

## היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא

עמנואל גרוס\*

א. מבוא. ב. השלב הראשון להתפתחות דיני המעצר - טרם הסדר חקוק. ג. השלב השני להתפתחות דיני המעצר - תיקון מס' 9 לחוק סדר הדין הפלילי. ד. השלב השלישי להתפתחות דיני המעצר - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ה. דיני המעצר הצבאיים וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: 1. החקיקה והפסיקה הצבאית "כדין מוגן" על-פי סעיף 10 לחוק היסוד; 2. היחס בין שתי פסקאות ההגבלה שבסעיפים 8 ו-9 לחוק היסוד ותחולתו על הדין הצבאי; 3. דיני המעצר הצבאיים ופסקת ההגבלה; 4. עילות המעצר הצבאיות ופסקת ההגבלה - ניתוח המצב הקיים; 5. עילת המעצר הצבאית ופסקת ההגבלה - ביקורת המצב הקיים. ו. השלב הרביעי להתפתחות המעצר - חוק המעצרים החדש. ז. סוגיות חוקתיות נוספות בדיני המעצר הצבאיים: 1. משכי המעצר בדיני המעצר הצבאיים; 2. שחרור בערובה; 3. ההיבט הראייתי של דיני המעצר; 4. חיפוש בגופו של החייל. ח. סיכום.

### א. מבוא

"המהפכה החוקתית"<sup>1</sup> הפכה למעשה למטבע לשון, למונח שכבר אפשר להשתמש בו מבלי להסבירו. מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>2</sup> בשנת 1992, לומדת החברה הישראלית להשתמש ברטוריקה החוקתית החדשה ומכירה בעובדה, כי זכויות האדם שוב

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

\*\* תודתי נתונה לד"ר אריאל בנדור, אשר עבר על כתבי היד והעיר הערות מועילות. כן נתונה תודתי לעוזרי המחקר שלי, הגב' אסי סיוון ומר שחר אלדר. תודה מיוחדת לעוזרי המחקר שלי, לימור מזרחי, אשר שקדה על עריכת המאמר והבאתו לדפוס.

1. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד) (להלן: ברק, פרשנות חוקתית), 61-62, 261-262; וכן אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9; בג"ץ 726/94 ואח' כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח (5) 441, עמ' 463; ע"א 6821/93, רע"א 3363/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי).

2. ס"ח תשנ"ב 150 (להלן: חוק יסוד).

אינן סרח-עודף של סמכויות השלטון, כי אם המקור שממנו נגזרות למעשה סמכויות השלטון.

אולם כוח שכנוע רב נדרש לה למהפכה, שכן להבינה קל, אך להפנימה קשה. ואם לבני-אדם בשר-ודם כך קשה, לרשויות שלטוניות - עלי-אחת-כמה-זוכמה. בעינינו, בהבנה זו - בין הבנה להפנמה - טמון העיקר, והדברים מחייבים פירוט והסבר. כדי שתושלם, על המהפכה החוקתית, ככל מהפכה אחרת, לגרום לזעזוע תפיסתי עמוק, עליה לחלחל להכרה ולהעניק הכרה. אכן, גם אדם המבין את עקרונות-היסוד המנחים את המהפכנים, ואפילו יכתוב עבודת-מחקר מאלפת על עקרונות אלה או ידבר בשצף-קצף בזכותם - אינו שבוי בהכרח בקסמי המהפכה, עד אשר תבוא זו ותגרום אצלו לשינוי תפיסתי כולל. זהו - לדעתי - לב העניין: עקרונות המהפכה צריכים להפוך ל"נווליים". עליהם לטפסף, לזרום ולחלחל עד לרובד המחשבה שבו מתבצעות ההכרעות הממוקדות, היומיומיות, ורק עם הפנמת עקרונות המהפכה מתחיל שלב היישום האמיתי שלה.

במישור סדר הדין הפלילי נחקקו לאחרונה שני חוקים,<sup>3</sup> אשר המהפכה החוקתית שימשה באופן מוצהר נקודת-המוצא של מנסחיהם. שני חוקים אלה עניינם סמכויות האכיפה הפליליות הניתנות ביד השלטון, וחשוב מזה - גבולותיהן ומגבלותיהן של סמכויות אלה. חוקים אלה הביאו עמם שינויים דרמטיים, תוך שימת דגש ניכר על זכויות האדם וצמצום של ממש בסמכויות האכיפה הנתונות ביד השלטון, וללומד או לקורא בהם מובטח עיון מרתק ומהנה.

בחיבור זה אין כוונתי לבחון את ההסדרים הפרטניים אשר נקבעו בחוקים אלה. סוגייתנו היא סוגיית התחולה של שני החוקים. במסגרת זו אתמקד בעיקר בחוק המעצרים, ואקשה: מדוע אין הסדר דומה לו חל על מערכת בתי-הדין הצבאיים? אבקש להשוות בין חוק המעצרים, החל על כלל אזרחי המדינה בהידונם בפני מערכת בתי-המשפט ה"רגילים" בישראל, ובין הסדרי המעצר הקבועים בחוק השיפוט הצבאי,<sup>4</sup> החל על אותם אזרחים כאשר הם משרתים בצבא - בשירות סדיר או בשירות-מילואים. השוואה זו תוביל אותנו למסקנה הברורה, שלפיה צבא ההגנה לישראל, בטיפולו בחייליו, טרם הגיע לשלב ההפנמה והיישום של עקרונות המהפכה החוקתית. אנו נראה, כי זכויות החייל בצה"ל עדיין נגזרות מן השאריות הנותרות מן הבד שממנו נתפרה חליפת מדיהם של צורכי הצבא. ניתוח תיאורי זה יוביל אותנו לבסוף גם אל המסקנה ההכרחית העולה ממנו, אבקש לשכנע כי זוהי בדיוק הנקודה שבה אמורה להיכנס המהפכה החוקתית ל"זירה", ולהפוך - פשוטו כמשמעו - את סולם-הערכים על-פניו. אראה, כי הגיע השלב שבו ראוי כי זכויות החייל, כאזרח וכאדם, יתהדרו גם הן בכסות של ממש - בחליפת-מדים מלאה ומהודרת.

3. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 338 (להלן: חוק המעצרים); וחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996, ס"ח 136 (להלן: חוק החיפוש).

4. חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171 (להלן: החש"צ).

ודוק: הדברים אינם פשוטים כלל ועיקר. אין חולק, כי זכויות האדם הן גם זכויות החייל כאדם,<sup>5</sup> וכי חוק-היסוד דן בזכויותיו החוקתיות של כל אדם, לרבות החייל. עם זאת, למסגרת הצבאית ייחוד משלה, העשוי לעתים להצדיק הכרה באפשרות ההגבלה על זכויות האדם של החייל, אשר תהיה מקיפה יותר בהשוואה להגבלה החלה על זכויות האדם שאינו חייל.<sup>6</sup> דן בכך לאחרונה הנשיא ברק באומרו:

השפעתו של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו על ההלכות הצבאיות... מעוררת שאלות רבות וקשות. אין מחלוקת כי זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד הן גם זכויותיו של החייל. המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות? (ההדגשה שלי - ע"ג).

אבקש אפוא לבחון סוגיה זו ונראה היכן מדובר בשוני רלבנטי בין שתי המערכות, המחייב הגבלה שונה בהיקפה על זכויות האדם, ובאילו מצבים יש להתעלם משוני זה - אם הוא אכן קיים בהם בכלל - ולהעמיד את ההגנה על זכויות האדם בשתי המערכות על מישור זהה.

סדר הדברים יהיה כדלקמן: בבסיס התיבור יעמוד ניתוח של שלבי ההתפתחות השונים של דיני המעצר במישור האזרחי. ניתוח זה ישמש עבורנו תשתית הכרחית לבחינת הסוגיות השונות העולות בהקשר של דיני המעצר הצבאיים וכמקור להשוואה בין שתי מערכות הדינים. במסגרת השוואה זו נתמקד בעיקר בסוגיית המעצר עד תום הליכי המשפט, בכלל, ובנושא של עילות המעצר, בפרט, אך נדון גם בכמה שאלות חשובות נוספות אשר יתעוררו במסגרת הדיון. כל אלו ישמשו אותנו, כאמור, לבחינת השאלה הרחבה יותר, היא שאלת הפנמתה ויישומה של המהפכה החוקתית בצבא.

## ב. השלב הראשון להתפתחות דיני המעצר - טרם הסדר חוק

דיני המעצר במדינת ישראל עברו מהפך מרובע. בראשית הדרך כללו חוק סדר הדין הפלילי משנת 1965<sup>8</sup> - ולאחריו הנוסח המשולב משנת 1982<sup>9</sup> - הוראות מעטות בלבד בנוגע לדיני המעצר. הוראות אלו התמקדו בעיקר בשאלת סמכויות המעצר, אך לא היתה בחוק כל התייחסות לעילות המעצר בין לפני הגשת כתב-אישום בין לאחריו, ואף לא לעניין השחרור בערובה בתנאים מגבילים. הדינים הנוגעים לעילות המעצר ולתנאי

5. ראו עודד מודריק, שפיטה צבאית (משרד הביטחון - ההוצאה לאור, תשנ"ג), 56.

6. ראו סעיף 9 לחוק-היסוד.

7. בש"פ 3513/95 רב"ט שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות היל האוויר, פ"ד נא (2) 686, עמ' 688.

8. חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, ס"ח 161.

9. חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

השחרור נקלטו אפוא מן המשפט המקובל האנגלי והוסיפו להתפתח בפסיקה כחלק מן המשפט המקובל הישראלי.<sup>10</sup>  
עד לתיקונו בשנת 1988<sup>11</sup> לא היו בחוק סדר הדין הפלילי כל התניות בנוגע למעצר נאשם עד תום הליכי המשפט. נוסחו של סעיף 21 לחוק היה:

(א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שלפניו הוגש כתב אישום לצוות על מעצרו של הנאשם; ניתן פסק־דין והוגשה עליו הודעת ערעור בידי תובע, נתונה סמכות המעצר לבית המשפט שלערעור.

(ב) כל עוד לא הוגש כתב אישום, רשאי שופט של בית המשפט שלום או של בית המשפט מחוזי לצוות על מעצרו של אדם, על פי בקשת שוטר הנתמכת בהצהרת שוטר שלאחר אזהרה, כי יש יסוד סביר להניח שאותו אדם עבר עבירה וכי יש עילה למעצרו.

הפסיקה מצדה פירשה סמכות מעצר רחבה זו כתלויה בהתמלאותם של שני תנאים עיקריים: האחד, הימצאות ראיות לכאורה לביצוע העבירה עליידי הנאשם שמבקשים לעצור; והשני, קיומה של עילת מעצר.

בעניין עילות המעצר, בין לפני הגשת כתב־אישום בין לאחריו, אימצה הפסיקה מן המשפט המקובל האנגלי את העילות הקלסיות: החשש לשיבוש מהלכי החקירה או המשפט וכן החשש לפגיעה בבטחון המדינה, הציבור או הפרט.

בצד שתי עילות מסורתיות אלו הכירה הפסיקה, עדיין בשלב ההתפתחות הראשון של דיני המעצר, בעילת מעצר נוספת - עילת המעצר בשל חומרת העבירה. ביסוד עילה זו ניצב הרעיון, שלפיו ישנן עבירות, אשר משום אופיין או בשל הנסיבות הקשורות בביצוען ראויות לתגובה מיידית הבאה לידי ביטוי במעצרו של האדם החשוד. עסק בכך השופט בר:

הדאגה לשלום הציבור כוללת גם את הבטחת אמון הציבור באפקטיביות של מנגנון המשפט הפלילי. מטרה זו לא תושג, אם נאשם בעבירה מהסוג הנדון - בצורתה ובתוצאותיה הכה קיצוניות... ימשיך "להתהלך חופשי בשוק", קרי ימשיך את חייו הרגילים.<sup>12</sup>

10. ראו ב"ש 307/82 מדינת ישראל נ' אברגיל, פ"ד לו (2) 640; וכן בש"פ 254/88 מדינת ישראל נ' ביאדסי, פ"ד מב (2) 87; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355 (להלן: בש"פ גנימאת), עמ' 412, בפסק־דינו של המשנה־לנשיא (כתוארו אז) ברק.  
11. חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), תשמ"ח-1988, ס"ח 184 (להלן: תיקון מס' 9).  
12. בש"פ 2611/91 מדינת ישראל נ' שם טוב, פ"ד מה (3) 645, עמ' 650-651.

קודם-לכן התבטא השופט כך במקום אחר, באומרו:

...במסגרת המאבק, המתנהל על ידי המערכת המשפטית נגד הפשע במדינה, ולהבטחת האפקט ההרתעתי של מאמצים אלה, חשוב הוא, כי הציבור יבחין, כי נאשם, המואשם בעבירה חמורה במיוחד, ושמצויות ראיות בעלות משקל לביסוס האשמות נגדו, לא יתהלך חופשי וימשיך לנהל את עסקיו, כאילו לא אירע דבר. כדברי השופט אלון בב"ש 7/87 בעמ' 250 "לא יתכן שחשוד בעבירה חמורה יטייל בשוק, בעוד בית-הדין מעיין בדינו".<sup>13</sup>

יש להדגיש כי בצד גישה זו, אשר ראתה, כאמור, את חומרת העבירה כעילה לגיטימית למעצר, עמדה גישה שונה, גישה מיעוט, אשר סירבה לראות בחומרת העבירה לבדה סיבה מספקת לשלילת חירותו של אדם. לדידם של המצדדים בגישה זו, חוקת החפזות אינה יכולה לחיות בכפיפה אחת עם מעצרו של אדם רק משום חומרת המעשים המיוחסים לו.<sup>14</sup> החש"צ, שנחקק, כאמור, בשנת 1955, מזכיר עד מאוד את השלב הראשון של התפתחות החקיקה האזרחית בענייני מעצר. גם בחש"צ אין יותר מאשר הענקת סמכויות מעצר לחיילים שונים ולבית-הדין הצבאי, ואין בו כל הנחיה באשר לעילות המעצר, בין לפני הגשת כתב-אישום בין לאחרי, כמו גם לגבי השחרור בתנאים מגבילים. ואמנם, אף הפסיקה הצבאית, כמו זו האזרחית, אימצה את שתי עילות המעצר ההלכתיות הקלוסיות שהוזכרו לעיל. אלא שהיא הקנתה פרשנות משלה לעילות אלו, אשר לא חפפה בהכרח את ההלכות האזרחיות בנוגע אליהן. נוסף על כך הכירה גם מערכת המשפט הצבאית בעילת המעצר השלישית שהתפתחה בפסיקה, הנובעת, כאמור, מחומרת

13. ב"ש 1044/82 מדינת ישראל נ' מולכו, פ"ד לו (1) 78, עמ' 83. ראו עוד השופט ברק בבש"פ 3717/91 מדינת ישראל נ' גולרין ואח', פ"ד מה (4) (להלן: ב"ש גולרין) 807, עמ' 813; ובש"פ 7625/95 מדינת ישראל נ' עטייה ואח', פ"ד מט (4) 184. אמנם, שני פסקי-דין אחרונים אלו ניתנו בתקופה מאוחרת יותר, לאחרי תיקון מס' 9, אולם לא היה בתיקון כל שינוי של ממש בגישה לגבי עילת חומרתה של העבירה. באשר לפסקי-דין מהתקופה שלפני תיקון מס' 9 ראו ב"ש 74/57 ואח' מנדלבאום ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 757; ב"ש 133/74 בן ציון נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (2) 754; ב"ש 290/76 ידליץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (1) 671.

14. ראו בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עואזמי, פ"ד מו (5) 72; בש"פ 341/89 מדינת ישראל נ' ממון, פ"ד מג (2) 441 (להלן: בש"פ ממון); בש"פ 4510/91 ואח' אל תרתור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (5) 573 (להלן: בש"פ אל תרתור). אמנם, פסקי-דין אלו ניתנו לאחרי תיקון מס' 9, אך הם משקפים את דעת המיעוט שהתגבשה לפני תיקון זה. באשר לפסקי-דין מהתקופה שלפני תיקון מס' 9 ראו ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' צור, פ"ד מ (1) 706; ב"ש 1/87 ואח' דננאשוילי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (2) 281; ב"ש 78/71 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד לב (2) 240.

העבירה המיוחסת לחשוד.<sup>15</sup> במאמר מיוסגר אציין, כי אף שבצדה של עילה זו הוספה לכאורה עילת מעצר נוספת – רביעית במספר – של פגיעה במשמעת הצבא, הרי למעשה עילה זו נבלעת בעילת חומרת העבירה ואף נובעת ממנה. קשה אפוא לראות אימתי תתקיים עילת הפגיעה במשמעת הצבא באופן עצמאי, בלא תלות בעילת חומרת העבירה. עסק בכך המשנה לנשיא בית הדין הצבאי לערעורים, תא"ל ד"ר פינקלשטיין:

...עד כה הוכרו "חומרת העבירה" ו"פגיעה במשמעת הצבא" כעילות מעצר עד תום ההליכים, וכעילות עצמאיות. דעתי היא שנכון היה תמיד לראותן כעילות מעצר אחת.<sup>16</sup>

יהיה עניין זה אשר יהיה – ברור כי גם בפסיקה הצבאית שלטה הדעה, שלפיה אין הדעת טובלת שחייל, הנחשד כי פגע בהתנהגותו בצורה קשה במסגרת הצבא, בסרריו או במשמעתו, ימשיך ל"טייל בשוק", כלומר: יחזור ליחידתו וימשיך לתפקד כאילו דבר לא אירע. צורכי הרתעה חייבו אפוא תגובה מיידית למען יראו וייראו.

### ג. השלב השני להתפתחות דיני המעצר – תיקון מס' 9 לחוק סדר הדין הפלילי

מצב הדברים המתואר לעיל, שעל־פיו שאלת עילות המעצר בכללותן ותנאי השחרור בערובה אינה מוסדרת בחוק, והוויכוח שהתנהל, בעיקר בין כותלי בית המשפט העליון, בנוגע לתוקפה ולהיקפה של עילת המעצר משום חומרת העבירה – הביא בשנת 1988 לתיקון מס' 9 בחוק סדר הדין הפלילי.<sup>17</sup> בתיקון זה החליט המחוקק לראשונה להתערב ולתקן את החוק באופן שהוספו לו הסדרים בנוגע לעילות המעצר לאחר הגשת כתב האישום ותנאי השחרור בערובה.

ככלל אפשר לומר, כי בתיקון מס' 9 שב המחוקק ואימץ את עילות המעצר שהוכרו במשפט המקובל הישראלי. עם זאת, אפשר להצביע על שני שינויים עיקריים שהוכנסו בתיקון זה:

15. לא בהכרח עבירה שאינה נחשבת כחמורה מחוץ לצבא תיחשב כלא חמורה גם בצבא. למשל: עבירה של גניבה או עבירה של שימוש בסמים לצרכים עצמיים ייחשבו בצבא כעבירות חמורות בשל השפעתן המזיקה על המסגרת הצבאית או על יחסי האמון בין חיילים. לא כך לגבי עבירות אלו במסגרת האזרחית.
16. ע"מ 33/95 רב"ט ויסאם אסעד נ' החובע הצבאי הראשי (לא פורסם) (להלן: ע"מ אסעד), פסקה 39 לפסק הדין (ההדגשה במקור – ע"ג).
17. לעיל, הערה 11.

(1) בוויכוח בין תומכי עילת המעצר בגין חומרת העבירה ובין שולליה נקט המחוקק בגישת ביניים, דהיינו: הכרה בעילת מעצר זו כלגיטימית, אך רק לגבי סוג מסוים של עבירות אשר פורטו בסעיף קטן (2) לסעיף 21 א(א) לחוק.<sup>18</sup>

(2) נקבע, כי אין די בכך שנמצאו ראיות מספיקות לתמיכה בבקשת המעצר וכי ישנה עילת מעצר, אלא הוטלה על בית המשפט חובה לבחון אם אי אפשר להגשים את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ובתנאים מגבילים.

על אף נסיונו להסדיר מחדש את דיני המעצר במדינת ישראל, הרי תיקון מס' 9 לקה בחסר, ולמעשה מלאכתו לא הושלמה אלא בשנת 1996, עם חקיקת חוק המעצרים, שבו אדון להלן. כך, למשל, תיקון חשוב זה כלל לא התייחס לסוגיית עילות המעצר בידי שוטר בלא צו ואף לא לשאלת המעצר על-ידי שופט בשלב שלפני הגשת כתב-האישום. אולם למרות החסכים והליקויים שנפלו בו, אין ספק כי תיקון מס' 9 שינה באופן בולט את האיזון בין זכויות החשוד והנאשם ובין אינטרס המדינה והעמידו בבירור לצד אלו העומדים לדין הפלילי.

אולם חקיקתו של תיקון מס' 9 במישור האזרחי הובילה ליצירת פער נורמטיבי ניכר בין מערכת דיני המעצר האזרחית ובין זו הצבאית. עסק בכך בית-הדין הצבאי לערעורים, כאשר פירט את החסר בדיני המעצר הצבאיים בעקבות חקיקתו של תיקון מס' 9:<sup>19</sup>

(1) ראיות לשם מעצר עד תום הליכי המשפט. קביעת איסור מפורש לעצור נאשם עד תום הליכי המשפט, אלא אם בית-הדין נוכח כי ישנן ראיות לכאורה להוכחת האשמה.

(2) עילות המעצר עד תום הליכי המשפט.

(א) הגדרה מפורטת ובהירה של כל אחת מעילות המעצר.

(ב) קביעת עילות המעצר, שבעטיין מוסמך בית-הדין לעצור נאשם עד לתום הליכי המשפט.

(ג) הגדרת עבירות שבהן חייב בית-הדין לעצור את הנאשם עד לתום הליכי המשפט.

(3) עילות המעצר הקלסיות. קביעה כי מעצר נאשם עד תום הליכי המשפט בגין תיעשה רק כאשר יש יסוד סביר לחשש לשלום הציבור או לפגיעה בהליך פלילי.

18. סעיף 21א, אשר כותרתו "מעצר לאחר אישום", קובע:

(א) הוגש כתב אישום, רשאי בית-המשפט שלפניו הוגש, לצוות על מעצרו של הנאשם אם נתקיים אחד מאלה:

(2) הנאשם הואשם בעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש עצמי בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי, או שהואשם בעבירה שנעשתה באלימות או באכזריות או תוך שימוש בנשק חם או קר או באש, או בניסיון או באיום לעבור עבירה כאמור, או שהואשם בעבירה שנעברה בקטין או תוך ניצול מצב המונע התנגדות מהקורבן, או תוך ניצול ליקוי נפשי או שכלי של הקורבן;

19. ע"מ אסעד (לעיל, הערה 16).

(4) עילת המעצר בשל חומרת העבירה. הגדרת עבירות, שבגינן אפשר לעצור את הנאשם עד תום הליכי המשפט, אך בשל "חומרת העבירה", בתוספת אמירה ברורה, שלפיה - למעט עבירות אלה - חומרת העבירה כשלעצמה לא תשמש עילה למעצר עד תום הליכי המשפט.

(5) שחרור בערובה כתנאים מגבילים. שלילת סמכות המעצר עד תום הליכי המשפט כאשר אפשר להשיג את מטרת המעצר באמצעים שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה, כגון שחרור בערובה בתנאים מגבילים.

אכן, סביר היה לצפות כי המחוקק, בתקנו את חוק סדר הדין הפלילי, ישקול אף את הסדרת סוגיית דיני המעצר הצבאיים ובהתאם לכך יתקן גם את החש"צ. ברם, כידוע, דבר זה לא נעשה, ולדעתי, לא משום הרצון ליצור הסדר שלילי, שעל-פיו שונים דיני המעצר הצבאיים מאלו האזרחיים, אלא פשוט משום הנתק המוסדי הקיים בין משרד המשפטים (האחראי על החקיקה האזרחית) ובין משרד הביטחון (האחראי על החקיקה הצבאית) - נתק המתחוק גם מעובדת קיומן של שתי ועדות שונות של הכנסת האמונות על נושא זה: ועדת החוקה-חוק ומשפט וועדת החוץ-הביטחון, אשר ברוב המקרים אינן מתואמות ביניהן כאשר לדיונים שלהם השלכה הדדית.

לא זו אף זו: אף רשויות הצבא ומערכת בתי-הדין הצבאיים לא עשו דבר במטרה להחיל את תיקון מס' 9 על מערכת דיני המעצר הצבאיים. הסיבות לכך אינן ברורות, אך אין זה מן הנמנע כי ההסבר למחדל זה טמון בין השאר בהחלטת בית המשפט העליון בבג"ץ אדלר,<sup>20</sup> בפרשה זו דחה הנשיא שמגר את הטענה, שלפיה קיימת לאקונה בסוגיית המעצר בחש"צ, ולפיכך מחייבת הוראת סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי את החלת תיקון מס' 9 על דיני המעצר הצבאיים.<sup>21</sup> וכך אמר שם הנשיא שמגר:

...דא עקא, לדעתנו, שיש בנושא אשר עליו נסבה העתירה הסדר חקיקה שונה, המיוחד לחוק השיפוט הצבאי. חוק זה מביא, בעיקר בחלק ה', פרק ראשון, סימן א', הוראות המיוחדות להליכים הדיוניים הטרנס-משפטיים בפני רשויות הצבא ומפרט גם את הסמכויות בקשר למעצר לפני ההליכים המשפטיים ובקשר למעצר על ידי ערכאה שיפוטית צבאית. המבנה של הסמכויות הוא מיוחד לשיפוט הצבאי, וניתן להוסיף כאן, כי ייחודן של ההוראות בעניין המעצר, החלות במסגרת השיפוט הצבאי, אינו דבר יוצא דופן מבחינת מבנהו הכללי של החוק הצבאי וייעודו. חוק השיפוט הצבאי נועד לשמש קודקס מקיף ומיוחד, המגדיר את אלו הנתונים

20. בג"ץ 695/88 אדלר ואח' נ' בית-הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד מג (2) 185 (להלן: בג"ץ אדלר).

21. סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי קובע: "סדר הדין הפלילי יהיה לפי חוק זה, וזאת אם נקבע בחוק אחר או על פיו סדר דין שונה לעניין הנדון".



לשיפוט הצבאי, מפרט עבירות, מכונן בתי דין ומגדיר סמכויותיהן  
וקובע סדרי דין מפורטים.<sup>22</sup>

ברם, על-אף שכאמור, אפשר לתלות את הסיבה לכך בבג"ץ אדלר, הרי דומה בעינינו כי חוסר-המעש האמור של רשויות הצבא ומערכת בתי-הדין הצבאיים לא היה מקרי. כפי הנראה, כלל אין מדובר במתדל גרידא של רשויות הצבא, כי אם בהשלמה עם מצב נורמטיבי אשר באותה עת נדמה היה כי הוא מעניק תשובה ראויה לצורכי המערכת; שכן דעתי היא, כי רשויות הצבא למדו את הנאמר בבג"ץ אדלר בצורה בלתי-נכונה והעניקו לו פרשנות שגויה, בשעה שיכלו גם לפרשו אחרת אילו רק חפצו לעשות כן.

לדעתי, על-פי הפרשנות הראויה לבג"ץ אדלר, כל שנאמר בו הוא כי תיקון מס' 9 כשלעצמו אינו חל על דיני המעצר הצבאיים מכוח הוראת ההפניה או האימוץ שבסעיף 2 לתוך סדר הדין הפלילי. ברם, לא נאמר בפסק-הדין כי מבחינה מהותית הוראות התיקון אינן ראויות או כי אין להן תחולה בדיני המעצר הצבאיים. אכן, כל שקבע בית-המשפט העליון הוא כי בנושא דיני המעצר הצבאיים נקבעו הסדרים אחרים על-ידי המחוקק, אך לא נאמר בפסק-הדין דבר וחצי-דבר שמהם עולה כי הסדרים אלו ממצים וכי אין מקום לתקנם. כך, למשל, הותיר פסק-הדין פתח לפרשנות אפשרית, שלפיה המחוקק ביכר שלא להסדיר את נושא עילות המעצר עד תום הליכי המשפט והותיר לבתי-הדין הצבאיים ליצור אותן בדרך של חקיקה שיפוטית, וכי בתי-הדין הצבאיים רשאים לפרשן באופן העולה בקנה אחד עם הוראות תיקון מס' 9 אף אם אין מאמצים את התיקון באופן ישיר על דרך ההפניה. מן ההיבט הזה אפשר לומר אפוא, כי בפרשנות שניתנה על-ידי רשויות הצבא לבג"ץ אדלר היתה משום החמצה גדולה. אמנם, הצבא זכה להכרה כי החש"צ הוא קוד כולל ומקיף, המסדיר בצורה מלאה את דיני המעצר הצבאיים, אך בכך לא היתה מקופלת בהכרח הקביעה כי קוד זה מאוזן מבחינה חוקתית. יש להצטער אפוא על כך, שרשויות הצבא לא ניצלו את תיקון מס' 9 ולא בחנו אותו לגופו תוך ניסיון לאמץ לפחות חלק מהוראותיו המהותיות שלדעת הרשויות עשויות היו להתיישב עם צורכי השירות בצבא.

לסיכום, לאחר תיקון מס' 9 ובעקבות בג"ץ אדלר, חלה הפרדה כמעט מוחלטת בין מערכת-המשפט האזרחית למערכת-המשפט הצבאית בשאלת דיני המעצר. החידושים הנורמטיביים בנושא זכויות האדם במערכת דיני המעצר האזרחית לא חלחלו למערכת הצבאית, כביכול מתוך נימוק כי אין מקום להפרת האיזון הנורמטיבי בנושא זה בצבא.

ד. השלב השלישי להתפתחות דיני המעצר – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

חקיקתו של תיקון מס' 9 לא הביאה לסיום המחלוקת בבתי-המשפט האזרחיים, בעיקר כאשר לשאלת הפרשנות הנכונה לכוונת המחוקק, בהגבילו את המעצר בשל חומרת העבירה לרשימת העבירות שפורטו בחוק. רוב שופטי בית-המשפט העליון סברו כי סיבת

22. בג"ץ אדלר (לעיל, הערה 20), 186.

המעצר בשל עילה זו נעוצה ברצון לקדם את מטרת ההרתעה.<sup>23</sup> לעומתם, סבר מיעוט מקרב השופטים כי גם עילה זו שייכת לעילה הקלסית של מסוכנות הנאשם לבטחון המדינה, הציבור או הפרט, וכי חומרת העבירה אך יוצרת חוקה כי הנאשם אכן מסוכן ומעבירה אליו את נטל הבאת הראיה להוכיח את ההיפך.<sup>24</sup> ויכוח זה התחדד במיוחד עם חקיקתו של חוק־היסוד, המסמלת את שלב ההתפתחות השלישי של דיני המעצר. בעקבות חקיקת חוק־היסוד עברו זכויות האדם לראש הפירמידה המשפטית והועלו לרמה חוקתית.<sup>25</sup> עתה שוב אין ספק כי חירות האדם כוללת בחובה את החירות מפני מעצר<sup>26</sup> וכי כל רשויות השלטון – לרבות בתי־המשפט – חייבות בכיבוד זכויות האדם.<sup>27</sup>

#### ה. דיני המעצר הצבאיים וחוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו

בנקודה זו, שבה הופיע חוק־היסוד ב"זירת" דיני המעצר, אעצור לרגע את שטף הניתוח של ארבעת השלבים להתפתחות דיני המעצר, ואייחד פרק לשאלת החוקתיות של דיני המעצר הצבאיים ולהשפעתו של חוק־היסוד עליהם.

כידוע, למהפך שהביא עמו חוק־היסוד שני היבטים עיקריים: ראשית, באשר לחוקים קיימים, הרי שלנוכח פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק־היסוד, על פרשנותם להיעשות ככל האפשר בהתאם לדרישות החוקתיות החדשות.<sup>28</sup> שנית, באשר לחוקים

23. בש"פ 279/89 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (1) 573; בש"פ 496/89 מדינת ישראל נ' יונה, פ"ד מג (2) 450; בש"פ 549/89 ואח' פלוני (קטין) ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (2) 850; בש"פ 2611/91 מדינת ישראל נ' שם טוב, פ"ד מה (3) 645; בש"פ 3717/91 מדינת ישראל נ' גולדין (לעיל, הערה 13); בש"פ 861/95 אבוקרינט נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (5) 873, עמ' 877-878.

24. ראו בש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן, פ"ד מג (2) 410; בש"פ ממך (לעיל, הערה 14); בש"פ 3691/91 מדינת ישראל נ' וישניצקי, פ"ד מה (4) 567; בש"פ 5700/91 אבידן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (1) 677; בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (3) 338; בש"פ אל תרתור (לעיל, הערה 14); בש"פ 562/89 ועקנין נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (2) 846; בש"פ 3716/91 מדינת ישראל נ' לויאן (לא פורסם).

25. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 1).

26. סעיף 5 לחוק־היסוד. בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 133 (להלן: בש"פ זאדה); בש"פ גנימאת (לעיל, הערה 10) ביטאו את השינוי החשוב שחולל חוק־היסוד בדיני המעצר.

27. סעיף 11 לחוק־היסוד, הצבא, כמו שאר מוסדות המדינה, מחויב בפסקת הכיבוד שבתוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומבקש להפנים את הנורמות החוקתיות החדשות. דוגמא לכך אפשר לראות בפסיקתו החדשה של בית־הדין הצבאי לערעורים בתחום המעצרים, שבה הוא משנה את הלכותיו הקודמות בהתאם לחוק־היסוד.

28. סעיף 10 לחוק־היסוד, אשר כותרתו "שמירת דינים", קובע: "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע

חדשים, הרי שעליהם לעמוד באמות-המידה החוקתיות שמתווה חוק-היסוד, ובעיקר בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד<sup>29</sup> ולגבי המשרתים בכוחות-הביטחון בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 9 לחוק-היסוד.<sup>30</sup>

אין חולק, כי זכויות-היסוד של החייל מעוגנות כיום במגילת זכויות האדם שבחוק-היסוד. במובן זה עברו גם דיני הצבא תהליך של קונסטיטוציונליזציה, כמו שאר ענפי המשפט. מכאן שהוראות החש"צ ופסיקת בתי-הדין הצבאיים בעניין דיני המעצר אמורים אף הם לעמוד עתה בסטנדרטים החוקתיים החדשים של חוק-היסוד. נבחן אפוא את דיני המעצר הצבאיים באשר לשני היבטיו האמורים של חוק-היסוד.

1. החקיקה והפסיקה הצבאית כ"דין מוגן" על-פי סעיף 10 לחוק-היסוד עקרונית, החש"צ הוא דין קודם לחוק-היסוד. מכאן, שאף אם נניח כי הוראותיו הנוגעות לדיני המעצר אינן חוקתיות, הרי שתוקפו מוגן לכאורה מכוחו של סעיף 10 לחוק-היסוד. ברם, כאמור, חלק ניכר מענייני המעצר כלל אינו מוסדר בחש"צ, כגון עילות המעצר והשחרור בערובה בתנאים מגבילים, כי אם בפסיקת בתי-הדין הצבאיים. לפיכך נשאלת השאלה, האם הפסיקה הצבאית נתפסת אף היא כדין מוגן מפני שינוי מכוחו של סעיף 10 לחוק-היסוד? לשאלה זו טרם ניתנה תשובה תדמ-שמעית, אך אפשר לומר כי הנשיא ברק נוטה לדעה כי התשובה לכך שלילית. וכך אמר:

מה טעם יש בשמירת המשפט המקובל הישראלי בפני תקיפה חוקתית? מדוע לא יידרש הדין ההלכתי ("משפט מקובל נוסח ישראלי") לכבד את זכויות האדם הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? מדוע לא יידרש בית-המשפט לסטות מהלכתו הקודמת, אם הלכה זו פוגעת בזכות אדם חוקתית, ואינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק היסוד, ועם הוראותיה של פסקת ההגבלה?<sup>31</sup>

בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". ראו גם בש"פ גנימאת (לעיל, הערה 10), 421-412.

29. סעיף 8 לחוק-היסוד, אשר כותרתו "פגיעה בזכויות", קובע: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור בכוח הסמכה מפורשת בו".

30. סעיף 9 לחוק-היסוד, אשר כותרתו "סייג לגבי כוחות הביטחון", קובע: "אין מגבילים זכויות שלפי חוק יסוד זה של המשרתים בצבא הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

31. ברק, פרשנות חוקתית (לעיל, הערה 1), 561-562. וראו גם ע"מ אסעד (לעיל, הערה 16).

אני נוטה להסכים עם עמדתו של הגשיא ברק, שהלכה פסוקה אינה בבחינת דין קודם, מה גם שבית המשפט העליון חופשי לסטות ממנה.

2. היהס בין שתי פסקאות ההגבלה שבסעיפים 8 ו-9 לחוק היסוד ותחולתן על הדין הצבאי בענייננו, לפני שעוברים לבחינת דיני המעצר הצבאיים באספקלריית ההיבט השני של חוק היסוד – הוא היבט עמידתם של דינים אלה בתנאי פסקת ההגבלה – יש לדון בקצרה בשאלת היחס שבין שתי פסקאות ההגבלה המופיעות בסעיפים 8 ו-9 לחוק היסוד ובתחולתן על הדין הצבאי.

כאמור, יש שוני לשוני בין שתי פסקאות הגבלה אלה.<sup>32</sup> אולם לדעתי, אין לייחס לעובדה זו משקל יתר, הואיל והדרישות הקבועות בסעיף 8 לחוק היסוד, שלפיהן הפגיעה בזכות היסוד תיעשה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש – מובלעות ממילא בסיפא של סעיף 9 לחוק היסוד. במלים אחרות: הסיפא של סעיף 9 קובע, כי הגבלה או התניה על זכות יסוד של המשרתים בכוחות הביטחון מותרת רק במידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות. ברם, אם ההגבלה או ההתניה אינן עולות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל או אינן נעשות לשם תכלית ראויה, ממילא אין לצפות כי הן תעמודנה בדרישת הסיפא של סעיף 9 ותתיישבנה כביכול עם מהותו ואופיו של השירות בכוחות הביטחון.

מכאן, שכדי לפגוע בזכויות החייל – כמו גם בזכויותיו של כל אדם אחר – על המבקש לפגוע בזכות מוטל גטל השכנוע להראות כי פגיעה זו עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, כי נועדה לתכלית ראויה וכי מידתה אינה עולה על הנדרש. נוסף על כך כאשר המבקש לפגוע בזכות החייל סבור כי זכות זו מצומצמת מזכותו המקבילה של האזרח שאינו חייל, הרי שמוטל עליו גטל שכנוע נוסף – לשכנע כי יש מקום להבחנה בין החייל לאזרח לעניין זכות זו.

עמדה זו ראויה להדגשה, מכיוון שישנם הרואים בשוני הטקסטואלי שבין שתי פסקאות ההגבלה משום שניות בכוונת המחוקק באשר לנושא זה. אלא שלדעתי, לא כך הם פני הדברים. במבוא למאמר זה כבר דנו בעובדה כי החייל הוא בראש ובראשונה אזרח. מכאן, שתנאי ההגבלה על זכויות החייל הקיימים בסעיף 9 לחוק היסוד רק מתוספים לתנאי ההגבלה על זכויות החייל כאזרח מכוחו של סעיף 8 לחוק היסוד ואינם באים תחתיהם. בהקשר זה יצוין עוד, כי גישה, הרואה בסעיף 9 לחוק היסוד סעיף אוטונומי הקובע הסדר כולל לגבי חיילים, מותרת פתח לפרשנות אפשרית, שלפיה אי אפשר כלל להגביל את חירותו של החייל מכל סיבה שהיא, פרט לשיקולים הנובעים ממהותו ומאופיו של השירות – כלשונו של הסעיף.

לסיכום נקודה זו, כאשר מדובר בדין המבקש להגביל זכות יסוד של חייל, אמנם יש לתת דגש מיוחד על כך שהגבלה זו תהיה נובעת מצורכי השירות הצבאי. אלא שבכך,

32. ראו לעיל, הערות 29, 30.

כאמור, אין די. הפגיעה בזכות היסוד של החייל צריכה לעמוד גם בתנאי המידתיות, קרי: עליה להיות שלא למעלה מן הנדרש כדי להשיג את התכלית האמורה של צורכי הצבא. גדר הספק יהיה אפוא בשאלה, האם ההגבלה על זכויות האדם של החייל היא "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות"? או, במלים אחרות: האם הפגיעה בזכויות האדם של החייל היא מידתית בהתחשב במהות ובאופי של השירות הצבאי.

### 3. דיני המעצר הצבאיים ופסקת ההגבלה

אין ספק כי הגבלת חירותו של חייל היא פגיעה בזכות יסוד שלו. שאלה חשובה הנובעת מכך, אם לא שאלה מרכזית, היא, אילו הגבלות על החירות אכן נובעות מצורכי השירות ואילו אינן נובעות מהם? כך, למשל, יש לתהות, אם סמכויות הענישה של קציני השיפוט<sup>33</sup> עומדות בתנאי סעיף 9 לחוק היסוד? באותו אופן יש לברר אם החלטה לשלול חופשת סוף שבוע מחייל ולכפות עליו הישארות בבסיסו, או איסור יציאה מן הארץ של חיילים בשירות סדיר בזמן חופשה, עולים בקנה אחד עם תנאי חוק היסוד. ברם, נושאים אלה אינם עומדים לבחינתנו עתה, ונשאירם לעת מצוא. לענייננו חשוב לבחון, האם מעצר חייל במסגרת שירותו הצבאי מחויב המציאות ונובע ממהות השירות ומאופיו, אם לא?

בפנינו ניצבת אפוא השאלה, האם דיני המעצר הצבאיים עומדים בתנאי פסקת ההגבלה? או במלים אחרות: האם דיני המעצר בצבא חוקתיים לנוכח הוראות חוק היסוד? מובן שאין להשיב תשובה כוללת לשאלה רחבה זו, שכן התשובה חייבת להביא בחשבון את סוג המעצר, עילת המעצר, משך המעצר ותנאי המעצר, וכמובן את שאלת סמכותו של הגוף המבצע את המעצר.

כאמור, החשיצ מכיל אך הוראות בנושא סמכויות מעצר<sup>34</sup> ואינו עוסק כלל בשאלת עילות המעצר ובאפשרות השחרור ממעצר בערובה בתנאים מגבילים, הן במעצר בלא צו שופט הן בדיון בבקשה למתן צו מעצר על-ידי שופט. נשאלת אפוא השאלה, האם העובדה כי החשיצ חסר הוראות מהותיות בדיני המעצר הופכת את שאר דיני המעצר הקבועים בו לבלתי-חוקתיים מכוח פסקת ההגבלה שבסעיף 9 לחוק היסוד?

לכאורה אפשר לגרוס, כי חסרונו של הסדר חקיקתי שלם, הקובע את קווי ההתייחסות בין המותר לאסור בדיני המעצר, הוא בבחינת פגיעה בזכות יסוד למעלה מן הנדרש. במלים אחרות: יש להניח, כי הוראות החשיצ, המקנות סמכות לעצור חייל בלא לקבוע מהן העילות שבגינן, ורק בגינן, מותר לעשות כן, ומותרות את הנושא לשיקול-דעתו או

33. סעיף 152 לחשיצ מסדיר את סמכויות הענישה של קציני-שיפוט זוטרי, ואילו סעיף 153 מסדיר את סמכויות הענישה של קציני-שיפוט בכיר.

34. ראו, למשל, סמכות המעצר ללא פקודת מעצר על-ידי שוטר צבאי, לפי סעיף 227(2) לחשיצ; סמכות המעצר ללא פקודת מעצר על-ידי גבוה בדרגה, לפי סעיף 228 לחשיצ; וכן סמכות בית-הדין להאריך מעצר חייל לפני הגשת כתב אישום, לפי סעיף 241 לחשיצ, או לאחר הגשת כתב אישום, לפי סעיף 243 לחשיצ.

לפיתוחו של משפט מקובל – אינן מידתיות ולפיכך גם לא חוקתיות. ואמנם, לדעתי, כבר בנקודה התחלתית זו היו הוראות חוק אלו אמורות להיפסל על-ידי בית-המשפט.

ברם, כאמור, הוראות החש"צ בנוגע למעצרים הן בבחינת דין ישן המוגן מכוחו של סעיף 10 לחוק-היסוד. אשר על-כן עולה כעת שאלה אחרת, והיא שאלת פרשנותם של סעיפים אלו לנוכח הוראות חוק-היסוד ובשל השינויים שחולל בתחום דיני המעצר האזרחיים.<sup>35</sup> במסגרת זו אתמקד בפרשנות הראויה שיש לתת לנושא עילות המעצר בדין הצבאי.

4. עילות המעצר הצבאיות ופסקת ההגבלה – ניתוח המצב הקיים  
 כאמור, בצד שתי עילות המעצר הקלסיות הכירה הפסיקה הצבאית בעילת המעצר הנובעת מחומרת העבירה המיוחסת לנאשם. גדר הספק באשר לחוקתיותה של עילת מעצר זו נובעת כיום מן העובדה, כי העילה האזרחית המקבילה נקבעה כבלתי-תקפה בתור שכזו. בהקשר זה יש לציין את הוראות תיקון מס' 9, שכבר מהן עלה – לדעתי – כי חומרת העבירה אינה יכולה לשמש עילת מעצר עצמאית. על-כך-פנים, אין ספק כי בסעיף 21 לחוק המעצרים הכריע המחוקק במחלוקת הפוסקים שלאחר תיקון מס' 9 והתאים את הוראות התיקון לדרישות החוקתיות שהביא עמו חוק-היסוד; שכן בסעיף זה הוגבלה עילת המעצר בגין חומרת העבירה לסוג מצומצם ומוגדר של עבירות, כך שלמעשה אין מדובר יותר בעילת מעצר של ממש, כי אם במכשיר ראייתי היוצר חוקה של מסוכנות הנאשם ומעיד על כך שמתקיימת בו עילת המעצר הקלסית של מסוכנות לבטחון המדינה, הציבור או הפרט. במלים אחרות: כיום שוב אין לדבר על נימוקים של הרתעה או של אפקטיביות ההליך הפלילי, וכיוצא באלו נימוקים שנשמעו בפסיקה בעבר הלא-רחוק.  
 מכאן יש לשאול: האם דין אחר לעילות המעצר הצבאיות? האם אפשר לומר, כי על-אף שלילת שיקולי ההרתעה והיעילות בדיני המעצר האזרחיים והכרותם כבלתי-חוקתיים בהקשר זה, עדיין שיקולים אלה יכולים לעמוד בתנאי סעיף 9 לחוק-היסוד? האם מהות השירות הצבאי ואופיו יכולים, כשלעצמם, להצדיק מעצרו של חייל רק משיקולי הרתעה או יעילות המערכת המשפטית?

התשובות לשאלות אלו אינן פשוטות כלל ועיקר, אך נראה כי בית-הדין הצבאי לערעורים נטה להשיב עליהן בחיוב. בתקופה שלאחר הקיקת חוק-היסוד, כמו גם בתקופות שקדמו לו, סבר בית-הדין כי קיים שוני עקרוני בין ההווה הצבאית ובין זו האזרחית, המחייב תפיסה שונה של עילות המעצר במסגרת הצבאית ומצדיק את דבר קיומה של עילת מעצר הרתעתית בצבא – עד כדי מעצר עד תום הליכי המשפט של נאשמים, אשר הואשמו בעבירות שבגינן לא היו נעצרים בבתי-המשפט האזרחיים.<sup>36</sup>

35. ראו בש"פ גנימאת (לעיל, הערה 10): וכן בש"פ זאדה (לעיל, הערה 26).

36. ראו, למשל, ע"מ אסעד (לעיל, הערה 16). ראו גם ע"מ 15/97 טורי' יעקב דמרי נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם) (להלן: ע"מ דמרי).

להשקפה בסיסית זו התוספו גם נימוקים בדבר הצורך בשמירה על המשמעת בצבא ועל שלמותן של המסגרות הצבאיות,<sup>37</sup> המסר ההרתעתי ההכרחי לכלל ציבור החיילים ומניעת חזרתם של חיילים ליחידתם בטרם נשפטו<sup>38</sup> וכן העובדה כי חייל העובר עבירה משמעתית קלה ייחסית צפוי לעתים להיתקל בעונש מיידני של מחבוש, בעוד שבהיעדר עילת מעצר הנובעת מחומרת העבירה לא ייעצר חייל העובר עבירה פלילית חמורה עד לתום משפטו.<sup>39</sup> נוסף על כך נטען, כי תקופת המעצר עד תום הליכי המשפט בצבא היא בדרך-כלל קצרה באופן ניכר בהשוואה למערכת האזרחית, בשל משכם הקצר ייחסית של הליכי המשפט עצמם.<sup>40</sup>

עם זאת, ראוי לציין כי על-אף עמדתו האמורה של בית-הדין הצבאי לערעורים, ניכרת לאחרונה בפסיקתו נסיגה של ממש מן הרטוריקה הישנה שאפיינה אותו, תוך השפעה ברורה של חוק-היסוד על היקף המעצרים בצבא. כך, למשל, המשנה לנשיא בית-הדין הצבאי לערעורים, תא"ל ד"ר פינקלשטיין, הן בעובדה כי בעקבות חקיקת חוק-היסוד וחוק המעצרים החדש לא תוקן גם החש"צ ולא נקבעו בו עילות המעצר בין לפני הגשת כתב-אישום בין לאחריו:

בהעדר תיקון החוק, חייבים יהיו בתי הדין לשקוד על הגדרה מצמצמת של עילת המעצר [בשל חומרת העבירה].<sup>41</sup>

לא זו אף זו: מגמת הצמצום האמורה מתבטאת לא רק בניסיון לצמצם את היקף המעצרים באשר לעבר, אלא גם בכוונה לצמצם את סוגי העבירות אשר נחשבו בעבר "חמורות". כך, למשל, מקובל היה בעבר הלא-רחוק כי עישון סמים – אף אם מדובר היה במקרה יחיד או בעבירה שבוצעה מחוץ למסגרת היחידה הצבאית – היא מעשה חמור, אשר הצדיק את מעצרו של החייל עד תום הליכי המשפט. והנה, באוגוסט 1995 יצא הפרקליט הצבאי הראשי בהנחיה חדשה לתובעים הצבאיים, שלפיה, בהתחשב בהשפעתו של חוק-היסוד, אין להגיש עוד בקשות למעצר עד תום הליכי המשפט של חיילים המואשמים בשימוש חריפתי בסמים קלים מחוץ למסגרת הצבא.<sup>42</sup> בשלב מאוחר יותר התלבט בית-

37. ראו, למשל, ע"מ/40/97 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט שלמה וייס (לא פורסם); וכן ע"מ/46/97 רב"ט איל בוטירה נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

38. ראו, למשל, ע"מ/14/97 רב"ט שרית סטמקר נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם) (להלן: ע"מ סטמקר); ע"מ/16/97 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אורית חדר (לא פורסם); ע"מ/47/97 טורי ויקטור סטנקביץ' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

39. ע"מ אסעד (לעיל, הערה 16), פסקה 39 לפסק-הדין.

40. ע"מ דמרי (לעיל, הערה 36), פסקה 5 לפסק-הדין.

41. ע"מ/40/97 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט שלמה וייס (לא פורסם), פסקה 7 לפסק-הדין, המצטט מע"מ אסעד (לעיל, הערה 16), פסקה 42 לפסק-הדין.

42. וזו לשון ההנחיה של הפצ"ר, כפי שהובאה עליידי בית-הדין הצבאי לערעורים בע"מ/11/98 רב"ט משה מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם) (להלן: ע"מ מילשטיין).

הדין הצבאי לערעורים עצמו אם לא יהיה זה נכון להחיל הקלה זו גם על שימוש הד"פעמי בסמים קלים במסגרת היחידה הצבאית; ואף שבתחילה דחה אפשרות זאת,<sup>43</sup> הרי שלאחרונה החליט לאמצה.<sup>44</sup> כמו"כ החל תהליך של כרסום במדיניותו של בית-הדין הצבאי לערעורים באשר למעצר עד תום הליכי המשפט של נאשמים בעבירות "צבאיות", כגון עבירת הוצאת נשק מרשות הצבא, שבעבר לא היה כל ספק לגבי "חומרתן" המחייבת מעצר עד תום הליכי המשפט. כיום, לאחר השינוי האמור בגישתו של בית-הדין, מותנה המעצר עד תום הליכי המשפט בעבירות אלה בהוכחת ביצוען בניסבות חמורות העולות מתוך נסיבות המקרה או ממניעי הנאשם.<sup>45</sup>

5. עילות המעצר הצבאיות ופסקת ההגבלה – ביקורת המצב הקיים  
 אין חולק כי קיים שוני אמיתי בין מערכת המשפט האזרחית לזו הצבאית, כי אין דינה של הפרת חוק במערכת האזרחית כדינה של הפרת חוק במערכת הצבאית, וכי הפרת חוק זהה במהותה עשויה להיות בעלת השפעה שונה בשתי המערכות. ואמנם, לכאורה שוני זה עשוי להסביר ולהצדיק את הותרתה בתוקף במערכת הצבאית של עילת המעצר עד תום הליכי המשפט, הנובעת מחומרת העבירה המיוחסת לנאשם.  
 ברם, הרף השוני האמור בין ההוויה לצבאית להוויה האזרחית, ועל-אף שאר הנימוקים שהובאו על-ידי בית-הדין הצבאי לערעורים לתמיכה בקיומה של עילת מעצר זו, הרי שבחינה מעמיקה תגלה כי אין להצדיק עוד את המשך השימוש שעושה בה המערכת הצבאית. במובן זה יש לברך אפוא על מגמת השינוי האמורה, המסתמנת בפסיקת בית-הדין הצבאי לערעורים, אך יש לבקרה כמועטה מדי וכמאוחרת מדי.

פסקה 7 לפסק-הדין, המצטט מע"מ/28/96 רב"ט יוסי נונו נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם), פסקה 6 לפסק-הדין.

...בחנתי את המדיניות בכללותה והגעתי לידי מסקנה, בהתחשב בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בירידה שחלה ברמת הענישה בעבירה מסוג זה, שלא לבקש מעצר עד תום ההליכים כנגד נאשמים בשימוש חד פעמי מחוץ למסגרת היחידה בסם קל (חשיש, מריחואנה), אלא אם כן העישון התבצע בניסבות מחמירות. כנסיבות מחמירות ייהשבו בין השאר: הימצאות בנאשם בכוננות בביתו, או אם הוא אמור לחזור תוך זמן קצר (שעתים שלוש) ליתידה.

43. ראו, למשל, דבריו בע"מ/39/95 התובע הצבאי הראשי נ' טור אלעד יאמין (לא פורסם).

44. ראו ע"מ מילשטיין (לעיל, הערה 42). אמנם, גם במקרה זה הותיר בית-הדין את האפשרות לחזור להלכה הקודמת בדבר מעצר עד תום ההליכים "ככלל כאשר מדובר בעישון סם ע"י חייל במסגרת שעות הפעילות שלו, תהא אשר תהא (או זמן קצר לפני כן). מחוץ לשעות הפעילות יהיה המעצר מוצדק בניסבות מחמירות, כגון כאשר מדובר בנהג הנמצא לפני מילוי משימת נהיגה, או בלוחם הנמצא בכוננות להפעלתו" (שם, פסקה 11 לפסק-הדין).

45. ראו, למשל, ע"מ/46/97 רב"ט אייל בוסירה נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם); ולאחרונה ע"מ/6/98 טור' אברהם מורי נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).



בבואנו לדון בעילת מעצר זו, שומה עלינו לזכור ולהוכיר כי הרעיון של מעצר אדם, הנחשד או מואשם בביצוע עבירה חמורה, רק למען יראו וייראו, שוב איננו תקף. זאת, משום שרעיון זה נוגד את חוקת החפות, ומעצר על-פיו משמש למעשה מכשיר ענישתי "על השבון" העונש הצפוי לנאשם אם אכן יורשע בדינו. לפיכך יש להצדיק מעצר לפני מתן הכרעת הדין רק על בסיס מניעתי. ואמנם, אותו היגיון בדיוק פועל גם לגבי מערכת המשפט הצבאית: גם במסגרת הצבאית זכאי חייל לעמוד בחוקת חף-מפשע, בדיוק כפי שזכאי לכך כל אזרח אחר במדינה. אכן, אף אם נאמר כי לצורך בהרתעת חיילים אחרים מביצוע עבירות דומות יש משקל גדול יותר בצבא בהשוואה למערכת האזרחית, אנו עדיין מדברים, כאמור, בהרתעה הנוגדת את התפיסה הבסיסית של חוקת החפות החלה על כלל אזרחי המדינה.

מכות הדברים הללו יש לדחות גם את הנימוק המצדיק מעצר בגין עילה זו בשל משך המעצר הקצרי-יחסית בצבא. כאמור, במעצר עד תום הליכי המשפט יש משום פגיעה חמורה בחוקת החפות, ולמעשה מעין "ענישה מראש" המסכלת במידה מסוימת את ההליך הפלילי מראשיתו. לפיכך אין זה משנה אם תקופת המעצר קצרה או ארוכה, שכן פגיעה חמורה זו מתרחשת מן הרגע הראשון למעצר.

יש להתקומם גם נגד ההנמקה, שלפיה המעצר עד תום הליכי המשפט הוא דרך להבטת מורת-רוחו של הצבא מעבירות הפוגעות במשמעת, שכן אין בהנמקה זו משום הודאה בכשלון ההליך הפלילי בצבא? האין בה משום הודאה כי הליך זה, על-אף הכוח הרב שהוא מוסר לכאורה בידי רשויות השפיטה, אינו אפקטיבי כשלעצמו בהעברת המסר ההרתעתי? או, מכיוון אחר – מאחר שההליכים הפליליים האזרחיים והצבאיים זהים לכאורה, האם לא יהיה זה נכון לומר כי מאחורי ההנמקה האמורה עומדת למעשה ההנחה, שלפיה חיילים, באשר הם חיילים, אינם מסוגלים להבין את משמעותם של עמידה לדין וריצוי עונש ואינם מסוגלים להפנים מראש את ההרתעה הגלומה בעצם קיומה של הודאה עונשית בחוק? כך, למשל, כאשר חייל העומד לדין חוזר ליחידתו בטרם נסתיים משפטו, האם נכון להניח כי החיילים ביחידה אינם יכולים להבין ולהפנים את המשמעות של היותו נתון למשפט ולהיות מורתעים בשל כך? ואם אמנם התשובה לשאלה זו שלילית, האם ראוי בכל-זאת לעצור את החייל אך בשל עובדה זו?

אף הנימוק, שלפיו בעבירות קלות של דין משמעתי צפוי החייל להיתקל בסנקציה מיידיית של כליאתו במחבוש, אינו יכול לעמוד; שכן סנקציה זו אינה בגדר מעצר בלא משפט מטעמים הרתעתיים, כי אם עונש לאחר הרשעה בדין. אף אם אפשר אולי למתוח ביקורת על מוסד השיפוט המשמעתי שבו נשפטים חיילים בידי מפקדיהם, שעל-פי רוב הם הדיוטות בנושאי משפט, הרי שעצם המחבוש כעונש לאחר הרשעה בהליך אחד אינו יכול להצדיק כשלעצמו מעצר לפני הרשעה בהליך אחר, אף אם ההליך השני עוסק בעבירות חמורות יותר.

לסיכום: עילות המעצר הקלסיות מוצדקות משום שהן מעוגנות בשיקולים מניעתיים – קרי: ברצון למנוע מן החשוד או הנאשם לפגוע בהמשך החקירה או בהליכי המשפט – או בניסיון למנוע איום על בטחונו של הציבור או של פרט כלשהו. לעומת זאת, אם עוצרים חייל רק בשל החשד כי עבר עבירה חמורה, חרף אי-מסוכנותו האישית, הרי שיש בכך

משום פגיעה המורה בחירותו של אדם אשר ייתכן שכלל לא יועמד לדין עם סיום החקירה או יצא זכאי בדינו עם סיום הבירור המשפטי. זהו מצב דברים שהדעת אינה סובלת אותו, ואין ספק בעינינו כי הוא בלתי-מידתי על-פי תנאי פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. ודוק: נקודת-המוצא של חוק-היסוד היא כבוד האדם וחירותו, ולא נימוק כלשהו של תועלת חברתית.

בהקשר זה חשוב לציין, כי יש להישמר מפני עשיית שימוש מוטעה וקל מדי בהוראת סעיף 9 לחוק-היסוד, כאילו סעיף זה בא לאפשר במערכת משפטית אחת גורמות שהיו נפסלות במערכת משפטית אחרת ומוכרזות בה כבלתי-מידתיות מכוח סעיף 8 לחוק-היסוד. אכן, הצורך במציאת מכשיר יעיל, אשר ישפיע על עבריינים-בכוח לבל ייכשלו, קיים בשתי המערכות. ברם, צורך זה לעולם אינו אמור להצדיק את שלילת חירותו של אדם בטרם הוכחה אשמתו, אם לא נשקפת ממנו סכנה עד שתסתיים הקירתו או ייגמר משפטו.

דברים אלה מובילים אותנו לרעיון המצוי בהקדמה לחיבור זה – רעיון ההבנה מול הפנמה של עקרונות המהפכה החוקתית. המעיין בהחלטות בית-הדין הצבאי לערעורים שהוזכרו לעיל, ימצא כי הן עתירות רטוריקה חוקתית על-פי מיטב השיח החוקתי החדש של הפסיקה והספרות בישראל. כך, החלטות אלה מאזכרות שוב ושוב את חוק-היסוד ומנתחות אותו, והכול מתוך הבנה מלאה. אולם נראה, כי השורה התחתונה של ההחלטות מלמדת כי העקרונות שהובנו לא הופנמו, ומכל-מקום ודאי שלא יושמו.

לא זו אף זו: אף אם אפשר היה להצדיק בדרך כלשהי את עילת המעצר הצבאית הנובעת מחומרת העבירה כשלעצמה (וכאמור, אין אני סבור כך), הרי שגם אז צריך היה להביא לידי ביטוי את השינוי החוקתי שהתחולל בישראל ולא לעצור בגין עילה זו כעניין של שגרה; שכן, לדעתי, על-אף המגמה האמורה המסתמנת כיום לצמצום היקף המעצרים בצבא ולהגבלת השימוש בעילות מעצר אלו למקרים "חמורים במיוחד", עדיין השימוש בהן הוא נרחב מדי וקווי-הגבול המבחינים בין עבירה "חמורה" ובין שאינה כזו אינם ברורים דיים.

בהקשר זה יש להוסיף בשולי הדברים הערה בקשר לבג"ץ אדלר.<sup>46</sup> כאמור, פסק-דין זה ניתן עוד לפני חקיקתו של חוק-היסוד והשפיע בעיקר על אלו אשר תמכו בדעה כי עילות המעצר הצבאיות עשויות להיות שונות מן העילות הנוהגות בבתי-המשפט האזרחיים. נשאלת אפוא השאלה, האם פסק-דין זה היה ניתן גם לאחר חקיקת חוק-היסוד? התשובה היא, כי ספק בעיני אם כך היה קורה, במיוחד לנוכח העובדה כי פסק-דין זה, לפחות לדעת הנשיא ברק, אינו חלק מן הדין המוגן על-פי סעיף 10 לחוק-היסוד. לפיכך, ומשום שלגופו של עניין סברתי כי אין כיום טעם או צידוק לשנויות האמורה בין המערכת האזרחית והצבאית וכי דין אחד להן, הרי שהלכת אדלר, למצער בנושא זה, אינה תקפה עוד.

46. לעיל, הערה 20.

## ו. השלב הרביעי להתפתחות דיני המעצר - חוק המעצרים החדש

לאחר חקיקת חוק־היסוד והפסיקה בעניין זארה וגנימאת,<sup>47</sup> שבאה בעקבותיו, עברו דיני המעצר במישור האזרחי לשלב נוסף - רביעי במניין. זאת, כאמור, עם חקיקתם של שני חוקים חשובים אשר הסדירו מחדש את נושא המעצר והחיפוש: חוק המעצרים,<sup>48</sup> התיקון לחוק זה משנת 1997<sup>49</sup> וכן חוק החיפוש.<sup>50</sup>

מטרתם של חוקים חדשים אלו - העתידים להיות מושלמים עם חקיקתו של חוק חדש נוסף, אשר יסדיר את נושא סמכויות־העזר והחיפוש מחוץ לגופו של אדם - היתה להחליף את דיני המעצר הקיימים ולהתאימם לעידן החוקתי הנוכחי, תוך ניסיון למצוא איזון צודק יותר בין האינטרסים המתנגשים ולפגוע בצורה פחותה בזכויות־היסוד של החשוד והנאשם. כך, למשל, נקבעו לראשונה בחוק עילות מעצר על־ידי שוטר בלא צו;<sup>51</sup> נקבע העיקרון החוקתי שלפיו יש להעדיף תמיד מעצר על־פי צו מעצר שיפוטי על־פני מעצר בלא צו כזה;<sup>52</sup> קוצר משך הזמן המרבי להחזקת חשוד בלא צו מעצר שיפוטי מ-48 שעות ל-24 שעות;<sup>53</sup> קוצרו משכ־הזמן המרביים להחזקת אדם במעצר בשלבים השונים של ההליך הפלילי;<sup>54</sup> בוטלו מעצרי החובה בעבירות מסוימות לאחר הגשת כתב־האישום;<sup>55</sup> וכפי שכבר הוזכר קודם־לכן, סויגה העילה של חומרת העבירה ונקבעה הזכות לשחרור בערובה הולמת.<sup>56</sup> כן חויבו הרשויות לשמור על זכויותיו הבסיסיות של העציר במתקני המעצר והכליאה.<sup>57</sup> חוק החיפוש מצדו נתן ביטוי חקוק לזכות האדם מפני חיפוש בגופו ושמירת צנעת הפרט. נקבעו בו סוגי החיפוש הגופני המותרים, התנאים המוקדמים לביצוע החיפוש וכן ההליך שיש לנקוט לפני ביצוע החיפוש.

האם לשני חוקים חשובים אלה תחולה על הוראות החש"צ? אכן, בעבר נהגנו לדבר על הצורך ב"חיסוד"פ החש"צ", כלומר: הצורך בהתאמת הוראות החש"צ להוראות המקבילות לו בחוק סדר הדין הפלילי, ולו כדי למנוע פער נורמטיבי שאינו צודק, בעיקר בעידן החוקתי דהיום. ברם, להפתעתנו מצאנו, כי המחוקק כמעט שביטל אפשרות זו בהקשר של חוק המעצרים, כאשר קבע בסעיף 243 לחש"צ - בעקבות תביעתן של רשויות הצבא -

47. לעיל, הערות 26 ו-10 (בהתאמה).

48. לעיל, הערה 3.

49. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (תיקון), תשנ"ז-1997, ס"ח 116.

50. לעיל, הערה 3.

51. סעיף 23 לחוק המעצרים.

52. סעיף 4 לחוק המעצרים.

53. סעיף 29 לחוק המעצרים.

54. סעיפים 59-62 לחוק המעצרים.

55. סעיף 21 לחוק המעצרים.

56. סעיף 44 לחוק המעצרים.

57. סעיף 9 לחוק המעצרים; וכן תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (תנאי החוקה במעצר), תשנ"ז-1997, ק"ת 664.

כי הוראות חוק המעצרים לא יחולו על הליכי מעצר לפי החש"צ, אלא אם נאמר אחרת במפורש בחש"צ.<sup>58</sup> במסגרת הוראה זו הוחלו עד כה על החש"צ רק סעיפים 32-36 לחוק המעצרים, שבהם נקבעו הסדרים באשר לזכויות העציר בהגיעו לתחנת המשטרה, בשינויים המחויבים. אולם מבלי להפחית מחשיבותן של הוראות אלו, הרי ברור כי הן לא ההוראות החשובות והמרכזיות שבחוק המעצרים וכי הוראות מרכזיות אלו לא הוחלו על החש"צ.

אין להבין את הגיונם של דברים. עם חקיקת חוק המעצרים נוצרה הודמנות מיוחדת שבה נדרשה ועדת החוקה-חוק ומשפט לנושא זה, וכפי הנראה רק משום ריב סמכויות בין ועדות הכנסת השונות הוחמצה ההודמנות למצות תיקון חקיקה חשוב זה ולהחילו גם על הצבא.

אך מעבר לביקורת כללית זו השאלה היא, אם ההוראה המסייגת של סעיף 243 לחש"צ עומדת כלל בתנאי פסקות ההגבלה לפי סעיפים 8 או 9 לחוק-היסוד? במלים אחרות: יש לבחון מה מנע מן המחוקק לבדוק את כל הוראות חוק המעצרים ולהחליט באופן פרטני אלו מהן יש להחיל על ההליכים לפי החש"צ? לחלופין, אם נאמר שהמחוקק אכן בדק זאת, ולבד מהוראות סעיפים 32-36 לחוק המעצרים לא ראה מקום להחיל את שאר ההוראות על החש"צ, כי אז יש לבחון אם הסדר שלילי זה שיצר המחוקק הוא חוקתי.

דומה בעינינו, כי יש לשלול את האפשרות השנייה, שלפיה מדובר בהסדר שלילי; שכן הסדר שלילי שכזה בוודאי אינו יכול לעמוד בדרישת פסקות ההגבלה ובוודאי אינו מידתי. וכי מדוע, למשל, לא יוחלו עילות המעצר - בין בלא צו שיפוטי בין על-פי צו שיפוטי - גם על ההליכים לפי החש"צ? מכאן שיש להניח, כי האפשרות הראשונה היא האפשרות הנכונה וכי בדיקת התאמתן של הוראות חוק המעצרים כלל לא נעשתה על-ידי המחוקק ואין כאן כל הסדר שלילי, כי אם רצון להותיר את מלאכת החקיקה וההתאמה בנושא זה לעת אחרת. ספק בעינינו אם דחייה שכזו היא אכן חוקתית, וייתכן כי התרופה המתבקשת כאן היא להצהיר שהמחוקק חייב להשלים את מלאכתו.

ברם, על-אף עמדתנו זו, שלפיה אין לראות באי-החלה של הוראות חוק המעצרים על החש"צ משום הסדר שלילי, הרי שאפשר לגרוס - ברוח בג"ץ אדלר<sup>59</sup> וסעיף 243 האמור - כי הוראות החש"צ דהיום הן הסדר כולל וכי חסרונן של הוראות בחש"צ בהשוואה לאמור בחוק המעצרים הוא אכן בכחינת הסדר שלילי. האומנם?

כדי לענות על שאלה זאת, שומה עלינו להחליט אם חסרונן של ההוראות הקיימות בחוק המעצרים הוא אכן פגיעה בזכויות החוקתיות של החייל. לי נדמה כי חסרונן של הוראות מרכזיות, כגון בנושא העיכוב, עילות המעצר או השחרור בערובה אכן הם פגיעה

58. סעיף 243 לחש"צ, אשר הוסף לחוק זה במסגרת חוק המעצרים, קובע: "על אף האמור בסעיף 1 (ג) בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996, יחול החוק האמור על הליכי מעצר לפי חוק זה, רק מקום שחוק זה הפנה אליו". מעניין לציין, כי לעומת זאת קובע סעיף 245א(א) לחש"צ, כי "אין עורכים חיפוש בגופו של חייל, אלא לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996".

59. לעיל, הערה 20.

בהגנה הנדרשת על זכויות היסוד של החייל - זכויות אשר כל רשות מרשויות המדינה, ורשויות הצבא בכללן, חייבות בכיבודן. לדעתי, אי אפשר ליישב או לאזן פגיעה זו אל מול צורכי הצבא ולפיכך מדובר בחסך נורמטיבי שלו היבט הוקתי, ולא בהסדר שלילי גרידא שיש לקבלו כפשוטו.

כאמור, המסקנה היא אפוא, כי אין כאן הסדר שלילי בלתי-הוקתי וכי לדעתנו, יכול חייל בהחלט לעתור נגד המחוקק ולחבוע את השלמת מלאכת החקיקה ואת ההגנה הראויה על זכויותיו החוקתיות מכוח האמור בסעיפים 4 ו-11 לחוק היסוד.

עניין נוסף, שלו השלכות חשובות על נושא מדיניות המעצרים בצבא, עולה מדברי השופטים בדנ"פ גנימאת.<sup>60</sup> שם סברו הנשיא ברק<sup>61</sup> והשופטת דורנר,<sup>62</sup> כי חקיקתו של חוק היסוד והעלאתן של זכויות היסוד למדרגה של זכויות חוקתיות צריכה לגרום לשינוי מדיניות המעצר והרטוריקה השיפוטית בהקשר אליו. כך, למשל, עמדתם היא כי על המערכת המשפטית לסגל לעצמה דיאלקטיקה חדשה, שלפיה המעצר הוא בבחינת חריג, אשר יש לנוקטו רק בלית ברירה וכמוצא אחרון. לדעתם, זוהי הדרך היחידה שבה יבוא לידי ביטוי לא רק המהפך החוקתי הפורמלי - הרטורי גרידא - כי אם גם יישומו הלכה למעשה. יש לציין, כי שופטים אחרים - כדוגמת הנשיא לשעבר שמגר והשופט מצא - אכן הסתייגו מעמדה זו של עמיתיהם,<sup>63</sup> אך נדמה כי עמדתם של הראשונים היא שתוביל בסופו של דבר את מהלך הדברים.

האם לדברים אלו השלכה גם על מדיניות המעצרים בצבא? דומה בעינינו, כי יש להשיב על כך בחיוב, שכן קיים צורך של ממש להרגיל את כלל המערכת הצבאית, לרבות מפקדיה הבכירים, כי מעצרים של חיילים אינו חלק מהאמצעים הצבאיים שעליהם "חותמים באפסנאות". אכן, גם בצבא צריך המעצר להפוך לאמצעי חריף ויוצא-דופן ולשמש אך ורק במסגרת העילות המניעתיות המוכרות והידועות. כך, למשל, אם חייל פורק עול ומפר בהתנהגותו את המשמעת הצבאית, ומפקדו סבור כי התנהגותו נגועה בעבירה משמעתית הדורשת תגובה, הרי שעל המפקד להורות על העמדת החייל לדין. אסור אפוא למפקד לנהוג כמקובל לעתים כיום בצבא ולהורות על מעצרו של החייל הסורר למשך כמה ימים "עד אשר ימצא הזמן לשפוט אותו". המעצר צריך אפוא להפסיק

60. דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (להלן: דנ"פ גנימאת).

61. "אכן, נדרש שינוי בגישה אל האדם ואל חירותו. מתבקש מצב נפשי חדש של השוטט והשופט. כל אלה מתבטאים בגישה כי החירות היא הכלל והמעצר ללא משפט הוא החריג" (שם, 650-651).

62. "השאלה [היא] אם הרטוריקה של זכויות האדם תתבטא במדיניות השיפוטית הלכה למעשה, כך ששיעור הנאשמים שייעצרו יפחת במידה משמעותית, או שמא - על יסוד רטוריקה זו או אחרת - ימשיך מעצר עד תום ההליכים להיות אמצעי שגרתי - הכלל, ולא יוצא-דמן הכלל" (שם, 644).

63. שם, 621-622 (פסק-דינו של הנשיא לשעבר שמגר), 618-619 (פסק-דינו של השופט מצא).

לשמש כלי הרתעה בידי המפקד, שכן חירות של החייל היא זכות חוקתית, שאף אם אופי השירות הצבאי מטיל עליה מגבלות מסוימות, הרי עדיין אין בכך כדי להופכה לזכות מרוקנת מכל תוכן. אכן, השירות בצבא מחייב לעתים הגבלת זכויות היסוד של האדם מעבר למקובל בחברה האזרחית, אך בעובדה זו לבדה אין כדי להצדיק נטילת חירות מעבר לגדר, רק משום שמדובר בחייל.

אשר על-כן אין בידי להסכים עם עמדתו של בית הדין הצבאי לערעורים,<sup>64</sup> שלפיה מן העובדה כי על הצבא מוטלות מטלות מיוחדות, שאינן מוטלות על החברה האזרחית – ואשר לשם עמידה בהן נדרשות משמעת קפדנית והיררכיה פיקודית, שהן בבחינת תנאי מוקדם לפעולת הצבא – נובע בהכרח כי יש לאפשר לצבא שימוש בכלים חוקיים כדי לכפות משמעת, לרבות באמצעות יצירת דיני מעצר שונים בהשוואה לחברה האזרחית. כאמור, אין אני סבור כי מדובר במעין מצב אקסיומטי, שכביכול נמשך ממנו היגיון מסוים של דברים. לדעתי, אין לבחון את הגבלת חירותו של חייל על-פי הציפיות של גורמי הצבא בדבר האמצעי שיייע בידם לקידום המשמעת וההרתעה בצבא (שהרי על-פי מבחן זה אפשר אף להציע סוגי פגיעה קשים בהרבה), אלא המבחן הנכון צריך להיות האם הפגיעה המוצעת היא הכרחית – פגיעה בלעדית אין – והאם פגיעה שכזו הולמת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית?

אכן, אין לחדר כי ישנן עבירות אשר בצבא נודע להן ייחוד משל עצמן, והשלכתן חמורה יותר מזו המוכרת בחברה האזרחית. כך, למשל, העבירה של גניבה מחייל או העבירה של שימוש בסם מסוכן. אין חולק, כי לפגיעתן האפשרית של עבירות הסמים בצבא עלולות להיות השלכות קשות, ואולי אף הרסניות, אשר לא בהכרח יש להן מקבילות בחברה האזרחית. ברם, לא בכך עסקינן. אין חולק, כי בשאלת מדיניות ההעמדה לדין בנין ביצוע עבירות שונות, כגון עבירות הסמים, וכן במדיניות הענישה לגביהן, מוצדק למצוא שוני בין המערכת הצבאית לאזרחית. אלא שכאן אין מדובר בשוני רלבנטי זה, כי אם בשלילת חירותו של חייל לפני שמוסד מוסמך כלשהו קבע את אשמתו ובהנחה כי לא צפויה ממנו כל סכנה לציבור או לפרטים ממנו עד שיסתיים בירור דינו.

## ז. סוגיות חוקתיות נוספות בדיני המעצר הצבאיים

עד כה עסקנו בניתוח התפתחותם של דיני המעצר בחברה האזרחית, בעיקר על רקע חקיקת חוק היסוד וחוק המעצרים. השווינו התפתחות זו למצב דיני המעצר במסגרת הצבאית והראינו את הבעייתיות הרבה הסמונה בהם כיום, תוך מתן דגש מיוחד והדגמת הדברים, בעיקר באמצעות סוגיית עילות המעצר. כעת, על בסיס ניתוח עקרוני זה, נוכל להפנות את מבטנו לעבר כמה סוגיות נוספות בדיני המעצר הצבאיים ולנתח אף אותן בקצרה.

64. ראו לעיל, הערה 36 והטקסט הצמוד לה.

## 1. משכי המעצר בדיני המעצר הצבאיים

בשנת 1996, שנים מספר לאחר כניסתו של חוק־היסוד לתוקף, חוקקה הכנסת את התיקון מס' 32 לחש"צ,<sup>65</sup> אשר תיקן את סעיף 237 לחש"צ והעמיד את משך המעצר המרבי המותר של חייל בידי קצין־שיפוט על תקופה של שמונה ימים. נוסף על כך קבע התיקון,<sup>66</sup> כי לאחר שנתיים מיום תחילתו יקוצר משך־זמן זה לארבעה ימים, וליתר דיוק: ל-96 שעות.<sup>67</sup> כזכור, חוק המעצרים, אשר נחקק באותה שנה, קיצר את משך המעצר לפני הבאתו של העצור בפני שופט ל-24 שעות.

לפיכך נשאלת השאלה, האם אפשר להצדיק את השוני בין שתי ההוראות על יסוד האמור בסעיף 9 לחוק־היסוד, גם כאשר מדובר, למשל, באותה עבירה? כלומר: האם צורכי הצבא אכן מצדיקים מעצר חייל למשך שמונה ימים לפני הבאתו בפני שופט? בימים אלו ממש נדרש בית־המשפט העליון לסוגיה זו, והוא דן בכך בהרכב מורחב בן אחר־עשר שופטים, משום הסעד החוקתי המבוקש שתכליתו ביטול הוראות החש"צ בהקשר זה. לפיכך יש להמתין ולראות כיצד יכריע בית־המשפט בשאלה שהונחה לפתחו. ברם, לדעתי, יש לומר כבר עתה כי אין להצדיק שניות זו.

כאמור, בהקשר של מעצר עד תום הליכי המשפט העלתה מערכת־השפיטה הצבאית על נס את זריזות השיפוט בה,<sup>68</sup> וראוי שהדבר יבוא לידי ביטוי גם בהקשר של משך המעצר בלא צו שיפוט. מדינת ישראל היא מדינה קטנה מבחינה גיאוגרפית ולפיכך אין, וגם לא יכולה להיות, כל בעיה לוגיסטית, הנובעת כביכול מאופי השירות הצבאי, שבגינה אי־אפשר להביא את החייל מוקדם יותר בפני שופט. יתירה מזאת: אין להלוס גם כל נימוק אחר, כגון הנימוק התולה את עצמו בעומס המוטל כביכול על מערכת השפיטה הצבאית, אשר אינה ערוכה כיום לטפל במספר הצפוי של בקשות המעצר. לדעתי, אין להרשות הארכת משך מעצר של חייל או אורח בלא צו שיפוט רק משום שהמערכת המשפטית אינה ערוכה לטפל בכך כיאות.

יתירה מזאת: למעשה אין אנו יכולים להעלות בדעתנו כל סיבה הקשורה דווקא לאופי השירות, אשר בעטיה אפשר להשתכנע בנימוק בדבר השוני הרלבנטי בין שתי מערכות השפיטה. כידוע, תקופות המעצר בחש"צ נקבעו לפני שנים רבות מאוד, ואיש לא טרח לבחון את תקפותן בעידן החדש. גם בעובדה האמורה, שלפיה תוקן משך תקופת המעצר וקוצר מ-25 ימים לארבעה ימים, אין משום מתן מענה מספיק או רלבנטי לשאלת המידתיות של ההוראה.

65. חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32), תשנ"ו-1996, ס"ח 366.

66. סעיף 218 לחש"צ.

67. חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32) (תיקון), תשנ"ח-1998, ס"ח 278.

68. בג"ץ 6055/95 ואח' צמח ואח' נ' שר הביטחון ואח' (סרם פורסם) (להלן: בג"ץ צמח).

69. ע"מ סממק (לעיל, הערה 38).

לדעתי, התיקון לסעיף 237 לחש"צ אינו חוקתי אפוא, דינו להתבטל ועל המחוקק לתקנו כך שההוראה בו תשווה להוראה המקבילה בחוק המעצרים.<sup>70</sup>

## 2. שחרור בערובה

אחד הנושאים המרתקים שהמהפכה החוקתית נושאת בחובה בהקשר של דיני המעצר, בכלל, ובצבא, בפרט, עניינו זכות השחרור בערובה ובתנאים מגבילים. אמנם, מדינת ישראל לא הלכה בעקבות מדינות אחרות שלהן חוקה, כדוגמת ארצות-הברית,<sup>71</sup> ולא קבעה את זכות השחרור בערובה באופן מפורש בחוקה עצמה. אך בסעיף 21(ב1) לחוק המעצרים נקבע, כי גם אם בית-המשפט משתכנע בדבר קיום התנאים המוקדמים להוצאת צו מעצר – קרי: דיות הראיות וקיומה של עילת מעצר – עדיין שומה עליו לבחון אם

לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה.

לעומת זאת, מכיל החש"צ הוראה השוללת במפורש את האפשרות לשחרר בערובה חייל בשירות סדיר,<sup>72</sup> והשחרור בערובה מיוחד בו לסוג מוגבל מאוד של משרתים בצבא.<sup>73</sup> אמנם, כאשר דגים בשאלת השחרור בערובה ובתנאי השחרור, יש להזכיר גם את סעיף 244 לחש"צ, המסמיך את בית-הדין הצבאי להורות על מעצרו של החייל ב"מעצר פתוח", שפירושו המעשי ריתוק למחנה הצבא. "מעצר" מעין זה ודאי שראוי לו כי ייחשב כאמצעי פחות דרסטי בהשוואה למעצר הרגיל. כרם, בפרקטיקה כמעט שלא זכורים מקרים<sup>74</sup> שבהם עשה בית-הדין הצבאי שימוש בסמכות זו, אולי ללמדנו את הלך-המחשבה, שלפיו משעה שנמצאה הצדקה למעצרו של החייל שוב אין זה ראוי לחפש אחר תנאים מגבילים שיחסכו את הצורך במעצר עצמו.

האמת ניתנת להיאמר, כי אף אני-עצמי אינני בטוח לגמרי שמסגרת השירות הצבאי ואופי השירות אכן מתיישבים עם שחרור בערובה, אם כי דעתי היא שאין לשלול זאת לחלוטין בניסיונות המתאימות. אך בכך אין כדי לשחרר את המערכת הצבאית מן הצורך

70. כעת עריכתו של המאמר לקראת פרסומו, נתן בית-המשפט העליון את החלטתו בעתידות בבג"ץ צמח (לעיל, הערה 68). בדונו בעניין זה בהרכב של 11 שופטים, קיבל בית-המשפט ברוב קולות (כנגד דעת המיעוט של השופט קדמי) את גישת המחבר בנוגע לחוקתיותה של הוראת סעיף 237 לחש"צ וקבע, כי הוראה זו בטלה בהיותה נוגדת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו שם, פסקאות 39-44 לפסק-דינו של השופט זמיר.

71. בארצות-הברית נקבע במפורש בתיקון השמיני לחוקה, כי "Excessive bail shall not be required" (U.S. Cont. Amend. viii).

72. ראו סעיף 243 לחש"צ.

73. חיילי מילואים, אזרחים עובדי צה"ל והפועלים בשליחות הצבא.

74. לאחרונה ממש עשה בית-הדין שימוש חריג בסמכות זו כאשר אישר "מעצר פתוח" ביחידה. ראו ע"מ מילשטיין (לעיל, הערה 42).



לחפש וליישם רעיונות שונים לשהרוד חייל ממעצרו כתנאים מגבילים, כגון הבטחת מפקד כי חייל שבפיקודו יתייצב להקירתו או למשפטו.

יש לציין עוד, כי אמנם הוראת סעיף 243א היא בבחינת דין קודם, המוגן מפני שינוי מכוח סעיף 10 לתוקי-היסוד, אך לעניין פרשנות הסעיף היינו נוטים לבחון ברצינות אפשרות לשנות את המתווה הפרשני ברוח חוקי-היסוד ובהתאם לאמור לעיל. יודגש, כי לאחרונה העביר בית-הדין הצבאי לערעורים המלצה ברוח זו לפרקליט הצבאי הראשי, באומרו:

נראה, כי בעידן זה מתחייבת בחינה רצינית של חלופות למעצר בכלא - במקרים המתאימים - לגבי חיילים בשירות סדיר, בין בדרך של מעצר פתוח ובין בדרכים אחרות. זאת, על מנת שהפגיעה בזכות החייל לחירות תהיה מידתית, ולא תעלה "על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות..."<sup>75</sup>

### 3. ההיבט הראייתי של דיני המעצר

נושא אחר, הראוי למחשבה בהקשר של דיני המעצר בעידן החוקתי, הוא ההיבט הראייתי של דינים אלה. אין חולק כי לחוקי-היסוד נודעות השלכות על המשפט הדיוני, ובכלל זה גם על דיני הראיות.<sup>76</sup> למרות זאת, חוק המעצרים, שנחקק, כאמור, בהשראתו של חוקי-היסוד, כמעט שאינו עוסק כלל בהיבט זה של דיני המעצר, למעט כמה התייחסויות מוגבלות לנושא, כגון הגדרת רמת הוודאות הנדרשת לצורך הוכחת קיומה של עילת מעצר בבקשה למעצר עד תום הליכי המשפט או קביעת החוקה בדבר מסוכנותו של אדם.<sup>77</sup>

ברמת הפסיקה הובילה חקיקת חוקי-היסוד לדיון מקיף בשאלת הפרשנות הראויה למושג "ראיות לכאורה", אשר הופיע בסעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי<sup>78</sup> כתנאי למעצרו של נאשם עד תום הליכי המשפט.<sup>79</sup> באותו מקרה, אשר נידון בפני הרכב של תשעה שופטי בית-המשפט העליון, נחלקו הדעות. השופטת דליה דורנר, בדעת-יחיד, סברה כי חקיקתו של חוקי-היסוד מהייבת פרשנות שונה למושג האמור בהשוואה לפרשנותו בעבר. לדעתה, יש לפרש כיום כל ספק סביר, המתעורר בלב שופטי בית-המשפט כבר בשלב הבקשה

75. ע"מ/49/97 התובע הצבאי הראשי נ' טורי שלומי דוד (לא פורסם), פסקה 11. ג. לפסק-הדין, אשר צוטט בע"מ מילשטיין (לעיל, הערה 42), פסקה 13 לפסק-הדין.

76. אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליוציה של מערכת-המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, עמ' 21-25; עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155.

77. סעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים.

78. ומופיע כיום בסעיף 21(ב) לחוק המעצרים.

79. ב"פ זאדה (לעיל, הערה 26).

למעצר עד תום הליכי המשפט, כשולל את קיומן של "ראיות לכאורה" המאפשרות מעצר זה. לעומתה, סברו הנשיא ברק ושאר השופטים שתמכו בעמדתו, כי חוק-היסוד לא הביא עמו צורך בשינוי הפרשנות המהותית שניתנה למושג זה בעבר וכי ספק שאינו "מובנה" או בבחינת "פגם גנטי" בחומר הראיות אינו יכול להשפיע על הממצא בדבר קיומן של ראיות לכאורה.

בדין הצבאי קבע המחוקק למעשה, כי המערכת הצבאית תאמץ לעצמה את דיני הראיות הנוהגים במערכת האזרחית. סעיף 476 לחש"צ קובע:

דיני הראיות המחייבים בעניינים פליליים בכתיב המשפט של המדינה מחייבים גם בבית-דין צבאי ולפני שופט חוקר, והוא כשאין הוראה אחרת בחוק.

כדי לדעת אם יש להחיל את דיני הראיות האזרחיים על מקרה מסוים יש לבחון אפוא אם "אין הוראה אחרת בחוק", כלומר: יש לבחון, האם באשר לכלל הראייתי הספציפי שבוחנים לא קיים הסדר אחר בחש"צ. כך, למשל, שאלת הפרשנות הראויה למושג "הראיות לכאורה" במעצר עד תום הליכי המשפט כלל אינה מוסדרת בחש"צ, והיא עולה אך מפסיקת בתי-הדין הצבאיים שאמנם אימצו בהקשר זה את הדין האזרחי (אך בחוק החדש, בנושא חוקת המסוכנות, יש הסדר אחר שנקבע בסעיף 40 לחוק, לאמור: ההסדר של סעיף 21 אינו חל על הצבא).

במלים אחרות, גם לאחר המהפכה החוקתית ולמרות הודאת האימוץ הכללית של סעיף 476 הנ"ל, עדיין יש לבחון בכל מקרה אם המחוקק לא סייג את קליטת הכלל הראייתי הרלבנטי; שאם כך הדבר, כלל זה לא יחול במערכת הצבאית.

שאלה חוקתית מעניינת בהקשר זה עשויה להתעורר במקרה שבו ניצבים בפני כלל ראייתי שלו מעמד חוקתי, כגון טענת חייל כי אין לעוצרו בשל חומרת העבירה המיוחסת לו בכתב-האישום לאחר שהוכח כי למרות זאת הוא איננו מסוכן לציבור או לפרטים ממנו. כאן תתעורר השאלה, מה דינה של הפסיקה הצבאית אשר לא קלטה חוקת מסוכנות זו בנימוק כי היא אינה מתיישבת עם צורכי הצבא? האם פסיקה זו תיחשב כ"הוראה אחרת" לפי סעיף 476 או שמא יש להחיל בעניין זה את הסטנדרט האזרחי שנקבע, כאמור, בחוק המעצרים?

נותיר שאלה זו פתוחה לעת-עתה.

#### 4. חיפוש בגופו של החייל

כידוע, החירות מפני חיפוש בגופו של אדם או בכליו הוכרה אף היא כזכות חוקתית:

אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או

בכליו.<sup>80</sup>

<sup>80</sup>. סעיף 7(ג) לחוק-היסוד.

כמו בסוגיית המעצרים, אף בנושא החיפוש לא נקבעו בחש"צ הסדרים מפורטים, לבד מקביעת הגורמים המוסמכים לחפש או לאשר חיפוש בגופו או בכליו של החייל.<sup>81</sup> מאליה עולה אפוא השאלה, האם ההסדרים הקבועים בחש"צ הם בבחינת הסדר כולל, כמו ההסדרים בסוגיית המעצרים, ולפיכך חל עליהם לכאורה בג"ץ אדלר<sup>82</sup> ואין להשלימם על-ידי "יבוא" של הסדרים מחוק סדר הדין הפלילי, או שמא מדובר בלאקונה הניתנת להשלמה מכוחו של סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי?

כאמור, בנושא המעצרים נקבע במפורש בסעיף 243ג לחש"צ כי הוראות חוק המעצרים לא יחולו על החש"צ אלא על-פי הוראה מפורשת בו. הוראה כזו חסרה באשר לחוק החיפוש. אדרבה: סעיף 2 (ב) לחוק החיפוש קובע:

נקבע בחוק אחר הסדר שונה, באשר לחיפוש בגופו של חשוד, יחול חוק זה בכפוף להסדר השונה שנקבע. לעניין סעיף קטן זה, "הסדר" – לרבות עילות החיפוש, תנאיו והתוצאות המשפטיות לסירוב לחיפוש.

המשתמע מכך, כי אם אין סתירה בין ההסדרים השונים, הרי שיחולו על החיפוש הגופני הוראות חוק החיפוש. על כך מתוספת גם הוראת ההשלמה של סעיף 460 לחש"צ הקובע:

בכל עניין של סדרי דין שאין עליו הוראה בחוק זה או בתקנות שהותקנו לפיו, ינהג בית-דין צבאי בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית משפט צדק, ובלבד שינמק את החלטתו לעניין זה.

אכן, לדעתי נכון היה לקבוע במפורש כי הוראות חוק החיפוש יחולו על החש"צ. למרות זאת, אפשר להחיל את הוראותיו מכוח פרשנות התכלית החקיקתית של חוק החיפוש, המבקש לפרוש את כנפיו על כל פעולות החיפוש הגופני המבוצעות בידי רשויות השלטון, ורשויות הצבא בכללן. אני סבור אפוא, כי אין כיום כל סתירה בין הוראות החש"צ בעניין החיפוש הגופני ובין הוראות חוק החיפוש ולפיכך אין כל מניעה לאמץ את הוראותיו ולהחילן על החש"צ. במלים אחרות: שוב לא יורשו מפקדים או שוטרים צבאיים לבצע חיפוש גופני, אלא לפי הוראות חוק החיפוש.

81. ראו סעיפים 245-250ב לחש"צ.

82. לעיל, הערה 20.

## ה. סיכום

בחיבור זה דנתי בהשפעתו של חוקייסוד: כבוד האדם וחירותו, והחקיקה בדבר סמכויות האכיפה הפליליות אשר נגזרה ממנו, על מערכת השיפוט הצבאית. הראינו כי למרות קיומה של פסיקה ענפה, המעלה לכאורה על נס את זכויות החשוד והנאשם כחלק מתפישת כבוד האדם וחירותו, הרי שבפועל לא הופנמו עקרונות אלה במסגרת המערכת הצבאית.

עוד הראיתי, כי דיני המעצר ה"אזרחיים" עברו כמה שלבי התפתחות במהלך השנים, ודנתי בכך ששלבם אלה לא באו לידי ביטוי וזה בדיני המעצר החלים בצבא. אכן, הרטוריקה השיפוטית, שנוקטים בתי־הדין הצבאיים בהתייחסם לסוגיית המעצר, השתנתה עם השנים והפכה ל"חוקתית" יותר. אך בפועל נותרה התוצאה בעינה, ובתי־הדין הצבאיים נותרו בדעתם כי השוני בין אזרח לחייל מצדיק גם החלת דיני מעצר שונים לגביהם. בכוחה של מערכת השיפוט הצבאית עדיין נותרה אפוא האפשרות לפגוע פגיעה קשה בחירות החייל – פגיעה אשר לדעתנו עולה על הנדרש.

ודוק: אין אני מתעלם מן ההבדלים הקיימים בין המערכת האזרחית לזו הצבאית, כאשר הבדלים אלה אכן רלבנטיים. אך מטרת חיבור זה היתה להסב את תשומת־הלב לכך שבמקרים המתאימים אפשר – ואף רצוי – לחבוק אל תוך דיני המעצר הצבאיים את העקרונות החוקתיים החדשים אשר נקבעו בדיני המעצר הכלליים. לדעתי, המהפכה החוקתית צריכה לחול גם שם.