

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6055/95
בג"ץ 7083/95

בפני:
כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוי
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' קדמי
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש

העותר:
(בבג"ץ 6055/95)

שגיא צמח

נ ג ד

המשיבים:
(בבג"ץ 6055/95)
1. שר הבטחון
2. ראש המטה הכללי
3. הפרקליט הצבאי הראשי
4. הפרקליט הצבאי הראשי
5. קצין משטרה צבאית ראשי

העותרים:
(בבג"ץ 7083/95)
1. רס"ן ורד אורנשטיין-זהבי
2. רס"ן משה קנובלר
3. סרן ליאור טומשין
4. סרן אורלי מרקמן
5. סרן משה לוי
6. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נ ג ד

המשיבים:
(בג"ץ 7083/95)
1. הפרקליט הצבאי הראשי
2. קצין משטרה צבאית ראשי

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה:
י"ז בתמוז תשנ"ז (22.7.97)

בשם העותר:
(בבג"ץ 6055/95)
עו"ד י' גינת, עו"ד א' אבריאל

עו"ד ד' יקיר, עו"ד מ' כהן

בשם העותרים:
(בבג"ץ 7083/95)

עו"ד מ' בלס

בשם המשיבים:

פסק-דין

השופט י' זמיר:

1. שתי עתירות אלה מעלות בעיקר שאלה אחת: שאלת החוקיות של הוראה בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו1955-, בדבר תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי, עד שהוא מובא בפני שופט צבאי.

העובדות

2. העתירה הראשונה (בג"ץ 6055/95) הוגשה בידי חייל בשירות חובה שנעצר בידי שוטר צבאי ביום 26.9.95, בחשד לעריקה מן הצבא, והוחזק בכלא צבאי. לאחר שהיה עצור במשך חמישה ימים, בלי שהובא בפני שופט, הוגשה מטעמו עתירה זאת. בעתירה נטען כי ההוראות בחוק השיפוט הצבאי, מכוחן נעצר העותר, נגדות את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך הן פסולות ובטלות. מטעם זה נתבקש בית המשפט להורות על שחרור העותר מן המעצר.

זמן קצר לאחר שהוגשה העתירה, הובא העותר בפני בית דין צבאי, ובית הדין החליט להאריך את מעצרו. לאחר מכן הוגש נגדו כתב אישום, בית הדין הרשיע אותו וגזר עליו עונש של חודשיים וחצי מאסר בפועל. הוא ריצה את העונש ושחרר מן המאסר. כיוון שכך, הוא ביקש לצמצם את העתירה. העתירה, כפי שהגיעה לדיון בפני בית המשפט, מבקשת שבית המשפט יצהיר על הבטלות של סעיף 234 וסעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, המקנים לקצין שיפוט סמכות לעצור חייל. זאת ולא יותר מזאת.

העתירה השניה (בג"ץ 7083/95) הוגשה בידי חמישה קציני צבא אשר שימשו, שעה שהעתירה הוגשה, כסניגורים צבאיים (עותרת 1 - הסניגורית הצבאית המחוזית; עותר 2 - סניגור פיקוד המרכז; עותר 3 - סניגור מחוז מטכ"ל; עותרת 4 - סניגורית חיל האוויר וחיל הים; עותר 5 - סניגור פיקוד דרום), ובידי האגודה לזכויות האזרח בישראל (עותרת 6). גם עתירה זאת מבקשת שבית המשפט יצהיר על הבטלות של סעיף 234

וסעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי. נוסף לכך היא מבקשת שבית המשפט יאסור על מעצר חייל אם צרכי החקירה, שיבוש הליכי החקירה או החשש מפני הימלטות מן הדין אינם מחייבים את המעצר.

העתירה הראשונה מכוונת נגד שר הבטחון, הרמטכ"ל, הפרקליט הצבאי הראשי וקצין משטרה צבאית ראשי; העתירה השנייה מכוונת נגד הפרקליט הצבאי הראשי וקצין משטרה צבאית ראשי. אלה ואלה יכוננו להלן: המשיבים.

בית המשפט הוציא צו על-תנאי בעתירה הראשונה ובעתירה השנייה והחליט, כיוון שהן מעלות אותה שאלה, לאחד את הדיון בשתי העתירות.

עתירה תאורטית

3. שתי העתירות נושאות אופי תיאורטי. הן אינן מתבססות על מערכת עובדות, ואינן מבקשות סעד לגבי מקרה זה או אחר, אלא הן מעלות שאלה משפטיות, בעלת אופי כללי, ללא קשר לעובדות של מקרה מסוים.

אמנם העתירה הראשונה, שעה שהוגשה, היתה עתירה קונקרטית. היא טענה כי העותר מוחזק במעצר על פי הוראה של שוטר צבאי, שניתנה מכוח הוראת חוק שאין לה תוקף, ולכן היא ביקשה צו שישחרר את העותר מן המעצר. אולם, משעה שהמעצר הוארך על ידי בית דין צבאי, העתירה נעשתה תיאורטית.

בדרך כלל, בית המשפט אינו מוכן לדון בעתירה, אף אם היתה אקטואלית, משעה שנעשתה תיאורטית. כלומר, אם המקרה הנדון בעתירה נפתר, מעצמו או בהחלטה, אין בית המשפט מוכן יותר לדון בשאלה המשפטית שהתעוררה באותו מקרה. הנסיון השיפוטי מרטיע את בית המשפט מקביעת הלכה שהיא, כביכול, מרחפת באוויר. בית המשפט צריך תשתית של עובדות, במקרה נתון, כדי לבנות עליה הלכה.

העתירה השנייה היתה תיאורטית מלכתחילה: היא העלתה שאלה כללית שלא היתה קשורה למקרה מסוים. בית המשפט מסרב בדרך כלל לפסוק הלכה בשאלה כזאת, אלא הוא מבקש להמתין עד אשר השאלה תועלה בפניו בקשר למקרה מסוים.

אך זהו כלל וחריג בצידו. היו מקרים בהם בית המשפט היה מוכן לדון בשאלה תיאורטית, בעלת אופי כללי, אף שלא היתה קשורה למקרה מסוים. היו אלה על פי רוב מקרים בהם העתירה העלתה שאלה חשובה,

ונתברר כי מבחינה מעשית אין בית המשפט יכול לפסוק בה הלכה, אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסויים. ראו, לדוגמה, בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 145-146; בג"ץ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837, 841; דנג"ץ 4110/92 הס נ' שר הבטחון, פ"ד מח(2) 811.

כזה הוא המקרה הנדון. הוא מעלה שאלה חשובה, הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, היא שאלת הסמכות לפגוע בחירות האישית בדרך של מעצר שאינו שיפוטי. השאלה עולה חדשות לבקרים, שנה אחר שנה, לגבי חיילים רבים, לדברי המשיבים קרוב ל-10,000 חיילים מדי שנה. אולם שאלה זאת היא בעלת אורך חיים קצר: היא עולה כאשר חייל נעצר על ידי שוטר צבאי; היא קיימת במשך ימים ספורים בלבד, עד שהחייל משתחרר או מובא בפני בית דין צבאי להארכת המעצר; ואז היא גוועת. יוצא, איפוא, שאם בית המשפט לא יהיה מוכן לדון בשאלת החוקיות של המעצר, רק משום שבינתיים החייל שוחרר והעתירה נעשתה תיאורטית, הוא לא יוכל לדון בשאלה זאת לעולם. התוצאה תהיה, בפועל, שהחלטות לעצור חיילים יקבלו חסינות מפני ביקורת שיפוטית. זוהי תוצאה חמורה. היא אינה מתיישבת עם שלטון החוק. כדי למנוע תוצאה כזאת, צריך בית המשפט לדון בשאלת החוקיות של המעצר אף לאחר שהשאלה חדלה להיות אקטואלית. השו, לגבי מעצר מינהלי, בג"ץ 2320/98 עבד אל פתאח מחמוד אלעמאלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם), פסקה 4.

לפיכך החלטנו לדון בשתי העתירות לגוף העניין.

הבעיות

4. לגוף העניין, שתי העתירות מעלות שלוש שאלות, ואלה הן:

(א) סעיף 234(א) לחוק השיפוט הצבאי קובע כי "קצין שיפוט רשאי לתת פקודת מעצר על חייל הנמוך ממנו בדרגה שנחשד או שנאשם בעבירה, לתקופה שלא תעלה על 7 ימים...". האם סעיף זה נוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

(ב) סעיף 237(א) לחוק השיפוט הצבאי קובע כי "על אף הוראות סעיף 234(א), רשאי קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי לתת פקודת מעצר על כל חייל, לתקופה שלא תעלה על 96 שעות...". האם סעיף זה נוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

(ג) האם קצין שיפוט רשאי לעצור חייל, או להחזיק חייל במעצר, גם אם צורכי החקירה, שיבוש הליכי החקירה או החשש מפני הימלטות מן הדין אינם מחייבים את המעצר?

5. בפועל, הטיעון של העותרים, וכתוצאה גם הטיעון של המשיבים, התמקד בשאלה השניה, כלומר, בשאלה אם סעיף 237א(א) נוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הטיעון של שני הצדדים בשאלה הראשונה, כלומר, השאלה אם סעיף 234(א) נוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא היה מקיף ויסודי במידה הנדרשת כדי לבסס החלטה בשאלת החוקיות של חוק. במיוחד כך בעתירה תיאורטית, שאינה מתבססת על עובדות של מקרה מסויים, אלא היא מבקשת הכרעה בשאלה משפטית בעלת אופי כללי.

נראה כי מבחינת העותרים, ככל שניתן לשפוט מכתבי הטענות שלהם, שאלה זאת היא בעלת חשיבות משנית, אם לא שולית, במסגרת עתירה זאת.

מכל מקום, הטיעון בשאלה זאת, כיוון שאינו מקיף ויסודי כראוי, מכביד גם מבחינה מהותית על מתן החלטה. מבחינה מהותית יש הבדל גדול בין סמכות המעצר לפי סעיף 234 לבין סמכות המעצר לפי סעיף 237א. סמכות המעצר לפי סעיף 237א היא סמכות של שוטר צבאי. היא נועדה בעיקר לצורך חקירה של חשוד בביצוע עבירה. מבחינה זאת היא דומה, בשינויים המתחייבים ממהות הצבא, לסמכות המעצר של שוטר אזרחי. לכן אפשר לערוך השוואה בין הסמכות הצבאית לבין הסמכות האזרחית לצורך בדיקת הסמכות לפגוע בחירות האישית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, סמכות המעצר לפי סעיף 234 היא ייחודית לצבא: סמכות זאת, בעלת אופי משמעותי מובהק, מקנה כוח למפקד צבאי, אף שאינו שוטר צבאי, לעצור חייל הנתון למרותו על יסוד חשד בדבר ביצוע עבירה משמעותית או אחרת. לדוגמה, היא מסמיכה מפקד צבאי, ביחידה כלשהי, לעצור חייל שאינו מציית לפקודה, לרבות בתנאי לחימה. זוהי סמכות שאין לה מקבילה מחוץ לצבא. כדי להעריך נכונה את מהות הסמכות, לקבוע את תכליתה, ולפסוק אם היא פוגעת בחייל מעבר למידה הנדרשת, צריך בית המשפט לדעת על הסמכות הרבה יותר מכפי שעולה מכתבי הטענות בעתירה זאת. זאת ועוד. כפי שעולה מדברי המשיבים, מעצר של חיילים מכוח סמכות זאת לתקופה של יותר מיום אחד, הינו נדיר. כיוון שכך, נניח עכשיו לשאלה זאת ללא הכרעה. אפשר, כמובן, שיום אחד תשוב השאלה ותעלה לדין בפני בית המשפט כשהיא בשלה להכרעה. ראו, לעניין זה, להלן פסקה 11.

6. השאלה השלישית (שהועלתה רק בעתירה השניה: בג"ץ 7083/95) מתייחסת לעילות המעצר של חיילים. בעצם, השאלה היא, אם יש מקום להבדל בין עילות המעצר של חייל לפי חוק השיפוט הצבאי לבין עילות המעצר של אדם אחר לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו 1996. האם, לדוגמה, ניתן לעצור חייל בעילה של פגיעה במשמעת הצבא? השאלה הועלתה בפני בית משפט זה בבש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686. בית המשפט השאיר את השאלה, באותו מקרה, ללא תשובה.

גם במקרה זה יהיה עלינו להשאיר את השאלה ללא תשובה. ראשית, ראוי הוא כי השאלה של עילות המעצר בצבא תועלה תחילה בהקשר של מקרה מסויים בפני בית הדין הצבאי, ותגיע לבית משפט זה בדרך של ערעור (או עתירה) על החלטה של בית הדין הצבאי לערעורים. כך ראוי בשל העקרון של סעד חלופי. הדרך הרגילה והנכונה היא, במקרה שחייל טוען כי אין עילה חוקית להחזיק אותו במעצר, להעלות טענה זאת בפני הערכאה המוסמכת לאשר או להאריך את המעצר. אין במקרה כזה טעם לעקוף דרך זאת ולהגיע אל בית משפט זה בקפיצת הדרך באמצעות עתירה ישירה. להיפך. לגוף הענין ראוי שבית המשפט ידון בשאלה זאת רק לאחר בדיקה והחלטה של בית הדין הצבאי לערעורים. שנית, גם בשאלה זאת לא הוצג בפני בית המשפט טעון מלא ויסודי, כראוי לשאלה קשה וחשובה כזאת, במיוחד כאשר היא מוצגת כשאלה תיאורטית. הטעון, כפי שהוצג בפני בית המשפט, אינו ראוי לשמש בסיס לבנות עליו הלכה.

7. כאמור, השאלה היחידה שנדונה בפני בית המשפט באופן מקיף ויסודי היא השאלה השניה, כלומר, השאלה אם סעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי, המסמיק קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי לעצור חייל לתקופה של 96 שעות, נוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

זאת השאלה בה נדון ועליה נשיב בפסק דין זה.

כדי להשיב על שאלה זאת צריך, קודם כל, להציג את ההתפתחות של סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, עד שהסעיף נתגבש בנוסח הקיים כיום.

סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי

8. בנוסח המקורי של חוק השיפוט הצבאי, משנת התשט"ו 1955-, היה רק סעיף אחד, הוא סעיף 234, שהקנה לכל "קצין שיפוט" סמכות לעצור חייל "שנחשד או נאשם בעבירה".

סמכות המעצר שהוקנתה לקצין שיפוט, כמו הסמכות המקבילה שהוקנתה לשוטר אזרחי, נועדה מלכתחילה לאפשר לקצין השיפוט לקיים חקירה בקשר לחשד בדבר ביצוע עבירה. ראו דברי הסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי, התש"ט-1949, ה"ח 12, תש"ט, 81 בעמ' 114.

קצין שיפוט, כפי שהוגדר בסעיף 1 לחוק השיפוט הצבאי, בנוסחו המקורי בדומה לנוסחו כיום, הוא קצין שיפוט זוטרי וקצין שיפוט בכיר. קצין שיפוט זוטרי הוא "מפקד יחידה שדרגתו אינה למטה מדרגת סרן, ואינו קצין שיפוט בכיר, או קצין אחר שהרמטכ"ל העניק לו סמכות של קצין שיפוט זוטרי"; וקצין שיפוט בכיר הוא "מפקד יחידה שדרגתו אינה למטה מדרגת סגן אלוף, או קצין אחר שהרמטכ"ל העניק לו סמכות של קצין שיפוט בכיר".

סעיפים נוספים בחוק זה (סעיפים 235-241) קבעו כי קצין שיפוט שהוציא פקודת מעצר על חייל יגישה מיד לאישורו של קצין שיפוט אחר, שדרגתו אינה למטה מדרגת סגן אלוף, ואם הפקודה לא אושרה, ישוחרר החייל מן המעצר בתום 96 שעות לאחר שהפקודה ניתנה. תקופת המעצר לפי הפקודה יכולה להגיע עד 15 ימים. אולם ניתן להאריך תקופה זאת, באישורו של קצין שיפוט שדרגתו אינה למטה מדרגת סגן אלוף, כל פעם לתקופה נוספת של 10 ימים. תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של קצין שיפוט היתה (לפי סעיף 241) שני חדשים, "אלא אם הובא הנאשם לפני שופט-משפטי של בית הדין הצבאי לערעורים והוא נתן פקודת מעצר לתקופה נוספת, שיקבענה בכל פעם".

החוק, בנוסחו המקורי, לא הבחין, לעניין סמכות המעצר, בין קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי לבין קצין שיפוט אחר. הוא גם לא הבחין, ואף כיום אינו מבחין, לעניין סמכות המעצר, בין עבירות לסוגיהן: בין עבירה צבאית, לרבות עבירת משמעת, לבין עבירה אחרת.

9. כך קבע החוק במשך עשרים ושבע שנים. רק בשנת התשמ"ב-1982 יצר חוק השיפוט הצבאי, לראשונה, הבחנה לעניין סמכות המעצר בין קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי לבין קצין שיפוט אחר: חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 15), התשמ"ב-1982. התיקון לחוק הוסיף את סעיף 237א. סעיף זה, הוא הסעיף שבמוקד העתירה, קבע כי קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי (להלן - שוטר צבאי) רשאי לתת, באישור קצין שיפוט אחר שדרגתו אינה למטה מדרגת סגן אלוף, פקודת מעצר על חייל לתקופה שלא תעלה על 15 ימים; אך הוא הורשה להאריך פעמיים את תקופת המעצר, באישור מראש ובכתב מאת פרקליט צבאי, כל פעם לתקופה של 10 ימים. תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של שוטר צבאי היתה, אם כן, 35 ימים.

הקיצור של תקופת המעצר המירבית בחוק החדש, לתקופה של 35 ימים לעומת תקופה של 60 ימים לפי החוק הקודם, היה, כדברי שר הבטחון דאז, אריאל שרון, "תיקון חשוב מאד והוא בא לתקן באמת עיוותים רבים שנתאפשרו לפי החוק הקודם". ראו דברי הכנסת התשמ"ב, 12.1.1982, עמ' 1058.

חברי הכנסת קיבלו את הקיצור המוצע של תקופת המעצר בברכה, והיו שהציעו לקצר את תקופת המעצר עוד יותר, מתוך התחשבות בתקופת המעצר הקצרה הרבה יותר (48 שעות, אותו זמן) בידי שוטר אזרחי. "הפרוצדורה" ציטט ח"כ שבח וייס, "היא המגנה כרטה של הנאשם". שם בעמ' 1061.

החוק המתקן משנת התשמ"ב 1982 - קיצר גם את תקופת המעצר מכוח פקודת מעצר של קצין שיפוט שאינו שוטר צבאי. הוא קבע (בנוסח חדש לסעיף 237) כי מעצר מכוח פקודה כזאת יהיה לתקופה שעד שבעה ימים, אך הוסיף שניתן להאריך תקופה זאת, באישור מראש ובכתב מאת פרקליט צבאי, בשמונה ימים נוספים. כלומר, תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של קצין שיפוט שאינו שוטר צבאי הועמדה מעכשיו על 15 ימים.

מה טעם מצא המחוקק להבחין בין שוטר צבאי, שהוסמך לעצור חייל לתקופה מירבית של 35 ימים, לבין קצין שיפוט שאינו שוטר צבאי, שהוסמך לעצור חייל לתקופה מירבית של 15 ימים בלבד? התשובה ניתנה בדברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 16), התשמ"ב 1982. וכך נאמר בהם (ה"ח 1562, התשמ"ב, 65):

"לצורך ההסדר החדש של קיצור תקופת המעצר שלפני המשפט, הסתבר כי יש צורך להבחין בין מעצר של המשטרה הצבאית, הקשור בחקירת עבירה פלילית, לבין מעצר של מפקד, הנעשה על רקע של הפרת משמעת.

הנסיון מראה שהמשטרה הצבאית נזקקת, בממוצע, לתקופה של עד שלושים וחמישה ימים על מנת לסיים את החקירה ואיסוף החומר ולהעביר לתביעה תיק מוכן כהלכה.

...

מפקד העוצר חייל בגין עבירה בעלת אופי משמעותי, להבדיל מפלילי, זקוק בדרך כלל לתקופה קצרה בהרבה כדי לבדוק את נסיבות המקרה, אם לדון את החייל בדין משמעותי או אם להעביר את הענין לפרקליט צבאי כדי לשקול העמדה לדין בפני בית דין צבאי.

מאידך, יש מקרים בהם המפקד המוסמך לדון את החייל בגין העבירה אינו נמצא באותו זמן במקום (למשל - אם העבירה בוצעה במחנה עורפי כשהיחידה נמצאת באימונים או בתעסוקה אחרת מחוץ למחנה), ועד שהוא מגיע ולומד את נסיבות הענין ומחליט לגביו - חולפים מספר ימים, ולעיתים אף שבוע ויותר".

10. עברו אחת עשרה שנים עד שסעיף 237א תוקן על ידי חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 23), התשנ"ג 1993-. בתיקון זה נקבע כי שוטר צבאי רשאי לתת פקודת מעצר לתקופה שלא תעלה על 10 ימים, והוא רשאי להאריכה, באישור מראש ובכתב של פרקליט צבאי, עד לתקופה מירבית של 25 ימים. משמע, תיקון זה קיצר את תקופת המעצר המירבית מכוח פקודה של שוטר צבאי: לפני התיקון - 35 ימים; לאחר התיקון - 25 ימים.

תיקון זה קיצר גם את תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של קצין שיפוט שאינו שוטר צבאי (לפי סעיף 234 לחוק): קודם לתיקון, התקופה היתה 15 ימים; התיקון קבע כי התקופה תהיה 7 ימים בלבד.

11. לאחר שלוש שנים תוקן סעיף 237א פעם נוספת על ידי חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32), התשנ"ו 1996-. תיקון זה קבע כי תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של שוטר צבאי תהיה 8 ימים. זאת ועוד. תיקון זה קבע גם כי מעצר מכוח פקודה של שוטר צבאי יובא לאישור פרקליט צבאי (שעה שקודם לכן קבע החוק כי המעצר יובא לאישור קצין שיפוט אחר בדרגת סגן אלוף ומעלה) תוך 96 שעות לאחר המעצר, ופרקליט זה רשאי לקצר את תקופת המעצר ואף לשחרר את החייל מן המעצר. אם לא הובאה פקודת המעצר לאישורו של פרקליט צבאי כאמור, ישוחרר החייל מן המעצר. עוד נקבע (בסעיף 237ב) כי אם סבר הפרקליט הצבאי כי יש צורך להאריך את המעצר מעבר ל-8 ימים, רשאי הוא להורות לתובע צבאי או לשוטר צבאי לפנות לבית דין צבאי מחוזי בבקשה להארכת המעצר.

תיקון זה הוסיף וקבע (בסעיף 8) כי בתום שנתיים מתחילתו של התיקון יקוצרו המועדים שנקבעו בו. ראשית, תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של שוטר צבאי תהיה "ארבעה ימים". שנית, פקודת המעצר תובא לאישור פרקליט צבאי תוך "ארבעים ושמונה שעות לאחר שנעצר". בהתאם לכך, מיום 26.7.1998 תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של שוטר צבאי היתה צריכה להיות "ארבעה ימים".

התיקון לא שינה את תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של קצין שיפוט שאינו שוטר צבאי: תקופת המעצר היתה ונשארה 7 ימים. עם זאת, התיקון קבע (בסעיף 236) כי תוקפה של פקודה כזאת יפקע בתום 96 שעות (ולאחר שנתיים מתחילתו של התיקון - בתום 48 שעות), ממועד נתינת הפקודה, אם הפקודה

לא נתאשרה על ידי קצין שיפוט אחר שדרגתו אינה למטה מדרגת סגן אלוף או אם לא הוגשה תלונה ולא נפתחו הליכי בדיקה או חקירה.

תוצאה מוזרה היא, בעקבות תיקון זה, שנתהפכו היוצרות: לפני תיקוני החוק משנת התשמ"ב1982- ומשנת התשנ"ג1993-, תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של שוטר צבאי היתה ארוכה הרבה יותר מאשר תקופת מעצר מכוח פקודת מעצר של קצין שיפוט שאינו שוטר צבאי; הטעם לכך היה, שמעצר על ידי שוטר צבאי דורש יותר זמן, לצורך חקירה, מאשר מעצר על ידי קצין שיפוט אחר; ואף-על-פי כן, מעכשיו, לפי התיקון משנת התשנ"ו1996-, תקופת המעצר המירבית מכוח פקודת מעצר של קצין שיפוט שאינו שוטר צבאי ארוכה כמעט כפליים מתקופת המעצר מכוח פקודת מעצר של שוטר צבאי. תוצאה מוזרה זאת צריכה בירור, ויש לקוות כי הבירור יעשה בהקדם, קודם כל על ידי הפרקליט הצבאי הראשי, ולאחר מכן על ידי שר הבטחון, הממונה על ביצוע חוק השיפוט הצבאי.

12. לבסוף, חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32) (תיקון), התשנ"ח1998-, תיקן את סעיף 237א פעם נוספת, וקבע כי תקופת המעצר המירבית לא תהיה "ארבעה ימים" אלא "96 שעות". תיקון זה, לפי דברי ההסבר להצעת החוק, נועד "למנוע אי-בהירות בכל הנוגע לחישוב משכה המדוייק של תקופת המעצר", שכן לפי הגדרת "יום" בסעיף 1 לחוק הפרשנות, התשמ"א1981-, יום נמנה מחצות הלילה ועד חצות הלילה שלאחריו. ראו דברי הסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32) (תיקון), התשנ"ח1998-, ה"ח 2735, התשנ"ח, עמ' 452.

תהא כוונת התיקון אשר תהא, בפועל תקופה של "96 שעות" היא בדרך כלל קצרה מתקופה של "ארבעה ימים". ראו סעיף 10(א) וסעיף 10(ג) לחוק הפרשנות, התשמ"א1981-. מכאן שתיקון זה הוא, מבחינתו של חייל שנעצר, תיקון מיטיב.

13. לאחר כל התיקונים האלה, סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, בנוסחו כיום, קובע לאמור:

"(א) על אף הוראות סעיף 234(א), רשאי קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי לתת פקודת מעצר על כל חייל, לתקופה שלא תעלה על 96 שעות; קצין שיפוט כאמור, שנתן פקודת מעצר לתקופה של פחות מ-96 שעות, רשאי להורות על הארכת המעצר לפרקי זמן נוספים, ובלבד שסך כל תקופות המעצר לא יעלה על 96 שעות.

(ב) נעצר חייל על פי פקודת מעצר, כאמור בסעיף קטן (א), יובא מעצר לאישור פרקליט צבאי תוך ארבעים ושמונה שעות לאחר שנעצר.

(ג) פרקליט צבאי רשאי לאשר את תקופת המעצר שנקבעה בפקודת המעצר, לקצרה או להורות על שחרורו של החייל ממעצר.

(ד) לא נתמלאו הוראות סעיף קטן (ב) ישוחרר החייל ממעצרו.

(ה) הוראות סעיף זה לא יחולו על פקודת מעצר שנתן שוטר צבאי בתוקף סמכותו כקצין שיפוט ביחידתו על חייל הנתון לפיקודו, אלא אם העבירה שבגינה נעצר החייל נבדקת בידי קצין בודק כאמור בסעיף 252(א)(3).

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

14. העותרים טוענים כי סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, בנוסחו כיום, מגביל את החירות, בניגוד לסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובשל כך הוא פסול ובטל. וכך קובע סעיף 5 לחוק-היסוד:

"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

לכאורה צודקים העותרים בטענה שסעיף 237א, כיוון שהוא נותן סמכות לעצור אדם, נוגד את סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם יש קושי בטענה זאת. כידוע, לפי סעיף 10 ("שמירת דינים") לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". מכאן, שחוק-היסוד אינו פוגע בתקפו של סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי בנוסח שקדם לחוק-היסוד, אף שסעיף זה הסמיך שוטר צבאי לעצור חייל לתקופה מירבית של 35 ימים.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עשוי, כמובן, לפגוע בתקפו של חוק שנחקק לאחר תחילתו של חוק-היסוד. אולם כל התיקונים לסעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, שנחקקו לאחר תחילתו של חוק-היסוד, צמצמו את תקופת המעצר המירבית. סעיף 237א, בנוסח שהיה קיים כאשר העתירות הוגשו, קבע כי תקופת המעצר המירבית תהיה 25 ימים. לאחר מכן, במהלך ההתדיינות, צמצם החוק תקופה זאת עוד שלוש פעמים: בפעם הראשונה - לתקופה של 8 ימים; בפעם השנייה - לתקופה של 4 ימים; בפעם השלישית - לתקופה של 96 שעות. כל אחד מתיקוני החוק צמצם את הסמכות להגביל את החירות. מבחינה מעשית, אם כן, החוק שקבע כי שוטר צבאי מוסמך להוציא פקודת מעצר לתקופה של 96 שעות בלבד, הוא חוק מיטיב ולא חוק פוגע. האם, אף-על-פי כן, מבחינה משפטית יש לומר כי סעיף 237א, בנוסחו כיום, מגביל את החירות בניגוד לסעיף 5 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

חוק מיטיב כחוק פוגע

15. האם חוק מיטיב, כלומר, חוק המצמצם את הפגיעה בזכות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יכול להיחשב כחוק הפוגע בזכות כזאת בניגוד לחוק-היסוד? השאלה היא, אם יש לבדוק את החוק המיטיב לאור החוק הקודם, שאז החוק המיטיב אינו פוגע בזכות אלא מקדם אותה, או שמא יש לבדוק את החוק המיטיב לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זו אף השאלה במקרה הנדון. אם חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32) (תיקון), התשנ"ח-1998 (להלן - החוק המתקן), שקיצר את תקופת המעצר המירבית עד 96 שעות, ייבדק לאור החוק הקודם, קל וחומר אם ייבדק לאור החוק שהיה קיים לפני שחוק-היסוד נחקק, אין בו כל פגיעה אלא, להיפך, צמצום הפגיעה בחירות האישית. אולם, אם החוק המתקן ייבדק לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש מקום לטענה כי מעצר חייל לתקופה של 96 שעות, עד שהוא מובא בפני בית דין צבאי, פוגע בחירות האישית בניגוד לחוק-היסוד. מהי, אם כן, הבדיקה הנכונה?

16. שאלה זאת טרם הוכרעה על ידי בית משפט זה. שאלה קרובה נדונה בפסק הדין הראשון, בו בית משפט זה פסק כי הוא מוסמך לפסול חוק חדש הסותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הלא הוא ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן - בנק המזרחי). בפסק דין זה נדונה שאלת החוקיות של חוק מתקן, שנחקק לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובית המשפט נזקק לטענה כי חוק חדש, המתקן חוק שנחקק לפני חוק-היסוד, משתלב בחוק המתקן ונעשה חלק מאותו חוק, ולפיכך אף הוא נהנה מן ההגנה המועננת לחוקים קודמים בסעיף 10 ("שמירת דינים") של חוק-היסוד. בית המשפט דחה טענה זאת. וכך אמר הנשיא (לשעבר) שמגר (בעמ' 263):

"מבחינת התכלית, ביקש חוק היסוד לשמר בשלב הנוכחי את הקיים; אך הוא לא פרס כנפי הגנה על החדש, שהרי אחרת היה מרוקן את חוק היסוד מתוכנו ומתכליתו. לו התקבל הכלל שלפיו יש לבחון את החוק החדש, מבחינת תחולתו של סעיף 10 כאחד עם הדין הקיים מלפני חקיקת חוק היסוד די היה בהלבשת כל חוק חדש בלבוש של תיקון לחוק קיים כדי לפוטרו מתחולת חוק היסוד..."

סוף דבר, תיקון חוק, ככל הוראת חוק, הוא דין נפרד וחדש, שהוראת אי התחולה אשר בסעיף 10 לחוק היסוד אינה ישימה לגביו.

אף מן הבחינה המעשית יש ליצור קווים מפרידים ברורים במקום להיגרר להבחנות מערפלות. נסיון לקבוע מהי מידת החידוש הענייני שבתיקון לחוק ומה השלכותיו המחודשות על המערך החקוק בכללותו, היה יוצר מערכת אין-סופית של התדיינות ופרשנויות. במקום זאת יש לקבוע תיחום פשוט, ברור וחד-משמעי, המושתת על מועד התיקון. קו פרשת המים הוא תאריך התחילה של חוק היסוד."

בפסק הדין בנק המזרחי בחן בית המשפט את החוקיות של חוק מתקן שלא היה חוק מיטיב: החוק המתקן באותו מקרה החמיר את הפגיעה בזכות הקניין. אולם הגיון הדברים, שנאמרו על ידי הנשיא שמגר באותו פסק דין, חל גם על חוק מתקן שהוא חוק מיטיב, כלומר, חוק מתקן המצמצם את הפגיעה שנגרמה לזכות יסוד על ידי החוק הקודם.

כאשר המחוקק חוקק את החוק המתקן, הוא היה מודע לחובה המוטלת עליו, על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא לפגוע בזכות היסוד בניגוד לחוק-היסוד. תפקידו של בית המשפט הוא לבדוק אם אכן החוק המתקן מקיים חובה זאת. משמע, על בית המשפט לבדוק את החוק המתקן לאור חוק-היסוד.

זאת ועוד. ההבחנה בין חוק מתקן שהוא חוק מיטיב לבין חוק מתקן שאינו חוק מיטיב עלולה להיות קשה מאד. לא פעם מעורבות בחוק המתקן, מקשה אחת, הוראות מיטיבות עם הוראות פוגעות, ולעיתים אותה הוראה עצמה היא, בעת ובעונה אחת, מיטיבה מבחינה מסויימת ופוגעת מבחינה אחרת, בלי שניתן יהיה להפריד בין זו לבין זו. הקשיים הכרוכים בנסיון לקבוע מהי הוראה מיטיבה בחוק המתקן, ומהי הוראה שאינה מיטיבה, עלולים לגרור התדיינות רבה ומורכבת ולפגוע בוודאות וביציבות. גם מטעם זה יש לומר שכל חוק מתקן, שנחקק לאחר חוק-היסוד, כפוף לביקורת על-פי חוק-היסוד, ואחת היא אם הוא חוק מיטיב ואם לאו.

זאת גם דעתו של הנשיא ברק, כפי שנתן לה ביטוי בספרו על פרשנות במשפט, כך שלישי: פרשנות

חוקתית (1994). וכך אמר (בעמ' 563):

"מתעוררת השאלה, אם אין מקום להציב דרישות מחמירות פחות - מזווית הראיה של פסקת ההגבלה - לענין חקיקה חדשה המתקנת חוק ישן. אכן, אם יוצבו הדרישות הרגילות של פסקת ההגבלה, עשויה החקיקה החדשה - המבקשת להיטיב עם זכויות האדם לעומת הדין הישן - להכשל בבחינה החוקתית. התוצאה אשר תתבקש היא חזרה לדין הישן, שפגיעתו בזכויות האדם קשה שבעתיים. מה הועילו, איפוא, חכמים בתקנתם? על-פי קו מחשבה זה, ראוי הוא לעצב פסקת הגבלה מיוחדת לחוק חדש המתקן חוק ישן. כנגד גישה זו ניתן לטעון, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע שתי פסקאות הגבלה - האחת לחוק חדש 'רגיל' והאחרת לחוק חדש המתקן חוק ישן - אלא פסקת הגבלה אחת בלבד. זאת ועוד: ההבחנה בין חוק חדש 'חדש' לבין חוק חדש המתקן חוק ישן היא קשה ועשויה להוות מקור לחוסר וודאות. לבסוף - וזה העיקר בעיני - אין זה ראוי לדלל את דרישותיה של פסקת ההגבלה. פסקה זו מציבה דרישות מינימום מסוימות בפני המחוקק, ומן הראוי הוא שדרישות אלה יופעלו לעניין כל דבר חקיקה חדש היוצא מבית מדרשו של המחוקק. פסילתה של חקיקה חדשה, המתקנת את הדין הישן, שכן הוראותיה אינן מקיימות את דרישותיה של פסקת ההגבלה, אינן היתר למחדל חקיקתי. מן הראוי שהם יהוו תמריץ לשינוי עמוק יותר, אשר יעלה בקנה אחד עם תנאיה של פסקת ההגבלה".

ראו גם א' ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו1996-), 5, 16, 25.

ראוי גם לציין שאף המשיבים, בסיכום הטענות שלהם, אינם חולקים על הסמכות של בית המשפט לבדוק את החוקיות של חוק מתקן, אפילו הוא חוק מיטיב, לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; אך הם מוסיפים שמן הראוי כי בית המשפט יפעיל סמכות זאת בריסון, רק במקרים קיצוניים במיוחד, כאשר החוק המיטיב עדיין פוגע בזכות יסוד פגיעה קשה ובלתי-נסבלת.

אני מוכן להסכים כי בית המשפט, שעה שהוא בודק את החוקיות של חוק לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ייחס משקל לעובדה שמדובר, אם מדובר, בחוק מיטיב. אך, כאמור, העובדה שמדובר בחוק מיטיב אינה מחסנת את החוק מפני ביקורת שיפוטית בהתאם לחוק-היסוד.

יש, אם כן, לבדוק עכשיו אם החוק המתקן, הקובע כי משך המעצר של חייל בידי שוטר צבאי יהיה עד 96 שעות, פוגע בחירות האישית באופן הסותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

החירות האישית

17. החירות האישית היא, מכוח סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות חוקתית. יתירה מזאת. החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקנין ובזכויות נוספות. ראו ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 153. כפי שנאמר בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין". רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין. משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד. אכן, שלילת החירות האישית, בדרך של מאסר, היא העונש הכבד ביותר שמדינה מתוקנת מטילה על עבריינים.

מעצר בידי רשות מינהלית, כגון שוטר, הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית. מעצר כזה, להבדיל ממאסר, אינו מוטל על ידי בית המשפט, לאחר הליך שיפוטי, כעונש על ביצוע עבירה. הוא מוטל

על ידי רשות מינהלית, על אדם שהוא עדיין בחזקת חף מפשע, על יסוד חשד בלבד. ראו, לדוגמה, בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 144.

מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות. בהתאם לכך, יכול להיות הבדל, לדוגמה, בין רמת ההגנה על החירות האישית לבין רמת ההגנה על זכות הקניין, כשם שיכול להיות הבדל ברמת ההגנה בין מקרה של שלילה מוחלטת של החירות לבין מקרה של פגיעה מוגבלת בחירות.

המסקנה היא, שהחירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת מפני פגיעה בדרך של מעצר בידי רשות מינהלית. כזאת היא הפגיעה הנגרמת לחייל הנעצר בידי שוטר צבאי, מכוח סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, לתקופה של 96 שעות.

עם זאת, כידוע, לא כל פגיעה בחירות האישית עומדת בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. החירות האישית, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. ניתן להגביל את החירות האישית, ובנסיבות מסויימות אף צריך להגביל אותה, כדי להגן על זכויות אחרות או על אינטרס ציבורי. חוק-היסוד מכיר בצורך זה והוא קובע תנאים לצורך זה. תנאים אלה נקבעו בפיסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. לפיכך השאלה בכל מקרה של פגיעה בחירות האישית היא, אם הפגיעה עומדת בתנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה. פסקה זאת היא קו ההגנה על זכויות היסוד, לרבות החירות האישית. בית המשפט נחלץ להגן על החירות האישית מפני חוק פוגע, רק כאשר החוק פורץ את קו ההגנה שהוצב בפיסקת ההגבלה.

פיסקת ההגבלה: הפיסקה הכללית והפיסקה הביטחונית

18. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע את פסקת ההגבלה הכללית בלשון זאת:

"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 מכוח הסמכה מפורשת בו".

אולם חוק-היסוד מוסיף, מיד לאחר פסקת ההגבלה הכללית, פסקת הגבלה מיוחדת לכוחות

הבטחון. פסקה זאת (תחת הכותרת "סייג לגבי כוחות הבטחון") נקבעה בסעיף 9 לחוק-היסוד, לאמור:

"אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

ברור כי סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, כיוון שהוא מגביל את החירות האישית של חיילים, כפוף גם לפיסקת ההגבלה הבטחונית, כפי שנקבעה בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

19. מה נשתנתה פיסקת ההגבלה הבטחונית, שבסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מפיסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 8 לחוק-יסוד זה?

אין ספק כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עושה את זכויות היסוד לזכויות חוקתיות של כל אדם, ופיסקת ההגבלה הבטחונית, כשהיא לעצמה, לא נתכוונה לצמצם את זכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון. כדברי הנשיא ברק בבש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686, 688:

"אין מחלוקת כי זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד הן גם זכויותיו של החייל. המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות. זכויות האדם הן גם זכויות החייל כאדם".

20. מהי, אם כן, התכלית המיוחדת של פיסקת ההגבלה הבטחונית? פיסקת ההגבלה הבטחונית, לפי לשונה, קובעת תנאים מיוחדים לפגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון, שונים מן התנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה הכללית לפגיעה בזכויות היסוד של אחרים. מה הם תנאים אלה?

ראשית, פיסקת ההגבלה הבטחונית נועדה לאפשר פגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון באמצעות חקיקת-משנה, למשל, פקודות הצבא. הכיצד? הנוסח המקורי של סעיף 8 לחוק-היסוד לא איפשר פגיעה בזכויות היסוד אלא "בחוק", ורק תיקון של סעיף זה, משנת התשנ"ד-1994, איפשר לפגוע בזכויות היסוד גם "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". להבדיל מסעיף 8, סעיף 9 איפשר מלכתחילה לפגוע בזכויות היסוד גם "לפי חוק", כלומר, באמצעות חקיקת-משנה. ראו סעיף 9 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. ראו גם י' קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כח", משפט וממשל א

(תשנ"ג) 372, 323; א' גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'", משפט וממשל ד' (תשנ"ח) 381, 402-401.

כיום קיים עדיין הבדל לשוני בין סעיף 8 לבין סעיף 9 בנוגע לאפשרות של פגיעה בזכויות היסוד באמצעות חקיקת-משנה: סעיף 8 מאפשר פגיעה כזאת רק "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו", ואילו סעיף 9 מאפשר פגיעה "לפי חוק", ולא יותר. האם זהו גם הבדל מהותי? בית המשפט עדיין לא פסק בשאלה זאת. במקרה הנדון אין צורך לפסוק בשאלה זאת, שכן הפגיעה בחירות האישית, מכוח הסמכות לעצור חייל, נקבעה בחוק עצמו ולא בחקיקת-משנה.

21. קיימים הבדלים לשוניים נוספים בין סעיף 8 לבין סעיף 9 לחוק-היסוד. ההבדל הבולט ביותר הוא, בסעיף 9, להבדיל מסעיף 8, אינו קובע, כתנאי לפגיעה בזכות, שהחוק הפוגע יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" וכי הוא יהיה "נועד לתכלית ראויה". האם פירוש הדבר שאפשר כי חוק הפוגע בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון, או חקיקת-משנה "לפי חוק", יהיו נוגדים את ערכיה של מדינת ישראל או שיהיו מיועדים לתכלית בלתי-ראויה? לשון החוק צריכה להתפרש לפי תכלית החוק. לפי התכלית של חוק-היסוד, הדעת אינה סובלת פירוש כזה, שהרי הוא עלול לסכל את התכלית של חוק-היסוד, כלומר, שזכויות היסוד יהיו זכויות חוקתיות של כל אדם, ובכלל זה, כמובן, גם אדם המשרת בכוחות הבטחון. הוא אינו מתיישב עם סעיף 1 לחוק-היסוד, הקובע כי זכויות היסוד של האדם בישראל - כל אדם - "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". הוא אף אינו מתיישב עם סעיף 2 לחוק-היסוד, הקובע כי מטרתו לעגן "את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". לכן יש לומר, כפרשנות תכליתית של סעיף 9 לחוק-היסוד, כי חוק אינו יכול לפגוע בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון אלא אם הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה. קל וחומר חקיקת-משנה. אם חוק או חקיקת משנה פוגעים בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון בניגוד לערכיה של מדינת ישראל, או לתכלית בלתי-ראויה, אפשר גם לומר עליהם כי הם פוגעים בזכויות אלה במידה ש"עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות", בניגוד ללשונו של סעיף 9 לחוק-היסוד.

ראו א' בנדור, "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד", משפט וממשל ב (תשנ"ה) 443, 450.

22. כיוון שכך, מתעוררת השאלה אם סעיף 237 לחוק השיפוט הצבאי, המסמיך שוטר צבאי לעצור חייל לתקופה של 96 שעות, עד שהוא מובא בפני שופט, עומד במבחן הערכים של מדינת ישראל ובמבחן התכלית הראויה. התשובה היא, שמעצר של חשוד בביצוע עבירה מוכר ומקובל בכל העולם כאמצעי הכרחי, במקרים

מסויימים, לצורך הגנה על שלום הציבור. שלום הציבור הוא אחד מערכי היסוד של המדינה, וההגנה על שלום הציבור היא תכלית ראויה. כך לגבי מעצר של אדם שאינו משרת בכוחות הבטחון בידי שוטר אזרחי, וכך גם לגבי מעצר של חייל בידי שוטר צבאי. המעצר של חייל עשוי גם לשרת את התכלית של שמירה על המשמעת הנדרשת בצבא, ואף זו תכלית ראויה. לא זו בלבד. אפשר לומר כי התיקונים שנעשו בסעיף 237א, לאחר שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק, עומדים במבחן הערכים ובמבחן התכלית גם משום שהם באו לקצר את תקופת המעצר ובדרך זאת לצמצם את הפגיעה בחירות האישית. המסקנה היא, אם כן, שמבחינת הערכים והתכלית אין פגם בסעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי.

אכן, הטענה של העותרים אינה מכוונת נגד עצם הסמכות של שוטר צבאי לעצור חייל, אלא נגד תקופת המעצר מכוח פקודה של השוטר. העותרים טוענים כי מעצר מכוח פקודה כזאת למשך 96 שעות, עד שהחייל משוחרר מן המעצר או מובא בפני שופט להארכת המעצר, הוא ארוך יתר על המידה. לפיכך, לטענתם, הוא פוגע בחירות האישית בניגוד למבחן המידתיות, כפי שנקבע בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

23. יש הבדל, מבחינת הלשון, בין מבחן המידתיות שנקבע בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פיסקת ההגבלה הבטחונית) לבין מבחן המידתיות שנקבע בסעיף 8 לחוק-היסוד (פיסקת ההגבלה הכללית). סעיף 8 דורש כי החוק המגביל לא יפגע בזכויות היסוד אלא "במידה שאינה עולה על הנדרש"; סעיף 9, לעומתו, דורש כי החוק המגביל לא יפגע בזכויות היסוד אלא "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". מה נובע מן ההבדל בלשון?

מבחן המידתיות הוא מבחן גמיש. השאלה מהי "המידה הנדרשת" של פגיעה בזכות תלויה בכל עניין ומקרה בהקשר של העניין והמקרה, יהיה זה הקשר של מקום או זמן, מעמד או תפקיד, וכיוצא באלה. בהקשר שונה המידתיות שונה: המידה הנדרשת בהקשר אחד אינה בהכרח המידה הנדרשת בהקשר אחר. כך, לדוגמה, לגבי אסירים. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע מבחן מיוחד למידתיות הפגיעה בזכויות האסיר. משמע, הפגיעה בזכויות האסיר כפופה למבחן המידתיות הכללי. אף-על-פי כן, ברור כי מידתיות הפגיעה בזכויות האסיר, כגון חופש הביטוי או צנעת הפרט, נמדדת לאור ההקשר של בית הסוהר, ובעיקר המהות והאופי של מעמד האסיר. ראו, לדוגמה, עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136. כך גם לגבי אדם המצוי במעמד אחר. בהתאם לכך, ברור כי גם מידתיות הפגיעה בזכויות של אדם המשרת בכוחות הבטחון מושפעת מן המהות והאופי של השירות. משמע, מבחן המידתיות הכללי, כפי שנקבע בסעיף 8 לחוק-היסוד, צריך היה לחול על המשרתים בכוחות הבטחון בהתחשב במהות ובאופי של השירות, גם לולא נאמר הדבר במפורש בסעיף 9 לחוק-היסוד. סעיף 9 לחוק-היסוד אינו אומר, אם כן, אלא את המובן מאליו. עם זאת, יש בו

כדי להבהיר את המצב ולסלק כל ספק: מידתיות הפגיעה בזכויות של המשרתים בכוחות הבטחון תלוייה במהות ובאופי של השירות, ולפיכך היא עשויה להיות שונה ממידתיות הפגיעה באדם שאינו משרת בכוחות הבטחון. יתירה מזאת. המידתיות עשויה להיות שונה משירות לשירות אפילו בקרב כוחות הבטחון. למשל, המידתיות לגבי פגיעה באדם המשרת בצבא עשויה להיות שונה מן המידתיות לגבי פגיעה באדם המשרת בשירות בתי הסוהר. כדברי הנשיא ברק בבש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686, 689:

"למסגרת הצבאית ייחוד משלה. ייחוד זה מצדיק הכרה באפשרות ההגבלה על זכויות האדם של החייל שהינה מקיפה יותר מזו החלה על האדם שאינו חייל... השאלה תהיה, אם הפגיעה בזכויות האדם של החייל היא מידתית בהתחשב במהות ובאופי השירות הצבאי. בעניין זה יש להתחשב בייחודו של השירות הצבאי לאור מטרת הצבא. יהיה מקום ללמוד מהמשפט המשווה, שמתעוררות בו בעיות דומות. עם זאת, יהיה מקום לתת ביטוי לייחודו של הצבא בישראל, שהוא צבא העם המגן על המדינה מפני סכנות של ממש האורבות לה יום יום".

ראו גם בג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט(5) 64, 73, 75.

השאלה העיקרית העומדת להכרעה בעתירות אלה היא, אם כן, אם הסמכות שהוענקה בחוק לשוטרי צבאי לעצור חייל, עומדת במבחן המידתיות בהתחשב במהות ובאופי של השירות הצבאי. האם אפשר לקצר את תקופת המעצר בלי לפגוע בתכלית המעצר?

נטל ההוכחה

24. התשובה לשאלת המידתיות תלוייה במידה רבה בראיות. האם הוכח לבית המשפט, בראיות כדין, כי אפשר לקצר את תקופת המעצר, ובדרך זאת לצמצם את הפגיעה בחירות האישית, בלי לפגוע בתכלית המעצר? כדי להשיב על שאלה זאת יש לברר תחילה על מי מוטל נטל ההוכחה בשאלת המידתיות: על העותרים או על המשיבים?

השאלה של נטל ההוכחה בשאלת המידתיות, אף כי עלתה לדיון, טרם הוכרעה על ידי בית המשפט. הדעות בשאלה זאת נחלקו בין השופטים. חילוקי הדעות באו לידי ביטוי בפסק הדין שניתן במשפט בנק המזרחי (לעיל פסקה 16). בפסק הדין הבחינו השופטים בין שני הנטלים הנכללים בנטל ההוכחה: הנטל העיקרי, הוא נטל השכנוע; והנטל המשני, הוא נטל הבאת הראיות. על נטלים אלה ראו י' קדמי, על הראיות (מהדורה

משולבת ומעודכנת, 1999), חלק שלישי, עמ' 1217 ואילך ועמ' 1273 ואילך. לפי דעה אחת, מבין הדעות שהובעו במשפט בנק המזרחי, נטל השכנוע עובר מצד לצד לפי שלב ההתדיינות. בשלב ההתדיינות הראשון, השאלה היא, אם החוק הנדון פוגע בזכות חוקתית. בשלב זה החוק נהנה מחזקת חוקתיות. לכן נטל השכנוע כי החוק פוגע בזכות חוקתית מוטל על מי שטוען כי החוק פוגע בזכות, כלומר, בדרך כלל על אותו אדם או גוף שנפגע מן החוק. בשלב השני, השאלה היא, אם הפגיעה בזכות החוקתית נעשתה כדין, כלומר, בהתאם לפסיקת ההגבלה: בחוק או לפי חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובאופן מידתי. בשלב זה נטל השכנוע כי הפגיעה נעשתה כדין מוטל על מי שטוען לחוקתיות הפגיעה, כלומר, בדרך כלל על הרשות המינהלית הפועלת מכוח החוק. ראו השופט ברק, שם, בעמ' 428-429; השופט ד' לוי, שם בעמ' 458-459. לפי דעה נוגדת, כל חוק נהנה בכל שלב של ההתדיינות מחזקת החוקתיות, ולפיכך מי שטוען אחרת עליו נטל השכנוע בשני השלבים. ראו השופט א' גולדברג, שם בעמ' 577; השופט ג' בר, שם בעמ' 586. דעה אחרת, הנוקטת עמדת ביניים, מפצלת את נטל ההוכחה בשלב השני. לפי דעה זאת, נטל השכנוע בשלב השני מוטל על הטוען לחוקתיות החוק, כלומר, בדרך כלל על הרשות המינהלית הפועלת מכוח החוק; אולם, בשאלת המידתיות נטל הבאת הראיות מוטל על מי שטוען כי הפגיעה אינה מידתית, כלומר, עליו להביא ראיות כי קיימות דרכים מתונות יותר לפגיעה בזכות. ראו הנשיא שמגר, שם בעמ' 348; השופט מצא, שם בעמ' 578-579. ראו גם דעה דומה של השופט חשין בעמ' 570. אך, בסופו של יום, המחלוקת שנתגלעה בין השופטים במשפט בנק המזרחי נשארה ללא הכרעה.

במאמר מוסגר אעיר, שספק בעיני אם ההלכה בעניין נטל ההוכחה, שהורתה ותחולתה בתחום המשפט הפלילי ובתחום המשפט האזרחי, חלה באותה מתכונת גם בתחום המשפט הציבורי. אכן, גם בתחום המשפט הציבורי, כמו בתחום המשפט האזרחי, חל הכלל הקובע כי המוציא מחברו עליו הראיה. לכן, בשלב הראשון של ההתדיינות בתחום המשפט הציבורי, מוטל על העותר הטוען נגד החוקיות של חוק, תקנה או החלטה מינהלית, הנטל לעורר ספק מהותי בחוקיות. אולם, משעורר העותר ספק כזה (בין אם הוצא צו על-תנאי ובין אם לא הוצא צו כזה) שוב אין בית המשפט חייב להסתפק בראיות שהובאו בפניו על ידי העותר. למשל, אם העותר הצליח לעורר ספק מהותי בחוקיות השיקולים של הרשות או בסבירות של החלטה, אך לא הצליח להביא די ראיות כדי שבית המשפט יוכל לקבוע בפסקנות אם החלטה חוקית או אינה חוקית, בית המשפט אינו חייב לדחות את העתירה בשל חוסר ראיות. הוא רשאי לנקוט יוזמה ולדרוש מן הרשות להשיב על שאלות מסויימות או להביא בפניו ראיות נוספות כפי שיקבע: תצהירים, מסמכים, ועוד. זהו אחד ההבדלים בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי והליך אזרחי. הבדל זה נובע, ראשית, ממהותו של ההליך המינהלי: הליך זה עוסק בהחלטה שנתקבלה על ידי הרשות מטעם הציבור ולמען הציבור, ולכן יש לציבור זכות עקרונית לדעת את העובדות והטעמים שביסוד החלטה. שנית, הבדל זה נובע גם מן העקרון של שלטון החוק: בהליך מינהלי בית

המשפט אמור, לא רק להכריע בסכסוך בין שני צדדים, אלא גם לשמור על העקרון של שלטון החוק. על פי עקרון זה, אם נתעורר ספק מהותי בחוקיות של החלטה מינהלית, ראוי לברר ספק זה, כדי שלא תישאר החלטה בלתי-חוקית על כנה. מכאן נובע גם הבדל בשאלת נטל ההוכחה בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי או הליך אזרחי. בהליך מינהלי, יותר מאשר בהליך פלילי או בהליך אזרחי, בית המשפט עשוי לפעול לחיזוק תשתית הראיות, לפי הצורך, עד שיוכל להכריע לגוף העניין בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. משום כך, בהליך מינהלי, לאחר שבתחילת ההליך התעורר ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית, בדרך כלל לא מתעוררת יותר, בהמשך ההליך, השאלה של נטל ההוכחה.

אך לא תמיד כך. לעתים תשתית הראיות נשארת, גם בסופו של הליך, רופפת עד כדי כך שבית המשפט אינו יכול לבסס עליה ממצאים כפי שנדרש לצורך הכרעה בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. במצב כזה אפשר שבית המשפט יהיה נאלץ להכריע בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית, לא לגוף העניין, אלא על יסוד הכרעה בשאלה של נטל ההוכחה. אולם ההכרעה בשאלה זאת, אף היא עשויה להיות מושפעת מן המהות המיוחדת של ההליך המינהלי. היא עשויה להיות מושפעת משיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של חוק וחזקת החוקיות של החלטה מינהלית, החשיבות של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בזכות, יעילות המינהל ואינטרסים ציבוריים אחרים. המשקל היחסי הניתן לשיקולים עשוי לקבוע אם נטל ההוכחה יישאר מוטל על העותר, המוציא מן הרשות, או שהוא יעבור אל הרשות. ייתכן כי זהו גם הסבר, ולו רק הסבר חלקי, לחילוקי הדעות בשאלה של נטל ההוכחה שנתגלעו בין השופטים במשפט בנק המזרחי.

מכל מקום, במשפט זה, כמו במשפט בנק המזרחי, אפשר להשאיר את המחלוקת בדבר נטל ההוכחה ללא הכרעה. לכן שאיר אותה בצריך עיון. כך הדבר משום שבפועל, לאחר שהוצא צו על-תנאי, ולאחר מכן בעקבות בקשה של בית המשפט, הביאו המשיבים בפני בית המשפט את מלוא הראיות, גם בשאלת המידתיות. הראיות שהובאו בפני בית המשפט די בהן כדי שבית המשפט יוכל לפסוק בשאלת המידתיות של הוראת החוק המסמיכה שוטר צבאי לעצור חייל לתקופה של 96 שעות, בלי להכריע בשאלה של נטל ההוכחה. כדברי השופט זוסמן בע"א 88/53 קפלן נ' רוזנצווייג, פ"ד ט 1296, 1301: "אם מאפשר חומר הראיות לשופט לקבוע ממצא עובדתי, אין זה חשוב כלל מי מבעלי הדין נושא בנטל ההוכחות".

האם לאור הראיות, הוראת החוק המסמיכה שוטר צבאי לעצור חייל לתקופה של 96 שעות עומדת במבחן המידתיות? שאלה מקדמית היא, מה קובע מבחן המידתיות.

מבחן המידתיות

25. התשובה לשאלה מה קובע מבחן המידתיות ניתנה על ידי בית המשפט, במהלך השנים האחרונות, בפסקי דין אחדים. לאחרונה חזר בית המשפט על התשובה בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367. בפסק דין זה החליט בית המשפט לפסול הוראה מסויימת בחוק חדש בשל פגיעה בלתי-מידתית בחופש העיסוק ולהצהיר, בהתאם לכך, שהוראה זאת בטלה. לצורך ההחלטה הציג בית המשפט את מבחן המידתיות. מבחן זה, כפי שבית המשפט קבע, מתחלק לשלושה מבחני-משנה. ואלה הם, בלשונו של הנשיא ברק (בעמ' 385), מבחני-המשנה:

"מבחן המשנה הראשון, הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי. אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית - ובענייננו, הפוגע בחופש העיסוק - הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי החקיקתי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה החקיקתית...; מבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית - ולענייננו הפוגע בחופש העיסוק - הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר... האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. 'על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם'... 'אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה'... . מבחן המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). האמצעי הנבחר אפילו מתאים הוא (רציונלית) להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית... זהו מבחן הבוחן את התוצאה של החקיקה, והאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. אם השימוש באמצעי החקיקתי גורם לפגיעה חמורה בזכות האדם, ואילו התועלת הצפויה ממנו לציבור היא מזערית, כי אז אפשר שהחקיקה חורגת מהמידה הדרושה (במובנה הצר)".

26. מבין מבחני-המשנה למבחן המידתיות, הדיון בעתירה זאת התמקד במבחן-המשנה השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. העותרים אינם טוענים כי מעצר בידי שוטר צבאי לתקופה מירבית של 96 שעות, עד שהחייל משתחרר מן המעצר או מובא בפני שופט, סותר את מבחן-המשנה הראשון, הוא מבחן האמצעי המתאים, או את מבחן-המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי. אולם הם טוענים כי מעצר של חייל בידי שוטר צבאי לתקופה של 96 שעות אינו מתיישב עם מבחן-המשנה השני, הוא מבחן האמצעי המתון. לטענתם, מעצר כזה פוגע בחירות האישית מעל המידה הנדרשת, שכן אפשר וראוי לקצר את תקופת המעצר בלי לפגוע בתכלית המעצר.

27. מהי, אם כן, המידה הנדרשת לגבי תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי? העותרים טוענים כי המידה הנדרשת לגבי תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי היא המידה הקיימת לגבי תקופת המעצר של כל אדם, בין חייל ובין שאינו חייל, בידי שוטר אזרחי. תקופת המעצר של אדם בידי שוטר אזרחי נקבעה בשעתו בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט 1969- (להלן - פקודת מעצר וחיפוש). סעיף 16 לפקודה זאת הקנה סמכות לשוטר אזרחי לעצור אדם לתקופה מירבית של 48 שעות, עד שהוא משוחרר מן המעצר או מובא בפני שופט לדין בבקשה להארכת המעצר. סמכות זאת היתה קיימת במשך שנים רבות. היא היתה קיימת גם בזמן שעתירות אלה הוגשו לבית המשפט. העותרים טענו כי אין הצדקה להבדיל, לגבי תקופת המעצר המירבית, בין סמכות המעצר של שוטר אזרחי לבין סמכות המעצר של שוטר צבאי. לטענתם, סמכות המעצר של שוטר אזרחי, כלומר מעצר לתקופה של 48 שעות, קובעת את המידה הנדרשת לפגיעה בחירות האישית גם לגבי סמכות המעצר של שוטר צבאי. המהות והאופי של השירות הצבאי אינם מצדיקים מעצר בידי שוטר צבאי לתקופה ארוכה יותר. מעצר בידי שוטר צבאי לתקופה של 48 שעות פוגע בחירות האישית של החייל, אך הוא פוגע במידה הנדרשת; מעצר לתקופה ארוכה יותר, פוגע בחירות האישית במידה העולה על הנדרש. מכאן שהחוק המקנה לשוטר צבאי סמכות לעצור חייל לתקופה ארוכה יותר מ-48 שעות, בהיותו פוגע בחירות האישית במידה העולה על הנדרש, פסול ובטל.

28. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו 1996- (להלן - חוק סמכויות אכיפה), ביטל (בסעיף 42) את סעיף 16 לפקודת מעצר וחיפוש, וקיצר את תקופת המעצר בידי שוטר אזרחי. סעיף 29(א) לחוק זה קובע כי "מי שנעצר בידי הקצין הממונה לפי סעיף 27 יובא בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-24 שעות, בפני שופט". הטעם לקיצור תקופת המעצר ניתן בדברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה 1995- (ה"ח 2366, התשנ"ה, 306 בעמ' 316), כדלקמן: "כל זאת במגמה להגן על זכויות האדם, להבטיח שאדם נעצר רק כשהמעצר הוא צעד הכרחי ולהעניק לבית המשפט סמכות בקרה על פעולות החקירה שבוצעו עד להבאתו של העצור בפניו".

לפי סעיף 1(ג) לחוק סמכויות אכיפה, הוראות חוק זה יחולו על מעצר לפי כל חוק, אלא אם כן נקבעו בחוק הוראות אחרות. כדי להסיר ספק, בא חוק סמכויות אכיפה והוסיף (בסעיף 44) הוראה לחוק השיפוט הצבאי (סעיף 243ג), ממנה יוצא כי ההוראה הקובעת שמעצר בידי שוטר אזרחי לא יעלה על 24 שעות, אינה חלה על מעצר בידי שוטר צבאי לפי חוק השיפוט הצבאי.

29. קיצור תקופת המעצר בידי שוטר אזרחי, על פי חוק סמכויות אכיפה, מתקופה של 48 שעות לתקופה של 24 שעות, לא שינה את עמדת העותר בבג"ץ 6055/95. לאחר שחוק סמכויות אכיפה נחקק, הגיש העותר עתירה מתוקנת (ביום 26.6.96), אך גם בה נטען כי התקופה הראויה למעצר חיילים, באופן התואם את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא תקופה של 48 שעות. אף לאחר מכן הודיע העותר (ביום 11.3.98) כי אין הוא מבקש לקצר את תקופת המעצר אלא לתקופה של 48 שעות. הדעת נותנת כי העותר היה סבור שהמהות והאופי של השירות הצבאי מצדיקים מעצר חייל לתקופה של 48 שעות, גם אם שוטר אזרחי אינו מוסמך לעצור אדם אלא לתקופה של 24 שעות, או שהוא היה סבור כי דרושה תקופת הסתגלות עד שהצבא יתארגן לתקופת מעצר של 24 שעות, ולפיכך הוא מוכן להסתפק, בשלב זה, בתקופת מעצר של 48 שעות.

30. לעומת זאת, העותרים בבג"ץ 7083/95 ביקשו בעתירה מתוקנת (שהוגשה ביום 2.7.96) להגביל את המעצר של חיילים לתקופה מירבית של 24 שעות. וכך אמרו העותרים, בתגובה להודעת המשיבים: "העותרים שבים ומבקשים מבית המשפט הנכבד לקבוע, כי תקופת מעצר העולה על 24 שעות ללא דיון בפני שופט אינה חוקתית. אף אם יקבע בית המשפט הנכבד, כי הסטנדרט החוקתי המינימלי הוא 48 שעות, עקרון התחולה השווה של זכויות היסוד מחייב תקופת מעצר שאינה עולה על 24 שעות".

אולם, בעניין זה, טעות היא בידי העותרים. עקרון התחולה השווה של זכויות היסוד חל על מצבים שווים. המצב של חייל, בנוגע לחירות האישית, אינו שווה למצב של מי שאינו חייל. בית משפט זה נתן לכך ביטוי בפסקי דין אחדים. ראו, לדוגמה, בג"ץ 405/74 בר-עד נ' מדר, פ"ד (1) 54, 56; בג"ץ 243/80 מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לה (1) 67, 72; בג"ץ 118/80 גרינשטיין נ' פרקליט צבאי ראשי, פ"ד לה (1) 239, 243; בג"ץ 695/88 אדלר נ' בית הדין הצבאי לערעורים; פ"ד (2) 185; בג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפרקליט הצבאי, פ"ד (5) 64, 72-74. גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נתן לכך ביטוי כאשר קבע בסעיף 9 (פיסקת ההגבלה הבטחונית) כי מותר לפגוע בזכויות היסוד של אלה המשרתים בכוחות הבטחון במידה הנדרשת "ממהותו ומאופיו של השירות".

לכן, השאלה הקובעת בעתירות אלה אינה שאלת השוויון בנוגע לתקופת המעצר בין חייל לבין מי שאינו חייל, אלא השאלה אם מעצר של חייל לתקופה של 96 שעות פוגע בחירות האישית במידה העולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.

המידתיות הראויה במעצר חיילים

31. שאלת המידתיות היא מסוג השאלות שאין להן תשובה מדוייקת. מה היא הנקודה בה הפגיעה בחירות האישית של חייל עוברת את המידה הנדרשת? המידתיות אינה ניתנת למדידה. וכי כיצד ניתן למדוד, בנתונים כמותיים, את שעור הנזק הנגרם לחייל כתוצאה ממעצר או פגיעה אחרת בחירות האישית? אין מכשיר או נוסחה שיוכלו למדוד את העוצמה או המשקל של הפגיעה הנובעת משלילת החירות האישית על ידי מעצר למשך שעה או למשך יום. אין גם מכשיר או נוסחה שיוכלו למדוד את הרווח או התועלת מצמצום הפגיעה בחירות האישית על ידי קיצור המעצר בשעה או ביום. כמו כן, בדרך כלל גם אין דרך למדוד באופן מדוייק את המחיר הנדרש, בין מחיר כלכלי ובין מחיר חברתי, כדי לצמצם את הפגיעה בזכות. לדוגמה, מה המחיר הכלכלי והחברתי הכרוך בקיצור המעצר בידי שוטר אזרחי מתקופה של 48 שעות לתקופה של 24 שעות? דומה שלא ניתן לנקוב את המחיר אפילו במונחים של כסף וכוח-אדם. ודאי שלא ניתן לנקוב את המחיר במונחים של סדר ציבורי ומניעת עבריינות.

אכן, זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים אינם כתפוחי אדמה, שניתן לשקול אותם על כפות המאזניים, אלא כנגד אלה, ולראות בעין מה מכריע את הכף. עם זאת, כיוון שאי-אפשר לשקול, צריך להעריך. צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, כדי להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם ושל אינטרסים ציבוריים מזה. האיזון הראוי ביניהם הוא שקובע את המידתיות. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש.

אפשר אולי לדמות את היחס בין הזכות והאינטרס הציבורי מצד אחד לבין המידתיות מצד שני למשוואה. אולם, להבדיל ממשוואה מתמטית, הערך של כל איבר במשוואה כזאת אינו מדויק, ומכל מקום אינו מדיד. הערך נקבע על פי הערכה. ועל הערכה אפשר להתווכח. אפשר גם לחלוק. עם זאת, גם כאשר הערכה נותרת שנוייה במחלוקת, דרושה הכרעה. ההכרעה צריכה להתקבל על ידי בית המשפט. זה התפקיד וזו הסמכות של בית המשפט. זו גם המיומנות של בית המשפט. בית המשפט רגיל, בהקשרים שונים, להעריך את המשקל היחסי של זכויות ואינטרסים מתמודדים, על יסוד תשתית של נתונים ושיקולים שהונחה בפניו, ובדרך זאת להגיע אל האיזון הראוי.

כך בדרך כלל, וכך גם לגבי המידתיות. אין דרך אחרת, אלא הערכה על יסוד נתונים ושיקולים, כדי לקבוע אם פגיעה מסויימת בזכות מסויימת עולה על המידה הנדרשת. בדרך זאת יש ללכת גם כדי לקבוע אם מעצר של חייל בידי שוטר צבאי לתקופה של 96 שעות יש בו פגיעה בחירות האישית העולה על המידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.

32. המשיבים מכירים, כמובן, בחשיבות המיוחדת הנודעת לחירות האישית, של חייל כמו של כל אדם, והם אינם חולקים על כך שראוי לצמצם את הפגיעה בחירות האישית של חיילים ככל שניתן, בהתחשב במהותו ובאופיו של השירות הצבאי. הם מצביעים, ברוח זאת, על הקיצור המרשים של תקופת המעצר בידי שוטר צבאי, שהתבצע באופן הדרגתי, מתקופה מירבית של שני חודשים שנקבעה בנוסח המקורי של חוק השיפוט הצבאי. עוד לפני שנים אחדות, כאשר עתירות אלה הוגשו לבית המשפט, עדיין איפשר החוק, לאחר שתוקן, מעצר בידי שוטר צבאי לתקופה מירבית של 25 ימים. גם תקופה זאת נראתה בעיני המשיבים ארוכה יתר על המידה. לכן, כבר לפני הגשת העתירות החל הצבא לבדוק, ביזמתו, אפשרות לקצר עוד יותר את תקופת המעצר. יתירה מזאת. אף כיום, שתקופת המעצר המירבית בידי שוטר צבאי עומדת על 96 שעות, סבורים המשיבים כי ראוי ואפשר להוסיף ולקצר את התקופה. וכך נאמר לעניין זה בפרק הסיכום של הסיכומים בכתב שהוגשו לבית המשפט מטעם המשיבים:

"רשויות הצבא ערות לכך שיש להוסיף ולפעול לקיצור תקופות המעצר המירביות של חיילים בטרם יובאו בפני שופט צבאי. המשיבים פעלו לתיקון של החוק בהדרגה, ועל בסיסה של התנסות, מתוך מגמה שבסופו של תהליך תדמה תקופת המעצר כאמור, ככל שניתן, לזו הנהוגה ביחס למעצרים של אזרחים".

מגמה זאת באה לידי ביטוי גם בעת הדיון בכנסת, בשנת 1996, על הצעה לתקן את חוק השיפוט הצבאי באופן שתקופת המעצר המירבית בידי שוטר צבאי תהיה 8 ימים ולאחר שנתיים רק 4 ימים. וכך אמר ח"כ משה נסים מטעם ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (דברי הכנסת מיום 1.5.96):

"אפשר לשאול מדוע לא השוינו כליל לתקופה שמקובלת בחיים האזרחיים. הסכמתי עם הפרקליטות הצבאית שיש הבהיר, שעדיין אנחנו לא כשירים להתמודד איתנו אלא בהדרגה, בעוד אשר בחיים האזרחיים, כאשר מדובר במישור האזרחי, המשטרה ערוכה ויש לה תחנות ואנשים מוסמכים ורשויות מוסמכות מפוזרות ברחבי הארץ, בצה"ל הרשויות המוסמכות אינן מפוזרות בכל הבסיסים, אין אפשרות היום של תקשורת מיידית כפי שהדבר ניתן ברשות האזרחית. לכן ועדת החוץ והביטחון הסכימה לחלוטין עם הפרקליטות הצבאית ללכת לקראת ההורדה הסופית, אבל לא בימים האלה. דהיינו, לפני שנגיע אל הצעד הסופי של השוואה טוטלית בין הרשות הצבאית לרשות האזרחית, אנחנו צועדים עמוק מאוד קדימה, אבל עדיין לא השוואה מוחלטת... אני רואה בזה התקדמות רבה ואני מאמין לפרקליטות, שהצהירה בפנינו - ואני רוצה שהצהרה הזאת גם תירשם בדברי הכנסת - שהם ייזמו בתקופה קצרה, יחסית בהקדם - אי אפשר לקבוע זמן מסוים - להמשיך ולשפר את הנושא הזה ולהביא אותו לידי שוויון כמעט מלא או מלא במהלך הזמן הסביר. אני מאמין שהם יעשו זאת. ראיתי את היוזמה שלהם ואני סבור שהפרקליטות הצבאית ראויה לשבח על התייחסותה לסוגיה הזאת".

33. מדוע, אם כן, נוקטים המשיבים עמדה של התנגדות לעתירות? המשיבים תומכים את עמדתם בטעמים אחדים. נדון בטעמים אלה, אחד לאחד, מן הקל אל הכבד.

טעם אחד בפי המשיבים הוא, שהמצב למעשה טוב מן המצב להלכה. הצבא משתדל שלא להחזיק חיילים במעצר עד תום התקופה המירבית, כלומר, במשך 96 שעות, אלא אם יש צורך להחזיק אותם במעצר במשך כל התקופה. ברוח זאת, הפרקליט הצבאי הראשי, באמצעות התובע הצבאי הראשי, הנחה (ביום 14.7.96) את כל הפרקליטים הצבאיים כי "יש לעשות כל מאמץ כי עניינם של חיילים עצורים יובא בפני שופט בהקדם האפשרי".

אכן כך. אך אין בכך רבותא. תקופת המעצר שנקבעה בחוק היא תקופה מירבית, שנועדה לתכלית מסויימת, ובעיקר לביצוע פעולות חקירה, לפני שניתן לשחרר את החייל מן המעצר או להביאו בפני שופט צבאי להארכת המעצר. פעולות אלה, כמו כל הפעלה של סמכות מינהלית, צריכות להיעשות במהירות הראויה. ראו סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א1981-. משנסתיימו פעולות אלה, ויותר אין תכלית למעצר, חובה היא לשחרר את החייל, אף אם טרם חלפה תקופת המעצר המירבית. וגם אם יש הצדקה להמשך המעצר של החייל, חובה היא, על פי דין, להביאו בפני שופט, לצורך הארכת המעצר, בהקדם האפשרי. השוו סעיף 29(א) לחוק סמכויות אכיפה. אולם חובה זאת, גם אם מקיימים אותה במלואה, הלכה למעשה, עדיין אינה מצדיקה הוראה בחוק הקובעת תקופת מעצר מירבית ארוכה במידה העולה על הנדרש.

זאת ועוד. אין בידינו נתונים המלמדים כמה מבין החיילים שנעצרו מוחזקים במעצר במשך כל תקופת המעצר המירבית, כלומר 96 שעות, ואם הם מוחזקים במעצר במשך כל התקופה לצורך או שלא לצורך. העותרים מניחים כי דבר רגיל הוא שחיילים, משעה שנעצרו, מוחזקים במעצר עד תום התקופה המירבית. אך, כך או כך, אין בכך כדי לשנות. גם אילו הוצגו בפנינו נתונים המלמדים כי רק חיילים מעטים באופן יחסי מוחזקים במעצר עד תום התקופה המירבית, עדיין לא היה בכך משום תשובה מספקת לטענה כי תקופת המעצר המירבית ארוכה מן הנדרש. תשובה כזאת לא היה בה, בשעתו, כדי להצדיק תקופת מעצר מירבית של חודשיים ימים או של שמונה ימים. תשובה כזאת אף לא היה בה כדי למנוע, בשעתו, קיצור תקופת המעצר המירבית בידי שוטר אזרחי מתקופה של 48 שעות לתקופה של 24 שעות. מבחן המידתיות של תקופת המעצר מתייחס גם לתקופת המעצר המירבית, היא התקופה שנקבעה בחוק, ולא רק לתקופת המעצר בפועל של פלוני או אלמוני. אם התקופה המירבית פוגעת בחירות האישית במידה העולה על הנדרש, אין בכך כדי לשנות שהיא פוגעת בחירות של מעטים בלבד. גם החירות של אדם אחד ראוייה להגנה כאילו היא עולם ומלואו.

מכל מקום, מסתבר כי טענה זאת, שהועלתה על ידי המשיבים, אינה משכנעת אף את המשיבים עצמם, שהרי הם עצמם מודים כי ראוי לקצר את תקופת המעצר, כפי שהיא כיום.

34. טענה נוספת מעלים המשיבים, באותה רוח, שבפועל הפגיעה בחירות האישית של חייל שנעצר בידי שוטר צבאי אינה קשה כל כך. כדבריהם, בסיכומים שהגישו לבית המשפט, "בבחינת מידתיות ההסדר בדבר ביקורת שיפוטית על מעצרי חיילים, יש להתייחס גם להסדרים המשלימים את הביקורת השיפוטית - הביקורת על המעצרים על ידי פרקליטים צבאיים וקציני שיפוט בכירים, וזכות הערר על פקודת מעצר". הם מצביעים על סעיפים אחדים בחוק השיפוט הצבאי הקובעים הסדר מורכב של ביקורת פנימית על פקודת מעצר בידי שוטר צבאי. ראשית, לפי סעיף 238(א), חייל שנעצר רשאי להגיש לפרקליט צבאי ערר על המעצר. שנית, לפי סעיף 237(ב) ו-(ד), גם אם החייל לא הגיש ערר, חובה להביא את המעצר לאישור פרקליט צבאי תוך 48 שעות לאחר שהחייל נעצר, ואם לא הובא המעצר לאישור כאמור, ישוחרר החייל מן המעצר. שלישית, לפי סעיף 237(ג), פרקליט צבאי רשאי להורות על קיצור תקופת המעצר או על שחרור החייל ממעצר. רביעית, אם הפרקליט הצבאי נמנע מלהורות על שחרור החייל מן המעצר, רשאי החייל, לפי סעיף 238(ב) ו-(ד), להגיש לפרקליט צבאי בקשה לעיון חוזר, ואם החליט הפרקליט הצבאי שאין לקבל את הבקשה או את הערר (לפי סעיף 238(א)), חובה עליו להעביר את העניין להחלטת הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו. ולפי סעיף 239, רשאי פרקליט צבאי לבטל בכל עת כל פקודת מאסר שנתן קצין שיפוט.

אולם, כפי שהעותרים טוענים, מערכת מורכבת ומרשימה זאת של ביקורת פנימית על מעצר חיילים, אין בה תשובה מספקת לטענה בדבר פגיעה בלתי-מידתית בחירות האישית של חייל שנעצר. ראשית, הכלל הרחב הוא, שמעצר מכוח פקודת מעצר של שוטר, צבאי כאזרחי, מחייב אישור בידי שופט בהקדם האפשרי. אכן, הפרקליט הצבאי הוא קצין בכיר, בדרגה של סגן אלוף, בעל הכשרה משפטית, נסיון משפטי, תפקיד נכבד ואף עצמאות מקצועית במסגרת הפיקוד. אולם אין הוא שופט. הביקורת שלו היא ביקורת פנימית; הביקורת של שופט היא ביקורת חיצונית. הביקורת הפנימית מתבצעת בלשכת הפרקליט הצבאי על יסוד מסמכים; הביקורת החיצונית מתבצעת באולם בית הדין בנוכחות העצור. יש הבדל מהותי בין זאת לבין זאת. המעצר, כיוון שיש בו פגיעה קשה בחירות, מחייב ביקורת חיצונית. יש לכך חשיבות מבחינה עקרונית. יש לכך חשיבות גם מבחינה מעשית, שכן עצם תפקידו של פרקליט צבאי, כחלק מן המערכת של הפרקליטות הצבאית, ומעמדו כממונה על התביעה הצבאית, עשוי להשפיע על ההתייחסות שלו לפקודת מעצר.

שנית, ריבוי המעצרים מצד אחד, ולוח הזמנים הצפוף של המעצר מצד שני, מכבידים מבחינה מעשית על הפעלת הביקורת על ידי פרקליט צבאי. הנתונים מוכיחים זאת. בית המשפט ביקש וקיבל מן

המשיבים נתונים (לשנים 1996 ו-1997) לגבי חיילים שנעצרו בחשד לעריקה מן השירות (מעל 90% מן העצורים בידי שוטר צבאי) ושחררו מן המעצר בתוך תקופת המעצר המירבית כתוצאה מהחלטות של פרקליטים צבאיים. מתוך נתונים אלה עולה כי רק 6% מקרב החיילים שנעצרו, וענינם בא בפני פרקליט צבאי, השתחררו מן המעצר לפני תום תקופת המעצר המירבית, כתוצאה מהחלטה של פרקליט צבאי לבטל את פקודת המעצר או כתוצאה מאי-אישור פקודת המעצר על ידי פרקליט צבאי במועד שנקבע בחוק.

נראה, אם כן, כי הביקורת הפנימית על ידי פרקליט צבאי, אף שהיא חשובה, וגם לה יש משקל בשאלת המידתיות, אינה תחליף מספיק לביקורת חיצונית על ידי שופט צבאי.

לכן חוזרת השאלה למקומה: האם, כטענת המשיבים, תקופת מעצר מירבית של 96 שעות אינה פוגעת בחירות האישית של חייל במידה העולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי?

35. המשיבים ביקשו למצוא סימוכין לטענתם בשיטות המשפט של מדינות אחרות. העותרים אף הם הרחיקו לשיטות משפט של מדינות אחרות כדי למצוא סימוכין לטענתם הם. אלה ואלה הציגו בפני בית המשפט אסמכתאות רבות מן הפסיקה ומן הספרות של אנגליה, ארה"ב, קנדה, ועוד. אך צריכה אמת להיאמר כי בהקשר הנדון קשה ללמוד דבר ברור ולעשות שימוש מועיל בשיטות המשפט הזרות. אכן, בכל השיטות נתונות סמכויות למפקדי צבא לעצור חיילים בנסיבות מסוימות, ובכל אחת מן השיטות נדרשת ביקורת על המעצר תוך זמן קצר, אך בדרך כלל נדרשת רק ביקורת פנימית, המתבצעת על ידי מפקדים, שאינם בהכרח משפטנים, ולא בידי שופט צבאי. נראה, כטענת המשיבים, כי באף אחת מן המדינות שנבחנו על ידם אין הדין מחייב לקיים ביקורת של שופט צבאי תוך 24 שעות או, אפילו, תוך 48 שעות. לעומת זאת, בגרמניה חוק המשמעת הצבאית משנת 1972 מחייב (בסעיף 17) לשחרר חייל שנעצר בגין עבירת משמעת לא יאוחר מאשר בסוף היום שלאחר יום מעצרו, אלא אם שופט הוציא נגדו צו מעצר, ובמעצר בגין עבירה פלילית אין הבדל בתקופת המעצר בין חייל לבין מי שאינו חייל.

כך או כך, הדין בישראל מחייב לבדוק את המידתיות של תקופת המעצר של חייל לאור מהותו ואופיו של השירות הצבאי בישראל. המהות והאופי של השירות הצבאי בישראל שונים מאלה של השירות הצבאי במדינות אחרות. לכן, ובמיוחד משום שהדין לעניין הביקורת על המעצר של חיילים שונה ממדינה למדינה, דומה כי אין בדין הזר תועלת רבה בעניין הנדון.

36. האם, אם כן, המהות והאופי של השירות הצבאי בישראל מחייבים, או מצדיקים, סמכות של שוטר צבאי לעצור חייל לתקופה של 96 שעות, עד שהוא מובא בפני שופט צבאי? בית המשפט פנה אל המשיבים במהלך ההתדיינות (ביולי 1997) ושאל אם הם מוכנים ליזום תיקון של חוק השיפוט הצבאי, כך שכבר בשנת 1998 תקופת המעצר המירבית של חייל בידי שוטר צבאי תהיה רק 48 שעות. המשיבים הודיעו לבית המשפט (ביום 30.9.97) כי הם קיימו בדיקות והתייעצויות בשאלה זאת, בדרג הבכיר ביותר של הצבא, וכן אצל פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, והגיעו לכלל מסקנה כדלקמן:

4. מסקנת רשויות הצבא המופקדות על הנושא הינה, כי יהיה זה כמעט בלתי אפשרי לקצר את משך המעצר הראשוני ל-48 שעות החל מחודש יולי 1998... תחילה יש להפיק לקחים מן המעבר לשלב החוקי הקיים של הבאת חיילים עצורים בפני שופט תוך 96 שעות...

6. יישום השינוי המוצע של מעבר להארכת מעצר בתוך 48 שעות, ימצא את מערכת אכיפת החוק הצבאית בלתי ערוכה לכך, ודבר זה עלול לפגוע באכיפת החוק והמשמעת בצבא. יודגש כי אין המדובר רק במשמעויות כספיות של גידול בכוח אדם עקב הגידול הצפוי של אלפי הליכי מעצר ועררים על מעצר מידי שנה, אלא גם בגיבוש דפוס ונוהלי עבודה בקרב גורמים שונים במערכת הצבאית, אשר יבטיחו כי חיילים האמורים להישאר במעצר לא ישוחררו רק משום שהמערכת טרם נערכה ליישום השינוי בחקיקה.

7. במערכת הצבאית קיים חשש של ממש, כי מעבר בעוד כשנה לשלב שבו חיילים יובאו להארכת מעצר בתוך 48 שעות, כאשר המערכת טרם נערכה לכך כדבעי, עלול ליצור מצבים שונים שבהם, בין היתר, לא יהא סיפק להשלמת בירורים חיוניים ואיסוף ראיות גם בתיקי נפקדים ועריקים, תישלל כל אפשרות לזמן מפקדים של חיילים לשפוט אותם בדין משמעת, ויגרם צמצום של פעולות החקירה עקב הרחבת הטיפול בהליך הארכת המעצר. מצב דברים זה עלול לגרום להתרחבות תופעת ההיעדר מן השירות, לפגיעה במשמעת הצבא, לשיבוש הליכי חקירה ועוד.

8. יודגש כי עמדת צה"ל הינה כי ראוי להגיע ליעד של הבאת חיילים להארכת מעצר ראשוני בתוך 48 שעות. יחד עם זאת, מאחר שיישום עמדה זו מחייב בחינה של הצדדים המעשיים וההיערכות הנדרשת, הוחלט כי תתקיים שנת בחינה לאחר שייכנס לתוקף, ביולי 1998, התיקון לחוק שיצמצם את משך המעצר הראשוני ל-96 שעות. בעקבות שנת הבחינה, ולקראת שנת 2000, יוצע תיקון לחוק, אשר יביא לצמצום משך המעצר הראשוני עד להבאה בפני שופט ל-48 שעות בלבד, וזאת במידה ולא יתקיימו נסיבות אשר יחייבו לדחות את החקיקה לתקופה לא ארוכה נוספת."

המשיבים הוסיפו ופירוטו, לבקשת בית המשפט, את השינויים והמשאבים שיידרשו לצבא כדי להיערך לקיצור תקופת המעצר ל-48 שעות. לדבריהם, יידרשו תגבור אמצעי ההובלה של עצורים, תגבור כוח אדם לצורך ליווי עצורים, תגבור כוח אדם במערכת המשפטית (שופטים, תובעים, סניגורים ועוד), קיצור הליך העברת החומר המשפטי (באמצעות פקס ובאמצעים אחרים), ועוד. המשאבים שיידרשו לצורך זה, לפי הערכתם, יהיו כ-40 תקנים בשירות קבע, כ-40 תקנים בשירות חובה, כ-40 כלי רכב יעודיים להובלת עצורים, 8 טיוליות, אמצעי קשר, מחשוב, בינוי, ועוד. המשיבים לא סיפקו נתונים או הסברים שיבססו הערכה זאת.

37. השינויים והמשאבים הנדרשים לצורך הקיצור של תקופת המעצר נובעים במידה רבה מן ההיערכות והנהלים הקיימים כיום בצבא בנוגע להליכי המעצר של חיילים, חקירת העצורים, הארכת המעצר והעמדה לדיון משמעותי או פלילי. אולם אין להוציא מכלל חשבון אפשרות של שינוי ההיערכות והנהלים (במידת הצורך - באמצעות חקיקה) וכן שכלול האמצעים הקיימים, באופן שיוביל לחסכון ניכר במשאבים של אדם וכסף ולהאצת ההליכים. כך, לדוגמה, סיבה עיקרית לקשיים הכרוכים בהארכת מעצר של חיילים היא, שעל פי הנוהל הקיים, חייל שנעצר מובא להארכת מעצר אל בית הדין הצבאי במחוז השיפוט של יחידתו. למשל, חייל המשתייך לפיקוד הצפון, גם אם הוא ביצע עבירה (כגון, העדרות מן השירות) ונעצר על ידי שוטר צבאי בדרום הארץ, יובא להארכת המעצר בפני בית הדין של פיקוד הצפון השוכן בחיפה, ולא בפני בית הדין הצבאי השוכן סמוך למקום המעצר. מכאן השאלה, אם זהו הנוהל המיטבי, בין היתר בהתחשב במשאבים הנדרשים לפי נוהל זה. ייתכן כי אם יוחלט לשנות נוהל זה, ולשכלל את אמצעי התקשורת האלקטרונית בקרב הגורמים המשפטיים בצבא, כדי להקל על נידוד החומר המשפטי הנוגע לעצורים, ניתן יהיה גם לחסוך משאבים הנדרשים כיום, לפי הערכת המשיבים, לקיצור תקופת המעצר. לדוגמה, האם אין זה אפשרי לרכז את העצורים, זמן קצר לאחר המעצר, במתקן צבאי אחד במרכז הארץ, או אולי שניים או שלושה מתקנים, ולהציב במתקנים אלה פרקליטים ושופטים צבאיים לפי הצורך, כדי שידונו בהקדם בבקשות להארכת מעצר?

אולם נוהלי המעצר והארכת המעצר, ככל שאין הם פוגעים בזכויות החיילים, הם עניין לצבא, שיבדוק אותם ויחליט בהם. לצורך הדיון בשאלה שלפנינו, היא השאלה אם תקופת מעצר של 96 שעות אכן נדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי, נקבל את הערכת הצבא לגבי המשאבים הנדרשים כיום לצורך קיצור התקופה ולגבי התוצאות האפשריות של הקיצור.

38. העותרים טוענים כי אין דבר מיוחד במהות ובאופי של השירות הצבאי המחייב תקופת מעצר של 96 שעות. לטענתם, אין גם דבר שיפגע במהות ובאופי של השירות הצבאי אם תקופת המעצר תקוצר.

טענת העותרים מייחסת משמעות צרה, לדעתי צרה יתר על המידה, למהות ולאופי של השירות הצבאי. המהות והאופי של השירות הצבאי כוללים גם את ההקפדה על המשמעת בצבא, צמצום התופעה של העדרות מן השירות, וכיוצא באלה. לפיכך, פסקת ההגבלה הבטחונית, בסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתירה פגיעה בזכויות החייל אם הדבר נדרש, לדוגמה, לצורך השמירה על המשמעת בצבא, ובלבד שהפגיעה לא תעלה על המידה הנדרשת לצורך זה.

וזו הרי טענת המשיבים, שקיצור תקופת המעצר, בשלב זה, עלול לפגוע במשמעת הצבא, לגרום להתרחבות התופעה של היעדרות מן השירות, ותוצאות נוספות שיפגעו במהות ובאופי של השירות הצבאי.

39. עם זאת, המשיבים אינם מציגים תוצאות שליליות אלה כתוצאות בלתי-נמנעות. לדבריהם, אפשר למנוע אותן. כדי למנוע אותן הם צריכים שניים אלה: ראשית - זמן; שנית - משאבים. לכן השאלה היא, אם צרכים אלה יש בהם כדי למנוע, כיום הזה, קיצור תקופת המעצר.

נבדוק תחילה את הצורך במשאבים. האם הצורך במשאבים יש בו כדי למנוע את קיצור תקופת המעצר? באופן עקרוני, אין לשלול את האפשרות שהיקף המשאבים הנדרשים ימנע, באופן מעשי, את קיצור התקופה. וכבר אמר מי שאמר כי הפער בין מצוי לבין רצוי הוא, בגימטריה, כסף.

המשיבים פירטו בפני בית המשפט את המשאבים שיידרשו לצורך קיצור תקופת המעצר. ראו לעיל פסקה 36. משאבים אלה, אף כי אינם מבוטלים, אינם בסדר גודל שמחוץ ליכולת הצבא. יש להעמיד את סדר הגודל של המשאבים הנדרשים (אפילו אם לא ניתן לצמצם אותם) כנגד סדר הגודל של הפגיעה בחירות האישית של החיילים: כ-10,000 חיילים הנעצרים מדי שנה (ברוב גדול של המקרים - בגין עבירה של עריקה) על ידי שוטרים צבאיים. מה מכריע את הכף? התשובה תלויה בעיקר במשקל היחסי של החירות כנגד המשאבים. מהו, אם כן, המשקל היחסי? שאלה זאת מציבה מבחן לחברה בישראל: החברה נבחנת, בין היתר, על פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי, לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר עבור הגנה על זכויות האדם. כדברי השופטת דורנר בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645: "לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי... השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה". ראו גם בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 759; בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 295; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 113, 144, עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 169-170. ראו גם א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 528.

נראה כי המחיר הנדרש במשאבים של אדם וכסף, כדי לקצר את תקופת המעצר הקיימת, בהתחשב במשקל המיוחד הנודע לצמצום הפגיעה בחירות האישית של חיילים, הינו מחיר סביר. קל וחומר אם ייבדק ויימצא כי ניתן (והדעת נותנת שניתן) לשנות את ההיערכות והנהלים, בכל הנוגע למעצר חיילים, באופן שיפחית

את המחיר. מכל מקום, מחיר זה אינו יכול לשמש טעם טוב לפגיעה בחירות האישית של חיילים כה רבים מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.

אכן, גם הקיצור של תקופת המעצר בידי שוטר אזרחי, מתקופת של 48 שעות לתקופה של 24 שעות, חייב את המשטרה להיערכות מיוחדת, והיערכות כזאת דורשת משאבים של אדם וכסף. אף-על-פי כן, לא היה בכך כדי להרתיע את המחוקק מקיצור תקופת המעצר, מתוך נכונות לשלם מחיר כדי להגן על חירות האדם. ראו לעיל פסקה 28. וראוי לחזור כאן על דברים שאמר השופט חשין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים (טרם פורסם), וכך אמר (בפסקה 52): "כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות". ראו גם השופט דורנר בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 421-423.

ראוי עוד להוסיף כי זאת גם דעתו של פרופ' עמנואל גרוס, שכיהן במשך שנים רבות כנשיא בית דין צבאי, כפי שבאה לידי ביטוי במאמרו על "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא", שעתידי להתפרסם בחוברת קרובה של כתב-העת "משפט וממשל". לדעתו (פרק ו', פסקה 1), הוראת החוק הקובעת תקופת מעצר של 96 שעות אינה עומדת במבחן חוקתי, ומן הדין לבטל אותה ולקבוע תקופת מעצר קצרה יותר. וכך הוא אומר, בין היתר, בעניין זה:

"מדינת ישראל היא מדינה קטנה מבחינה גיאוגרפית, ולפיכך אין, וגם לא יכולה להיות, כל בעיה לוגיסטית, הנובעת כביכול מאופי השירות הצבאי, שבגינה לא ניתן להביא את החייל מוקדם יותר בפני שופט. יתרה מזאת, אין להלום גם כל נימוק אחר, כגון הנימוק התולה 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 אזרח בלא צו שיפוטי רק משום שהמערכת המשפטית אינה ערוכה לטפל בכך כיאות".

40. נותר הצורך בזמן, הנדרש על ידי הצבא כדי להיערך כראוי לקיצור תקופת המעצר, באופן שלא תיפגע המשמעת בצבא ולא תורחב התופעה של היעדרות מן השירות.

המשיבים הודיעו לבית המשפט (בחודש ספטמבר 1997) כי לאחר שתקופת המעצר המירבית תקוצר ל-96 שעות, בחודש יולי 1998, הם זקוקים לשנה אחת לצורך בחינה של ההסדר החדש, וכי בעקבות הבחינה, לקראת שנת 2000, הם יציעו תיקון לחוק, "אשר יביא לצמצום משך המעצר הראשוני עד להבאה בפני שופט ל-48 שעות בלבד, וזאת במידה ולא יתקיימו נסיבות אשר יחייבו לדחות את החקיקה לתקופה לא ארוכה נוספת". ראו לעיל פסקה 36.

כיוון שהצבא עצמו הכיר בכך שראוי ואפשר לקצר את תקופת המעצר, היה בידו זמן לא מועט, במהלך ההתדיינות, כדי להיערך לקיצור התקופה. אולם, עד היום לא שמענו מפי המשיבים כי הם נערכו או נערכים לקיצור התקופה. מכל מקום, עד היום לא הופץ אפילו תזכיר חוק המציע קיצור התקופה. ואנו כבר בשלהי השנה, ושנת 2000 בפתח. מסתבר, אם כן, כי יש צורך בהכרעה של בית המשפט.

סיכום

41. מכל האמור עולה מסקנה כי החוק המתקן, הקובע שתקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי היא 96 שעות, אינו עומד יותר במבחן המידתיות: כיום הוא פוגע בחירות האישית של החייל מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.

מה הסעד הראוי בעקבות מסקנה זאת? ברור, כפי שבית המשפט אמר לא פעם, שבית המשפט נוהג בזהירות ואיפוק עד שהוא מצהיר על הוראת חוק כי היא סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך היא בטלה. אולם, במקרה זה, אפילו המשיבים אינם חולקים על כך שהחוק המתקן פוגע בחירות האישית של חיילים מעבר למידה הנדרשת ורצוי, אף לדעתם, לקצר את תקופת המעצר שנקבעה בחוק, ולהעמיד אותה על 48 שעות בלבד. המחלוקת בין העותרים לבין המשיבים סבה, לכאורה, על המשאבים הנדרשים כדי לעבור מן המצוי אל הרצוי. אך לא זו בלבד שהמשאבים הנדרשים, לפי חישובים שנערכו על ידי המשיבים, אינם בסדר גודל בלתי-סביר, אלא אף המשיבים סבורים כי אפשר וראוי להשקיע משאבים אלה. אכן, בהתחשב בחשיבות המיוחדת של החירות האישית, וכן בהתחשב בכך שהחוק הנדון חל על מעצר של 10,000 חיילים לערך מדי שנה בשנה, סדר הגודל של המשאבים הנדרשים אין בו כדי למנוע, או אפילו לעכב, את תיקון החוק באופן שיקצר את תקופת המעצר בידי שוטר צבאי, עד שפגיעתו בחירות האישית לא תעבור את המידה הנדרשת.

42. לפיכך אנו מצהירים בזה כי הוראת החוק המתקן, הקובעת תקופת מעצר מירבית של 96 שעות, סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותה פוגעת בחירות האישית, כפי שנקבעה בסעיף 5 לחוק-היסוד, במידה העולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי, ולפיכך היא בטלה.

43. שאלה היא, מה הוראת החוק שצריכה לבוא במקום ההוראה הבטלה. לשון אחר, מהי תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי, עד שהוא מובא בפני שופט, שפגיעתה בחירות האישית לא תעלה על המידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי? בנסיבות המקרה, בית המשפט פטור ממתן תשובה, שכן

המשיבים עצמם הגיעו למסקנה, והודיעו עליה לבית המשפט, שראוי לקבוע בחוק תקופת מעצר מירבית של 48 שעות. האם תקופת מעצר של 48 שעות תעמוד במבחן המידתיות? הסמכות לקבוע את תקופת המעצר נתונה למחוקק, ובידו גם שיקול הדעת בשאלה מהי התקופה הנדרשת, ובלבד שהתקופה לא תחרוג ממתחם המידתיות. לכאורה, אם המחוקק יקבע תקופת מעצר של 48 שעות, היא התקופה הנראית למשיבים כתקופה ראויה, יש יסוד לטענה כי במצב הקיים כיום תקופה זאת לא תחרוג ממתחם המידתיות, כפי שנדרש על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשלב זה אין בית המשפט נדרש לתת תשובה פסקנית יותר.

44. כידוע, הצהרה של בית המשפט על בטלות חוק, או הוראה בחוק, אינה חייבת להיכנס לתוקף באופן מיידי. היא יכולה להיות עתידית (פרוספקטיבית), אם הנסיבות מצדיקות זאת, כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת הבטלות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 417. במקרה זה, הנסיבות מחייבות לדחות את מועד הכניסה לתוקף של הצהרת הבטלות, כדי לתת סיפק בידי המשיבים להגיש את הצעת החוק הנדרשת לכנסת, לתת סיפק בידי הכנסת לדון כנדרש בהצעת החוק, ובין לבין לתת סיפק בידי המשיבים להכין את הצבא כנדרש לקראת החקיקה הצפויה. בהתאם לכך אנו קובעים כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף רק בתום שישה חודשים מיום מתן פסק דין זה.

המשיבים ישאו בהוצאות העותר בבג"ץ 6055/95 בסכום כולל של 10,000 ש"ח ובהוצאות העותרים בבג"ץ 7083/95 בסכום כולל של 10,000 ש"ח.

שׁוֹפֵט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ש' לוי:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט ת' אור:

אני מסכים.

שופט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

שופט

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

שופט

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

שופטת

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' ביניש:

שופט

השופט י' קדמי:

1. פתח דבר

לצערי לא אוכל להצטרף לפסק דינו של חברי, השופט י' זמיר; אף שבעקרון, הנני מסכים לניתוח התורתי העומד בבסיס החלטתו. זאת, בעיקרו של דבר, מן הטעם הכפול - ה"דיוני" לטעמי - הבא: ראשית - לשיטתי, אין הצדקה לקיומו של הדיון בעתירות הנדונות כאן, בשל היותן עתירות תיאורטיות; ושנית - לשיטתי, אין, בשלב זה, הצדקה להתערבות בתהליך תקון החוק שנוקט הצבא מזה שנים, במגמה להשוות, ככל שניתן, את תקופת המעצר-ללא-צו (של בית משפט) [להלן: מעצר-ללא-צו] לזו הנוהגת במסגרת האזרחית.

שלטונות הצבא הבהירו במהלך הדיון את מחוייבותם לתהליך קיצור תקופת המעצר-ללא-צו במסגרת הצבאית; ואף הצביעו על שנת 2000 כתאריך יעד רצוי. התיקון המבוקש - והצפוי עם השלמת ההיערכות בצבא - יביא לכך שתקופת המעצר-ללא-צו, מכח הוראות סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, לא תעלה על 48 שעות; ומשהעתירות שבפנינו לא רק "תיאורטיות", אלא גם אינן מרחיקות לכת מעבר לפרק הזמן האמור, אין לדעתי צורך בהצעת תהליך החקיקה - שהיא התוצאה המעשית של פסק דינו - מצידנו.

2. עתירות תיאורטיות

כמפורט בפסק דינו של חברי, שתי העתירות נושא הדיון שבפנינו הן עתירות תיאורטיות, והכלל הוא: שבית משפט זה "אינו מוכן לדון בעתירה... משעה שנעשתה תיאורטית"; וזאת בשל כך ש"הנסיון השיפוטי מרתיע את בית המשפט מקביעת הלכה שהיא, כביכול, מרחפת באויר".

ההשלכה המעשית - האקטואלית - שיש להלכה שקובע בית המשפט, משמשת לא אחת אמת מידה ומבחן להיותה "נכונה" והולמת את המציאות. ככלל, ראוי שלא לוותר על מבחן יישומי זה, אלא במקרים נדירים ביותר; כאשר המדובר בסוגיה בעלת חשיבות מיוחדת, שהעדר החלטה בעניינה כה מכביד על הציבור, עד שראוי הוא להפוך את בית המשפט לפרשן "אקדמי", במקום פוסק בסכסוך אקטואלי.

בקשר לסוגיה שאנו מתבקשים להכריע בה, לא באו בפני בית המשפט - עם כל חשיבותה הסגולית כעוסקת בזכותו היסודית של הפרט לחירות אישית ולחופש התנועה - אלא שתי העתירות הנ"ל; ולטעמי, לא מתחייבת מהן אותה עילה נדירה המצדיקה קיום דיון ערטילאי, תוך ויתור על המבחן היישומי הנעוץ במתן פתרון לבעיה אקטואלית.

אינני סבור, שדחיית הדיון בסוגית משך המעצר-ללא-צו במסגרת הצבאית למקרים אקטואליים - אם אכן יהיו כאלה - תיצור "חסינות מפי בקורת שיפוטית" בענין זה כדברי חברי. הצהרת שלטונות הצבא בדבר הכרתם בצורך להתאים את המצב בסוגיה זו במסגרת הצבאית למסגרת האזרחית, אומרת כי בפועל תוודא מערכת הבקורת הקבועה בחוק השיפוט הצבאי בהקשר זה, שככלל כך יהיו פני הדברים; ואין על כן, צורך מעשי בהצהרה שיפוטית על פסלות ההוראה שבסעיף 237א הנ"ל, לפני תום מאמץ ההיערכות שנוקט הצבא בענין זה. התערבות מצידנו בשלב זה מבטאת חוסר אמון במערכת הצבאית; כאשר חקיקה מואצת ללא היערכות נאותה, תביא לפגיעה מיותרת בתיפקודו של מערך אכיפת החוק במסגרת הצבאית.

3. סמכות הביטול: יישומה

בית המשפט אינו בוחן את מעשי החקיקה לגופם, אלא מפרש אותם עפ"י לשונם; ובמקום שבו פרשנותו של דבר חקיקה אומרת, שאין הוא עומד באמות-המידה שקובע חוק יסוד, דינו להתבטל. הביטול במקרה כזה הינו תולדת רצון המחוקק, שקבע את אמות המידה לחוקתיותו של חוק; והותיר לבית המשפט את סמכות הבקורת החוקתית באמצעות פרשנותו של החוק.

המאמץ - שנעשה מכיוונים שונים - להציג את בית המשפט כ"מחוקק על", נדון לכשלון מלכתחילה. עלילות החקיקה הינן נחלתו הבלעדית של המחוקק; בית המשפט אינו בא בנעלי המחוקק, אלא מפרש את חוקיו. בתור שכזה בית המשפט הינו "משרתו" של המחוקק ומיישם דברו; וזאת גם כאשר פרשנותו של דבר

חקיקה על ידי בית המשפט מביאה לביטול, בשל אי עמידתו בדרישות שקבע המחוקק עצמו לחוקתיותו. פרשנות החוק, משקפת - בסופו של דבר - את תכלית חקיקתו; ובמקום שלשונן של חוק לא נתנה בטוי נאות לתכלית חקיקתו והביאה לביטול בשל היותו "בלתי חוקתי", שמורה למחוקק סמכות התיקון והעמדת הדברים על מכונם. כך בדרך כלל וכך גם כאשר מדובר בפרשנות חוקתית, שכתוצאה ממנה עלול חוק להיפסל בשל אי-חוקתיותו. בית המשפט הינו "שומר הסף" החוקתי, כאשר המחוקק מכתוב את הוראות השמירה ותו לאו.

בחינת עמידתו של דבר חקיקה בדרישת המידתיות החוקתית, אינה מלאכה מיכאנית, אלא מלאכת מחשבת עדינה של איזון אינטרסים; כאשר ההכרעה, במקרים רבים, לא תדבר על "קו" גבול בין "מידתי" ל"לא מידתי", אלא על "מיתחם-של-מידתיות" וחריגה ממנו. לביטול של חוק מן הסיבה האחת והיחידה של היותו "לא מידתי" יהיה מקום, לטעמי, רק כאשר הינו חורג באופן ברור וחד משמעי ממיתחם המידתיות.

סמכות הביטול נקבעה כבר על ידי בית משפט זה בפסק דין בפרשת בנק המזרחי (ע"א 6821/93 פד"מ (4) 221). אנכי לא מצאתי צורך לחזור ולהצהיר על קיומה בעתירות תיאורטיות; ומכל מקום, לשיטתי, אין מקום ליישמה, הלכה למעשה, כאשר היישום אינו דרוש לפתרון מכשלה אקטואלית. סמכות הביטול הינה סמכות מיוחדת וייחודית והיא שואבת את כוחה מרצונו של המחוקק להבטיח בקורת אוביקטיבית חיצונית לעמידת חוקיו בסייגים חוקתיים שהוא קובע לעצמו. אין המדובר בביטולה של החלטה מינהלית בשל "חוסר סמכות"; ומן הראוי לעשות כל מאמץ שלא להיגרר להשוואה בין השניים. נקודת המוצא לדיון בטענת בטלותו של חוק בשל היותו "בלתי חוקתי" היא "חזקת החוקתיות", האומרת: שהמחוקק, שעה שחוקק את החוק, נתן דעתו לדרישות חוקי היסוד והבטיח שהוא עונה עליהן. יהיה, על כן, מקום לעמדה שונה בענין זה מצידו של בית המשפט רק במקום שמסגרתו של המחוקק הינו ברור, חד משמעי וזועק לתיקון. זוהי סמכות שככל שהשמוש בה יהיה נדיר יותר, כן יגבר אמון המחוקק במבקר; ובדרך זו ישמט הבסיס מתחת למקטרגים הטוענים כנגד המבקר ובקורתו.

חוק מתקן מיטיב - כמו חוק חדש - נהנה מ"חזקת החוקתיות", שביסודה עומדת, כאמור, ההנחה שהמחוקק בדק, בחן והגיע למסקנה שדבר החקיקה היוצא מתחת ידו עומד בדרישות ה"חוקה". התערבותו של בית המשפט בהקשר זה, אומרת למחוקק כי שגה. ספק בליבי, אם המחוקק שוגה, כאשר הוא מתאים בהדרגה חוק ישן לדרישת המידתיות החוקתית, שאינה מחייבת לגבי החוק הישן; וזהו מצב הדברים בסוגיה נושא העתירות.

לנוכח אופיה האמור, ראוי לה לסמכות הביקורת החוקתית שלא יעשה בה שימוש אלא במקרים נדירים וכאשר אין מנוס מכך. כמפורט לעיל, שלטונות הצבא הכירו בצורך להמשיך בתיקון החוק - ככל שהדבר ניתן מבלי לפגוע בתיפקוד מערך אכיפת החוק במסגרת הצבאית - לקראת התאמת המצב החוקי בכל הקשור למשך המעצר-ללא-צו בשתי המסגרות. במצב דברים כזה, "יש מנוס" מהתערבות.

4. בשולי הדברים

אף שלדעתי מן הראוי היה לדחות את העתירות-בשל היותן תיאורטיות ובשל העדר הצדקה לבחינת חוקתיותה של ההוראה המתקנת האחרונה של סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי בשלב זה כמפורט לעיל, רואה אני להתייחס, בקצירת האומר, לארבע מן הסוגיות, שבהן דן חברי בפסק דינו המקיף והמאלף:

א. חוק מתקן: בחינת חוקתיותו

לשיטתי, לא יהיה זה נכון להעמיד הוראת חוק מתקן "מיטיבה" בעליל, לבחינה חוקתית; ומן הראוי להתייחס אליה בהקשר זה, כאילו הינה חלק של החוק היסודי אותו היא מתקנת. זאת - משום שיש לעודד חקיקה מתקנת מיטיבה; ובמיוחד אמורים הדברים כאשר המדובר בתיקון מיטיב המהווה שלב בתהליך התאמתו של חוק ישן לדרישות החוקתיות שנכנסו לתוקף אחריו. פתיחת פתח לקיומה של בקורת חוקתית של חוק מתקן "מיטיב", תרתיע את המחוקק מתיקון חוקים ישנים בהדרגה; ותביא להקפאת החוק הישן כמות שהוא. האינטרס הציבורי מחייב, לדעתי, להותיר פתח פתוח לרווחה: ל"הטבת" הוראות מכבידות של חוק "ישן"; ולקירוב הוראותיו לאלו העומדות באמות המידה המתקדמות של חוק היסוד.

אכן, לא אחת יערמו קשיים פרשניים על דבר קביעת אופיו של חוק מתקן: "מיטיב" או ש"אינו מיטיב". ברם, קשיי פרשנות אינם גוברים, לטעמי, על הענין שיש לציבור בקיומה של "רויזיה מיטיבה" - בעליל ובמיוחד כשלב בתהליך תיקון מדורג - של חוקים "ישנים", שחוקי היסוד חיסנו אותם כנגד בקורת חוקתית.

מאידך גיסא, "הרעת" הפגיעה בזכויות שחוקי היסוד נועדו להגן עליהן, אינה מתקבלת על הדעת; ואותו ענין ציבורי המגן על "תיקון מיטיב" כאמור - במטרה לעודד תיקונים כאלה - מחייב התערבות "חוקתית", כאשר מדובר ב"תיקון-מחמיר-פגיעה" בזכות יסוד. החמרת הפגיעה - משקפת "חידוש" ועומדת בסתירה לחוק

היסוד; בעוד שמיתון הפגיעה משקף "קידמה", עולה בקנה אחד עם קיומם של חוקי היסוד ומקדם את תכלית חקיקתם.

במקרה שבפנינו, המדובר בחוק מתקן "מיטיב" מכל בחינה שהיא; ולשיטתי, די בכך בלבד כדי לדחות את העתירות ולהניח לשלטונות הצבא להמשיך במאמצי ההתאמה למסגרת האזרחית. כך מתחייב מגישתי, לפיה אין להכפיף חוק מתקן מיטיב לדרישות חוקי היסוד; וכך מתחייב, להבנתי, מן הריסון והאיפוק הנדרשים בהקשר זה, גם אם נוהגים על פי הגישה הגורסת שתיקון חוק מיטיב - כמו תיקון חוק "מרע" - כפוף לתנאים החוקתיים שמכתיבים חוקי היסוד.

ב. פסקת המידתיות: הכללית והצבאית

מקובלת עלי גישתו של חברי, לפיה כולל סעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, את הדרישה הקבועה בסעיף 8 שבו לפיה: חוק פוגע צריך שיהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" ו"נועד לתכלית ראויה"; וזאת, על אף שהדבר לא נאמר בסעיף 9 הנ"ל במפורש.

המבחין בין שתי פסקאות ההגבלה - שבסעיפים 8 ו-9- האמורים - נעוץ בתוספת המצויה בסעיף 9 המפנה לדרישות המיוחדות המתחייבות "ממהותו ואופיו של השירות"; ובענין שבפנינו - השירות בצה"ל. כפי שאמר חברי בפסק דינו: "מידתיות הפגיעה בזכויות של המשרתים בכוחות הבטחון תלויה במהות ובאופי של השירות, ולפיכך היא עשויה להיות שונה ממידתיות הפגיעה באדם שאינו משרת בכוחות הבטחון".

משך תקופת המעצר-ללא-צו - המיועדת לבריור החשד העומד בבסיס המעצר, לצורך ההחלטה אם יש מקום להארכת המעצר אם לאו - מוכתב במסגרת הצבאית במידה משמעותית, על-ידי שורה, לא מבוטלת, של גורמים הנעוצים ב"אופי השירות ומהותו". בין היתר המדובר בהקשר זה בשנים אלה. ראשית - בפריסתו של הצבא ובמיקומם של מוסדותיו המשפטיים על רקע סמכויותיהם כלפי החייל החשוד; כאשר לצבא ענין מיוחד בשמירה על קביעת הסמכות על פי החילות והכפיפות הפיקודית. ושנית - במרחקים הגיאוגרפיים הקיימים בדרך כלל בין מקום המעצר לבין מיקומם של העדים שחקירתם דרושה לבריור הראשוני של החשדות המופנים כלפי העצור, בגינם הוא מוחזק במעצר-ללא-צו.

קיצור התקופה מחייב היערכות והשקעת משאבים; ואפשר שיצריך גם תיקוני חקיקה נלווים. בהתחשב באופיו ומהותו של השירות, אפשר ויתברר שיש גבול ליכולת קיצור התקופה, באופן שבסופו של דבר תהיה שונה מזו הקיימת במסגרת האזרחית. בכך נעוזה, ככל הנראה, הסכמתו של ב"כ העותר בבג"ץ 6055/95, שעל אף קיצור התקופה במסגרת האזרחית ל-24 שעות, מצומצמת עתירתו לקיצור תקופת המעצר-ללא-צו במסגרת הצבאית ל-48 שעות.

אכן, כפי שציין חברי, היקפה של מיגבלת המידתיות נקבע, בין היתר, על פי "מבחן האפשרות". המערכת הצבאית הצהירה שהיא שואפת להגיע ל"תקופה-המקוצרת" - מבחינתה - של 48 שעות; אך ביקשה ליתן לה ארכה להיערכות, הכוללת, מטבע הדברים, גם השגת משאבים תקציביים. ה"ארכה" להיערכות נתבקשה על מנת להיערך מערכתית לשינויים ש"יאפשרו" את קיצור התקופה ל-48 שעות. מטבע הדברים, ניתן יהיה ליישם את מבחן ה"אפשרות" רק לאחר השלמת היערכות; ולא באה בפנינו טענה שצה"ל מתמהמה בהקשר זה.

ג. "המחיר" הכלכלי: שיקול משיקולי המידתיות

כשלעצמי, נראה לי, שאין לפסול מלכתחילה שיקולי "מחיר כלכלי" כאשר נבחן היקפה של דרישת המידתיות; ולדעתי אין לקבוע ככלל, כי מידתיות "ראויה" - על פי אמת מידה רעיונית - מצדיקה ומחייבת כל מחיר.

מקום שעמידה בדרישה אוביקטיבית - רעיונית החוקתית של מידתיות, כרוכה בהקצאת משאבים כלכליים ציבוריים כבדים הפוגעים באינטרסים אחרים של הציבור, אין להתעלם מן ה"מחיר"; ויש להביא בחשבון כגורם בעל משקל בין הגורמים הקובעים את מיתחם המידתיות. לדעתי, אין לשלול מצב שבו תהיה ל"מחיר הכלכלי" השלכה משמעותית לקביעת גבולותיו של מיתחם המידתיות.

ד. תוצאות ביטולו של חוק מתקן מייטיב

כאמור בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי הנ"ל: תוצאות ביטולו של חוק מתקן מייטיב, תהיינה "החזרת המצב לקדמותו"; ובדרך זו "יורע" המצב החוקתי במקום שהמחוקק עשה להטבתו. אין בידינו ערובה של ממש,

שבעקבות ביטול חוק מתקן המיטיב "חלקית" בלבד, תבוא פעילות חקיקתית שתשלים את ה"הטבה" ותתאים את הישן במלואו לדרישות חקיקת היסוד; ומאידיך גיסא, אין בידינו לגרום לכך, שהרי הוראת החוק ה"ישנה" - כמות שהיא - חוסה בצל ההגנה שנותן לה חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

אכן, מן ההיבט הציבורי יש בביטולה של הוראת חוק מתקנת מיטיבה כדי להקים בסיס לתנועה ציבורית שתילחץ בכיוון של חקיקה מתקנת התואמת מיידית - ולא בהדרגה - לדרישות חוקי היסוד. ברם, ככלל, נראה לי, שביטולה של חקיקה מתקנת מיטיבה פוגע בענין הציבורי יותר מאשר מסייע לקידומו; ומכל מקום, מן הראוי להביא תוצאות אלו בחשבון לענין התערבותו של בית המשפט לביטולה של חקיקה מתקנת מיטיבה.

6. סוף דבר

סיכומם של דברים, אילו דעתי נשמעה, לא היינו מתערבים לביטול הוראה מתקנת מיטיבה, כאשר הגוף השלטוני הנוגע בדבר מצהיר על כוונתו להמשיך במסלול המדורג של התאמת החוק לדרישות חוקי היסוד; ובמיוחד כך הם פני הדברים, כאשר הנסיון מלמד שהגוף השלטוני נהג בהקשר זה עד כה על פי הצהרתו.

יישום סמכות הביטול במקרה שבפנינו, עלולה לפגוע ב"ייחודה" ו"מיוחדותה" - הבאים לכלל ביטוי, בין היתר, בהגבלת יישומה לנסיבות נדירות של "אין מנוס" מנקיטה בה - ותעמיד אותה בשורה אחת עם סמכות ביטולה של הוראה מינהלית בשל חוסר סמכות. כשלעצמי הייתי נמנע - ככל שניתן - מתוצאה כזו.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט, כנגד דעתו החולקת של השופט י' קדמי, כאמור בפסק דינו של השופט י' זמיר.

ניתן היום, ד' בחשון התש"ס (14.10.99).

שופט	שופט	המשנה לנשיא	הנשיא
שופטת	שופט	שופט	שופט
שופטת	שופט	שופטת	

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
115.95060550