

פרק רביעי סיכום ביניים

א. המתח בין המעצר המנהלי ובין שלטון החוק

עד כה התייחסתי לחריגותיו של חוק המעצרים במארג המשפט הישראלי. הראיתי כי מדובר בהפעלת סמכות שאף כי תכליתה מניעה, יש חשש שהיא תהיה בבחינת מסלול עוקף לדין הפלילי של המדינה ותשמש לצורך ענישה על מעשי עבר. יתרה מזו, בחינה של סעיפי החוק מלמדת על עוד סכנות שעלולות להתממש מיישום לא זהיר של הסמכות, בעיקר על ידי בעל הסמכות אך גם על ידי הרשות השופטת בתפקידיה באישור המעצר ובבחינה המתחדשת שלו מדי שלושה חודשים.

שלטון החוק הוא מושג סבוך ורב היבטים, ולא כאן המקום להשוות ולפרש את הניתוחים של הוגי המשפט בשאלת תחולתו.³⁵⁴ נראה שבישראל מוסכם כי לשלטון החוק יש (גם) מובן מהותי.³⁵⁵ המובן המהותי הוא המתעניין בתוכנו של החוק כדי למנוע ממנו להיות ה"נבל" של רשות המשפט. מובן זה מביט פנימה אל תוכנה של הנורמה ודורש כי הוראותיה יהלמו עקרונות וערכים עליונים. את העקרונות הללו משפטנים מגדירים בכל מיני דרכים. מאיר שמגר מכנה אותם "צו הצדק";³⁵⁶ גם חיים כהן מצביע על הצדק כביטוי להגשמת שלטון החוק המהותי ("שלטון המשפט" בלשונו);³⁵⁷ ורונלד דבורקין (Dworkin) ואלברט דיסי (Dicey) מדגישים את זכויות האדם כבסיס לקיומו של שלטון החוק המהותי;³⁵⁸ יצחק זמיר טוען כי חוק ראוי שמקיים את שלטון החוק המהותי חייב לקיים את ערכי השוויון והחירות;³⁵⁹ ואהרן ברק גורס כי

354 ראו אהרן ברק שלטון החוק ועליונות החוקה: מבחר כתבים 319 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

355 ראו ברק, לעיל ה"ש 20, בעמ' 116-122; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 284-311. 356 מאיר שמגר "חנוכת הבניין החדש של בית המשפט העליון" הפרקליט מ 369, 370 (תשנ"א-תשנ"ג).

357 חיים כהן המשפט 143 (1991).

ANTHONY W. BRADLEY AND KEITH D. EWING, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 97 (14th ed., 2007)

359 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 60-61 (1996).

שלטון החוק המהותי הוא שלטון החוק המגשים את ערכיה של הדמוקרטיה.³⁶⁰ החוק צריך לקיים את ערכיה של המדינה, ובמקרה הפרטי של מדינת ישראל עליו להגשים ערכים יהודיים ודמוקרטיים. ערכים אלו מורכבים ומגוונים, והם כוללים בין השאר את זכויות האדם היסודיות, את זכות הקיום של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי ואת זכותם לחיים של כל הפרטים הנמצאים בשטחה. הסדר חוק שאינו נאמן לערכים הללו, כלומר אינו מאזן כראוי בין התכליות שהוא מקדם ובין התכליות שהוא מסכל, אינו מתיישב עם מובנו המהותי של שלטון החוק.

בפרק זה אברר אם חוק המעצרים סותר את העיקרון של שלטון החוק. על תכליתו של החוק עמדתי בפרקים הקודמים, ובמהלך ניתוח סעיפיו הצבעתי גם על הסכנות הטמונות בו. כאן אנסה להתבונן בחוק כמכלול. אגדיר ואפרט את היבטי שלטון החוק שחוק המעצרים עלול לקפח, ובהמשך אנסה, באמצעות מבחני המידתיות, להכריע אם החוק בצורתו הנוכחית מסייע לקידומו של שלטון החוק.

פגיעה בזכויות יסוד

היישום של חוק המעצרים תחילתו בנוהל שבו גורמי הביטחון ממליצים לשר הביטחון על מעצרו של אדם והמשכו בביקורות תקופתיות של בית המשפט על המשך החזקתו של העציר במשמורת. בכל אותה התקופה, ובלי להתייחס כעת למטרות שהחוק מבקש להשיג, דומה כי כמה מזכויות היסוד של החשוד אינן נשמרות.

אפשר לעצור את החשוד בלי שהוא יודע את טעמי המעצר, וכך מופרת זכות היסוד של כל מי שנוקטים כלפיו עיצום – לדעת במה הוא מואשם. מיום שנעצר אין העציר יודע מה משך המעצר המרבי שצפוי לו, ודיני הראיות אינם חלים על הדיונים בעניינו. בדרך כלל אין נמסרות לו, ואף לא לעורך דינו, הראיות שעל פיהן הוא נעצר, ומשום כך הוא אינו יכול להפריך. נתונים אלה פוגעים בשורשה של הזכות להליך הוגן. יתר על כן, זכותו של העציר לחירות נשללת ממנו, ונפגע גם כבודו. הוא מושם בבית הכלא לא משום פעולות שעשה, אלא משום פעולות שיש חשש כי יעשה.

יישום בלתי מרוסן של הפעלת הסמכות יכול אף להפוך את המעצר המנהלי לזירה שמופרות בה עוד זכויות יסוד, בניגוד להגנות שנקבעו במסגרת הדין הפלילי. דוגמה לכך היא הזכות לחופש ביטוי. חופש הביטוי, כמו שהוכר בישראל, חולש גם על ביטויים חריפים ואף גזעניים.³⁶¹ עם זאת בפסק הדין בעניין אגבריייה נקבע כי ביטוי

360 ברק, לעיל ה"ש 20, בעמ' 120–122. ראו עוד בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 825 (2003).

361 בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 281 (1987). וכך כתב השופט ברק:

ראינו, כי על פי התפיסה המקובלת עלינו, חופש הביטוי כולל בחובו, מבחינתו הפנימית, גם חופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות. האם חופש זה משתרע גם

עשוי להיות עילה המצדיקה מעצר מנהלי.³⁶² דברים אלו מעוררים קושי ואף חשש לשימוש בלתי זהיר בסמכות. במקרה אחר ביטל בית המשפט צו מעצר שניתן בעקבות דברים שאמר החשוד,³⁶³ אבל גם ממנו אפשר ללמוד על החשש לפוטנציאל הפוגעני שיש בסמכות זו. וכך כתבה השופטת דורנר:

על כל פנים, המערער דורש לפני תלמידיו זה שנים מספר, אך אין טוען נגדו כי שידל למעשי עבירה קונקרטיים. גם לא הוכח כי דבריו עלולים – לא בוודאות קרובה ואף לא במידת הסתברות ממשית הפחותה מכך – להביא את תלמידיו לפגוע בערבים.³⁶⁴

נראה כי המגמה שהשופטת מבטאת נכונה. ככלל, השימוש בכלי חריג בדמות המעצר המנהלי להתמודדות עם סכנה רחוקה שייתכן שתתגשם (או לא) בשל דבריו של חשוד והשפעתם על אדם אחר אינו ראוי.

אלו, בתמצית, זכויות היסוד שיש חשש כבד כי יופרו בעת יישומו של חוק המעצרים. בצדן עומדת האפשרות הסבירה לפגיעה בעקרונות המשפט הציבורי ובחלוקת הכוח בין רשויות השלטון, כמו שיוצג להלן.

פגמים מנהליים

על כל רשות ציבורית, ובכלל זה שר הביטחון, לפעול על פי העיקרון של חוקיות המנהל.³⁶⁵ משמעות העיקרון היא שהרשות פועלת רק במסגרת הסמכויות שהגדיר לה

על השקפות בעלות אופי גזעני? האין לומר, כי התוכן הגזעני של הביטוי, מוציא אותו מתחומו של חופש הביטוי? [...] אכן, הגזענות בשקר יסודה, אך אמת זו תצא לאור רק באותה התמודדות חפשית של רעיונות ודעות. מתוך התמודדות עם השקר שבגזענות על הבמה החפשית של דעות ורעיונות תוקע הגזענות בכל כיעורה, ושיוון האדם וכבודו, יוגבר ויוחזק. לא האמת בגזענות תומך וכך במקורן בחופש לבטאה, אלא ההתמודדות החפשית של דעות והשקפות שתוקיע את השקר שבה.

גישה זו מקובלת גם בארצות הברית. ראו R. A. V. v. City of St. Paul, 505 (1992) U.S.

377

362 עמ"מ אגברייה, לעיל ה"ש 44, בעמ' 843. וכך קבע השופט שלמה לוין: "לפיכך אני סובר, שכשם שלא כל מעשה פיזי יצדיק הוצאת צו מעצר לפי החוק, כך גם אין לומר בצורה גורפת, שמעשה הכרוך אך בדיבורים ובפעילות אירגונית לא יצדיק נקיטת האמצעי האמור".

363 ראו עמ"מ גינצבורג, לעיל ה"ש 76.

364 שם, בעמ' 225.

365 עקרון חוקיות המנהל משקף את מובנו הפורמלי של שלטון החוק בתלותו הפעלת סמכות שלטונית בקיומו של חוק מסמך. זהו ביטוי לשלטון החוק בניגוד לשלטון האדם. יצחק זמיר רואה בו ערך דמוקרטי בפני עצמו. הוא מסביר כי "הדמוקרטיה מקנה את הריבונות לעם. העם הוא שמקנה לממשלה ולכל רשות מינהלית אחרת, באמצעות חוקים, את כל הסמכויות

החוק ופעולתה חייבת להלום את מתווה החקיקה כולו, ולא רק חקיקה ספציפית.³⁶⁶ על המסד שהניח העיקרון של חוקיות המנהל נשענים כמה עקרונות נוספים בדינה המנהל הציבורי, בכללם עילת המטרה הזרה או שיקול הדעת הזר. מכוחה של עילה זו נקבע כי בעל סמכות שמפעיל את סמכותו לפי חוק רשאי לשיקול רק שיקולים המתיישבים עם קידום תכליתו של החוק הספציפי ועם עקרונות היסוד של השיטה ולקדם רק מטרה המתיישבת עמם. כל שיקול אחר עשוי להפוך את הפעולה המנהלית לבלתי חוקית, על פי העקרונות שהתווה בג"ץ במשך השנים.³⁶⁷

במאמר זה מוצע לצמצם את עילות ביטחון המדינה וביטחון הציבור כדי להבטיח הגדרה שתמנע שימוש בחוק למטרה זרה. האופן שהחוק מיושם היום עלול להביא למעצרים של חשודים לשם הגשתה של מטרה זרה, כלומר לא לשם המטרה המוגדרת בחוק – מניעת סכנה לביטחון המדינה ולביטחון הציבור.

במה דברים אמורים? החשש הכבד ביותר הוא שהרשות המבצעת תשתמש בחוק המעצרים למטרה של ענישה אגב ניצול העובדה שהליך זה אינו כפוף לדיני הראיות המחמירים של ההליך הפלילי. כמו כן יש חשש לניצול דין המעצרים לצורך גיוס משתפי פעולה, הפחדה ודיכוי. היכולת להשתמש בראיה מנהלית, במשמעותה לעיל, והיכולת להסתיר ראיות מהעציר עלולות "לקרוץ" לרשויות כאשר הן ירצו להשיג בקלות יחסית את כליאתו של אדם בלי הצורך להתמודד עם ההגנות הקבועות לנאשם במסגרת הדין הפלילי. בפרק המסקנות שלהלן יוצע פתרון מעשי להתמודדות עם חשש זה, שהתממשותו – יש להניח – לא נכללה בכוונתם של מנסחי החוק. היקפם הנרחב של המעצרים המנהליים בשטחים מעלה חשש שסכנה זו כבר התממשה שם ושכבר אי-אפשר לשלול את הזליגה של פרקטיקה לא רצויה זו אל תוך שטחי מדינת ישראל.

ב. מידתיות

לאחר שאפיינתי את הסכנות העלולות להתממש מהפעלתו של חוק המעצרים אנסה לבחון אם הוא מידתי. במסגרת זו אחיל את שלושת מבחני המידתיות המיושמים בבחינת

שבידיהן. ואין בידיהן אלא הסמכויות שהחוק הקנה להן. החוק אם כך הוא המקור, כמו גם הגבול, של כל תפקיד וכל סמכות של כל רשות". ראו עוד זמיר, לעיל ה"ש 359, בעמ' 50. 366 ראו למשל בג"ץ 1640/95 אילנות הקריה נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582 (1996). 367 לעניין מטרה זרה ראו בג"ץ 98/54 לורוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40 (1956); בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990); בג"ץ 5090/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997). לעניין השיקולים לפסילת ההחלטה כאשר מעורבים שיקולים זרים ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979); בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד כז(2) 764 (1973).

חוקתיותו של הסדר נורמטיבי בחקיקה הישראלית. תחולתו של עקרון המידתיות הוצה את מיקומו בספר החוקים של המדינה – בפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפסקת ההגבלה של חוק יסוד: חופש העיסוק. עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי במשפט, הוא חלק מתפיסת המשפט הישראלי במסגרת ההגנה על זכויות הפרט, והוא רכיב חשוב במשפט הבינ-לאומי המנהגי.³⁶⁸ בית המשפט העליון הדגיש במפורש כי חוק שמאפשר מעצר מנהלי של אדם חייב לעמוד בדרישת המידתיות:

עם זאת, נוכח עוצמת הפגיעה בחירות האישית ובהתחשב בחריגותם של אמצעי המעצר הקבועים בחוק, יש לעשות מאמץ פרשני על-מנת לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכות לחירות כך שתהא מידתית לצורך השגת התכלית הביטחונית ולא מעבר לכך.³⁶⁹

כזכור, מבחינה משפטית קונקרטית החוק נהנה מסעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן אי-אפשר לקבוע כי הוא אינו חוקתי. עם זאת במסגרת מחקר שבוחן את הדין הרצוי, ראוי להעמידו מול "מראת המידתיות" ולהסיק מההשוואה מסקנות באשר לדין הרצוי.

בטרם נתחיל בבדיקת המבחנים יש צורך להדגיש שני כללים מנחים: (א) יישומם של המבחנים אינו נעשה באופן דווקני או מוחלט. מכוח כבודה ומעמדה החוקתי של הכנסת עומד לרשותה מתחם מסוים של שיקול דעת שהרשות השופטת נוהגת לכבד בעת הכפפת הסדרים שקבעה הכנסת תחת מבחני המידתיות. (ב) מוטב לזכור כי המשאבים הציבוריים מוגבלים, ולא בהכרח כל פתרון שפגיעתו פחותה יהא עדיף על פתרון אחר, שכן בכלל השיקולים יש לשקלל גם את עלות המשאבים. ובכל זאת יש לומר שככל שהזכויות הנפגעות במסגרת ההסדר החוקי יסודיות יותר, משקלה של שאלת עלות המשאב פוחתת, ומתחם שיקול הדעת שניתן לרשות בבחירת הפתרון שאינו מיטבי קטן.³⁷⁰

368 ראו בג"ץ הועד הציבורי נגד עינייים, לעיל ה"ש 192, פסקאות 41-44 לפסק דינו של הנשיא ברק.

369 ראו ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 329, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. הדברים נאמרו בביקורת שנמתחה על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. ואולם בפסק דינה הדגישה הנשיאה כי "המנגנון הקבוע בחוק הינו מנגנון של מעצר מינהלי לכל דבר ועניין, המבוצע על-פי צו של הרמטכ"ל, שהינו נושא תפקיד בעל חשיבות ביטחונית מהמעלה הראשונה". ראו פסקה 15 לפסק הדין.

370 לסקירה וניתוח של מבחני המידתיות ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 419-423 (1997).

יצוין כי הכללים המנחים הללו יפים לבדיקת חוקתיותו של חוק קיים. הם אינם חלים על עיצובו של הסדר חדש שאמור לשקף את הדין הרצוי.

התאמת האמצעי למטרה

מטרתו של חוק המעצרים למנוע מעשים שעלולים להביא לידי פגיעה בביטחון המדינה או בביטחון הציבור. האם מתן סמכות למעצר אדם בידי שר הביטחון מתאימה לתכלית זו? נראה כי התשובה חיובית.

נשווה לנגד עינינו את המצב הזה: את המדינה שוטף גל גדול של אירועי טרור קשים המבוצעים בידי ארגונים עוינים. המעקב המתמיד של סוכני שירות הביטחון מעלה כי עשרות רבות של צעירים שמבקשים לחקות את המעשים הללו נמצאים בשלבים התחלתיים של תכנון ומגיעים לקראת ביצועם של מעשי טרור. הראיות שבידי שירות הביטחון הן עדויות שמיעה של סוכן יחיד שאי־אפשר "לשרוף". כוחות הביטחון אינם מסוגלים לעקוב ברציפות אחר החשודים בשל צרכים אחרים של המאבק בטרור. האם מעצרים של החשודים בתכנון מעשי טרור לפי חוק המעצרים יסייע לשמירה על ביטחון הציבור? על כך יש להשיב בחיוב. מעצר מנהלי הוא אמצעי מתאים למטרה שהוא נועד לקדם. התאמתו של אמצעי זה, מתוך כלל האמצעים הרבים האחרים הקיימים, עולה ככל שהסכנה שהמדינה מתמודדת עמה גדולה יותר, ככל שהאיומים על הביטחון נרחבים וחריפים יותר, וככל שהעומס המוטל על גורמי הביטחון כבד ותובעני יותר.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (סקירת כלים משפטיים חלופיים)

על פי העקרונות שנמנו לעיל, גם במבחן זה אין לנהוג בדווקנות. לשון אחר, רק פתרון שישגי תכלית זהה או כמעט זהה ופגיעתו נמוכה אך לא זניחה עשוי להיות פתרון עדיף.³⁷¹ בדיון שלהלן אתור אחר פתרונות חלופיים למעצר המנהלי מתוך סל הפתרונות הקיימים בחקיקה הישראלית ומתוך האמצעים הקיימים בהסדרים דומים בעולם.

א. שינויים בחוק העונשין

אם ייעצר פלוני על פעולות ההכנה שלו לקראת פעולתו החבלנית, מטרתו תסוכל והוא ייענש בהתאם לאמור בדין הפלילי. ענישה כזאת מתיישבת יותר עם שלטון החוק, ויש בה כדי לרפא את רוב הפגמים שנדונו לעיל: הרשות השופטת היא שתקבע את עונשו לאחר שקיבל הזדמנות ראויה להתגונן לפני בית המשפט נגד ההאשמות נגדו. יתרה

371 ראו בג"ץ 7862/04 זוהרייה חסן מורשד בן חוסין אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5), 368 (2005).

מזו, העונש בגין פעולות כאלה צפוי ועשוי לסייע בהרתעתם בטרם מעשה של מי ששוקלים את הוצאתן לפועל.

המשמעות של אימוץ מדיניות זו: אפשרות ראשונה בהקשר זה היא הרחבת הענישה על מעשי הכנה. סעיף 25 לחוק העונשין קובע כי עברת ניסיון היא עברה שלא הושלמה, אבל המבצע עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד. בפסיקה ובספרות המשפטית ידועים כמה מבחנים שבוחנים את טיב התנהגותו של המבצע ומיועדים להבחין בין עברת ניסיון שמוותר להעניש בעקבותיה ובין מעשה הכנה שאינו עניש. ככלל, בדין הפלילי מקובל כי אין מענישים על פעולות הכנה אלא במקרים חריגים המחייבים קביעתו של איסור ספציפי, למשל מעשה הכנה מסוכן כשהוא לעצמו או הכנה לפשע חמור במיוחד. ניתן אפוא לבחון אם במקרים אלה יש מקום להפיל מעשה הכנה מעבר למעשי ההכנה האסורים כיום בפלילים, למשל מעשי הכנה מסוימים לרצח. לדעתי, הענשה על מעשי הכנה מעין אלו, גם אם היא רצויה, לא תקדם במידה ניכרת את התכליות שעליהן המעצר המנהלי מבקש להגן, שכן המעצר המנהלי משמש בעיקר במקרים שבהם אין ראיות קבילות שניתן לבסס עליהן הרשעה בפלילים.

יש לציין כי מבחינה מושגית שימוש בכלי זה משמעותו ענישה על מעשים שבוצעו (צפייה לעברו של החשוד), והוא שונה מחוק המעצרים (אשר צופה פני עתיד). עם זאת, מבחינה מעשית הענישה וההליכים המשפטיים הננקטים עוד במהלך הדיון המשפטי (מעצר פלילי) מקדמים את תכליתו של החוק – מניעת מעשים שביכולתם לסכן את ביטחון הציבור או המדינה.

אין ספק כי בהינתן תשתית ראייתית מתאימה, הכלי הפלילי הוא כלי שאינו נופל ביעילותו מכלי המעצר המנהלי ואף עולה עליו מבחינת היכולת להשיג הרתעה מוקדמת ומבחינת זכויות העצור. ברם ניתוח אמפירי של המעצרים המנהליים בישראל מלמד כי לכולם משותף השימוש בסעיף 6 לחוק, המתיר להשתמש בראיות שאינן עומדות בדיני הראיות המקובלים בדין הפלילי, ובכלל זה שימוש בעדויות שמיעה וחיסוי הראיות מהעציר. לפיכך בטרם נוכל לקבוע שלפנינו תחליף ראוי, יש לעמוד על טיבו על ידי בירור השאלות הנוגעות לדיני הראיות.

(1) חיסוי הראיות. כאשר המדינה תבקש להרשיע אדם באחת העברות המנויות לעיל, במטרה לסכל סכנה אפשרית לביטחון הציבור, יש להניח כי תוצא תעודת חיסיון מכוח סעיף 44 לפקודת הראיות. בדיוננו לעיל הבחנו כי יישומו של סעיף זה והמבחן שנקבע בעניינו בהלכת לבני בנוגע למעצרים מנהליים הם בעייתיים. חומר הראיות יהיה תמיד חיוני להגנת הנאשם, ואז ייווצר מצב שהמדינה תיאלץ להכריע בין גילוי הראיה ובין ויתור על כתב האישום. כך יתגשם הפרדוקס שעליו עמדנו בפרק השני שכלל שהראיות חמורות ואיכותיות יותר, תעלה הסבירות שהמדינה, בשאיפתה להגן עליהן, תוותר על ההרשעה. ויתור כזה יפגע בתכלית שהחוק מבקש להשיג.

אפשרות אחרת היא הרחבת תחולתו של סעיף 128 לחוק העונשין, המאפשר לבית המשפט הדין בעברות של בגידה או ריגול למנוע מנאשם או מסנגורו להיחשף לראיה מסוימת אם ביטחון המדינה מחייב זאת, בתנאי שתישמר לנאשם הגנה מלאה (שתובטח על ידי נוכחות סנגורו של הנאשם או סנגור שממונה מטעם בית המשפט). גישה מעניינת בעניין זה נוקט אייל נון. להצעתו, יש להרחיב את סעיף 128 כך שיכלול עברות נוספות, ובכללן עברות הכנה.³⁷² נון טוען כי יהיה בכך כדי ליצור קוהרנטיות בין המעצר המנהלי ובין החוק הפלילי, והתוצאה תהיה יצירת הסדר בחוק העונשין שיאפשר להעמיד לדין על מעשים שכיום מבוצעים בגינם מעצרים מנהליים. ספק אם הרחבה זו רצויה מבחינת הדין הפלילי בישראל, הואיל ולמרות מה שקרוי "הגנה מלאה" – אין מדובר בעצם בהגנה מלאה, אלא חלקית בלבד. לא בכדי אין משתמשים בהוראת חוק זו. ההרחבה תאפשר לפגוע ביכולת ההתגוננות של נאשמים במגוון רחב של עברות, והיא עלולה להביא לידי הרשעתם של חפים מפשע ולחתור תחת היושרה של ההליך הפלילי והאמון הציבורי ביושרה זו. ספק רב אם התועלת מהרחבת ההסדר תעלה על הנזק שבו.

(2) שימוש בראיות מנהליות. נוסף על חיסוי הראיות עולה גם הבעיה של סוג הראיות המשמשות כיום בסיס למעצר מנהלי. מתן מענה זהה לתכלית שמקיים המעצר המנהלי על ידי חוק העונשין יצטרך לכלול שינוי של טיב הראיות הקבילות (למשל, לאפשר קבילות של עדויות שמיעה) ושל רף הראיות הנדרש כדי לבסס הרשעה בפלילים מתחת לרמה של שכנוע מעל ספק סביר. גם בפתרון זה טמון יותר נזק מתועלת עקב הסכנה של הרשעת חפים מפשע, שהיא חמורה ממעצר מנהלי לא מוצדק בשל ההכתמה המיוחדת הכרוכה בה.

בסקירת הדין המשווה הראיתי ניסיונות חקיקה שונים שאפשרו הרשעה על סמך שימוש בראיות שאינן עומדות בדיני הראיות המקובלים בפלילים. אני סבור שניסיונות אלו לא צלחו ולא היטיבו עם זכויותיהם של הנאשמים. בחינה בדיעבד של ההרשעות מלמדת שבמקרים רבים נעשו הרשעות שווא ובידוי ראיות. מוטב לחוק הישראלי שלא יצעד בדרך זו.

לסיכום, כאשר מתאפשר שימוש נאות בראיות קבילות וניתן להביא את החשוד לדין פלילי, ראוי לעשות כן ולהימנע משימוש במעצר המנהלי. במקרים אלה לא יעמוד המעצר המנהלי בכלל המידתיות, שכן קיים אמצעי שמשיג תכלית זהה ואף עדיפה במחיר נמוך יותר. מנגד, כאשר אי-אפשר להשתמש בחוק הפלילי בלי לשנות את מוסכמות היסוד שלו בכל הנוגע לתחולתן של עברות ודיני הראיות, מוטב שלא

372 ראו נון, לעיל ה"ש 52, בעמ' 194-195.

להרחיב את החוק. מוטב לוותר על השימוש בכלי זה למטרת סיכול מימושן של סכנות לביטחון המדינה.

ב. אמצעים חלופיים למניעת התממשות הסכנה

בתקנות ההגנה, ובעיקר בחוק למניעת טרור שנחקק בבריטניה במרס 2005 (Prevention of Terrorism Act 2005), יש סל של אמצעים מתונים יותר להתמודדות עם הסכנות שחוק המעצרים מבקש למנוע. יתרונם הגדול הוא שהם פוגעים פגיעה קטנה יותר בזכויות הפרט של החשוד, פגיעה שאמנם אינה מבוטלת אך היא בגדר "קפיצה איכותית לאחור" מבחינת הפגיעה בחירות הפרט. השאלה החשובה בעניין יעילותם של אמצעים אלו היא אם ובאיזו סבירות הם מצליחים לתת מענה לתכלית המעצר המנהלי.

(1) מעצר בית, חובת נוכחות במקום תָּחום, הימנעות מביקור במקומות מסוימים והגבלות תנועה נוספות. קבוצת אמצעים זו מבקשת להרחיק את החשוד ממקום שבו הוא עלול לבצע את מזימתו לפגוע בביטחון המדינה. ודוק, קביעת אדם כמעצר בית אינה מונעת ממי שממלא תפקיד הנהגתי להתקשר עם אנשיו ולשלוט על מימוש הסכנה בשלט רחוק. עם זאת שילוב בין אמצעי זה ובין הגבלת אמצעי התקשורת שבירי החשוד עשוי לסייע להשגת התכלית. יש לציין כי חלקם של האמצעים הללו כבר נמצא בחקיקה הישראלית, בסעיפים 109-110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בפרק המסקנות שלהלן יוצע להכילם במסגרת הסדר חדש שיכלול אמצעים נוספים.

אפשרות להורות על מעצר בית במקום צו המעצר שביקש שר הביטחון להוציא נדונה בפרשת פחימה, שם קבע בית המשפט כדלקמן:

חרף קיומה של סכנה מוחשית וישירה הנשקפת מהמערערת לביטחון המדינה והציבור, המחייבת את מעצרה המינהלי ומצדיקה אותו, כחנתי את אפשרות שחרורה למעצר בית בתנאים אשר מן הצד האחד יבטיחו את מטרת המעצר, ומן הצד האחר יפגעו פגיעה פחותה בחירותה האישית ויקלו עליה את ההתמודדות היומיומית עם ניתוקה ממהלך החיים הרגיל. לאחר בחינת העניין היה שירות הביטחון נכון להסכים לחלופת מעצר בית באשר למערערת, בתנאי שתובטח שמירה רצופה עליה בכל שעות היממה באמצעות גורמי שמירה שיאשרו על-ידי שירותי הביטחון, ובתנאי כי עלות השמירה כאמור לא תיפול על שכם המדינה.³⁷³

373 עמ"מ פחימה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 265.

יש לברך על מודעותה של השופטת פרוקצ'יה לכורח לאפשר פתרון פוגעני פחות כאשר התנאים מאפשרים זאת, ויש להצטער כי פתרון זה לא הגיע לידי מימוש מפאת עלויות השמירה. מתברר כי הסוגיה של עלות השמירה עלולה לגרום לאפליה של חשודים חסרי אמצעים, אשר ייאלצו "לבחור" בחלופת המעצר. לפיכך ראוי לבחון חלופה שבה המדינה היא שתישא בעלויות. ובכל זאת, על אף הקשיים האמורים לעיל, כאשר הדבר אפשרי יש להשתמש באמצעי מעצר הבית, שהוא בבחינת יישום ראוי של עקרון המידתיות. ובאשר לחובת הנוכחות במקום פָּחום: הפיקוח על החשוד אינו מוכרח להיות באמצעות חיובו להתייצב בתחנת משטרה. ניתן לפקח עליו באמצעות שיחה ממכשיר שממוקם בביתו או במקום מוסכם אחר (במסגרת המגבלות הטכנולוגיות והיכולת לזהותו ברמת ודאות מספקת).

(2) מעקבים אנושיים, מעקבים אלקטרוניים (האזנות סתר) ואזהרת החשוד. אמצעי מעקב מהווים פגיעה מסוימת בזכותו של האדם לפרטיות, אך פגיעתם קטנה לאין שיעור ממעצר מנהלי ואף מהאמצעים שנזכרו לעיל, ואזהרת החשוד לא כל שכן. בה בעת יעילותם של אמצעים אלו פחותה, ומשום כך לעתים לא יהיה נכון לקחת את הסיכון הכרוך בהם. לדעתי, חרף כל זה אמצעים מתונים אלה ראויים להיכנס לספר החוקים ויש להביא אותם בחשבון טרם הוצאת צו מעצר, שכן בנסיבות מסוימות הם יוכלו לקיים את תכלית החוק. במקרים כאלה שימוש באמצעי המעצר המנהלי לא יהיה מידתי, ועל כן לא יהיה חוקי.

(3) איזוק אלקטרוני. איזוק אלקטרוני הוא משדר אלקטרוני בצורת צמיד שמוצמד לגופו של החשוד (לקרסול או לפרק כף היד). מרגע הצמדתו החשוד נתון במעקב תמידי של רשתות לאיפון באמצעות לוויינים (GPS), וניתן לאתרו בכל רגע ורגע. את האיזוק מצמיד לחשוד איש כוחות הביטחון, ומרגע שהוצמד, אין החשוד (או כל אדם שאינו מרשויות הביטחון) יכול להסירו. המשדר משדר אותות תכופים למקלט שנמצא בביתו של החשוד, ואלה משודרים באמצעות הטלפון למרכז בקרה שמפקח על העצירים או האסירים. אם המקלט מזהה הפסקה בשידור או איתות אחר, בשל תקלה או בשל הפרה של תנאי הפיקוח שנקבעו, משודרת התרעה למרכז הבקרה.

יתרונו הגדול של האיזוק האלקטרוני שהוא מחפה על חסרונותיהם של אמצעי מעקב אחרים, שכן אפשר לאתר בעזרתו כל אדם, וברמת דיוק גבוהה מאוד. יש להניח כי שילוב שלו עם האמצעי של מעצר בית או תיחום אזור המחיה עשוי לענות במידה כמעט מלאה על התכלית המניעתית של המעצר המנהלי, ואף לפתור את הבעיה שעלתה בעניינה של טלי פחימה.

כיום הוא מיועד להחליף את המעצר בפיקוח על עצורים ברמת סיכון נמוכה. עציר מנהלי יכול להיות אדם בעל רמת סיכון גבוהה, אך שלא כמו אדם שהורשע בפלילים, אשמתו של העציר המנהלי לא הוכחה וייתכן שהוא אדם תמים. לפיכך השימוש באיזוק האלקטרוני עשוי לצמצם במידה ניכרת את ההיזקקות למעצרים מנהליים.

אלו הם הכלים החלופיים העיקריים שניתן להשתמש בהם כדי להשיג תכלית מיניעית בדרך שפגיעתה בזכויות הפרט פחותה. המסקנות האופרטיביות מסקירה זו יוצגו בפרק הבא.

מבחן היחס הראוי בין התועלת לנזק

עקרון היחס הראוי בין התועלת לנזק מעמיד על כפות המאזניים את התכלית המושגת מקיומו של הסדר המעצר המנהלי אל מול הנזקים העלולים להתממש עקב השימוש בו. כאשר משקלו של הנזק עולה על משקל התועלת, הפעלת המבחן מעלה כי ההסדר אינו מידתי ואינו ראוי.

הדרך הנכונה לערוך את מבחן היחסיות היא לבדוק את התוספות השוליות של קיום ההסדר, הן לתועלת הן לנזק. כלומר, יש להתבונן במוסד המעצר המנהלי כמו שהוא מיושם כיום בישראל ולבחון עד כמה הוא משפר את היכולת למנוע סכנות לכיטחון המדינה או הציבור לעומת מציאות מקבילה בלא ההסדר. את התוצאה שתתקבל יש להשוות למידת הנזק שגורם עצם קיומו של ההסדר לעומת מציאות שבה ההסדר אינו קיים, אך קיימים האמצעים החלופיים.

רבים מפסקי הדין מדגישים שוב ושוב את זכותו של העציר להליך הוגן, ובכלל זה הזכות לדעת את הסיבות שבעטיין נעצר והזכות לקבל את האפשרות לחקור ולשאול במטרה להפריך את החשדות. ברם נראה כי חרף ניסיונות האיזון בחוק המעצרים (חיוזק הביקורת השיפוטית, בחינה תקופתית וכדומה), ההתקדמות בהגנה על זכויות העציר לא הייתה גדולה די הצורך. לצד זה עומדת האפשרות הממשית כי בעל הסמכות יעשה בחוק שימוש שלא למטרתו, בעיקר כתחליף להליך פלילי במקום שבו הראיות חלשות ואין אפשרות אמיתית לגלות זאת בגלל אותם הסדרים חוקיים שמגבילים את היכולת להתגונן. חשש זה טרם התממש, ולפחות עד עתה נחסכו ממדינת ישראל מעצרים המוניים ללא הבחנה כפי שאירע במדינות אחרות בעתות חירום. ואולם לא לעולם, בהכרח, חוסן. חוק שאינו מספק ערובות והגנות למניעת סכנות חריפות אלו אינו מידתי. ולא זו אף זו: החוק אינו מגדיר כראוי את המבחן ההסתברותי המתיר חיסוי ראיות, אינו מגביל בפירוש את משך המעצר ואינו מספק כלים משפטיים חלופיים להתמודדות עם הסכנות, אף על פי שכלים אלו בהישג יד.

לנוכח זאת אין מנוס מלקבוע כי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), כמו שהוא מיושם בישראל, איננו מידתי, שכן היחס שהוא מגלם בין קידום תכליתו של החוק ובין הנזקים הנלווים אליו הוא יחס שבו משקל הנזק כבד יותר. כאשר עציר מוחזק במעצר ואינו יודע מדוע, מתרחשת פגיעה קשה ובלתי נסלחת בכבוד האנושי; יש חשש ממשי שייעצרו אנשים שאינם מסוכנים; וכמעט ודאי שיתקיימו הליכי משפט קפקאיים שבהם החשוד אינו יכול באמת להתגונן.

כדי ליישב את חוק המעצרים עם הדרישות של עקרון המידתיות יש לערוך בו רפורמות. השינויים שיוצעו בפרק הבא מבקשים לתקן את הפגמים גם על ידי הוספת אמצעים מתונים יותר להגשמת התכלית, גם על ידי שינויים בביקורת השיפוטית וגם על ידי שינויים הנוגעים לסוגיית דיני הראיות. אני סבור שבהצעות אלה יש כדי להציע הסדר מידתי יותר, שמאזן היטב בין זכויות האדם ובין האינטרס הביטחוני. לפני פרק המסקנות אתייחס בקצרה לשאלה המתבקשת, מדוע אין לבטל כליל את מוסד המעצר המנהלי במשפט הישראלי.

ג. ההשלכות של ביטול חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים)

לנוכח הפגמים הרבים הנטועים בסעיפיו של החוק ובעקבות החששות מפני הקצנה נוספת בשימוש בו ייתכן שתתגבש המסקנה שמוטב לבטלו. תוצאת הביטול תהיה ריפוי של כל אותם פגמים, שכן היא תכפה על הרשויות לנהוג עם אנשים מסוכנים כמנהג החוק הפלילי (אם אפשר), מתוך הבטחת הערובות הפרוצדורליות והמהותיות לשמירה על זכויותיהם.

מסקנה כזאת אינה רצויה. היא תביא את המטוטלת קרוב מדי לקצה שבו אין ערובות מספיקות לשמירה על ביטחון המדינה וביטחון הציבור בשעת חירום. בשעת חירום, בעיקר בישראל, הסכנות לקיום המדינה ולחיי אזרחיה מוחשיות ואינן המצאה של מדינאים שמבקשים לגזור הון פוליטי מפניקה ציבורית. בנסיבות חירום, כאשר ה"הימור" עלול להיות פגיעה בחייהם של רבים ואף פגיעה אפשרית באושיות הסדר החברתי, יש להפקיד, בזהירות, בידי הרשות המבצעת סמכות חזקה, שניתנת ליישום מהיר, של תכלית ביטחונית. למסקנה דומה הגיעו גם מדינות דמוקרטיות מערביות אחרות המתמודדות עם איומי טרור דומים לאלו שעמם מתמודדת מדינת ישראל. למדנו שארצות הברית הפקידה בידי הרשויות כוחות דרקוניים; הבחנו במגמת המיתון בעת האחרונה בבריטניה. אני גורס כי בישראל אפשר לנסח הסדר שיבטא את הצרכים המתאימים למדינה ולסכנות הביטחונית שהיא מתמודדת עמן, בהווה ובעתיד הנראה לעין.

האמצעים החלופיים נותנים מענה טוב ומידתי יותר, אבל בסופו של דבר אין בכוחם להבטיח באותה מידה את ההגנה על האינטרס הביטחוני. יש נסיבות שהם עדיפים, שכן לעתים ניתן לוותר על חלק שולי מהתכלית הביטחונית כדי לשפר במידה ניכרת תכליות אחרות. אבל במצב חירום קיצוני גם יחס המידתיות משתנה, והסדר בלתי מידתי עשוי להיחפז למידתי. תיתכן מציאות שהסכנה בה כה חמורה (ולכן הנכונות להסתכן או לסבול סיכונים פוחתת) והנטל על כוחות הביטחון כה כבד, עד

כי אי-אפשר לסמוך על האמצעים המתונים יותר. במצב כזה אין מנוס ממעצר מנהלי. ואולם על ידי נטרול וצמצום של חלק ניכר מהפגמים ניתן לוודא ששימוש בחוק יהיה למטרות מניעה בלבד ורק כאשר הוא נחוץ וחיוני.

לכף המאזניים הנוטה בעד הותרת חוק המעצרים בספר החוקים יש להוסיף עוד נימוק שבמבט היסטורי אין לבטל את חשיבותו. אפשר להעריך, והערכה זו יש לה על מה שתתבסס,³⁷⁴ כי בכל פעם שיתרגש על מדינת ישראל מצב חירום (במובנו המקורי, כגון מלחמה או אסון טבע), ייקבע הסדר חוקי שמתיר מעצרים מנהליים, וחזקה על הסדרים אלו שיהיו הסדרים בלתי מאוזנים, כיוון שהם יחוקקו בשעה של פניקה ציבורית.

הסדר המיועד לשעת חירום – מוטב שהמדינה תנסח אותו ותשקול את האיזון שבו בשעת שגרה, כאשר ניתן לקיים דיון ציבורי מלא מתוך שיקול דעת קר. אפשר ליצור הסדר מאוזן שמתיר מעצר מנהלי בשעת חירום, אבל אך ורק במסגרת שנקבעה מראש. צעד כזה יסייע בקידומו של שלטון החוק בישראל.

374 לדיון בנושא זה ראו לעיל בפרק השני, חלק ג.