתכנית הגרעין של איראן, התשע"ב-2012, ס"ח 2377 (ביחס לרכוש הקשור לעברה על חוק זה, במישור או בעקיפין). סמכות דומה נקבעה גם בפרק 11 לחוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984, ס"ח 1118.

54 בג"ץ צמח, לעיל ה"ש 3, עמ' 273.

בכך יתרונה של המתודולוגיה ההשוואתית, שנועדה בעיקר לשרת מטרה יישומית. יתרון זה בא לידי ביטוי בשניים: במישור הזיהוי יש בה כדי לסייע בזיהוי של פגיעת-יתר בזכויות חוקתיות – לא בדרך של אומדן והערכה העלולים ללקות בשרירותיות אלא בדרך מדויקת יותר, של השוואה לעוגנים חוקתיים שקבע המחוקק עצמו בנסיבות דומות. במישור השני, היישומי, זיהוי מדויק של הפער החוקתי עשוי להקל על הצעת תיקוני חקיקה מתאימים לתיקון המעוות. הגדרת המטרה בדרך זו שמה את הדגש על הדרך לצמצום הפערים, ולא על הערכת שיעור הפער ביחס לרכיבים השונים נשואי הבדיקה, שכאמור קשים לכימות מספרי.

## 2. היישום המעשי

השימוש במתודולוגיה ההשוואתית צריך להיעשות בשלושה שלבים: בשלב הראשון יש לקבוע אילו חוקים עוסקים בנושאים דומים לצורך תכלית דומה ולכן יכולים להיכלל במסגרת אחת. חוקים אלה יכוננו להלן "קבוצת הייחוס", כאשר המכנה הבסיסי המשותף לכולם הוא כאמור פגיעה בזכות יסוד חוקתית ודמיון מהותי במטרה ובאמצעים להשגתה. המכנה המשותף יאפשר ליצור בסיס השוואתי רלוונטי לכל החוקים הכלולים בקבוצת הייחוס. בשלב השני יש לזהות בכל אחד מהחוקים שבקבוצת הייחוס את אמצעי ההגנה לפי פרמטרים שונים, שיש בהם כדי לצמצם את הפגיעה באותה זכות חוקתית. כך, למשל, כאשר מדובר בפגיעה בזכות לחירות אישית, אפשר להתייחס להגבלות על משך המעצר וכן לחיזוק הביקורת השיפוטית בשלבים השונים של הליך המעצר. המבחן העיקרי הוא העמידה בתנאי פסקת ההגבלה שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>55</sup>

בשלב השלישי יש להשוות בין החוקים שבקבוצת הייחוס ולאחר אמצעי הגנה חוקתיים המופיעים בכמה מהם. להשוואה יש מטרה כפולה: ראשית, לבדוק אם יש פערים בין היקפי ההגנה החוקתית על זכויות יסוד הקבועים בחלק מן החוקים, אשר ניתנים לגישור על ידי אימוץ אמצעי הגנה רלוונטיים שבחוקים אחרים בקבוצת הייחוס. שנית, לבדוק את מידתיות הפגיעה בזכויות חוקתיות בחוקים השונים, בהתייחס לפרמטרים חוקתיים הקיימים בכמה מהחוקים או בכולם, כשהכלל הוא שיש לצמצם פגיעה כזו למינימום ההכרחי וליישר קו עם רף הפגיעה הנמוך, אלא אם יש טעם ממשי להבחין בין החוקים.

המתודולוגיה ההשוואתית אינה מתייחסת לכל חוק כמכלול העומד בפני עצמו, אלא פורשת את כנפיה על כל החוקים שבקבוצת הייחוס. יש לערוך בחינה רוחבית בכל החוקים הללו, ולבחון בנפרד כל אחד מהפרמטרים שנועדו לצמצם את הפגיעה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים. כך אפשר יהיה לאתר את רף הפגיעה הנמוך שישמש אמת-מידה לבחינת המידתיות של אותו פרמטר בכל החוקים בקבוצה. בחינה כזו מתבקשת גם מכוח העיקרון בדבר הרמוניה חקיקתית שנזכר לעיל.

לכן, כאשר המחוקק מביע את עמדתו באשר למידה המספקת של פגיעה בזכות מוגנת באחד מדברי החקיקה שבקבוצת הייחוס, למעשה הוא יוצר עוגן חוקתי שאי-אפשר להתעלם ממנו גם בדברי החקיקה האחרים בקבוצה. חריגה ממנו יכולה להיות מוצדקת רק אם היא

55 שם, בעמ' 262: "השאלה בכל מקרה של פגיעה בחירות האישית היא אם הפגיעה עומדת בתנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה. פיסקה זאת היא קו ההגנה על זכויות היסוד, לרבות החירות האישית".

הכרחית להשגת המטרה של החוק שבו החריגה. חריגה שאי-אפשר למצוא לה הצדקה מתאימה מלמדת לכאורה על פגיעה לא מידתית בזכות, באופן שמצדיק לשקול תיקון חקיקה – אלא אם אפשר להגיע לתוצאה זו בדרך פרשנית,<sup>56</sup> שתוביל בסופו של דבר לצמצומו או אף לכיטולו של הפער בין החוקים בנוגע לפרמטר שבו זוהתה החריגה.

## ד. יישום המתודולוגיה ההשוואתית על חוקים שיש בהם פגיעה בזכות לחירות

### 1. השלב הראשון: הגדרה של קבוצת הייחוס

בשלב הראשון, יישום המתודולוגיה ההשוואתית לבחינת דברי חקיקה שיש בהם פגיעה חמורה בזכות הפרט לחירות אישית מחייב לקבוע אילו חוקים ייכללו בקבוצת הייחוס. התייחסתי לנושא זה בפתח הדברים, כשצינתי כי אף שראוי היה לכלול בקבוצת הייחוס ארבעה דברי חקיקה לא אוכל לדרון ככולם מפאת קוצר היריעה. אם כן, במאמר זה אתייחס לשני חוקים בלבד: חוק המעצרים וחוק המעצרים המנהליים; הדיון בשני דברי החקיקה הנותרים ייעשה במסגרת נפרדת.

ראוי להקדים ולומר כי מעצר במסגרת הליך פלילי כרוך בשני שלבים: הראשון הוא מעצר לצורך חקירה לפני הגשת כתב אישום, והוא מכונה גם "מעצר ימים"; השני הוא מעצר עד תום ההליכים לאחר הגשת כתב האישום. לא הרי זה כהרי זה, ולכל שלב תכלית שונה ודינים ייחודיים משלו. השלב הראשון – מעצר ימים – נועד בעיקר לשרת את צורכי החקירה, והוא אינו מוביל בהכרח לשלב השני, שכן לעתים מזומנות החקירה מסתיימת בלא שמוגש כתב אישום.<sup>57</sup> השלב השני – מעצר עד תום ההליכים – נועד בעיקר להבטיח את הניהול התקין של המשפט, והוא בדרך כלל המשכו של השלב הראשון. שני השלבים יוצרים יחד הליך מעצר רציף המוסדר באותו דבר חקיקה, גם אם דיניהם שונים במקצת, בהתאם לאופי השונה של כל אחד מהם. לכן לא ראיתי מקום להתייחס לכל שלב בנפרד, למעט אזכור של השלב הרלוונטי כשהדבר נחוץ.

השילוב של מעצר פלילי ומעצר מנהלי באותה קבוצת ייחוס מחייב הסבר, בהתחשב בהבדלים הבולטים בין ההליכים. במעצר פלילי עד תום ההליכים יש כתב אישום והנאשם יודע מה מיוחס לו ומכיר את חומר הראיות נגדו, ולכן הוא יכול להתגונן כראוי מפני הטענות נגדו. לעומת זאת, במעצר מנהלי אין כתב אישום, העציר אינו חשוף לחומר הראיות וממילא אין ביכולתו לטעון כראוי להגנתו. גם אופי ההליכים שונה: המעצר הפלילי הוא הליך ביניים במהותו, נלווה ומשני להליך העיקרי של המשפט, שתכליתו העיקרית צופה

56 לדיון בהעדפה של פרשנות חוקתית של חוקים על פני התערבות בחקיקת הכנסת ראו בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 15 (פורסם בנוב, 2012.5.28).

57 ראו על כך ברוח הפעילות של הסנגוריה הציבורית לשנת 2014, עמ' 19: "[...] ברוב הגדול של מעצרי הימים (בין כמחצית לשני שלישים לפי ההערכות), כלל לא מוגש כתב אישום כנגד העצור, ותיק החקירה שנפתח בעניינו נסגר מאוחר יותר" (ניתן לצפייה באתר משרד המשפטים בפרק של הסנגוריה הציבורית: [www.justice.gov.il/Units/SanegoriaZiborit/DohotRishmi/Pages/dohot.aspx](http://www.justice.gov.il/Units/SanegoriaZiborit/DohotRishmi/Pages/dohot.aspx)).

פני עבר – הבאת אדם לדין בשל עברות שכבר נעברו. בהיותו הליך ביניים, מסגרת הזמן של המעצר הפלילי מוגבלת על פי חוק ומסתיימת בתוך שלושים יום כשמדובר במעצר ימים, או בתום תשעה חודשים כשמדובר במעצר עד תום ההליכים.<sup>58</sup> לעומת זאת, המעצר המנהלי הוא הליך עצמאי, נעדר נקודת סיום סטטוטורית, ותכליתו צופה פני עתיד – מניעת הביצוע של מעשים העלולים לפגוע בביטחון הציבור או בביטחון המדינה.<sup>59</sup>

למרות הבדלים אלה, במישור המהותי המעצר הפלילי והמעצר המנהלי משתייכים לתחום הפלילי ואפשר לזהות בשניהם מטרה דומה – הגנה על הציבור מפני התנהגות עבריינית העלולה לפגוע בו, בין שמדובר בעבריינות בעלת אופי פלילי ובין שמדובר בעבריינות בעלת אופי ביטחוני. העובדה שבהליך המנהלי אין כתב אישום נובעת בעיקר מהצורך לחסות את הראיות, ואלמלא אילוץ זה – המעשים המיוחסים לעצירים המנהליים, מעבר להיותם אינדיקציה למסוכנות עתידית, היו יכולים לבסס במקרים רבים גם אישום פלילי.<sup>60</sup> גם האמצעי להשגת המטרה דומה: שלילת חירות בדרך של מעצר. יש נקודות דמיון בולטות בין ההליכים גם בפרוצדורה הדיונית של המעצר. בשני ההליכים השורשים נטועים בעבר אולם עילות המעצר צופות פני עתיד. שלוש העילות הקלאסיות המפורטות בסעיף 21(א) לחוק המעצרים – מסוכנות, שיבוש הליכי משפט והימלטות מן הדין – מסבירות את החשש מפני התפתחויות עתידיות, וכך גם המעצר המנהלי, שנועד למנוע מסוכנות עתידית. כמו כן, בשני ההליכים ניתן ביטוי לעיקרון השיוריות שעוגן בחוק המעצרים ביחס לשלבי המעצר הפלילי, ונקבע בפסיקה ביחס למעצר המנהלי.<sup>61</sup> גם הביקורת השיפוטית ההדוקה בשני ההליכים – אף שמתכונתה שונה בכל אחד מהם – מבטאת את העיקרון שלפיו שלילת חירות צריכה להיות כפופה לפיקוח שיפוטי אפקטיבי.

זאת ועוד: גם בנוגע לעיון בראיות יש דמיון בין שני ההליכים. בדומה להליך המנהלי, גם בשלב הראשון של המעצר הפלילי, טרם הגשת כתב האישום, אפשר להציג לפני בית המשפט חומר חסוי אם יש חשש שחשיפתו בשלב זה תביא לפגיעה בחקירה או באינטרס ציבורי חשוב אחר, ובית המשפט רשאי להסתמך עליו בהחלטתו.<sup>62</sup>

יוצא אפוא כי למרות ההבדלים, שני ההליכים שייכים למעשה לתחום המשפט הפלילי. מטרתם דומה – למנוע סוגים שונים של מסוכנות בראייה הצופה פני עתיד, וגם האמצעים להשגתה מוסדרים בשניהם על ידי פרוצדורה דיונית דומה. קווי הדמיון בין ההליכים מאפשרים

58 תקופות המעצר הללו ניתנות להארכה בתנאים מסוימים: בקשה למעצר ימים מעבר לשלושים יום מחייבת אישור של היועץ המשפטי לממשלה, ובקשה להמשך מעצר אם המשפט לא הסתיים בתוך תשעה חודשים מחייבת החלטה של שופט של בית המשפט העליון, לפי סעיפים 17(ב) ו-62 לחוק המעצרים, בהתאמה.

59 ראה עניין אגבר, לעיל ה"ש 6, בפס"ו; ראו עוד אמצעים חריגים למאבק בטרור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 26.

60 ראו, למשל, עמ"ס 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258, 262 (2004) (להלן: עניין פחימה). עם זאת, הפסיקה הכירה גם באפשרות לבסס מעצר מנהלי על ראיות מנהליות שאינן קבילות במשפט פלילי; שם, בעמ' 263.

61 סמוך לה"ש 6.

62 ס' 15(ה) לחוק המעצרים. עם זאת, ההסתמכות על ראיות חסויות אפשרית רק בפרק הזמן המוגבל של מעצר ימים.



לכלול אותם באותה קבוצת ייחוס ולהשוות ביניהם. זיהוי מדויק של הפער בזכויות העצירים בין ההליכים יוכל לסייע להבנה מעמיקה יותר של עקרונות המעצר המנהלי, וכפועל יוצא מכך – לבדוק את מידת ההצדקה לפגיעה הקשה בזכויות יסוד הכרוכה בהליך המנהלי, ולבחון את האפשרות לצמצם את הפגיעה ככל האפשר.

## 2. השלב השני: זיהוי הפרמטרים החוקתיים בחוקים שבקבוצת הייחוס

לאחר שהוגדרה קבוצת הייחוס מגיע השלב השני – זיהוי הפרמטרים החוקתיים שבחוקים הכלולים בה. תחילה אבדוק את הפרמטרים הללו במעצר הפלילי. על ציר הזמן של הליכי המעצר הפליליים, אפשר לזהות הגבלות סטטוטוריות שונות, שנועדו לצמצם למינימום ההכרחי את הפגיעה הקשה בזכויות הפרט הכרוכה בביצוע המעצר.

נראה כי אפשר למצוא בחוק המעצרים 15 פרמטרים חוקתיים, הנובעים למעשה מארבעה עקרונות יסודיים: **שירותיות** – המעצר הוא מוצא אחרון כשאין חלופה פוגענית פחות; **שיפוטיות** – פקודות המעצר ניתנות ככלל על ידי שופט וכפופות לביקורת שיפוטית; **הוגנות** – זכות להליך הוגן שמשמעותה מודעות של החשוד להליכים המתנהלים נגדו, ומתן אפשרות הוגנת לעציר לטעון להגנתו, לרבות עיון בחומר הראיות בזמן המתאים. במסגרת זו אפשר לכלול גם את זכות הערעור שנועדה לתת מענה לאפשרות שנפלה טעות בהחלטת הערכאה הדיונית; **וזמניות** – נקבע פרק זמן מינימלי עד להופעה לפני שופט במעצר לצורך חקירה, ויש הגבלות על משך המעצר גם במעצר עד תום ההליכים. להלן אפרט כיצד העקרונות הללו באים לידי ביטוי בהוראות של חוק המעצרים.

**עקרון השירותיות**<sup>63</sup> בא לידי ביטוי הן בהוראות לרשות המבצעת – לגורמי האכיפה – כאשר לעדיפות השימוש בעיכוב על פני השימוש במעצר,<sup>64</sup> והן בהוראות לרשות השופטת – לבית המשפט שדן במעצרו של אדם – לוודא טרם החלטה על מעצר שאי-אפשר להשיג את מטרת המעצר בדרך הפוגעת פחות בחירותו, בין שמדובר בחשוד לפני הגשת כתב אישום ובין שמדובר בנאשם לאחר הגשת כתב אישום.<sup>65</sup>

**עקרון השיפוטיות** מתייחס למסגרת הפרוצדורלית של דיני המעצר (בשונה מעקרון ההוגנות, המתייחס לפרטי הדינים שבתוך הליך המעצר). עיקרון זה מתבטא קודם כל בכלל הבסיסי שהזכרתי בראשית הדברים, המייחס עדיפות למעצר בצו של שופט.<sup>66</sup> כאשר שופט מוציא פקודת מעצר בלא נוכחות חשוד, או כשנדרש לבצע מעצר בלא צו שופט, בנסיבות המפורטות בסעיף 23 לחוק המעצרים – יש להביא את העציר לפני שופט בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות ממעצרו.<sup>67</sup> על השופט מוטלות הגבלות בקביעת משך המעצר שלפני הגשת כתב אישום: משך המעצר לא יעלה על 15 יום בכל צו שיפוטי; השופט רשאי להאריך

63 על ההיבטים החוקתיים של עקרון השירותיות ראו אריאל בנדרו והדר דנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שירותיות המשפט הפלילי" ספר אליהו מצא 373 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

64 ס' 23(ג) לחוק המעצרים.

65 שם, ס' 13(ב) וס' 21(ב)(1), בהתאמה.

66 לעיל, סמוך לה"ש 5.

67 ס' 17(ג) ו-29(ב) לחוק המעצרים, בהתאמה.

את המעצר מעת לעת לתקופות נוספות, ובלבד שמשך המעצר הכולל "ברצף אחד בקשר לאותו אירוע לא יעלה על 30 יום";<sup>68</sup> ובקשת מעצר מעבר לתקופה זו מותנית באישור של היועץ המשפטי לממשלה.

התוצאה המעשית של ההגבלות הללו היא ביקורת שיפוטית הדוקה על הליכי המעצר במהלך החקירה, טרם הגשת כתב אישום, כשהזמן בין ביקורת אחת לרעותה אינו יכול לעלות על 15 יום. היבט נוסף של עקרון השיפוטיות טמון בזכותו של עציר לעתור לעיון חוזר במעצרו לפני הערכאה שהחליטה על המעצר, בהתקיים אחת העילות הקבועות בחוק: עוברות חדשות, שינוי נסיבות או חלוף זמן ניכר ממועד מתן ההחלטה הקודמת.<sup>69</sup>

**עקרון ההוגנות משמעו, בהקשר שלנו, יישום של הכללים המנחים בדבר הזכות להליך הוגן בהליכי המעצר הפלילי.** קיתונות של דיו נשפכו בכתיבה על מהותה ועל היקפה של הזכות להליך הוגן;<sup>70</sup> אף נאמר כי היא זכות מסגרת שממנה נגזרות זכויות דיוניות רבות של חשודים ונאשמים בפלילים.<sup>71</sup> הזכות להליך הוגן הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>72</sup> והיא באה לידי ביטוי בכמה הסדרים חקיקתיים שיצקו בה תוכן מעשי בשלבים שונים של ההליך הפלילי.<sup>73</sup>

כאמור לעיל, חשיבות ההגנה החוקתית בולטת במיוחד בהליכי מעצר, בשל הפגיעה הקשה הכרוכה בעצם ביצוע המעצר בזכות הבסיסית ביותר – בחירות. לכן, נקבע כי הליך מעצר הוגן הוא עיקרון חוקתי יסודי המתחייב מההגנה על הזכות לחירות ולכבוד, וכי הביקורת השיפוטית האפקטיבית היא חלק בלתי-נפרד מהליך המעצר החוקתי.<sup>74</sup>

הזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי בכמה סעיפים בחוק המעצרים. אחד מביטוייה הבולטים הוא זכותו של עציר, ככלל, להיות נוכח בדיוני המעצר שלו ובהליכים אחרים

68 שם, ס' 17.

69 שם, ס' 52(א).

70 ראו, למשל, אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 863 (2014); ראו גם הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ' "הדרור הבא" של זכויות נפגעי עבירה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 549 (2015), וכן תגובתו של אריאל בנדור "המעמד החוקתי של זכויות נפגעי עבירה – בעקבות מאמרו של הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ'" עיוני משפט לו 605 (2015).

71 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, פס" 67 (2006).

72 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 375, 354 (2002); ראו גם רע"פ 837/12 מדינת ישראל נ' גוסקוב, פס" ל (פורסם בנבו, 20.11.2012): "[...] הזכות להליך הוגן היא מיסודות המשפט החוקתי שלנו. פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן עשויה כאמור לעלות לכדי פגיעה מהותית ביכולת להתחקות אחר האמת ובזכות החוקתית לחרות ולכבוד האדם [...]"

73 ראו, למשל, בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93, פס" 25 ואילך (2006).

74 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 531, 500 (2010). על הצורך בסדרי דין מיוחדים בדיוני מעצר עד תום ההליכים, נוכח הפגיעה הקשה בחירות הנאשם שטרם הורשע, ראו בש"פ 3357/06 כעביה נ' מדינת ישראל, פס" 6 (פורסם בנבו, 1.5.2006).

בעניינו.<sup>75</sup> נאמר על זכות זו כי היא זכות חוקתית מוגנת לפי חוק היסוד מפני שהיא רכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן.<sup>76</sup>

בד בבד עם זכות הנוכחות נקבעה בחוק גם חובה לקיים דיוני מעצר בדלתיים פתוחות, כביטוי לעיקרון בדבר פומביות הדיון,<sup>77</sup> אולם נדמה שעיקרון זה נועד בעיקר לשרת אינטרס אחר – זכות הציבור לדעת – ולא הגנה חוקתית על זכויות העציר. אדרבה, סביר להניח שרוב העצירים היו מעדיפים שהדיון בעניינם יתקיים הרחק מהעין הציבורית. עם זאת, בעיקרון בדבר פומביות הדיון יש היבט נוסף – פיקוח ציבורי על תקינות ההליכים המשפטיים<sup>78</sup> – שנועד, בין היתר, להבטיח את זכויותיהם של העומדים לדין. מסיבה זו החלטתי, בסופו של דבר, לכלול גם נושא זה במניין ההגנות החוקתיות על העציר בהליכי המעצר.

הזכות להיות נוכח במשפט קשורה לזכות רחבה יותר – זכות הטיעון, שאף היא נגזרת מהזכות להליך הוגן.<sup>79</sup> זכות בסיסית זו מעוגנת בסעיף 21(ב) לחוק המעצרים, הקובע כי בית המשפט חייב להיות משוכנע, לאחר ששמע את טענות הצדדים, כי יש ראיות לכאורה להוכחת האשמה.

המימוש של זכות הטיעון כרוך במתן זכות לעציר לעיין בחומר החקירה עם הגשת כתב האישום, שגם לה יש מעמד חוקתי.<sup>80</sup> זכות העיון אינה מעוגנת בחוק המעצרים אלא בחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כי לאחר הגשת כתב אישום, הנאשם וסנגורו רשאים לעיין בחומר החקירה וכן ברשימת כל הראיות שנאספו במהלך החקירה ונמצאים בידי התביעה – ולהעתיקם.<sup>81</sup>

זכות הטיעון כרוכה גם בזכות ההיוועצות והייצוג על ידי עורך־דין, הכלולה בזכות להליך הוגן<sup>82</sup> ואף הוכרה כזכות חוקתית.<sup>83</sup> זכות זו מעוגנת בשורה של הוראות בחוק המעצרים המתמייחסות לסנגור של העציר, ובמיוחד בסעיף 32 המחייב את המשטרה, בין היתר, להודיע לעציר על זכותו להיות מיוצג על ידי סנגור. עם זאת, יש לגורמי האכיפה סמכות לעכב לפרק זמן מוגבל את המפגש עם עורך־דין.<sup>84</sup>

- 75 ס' 16(2) וס' 57(א) לחוק המעצרים, בהתאמה.
- 76 עניין פלונז, לעיל ה"ש 74, בעמ' 529. על היקפה של זכות הנוכחות ראו עוד בפסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 780 (1996).
- 77 ס' 16(3) לחוק המעצרים.
- 78 ראו, למשל, רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, פס' 18 (פורסם בנבו, 9.1.2014): "עיקרון פומביות הדיון נועד להבטיח שדיוני בית המשפט יהיו פתוחים ונגישים לקהל הרחב ועל מנת שפועלה של מערכת המשפט והליכיה יהיו שקופים ונתונים לפיקוח ציבורי [...]".
- 79 בג"ץ 3368/10 משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון, פס' 52 (פורסם בנבו, 6.4.2014).
- 80 בש"פ 6103/14 וינברגר נ' מדינת ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 30.9.2014).
- 81 ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 1043.
- 82 בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 761 (2004).
- 83 בג"ץ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 209, 212 (1993).
- 84 סמכות המשטרה מוגבלת לעיכוב עד עשרה ימים. בהחלטת נשיא בית משפט מחוזי, לאחר הגשת בקשה מתאימה ובאישור היועץ המשפטי לממשלה, אפשר להאריך את מניעת המפגש

הגנה נוספת על זכויותיו של העציר בהליך הפלילי, שאפשר לכלול גם אותה במסגרת הזכות להליך הוגן, היא זכות הערעור; בהקשר של החלטות מעצר המינוח המדויק יותר הוא "זכות הערר". שאלת מעמדה החוקתי של זכות הערעור טרם הוכרעה. אמנם הובעה דעה שלפיה מאז עוגנה זכות הערעור בחוק יסוד: השפיטה, מקובל לראות בה זכות בעלת מעמד חוקתי, גם אם "עוצמתה של זכות זו והיקפה אינם ברורים כל צורכם"<sup>85</sup>. טענה זו לא התקבלה במפורש בפסיקת בית המשפט העליון, אף שייטכן להסיק זאת במשתמע לגבי ערר ראשון על החלטת מעצר.<sup>86</sup> בכל מקרה, גם אם אין מדובר בזכות בעלת מעמד חוקתי, אין ספק שמדובר בזכות בעלת חשיבות רבה להבטחה של מערכת שיפוט תקינה והוגנת.<sup>87</sup> עיקרון הזמניות בא לידי ביטוי במגבלות זמן המתייחסות לשלבים של הליך המעצר, נוסף על החובה שהזכרה לעיל לבצע ביקורת שיפוטית ראשונית בתוך 24 שעות מעת המעצר. חובה להגיש כתב אישום נגד חשוד הנתון במעצר בתוך 75 יום מעת המעצר;<sup>88</sup> משהוגש כתב אישום יש לבצע הקראה ולהתחיל את המשפט בתוך 30 יום,<sup>89</sup> ויש לסיים את המשפט בהכרעת דין בתוך תשעה חודשים מעת המעצר.<sup>90</sup> חריגה ממגבלות הזמנים הללו מביאה מניה וביה לשחרור העציר מהמעצר, אלא אם אושרה החריגה על ידי שופט של בית המשפט העליון.<sup>91</sup>

מדובר אפוא ב־15 פרמטרים חוקתיים, בשלבים שונים של הליך המעצר הפלילי, שסדר הופעתם על ציר הזמן הכרונולוגי יפורט להלן. שלושת הפרמטרים הראשונים מתייחסים לגורמי האכיפה: (1) עליהם להעדיף מעצר בצו שופט; (2) הם רשאים לנקוט הליך זה רק בדלית ברירה, כשא־אפשר להסתפק בצעד פוגעני פחות כמו עיכוב; (3) והם חייבים להביא את העציר לביקורת שיפוטית ראשונה בתוך 24 שעות. ארבעה פרמטרים נוספים מתייחסים

- 
- לפרק זמן נוסף, ובלבד שהתקופה הכוללת שבה נמנע מפגש כאמור לא תעלה על 21 יום; ראו ס' 35(ד) לחוק המעצרים.
- 85 ראו רע"א 9041/05 "אמרי חיים" עמותה רשומה נ' אהרן ויזל, עמ' 7 (פורסם בנבו, 30.1.2006); ראו גם עניין מוסלי, לעיל ה"ש 47, פס' 8.
- 86 בשונה מערר שני. ראו בג"ץ 2442/11 עו"ד שטנגר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 26.6.2013), שבו נדחתה עתירה נגד חוקתיותו של תיקון מס' 8 לחוק המעצרים. תיקון זה קבע, בין היתר, כי עררים לבית המשפט העליון על החלטות של בית משפט מחוזי, שניתנו בערר על החלטות בית משפט שלום בענייני מעצר, יהיו ברשות ולא בזכות.
- 87 בג"ץ 87/85 ארגיזוב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 363 (1988). פסק הדין של הנשיא שמגר ניתן טרם עידן "המהפכה החוקתית" של חוקי היסוד בתחילת שנות התשעים, אולם בין היתר נאמר בו: "[...] הלכה והתגבשה בשיטות המשפט המודרניות, ובכלל זה גם במשפטנו, ההשקפה, כי הבטחתה של זכות הערעור מקובלת בדרך כלל כמרכיב מהותי של שפיטה הוגנת [...]" (שם, בעמ' 362). מן הדברים משתמע לכאורה כי אליבא דשמגר, זכות הערעור היא אחד הרכיבים של הזכות להליך הוגן שלימים הוכרה כזכות חוקתית, כמפורט לעיל.
- 88 ס' 59 לחוק המעצרים.
- 89 שם, ס' 60.
- 90 שם, ס' 61.
- 91 שם, ס' 62(א).

לזכויות הדייוניות של העציר במהלך מעצרו: (4) זכותו להיוועץ בעורך־דין ללא דיחוי; (5) זכותו להיות נוכח בעת הדין בעניינו; (6) זכותו שהדין יתקיים ככלל בדלתיים פתוחות, כנגזרת מהעיקרון בדבר פומביות הדין; (7) זכותו להשמיע את טיעונו בעת הדין בעניינו. שלושה פרמטרים נוספים מתייחסים להחלטת המעצר: (8) דרישה להיעדר חלופת מעצר פוגענית פחות כתנאי להחלטת בית המשפט לעצור חשוד או נאשם; (9) הגבלה על תקופת המעצר לפי צו מעצר שיפוטי לפני הגשת כתב אישום – עד 15 יום; (10) זכות ערר על כל החלטה בדבר מעצר או שחרור ממעצר. חמשת הפרמטרים הנוותרים מתייחסים למעשה למשפט עצמו: (11) חובה על התביעה להגיש כתב אישום נגד חשוד הנתון במעצר בתוך 75 יום מעת המעצר; (12) חובה על בית המשפט להתחיל את המשפט בתוך שלושים יום ממועד ההגשה של כתב האישום; (13) חובה על בית המשפט לסיים את המשפט בתוך תשעה חודשים ממועד זה; (14) יש לנאשם זכות לעיין בחומר הראיות נגדו; (15) ויש לו גם זכות לעתור לעיון חוזר במעצרו, בהתקיים אחת מהעילות המפורטות בחוק.

המשקל המצטבר של כל הפרמטרים הללו יכול להוביל למסקנה שדיני המעצר הפלילי משקפים איזון ראוי בין זכות החירות של הפרט לבין הגנה על אינטרסים של הכלל, כפי שאכן נאמר גם בפסיקה שקדמה לחוק המעצרים. כך, למשל, בעקבות התיקון התשיעי לחוק סדר הדין הפלילי,<sup>92</sup> שבו עוגנו לראשונה בחקיקה עילות המעצר ונקבע העיקרון שלפיו חומרת העברה כשלעצמה לא תהווה עילה למעצר, נאמר בעניין גאנימתי כי יש בתיקון זה איזון ראוי בין הגנה על זכותו הבסיסית של הפרט לחירות ממעצר לבין הצורך להגן על אינטרסים חשובים לא פחות של הכלל, כמו הגנה על שלומו וביטחונו של הציבור, הבטחת תקינותם של הליכים שיפוטיים וכיוצא באלה.<sup>93</sup>

גם חוק המעצרים נתפס כדבר חקיקה מתקדם, שנועד לאזן בין זכויות האדם לבין האינטרסים של הציבור באופן שהולם את ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ברוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>94</sup> אפשר אפוא להניח כי רוב ההגבלות על הליכי המעצר הקבועות בחוק המעצרים עולות בקנה אחד, ולמעשה נובעות, מהדרישות של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד,<sup>95</sup> ולכן יש להן מעמד חוקתי או קרוב לכך.

כפי שנראה להלן, אפשר למצוא ביטוי לעקרונות הללו גם בדברי החקיקה המתייחסים למעצר מנהלי. עם זאת, בשל ההבדלים המובנים באופי של שני סוגי ההליכים, בעיקר בכל הנוגע ליכולתו של העציר לעיין בחומר הראיות נגדו ולהגן על עצמו, ניכר כי המשקל שיוחס להם בהליך הפלילי גדול יותר מזה שיוחס להם בהליך המנהלי. לכן, עיקרון בסיסי החוזר ונשנה בפסיקת בית המשפט העליון, מתייחס לעדיפות ההליך הפלילי על פני ההליך המנהלי. כך, למשל, נאמר בעניין אגבר:

92 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 1261, עמ' 184.

93 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 615 (1995).

94 כך עלה מדברי שר המשפטים פרופ' דוד ליבאי בעת שהציג את הצעת החוק בכנסת; ראו דברי הכנסת 145, 6535 מיום 14.2.1995.

95 כך, למעשה, נאמר בדברי ההסבר: "מאחר שעיקרה של הצעת חוק זו עניינה הגבלת חירותו של הפרט, מונחית ההצעה על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] ותנאי סעיף 8 שבו, באשר לערכים הולמים, התכלית הראויה והמידה שאינה עולה על הנדרש". ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995, ה"ח 2366 מיום עמ' 306.

[...] בשורה ארוכה של פסקי דין קרא בית משפט זה לעדיפות השימוש בהליך הפלילי על פני השימוש במעצר המנהלי: בוודאי יש ליתן עדיפות להליך פלילי רגיל על פני שימוש בסמכות הנתונה לשר הביטחון או למפקד הצבאי בשטחים להוציא צו מעצר מנהלי [...] עמדה זו יסודה הברור בכך, שהמשפט הפלילי מאפשר הגנה רחבה יותר על זכויות הנאשם [...].<sup>96</sup>

זאת, בשונה מההליך המנהלי, שאינו מאפשר לעציר להתגונן כראוי "כשעיניו מכוסות ואחת מידי קשורה".<sup>97</sup> העיקרון בדבר העדפת ההליך הפלילי מדגיש את הבעייתיות שבהליך המנהלי: ככלל, רמת ההגנה הסטטוטורית על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר למידת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בה. מאחר שמעצר על ידי גורם מנהלי הוא פוגעני יותר ממעצר פלילי שנעשה בדרך כלל בצו שופט, מתבקשת המסקנה "שהחירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת מפני פגיעה בדרך של מעצר בידי רשות מנהלית [...]"<sup>98</sup> – אך בפועל המצב הפוך, וההליך הפלילי מגן יותר על זכויותיו של העציר מההליך המנהלי.

מציאות בעייתית זו מחזקת את הצורך לבחון מחדש את הליכי המעצר המנהלי. גם בהליך המעצר המנהלי אפשר לזהות על ציר הזמן כמה פרמטרים שנקבעו בחוק המעצרים המנהליים ונועדו לצמצם במידה מסוימת את הפגיעה בזכויות העציר. אולם, כאשר מבקשים להשוות בין דיני המעצר הפלילי לבין דיני המעצר המנהלי, אפשר להתייחס רק לפרמטרים הרלוונטיים לשני החוקים. לכן, הפרמטרים בחוק המעצרים הקשורים ישירות לכתב האישום ולניהול המשפט עצמו אינם רלוונטיים להליך המנהלי שאין בו כתב אישום,<sup>99</sup> וממילא אי אפשר למצוא להם מקבילה בחוק המעצרים המנהליים.

מדובר למעשה בשלוש הגבלות זמנים שצריך לגרוע מבסיס ההשוואה: ההגבלה על משך המעצר לפני כתב אישום, הדרישה להגיש כתב אישום בתוך 75 יום מתחילת המעצר והדרישה להתחלת המשפט בתוך שלושים יום ממועד הגשה של כתב האישום. לעומת אלה, ההגבלה על נקודת הסיום של המשפט – בתוך תשעה חודשים ממועד ההגשה של כתב האישום – רלוונטית גם להליך המנהלי, ובמידה מסוימת אפשר לראותה כזהה להגבלה על משך המעצר בכל צו מנהלי – שלא יעלה על שישה חודשים. התוצאה היא אפוא שהבחינה ההשוואתית בין ההליך המנהלי לבין ההליך הפלילי תתייחס ל-12 פרמטרים חוקתיים הרלוונטיים לשני ההליכים.

96 עניין אנבר, לעיל ה"ש 6, פס' ו' ובהפניות שם.

97 עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 186 (2003).

98 בג"ץ צמח, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 262.

99 העובדה שאין כתב אישום היא תוצאתית למצב של היעדר אפשרות לחשוף את הראיות, שבגללו אי אפשר להגיש כתב אישום. זאת, מפני שעם הגשת כתב אישום יש להעמיד את חומר החקירה לעיון ההגנה, ואי אפשר למלא חובה זו כשעסקינן בראיות שאין לחשוף מטעמים מוחלטים של ביטחון המדינה. אין בחקיקה הפלילית הקיימת מענה לבעיה זו של מעצר הנסמך על ראיות שאין לחשוף, ולכן היה צורך לפעול בהתאם למערכת הנורמטיבית של המשפט המנהלי – בין בהסתמך על תקנות ההגנה המנדטוריות ובין באמצעות חקיקה של חוק המעצרים המנהליים.

### 3. השלב השלישי: בחינה השוואתית

הנחת היסוד של בחינה ההשוואתית היא שככלל ראוי ליישר קו עם הפרמטרים המעניקים הגנה טובה יותר לזכויות העציר, בהתאם לעקרונות שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שרובם ככולם מופיעים בחוק המעצרים. לכן, ככלל, ראוי שהגבלות החוקתיות המטיבות עם העציר בהליך הפלילי תחולנה גם על ההליך המנהלי.

כאשר מתגלה פער בין הדינים, כל חריגה מההגבלות הללו צריכה להיבחן לפי פסקת ההגבלה שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם חוק המעצרים המנהליים עצמו נחקק לפני חוק היסוד ולכן אין הוא כפוף לתנאי פסקת ההגבלה,<sup>100</sup> אולם ההגנה הסטוטורית על החוק הקיים היא פורמלית במהותה, ואין בה כדי למנוע את האפשרות – ואולי אף את החובה – לבדוק מהותית אם רכיביו עולים בקנה אחד עם הרף החוקתי הנדרש היום בהתאם לפסקת ההגבלה.<sup>101</sup> כך מתבקש גם מכוח העיקרון שנקבע בפסיקה, שלפיו מאז נחקק חוק היסוד, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו.<sup>102</sup> אף שהעיקרון האמור מתייחס לפרשנות הדין הישן, נראה כי הרציונל שבבסיסו יכול להצדיק במקרים מתאימים גם תיקוני חקיקה, וחוק המעצרים המנהליים הוא אחד מאותם מקרים בשל הפגיעה שיש בו בזכות הבסיסית לחירות.

להלן אבחן את הפרמטרים השונים שבהליך המנהלי כאילו מדובר בבחינה חוקתית של דבר חקיקה חדש. כידוע, מדובר בבדיקה תלת-שלבית, שראשיתה בבדיקה אם החוק החדש פוגע בזכות המעוגנת בחוקי היסוד. אם נמצא שאכן כך – נעבור לשלב השני, שבו יש לבדוק אם הפגיעה בזכות מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה. אם מתברר כי הפגיעה האמורה אינה עומדת באחד מהתנאים – יש לעבור לשלב השלישי ולבחון את הסעד הראוי.<sup>103</sup> בנושא שבו עסקינן, ברור שהחוק פוגע בזכות המוגנת לחירות ולכן נתחיל את הבדיקה בשלב השני – ההתאמה לפסקת ההגבלה.

נדמה כי לפי הדעה הרווחת שלושת התנאים הראשונים שבפסקת ההגבלה – שהפגיעה בזכות תהיה על פי חוק, שהחוק הפוגע יהלום את ערכיה של מדינת ישראל ושתהיה לו תכלית ראויה – מתקיימים בחוק המעצרים המנהליים.<sup>104</sup> השאלה היא אם מתקיים בו גם התנאי הרביעי, שלפיו הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש.

- 100 בהתאם לעיקרון בדבר שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוקי-יסוד כבוד האדם וחירותו.
- 101 ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5 (התשנ"ו).
- 102 ראו, למשל, דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 93, בעמ' 653.
- 103 לתיאור מפורט של הבחינה החוקתית ראו, בין היתר, בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם ואח' נ' הכנסת, פס' 68 (פורסם בנבו, 16.9.2013).
- 104 יש הטוענים כי השימוש במעצר מנהלי לא נועד לתכלית ראויה. כך, למשל, לפי האגודה לזכויות האזרח, "[...] מעצרים מנהליים וצווי הגבלה מנהליים הם מסממניו המובהקים של משטר טוטליטרי; מתן כוח בידי המדינה לעצור אנשים או להטיל עליהם מגבלות, ללא כל הצורך להוכיח את אשמתם בהליך הוגן וראוי, פותח פתח עצום לא רק להחלטות שגויות כי אם גם לניצול לרעה של סמכות" ("חמש שאלות על מעצרים מנהליים וצווי הרחקה מנהליים בשטחים", אתר האגודה לזכויות האזרח, עודכן ביום 27.12.2015 [www.acri.org.il/he/20911](http://www.acri.org.il/he/20911)).

מבחן המידתיות נחלק כידוע לשלושה מבחני־משנה: הראשון הוא מבחן הקשר הרצינונלי בין האמצעי החקיקתי שנבחר לבין התכלית שהחוק נועד להגשים; השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הדורש כי הפגיעה בזכות החוקתית לא תעלה על המינימום הנדרש להשגת תכלית החוק; השלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר, המחייב יחס סביר בין עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת הציבורית־חברתית הצומחת ממנה.<sup>105</sup> ככל מקרה, בשלב הראשון של מבחן המידתיות יש להגדיר את התכלית של חוק המעצרים המנהליים, ובהתאם להגדרה זו יש לבחון אם פרטי הדינים שבחוק אכן חיוניים להשגת התכלית שהוגדרה. על חוק המעצרים המנהליים נאמר כי תכליתו "להסמיך רשות מנהלית לפעול על דרך מעצר כדי למנוע פגיעה בביטחון המדינה ובביטחון הציבור, וכאשר האמצעים החוקיים המקובלים אינם מתאימים או אינם מאפשרים למנוע את הפגיעה הנזכרת".<sup>106</sup> עוד נאמר כי החוק נועד לתכלית כפולה: לשמור על ביטחון המדינה וגם להגן על כבודו ועל חירותו של כל אדם, וכי השילוב של שתי התכליות מצמצם מאוד את מרחב שיקול הדעת של הרשות כבואה לנקוט מעצר מנהלי, וכופף אותו למערך של הגבלות, בקרה ופיקוח הדוקים.<sup>107</sup> על רקע התכלית האמורה, נבחן להלן אם מבחני־המשנה לעקרון המידתיות מתקיימים ברכיבים של חוק המעצרים המנהליים. למעשה, השאלה היא אם ההוראות שנקבעו בחוק – החורגות מהנורמות שנקבעו בחוק המעצרים ביחס להליך הפלילי – אכן חיוניות להגשמת תכליתו של המעצר המנהלי, והאם אי־אפשר להשיג את אותה תכלית אגב פגיעה מתונה יותר בזכויות העציר בהליך הפלילי. הדיון ברכיבי החוק ייעשה לפי הסדר שבו התייחסנו אליהם לעיל, בהתייחסות לחוק המעצרים.

## ה. הפרמטרים החוקתיים במעצר המנהלי בהשוואה למעצר הפלילי: ניתוח ביקורתי והצעות לשינוי

### 1. עקרון השיוריות

על ציר הזמן הכרונולוגי של המעצר המנהלי, ובדומה לחוק המעצרים, אמצעי ההגנה הראשון של החוק על זכויות העציר המנהלי נובע מהיישום של עיקרון השיוריות על הרשות המבצעת. מדובר למעשה בהוראה לשר הביטחון – להפעיל את סמכותו להורות על מעצר מנהלי רק אם יש לו "יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר", כלשון סעיף 2 לחוק. כך עולה גם מדברי ההסבר, שנאמר בהם כי בשונה מתקנות ההגנה, שלפיהן די היה שהמעצר מועיל להגשמת המטרות המבוקשות כדי להצדיק הוצאת צו מנהלי, "לפי החוק המוצע חייב המעצר להיות האמצעי היחיד להשגת המטרה הביטחונית".<sup>108</sup> משמע, שאם אפשר להשיג את המטרה המבוקשת

אולם, העמדה העקבית בפסיקת בית המשפט העליון היא שבמקרים מסוימים מדובר באמצעי חיוני, בבחינת כורח בל יגונה (ראו לעיל, ה"ש 6).

105 בג"ץ אדם, לעיל ה"ש 103, פס' 95.

106 עמ"מ פדרמן, לעיל, ה"ש 97, עמ' 191.

107 עניין פחימה, לעיל, ה"ש 60, עמ' 63.

108 ראו הצעת חוק סמכויות שעת חירום, לעיל ה"ש 38, עמ' 295 (ההדגשה במקור).



בדרך אחרת – אין לנקוט את ההליך המנהלי. מדובר אפוא באמצעי הגנה שאפשר לראותו כשווה-ערך להוראה שבסעיף 23(ג) לחוק המעצרים, העוסקת בסמכות שוטר לעצור בלא צו וקובעת כי "לא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב".

עם זאת, בחוק המעצרים יש הוראה סטטוטורית דומה גם ביחס לרשות השופטת – ואין הוראה מפורשת כזו בחוק המעצרים המנהליים. עקרון השיוריות – העדפת הליך פלילי על פני הליך מנהלי במהלך הביקורת השיפוטית – בא לידי ביטוי רק בפסיקה,<sup>109</sup> בלי שניתן לו ביטוי סטטוטורי. אמנם החוק מגדיר את הסמכויות של נשיא בית המשפט המחוזי בעת הביקורת השיפוטית, וקובע כי עליו לבטל את צו המעצר "[...] אם הוכח לו שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של ביטחון המדינה או של ביטחון הציבור, או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לעניין",<sup>110</sup> אולם טעמים אלה מתייחסים להיבטים הפורמליים של קבלת ההחלטה על המעצר, ואין בהם ביטוי לצורך לבדוק את סבירות שיקול הדעת של שר הביטחון, בדגש על השאלה אם אפשר להשיג את תכלית המעצר באמצעי פוגעני פחות. אכן, בתחילה פורשה הסמכות לביקורת השיפוטית על דרך הצמצום ואף נאמר כי בית המשפט "לא ישים את שיקוליו במקום שיקולי שר הביטחון, ואין מקום להשוות את תפקיד הביקורת של בית המשפט לפי חוק המעצרים (המנהליים) לתפקיד בית משפט כשהוא דן במשפט פלילי"<sup>111</sup>. אולם, בפסיקה מאוחרת ניתנה פרשנות רחבה יותר לסמכות הביקורת השיפוטית ונקבע כי היא צריכה לבחון גם את שיקוליו של השר בהוצאת הצו.<sup>112</sup> כך אכן נוהג בית המשפט הלכה למעשה.

אף שהשיוריות של ההליך המנהלי נקבעה כאמור בהלכה הפסוקה בדבר העדפת ההליך הפלילי, נראה כי ראוי לתת לכך גם ביטוי סטטוטורי מפורש. לכן, אני מציע לקבוע במפורש בחוק המעצרים המנהליים כי נשיא בית משפט מחוזי לא יאשר צו מעצר מנהלי, אם הוא סבור שאפשר להשיג את מטרת המעצר בדרך שפגיעתה בחירות העציר פחותה, כפי שנקבע בחוק המעצרים לגבי המעצר הפלילי. אפשר לעשות זאת על ידי תיקון סעיף 4(ג), המפרט את סמכותו של נשיא בית המשפט המחוזי במהלך הביקורת השיפוטית. לדעתי אין מדובר רק בתיקון דקלרטיבי: עיגון סטטוטורי של ההלכה הפסוקה יכול לחזק את המעמד החוקתי של עקרון השיוריות של המעצר המנהלי, ואף להדגיש את הצורך בצמצום השימוש בהליך קשה זה.

## 2. עקרון השיפוטיות

עקרון השיפוטיות בא לידי ביטוי בשני אמצעי הגנה הקשורים לביקורת השיפוטית הקבועה בחוק על ההליך המנהלי: הראשון הוא הביקורת השיפוטית הראשונית, שצריכה להיעשות בתוך 48 שעות מהמעצר,<sup>113</sup> והשני הוא ביקורת שיפוטית יזומה, שצריכה להתבצע בתוך שלושה חודשים ממועד האישור של המעצר בביקורת הראשונה, או ממועד מוקדם יותר,

109 ראו לעיל, סמוך לה"ש 96.

110 ס' 4(ג) לחוק המעצרים המנהליים.

111 עמ"מ 1/80 כהנא ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד לה (2) 253 (1981).

112 עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא (2) 508, פס' 6 (1986).

113 ס' 4(א) לחוק המעצרים המנהליים.

בהתאם לקביעת בית המשפט.<sup>114</sup> בטרם ארון באמצעי ההגנה שבחוק ראוי להידרש למה שנעדר מהחוק – הוראה סטטוטורית בדבר העדפת מעצר בצו שופט, כפי שנקבע בסעיף 4 לחוק המעצרים.

מדובר בעניין מהותי, מפני שמעצר מנהלי מטבעו מוגדר כהליך שאושר בצו של גורם מנהלי ולא של גורם שיפוטי. ההגדרה המקובלת אינה פוטרת אותנו מהצורך לבדוק אם מדובר בתנאי הכרחי להשגת התכלית של המעצר המנהלי, או שמא אפשר להשיג תכלית זו גם אם יישמר העיקרון החוקתי של העדפת מעצר בצו שופט. לכאורה אפשר לפעול לפי סעיף 5(ב) לחוק המעצרים, הקובע כי שופט יכול להוציא צו למעצר פלילי נגד אדם גם בהיעדרו, וכשמבצע מעצר לפי צו כזה יש להביא את העציר לפני שופט בתוך 24 שעות, כעולה מסעיף 17(ג) לחוק.

אולם, תנאי מקדמי להוצאת צו מעצר על ידי שופט הוא קיומו של חשד לביצוע עברה חמורה, בצירוף עילה המצדיקה את המעצר, כפי שנקבע בסעיף 13(א) לחוק המעצרים: "שופט לא יצווה על מעצרו של אדם, אלא אם כן שוכנע כי קיים חשד סביר שהאדם עבר עבירה, שאיננה חטא, ומתקיימת אחת מעילות אלה [...]". השאלה היא אם חשוד שיש כוונה לעוצרו במעצר מנהלי יכול להיכלל במסגרת זו, ונראה לי שהתשובה על כך חיובית. אפשר להניח כי העילות המפורטות בהמשך הסעיף – חשש לשיבוש, מסוכנות וצורכי חקירה – מתאימות לכל החשודים מסוג זה. אפשר אף להניח – גם בהיעדר מחקר אמפירי מתאים – כי החשש מפני מסוכנות עתידית מתבסס, בין היתר, על מעשים שביצע אותו חשוד, הנכללים בהגדרה של "עבירה שאיננה חטא".

בהתחשב בכל האמור לעיל, אפשר להציע פרוצדורה חלופית לביצוע מעצר מנהלי: הליך המעצר יכול להתחיל כהליך פלילי רגיל – בבקשת מעצר במעמד צד אחד, בעקבות מידע מודיעיני שהצטבר אצל גורמי האכיפה, לפי סעיף 5(ב) לחוק המעצרים, לצורך חקירתו של החשוד, בהתאם לעילות שבסעיף 13(א). עם מעצרו של החשוד יש להביאו לפני שופט בתוך 24 שעות, כמצוות סעיף 17(ג). השופט יחליט אם להורות על המשך המעצר, לאחר ששמע את טענות שני הצדדים, כפי שנוהגים הלכה למעשה גם כיום, בביקורת השיפוטית הראשונית על ההליך המנהלי, החייבת להתבצע לפי הדין הקיים בתוך 48 שעות.

אם בתום חקירת החשוד מתברר כי אף שמסוכנותו מחייבת את המשך מעצרו, אי־אפשר להמשיך בהליך הפלילי בשל חסיון הראיות – תוגש לבית המשפט בקשה מתאימה עם כל חומר החקירה שהצטבר, כולל החומר החסוי, כדי שינחה את גורמי החקירה כיצד להמשיך הלאה. בית המשפט יכול להורות על השלמת החקירה והוא גם יכול להחליט שההליך הפלילי מיצה את עצמו, וכי אם הרשויות המוסמכות סבורות כי האינטרס הביטחוני מחייב את המשך מעצרו של החשוד – עליהן להגיש בקשה מתאימה למעצר מניעתי, שמשמעותו שלילת חירות לפרק זמן ניכר בלא הגשת כתב אישום. מיותר לומר כי הפרוצדורה המוצעת צריכה להיות מעוגנת בתיקון חקיקה מתאים, שיאפשר במקרים חריגים מעצר בעילה מניעית. בקשה כזו תוגש רק בנסיבות חריגות ויוצאות־דופן, כשיש הסתברות גבוהה, קרובה לוודאי, לסכנה חמורה מאוד מצד החשוד.<sup>115</sup> נוכח הפגיעה הקשה של מעצר מניעתי בזכויות

114 שם, ס' 5.

115 עניין פחימה, לעיל ה"ש 60, עמ' 261, וכן עמ"מ פדרמן, לעיל ה"ש 97, עמ' 188.

יסוד, נדרש כי הדרג הבכיר ביותר לעניין זה ברשות המבצעת – שר הביטחון – יאשר להגיש את הבקשה, והדרג הבכיר ביותר בערכאה הדיונית של הרשות השופטת – נשיא בית משפט מחוזי – ידון בה ויחליט אם להיעתר לה, באופן מלא או באופן חלקי, או שמא לדחותה. בכל מקרה, לפי ההצעה, עצם הסמכות להחליט על המעצר תהיה בידי גורם שיפוטי – נשיא בית משפט מחוזי – ולא בידי גורם מנהלי, בכיר ככל שיהיה.

הצעה זו משנה לחלוטין את אופיו של הליך המעצר, הנהפך למעשה מהליך מעורב מנהלי-שיפוטי להליך שיפוטי מלא. לכאורה אפשר לטעון נגד ההצעה כי היא הופכת את ההליך המנהלי למסורבל יותר: לפני כל בקשה למעצר תידרש חקירה פלילית רגילה, תחת עינו הפקוחה של בית המשפט. אולם, גם כיום ההלכה קובעת כי "יש חובה לחקור אדם סמוך לאחר מעצרו, תוך שמציגים בפניו אותו מידע שניתן להציג בפניו ושאינו חומר חסוי שהצגתו נמנעת [...]"<sup>116</sup>, וחובה זו חלה ונוהגת הלכה למעשה גם על מי שנעצר בצו מנהלי. ההבדל בין הפרוצדורה המוצעת לבין המצב הקיים הוא שחקירת החשוד לא תבצע במסגרת ההליך המנהלי, אלא תתחיל כחקירה פלילית בפיקוח בית המשפט.

תוספת המשאבים הנובעת מהוספת דיונים ספורים בבית המשפט במסגרת החקירה הפלילית נראית שולית למדי. לעומת זאת, התועלת בהצעה זו רבה, גם משיקולים של החקירה עצמה וגם מבחינה חוקתית. מבחינת החקירה, אפשר להניח שפיקוח הדוק של בית המשפט על מהלכה יביא לחקירה יעילה ואפקטיבית יותר; מבחינה חוקתית, העברת הסמכות להחליט על המעצר הגורם מנהלי (שר הביטחון) לגורם שיפוטי (נשיא בית משפט מחוזי) תאפשר להקפיד גם במעצרים מנהליים על הכלל החוקתי הבסיסי בדבר עדיפות מעצר בצו שופט. זאת ועוד: התיקון המוצע יצמצם את החרیגה של ההליך המניעתי, מהנורמות הנוהגות בהליך המעצר הפלילי, למינימום ההכרחי הנדרש להגשמת התכלית של המעצר המניעתי. צמצום הפער שבין ההליך המניעתי לבין ההליך הפלילי יביא גם לצמצום הפגיעה בזכויות העציר, שיקבלו הגנה טובה יותר במסגרת ההליך הפלילי.

צמצום הפער בין ההליכים אמור לבוא לידי ביטוי בולט במשך הזמן שבין המעצר בפועל לבין הדיון הראשון בבית המשפט במעמד שני הצדדים. לפי התיקון המוצע, ראשיתו של ההליך במעצר פלילי רגיל של חשוד, שיש להביאו לפני שופט בתוך 24 שעות משעת המעצר – בשונה ממעצר מנהלי, שבו פרק הזמן עד הביקורת השיפוטית הראשונה הוא 48 שעות.

לא מותר לציין כי בעת שנחקק חוק המעצרים המנהליים, בשנת 1979, פרק הזמן להבאת עציר לפני שופט היה 48 שעות גם בהליך של מעצר פלילי,<sup>117</sup> וככל הנראה אומץ פרק הזמן שנקבע בהליך הפלילי והועתק אל חוק המעצרים המנהליים.<sup>118</sup> בינתיים צמצם חוק המעצרים את פרק הזמן בהליך הפלילי והעמידו על 24 שעות, אולם טרם נעשה תיקון

116 בג"ץ 1546/06 גזאוי נ' מפקד כוחות צה"ל, פס' ו' (פורסם בנבו, 6.3.2006); ראו גם בג"ץ 5287/06 זעתי נ' התובע הצבאי, פס' 8 (פורסם בנבו, 20.7.2006).

117 ראו עמ' 316 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995, ה"ח 2366.

118 כך נאמר גם במהלך הדיון בכנסת על הצעת החוק על ידי ח"כ משה עמאר; ראו הצעת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים והוראות שונות), התשל"ח-1978 (קריאה ראשונה) דברי הכנסת (83, 3960 (התשל"ח)).

דומה בחוק המעצרים המנהליים. קשה למצוא הצדקה לכך שבהליך המנהלי ניתן לגורמי האכיפה משך זמן כפול מזה שניתן להם בהליך הפלילי בטרם יובא העציר לדיון ראשון בבית המשפט, וקשה להבין מדוע הדבר הכרחי להשגת מטרתו של המעצר המנהלי.

למעשה, אפשר לכאורה להגיע למסקנה הפוכה מקל וחומר. בחלק ניכר מהמקרים מעצר פלילי בלא צו שופט נעשה סמוך לאחר ביצוע עברה, כשהמידע על אודות החשוד מוגבל מאוד, ונדרשת חקירה שלו כדי שהתביעה תוכל לטעון באופן ענייני בבית המשפט אם תבקש להאריך את מעצרו. לעומת זאת, בכל הנוגע לעציר מנהלי יש חומר מודיעיני משמעותי כבר בעת המעצר, שאם לא כן לא היה ניתן צו מעצר. לכן, לכאורה, פרק הזמן עד להבאה לפני שופט בהליך מנהלי צריך היה להיות מצומצם מזה שבהליך הפלילי, וודאי שאין הצדקה לפרק זמן כפול בהליך זה. מדובר אפוא בהוראה שלא הייתה צולחת את מבחן המשנה השני של עקרון המידתיות – האמצעי שפגיעתו פחותה – ולכן, בכל מקרה, גם אלמלא השינוי שהוצע לעיל בהליך המעצר, היה מקום לקבוע כי יש להביא עציר מנהלי לפני שופט בתוך 24 שעות, כפי שנקבע לגבי עציר פלילי.

עוד אפשר לטעון נגד ההצעה שלעיל, כי עצם המעורבות השיפוטית בקבלת החלטה על מעצר ממושך בלא כתב אישום עשויה לתת לגיטימציה להליך פגום, הפוגע קשות בזכויות יסוד בסיסיות. לפי גישה זו, מוטב לשלם את המחיר של הימנעות מצמצום הפגיעה באותן זכויות, כדי לשמור על הערך של "טוהר" הרשות השופטת. ביטוי לטיעון זה הופיע בדברי שר המשפטים דאז שמואל תמיר, במהלך הדיון בכנסת על הצעת החוק: "שעה שדנו בנושא עם כל הרשויות הנוגעות בדבר אמר משהו שעדיף ששופט לא ישב במתכונת שיפוטית כי זה פוגע בהליך השיפוט. עדיף שישב שופט במתכונת אדמיניסטרטיבית עם שני אישי ציבור, ובלבד שידיו לא תתלכלכנה במעצר מנהלי"<sup>119</sup> – אולם השר דחה את הטענה מכול וכול. לדבריו, צריך לקחת אחריות ולקבוע "בראש זקוף ובגאווה שהחוק הוא טוב", כלשונו, ומוטב שבנושא כה רגיש יכריע שופט, בעל שיקול דעת שיפוטי, שלפניו יובאו כל הסודות – ולא ועדה מייעצת שאיננה מחייבת, ויושבים בה חברים עם שיקול דעת פוליטי.

אכן, מושכלות יסוד הן שבמשטר דמוקרטי המתאפיין, בין היתר, בעיקרון של הפרדת רשויות, מתקיים מנגנון עדין של בלמים ואיזונים בין הרשויות. אחד מתפקידיה החשובים של הרשות השופטת הוא לפקח על הרשות המבצעת, ובמידת הצורך אף לרסן אותה לבל תעשה שימוש מופרז בכוחותיה ולבל תפגע יתר על המידה בזכויות יסוד בסיסיות. תפקיד זה חשוב במיוחד במצבים של פגיעה חמורה בזכות הבסיסית לחירות אישית. לכן, כאשר הרשות השופטת ממלאת את התפקיד שיועד לה, אין לראות זאת כפגיעה בטוהר פעילותה. להשלמת התמונה בעניין עקרון השיפוטיות ראוי לציין כי בהקשר אחד שיש בו ביטוי לעיקרון זה אפשר למצוא יתרון להליך המנהלי על פני ההליך הפלילי – בביקורת השיפוטית היוזמה, המכונה בסעיף 5 לחוק המעצרים המנהליים "עיון תקופתי מחדש". לכאורה מדובר בהליך דומה להליך העיון החוזר בהחלטת מעצר בהליך הפלילי לפי סעיף 52 לחוק המעצרים, אולם יש שני הבדלים בולטים בין השניים: בהליך הפלילי נדרשת הגשת בקשה לבית המשפט ואף יש עילות ספציפיות להגשת הבקשה ("אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו

119 שם, בעמ' 3966. טיעון דומה נמצא גם אצל מרדכי קרמניצר "טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל" המשפט יד 9, 27 (2010).

נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה"). לעומת זאת, בהליך המנהלי הביקורת היוזמה קבועה בחוק והיא חייבת להתקיים במועד הקבוע בחוק – בתוך שלושה חודשים ממועד ההחלטה השיפוטית על המשך המעצר. כמו כן, קיומה אינו מותנה בבקשה של העציר או בקיומה של עילה כלשהי.

לאמתו של דבר יש בחוק המעצרים הליך דומה, שאפשר לראותו כשווה-ערך במידה מסוימת לביקורת שיפוטית יזומה, לגבי נאשם עצור שמשפטו לא הסתיים בתוך תשעה חודשים ממועד ההגשה של כתב האישום. בחוק נקבע כי נאשם כזה ישוחרר ממעצרו, אלא אם החליט שופט של בית המשפט העליון על הארכת המעצר לתקופה שלא תעלה על 90 יום, והוא רשאי לחזור ולצוות כך מעת לעת.<sup>120</sup> עם זאת, בחוק המעצרים הביקורת היוזמה הראשונה מתבצעת עובר למלאות תשעה חודשי מעצר ובית המשפט צריך להחליט על הארכת המעצר, ואילו בנוגע לעציר מנהלי הביקורת היוזמה הראשונה מתבצעת לפני תום שלושה חודשי מעצר בלבד, גם אם ניתן צו המעצר לפרק זמן ארוך יותר.

אין התייחסות להליך זה בדברי ההסבר לחוק, אבל אפשר להניח שהוא נועד לפצות את העציר המנהלי על הפגיעה ביכולתו להתגונן בשל חיסוי הראיות. ייחודו של ההליך טמון בהיפוך של נטל ההוכחה: גורמי הביטחון הם שצריכים לשכנע את בית המשפט כי במועד הדיון התקופתי עדיין מתקיימים הטעמים המצדיקים את המשך המעצר, בשונה מבקשה לעיון חוזר בהליך הפלילי, שם העציר הוא שצריך לשכנע את בית המשפט כי יש עילה לשחררו.<sup>121</sup> מכאן גם החשיבות הרבה שבית המשפט העליון מייחס לביקורת השיפוטית היוזמה, עד כדי קביעה שהפיקוח השיפוטי על הגבלת חירות נמצא בליבת התפקיד של הרשות השופטת, ושביקורת שיפוטית יזומה היא ככלל תנאי שבלעדיו אין לשלילת חירות.<sup>122</sup> טרם סיום הדיון בנושא השיפוטיות ראוי להעיר כי אם תתקבל ההצעה – שהצו לא רק יאושר בדיעבד על ידי שופט כמו בדין הקיים, אלא מלכתחילה יינתן על ידי שופט – כבר לא יהיה מקום לכנות את ההליך "מעצר מנהלי", ויהיה נכון יותר לכנותו "מעצר מניעתי", כפי שהציע פרופ' קלינגהופר.<sup>123</sup>

### 3. עקרון ההוגנות

נקודת התורפה העיקרית של המעצר המנהלי נמצאת בנושא זה של הזכות להליך הוגן. מטרתה העיקרית של זכות זו היא להבטיח שתינתן לנאשם הזדמנות מלאה להוכיח את חפותו.<sup>124</sup> כאמור לעיל, מכוחה של זכות זו, וכדי לאפשר לנאשם להתגונן כראוי מול כוחה העודף של המדינה, מוקנות לנאשם בהליך הפלילי כמה זכויות ובהן הזכות לעיין בחומר חקירה, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות להסתייע בעורך-דין ועוד.

120 ס' 61(א) ו-62(א) לחוק המעצרים.

121 בג"צ 466/86 אבו בקר נ' שופט בית המשפט הצבאי בשכם, פ"ד מ"ד (3) 649 (1986), צוטט בהסכמה בעמ"מ 3/89 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 221, 224 (1989).

122 בג"ץ 8425/13 איתן נ' ממשלת ישראל, עמ' 118 (פורסם כנבו, 22.9.2014).

123 קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון", לעיל ה"ש 45.

124 ע"פ 4596/05 רונשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 424, 353 (2005).

גם חוק המעצרים המנהליים מקנה לעציר המנהלי במפורש שתי זכויות שאפשר לראותן כביטוי לזכות להליך הוגן: הזכות להיות נוכח בכל דיון בעניינו והזכות להיות מיוצג.<sup>125</sup> מדובר בזכויות דומות לזכויות המוקנות לעצירים בהליך הפלילי, אולם בהליך המנהלי אפשר לסייגן. הזכות להיות נוכח בדיון נסוגה מפני שמכותו של נשיא בית המשפט לדון בראיות חסויות במעמד צד אחד,<sup>126</sup> וזכות הייצוג נסוגה מפני שמכותו של שר המשפטים להגביל את זכות הייצוג "למי שאושר לשמש סניגור בבתי הדין הצבאיים באישור בלתי מסוייג כאמור בסעיף 318(ג) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955".

במשנתמע אפשר להסיק מזכות הייצוג גם את זכות הטיועון, אף שהדבר לא נזכר במפורש בחוק. אפשר לטעון שמדובר בזכות מובנת מאליה, הנגזרת מעצם החובה לקיים דיון בפני שופט לצורך ביקורת שיפוטית – שהרי מהו דיון אם לא שמיעת הטיועונים של שני הצדדים; אולם אם אכן כך – מה טעם ראה המחוקק לציין זאת במפורש בנוגע להליך הפלילי בחוק המעצרים? לדעתי, בהיעדר הצדקה להבחנה בין החוקים בנושא זה, יש לציין במפורש בסעיף 4 לחוק המעצרים המנהליים כי החלטת נשיא בית המשפט תינתן "לאחר ששמע את טענות הצדדים", כלשון חוק המעצרים.

שני הסייגים שהוזכרו לעיל, אשר כשלעצמם יכולים להיחשב מידתיים בניסיונות העניין, נגזרים למעשה מהנושא שבו מתקיים הפער העיקרי בין ההליך הפלילי להליך המנהלי: זכות העיון בחומר החקירה. מדובר בזכות בסיסית בעלת חשיבות מכרעת בכל הנוגע להגינותו של ההליך ולהבטחת יכולתו של הפרט להתגונן כראוי מפני טענות המדינה נגדו.<sup>127</sup> אולם, בהליך של מעצר מנהלי מותר לסטות מדיני הראיות אם שוכנע בית המשפט שהדבר יועיל לגילוי האמת ולעשיית משפט צדק.

מדובר כמובן בחריגה בולטת מכללי הפרוצדורה הנוהגים בהליך הפלילי שלאחר הגשת כתב אישום, שזכות העיון בחומר החקירה, לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, היא מהחשובים שבהם. לדעתי, יש לבדוק אם הוראה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, וליתר דיוק – בהנחה שגם בנושא זה מתקיימים שלושת התנאים הראשונים שבפסקת ההגבלה – השאלה היא אם הוראה זו עומדת גם בתנאים של מבחן המידתיות, על מבחני-המשנה שבו. לכאורה, בית המשפט העליון כבר השיב על שאלה זו כשדן בחוקתיות של חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים (שנחקק כעשור לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ובסעיף 5(ה) שבו יש הוראה דומה בדבר אפשרות לסטות מדיני הראיות. בית המשפט ציין כי למעשה מדובר בסוג של מעצר מנהלי, דן בהוראות הכלולות בחוק, ובסופו של דבר קבע:

125 ס' 8(א) ו-8(ב) לחוק המעצרים המנהליים, בהתאמה.

126 שם, ס' 6(ג). ראוי לציין כי גם לפי חוק המעצרים התביעה רשאית להציג לפני השופט ראיות חסויות בשלב הדיונים שלפני הגשת כתב אישום, אולם בשונה מההליך המנהלי, הדבר נעשה במעמד שני הצדדים, על ידי כתיבת הפרטים והגשת המסמך הכתוב לשופט, כעולה מס' 15(ה) לחוק המעצרים. יש גם אפשרות לדיונים במעמד צד אחד, למשל דיון לפני נשיא בית משפט מחוזי בבקשה להאריך מניעת מפגש עם עורך-דין מעבר לעשרה ימים, כעולה מס' 35(ד) לחוק המעצרים.

127 ראו, למשל, בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' גד זאבי, פס' 12 (פורסם בנבו, 15.9.2005): "זכות העיון נגזרת מזכות היסוד של הנאשם לחירות אישית, ממנה נובעת זכותו לנהל את הגנתו תוך הכרת מלוא חומר החקירה הקיים בעניינו כדי להבטיח משפט הוגן [...]".

נוכח קיומה של ביקורת שיפוטית על איכות וכמות הראיות המנהליות המבססות את עילת המעצר, ובהתחשב בזהירות בה נדרש בית המשפט לבחון את החומר החסוי המוגש לעיונו במעמד צד אחד, אין לומר כי ההסדר הקבוע בסעיף 5(ה) לחוק, כשלעצמו, פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות העצורים.<sup>128</sup>

כך פסק בית המשפט העליון גם לאחרונה, כשדן בערעורים של משוחררי עסקת שליט שהוחזרו למאסר לאחר שהפרו את תנאי השחרור, בהתאם לחוק שחרור על תנאי ממאסר שאף בו יש סעיף המאפשר סטייה מדיני הראיות.<sup>129</sup>

למרות הפסיקה האמורה, שאפשר להקיש ממנה גם לענייננו, נראה שעניין אחד מתחום דיני הראיות בהליך המנהלי מעורר קושי וראוי לחשיבה מחודשת. בית המשפט העליון קבע שוב ושוב כי הסטייה מדיני הראיות בהליך המנהלי, המאפשרת הסתמכות על ראיות חסויות, יכולה לבוא לידי ביטוי בהסתמכות על ראיות שהן קבילות בהליך פלילי אך מטעמים של ביטחון המדינה או של ביטחון הציבור אי אפשר להציגן לפני העציר המנהלי, וגם בהסתמכות על ראיות שאינן קבילות בהליך פלילי רגיל.<sup>130</sup>

דא עקא, שחוסר ההבחנה בין ראיות קבילות לראיות שאינן קבילות מעורר קושי. האפשרות לחסות ראיות מתקימת כשבית המשפט משוכנע "שגילוי הראיה לעציר או לבא כוחו עלול לפגוע בביטחון המדינה או בביטחון הציבור", כלשון סעיף 6(ג) לחוק המעצרים המנהליים, והכוונה בדרך כלל למניעת חשיפה של מקורות מודיעיניים. הסמכות למנוע גילוי ראיות שעלולות להביא לחשיפת מקורות חסויים אכן רלוונטית לאינטרס המוגן, ואין ספק שיש קשר רציונלי בין האמצעי החקיקתי של חיסיון הראיות לבין תכלית ההגנה על מקורות חסויים שהחוק נועד להגשים, כנדרש במבחן המשנה הראשון של עיקרון המידתיות. אולם, ספק אם אפשר לומר זאת גם על האפשרות להסתמך על ראיות שאינן קבילות בהליך פלילי. הספק נובע מכך שלכאורה אין קשר לוגי בין שימוש אפשרי בראיות לא קבילות לבין שמירה על האינטרס המוגן של מניעת חשיפה של מקורות חסויים – אלא אם גם הראיות הבלתי-קבילות קשורות למקורות חסויים שיש אינטרס בביטחוני במניעת חשיפתם. בסופו של דבר, שאלת הקבילות נגזרת ממידת המהימנות של הראיה,<sup>131</sup> והקביעה שראיה אינה קבילה משמעה שאי אפשר לסמוך עליה במידה שהיא מעבר לכל ספק סביר, כנדרש במשפט הפלילי.<sup>132</sup> לכן, האפשרות להסתמך על ראיות שאינן קבילות במשפט פלילי משמעה, בהכרח, הנמכה של הרף הראייתי הנדרש לשלילת חירות בהליך המנהלי אל מתחת לרף הראייתי הנדרש לשלילת חירות בהליך הפלילי, וכפועל יוצא מכך – הגדלת הסיכויים לטעות שמשמעותה פגיעה בחירותו של אדם חף מפשע.

128 ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 47, פס' 43.

129 רע"ב 328/15 זלום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' כד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.12.2015).

130 ראו, למשל, עמ"מ פדרמן, לעיל ה"ש 97, עמ' 186, וכן עניין פחימה, לעיל ה"ש 60, עמ' 263.

131 כך, למשל, נאמר בד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, 331 (1988), בנוגע לכלל הפוסל עדות שמיעה, "שטעמי הפסילה, רובם ככולם, מעוגנים בשאלת המהימנות".

132 על כללי הקבילות כאמצעים לגילוי האמת ראו אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 12 (התשנ"ו).

לכאורה זה הדין. הלכה פסוקה היא ששר הביטחון רשאי להסתמך על ראיות מנהליות כדי לבסס צו מעצר מנהלי, וש"אין הראיה המנהלית שהשר רשאי לסמוך עליה שונה מכל ראיה שרשות מנהלית כלשהי רשאית להסתמך עליה, אף שאינה קבילה בהליך פלילי".<sup>133</sup> על מהותה של ראיה כזו נאמר כי היא כוללת כל חומר, לרבות ממצא בפסק דינו של אדם אחר, "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליו במידה זו או אחרת".<sup>134</sup> עיקר השימוש בראיות מנהליות נעשה בתחום המשפט המנהלי. כך, למשל, נקבע כי למרות קיומה של חזקת חפות, חובה על רשויות מנהליות לכרוך את התאמתו של אדם לתפקיד ציבורי גם בהסתמך על ראיות מנהליות.<sup>135</sup> עם זאת, ברור כי לא די בראיות מעין אלה, שאפשר לסמוך עליהן רק "במידה זו או אחרת",<sup>136</sup> כדי לבסס הרשעה במשפט פלילי. עולה אפוא השאלה מדוע אפשר להסתמך על ראיות כאלה כשבית המשפט נדרש לאשר שלילת חירות על פי צו מנהלי. הלכה פסוקה היא שעוצמת הראיה הנדרשת נגזרת ממידת הפגיעה של ההחלטה המנהלית בזכויות, וממידת היכולת של הנפגע להתגונן מפניה.<sup>137</sup> כאשר עסקינן בהחלטה מנהלית השוללת חירות אישית, וביתר שאת כשהחלטה זו נסמכת על ראיות החסויות מפני מי שעלול להיפגע ממנה – מדובר בפגיעה חמורה מאוד בזכות יסוד בסיסית ביותר.

כאמור לעיל, אפשר להצדיק פגיעה כזו רק כשהיא נועדה למנוע סכנה חמורה ביותר, שמידת ההסתברות להתממשותה קרובה לוודאי.<sup>138</sup> הדרישה למידת הסתברות גבוהה כל כך מחזקת את השאלה אם ראיות מנהליות יכולות להיחשב כבעלות עוצמה מספקת לעניין זה. זאת, מפני שהרעת נותנת שיתקיים מתאם ישיר בין מידת ההסתברות לבין עוצמת הראיות: ככל שנדרשת מידת הסתברות גבוהה יותר לסכנה שהמעצר המנהלי נועד למנוע, כך תידרשנה גם ראיות בעוצמה גדולה יותר לביסוס אותה סכנה, שאם לא כן – ספק שיכול להתעורר כתוצאה מהמשקל המוגבל של הראיות עלול לכרסם גם במידת ההסתברות הדרושה. כאמור, בית המשפט העליון קבע שאפשר להסתפק בראיות מנהליות ברורות ומשכנעות,<sup>139</sup> אולם יש הטוענים שכאשר מדובר במקרים של שלילת חירות אין להסתפק בראיות מנהליות ויש להסתמך על ראיות שעוצמתן גבוהה יותר.<sup>140</sup> אני מבקש להציע הצעה אחרת. לדעתי, ההבדל בין הסתמכות על ראיות קבילות לבין הסתמכות על ראיות שאינן קבילות צריך

133 עמ"מ פדרמן, לעיל ה"ש 97, עמ' 186.

134 בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972).

135 בג"ץ 5795/97 ח"כ שריד נ' שר הביטחון, פ"ד נא(4) 809, 799 (1997). לביקורת על אופן השימוש בסמכות זו ראו אביגדור קלגסבלד "תפקיד ציבורי, 'עבר פלילי' וראיה מנהלית" המשפט ב 93 (התשנ"ה); ראו גם רינת קיטאי "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית" עלי משפט ב 107 (התשס"ב).

136 שם.

137 בג"ץ 3379/03 מוסטי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 899 (2004).

138 ראו לעיל, ה"ש 115.

139 ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 47, פס' 22.

140 זו דעתו של פרופ' דן ביין, שאף הציע הצעה חלופית: "נראה שבמקום שעלולות להיפגע זכויות יסוד חשובות, אין לאמץ, לא את מבחן הראיה המנהלית ולא את המבחן הפלילי של הוכחה מעל ספק סביר, אלא יש לאמץ מבחן ביניים כגון המבחן שאומץ בארצות הברית לעניין אשפוז חולי



לכוא לידי ביטוי בתקופת המעצר. כאשר צו המעצר נסמך על ראיות קבילות, יוכל המעצר להימשך עד ששה חודשים, כקבוע בחוק המעצרים המנהליים; אולם כאשר הצו נסמך על ראיות בלתי-קבילות ראוי להגביל את תקופת המעצר המרבית – כדי לצמצם את הפגיעה בחירות העציר ולהדק את הפיקוח השיפוטי על ההליך המנהלי בשל חולשת הראיות.<sup>141</sup> לדעתי ראוי לשקול את הגבלת המעצר בנסיבות אלה לשלושה חודשים בלבד, שיינתנו להארכה מעת לעת בצו חדש לפרק זמן זהה, ככל שהצורך בהארכת המעצר ממשיך להתבסס על ראיות בלתי-קבילות.

לכאורה מדובר בצעד שאין לו כמעט נפקות ממשית ושגם אינו כרוך בהכבדה יתרה על מערכת המשפט, מפני שבכל מקרה יש לבצע ביקורת שיפוטית בכל שלושה חודשים. אולם, לדעתי, עצם הגבלת הצו לשלושה חודשים – כביטוי מעשי להבדל שבין הסתמכות על ראיות קבילות לבין הסתמכות על ראיות שאינן קבילות – עשוי להעביר מסר גם לרשות המבצעת וגם לרשות השופטת. הרשות המבצעת צריכה להבין שיש קשר בין משך המעצר לבין איכות הראיות, ואם יש כוונה מצד הגורמים המוסמכים להאריך את תקופת המעצר, עליהם לבסס את הדברים על תשתית ראייתית מוצקה יותר. הרשות השופטת, מצדה, צריכה לקיים ביקורת שיפוטית קפדנית יותר כדי לצמצם את הסיכוי לטעות עקב חולשת הראיות. עקרון ההוגנות כולל גם את פומביות הדיון וגם את זכות הערר, ובשני הנושאים הללו אין פער ממשי בין מעצר פלילי לבין מעצר מנהלי. בעניין פומביות הדיון אמנם יש הוראה גורפת בחוק המעצרים המנהליים, שלפיה "הדיון בהליכים לפי חוק זה יתקיים בדלתיים סגורות";<sup>142</sup> אולם גם לפי חוק המעצרים שופט רשאי להורות שהדיון יתקיים בדלתיים סגורות,<sup>143</sup> אם מצא שיש עילה לנהוג כך בהתאם לעילות המפורטות בחוק בתי המשפט,<sup>144</sup> שאחת מהן היא שמירה על ביטחון המדינה. המחוקק סבר כנראה שעילה זו מתקיימת בכל הדיונים בנושא מעצרים מנהליים, שהרי העילה להוצאת צו מעצר מנהלי היא טעמים של ביטחון המדינה או ביטחון הציבור,<sup>145</sup> אולם נראה שהוראה גורפת בעניין זה היא מרחיקת-לכת ואיננה נחוצה בהינתן המענה הקיים בחוק בתי המשפט. לכן, נראה לי שמוטב לאמץ גם בנושא זה את הנוסח של חוק המעצרים במקום הנוסח הגורף שבחוק המעצרים המנהליים. אשר לזכות הערעור, בנושא זה אין הבדל ממשי בין ההליך הפלילי להליך המנהלי: בשניהם יש זכות ערעור או ערר על כל החלטה שאיננה החלטת ביניים של הערכאה הדיונית.<sup>146</sup>

נפש, והוא מבחן clear and convincing evidence". דן ביין "מבוא לדיני המסוכנות במשפט הפלילי והמנהלי" מחקרי משפט כ 1, 73, 94 (התשס"ג).

141 על היחס שבין עוצמת הראיות לבין חומרת הסנקציה בהליך הפלילי ראו טליה פישר "גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי" עיוני משפט כט 377 (2006).

142 ס' 9 לחוק המעצרים המנהליים.

143 חוק המעצרים, ס' 16(3).

144 ס' 68(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 1123, עמ' 198.

145 ס' 2(א) לחוק המעצרים המנהליים.

146 בחוק המעצרים זכות הערר מוסדרת בס' 53, והעררים נדונים לפני שופט יחיד של ערכאת הערעור. בחוק המעצרים המנהליים זכות הערעור מוסדרת בס' 7, ומאחר שהדיונים בערכאה הדיונית מתקיימים לפני נשיא בית משפט מחוזי, הערעורים נדונים לפני שופט יחיד של בית המשפט העליון. אפשר להעריך כי רוב ההחלטות של הערכאה הדיונית בנושא זה מגיעות גם

## 4. עקרון הזמניות

עקרון הזמניות בא לידי ביטוי בהליך הפלילי, בעיקר בהגבלות שנקבעו בחוק המעצרים על משך התנהלות המשפט לפני הערכאה הדיונית. כפי שציינו לעיל, אין מקבילות לרוב המגבלות הללו בהליך המנהלי, בהיעדר כתב אישום בהליך זה, למעט ההגבלה על משך המעצר הכולל שיש בשני ההליכים. חוק המעצרים המנהליים אמנם הגביל את פרק הזמן של מעצר מנהלי לשישה חודשים, אך קבע מפורשות ששר הביטחון רשאי "להורות מפעם לפעם על הארכת תקפו של צו המעצר המקורי לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים, ודין צו הארכה לכל דבר כדין צו המעצר המקורי".<sup>147</sup> האפשרות להארכה בלתי-מוגבלת של צווי המעצר לפרק הזמן של הצו המקורי כמעט מרוקנת מתוכן את החידוש שבחוק המעצרים המנהליים, בעצם ההגבלה של משך המעצר.

אכן, כבר במהלך הדיון בכנסת היו חברי כנסת שהסתייגו מעניין זה. כך, למשל, הציע חבר הכנסת מאיר פעיל שאפשר יהיה להאריך את תקפו של הצו המנהלי לכל היותר למשך שנה וחצי, שאחריה "העניין הזה נגמר", כלשונו.<sup>148</sup> שר המשפטים דחה הצעה זו מהטעם שלעתים המסוכנות נותרת במלוא חומרתה גם בחלוף ששת החודשים הראשונים ואף בחלוף תקופת מעצר נוספת. עם זאת, בפסיקה ניתן ביטוי לשיקולים שראוי לשקול בעת התמשכות יתר של המעצר המנהלי, שעיקרם שינוי נקודת האיזון שבין השיקולים: "ככל שחולף הזמן, כובד משקלו של הצורך הביטחוני במעצר צריך להיות כבד ומשמעותי על-מנת שיגבר על הערך החוקתי של זכות האדם לחירות אישית".<sup>149</sup> ועדיין, ספק בעיניי אם האפשרות להארכה בלתי-מוגבלת של המעצר באמצעות הארכת הצו מעת לעת, למשך פרק הזמן שנקבע בצו המקורי, צולחת את מבחן החוקתיות ועולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות שבפסקת ההגבלה.

נראה לי שגם בעניין זה ראוי לשקול הצעה דומה לזו שהצעתי לעיל בעניין ההסתמכות על ראיות שאינן קבילות: כאשר מבקשים להאריך מעצר של מי שכבר עצור שנה במעצר מנהלי, יוגבל פרק הזמן של כל צו מעצר נוסף<sup>150</sup> לשלושה חודשים, ואלו יהיו ניתנים להארכה מעת לעת לאותו פרק זמן, בדומה להארכת מעצר לאחר תשעה חודשים בהליך הפלילי. כפי שנאמר לעיל ביחס להסתמכות על ראיות בלתי-קבילות, הגבלה כזו יכולה לצמצם במידה מסוימת את חומרת הפגיעה בזכות לחירות ולהביא להידוק הפיקוח השיפוטי על ההליך המנהלי, ככל שמשך המעצר המנהלי הולך ומתארך.

לכחינתו של בית המשפט העליון, אולם אין בידי נתונים מדויקים על כך. באתר נבו מובאים כמעט שבעים ערעורי מעצר מנהלי (עמ"מ) שנדונו בבית המשפט העליון מאז חקיקתו של חוק המעצרים המנהליים, ואפשר להניח שכמות הערעורים משקפת פחות או יותר את מספר הצווים המנהליים שהוצאו מכוח החוק.

147 ס' 2 (ב) לחוק המעצרים המנהליים.

148 דברי הכנסת, לעיל ה"ש 118, 3958 (התשל"ח).

149 עמ"מ 2645/02 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(4) 231, 239 (2002).

150 מוצע פרק זמן של שנה, מפני שבעת הדיון על החוק בכנסת גם ח"כ פעיל – שדרש להגביל את משך המעצר המנהלי – הסכים כי ראוי לאפשר הוצאת צו מנהלי לפחות למשך שתי תקופות של שישה חודשים.

## 1. בחינת החוקתיות של חוק המעצרים המנהליים: סיכום ומסקנות

אפשר לסכם את תוצאות הבחינה החוקתית של חוק המעצרים המנהליים על בסיס השוואה להליכי המעצר הפליליים, כמפורט בטבלה.

התיקון המוצע	ההליך המנהלי	ההליך הפלילי	הנושא	
	שר הביטחון יכול להורות על מעצר מנהלי רק כשהדבר הכרחי	על גורמי האכיפה להשתמש במעצר כמוצא אחרון	שיירות	1
הוספת הוראה מקבילה בנוגע לרשות השופטת	אין הוראה מקבילה לרשות השופטת	בית המשפט יכול להורות על מעצר של חשוד או נאשם רק כשאין חלופה פוגענית פחות		2
תחילת ההליך כמו מעצר ימים רגיל לצורך חקירה, והמשכו במקרים מתאימים בבקשה למעצר בלא כתב אישום, שתוגש לנשיא בית המשפט המחוזי באישור שר הביטחון	צו המעצר ניתן על ידי גורם מנהלי – שר הביטחון	עדיפות למעצר בצו שופט	שיפוטיות	3
חקירת העציר תיעשה כבהליך פלילי רגיל, לרבות הבאה לפני שופט בתוך 24 שעות	ביקורת שיפוטית ראשונה בתוך 48 שעות	ביקורת שיפוטית ראשונה בתוך 24 שעות		4
	ביקורת שיפוטית יזומה בתוך שלושה חודשים, לא מותנית בבקשה ובעילה	העציר רשאי לבקש עיון חוזר במעצר בהתקיים עילה שמצדיקה זאת		5
	זכות העציר להיות נוכח בדיונים בעניינו	זכות העציר להיות נוכח בדיונים בעניינו	הוגנות	6
	העציר זכאי להיות מיוצג על ידי סנגור שאושר לשמש סנגור צבאי	זכות העציר להתייעץ ולהיות מיוצג על ידי עורך־דין		7

התיקון המוצע	ההליך המנהלי	ההליך הפלילי	הנושא	
הגבלת הסמכות לצו מעצר מנהלי שנסמך על ראיות שאינן קבילות בהליך פלילי – לשלושה חודשים בלבד	בית המשפט רשאי לסטות מדיני הראיות מטעמים ששירשמו, כולל קבלת ראיות במעמד צד אחד	זכות עיון בכל חומר החקירה עם הגשת כתב האישום		8
אימוץ ההסדר שבחוק המעצרים	הדיון בדלתיים סגורות בשל עילה של שמירה על ביטחון המדינה	ככלל – הדיון בפומבי, אולם שופט רשאי להורות על סגירת דלתיים בהתקיים עילה		9
אזכור מפורש לזכות טיעון – השופט יחליט "לאחר שמיעת טענות הצדדים"	זכות טיעון משתמעת – לא מוזכרת במפורש	זכות טיעון מפורשת בחוק "לאחר שמיעת טענות הצדדים"		10
	זכות ערעור על כל החלטה סופית	זכות ערר על כל החלטה סופית		11
הגבלת ההארכה למי שכבר נתון שנה במעצר מנהלי לשלושה חודשים, שיהיו ניתנים להארכה לאותו זמן	משך המעצר מוגבל לשישה חודשים, הניתנים להארכה מעת לעת לאותו פרק זמן	משך המעצר מוגבל לתשעה חודשים, שאחריהם יש סמכות רק לשופט עליון להאריך מעת לעת, עד תשעים יום	זמניות	12

כעולה מהטבלה, מתוך תריסר נקודות השקה שבין ההליך המנהלי להליך הפלילי זוהו פערים ממשיים בשבע נקודות בהליך המנהלי, שספק אם הן עומדות בתנאים של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: יש בהן פגיעה בזכויות העציר המנהלי, העולה על הנדרש לצורך הגשמת התכלית של ההליך המנהלי. במאמר הוצעו תיקוני חקיקה מסוימים שנועדו לצמצם או אף לבטל את הפערים בנקודות הללו. שניים מהתיקונים המוצעים הם מובן מסוים בעלי אופי הצהרתי, והם מבקשים לעגן בחקיקה פרקטיקה נוהגת: הוראה לבית המשפט להעדיף נקיטת אמצעים פוגעניים פחות ואזכור מפורש של זכות הטיעון. שני תיקונים נוספים מבקשים לצמצם את הפגיעה בחירותו של העציר המנהלי ולהדק את הפיקוח השיפוטי על הליכי המעצר, על ידי הגבלת משך המעצר בצו לשלושה חודשים, בנסיבות מיוחדות: החל בצו הראשון – כאשר בקשת המעצר נסמכת על ראיות בלתי-קבילות, והחל בצו השלישי – כאשר בקשת המעצר נסמכת על ראיות קבילות, אולם מבקשים להאריך את מעצרו של מי שכבר נתון שנה במעצר מנהלי, לאחר שהצו הראשון הוארך כבר פעם אחת למשך שישה חודשים נוספים.

המשמעות המעשית של התיקונים הללו מוגבלת, ועיקרה שינוי באופי הדיון שמתקיים בלאו הכי לפני נשיא של בית משפט מחוזי. במקום דיון של ביקורת שיפוטית יזומה על צו

שעומד בתוקפו מתקיים דיון של ביקורת שיפוטית ראשונית על צו חדש, שבו מתבקשת הארכת מעצר של מי שתקופת מעצר מנהלי קודמת שבה היה נתון באה לסיימה. אולם, לתיקונים הללו יש גם משמעות סמלית עמוקה: הם מגבילים את סמכותה של הרשות המבצעת כשיש חולשה בראיות או כשנדרש רף ראייתי מוגבר, ומעבירים את מרכז הכובד של ההליך לרשות השופטת.

שני התיקונים הנותרים הם בעלי משמעות רחבה יותר. הם משנים למעשה את אופיו של ההליך המנהלי, ונלווה אליהם תיקון נוסף בעניין פומביות הדיון. התיקון הראשון מחייב למצות את האפשרות לנקיטת הליכים פליליים על ידי מעצר וחקירה של החשוד, בהתאם להוראות חוק המעצרים, בשלב הראשון של הליך המעצר. מדובר בחקירה שמתחילה כמו כל חקירה פלילית אחרת על ידי גורמי החקירה (המשטרה ושירות הביטחון הכללי) ומתבצעת בפיקוחו של בית משפט השלום, שכלל דן בדלתיים פתוחות, כאמור בחוק המעצרים. אם בתום החקירה מתברר שאי־אפשר להציג בפני בית המשפט תשתית ראייתית מספקת להמשך מעצרו של החשוד במסלול הפלילי, גורמי החקירה רשאים לעבור למסלול חלופי של מעצר מניעתי בלא הגשת כתב אישום.

תיקון החקיקה האחרון שהוצע במאמר עוסק במעבר לשלב המניעתי של ההליך, והוא שונה מהותית מהפרוצדורה הנוהגת היום בהליך המנהלי. במקום הליך שמתחיל כביכול בהחלטה של שר הביטחון, הכפופה לביקורת שיפוטית, מדובר בהליך המשך להליך הפלילי שהגיע למבוי סתום, והוא ממשיך להתנהל על ידי אותם גורמי חקירה שהחלו בהליך הפלילי. אולם, נוכח הפגיעה הקשה בזכויות יסוד בסיסיות, המתקיימת כשמתבקש מעצרו של אדם לתקופה ממושכת בלא הגשת כתב אישום, נדרש שההחלטה על כך תתקבל בדרגים הבכירים ביותר. זו הסיבה שהמעבר למסלול המניעתי המוצע במאמר מחייב את אישור שר הביטחון, בהיותו הגורם הביטחוני הבכיר ביותר ברשות המבצעת לעניין זה, והוא שצריך לאשר את קיומו של האינטרס הביטחוני המצדיק שימוש בהליך כה פוגעני. לכן גם הדיון המשפטי בבקשה חריגה זו צריך להתקיים לפני נשיא של בית משפט מחוזי, בהיותו הגורם הבכיר ביותר בערכאה השיפוטית הדיונית, והוא שצריך להחליט אם יש תשתית ראייתית מספקת – גם אם היא חסויה מפני החשוד עצמו – לאותו אינטרס ביטחוני חיוני היכול להצדיק מעצר מניעתי בלא הגשת כתב אישום, למרות הפגיעה בזכויות העציר. ברי שגם הליווי המשפטי של תהליך קבלת ההחלטה על ידי שר הביטחון צריך להיעשות על ידי הגורמים המשפטיים הבכירים ביותר ברשות המבצעת: היועץ המשפטי לממשלה או לפחות פרקליט המדינה. נראה שאפשר לעגן פרוצדורה כזו בהנחיות פנימיות ולא דווקא בתיקון של חקיקה ראשית.

תיקוני החקיקה שהוצעו במאמר מצמצמים במידה ניכרת את הפגיעה בזכויות היסוד של חשוד שננקט נגדו מעצר מניעתי, בלי לפגוע באפשרות לשלול את חירותו אם אכן שוכנע בית המשפט כי נשקפת ממנו מסוכנות שאין לה מענה בהליך פלילי רגיל. התיקונים הללו משנים את נקודת האיזון בין צורכי הביטחון לבין זכויות האדם, והם משנים לחלוטין את אופיו של הליך המעצר, שנהפך להיות הליך שיפוטי מלא שאין בו כל סממן מנהלי.

אמנם גם לאחר התיקונים הללו נותרת בעינה האפשרות לשלול חירות של אדם לפרקי זמן ממושכים, בלי שניתנת לו הזדמנות מלאה לדעת מה מיוחס לו ולהתגונן כראוי מפני הטענות נגדו; אולם, משמוסכם על הכול כי במקרים חריגים מדובר בכורח בל יגונה, מוטב שההליך כולו יתנהל בבית המשפט, תוך הקפדה מרבית על זכויות העציר לבל תיפגענה יתר

על המידה. הליכה בדרך זו תשמר את העיקרון החוקתי הבסיסי שלפיו החלטה על שלילת חירות במשטר דמוקרטי, ראוי שתיעשה רק בצו שיפוטי, לאחר שמיעת הטענות של שני הצדדים ולאחר מתן הזדמנות נאותה לחשוד לטעון את טענותיו בבית המשפט. משהגענו עד הלום ייתכן שאפשר לצעוד צעד נוסף ולשקול את ביטולו המלא של חוק המעצרים המנהליים כדבר חקיקה נפרד, ולכלול את הוראותיו – בשינויים המחויבים מתיקוני החקיקה שהוצעו במאמר – כסימן נפרד בפרק השני של חוק המעצרים, תחת הכותרת "מעצר מניעתי" או בדומה. זאת, מפני שלפי ההצעה כבר לא מדובר בהליך מנהלי אלא בהליך פלילי, שראשיתו בחקירה פלילית רגילה – ולכן ספק אם יש הצדקה לייחד לו חוק מיוחד, ואין מניעה לכלול אותו כסימן נפרד בחוק המסדיר את כל סוגי המעצרים שבמסגרת ההליך הפלילי. שינוי כזה ידגיש את העובדה שלא מדובר בהליך שבו גורם מנהלי מחליט על שלילת חירות כי אם בהליך שיפוטי מלא, שעם כל הקושי המובנה הכרוך בו הוא עדיין שייך לתחום סדרי הדין הפליליים.