

עילות המעצר עד תום ההליכים במערכת השיפוט הצבאית

מאת

אופק אפרים אללוף*

תקציר

סוגיית מעצרו של נאשמים בהליך הפלילי הצבאי נותרה ללא מענה בספר החוקים במשך שבעים שנים. בהיעדר הסדרה חקיקתית, פיתחו בתי הדין הצבאיים לאורך השנים מודלים חלופיים למעצר עד תום ההליכים בדרך של חקיקה שיפוטית, בהתאמה למאפייני המערכת הצבאית. כחלק ממודלים אלו, אימצה הפסיקה הצבאית חלק מן העילות האזרחיות המעוגנות בחוק המעצרים ופיתחה שתי עילות מעצר ייחודיות למערכת הצבאית – עילת הפגיעה במשמעת הצבא ועילת המסוכנות הצבאית.

כבר בעת כינון של עילות מעצר ייחודיות אלו, הן זכו לביקורת נוקבת אשר התרחבה ביתר שאת לאור מהפכת זכויות האזרח בישראל וחקיקתו של חוק המעצרים לפני כשלושה עשורים. המאמר דן בעמדות השונות שהובעו בפסיקה ובכתיבה האקדמית ביחס למצב הקיים מנקודת מבט עדכנית וביקורתית ומצביע על ההצדקות הרבות לקיומן של העילות במתכונתן הנוכחית ועל העמידה שלהן בתנאי המשפט החוקתי הישראלי. בנוסף, המאמר מצביע על הקושי העיקרי במצב הקיים, והוא היותן של עילות המעצר פרי של חקיקה שיפוטית, ולא הסדר ראשוני יציר כפיו של המחוקק. מצב זה מניב פגמים חוקתיים ניכרים, פוגע בעקרון החוקיות בפלילים ועומד בסתירה להתחייבויותיה המשפטיות של ישראל במסגרת האמנות הבינלאומיות שעליהן היא חתומה.

המאמר סוקר את הניסיונות היחידים שבוצעו על מנת להסדיר נוסחה כלשהי בתחום המעצר עד תום ההליכים בחוק השיפוט הצבאי ומקיים דיון ביקורתי בסוגיות נוספות – היחס בין עילות המעצר לחלופות המעצר בהליך הפלילי הצבאי – שעלו כתוצאה ממסקנות החלקים הקודמים. בחלקו האחרון של המאמר מוצגת הצעת חקיקה חדשה – לעיגון עילות המעצר עד תום ההליכים והסדרים בדבר חלופות המעצר הראויות בשלב זה של ההליך בחוק השיפוט הצבאי, תוך הצגת הרציונלים והטעמים אשר על בסיסם גובשה הצעת החקיקה.

תוכן העניינים

א. מבוא. ב. עילות המעצר הצבאיות: התפתחות, הגדרה ומאפיינים. 1. רקע היסטורי – מראשית הפסיקה ועד היום. 2. פגיעה במשמעת הצבא – העילה "ההרתעתית". 3. עילת המסוכנות הצבאית – העילה "המניעתית". ג. המחלוקת סביב עילות המעצר הצבאיות – הצדקות, ביקורות ותגובות. 1. ההצדקות לקיומן של עילות המעצר הצבאיות. 2. הביקורת על קיומן של עילות המעצר הצבאיות. 3. מענה לביקורת. ד. הקריאה לעיגון חקיקתי של עילות המעצר הצבאיות. 1. הבעיה הגלומה בקיומן של עילות מעצר שיפוטיות. 2. הניסיונות לעיגון של עילות המעצר הצבאיות בחוק השיפוט הצבאי. 3. בדרך

*בוגר הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי מסורה לחברי מערכת כתב העת "המשפט" על הערותיהם המועילות למאמר זה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

לחקיקה: השאלות הפתוחות בטרם עיגון עילות המעצר הצבאיות. 3.א. היחס בין עילות המעצר. 3.ב. חלופות מעצר והיקף יישומן בצה"ל. ה. הצעה עדכנית לעיגון עילות המעצר בחוק השיפוט הצבאי. 1. עיקרי ההצעה. 2. דיון נורמטיבי בהצעה. ו. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

סוגיית מעצרו עד תום ההליכים של נאשמים בהליך הפלילי הצבאי נותרה בלתי מוסדרת בחקיקה ראשית עד היום. שבעים ושמונה שנים מקום המדינה ושלושים שנים ממהפכת זכויות האזרח בישראל לא הספיקו כדי להוביל להסדרת הסוגיה בחקיקה ראשית. כיום, חוק השיפוט הצבאי מקנה לערכאות הצבאיות השונות סמכות כללית להורות על מעצר עד תום ההליכים של נאשמים בהליך הפלילי הצבאי.¹ עם זאת, החוק אינו מפרט עילות מעצר, סייגים, איזונים, חלופות מעצר או קווים מנחים להפעלת הסמכות. משכך, הפסיקה הצבאית פיתחה במשך עשורים רבים אלו עילות צבאיות ייחודיות המתאימות למעצר עד תום ההליכים המשפטיים בעניינם של משרתים בצבא ההגנה לישראל, העוסקות בפגיעה במשמעת הצבאית ובמסוכנות צבאית, לצד קליטת עילות אשר מקורן בדיני המעצרים האזרחיים.

למאמר זה ישנן שלוש מטרות עיקריות. האחת, לבחון מנקודת מבט עדכנית את תוקפה של הביקורת שהועלתה על קיומן ותוכנן של עילות המעצר הצבאיות הייחודיות ולטעון כי הרלוונטיות הנורמטיבית שלהן היא מוגבלת במציאות המשפטית הקיימת. השנייה, לעמוד על היקף הפגם הגלום באי־הסדרת תחום המעצר עד תום ההליכים בחוק השיפוט הצבאי ולהבהיר כי פגם זה הוא הקשה והחריף מכולם ביחס לעמידתו של המצב הקיים בעקרונות היסוד החוקתיים של מדינת ישראל. השלישית, להציע הכרעה ברורה ביחס לכלל השאלות הפתוחות בתחום דיני המעצר הצבאיים כבסיס להצגתה של הצעת חקיקה בסופו של המאמר.

ביתר פירוט, הטענה העיקרית שאותה אבקש לקדם במסגרתו של מאמר זה היא כי הפגם החוקי המשמעותי ביותר הנובע מן המצב הקיים נטוע דווקא בהיעדרה של חקיקה כלשהי בתחום. לדידי, לרבות מן הביקורות המופנות כלפי המצב הנורמטיבי הנוכחי קיים מענה נורמטיבי ראוי. לעומת זאת, הפגם הגלום בהיעדרה של חקיקה ראשית בנושא כמעט שלא נידון בכתיבה המחקרית, ומשכך לא נבחנה השפעתו על עקרונות יסוד משפטיים ועל ההתחייבויות המשפטיות שנטלה מדינת ישראל על עצמה באמנות הבינלאומיות. כמו כן, לא נבחן האם בעוצמתו של פגם זה לבדו כדי להוביל לצורך אקוטי בשינוי המצב הקיים.

פער נוסף שאותו המאמר מבקש לפתור הוא היעדרה של הכרעה בשאלות הרבות העולות מן הנושא בכללותו. בחינת המקורות הקיימים מצביעה על כך שהן הכתיבה האקדמית והן הפסיקה הקיימת מנציחות את הדיון בשאלות הקיימות תוך העלאת טיעוני בעד ונגד, זאת מבלי להביא לכדי מיצוי את השיח הנורמטיבי ולגזור מן הטיעונים המתנגשים הצעה להכרעה כלשהי. על כן, בכוונתי להציג הצעה לפתרון השאלות השונות, שיעמוד באמות המידה החוקתיות הקיימות ויגשר בין הגישות השונות והפרספקטיבות שבוטאו בעבר ובהווה.

¹ ס' 243(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

המאמר עושה שימוש בכמה שיטות מתודולוגיות משלימות. ראשית, המאמר מושתת על בחינה דוקטרינרית של הדין הקיים, תוך עמידה על המגמות החדשות בפסיקה אשר לא זכו לעיבוד מספק בספרות המחקרית מן השנים האחרונות. לצד זאת, המאמר מציע ניתוח ביקורתי של ההסדרים המשפטיים הקיימים ושל הביקורות הקיימות בכתביה האקדמית על מנת לאתגר את הנחות המוצא הקיימות והביקורות הקלסיות כלפי דיני המעצרים הצבאיים. בנוסף, במאמר נעשה שימוש במשפט השוואתי לצורך בירור טענות משפטיות שטרם זכו לעיבוד בפסיקה או בכתביה הישראלית. מכלול מתודולוגי זה מאפשר את גיבושה של מסגרת עיונית-ביקורתית סדורה שעל יסודותיה תוצג המלצת חקיקה מקיפה הנותנת מענה לכלל הסוגיות העולות במהלכו של המאמר.

לאחר מבוא זה, המהווה את **חלק א'** של המאמר, **חלק ב'** יתמקד בהצגת המצב הקיים ביחס להתפתחות עילות המעצר הצבאיות ובסקירת מהותן והיקפן של עילות המעצר הייחודיות שפותחו על ידי הפסיקה הצבאית ברבות השנים. **חלק ג'** יעסוק בבירור הצורך בעילות ייחודיות אלו ובביקורת הרבה שהובעה עליהן בהליכים רבים לפני בתי הדין הצבאיים ובכתביה האקדמית בתחום, תוך קיומו של דיון מסכם ובחינה ביקורתית של העמדות השונות.

פתח **חלק ד'** יתמקד בהצגת הבעיה שבהותרת תחום המעצר עד תום ההליכים לחקיקה שיפוטית ובפגמים האינהרנטיים בדין הנובעים ממצב זה. באמצעו, ייסקרו הניסיונות לתיקון מצב זה בחקיקה ראשית מנקודת מבט ביקורתית הבוחנת את ההצעות למול הביקורות והסטנדרטים העדכניים שהוצגו בפסיקה ובכתביה האקדמית בתחום. בסופו של חלק זה ייערך דיון משלים בסוגיות נוספות שעלו בחלקים הקודמים וזוהו ככאלו הנדרשות בטרם ניתן יהיה לגבש על בסיס מסקנות המאמר הצעת חקיקה עדכנית.

בחלק ה', הסוגר את המאמר, תוצג הצעה לתיקון חוק השיפוט הצבאי אשר תתבסס על המסקנות שהופקו מחלקי המאמר הקודמים וייערך דיון בטעמים העומדים בבסיס הצעת החקיקה שהוצגה.

ב. עילות המעצר הצבאיות: התפתחות, הגדרה ומאפיינים

1.1. רקע היסטורי – מראשית הפסיקה ועד היום

עם הקמת המדינה בשנת 1948, דיני המעצרים במדינת ישראל ככלל ועילות המעצר השונות בפרט היו תולדה של חקיקה שיפוטית המבוססת על עקרונות המשפט המקובל² ועל דיני המעצרים הבריטיים-מנדטוריים.³ בתקופה זו, חוק סדר הדין הפלילי הגדיר אך ורק את הסמכתו של בית המשפט לעצור אדם עד לתום ההליכים המשפטיים כנגדו.⁴ לנוכח מצב זה, הפסיקה התנתה בעצמה מתן מעצר כאמור בהצגת ראיות לכאורה וקבעה שלוש עילות מעצר.⁵ שתי העילות העיקריות – עילת החשש משיבוש הליכים ועילת החשש מסיכון שלום הציבור, הן המשך ישיר של המשפט

² דליה דורנר "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" **משפט וממשל** ד 13, 16 (תשנ"ז-תשנ"ח) (להלן: דורנר).

³ ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

⁴ דורנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 15.

⁵ שם, בעמ' 16.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

האנגלי שחל בארץ בטרם הקמת המדינה,⁶ ואילו העילה השלישית – עילת חומרת העבירה, נתווספה על ידי בית המשפט העליון באופן עצמאי.⁷

מצב דברים זה נותר על כנו עד לשנת 1988, אז נחקק תיקון מס' 9 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר עיגן לראשונה את עילות המעצר בחקיקה ראשית ושמט מהן את עילת חומרת העבירה באופן מפורש.⁸ הסיבה המרכזית לתיקונו של חוק סדר הדין הפלילי בנושא זה הייתה הביקורת הרבה של נבחרו הציבור על מדיניות המעצרים של בית המשפט העליון, אשר שללה לא אחת את חירות הנאשמים ביתר קלות,⁹ עמדה אשר הובעה באופן עקבי גם בפסיקה עצמה, בעמדות המיעוט של השופט אלון.¹⁰ תמורה נוספת חלה בשנת 1995, עת נחקקו חוקי־היסוד המרכזיים בדבר זכויות האדם והאזרח בישראל. התפתחות חקיקתית זו הובילה לתמורה בגישה השיפוטית של הערכאות השונות לכלי מעצר עד תום ההליכים ולתקווה כי יצומצמו היקפי המעצרים.¹¹

בראי מגמת הפסיקה וחקיקת חוקי־היסוד, כשנה לאחר מכן, בשנת 1996, כוננה הכנסת אבן דרך משמעותית נוספת בעיצוב דיני המעצרים בישראל בדמות חקיקת חוק המעצרים.¹² חוק זה התאים את דיני המעצרים להתפתחויות החוקתיות בישראל ביחס לשמירה על זכויות החשודים בפלילים לחירות. החוק הגדיר עילות מעצר ברורות וקבע חלופות מעצר ומנגנונים נוספים אשר תכליתם היא מיתון הפגיעה בחירותם של חשודים ונאשמים כאחד.¹³ חוק המעצרים מנחה את הליכי המעצר בישראל עד היום, וברבות השנים נעשו בו תיקונים ושיפורים קלים בהתאם להתפתחות הטכנולוגיה והחברה.¹⁴

בדומה לדיני המעצרים האזרחיים, גם דיני המעצרים הצבאיים התפתחו תחילה ללא עיגון בדבר חקיקה כלשהו. עם זאת, התמורה העיקרית ביחס לעיגונו של הדין הצבאי בכללותו בוצעה כבר בעשור הראשון לקיומה של המדינה כאשר נחקק חוק השיפוט הצבאי בשנת 1955, אך הוא לא כלל כל התייחסות לאלמנטים מהותיים בדיני המעצר ועסק רק בהסדרת מנגנון קבלת החלטת המעצר שלאחר הגשת כתב אישום ("מעצר עד תום ההליכים"). בשנת 1981 תוקן סעיף המעצרים בשנית, אך גם הפעם תוצאת התיקון הייתה בהיבט הפרוצדורלי – הוספת ערכאת ערעור ועיון מחודש על המעצר,¹⁵ ללא התמודדות עם שאלות מהותיות מתחום דיני המעצרים הצבאיים.¹⁶

⁶ ש.ם.

⁷ ש.ם.

⁸ חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), התשמ"ח–1988, ס"ח תשמ"ח 184 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי); לדיון במהפכה הקודמת בתחום, שנעשתה על ידי חקיקתו של חוק סדר הדין הפלילי עצמו בשנת 1965, ראו: Eliyahu Harnon, *Criminal Procedure in Israel – Some Comparative Aspects*, 115 U. PA. L. REV. 1091, 1091–1099 (1967).

⁹ כפי שציין חבר הכנסת דוד ליבאי בדיון על הצעת החוק בכנסת: "הצעת החוק שאנו דנים בה היא בעצם ההסתייגות שלנו, היושבים כאן, מהפסיקה של בית המשפט העליון [...] אנחנו למעשה חולקים בגלוי, באופן חד משמעי, על עמדת בית המשפט העליון בסוגיה שבה אנו דנים", ראו: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"ב–1992; ד"כ 108 (תשמ"ח) 3456.

¹⁰ כך למשל ראו: ב"ש 16/87 דננאשוילי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 281, 289 (1987); ב"ש 70/86 גינדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 449 (1986).

¹¹ גיא לוריא "מדיניות ריבוי המעצרים ופגיעתם בשוויון" **הצעה לסדר 18** 20 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018) (לטענתו של לוריא, תקווה זו לא התממשה, והיקף המעצרים דווקא גדל, וזאת חרף מטרתו המוצהרת של חוק המעצרים – אשר עיגן את המגמות שהובאו בפסיקה – להביא לכדי צמצום בהיקפי המעצר).

¹² חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים).

¹³ יובל אלבשן "סדר דין פלילי: חוק המעצרים החדש" **עיוני משפט** כב 87, 91 (תשנ"ט–תש"ס).

¹⁴ כמו למשל, מעצר באמצעות פיקוח אלקטרוני. על כן ראו: סימן ג'1 לחוק המעצרים.

¹⁵ חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 14), התשמ"ב–1982, ס"ח 1038 (תשמ"ב) 22.

¹⁶ עמנואל גרוס "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא" **משפט וממשל** ה 437, 441 (התש"ס) (להלן: גרוס).

כך נוצר המצב בו גם במועד כתיבתו של מאמר זה, שבעים שנים לאחר חקיקתו של חוק השיפוט הצבאי ושלושים שנים לאחר המהפכה החוקתית ביחס לזכויות היסוד של האזרח והחייל בישראל, אין עילות המעצר מנויות בחוק השיפוט הצבאי. הן העילות המופיעות בחוק המעצרים האזרחי והן העילות הצבאיות הייחודיות למערכת הצבאית אינן מנויות בחוק השיפוט הצבאי. חסר זה אינו מקרי, כי אם מכוון, זאת לאור הוראה מפורשת בחוק השיפוט הצבאי המונעת את השימוש בחוק המעצרים הצבאי לצורכי מעצר צבאיים, אלא במקרים שבהם חוק השיפוט הצבאי הפנה אליהם במפורש. עילות המעצר הסטטוטוריות אינן נכללות במקרים מוגדרים אלו.¹⁷

מחלק זה אנו למדים, בראש ובראשונה, על ההימנעות העקבית של המחוקק במשך שנים רבות מלחוקק הסדרים מפורטים בתחום דיני המעצרים. בתחום האזרחי, הסדרה ראשונית וחלקית בלבד הגיעה רק לאחר 40 שנים מהקמת המדינה, ולהסדרה מפורטת ומאוזנת היה הציבור צריך לחכות עוד 8 שנים נוספות. בתחום הצבאי, הסדרה מעין זו – לא הגיעה מעולם. מגמה זו מאפיינת את הדין הישראלי בשורה ארוכה של נושאים ותחומים מרכזיים¹⁸ והיא מנוגדת למגמות אחרות, בייחוד בתחום החירות האישית, במדינות המערב, אשר העלו על נס כבר בהקמתן קריטריונים ברורים לפגיעה בחירות החשוד והנאשם במסגרת חוקת היסוד שלהן.¹⁹

כפי שצינתי לעיל, חרף היעדרו של דבר חקיקה ברור המקים עילות מעצר בהליכים פליליים המתקיימים בבתי הדין הצבאיים, הפסיקה הצבאית פיתחה עילות מעצר בדרך של חקיקה שיפוטית.²⁰ לצד קליטתן של העילות האזרחיות – מסוכנות, שיבוש מהלכי משפט ונקיטת הליכי חקירה בתקופה שלפני הגשת כתב אישום,²¹ קלטת הפסיקה הצבאית עילה אזרחית ייחודית שמקורה בפסיקתו של בית המשפט העליון – עילת חומרת העבירה,²² ופיתחה עילה צבאית ייחודית ראשונה – עילת הפגיעה במשמעת הצבא. עם תיקון חוק סדר הדין הפלילי וחקיקתו של חוק המעצרים, נקבע בפסיקה כי חומרת העבירה אינה יכולה להוות עילה בלעדית למעצר,²³ ומשכך נזנחה העילה הצבאית המקבילה.²⁴ במקומה פותחה עילת המסוכנות הצבאית כעילה ייחודית

¹⁷ ס' 243 לחוק השיפוט הצבאי.

¹⁸ כך למשל, ראו והשוו, ביחס לאיקביעת הסדר חקיקתי בסוגיות קבילות ראיות שהושגו לא כדין במשך למעלה מחצי מאה לע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461, 46–47 (2006); ביחס לאייהסדרה של סמכויות מנהל מקרקעי ישראל המחזיק ברוב קרקעות המדינה השוו לבג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, 82–83 (2002); ביחס לעמדתה החריפה של השופטת ארבל, אגב הדיון בשאלת חוק האזרחות הישראלי, ראו: בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44, פס' 27 לפסק דינה של השופטת ארבל (2012) ("המחוקק נמנע מלהסדיר בהסדר חוקי קבוע את הפגיעה בזכויות יסוד של אזרחיו, וככל הנראה לא בכדי, שהרי מכיר הוא בקושי הגלום בחוק זה"); עוד ראו והשוו, ביחס להימנעות המחוקק מהסדרת הפיצויים בגין מעצר שלא הבשיל לכדי הגשת כתב אישום בדין הצבאי, לעלב"ש 214/09 **סמ"ר ר' י' נ' התובע הצבאי הראשי** (נבו) 27.10.2011.

¹⁹ דורנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20.

²⁰ מרדכי לוי "האם חומרת העבירה מהווה עילת מעצר בצבא? בחינה מחדש של עילות המעצר בצבא לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ו'חוק המעצרים" **משפט וצבא** 15, 193, 204 (התשס"א) (להלן: לוי).

²¹ ס' 13(א) לחוק המעצרים.

²² עיקרה של עילה זו היה בהרתעה של נאשמים פוטנציאליים מביצוע עבירות חמורות ושמירה על אמון הציבור במערכת המשפט. בהשוואה ליתר עילות המעצר המוכרות בחוק סדר הדין הפלילי ניתן לומר כי בעוד העילות הסטטוטוריות מתמקדות במטב על מצבו של הנאשם הספציפי בהליך הנידון, עילת חומרת העבירה מסיטה את המיקוד מן הנאשם ובוזנת את ההשפעה על התנהגותם של עבריינים פוטנציאליים ואת תגובת הציבור להחלטה בדבר מעצרו של הנאשם. לצורך כך ראו: חיה זנדברג "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?" **משפטים** לא(2) 323, 328–329 (התשס"א); השוו לבש"פ 5890/91 **טרודי נ' מדינת ישראל**, מו(1) 553, 558–559 (1992); מקורה של עילה זו בעילת חומרת העבירה האזרחית ולכן ראו ב"ש 57/74 **מנדלבאום נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 757 (1974); ב"ש 133/74 **בן-ציון נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(2) 754 (1974); ב"ש 290/76 **ידלן נ' מדינת ישראל**, פד"מ לא(1) 671 (1976); בש"פ 1044/82 **מדינת ישראל נ' מולכו**, פ"ד לז(1) 78 (1983).

²³ דני"פ 2316/95 **גנימאת נ' מ"י**, פ"ד מט(4) 589, 613–614 (1995) (להלן: דני"פ **גנימאת**); מיכל טמיר "חלופות מעצר – האם הן תמיד לטובת הנאשמים?" **משפט וממשל** יז 367, 377 (התשע"ו).

²⁴ לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 198.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

נוספת לדיני המעצרים הצבאיים. אם כך, קיימות כיום שתי עילות מעצר צבאיות ייחודיות והן: עילת הפגיעה במשמעת הצבא ועילת המסוכנות הצבאית. אפנה כעת לסקור בקצרה עילות אלו באופן פרטני כחלק מהנחת הבסיס העיוני הנדרש לדיון בסוגיה שלפנינו.

2.2. פגיעה במשמעת הצבא – "העילה ההרתעתית"

המונח פגיעה במשמעת הצבא הוא מונח עמום הכולל קשת רחבה של התנהגויות.²⁵ לצד זאת, לא כל חשש לפגיעה במשמעת הצבאית הוא חשש המצדיק את הותרתו של חשוד במעצר, ולמעשה – את המשך שלילת זכותו החוקתית לחירות. בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי במונח "פגיעה במשמעת הצבא" כלולים כל מעשי העבירה החותרים מתחת לסדר והמשטר בצבא ככלל, וביחידה בפרט, לרבות פגיעה בסמכות פיקודית ופגיעה במורל ובתפקוד היחידה ובתפקוד החיילים כפרטים.²⁶

כדי לקיים את ההבחנה בין המקרים המצדיקים שלילת חירותו של חייל לבין אלו שלא, נקבע כי השימוש בעילה זו ייעשה שעה שבה נדרש המעצר כדי למנוע פגיעה קשה וחמורה במשמעת הצבאית, עליה מושתת הצבא.²⁷ ודוק – גם אם המעשים שבהם מואשם החשוד הם חמורים ומראים באופן מובהק על אובדן משמעת וערכים, אשר ניתן ואף חובה לצפות מחייל בצה"ל לעמוד בהם, בהיעדר קשר בין המעשה לבין המסגרת הצבאית – לא ניתן יהיה להשתמש בעילת מעצר זו.²⁸ במילים אחרות, כאשר המעשים שבוצעו נעדרים קשר לתפקוד החייל כחייל ואינם פוגעים במורל היחידה ובכושר החיילים לפעול, הרי שלא ניתן להשתמש בעילת מעצר שכל עיקרה שימור המשמעת הצבאית.²⁹ יתרה מזו, הפסיקה הצבאית קבעה כי השימוש בעילה זו ייעשה במשורה, כשישנם שיקולים בולטים, ערכיים, של שמירת המשמעת בצבא והקפדה על ערכי יסוד נוספים שיש להקפיד על שמירתם, בין שורות הצבא.³⁰

ברמה הפרקטית נקבע על ידי בית הדין הצבאי לערעורים כי שעה שרוצה התביעה להוכיח את עילת המעצר ההרתעתית, יש להוכיח כי ביצוע עבירה מסוג שהנאשם מואשם בה יגרור פגיעה חמורה במשמעת הצבא וכי קיים יסוד סביר כי השחרור מהמעצר, או איהמעצר, יביאו לפגיעה חמורה

²⁵ השוו ביחס לדיון שנערך בדין האמריקאי ביחס למינוח "מסוכנות": Melissa Hamilton, *Modelling Pretrial Detention*, 72(2) AM. U. L. REV 519, 583 (2022).

²⁶ ע"מ 18/95 רב"ט פסחוב נ' התובע הצבאי הראשי, החלטתו של השופט שוהם (נבו 16.6.1995); יצוין כי חרף חלוף השנים מאז עניין פסחוב ומפסקי הדין וההחלטות המצוטטים שם, ממשיכים בתי הדין הצבאיים להשתמש בקביעותיהם העקרוניות כהלכה מחייבת ומרבים להשתמש בהם. כך למשל ראו את החלטת בית הדין הצבאי המחוזי מן השנים האחרונות, המצטטת בהסכמה הלכה עקרונית שנקבעה עוד בשנות השמונים: מיוחד (מחוזי) 1/21 סא"ל ד' ש' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 81 להחלטתו של השופט גרינברג (נבו 16.3.2023) (להלן: עניין ד' ש').

²⁷ ע"מ 75/16 רב"ט פ' ס' ק' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 10 להחלטתו של השופט פורת (נבו 30.6.2016) (להלן: עניין פ' ס' ק').

²⁸ ע"מ 19/94 התובע הצבאי הראשי נ' סמל עטה, עמ' 2 להחלטתו של השופט צלוקובניק (נבו 3.10.1994) (בפרשה זו, נפסק בערעור שהגישה התביעה הצבאית כי חייל שהואשם במעשה מגונה בילדה בת 5 לא ייעצר עד תום ההליכים בעילה של פגיעה במשמעת הצבא וזאת לאור היעדר קיומה של זיקה צבאית המתלווה למעשה המיוחס, שכן מעמדו ותפקידו הצבאי של הנאשם לא היו גורם ישיר ליצירת הקשר בינו לבין נפגעת העבירה לשיטת המותב. למרות חומרתה של העבירה, המעשה האמור נעדר אופי של פגיעה ישירה ומובהקת במשמעת הצבא ככזו, באורח המצדיק המשך מעצר בעילה ייחודית זאת).

²⁹ ע"מ 33/95 רב"ט ויסאם נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 19 לפסק דינו של השופט פינקלשטיין (נבו 6.12.1995) (להלן: עניין ויסאם).

³⁰ ע"מ 35/09 סגן א' מ' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 12 להחלטתו של המשנה לנשיא פילס (נבו 7.4.2009) (להלן: עניין א' מ').

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

וממשית בצבא.³¹ לצד קביעה זו, פותחו אמות מידה ראשוניות לבחינת רמת הפגיעה במשמעת הצבא. כך למשל, נקבע כי אם דבר עבירת העבירה ידוע בפני כול, יש בכך כדי להצדיק את הגבלת חירותו של נאשם, שכן צורכי המשמעת הופכים להיות אקוטיים יותר, גם אם חלף מביצוע העבירה זמן רב.³² כמו כן, נקבע כי חלוף זמן ארוך ביותר, כעשרה חודשים עד שנה, מוביל להתקוות העילה עד התאיינותה המוחלטת, ולכן בית הדין ייטה לשקול חלופת מעצר.³³

ברבות השנים התלבטו הפסיקה הצבאית והכתיבה האקדמית בשאלה האם עילת חומרת העבירה ועילת הפגיעה במשמעת הן למעשה אותה עילה. כך למשל, העיר בית המשפט הצבאי לערעורים:

”שתי העילות האלה עניינן אחד, לאמור: מעצר לאחר אישום שאינו נובע מחשש להימלטות מן הדין או שיבוש חקירה, ואין מקורו החשש לשלום הציבור מן הנאשם הספציפי. על כורחנו עלינו לומר שמטרת המעצר במקרה זה היא הרתעתית. [...] נראה לי שנכון היה (גם אז) לומר, כי ”הפגיעה במשמעת הצבא” ו”חומרת העבירה” אינן שתי עילות מעצר נפרדות אלא עילת מעצר אחת.”³⁴

לתפיסה זו של בית הדין הצבאי לערעורים יש גם תמיכה מן הכתיבה האקדמית,³⁵ אך ההלכה שהשתרשה בפסיקותיהם של בתי הדין הצבאיים היא כי מדובר בעילה נפרדת ועצמאית.³⁶ יש לציין כי קביעה זו קיבלה גם היא תמיכה מן הכתיבה האקדמית.³⁷

עילת הפגיעה במשמעת הצבא שונה בתכליתה מיתר עילות המעצר האחרות ולמעשה היא עילת המעצר היחידה במדינת ישראל אשר הערך העומד בבסיסה הוא הרתעת עבריינים פוטנציאליים, אשר יכולים לקבל את הדחיפה הנדרשת לביצוע המעשים כתוצאה מעצם ביצוע המעשה בידי חייל אחר. בשונה מעילות אחרות, המבקשות למנוע את הישנותה של עבירה בעתיד בידי הנאשם עצמו, העילה ההרתעתית מנסה לתת מענה להשלכות רחבות היקף אשר נובעות מן העבירה שכבר בוצעה.³⁸ הן קיומה של העילה והן ההצדקות לקיומה אינן פשוטות כלל וכלל, אך די בדברים שהובאו לעיל כדי להניח בסיס עיוני מינימלי לקראת הדיון הרחב בשאלות ותהיות אלו, שיעשה בפרק ב' למאמר זה.

3.3. עילת המסוכנות הצבאית – העילה ”המניעתית”

³¹ ע”מ 35/02 סמל אמינוב נ’ התובע הצבאי הראשי, פסי’ 26 להחלטתו של השופט לוי (2002) (להלן: עניין אמינוב) (יצוין כי הלכת אמינוב היא אחת מההלכות המרכזיות בתחום המעצר במערכת השיפוט הצבאית. ביחד עם ההלכות הנוספות הן מהוות את הקורפוס הפסיקטי של הליכי המעצר בצה”ל).

³² שם, בפסי’ 35 להחלטתו של השופט לוי.

³³ שם, בפסי’ 41 להחלטתו של השופט לוי.

³⁴ עניין ויסאם, לעיל ה”ש 29, בפסי’ 21 להחלטתו של השופט פינקלשטיין.

³⁵ גרוס, לעיל ה”ש 16, בעמ’ 442.

³⁶ ע”מ 14/95 רב”ט שרגאי נ’ התובע הצבאי הראשי, פסי’ 3 להחלטתו של השופט צלקובניק (נבו 8.6.1995) (להלן: ע”מ שרגאי); עוד ראו והשוו לע”מ 88/24 התובע הצבאי הראשי נ’ טוראי ר’ ד’, פסי’ 10 ו-23 להחלטתה של השופטת גולדשמידט (נבו 5.9.2024); עניין פ’ ס’ ק’, לעיל ה”ש 27, בפסי’ 10 ו-11 להחלטתו של השופט פורת; ע”מ 8/13 התובע הצבאי הראשי נ’ טור’ י’ א’, פסי’ 15 להחלטתה של השופטת מרקמן (נבו 3.3.2013); ע”מ 98/08 סמ”ר כץ נ’ התובע הצבאי הראשי, פסי’ 12 להחלטתו של המשנה לנשיא פיילס (נבו 4.11.2008) (להלן: עניין כץ); ע”מ 59/96 התובע הצבאי הראשי נ’ רב”ט קשאני (נבו 29.5.1996).

³⁷ לוי, לעיל ה”ש 20, בעמ’ 196–197.

³⁸ ע”מ 26/21 טור’ התרסי ואח’ נ’ התובע הצבאי הראשי, פסי’ 52 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן (2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

עילת המסוכנות הקלסית, המעוגנת בחוק המעצרים,³⁹ עוסקת בקיומו של יסוד סביר לחשש כי הנאשם יפגע באדם אחר, בביטחון הציבור או בביטחון המדינה.⁴⁰ לעומתה, עילת המסוכנות הצבאית היא אדפטציה מורכבת יותר של עילת המסוכנות הקלסית הכוללת שני רכיבים חלופיים. הרכיב הראשון, הנטוע בעבותות בעילת המעצר האזרחית, הוא החשש להישנותה של העבירה בידי החשוד או הנאשם במבט צופה פני עתיד.⁴¹ הרכיב השני, אשר הופך את העילה לעילה צבאית במהותה, בוחן חשש לפגיעה במוכנותו, בכשירותו ובכוננותו של הצבא.⁴² בכך עילת המעצר מרחיבה את היקף הבחינה השיפוטית לא רק לנסיבות המקרה הספציפיות, הנבחנות ברכיב הראשון, אלא גם לנקודת מבט רחבה הכוללת את השלכות העבירה הנוספת, אם החשש הסביר אליה יתממש, על היחידה שבה משרת הנאשם וכן על המערכת הצבאית כולה.⁴³

לצד הדברים האלו, הפסיקה קבעה כי השלכה אשר יש לענות עליה במעצרו של חשוד או נאשם היא הצורך בהצבת רסנים ברורים למשרתים שמא תהפוך ההתנהגות בגינה נעצר החשוד לטבע שני של המשרתים ביחסים בינם לבין עצמם, ביחסים בינם לבין מפקדיהם ואף ליחסים אותם מקיימים המשרתים עם אזרחים מחוץ למסגרת הצבאית.⁴⁴ כמו כן, נקבע כי במסגרת המסוכנות הצבאית ניתן לבחון גם את השפעת ההתנהגות על כבודם וחירותם של יתר המשרתים ביחידה.⁴⁵ בהמשך לכך, היבט חשוב נוסף שמשקף בפסיקות של בתי הדין הצבאיים כחלק מבחינת ההשלכות המסוכנות על יחידתו של הנאשם הוא החשש כי שחרורו של נאשם, הנחשד בביצוע עבירות מין, יסכן את שלומם של חיילות וחיילים נוספים ביחידתו וכי במסגרת המסוכנות הצבאית יש לבחון בהקשרים אלו את תחושת המוגנות והביטחון האישי של חיילי היחידה השונים.⁴⁶

בדומה לחזקות המסוכנות האזרחיות, המעוגנות גם הן בחוק המעצרים,⁴⁷ פיתחה הפסיקה הצבאית, בהלימה למגמות בדיני המעצר האזרחיים, שורה של מקרים שבהם קמה חזקה של מסוכנות צבאית. כך למשל, נקבע כי עבירות ביזה, בנסיבות מסוימות, מקימות חזקה למסוכנות צבאית.⁴⁸ כמו כן, נקבע כי עבירות אלימות של חיילים כלפי מי שנתון בשליטתם,⁴⁹ עבירות סמים⁵⁰ ואף עבירות של היעדר מן השירות עשויות להקים חזקת מעצר של מסוכנות צבאית.⁵¹ אלמנט נוסף

³⁹ ס' 21(א)(1) (ב) לחוק המעצרים.

⁴⁰ שם.

⁴¹ ע"מ 105/16 טור' ש' ב' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פס' 46 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן (נבו 2016.9.6) (להלן: עניין ש' ב'); לביקורת על גישה זו הטוענת כי מדובר בפגיעה בחירות על המחשבה או ההכנה לביצוע פשע, אשר אינן בנות הרשעה בפלילים, ראו Daniel Ohana, *Desert and Punishment for Acts Preparatory to the Commission*, 20 CAN. J. L. & JURIS. 113, 113 (2007) Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and of a Crime*, 20 CAN. J. L. & JURIS. 113, 113 (2007) Marc Miller & Martin ; *the Case of Anti-Democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 2697, 2700 (2007) Guggenheim, *Pretrial Detention and Punishment*, 75 MINN. L. REV. 335, 372–373 (1990) שם.

⁴² שם; ראו גם עניין **אמינוב**, לעיל ה"ש 31, בפס' 25 להחלטתו של השופט לוי.

⁴³ עניין א' מ', לעיל ה"ש 30, בפס' 12 להחלטתו של המשנה לנשיא פיילס; ראו והשוו לעניין ד' ש', לעיל ה"ש 26, בפס' 6 להחלטת אבי"ד (נבו 2023.3.16).

⁴⁴ ע"מ 33/23 רב"ט י' ז' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פס' 57 להחלטתה של השופטת גולדשמידט (נבו 2023.6.6) (להלן: עניין י' ז').

⁴⁵ ע"מ 35/21 סמל ו' פ' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פס' 60 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן (נבו 2021.7.11) (להלן: עניין ו' פ'); ראו גם ע"מ 58/18 טור' ג' א' ק' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פס' 14 להחלטתה של השופטת הלר (נבו 2018.8.27) (להלן: עניין ג' א' ק').

⁴⁶ ס' 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים.

⁴⁷ ע"מ (איו"ש) 76/07 **סמל בן עזרא נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 8 להחלטתו של השופט פיילס (נבו 2007.12.25).

⁴⁸ עניין ש' ב', לעיל ה"ש 41, בפס' 49 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.

⁴⁹ שם.

⁵⁰ שם; ראו גם ע"מ 1/09 טור' **סולסן נ' התובע הצבאי הראשי** (נבו 2009.1.6); ע"מ 75/17 טוראי י' ח' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פס' 41 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן (נבו 2017.10.30).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שנקלט בהקשר זה בפסיקה הצבאית הוא הכלל המוכר מפסיקתו של בית המשפט העליון לפיו ניתן להקים עילת מסוכנות גם בעבירות שאין עימן פגיעה בגופו של אדם.⁵² בנוסף, נפסק כי המסוכנות הצבאית יכולה להתגבש גם לאור הצטברות של מקרים המראים על התנהגות פרועה או בלתי הולמת אשר מעידים על הפוטנציאל המסוכן של התנהגות הנאשם והיכולת שלה לפגוע בפעילות השוטפת של היחידה.⁵³

ג. המחלוקת סביב עילות המעצר הצבאיות – הצדקות, ביקורות ותגובות

עצם קיומן של העילות הצבאיות הייחודיות שהוצגו לעיל מעורר קושי נורמטיבי ממשי. למעשה, שתי העילות מתרחקות וייתכן שאף מתנתקות מן הערכים והאיזונים העומדים בבסיס דיני המעצר האזרחיים. מעצרו של חשוד לצורכי הרתעה והרחבת הגדרת המסוכנות כך שתכלול אלמנטים צבאיים ייחודיים מעלים קשיים רבים. הראשון הוא הקושי לראות בהרתעה עילה ראויה וחוקתית למעצר. השני הוא הקושי שבקיומה של מסוכנות ביחס לפגיעה בעבודת היחידה הצבאית, בעוד המסוכנות הקלסית עוסקת בחשש לפגיעה בחיי אדם או בביטחון הציבור והמדינה. תהיות אלו ורבות אחרות הובילו לדיונים נרחבים בדבר הצורך והנחיצות של עילות המעצר הצבאיות. בחלק זה אבחן את העמדות השונות ואציע מענה לטענות העולות.

ג.1. הצדקות לקיומן של עילות המעצר הצבאיות

המצדדים בצורך קיומן של עילות המעצר הייחודיות למערכת הצבאית מצביעים על שורה של הצדקות ממגוון רחב של עולמות תוכן ומחשבה. עם זאת, נדמה כי הטענה העיקרית והמשמעותית ביותר בדבר הצורך שבקיומם של דיני מעצרים ייחודיים לצה"ל נטועה דווקא בתפיסה לפיה המכוון הוא שראה לנכון ליתן למחוקק ולרשויות הצבא היתר להגביל את זכויות היסוד של המשרתים בצבא ההגנה לישראל "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".⁵⁴

הצדקה זו, אשר אכנה אותה לצורכי נוחות "הצדקת ההיתר החוקתי", מתבססת על הפרשנות שיש ליתן לפסקת ההגבלה הייחודית למשרתי הצבא המופיעה בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נוסחו הובא לעיל. נקודת המוצא של פרשנות זו היא ההבנה כי הדין הישראלי מכיר בכך ששירות בגוף ביטחון כלשהו, ובייחוד בצבא, עלול להוביל לפגיעה בזכויות היסוד של המשרת, נוסף על הפגיעה המותרת בזכויות היסוד שלו כאזרח.⁵⁵ אין חולק כי החייל, בדומה ליתר המשרתים בגופי הביטחון, הוא גם אזרח, ומוקנות לו כלל הזכויות החוקתיות אשר ניתנו ליתר האזרחים בעת כינונם של חוקי היסוד העוסקים בזכויות האזרח.⁵⁶ לצד זאת, חוקי היסוד הישראליים אינם מוחלטים

⁵² כך למשל ראו: בש"פ 4684/15 פלאח נ' מדינת ישראל, פס" 5 להחלטתו של השופט עמית (נבו 22.7.2015); בש"פ 2931/21 קובי נ' מדינת ישראל, פס" 18 להחלטתו של השופט פוגלמן (נבו 24.5.2021).

⁵³ מטכ"ל (מרכז) 262/23 התביעה הצבאית נ' רב"ט ג' ס', פס" 37–39 להחלטתו של השופט גרינברג (נבו 31.5.2023); עוד ראו ע"מ 93/08 טור' דמיטרי שפירו נ' התובע הצבאי הראשי, עמ" 9 להחלטתו של השופט לוי (נבו 5.10.2008); צפון (מחוזי) 5/23 התובע הצבאי נ' רב"ט ו' א' ס', עמ" 8 להחלטתה של השופטת מוסקוביץ' (2023).

⁵⁴ ס' 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁵⁵ אהרן ברק "פסקת ההגבלה הבטחונית וצבא ההגנה לישראל" ספר אליקים רובינשטיין 985, 988 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקציה, רינת סופר עורכים) (2021) (להלן: ברק "פסקת ההגבלה הבטחונית").

⁵⁶ בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686, 688–689 (1997) (להלן: עניין שרגאי); קביעה זו מוכרת גם במדינות רבות נוספות, בהן ארצות הברית, שם נפסקו דברים ברוח דומה, על כן ראו: *Middendorf v. Henry*, 425 U.S. 25, 50 (1976); *Chappell v. Wallace*, 462 U.S. 296, 305 (1983).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

והם מסמיכים את המחוקק להגביל את זכויות היסוד של האזרחים כולם בכפוף לתנאים המפורטים בפסקת ההגבלה.⁵⁷ בנוסף, חקיקת היסוד ביססה הבחנה עקרונית בין האזרח לחייל וקבעה אמת מידה ייחודית המכירה בזכותו של המחוקק להגביל את זכויות היסוד של המשרתים בצבא ההגנה לישראל תוך התייחסות לאופי הייחודי של המסגרת הצבאית.⁵⁸

ברמה הערכית נקבע כי אופיו ומהותו של השירות בצה"ל נובעים משורה ארוכה של דברי חקיקה, אשר מעידים כי מטרת השירות בצה"ל אינה מתמצה רק בהגנה על המדינה ובמימוש המטרות הביטחוניות-לאומיות, אלא גם במטרות חוץ-ביטחוניות הנגזרות מהיותו של צה"ל "צבא העם".⁵⁹ מימושן של מטרות אלו תלוי באופן ישיר באופייה של המערכת הצבאית ככזו המושתתת על כיבוד המבנה ההיררכי של הצבא,⁶⁰ קבלת מרות וציות לפקודות⁶¹ וקיומה של המשמעת הצבאית.⁶²

אלו המשתמשים בהצדקת ההיתר החוקתי טוענים, אפוא, כי הפרשנות שניתנה לפסקת ההגבלה הצבאית מצדיקה את החלתם של דיני מעצרים שונים ביחס לחיילים הנאשמים בעבירות פליליות לעומת אזרחים, כפועל יוצא מן ההבדל שבין חייל לאזרח המגולם בחוק-היסוד וההכרה כי מטרתה של מערכת השיפוט הצבאית היא לשרת את צורכי הצבא.⁶³ תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא בדברים שאמר הנשיא ברק בפרשת **דותן**, בה נקבע:

"בית משפט זה פסק לא פעם, כי שיקוליהן של הרשויות הצבאיות בכל הנוגע לאכיפת החוק, למעצר, להעמדה לדין, לביטול כתבי אישום וכיוצא באלה, שונים ואפשר שאף רחבים מן השיקולים ששוקלת רשות אזרחית בנסיבות דומות, שכן הרשויות הצבאיות אמורות לשקול גם את "אינטרס הצבא... כחלק מהמושגיות הכללית של 'ענין הציבור'".⁶⁴

מכאן, שישנה הכרה ברורה בכך שהפערים שנוצרו בין הצבא לבין המערכת האזרחית בכל הקשור לדיני המעצרים הנוהגים בצבא הינם מוצדקים והם תולדה של איזון חוקתי שנערך בד בבד לכינון של זכויות האזרח בישראל.

הצדקה נוספת לקיומן של עילות מעצר צבאיות ניתן למצוא בעולמות האתיקה והמוסר הצבאיים. כך, ניתן לטעון שקיומן של עילות מעצר צבאיות ייחודיות ומרחיבות יותר מאלו האזרחיות אינו רק פועל יוצא של ההבדלים המוסדיים-מערכתיים שבין החברה הצבאית לאזרחית, אלא גם תולדה נדרשת של המעמד המוסרי-אתי הגבוה הנדרש מחבר בכוחות הביטחון הלאומיים. הבסיס להצדקה

⁵⁷ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁵⁸ ס' 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; רע"א 8138/07 פאר נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסק דינו של השופט מלצר (נבו 21.6.11); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, פסי 68-71 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 12.1.2011).

⁵⁹ ברק "פסקת ההגבלה הבטחוניית", לעיל ה"ש 55, בעמ' 1013-1014.

⁶⁰ בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי, פ"ד סג(2) 325, 374 (2009) (להלן: עניין אבו רחמה).

⁶¹ לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 251.

⁶² בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 85 (1997); מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור חוק יסוד: הצבא 41 (יצחק זמיר עורך 2000); עודד מודריק שפיטה צבאית 57 (התשנ"ג); בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הועדה לעיון בעונש, פ"ד נג(3) 721, 744 (1999); יפים לעניין זה הדברים שנקבעו בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 281-282 (1999) (להלן: עניין צמח) ("המהות והאופי של השירות הצבאי כוללים גם את ההקפדה על המשמעת בצבא, את צמצום התופעה של היעדרות מן השירות וכיוצא באלה. לפיכך, פסקת ההגבלה הביטחוניית שבסעיף 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").

⁶³ בג"ץ 5000/95 ברטלה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, מט(5) 64, 73-75 (1995).

⁶⁴ דנג"ץ 5404/99 דותן נ' התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסי 3 להחלטתו של הנשיא ברק (נבו 31.1.2000).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן
צפויים שינויים נוספים.

זו הוא, אפוא, הציפייה לסטנדרט אתימוסרי מוגבר מן החיילים בצבא, אשר קיבלה עיגון לא רק בפסיקתו של בית המשפט העליון,⁶⁵ אלא גם במסמכי הצבא המנחים ובראשם – "רוח צה"ל", המהווה את המצפן המוסרי הראשי של כל חייל וחיילת בצה"ל ואשר עיגן את ערך הדוגמה האישית בתוכו.⁶⁶

הפועל היוצא מן הדרישה לרמת התנהגות גבוהה וערכית ביחס למשרתים בצבא ההגנה לישראל הוא החובה המוטלת על רשויות המשפט בצבא לקדם את העמידה בסטנדרטים ערכיים אלו, כפי שקבע בית המשפט העליון:

"ממערכת המשפט בצבא, המופקדת על יישום ערכי ההתנהגות בצה"ל, צריך לצאת מסר נחוש של הגנה עיקבית ונחרצת על ערכים בסיסיים לחברה ולצבא, ושל אכיפה בלתי מתפשרת, בכל המישורים – החינוכיים, הפיקודיים, והענישתיים – של עקרונות יסוד משותפים לחברה הישראלית ולצבא הישראלי, המקנים להם את אופיים הערכי והאנושי [...] אין להתעלם מהיותה של המערכת הצבאית מסגרת שחלים עליה כללים מיוחדים המתאימים לגוף היררכי, הנושא באחריות עליונה לבטחון המדינה, והנתון לאילוצים מיוחדים, פרי הצרכים הבטחוניים המכתיבים את אופי פעילותו ודרך התנהלותו. מציאות מיוחדת זו הביאה ליצירת כללי התנהגות מיוחדים לצבא, שנועדו להסדיר את הייחוד שבפעילותו. דוקא לאור מעמדה המיוחד של המערכת הצבאית, נדרשת הקפדת יתר באכיפת הנורמות המוסריות-ערכיות בפעילות הצבא וחייליו".⁶⁷

על כן, ניתן לטעון כי יש להרחיב את הערכים המוגנים באמצעות המעצר במסגרת הצבאית כדי להגן על ערכים ואינטרסים מהתחום המשמעת-ערכי. הדבר מקבל משנה תוקף לאור המרכזיות של ערכים אלו בהווה הצבאית ובראי החשש שהפגיעה במשמעת ובמוכנות שהשחרור ממעצר או אי-המעצר עצמו תגרום ליחידתו של הנאשם או לצבא בכללותו.⁶⁸ הנזק שיכול להיגרם ליחידה ולצבא כתוצאה מפגיעה בערכים משמעתיים המבוטאים באמצעות שחרור ממעצר אינו שונה בהשפעתו מכל פגיעה בשמירה על המשמעת ביחידה, אשר יכולה להוביל לפגיעה בחיי אדם:

"As discipline must be maintained within the military, so breaches of discipline must be punished. Any breach of the military ethic-discipline could impair the fighting effectiveness of a military unit. Any infraction which would lessen a soldier's enthusiasm to respond

⁶⁵ בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג' 62, 69–70 (1999); ראו גם בג"צ 585/01 קלכמן נ' הרמטכ"ל, פ"ד נח' (1) 694, 719 (2003).

⁶⁶ "רוח צה"ל", אתר צה"ל <https://www.idf.il/1099>.

⁶⁷ עניין אבו רחמה, לעיל ה"ש 60, בפס' 88–89 לפסק דינה של השופטת פרוקציה; וכפי שביאר המלומד האמריקאי "Civilian criminal law seeks to restrict and regulate behavior so that people can live together in peace and tranquility. Military justice has a similar and yet more positive purpose. Military justice must, of necessity, promote good order, high moral and discipline" EDWARD M. BYRNE, MILITARY LAW (2nd ed., Naval Institute Press, 1976).

⁶⁸ השוו': שם, לעיל ה"ש 35; ראו גם עניין ויסאם, לעיל ה"ש 29, בעמ' 88–89.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

to duty would necessarily impair the effectiveness of his unit. Should that unit be in combat, any reluctance, however slight, to respond to duty could be disastrous, or even fatal"⁶⁹

הצדקה נוספת, הנגזרת מן הדברים שנאמרו לעיל, היא הצורך שבעיגון עקרון ההרתעה במסגרת דיני המעצר הצבאיים. התומכים בעקרון ההרתעה במסגרת דיני המעצר בונים למעשה קומת טיעון נוספת מעל לדברים שנאמרו לעיל, בדבר הצורך שבאכיפת רף מוסרי גבוה יותר בדיני המעצר הצבאיים, וטוענים כי יש צורך בהרתעה כלפי עבריינים פוטנציאליים כדי להגן על הממסד הצבאי בכללותו, על כוננות הצבא ותפקודו.⁷⁰ בנוסף, בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי עקרון ההרתעה הוא בעל מטרות רחבות יותר והוא כולל בתוכו גם את המסר שאותו מקבל החייל הפשוט באשר ליחס של המערכת הצבאית לביצוען של עבירות חמורות ומאבקן של רשויות אכיפת החוק הצבאיות למיגורן.⁷¹

המקור העיוני להחלתו של עקרון ההרתעה בדיני המעצרים נובע מן הדרך שבה אנו רואים את ההליך הפלילי ככלל, ובייחוד את שלב המעצר.⁷² ברמה העקרונית ניתן להפריד בין שתי תכליות שונות אשר ניתן ליחס למעצר. תכלית צרה, אשר עיקרה בקיומו של הליך משפטי תקין וראוי, ותכלית רחבה, המצדיקה שימוש במעצר לצרכים ציבוריים, ובהם גם הרתעת הרבים.⁷³ על מקומה של ההרתעה בדין הפלילי הישראלי עמדה ועדת גולדברג וכך אמרה:

"ההרתעה הכללית, שהולמת גם את תודעת הציבור, היא תכלית חינוכית ממדרגה ראשונה, הראויה לכל הדעות, ולפיכך אין להטיל ספק באשר להתיישבותה עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כל ועד ובתנאי שאין הרשות המחוקקת או בתי המשפט עושים בה שימוש החורג מן הנדרש, לשם השגתה."⁷⁴

נקודה נוספת, אשר ראוי להביאה כעת, היא האינסטרומנטליות של עילות המעצר הצבאיות. כפי שתואר בהרחבה לעיל, יש בכוחן של עילות המעצר הייחודיות, ובראשן עילת הפגיעה במשמעת הצבא, כדי לקדם שמירה על המשמעת בתוך הצבא. עילת המעצר העוסקת במסוכנות צבאית מהווה גם היא, לשיטתי, כלי חשוב בידי מערכת המשפט הצבאית. עיקר ייחודיותה של המסוכנות הצבאית הוא בחשש שמא ביצוע עבירה נוספת בידי החשוד עלול לפגוע במוכנות הצבא ובכושר היחידה.⁷⁵ בכך היא מהווה כלי המקשר בין התנהגות הנאשם עצמו לבין השפעת מעשיו על המרחב שבו נמצאת סביבתו, כלי אשר אינו נמצא בנסיבות אזרחיות. באמצעות עילת המסוכנות הצבאית ניתן לבודד

Robert S. Poydasheff, *Military Justice A Reinforcer of Discipline*, 62 INTERNATIONAL LAW STUDIES, ⁶⁹ 426, 428 (R. Lillich & J. Moore ed., 1980). ראו גם לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 240.

⁷⁰ עניין ויסאם, לעיל ה"ש 29, בעמ' 93; ראו גם ע"מ 24/96 התובע הצבאי הראשי נ' ליבוביץ, פס' 4-5 להחלטתו של השופט פינקלשטיין (נבו 9.4.1996).

⁷¹ ע"מ 16/97 התובע הצבאי הראשי נ' סמל חדד, פס' 9 להחלטתו של השופט פינקלשטיין (נבו 13.7.1997) (להלן: עניין חדד).

⁷² לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 230.

⁷³ דוד ביין "דיני המעצרים החדשים: היבטים אידיאולוגיים חוקתיים ומעשיים" מגמות בפלילים, עיונים בתורת האחריות הפלילית 337, 343-356 (א' לדרמן עורך תשס"א).

⁷⁴ משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין 49-50 (התשנ"ח); עוד השוו בהקשר זה לבג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, בית הסוהר מעשיהו, שב"ס ואח', פ"ד נה(2), 838, 864-865 (2001); ס' 211 לתקנות העונשין (נתונים לצורך החלטת ועדת שחרורים), התשס"א-2001.

⁷⁵ עניין ש' ב', לעיל ה"ש 41, בפס' 46 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

גורם מפריע, המועד לפורענות נוספת, מחשש שפורענותו תפגע במוכנות הצבאית עצמה ובכושר הפעולה של יחידתו.⁷⁶ אלמנט זה מרחיב את האספקלריה המניעתית של עילות המעצר הצבאיות ממניעת פגיעה ישירה בסביבה למניעת נסיבות אשר עלולות להוביל לפגיעה במטרה החברתית אשר לשמה נוצרה הסביבה הצבאית שבה פעל הנאשם.⁷⁷

ג.2. הביקורת על קיומן של עילות המעצר הצבאיות

השימוש בעילות מעצר ייחודיות מעלה שורה של תהיות במובן רחב של רבדים משפטיים ופילוסופיים. מעטים מאוד הם החיבורים האקדמיים המוקדשים לדיון בביקורת על קיומן של עילות המעצר הייחודיות למערכת הצבאית והיקפן, ומשכך עלינו לבחון במסגרת דיונון זה את טיעוני הסנגורים השונים בהליכים השונים בבתי הדין הצבאיים, את ההתחבטויות והלבטים של המותבים השונים, את ביקורתו של בית המשפט העליון בשאלה זו ואת הפגמים האינהרנטיים בעילות המעצר הצבאיות עליהם אוכל להצביע בעצמי.

חטיבה ראשונה ועיקרית בביקורת על קיומן של עילות המעצר הצבאיות נוגעת לשאלות החוקתיות המתעוררות בעולם המשפטי שנוצר לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד זה קבע איסור על שלילת חירותו של אדם בדרך של מעצר, ובלבד שהמעצר בוצע בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.⁷⁸ הטיעון הראשון שהובע בהקשר זה הוא שקיומן של עילות מעצר שיפוטיות במערכת הצבאית חותר תחת עקרונות פסקאות ההגבלה השונות, אשר מחייבות כי כל פגיעה בזכות חוקתית תיעשה בחוק שחוקקה הכנסת. משכך, היעדרה של חקיקה מקים כשלעצמו עילת פסלות חוקתית כנגד דיני המעצר הצבאיים,⁷⁹ ויתרה מזו – איחוקיקתו של מנגנון מאוזן ביחס למעצר חיילים בצבא מהווה כשלעצמה פגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד שלהם,⁸⁰ במיוחד לאחר חקיקתו של חוק המעצרים שערך רפורמה משמעותית בדיני המעצרים והתאים אותם לפוזיציות החוקתיות העדכניות של מדינת ישראל ביחס לזכויות חשודים ונאשמים.⁸¹

בצד טענות כנגד עצם החוקתיות של עילות המעצר הצבאיות כעילות יצירות פסיקה, הצטברה לה מסה קריטית של ביקורת הנוגעת לטיב העילות עצמן ובייחוד לשאלת החוקיות של העילה ההרתעתית. נקודת המפנה ביחס לשאלת המעצר ההרתעתי התגבשה בפסק דינו של בית המשפט העליון בבש"פ גנימאת.⁸² בפסק דין זה נחלקו השופטים בשאלה האם מעצר שמטרתו היא הרתעתית עומד די הצורך באיזון שבין שלום הציבור לבין הזכויות החוקתיות המוקנות לכל נאשם. השופט דורנר קבעה בפסק דינה באותה הפרשה כי קיים ספק באשר להתקיימותו של האיזון שעה שמדובר במעצר שכל תכליתו היא הרתעתית.⁸³ למסקנה זו הצטרף גם המשנה לנשיא (כתוארו דאז)

⁷⁶ גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 451; ראו גם עניין י' ז', לעיל ה"ש 45, בפס' 59 להחלטתה של השופטת גולדשמידט.
⁷⁷ בהלימה לדברים אלו, יפיע הדברים שנפסקו בבש"פ 4077/98 מדינת ישראל נ' צ'ורני, פ"ד נב(3) 241, 245–246 (1998) ("המסוכנות הנובעת מן המשיבים אינה מוגבלת לסכנת פגיעה במנהלים אלה או אחרים של מכונים לנערו ליווי, ואף לא רק לסכנת השפעה על עדים במשפטם, אלא טמונה בה סכנה, כמו בגידול ממאיר, של שלוחות לאיברים אחרים של גוף החברה. ואין בית-המשפט אמור להתעלם מסכנה זאת. כאשר סעיף 21(א)(1) (ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) קובע כי ניתן לעצור נאשם עד תום ההליכים, בין היתר, בשל חשש לביטחון הציבור, אין הוא מחייב את בית-המשפט לבחון את החשש רק במעגל צר של סכנה לאדם זה או אחר, אלא הוא מאפשר לבית-המשפט לבחון את החשש גם במעגל רחב של סכנה לציבור הרחב").

⁷⁸ ס' 5 ו-8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁷⁹ גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 449.

⁸⁰ שם; ראו גם לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 222.

⁸¹ שם, בעמ' 456–457.

⁸² בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, מט(3) 355 (1995) (להלן: בש"פ גנימאת).

⁸³ שם, בעמ' 375–376.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

ברק, בפסק דינו.⁸⁴ בניגוד להם, השופט חשין ביטא עמדה לפיה שמירת הדינים מגינה על דיני המעצרים מפני כל שינוי פרשני, ומשכך אין לפתח דין חדש ביחס לעילות המעצר השונות.⁸⁵ פסק הדין עמד על הפער הנורמטיבי החל בין מדינת ישראל לבין יתר המדינות הדמוקרטיות אשר עילות מעצר הרתעתיות אינן מוכרות בהן כלל וכלל.⁸⁶ בערעור מעצר 14/95 הסנגור היטיב לתאר את הקושי שבקיומה של עילת מעצר הרתעתית, לאחר התפתחויות פסיקתיות אלו, וכך בית הדין הצבאי לערעורים סיכם את דבריו:

”בא-כוחו המלומד של המערער טען, כי נוכח הנאמר לאחרונה, בדעת רוב, על ידי בית המשפט העליון בפרשת גנימאת (בש”פ 537/95), אין מקום יותר להותרתם של שיקולי מעצר כלליים כבעניינו, על כנס. כשם שבעניינו של גנימאת, אין גניבות רכב שכמותן ”כמכת מדינה”, מהוות עילת מעצר, אין ”חומרת העבירה” ו”פגיעה במשמעת” בעניינו של המערער דנן, יכולות עוד להוות עילת מעצר, לאחר שמרכז הכובד מוסט נוכח הוראת סעיף 5 של חוק היסוד, לעבר מניעת ההגבלה על חרותו של אדם בדרך של מעצר, אלא אם כרוכים שיקולי מעצר בהסתברות קונקרטי, הקרובה לוודאות, כי צפויה מן הנאשם אחת מן הפורענויות המופרטות בסעיף 21א(1) לחוק סדר הדין הפלילי.”⁸⁷

הביקורת שהובעה בבש”פ גנימאת קיבלה חיזוק בדיון הנוסף שנערך בפרשה. על גבי פסק הדין שבדיון הנוסף, בית המשפט העליון קבע כי הקושי הקונספטואלי שבשימוש בעילות מעצר הרתעתיות הוא שההרתעה היא שיקול לענישתו של העבריין, ולא לענישתם של אלו שדינם טרם נחרץ.⁸⁸ כמו כן, היו שופטים שאף קבעו כי אין לראות במעצר כלי הרתעתי בלבד.⁸⁹ בראי התפתחויות פסיקתיות אלו, בית המשפט העליון קבע כי לאחר חקיקתו של חוק המעצרים, אין ההרתעה יכולה להוות שיקול למעצר בדיני המעצרים האזרחיים.⁹⁰ דברים אלו מובילים את דיונונו לטענה חוקתית נוספת כנגד עילות המעצר הצבאיות והיא הפגיעה שלהן בחזקת החפות של הנאשם. טיעון זה מתמקד בכך שהמעצר אינו מקדמה על חשבון העונש,⁹¹ וכי המעצר עד תום ההליכים הפך למעשה לכלי ”ענישה מראש” של הנאשם, המסכל במידת מה את ההליך הפלילי מראשיתו.⁹²

⁸⁴ שם, בעמ' 432; ביחס לביקורתו של בית המשפט העליון על עילה זו, ראו גם בש”פ 8638/96 קורמן נ’ מדינת ישראל, פ”ד (5) 200, 205–206 (1996) (להלן: עניין קורמן).

⁸⁵ בש”פ גנימאת, לעיל ה”ש 82, בעמ' 398–399.

⁸⁶ כך כתב המשנה לנשיא (דאז) ברק: ”מעצר בשל חומרת העבירה נושא אופי הרתעתי (deterrence detention), ולכאורה אין הוא יכול להתקיים בגדרי מעצר עד תום ההליכים. אכן, למיטב ידיעתי, מעצר בשל חומרת העבירה בלבד אינו מקובל במדינות דמוקרטיות בנות-תרבות. הוא אינו נוהג בארצות-הברית, קנדה, אנגליה, שווייץ ומדינות סקנדינביה (ראה פרנקובסקי ושלטון, בספרם הני”ל). הוא אינו מוכר במסגרתה של האמנה האירופאית להגנה על זכויות האדם והחירויות הבסיסיות (סעיף 15(א) לאמנה). ספק בעיניי אם הוא יוכל לעמוד בדרישותיה של פסקת ההגבלה”; על כן ראו: ה”ש 82, בעמ' 423.

⁸⁷ ע”מ שרגאי, לעיל ה”ש 36, בפס' 5 להחלטתו של השופט צלקובניק.

⁸⁸ דני”פ גנימאת, לעיל ה”ש 23, בעמ' 615.

⁸⁹ שם, בעמ' 621 ר’ 639.

⁹⁰ בש”פ 6825/14 פקטורוביץ’ נ’ מדינת ישראל, פס' 7 להחלטתו של השופט עמית (נבו) 23.10.2014; בש”פ 1770/11 טלאקה נ’ מדינת ישראל, פס' 6 להחלטתו של השופט עמית (נבו) 13.3.2011; בש”פ 6236/06 כמאלי נ’ מדינת ישראל, פס' 5 להחלטתו של השופט חשין (נבו) 3.8.2006; בש”פ 2874/01 דעיס נ’ מדינת ישראל, פס' 7 להחלטתו של השופט אנגלרד (נבו) 17.4.2001.

⁹¹ גרוס, לעיל ה”ש 16, בעמ' 453; עוד ראו והשוו לבג”ץ 6301/18 כץ נ’ שרת המשפטים, פס' 7 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) 27.12.2018; ב”ש 625/82 מחמוד נ’ מדינת ישראל, פ”ד לז(3) 671, 668 (1982); ב”ש 691/82 סורה נ’ מדינת ישראל, פ”ד לו(4) 10, 14 (1982).

⁹² גרוס, לעיל ה”ש 16, שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

הביקורת מתבססת על המדיניות השיפוטית של בית המשפט העליון לפיה חזקת החפות שלובה בזכות לחירות⁹³ והיא חלה עוד בשלב המעצר,⁹⁴ וכי על השופט המורה על מעצרו של חשוד בטרם התבררה אשמתו לעשות זאת בזהירות רבה מאוד.⁹⁵

סוג נוסף של ביקורת עוסק בהיבט התכליתי, ועיקרו בביקורת כלפי ההיזקקות למעצר הרתעתי כדרך לענות על פער ערכי-חברתי הטמון באוכלוסיית המשרתים. כך למשל, נטען כי דרישת ההרתעה במעצר מהווה למעשה הודאה בכישלון של מערכת המשפט הצבאית ביכולת ההרתעה של ההליך הפלילי העיקרי המתקיים בתוכה.⁹⁶ עוד צוין כי ההידרשות למעצר הרתעתי מתבססת למעשה על הסברה הבעייתית לפיה אין החייל הממוצע מכיר ומבין את חומרתו של ניהול הליך פלילי כנגד חברו,⁹⁷ ויתרה מזו – כי הוא אינו מורתע מקיומה של הוראה עונשית בחוק אשר יש בצידה עונש מאסר.⁹⁸

חטיבת ביקורת נוספת נוגעת להיבט המוסדי הייחודי הטבוע בדיני המעצר הצבאיים. קו טיעוני זה עוסק ביחס שבין ההליך הפלילי האזרחי לזה הצבאי, ובפער התהומי הנוצר בין הדין החל על החייל לחברו האזרח. טענות אלו, אשר מבקשות לבחון את הפגיעה בעקרון השוויון בפני החוק,⁹⁹ מעלות את "האבסורד" הנוצר כאשר חייל ואזרח מבצעים מעשים זהים, אך האחד משוחרר ממעצר, והשני נעצר עד תום ההליכים המשפטיים.¹⁰⁰ מן הבחינה המשפטית, טענות מסוג אלו נחלקות לשתי רמות בחינה נפרדות. הבחינה החוקתית – במסגרתה נבדקת הטענה הכללית לפגיעה בזכות לשוויון של כלל הנאשמים בצבא,¹⁰¹ ולבחינה הפרטנית במסגרת הליך המעצר של נאשם פלוני ובה תיבחן הפליה במעצרו לעומת מעצרו, או אי-מעצרו, של אחרים.¹⁰²

ביחס לטענות ההפליה הפרטניות, בית המשפט העליון עמד על טיבה של טענה מסוג זה המועלית כבר בשלב המעצר עד תום ההליכים וקבע כי יש לחלקה לשלוש טענות נפרדות.¹⁰³ הסוג הראשון עוסק בהפליה בין נאשמים באותה הפרשה הנידונים למעצר עד תום ההליכים.¹⁰⁴ הסוג השני עוסק בהפליה ביחס לשאלת הגשת כתב האישום כלפי נאשמים באותה הפרשה.¹⁰⁵ הסוג השלישי, הרלוונטי לענייננו, עוסק למעשה בטענה לאכיפה בררנית כלפי נאשם כלשהו ולטובת בחינת טענה

⁹³ לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 218.

⁹⁴ בשי"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, נ(2) 133, 148 (1996) (להלן: עניין **זאדה**).

⁹⁵ שם, בעמ' 144.

⁹⁶ גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 453.

⁹⁷ שם.

⁹⁸ שם.

⁹⁹ להרחבה בדבר עקרון השוויון בפני החוק בפלילים ראו: ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 814-815 (2005); בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3) 289, 306 (1999); ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל**, פס' 409 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו 10.11.2011); ע"פ 1281/06 **בורשטיין נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(4) 100, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 16.4.2008).

¹⁰⁰ לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 219.

¹⁰¹ שם; כן השוו וראו ביחס לדיני המעצרים האזרחיים: ב"ש 361/83 **אלמלם נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(2) 381, 385-386 (1983); בשי"פ 2298/98 **אבוחצירה נ' מדינת ישראל**, החלטתו של השופט זמיר (נבו 21.4.1998); ובהלימה למערכת הצבאית ראו: ע"מ 35/00 **רב"ט אקרון נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 9-10 להחלטתו של המשנה לנשיא שהם (נבו 2.8.2000).

¹⁰² ככלל, יש בטעמי הפליה, בין אם הם עומדים ברשות עצמם ובין אם בהצטרפותם לטיעונים אחרים המובאים במסגרת הליך הבחינה השיפוטית של המעצר, כדי להצדיק את שחרורו של נאשם ממעצר. על כן ראו והשוו לצבי נח **דיני מעצר ושחרור – חוק סדר הדין הפלילי (סמכות אכיפה – מעצרים)** כרך שני 1069 (1999).

¹⁰³ בשי"פ 7148/12 **כנאנה נ' מדינת ישראל**, פס' 11-13 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 14.10.2012).

¹⁰⁴ שם.

¹⁰⁵ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

זו יש צורך בהרחבת נקודת המבט מעבר לפרשה הנידונה,¹⁰⁶ אך באותה קבוצת הייחוס. מן הדברים האמורים עולה כי אין בדין מסלול מוכר להעלאה של טענה פרטנית לפיה מעצרו של חייל בגין אחת מן העילות הצבאיות מקים עילה של הפליה אסורה ביחס למקרים אחרים בדין האזרחי. זאת מכיוון שקבוצת הייחוס של חיילים היא לנאשמים-חיילים אחרים אשר כאמור נעצרים בגין אותן העילות.

בד בבד, עיקרה של הטענה החוקתית הכללית ביחס לפגיעה בעקרון השוויון עוסק אפוא בפערים שבין מערכת אכיפת החוק האזרחית לזו הצבאית ומצביע על שני רבדים מקבילים של ביקורת חוקתית. ראשית, ספק אם ניתן להצדיק את קיומן של עילות מעצר ייחודיות לצבא, בייחוד לאחר העובדה שהמחוקק נתן את דעתו באופן מלא לכלל הסוגיות האיזוניות העולות מדיני המעצר וחוקק את חוק המעצרים כבר בשנת 1996. בפרט, אם נקבל את העמדה לפיה הגבלת זכויות היסוד של חייל צריכה להיעשות תוך עמידה בשתי פסקאות ההגבלה המופיעות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰⁷ רובד ביקורת שני, רחב יותר, חותר תחת הצורך בקיומה של הפרדה מוסדית בין הליכי המעצר האזרחיים לצבאיים. למעשה, על פי המצדדים בגישה זו, עצם קיומו של פער מהותי כלשהו בין דיני המעצר הצבאיים לאלו האזרחיים, מעבר לפערים הבסיסיים המתחייבים, מהווה פגיעה בליבת הזכות לשוויון של החייל, בייחוד לאור האלמנט המשפיל הטבוע במעצר.¹⁰⁸

פיתוח נוסף של היבט ביקורתי זה בוחן את היחס שבין פסקת ההגבלה "האזרחית" לזו "הצבאית" על היקף הפגיעה המותר בזכויות היסוד של המשרתים כמשקף את הפער המוסדי-חוקתי בסוגיה. מחד גיסא, יש המצדדים בעמדה כי פסקת ההגבלה הצבאית מהווה קומה נוספת מעל ההגבלות שהוטלו בפסקת ההגבלה האזרחית,¹⁰⁹ כך שלמעשה כלל לא מתקיים שוני מוסדי המאפשר שינוי לרעה של הליכי המעצר הצבאיים. מאידך גיסא, יש הטוענים כי פסקת ההגבלה הצבאית היא הוראה עצמאית, ויש לראות רק דרכה את שאלת הגבלת זכויות היסוד של המשרתים בגופי הביטחון השונים.¹¹⁰ ביחס לענייננו, הפערים בין העמדות השונות בשאלה זו הם סמנטיים ולו כי ניתן לטעון שכל הגבלה של זכויות יסוד של משרת בצבא ההגנה לישראל, אשר אינה עולה בקנה אחד עם האלמנטים "החסרים" בפסקת ההגבלה הצבאית (פגיעה לתכלית ראויה והלימה לערכי המדינה), ממילא עומדת בסתירה לאופיו ומהותו של השירות בצה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית.¹¹¹

לצד הדברים האלו, ניתן להעלות על הדעת טענה לפיה דווקא לאור האינטרסים והערכים המשמעותיים המעוגנים בעילות המעצר הצבאיות הייחודיות – שמירה על ביטחון המדינה, משמעת הצבא כחלק מתפקודו התקין ומוכנות הצבא לכל איום – הרי שהמצב הקיים ביחס לעילות אלו הוא אידיאלי, ואין מקום לקיומה של ביקורת חוקתית עדכנית כלל. קבלתה של טענה זו תשמוט את הקרקע מתחת לדיון הנערך על גבי מאמר זה, דומיו ויתר השיח המשפטי בתחום. כמענה לטענה

¹⁰⁶ שם; בהלימה לדברים אלו, ראו את פסיקתו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין ג' מ': ע"מ 4/20 טוראי ג' מ' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פסי' 10–11 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן (נבו) 4.2.2020.

¹⁰⁷ אליקים רובינשטיין "על חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" **עיוני משפט** כא 21, 31–36 (1998) (להלן: **רובינשטיין**).

¹⁰⁸ לעניין האלמנט המשפיל שבמעצר ראו: בג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' **הכנסת**, פ"ד סו(1) 717, פסי' 110 לפסק דינה של השופטת ארבל (2013); בש"פ 3734/92 **מדינת ישראל נ' עזאזמי**, מו(5) 72, 80 (1992); Steven J. Smith, *Humiliation*, 12 *JOURNAL OF PRIMARY PREVENT* 209, 212–214 (1992).

¹⁰⁹ **רובינשטיין**, שם.

¹¹⁰ חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" **משפט ועסקים** יד 347, 365 (2012).

¹¹¹ גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 448.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

זו, אשר מאגפת את המצדדים בעילות המעצר הצבאיות – ואני בתוכם – דווקא מן הכיוון ההופכי, יש להצביע על כך שגם בית הדין הצבאי לערעורים בעצמו קבע כי חרף חשיבות האינטרסים והערכים שצוינו לעיל, אין בהם כדי לשלול בחינה חוקתית או ביקורתית של עילות המעצר הצבאיות.¹¹² ודוק – עילות אלו פותחו בעשרים השנים האחרונות בראי חוקי היסוד השונים, וכפי שאראה בחלק הבא של מאמרי זה, המגמה השלטת כיום היא צמצום הפגיעה בחירותם של המשרתות והמשרתים בצה"ל כך שתיעשה רק במקרים בהם הפגיעה היא חיונית לצורך השמירה על האינטרסים האמורים.¹¹³ בכך, הדין הצבאי מכפיף את עצמו ואת העילות המבוססות על אינטרסים ביטחוניים מובהקים לעקרונות היסוד החוקתיים של המשפט הישראלי.

ג.3. מענה לביקורת

מקריאת ההצדקות והביקורות על עילות המעצר הצבאיות, ניתן להבחין בנקל כי יריעת המחלוקת בין המצדדים למבקרים נוגעת לכל אספקט והיבט אפשריים העולים מן הסוגיה. לפיכך, מצאתי לנכון עוד בטרם אעבור לחלקים הבאים של חיבור זה, לערוך דיון מעמיק בביקורות שהועלו, ולו כי המשפט הישראלי הלך כברת דרך ארוכה מן הימים שבהם נכתבו החיבורים בנושאים אלו וכי בתי הדין הצבאיים גם הם לקחו חלק בבירור טענות אלו, ומן הראוי להשיב לביקורת ולבחון את עוצמתה בראי תמונת המצב הנורמטיבית העדכנית.

אתחיל את הדיון בהתייחסות לשאלות החוקתיות שהועלו בתת-הפרק הקודם ואשר עיקרן הוא ביחס להיבטי ההרתעה הכלולים בהליכי המעצר הצבאיים. המבקרים מצביעים על הדברים שנאמרו והובאו לעיל בפרשת **גנימאת** על גלגוליה השונים כעיון מוחלט וברור לרצונו של הדין הישראלי, המשתקף מפי בית המשפט העליון, להסיר כל אלמנט הרתעתי מעילות המעצר הרווחות בישראל. עיון מעמיק בדברים שנאמרו לאחר פרשה זו על ידי בית המשפט העליון מעלה תמונת מצב מורכבת אשר מובילה למסקנה שונה בתכלית. כך למשל, נוכל למצוא פרשות רבות בהן עמד בית המשפט העליון על שיקולי הרתעה בעת מעצרו של נאשם עד לתום ההליכים בעניינו, גם לאחר חקיקת חוק המעצרים. לדוגמה, ראו את הדברים שנאמרו בעניין **חמייס** :

"מתן הזדמנות למשיב להתחמק מלתת את הדין על עבירות שביצוען בישראל מיוחס לו, מעביר מסר שלילי למשיב ולכל המתגוררים בשטחים השולחים יד ב"תעשיית" גניבת כלי רכב בישראל וסחר בהם ומסיר מעליהם את מוראו של החוק. יש בכך אור ירוק למשיב ולשכמותו להמשיך במעשים המיוחסים להם, ללא חשש מפני הצורך לתת את הדין על מעשיהם. נראה לי כי אין בתנאים לשחרורו ממעצר של המשיב כדי להשיג את תכלית המעצר. אין בפקדון כספי או בערבות כספית או באיסור כניסה לישראל או בהתחייבות לאי השתתפות בפעולה שיש בה שימוש או מסחר ברכב גנוב, כדי להבטיח את הציבור בישראל ואת

¹¹² ע"מ 24/21 טור' י' ה' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פס' 42 ו-52 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן (נבו) 31.5.2021 (להלן: עניין י' ה').
¹¹³ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

יחידיו מפני מסוכנותם ופגיעתם הרעה של גנבי רכב, ובמיוחד של אלה
ההופכים עיסוק עברייני זה ל"מקצוע" ששכרו בצידו".¹¹⁴

השימוש של בית המשפט העליון בעקרון ההרתעה כבר בשלב המעצר לא תחם את עצמו לשנים הראשונות שלאחר חקיקתו של חוק המעצרים, גם בערעורי מעצר מן השנים האחרונות, עמד בית המשפט העליון על שיקולי הרתעה, ובפרשת **אלקריעאן** הייתה ההרתעה השיקול היחיד שהוביל את בית המשפט העליון שלא לקבל את ערעורו של הנאשם, וכך נכתב:

"מהאמור עולה, כי לא אימת הדין ואף לא אימת המאסר המותנה, מרתיעים את המבקש אשר פעל לאיתור מספר הטלפון של קצינת המשטרה בדרך לאדרך, התקשר אליה פעם אחר פעם תוך זמן קצר עד אשר ענתה, ולמעשה ביקש להטיל עליה אימה באומרו "תשמרי על עצמך". עבירות איום על עובדי ציבור, ובייחוד כלפי שוטרים האמונים על אכיפת החוק ומבצעים מלאכתם נאמנה, עלולות להתפשט כאש בשדה קוצים אלמלא תהא הרתעה ראויה, ומעשי המבקש הם רק דוגמה לכך".¹¹⁵

לא ניתן להישאר אדישים למשמע דברים אלו של בית המשפט העליון. הקורא בעיון דברים אלו ישימם לנגד עיניו בהשוואה לדברים הארוכים שנכתבו רק לפני עמודים מספר ביחס לעילת המעצר ההרתעתית וביחס לצורך שבהרתעה במסגרת דיני המעצרים, ויראה הלימה מוחלטת ברוחם של הדברים. ודוק – אין בכוונתי לטעון כי לא היו דברים מעולם וכי הדין הישראלי לא שינה מאורחותיו ביחס למעצר הרתעתי, אך ברצוני להראות כי הדברים אינם שחור ולבן וכי ההרתעה קיימת ונוכחת גם באספקלריה האזרחית בה מבקשים המתנגדים לעילות המעצר להיתלות.¹¹⁶ על אחת כמה וכמה כאשר מרבית הטוענים לביטולן או מטילים ספק בצורך של עילות המעצר הצבאיות מכירים בכך שהבדל בין דיני המעצר הצבאיים לאזרחיים הוא דבר מתחייב. היטיב לתאר את המורכבות עליה אני עומד השופט עמית בצינו:

"כשלעצמי, אני מתקשה לקבל את הטענה כי בכל מקרה של עבירת רכוש יחידה או עבירת רכוש לא מתוחכמת, לא קמה עילת מעצר. יש בגישה זו כדי לעודד בעקיפין ריבוי עבירות, שהרי כל שרשרת עבירות מתחילה בעבירה הראשונה, שמא יאמר העבריין לעצמו כי אין סיכון שיעצר ב"מכה" הראשונה. [...] מי יאמוד את עוגמת הנפש, הרוגז וחסרון הכיס שנגרמו למי שנפגע מאותן עבירות רכוש, שדומה כי ליבנו גם בהן,

¹¹⁴ בשי"פ 4556/98 **מדינת ישראל נ' חמייס**, פס' 10–11 להחלטתה של השופטת שטרסברג-כהן (נבו 17.7.1998); כמו כן, ראו את קריאתו של בית המשפט העליון שלא להמעט בחשיבותה של ההרתעה בשלב המעצר, כפי שבוטאו בשי"פ 4563/98 **אברהם נ' מדינת ישראל**, פס' 4 להחלטתה של השופטת שטרסברג-כהן (נבו 27.7.1998) ("האירוע משקף פרשיה עגומה שלצערנו, חוזרת ומתרחשת במקומותינו, כאשר אנשים צעירים, בעלי סף גירוי נמוך, פותרים סכסוכים ולו הקלים ביותר, באלימות, בכוחנות, ללא ריסון עצמי ובת-תרבות הסכין ומסכנים חייהם שלהם וחייהם של אחרים [...] יש להרחיק את העורר ושכמותו מן הציבור ומיחידיו בגין מסוכנותם ואין להמעט בערך ההרתעה גם בשלב זה של מעצר עד תום ההליכים, בגין מעשים מסוג זה. ידע העורר וידעו אחרים כי מי שמעורב בעימותים אלימים בהם משתמשים בנשק חם או קר, יורחק מרחובה של עיר ומקרבתם של קורבנות פוטנציאליים").

¹¹⁵ בשי"פ 7451/21 **אלקריעאן נ' מדינת ישראל**, פס' 14–15 להחלטתו של השופט אלרון (נבו 9.11.2021).
¹¹⁶ עוד ראו והשוו במקרה זה: בשי"פ 7477/14 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' י"א להחלטתו של השופט רובינשטיין (נבו 17.11.14); בשי"פ 9378/12 **מדינת ישראל נ' יהודה**, פס' 5 להחלטתו של השופט סולברג (נבו 1.1.2013); השוו לעניין **קורמן**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 206.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

והסטטיסטיקה של העבירות הלא מפוענחות בתחום זה מדברת בעד עצמה. אין לראות בעבירות רכוש, כמו התפרצות לדירה או גניבת רכב, גזירת גורל שאין לה מענה בחוק ובפסיקה. ודוק: אין בכוונתי להכניס בדלת האחורית את העילה של הרתעה מפני עבירות שהן "מכת מדינה", עילה שהמחוקק השמיט מחוק המעצרים. אלא שהעבירות של גניבת רכב או התפרצות לדירה, גם אם אינן "מתוחכמות", הן מסוג העבירות שיש בהן מסוכנות אינהרנטית נוכח הפוטנציאל להתפתחות אלימה.¹¹⁷

ההסתמכות על הדברים שנאמרו בפרשת **גנימאת** מעלה קשיים גם בפן האינהרנטי, ולא רק מבחינה השוואתית. בית הדין הצבאי לערעורים דן בטענות שנבעו כתוצאה מהתפתחות פסיקתית זו ועמד על הייחודיות הנסיבתית שבפרשת **גנימאת**, במידה המצביעה על קושי להלום אותה למקרים אחרים, ובייחוד צבאיים, השונים בתכלית. כך ציין בית הדין הצבאי לערעורים כי בנסיבות המקרה הספציפיות, נקבע כי אין ודאות באשר לטענה שגנימאת הפך את גניבות הרכבים לדבר שבשגרת חייו ומשכך אין חשש שיחזור ויבצע מעשים אלו עם יציאתו ממעצר.¹¹⁸ נסיבה זו, בתוספת הקביעה העקרונית כי "מכת מדינה" אינה יכולה לגבש עילת מעצר עצמאית, היא שהובילה לשחרורו ממעצר על ידי בית המשפט העליון.¹¹⁹ מנגד, שחרור ממעצר בעבירות אחרות, בהן עבירות סמים בצבא, הוא שווה ערך לערעור המשמעת הצבאית ולהרחבה ישירה של מעגל המשתמשים, דהיינו – מעגל העבריינים הפוטנציאליים.¹²⁰

עד כה הראיתי כי הביקורות ביחס לשימוש בעילה הרתעתית כשלעצמה אינן מקרה עם מסקנה פשוטה, כי אם סגה מורכבת בעלת כמה פנים. אזכיר כי הביקורת כנגד השימוש בעילה ההרתעתית לא הוגבלה להעלאת טענות הקשורות בנפקותם של פסקי הדין בפרשת **גנימאת** לפני בתי הדין הצבאיים. הדברים הובאו גם לפתחו של בית המשפט העליון בצורה של תקיפה ישירה. המקרה הראשון הוא הניסיון לתקוף את הכרעת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **שרגאי** בדרך של הגשת בקשה פלילית (בש"פ) כנגד ההחלטה. בית המשפט העליון דן בבקשתו של טורי שרגאי, אך החליט לדחות אותה בעקבות קיומה של עילת המסוכנות כנגד הנאשם.¹²¹ עם זאת, בית המשפט ציין כי קיומה של עילת מעצר הרתעתית הוא שאלה קשה ומורכבת,¹²² אך בסופו של דבר הותיר את הדין בשאלה זו לעת אחרת.¹²³ חרף כך, הותיר בית המשפט מפת דרכים מוצעת לניסיון להכריע בשאלה וכך ציין:

"גדר הספקות בכל מקרה יהיה אפוא, אם ההגבלה על זכויות האדם של החייל היא "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". השאלה תהיה, אם הפגיעה בזכויות האדם של החייל היא מידתית בהתחשב במהות ובאופי השירות הצבאי. בעניין זה יש להתחשב בייחודו של השירות הצבאי לאור מטרות הצבא. יהיה מקום ללמוד

¹¹⁷ בש"פ 45/10 **מסארוה נ' מדינת ישראל**, פסי' 6 להחלטתו של השופט עמית (נבו 8.1.2010).

¹¹⁸ ע"מ **שרגאי**, לעיל ה"ש 36, בפסי' 5 להחלטתו של השופט צלקובניק.

¹¹⁹ ש.ם.

¹²⁰ ש.ם.

¹²¹ עניין **שרגאי**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 690–691.

¹²² ש.ם.

¹²³ ש.ם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

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.¹²⁴

המבקשים להסתמך על החששות שהעלה בית המשפט העליון בעניין זה, ראוי שיקראו במקשה אחת את הביקורת עם הדברים שהובאו לעיל. ההכרה של בית המשפט העליון הן בייחודיותו של השירות הצבאי ככזה היוצר שוני לגיטימי ביחס לשאלת המעצר והן בייחודיות המסורה לישראל, כמדינה אשר נשקפת לה סכנה קיומית בכל יום ויום, מראה כי עמדתו של בית המשפט העליון בשאלה אינה הולמת את הביקורת הרבה אשר המבקרים מטילים על עילות המעצר הצבאיות. יתרה מזו, גם מקורות משווים, אשר חלקים מהם הובאו לעיל, עומדים על המורכבות ועל החשיבות שבהרתעת חיילים, שמירה על המשמעת וההשפעה המתחייבת שיש לערכים אלו על תפיסות הבסיס המניעות את המשפט הפלילי-צבאי.¹²⁵ כך שהניסיון להלוט בעילות המעצר הצבאיות באמצעות הדברים שנאמרו בעניין שרגאי מוביל גם הוא לתוצאה אשר נוטה לטובת התומכים בעילה, גם אם באופן מדוד.

ניסיון נוסף לתקוף את עילות המעצר הצבאיות נעשה במסגרת בג"ץ צמח, אך גם בהליך זה הותיר בית המשפט העליון את השאלה בצריך עיון מבלי להביע עמדה בנושא.¹²⁶ עם זאת, יש לשים לב כי בית המשפט קבע בבירור במסגרת פסק דינו בעתירה זו כי מעצרו של חייל עשוי גם לשרת את התכלית של שמירה על המשמעת הנדרשת בצבא, ותכלית זו היא אף ראויה.¹²⁷ כך שגם מהבחינה הזו, בית המשפט העליון הותיר רמז נוסף הפוגם בטיעוני המבקרים ביחס לעילות המעצר הצבאיות. קביעה נוספת של בית המשפט העליון באותה פרשה, אשר משליכה לענייננו באופן ישיר, היא עמדתו של בית המשפט ביחס לטענות לפגיעה בשוויון בין החייל לאזרח כאשר קיימים הסדרי מעצר שונים בין המערכות השונות, ובייחוד כאשר ההסדר האזרחי, אשר עוגן בחקיקה ראשית, מקל יותר. על כך השיב בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"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 [...] גם חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נתן לכך ביטוי כאשר קבע בסעיף 9 (פיסקת ההגבלה הביטחונית) כי מותר לפגוע בזכויות היסוד של אלה המשרתים בכוחות הביטחון 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

¹²⁴ שם, בעמ' 690.

¹²⁵ בעמ' 10-9 למאמר זה.

¹²⁶ עניין צמח, לעיל ה"ש 62, בעמ' 253.

¹²⁷ שם, בעמ' 266.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

מעצר של חייל לתקופה של 96 שעות פוגע בחירות האישית במידה העולה

על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.¹²⁸

הדברים המופיעים לעיל מראים בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים כי אין בסיס משפטי להקבלה בין האזרח לחייל, ולמעשה ניתן לומר כי קיים שוני רלוונטי בין קבוצות הייחוס השונות המצריך הסדרים וסטנדרטים שונים בין חברי הקבוצות.¹²⁹ וביתר פירוט, עמדתו זו של בית המשפט העליון מעקרת מתוכן את הטענה לפיה יש לייבא את עילות המעצר הקבועות בחוק המעצרים אל הדין הצבאי מכוח טענת הפגיעה בשוויון. יתרה מזו, הדברים אף מחזקים את המצדדים בטענה לפיה התימוכין החוקתיים לעילות המעצר הייחודיות למערכת הצבאית נובעים מהסדר מבחין שקבע המכונן עוד בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר יצר באמצעות פסקת ההגבלה הצבאית מערך איזונים חוקתי שונה בכל הקשור לפגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הביטחון.

ענה אעבור מן הדין בטענות התוקפות את מהותן של עילות המעצר הצבאיות לדין בטענות הרחבות יותר, אשר הופנו כנגד עצם קיומן של עילות המעצר הצבאיות. אחת מטענות אלו היא הסברה לפיה אי-קיומה של חקיקה ראשית ביחס לעילות המעצר הצבאיות מהווה כשלעצמו פגיעה לא מידתית בזכויות היסוד של החיילים בצה"ל.¹³⁰ המענה לטענה זו מצוי לדעתי בסעיף שמירת הדינים הקבוע בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי הדין שנהג טרם חקיקתו של חוק היסוד לא יפגע כתוצאה מחקיקת חוק היסוד.¹³¹ לשיטתי, שילוב הוראה זו עם הוראות המעצר הכלליות הקבועות בחוק השיפוט הצבאי מהווה בסיס מספיק כדי להתמודד עם טענה זו, שכן עילות המעצר פותחו כתוצאה מהחקיקה הקיימת נטולת עילות המעצר וחוק היסוד מגן על המשך קיומן כחלק מהגנתו על הדין הישן.¹³²

עמדה זו מקבלת חיזוק לאור פסיקתו של בית המשפט העליון טרם חקיקת חוק היסוד. באחת מן הפרשות דן בית המשפט בעתירה שביקשה להחיל את כלל ההסדרים הקיימים בחוק סדר הדין הפלילי על חוק השיפוט הצבאי כדרך למלא את החסר ולתקן את הפערים שנוצרו בין מערכות הדינים השונות. קביעתו של בית המשפט העליון הייתה כי חוק השיפוט הצבאי הוא קודקס ייחודי ומובחן מיתר דברי החקיקה גם ביחס לדיני המעצרים הקבועים בו, ומשכך לא ניתן לקיים הלימה בינו לבין יתר דברי החקיקה הפליליים.¹³³ קביעה זו מחזקת את היותם של דיני המעצרים הצבאיים דין מובחן וייחודי אשר היה קיים טרם חקיקתו של חוק היסוד, ומשכך קיים קושי מהותי להלום בו התפתחויות בדין האזרחי ובכללן התפתחויות חוקתיות בדרך של הכפפת דיני המעצר הצבאיים להסדרים הנוהגים בדין האזרחי ואשר הושפעו בעקבות חוק היסוד.

¹²⁸ שם, בעמ' 273.

¹²⁹ המונח "שוני רלוונטי" מייצג את המבחן המשפטי שנקבע בפסיקותיו של בית המשפט העליון לצורך בדיקת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. אם מתקיים שוני רלוונטי הרי שהפגיעה מותרת ואינה עולה בגדר הפליה פסולה. על כן ראו והשוו לבג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פסי' 91 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימו') חשין (2006); דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 348 (2000); עע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, סד(2) 1, פסי' 41 לפסק דינו של השופט עמית (נבו) 14.9.2010.

¹³⁰ גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 449.

¹³¹ ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹³² השוו לגרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 449–450 (גרוס נאלץ לקבל טענה זו חרף דעתו כי עילות המעצר הצבאיות אינן עומדות עוד בבחינה החוקתית שלאחר חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו).

¹³³ בג"ץ 695/88 **אדלר נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, מג(2) 185, 187 (נבו) 27.10.1988; עוד ראו בהקשר זה: ד"ר 13/75 **מפקד משטרה צבאית חוקרת נ' פלוני**, ל(3) 617, 622–624 (נבו) 15.7.1976 (להלן: עניין **אדלר**).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

עניין נוסף אשר יש להתייחס אליו הוא שהביקורת על עילות המעצר הצבאיות ממשיכה להישמע גם כיום, חרף ההתפתחות המהותית שחלה בדיני המעצר הצבאי מאז המהפכה החוקתית. ראשית, המבקרים שבחרים להתעלם מן השינויים שנערכו בפסיקה הצבאית מייצרים מצג שווא של קיפאון בין עמדות הצדדים, תוך יצירת הרושם כי הוויכוח מתנהל בין עמדות נוקשות ובלתי משתנות. אך לא כך הדבר. בתי המשפט הצבאיים, כפי שאראה בהמשך, שינו באופן ממשי את גישתם, ולעיתים אף התקרבו לעמדותיהם של המבקרים בסוגיות מרכזיות. שימור הדיון במסגרת הטיעונית הישנה מקהה את הרלוונטיות של הביקורת ומחמיץ את המורכבות והגמישות המאפיינות את הדין הצבאי הנוכחי. גם אם עדיין מתקיימות בעיות חוקתיות — ואכן ישנן — הרי שהיקפן הצטמצם במידה ניכרת לאורך הזמן.

שנית, ישנם מבקרים המכירים אומנם בהתפתחות הפסיקה הצבאית, אך במקום להכיר בה כהישג משפטי לטובת זכויות העצורים הצבאיים, הם משתמשים בה כראיה נוספת נגד עצם הלגיטימיות של העמדות שהובעו בפסיקותיהם של בתי הדין הצבאיים. גישה זו חוטאת להבחנה שבין ביקורת שיפוטית מתפתחת המודעת לשינויים בדין האזרחי לבין עמדה עקרונית שאינה מותירה מקום להכרה בשינוי חיובי או בלמידה מוסדית, אשר דומה שאין איש המצדד בה מבין התומכים בעילות המעצר הצבאיות.

כבר עם פרסומם של הדברים שאמר בית המשפט העליון בפרשת **גנימאת**, הגיבו בתי הדין הצבאיים באופן מיידי להתפתחות פסיקתית זו וקבעו כי חקיקתו של חוקהיסוד מחייבת דיון מחודש בפרשנות אותה מעניקים בתי הדין הצבאיים לחוק השיפוט הצבאי ולדיני המעצרים הנובעים מכוחו, הגם שהוכרו כדין ישן.¹³⁴ עוד נקבע כי בחינה זו יכולה בהחלט להוביל לשינוי נקודת האיזון הקיימת בין הערכים והשיקולים הקיימים.¹³⁵ כך נקבע כי למרות שהעילות הצבאיות עומדות במבחן החוקתי שהציב חוקהיסוד,¹³⁶ התחשבות בהלכות החוקתיות החדשות ביחס לדיני המעצרים מחייבת צמצום מסוים בהיקף המעצרים הצבאיים ביחס לעילות אלו.¹³⁷

כחלק מאותו דיון מחודש, נקבעו בפסיקה אמות מידה לנחיצות המעצר משיקולים הרתעתיים בראי ההתפתחויות בדיני המעצרים האזרחיים. כך למשל נקבע כי כל מקרה ייבחן לגופו על פי מכלול השיקולים, ובכללם – נסיבות ביצוע העבירה, היקף ההתנהגות העבריינית, ההשלכות על המסגרת הצבאית, שאלת ההפליה ביחס למעורבים אחרים, מיקום ביצוע העבירה ובחינת הפגיעה של השחרור ממעצר על תפיסת החומרה ועל ההרתעה בצבא.¹³⁸ לצד דברים אלו, הובעו בפסיקה הצבאית דעות לפיהן על מערכת המשפט הצבאית לפתח את העילה ההרתעית דווקא כחלק מעילת המסוכנות, אשר תותאם לערכי הצבא.¹³⁹

¹³⁴ ע"מ 18/95 רב"ט פסחוב נ' התובע הצבאי הראשי, פס" 3 להחלטתו של השופט שוהם (נבו 16.6.1995); השוו לבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, מז(2) 812, 824 (נבו 6.6.1993).

¹³⁵ שם; ראו גם עניין ויסאם, לעיל ה"ש 29, בפס" 30 להחלטתו של השופט פינקלשטיין.

¹³⁶ ע"מ 14/97 רב"ט סטמקו נ' התובע הצבאי הראשי, פס" 15 להחלטתו של השופט פינקלשטיין (נבו, 26.6.1997).

¹³⁷ עניין ויסאם, לעיל ה"ש 29, בפס" 42 להחלטתו של השופט פינקלשטיין; ע"מ 49/97 התובע הצבאי הראשי נ' טור' דוד, פס" 7 להחלטתו של השופט פינקלשטיין (נבו 21.1.1998) (להלן: עניין דוד); ע"מ 11/98 רב"ט מ' מ' נ' התובע הצבאי הראשי, פס" 3 להחלטה (נבו 22.3.1998) (להלן: עניין מילשטיין).

¹³⁸ עניין חדד, לעיל ה"ש 71, בפס" 9–11 להחלטתו של השופט פינקלשטיין.

¹³⁹ ע"מ 22/00 טור' אולמן נ' התובע הצבאי הראשי, פס" 9 להחלטתו של השופט ניב (נבו 3.5.2000) (להלן: עניין אולמן); הדברים תואמים במידת מה לדרך שבה ראה את הדברים השופט גולדברג בפרשת **גנימאת**, על כן ראו: דני"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 613–614; וכן לעמדתו של השופט מצא ביחס למעצר הרתעתי, ראו והשוו לבש"פ 8298/96 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 177, 180 (נבו 8.12.1996).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

הפסיקה הצבאית אף הגדירה מחדש את יחסם של דיני המעצרים למקרים שבהם הנאשם שוחרר משירות בצה"ל תוך כדי ההליך הפלילי. נקבע כי עילת הפגיעה במשמעת מתקיימת עד למועד תום השירות ולאחריו עליה להצטרף לעילת מעצר נוספת.¹⁴⁰ עם זאת, נקבע כי חריג לכלל זה הוא הנסיבות המיוחדות האופפות כל מקרה. בין נסיבות אלו נכלל למצוא ביצוע עבירה בפעילות מבצעית או בתקופת לחימה, בגזרה רגישה ובמידת היקף ביצוע העבירה.¹⁴¹

מכלול הדברים הללו מראה את הדיון המקיף והמחודש שערכה הפסיקה הצבאית ביחס לעילות המעצר הצבאיות ובייחוד לעילת המעצר ההרתעתית, שזכתה למרבית הביקורת. הדיון המקיף כלל תשובות מאוזנות לשאלות רבות ומשמעותיות, ואף נקבעו כללי משחק חדשים לשימוש הצבאי בעילה זו.¹⁴² לכן, קשה להבין מדוע היקף הביקורת המופנה כלפי עילות המעצר הצבאיות, הן בכתובה האקדמית והן בדיוני המעצרים הנערכים מדי יום בבתי הדין הצבאיים, נותר כשהיה כביום בו נחקק חוקיסוד: כבוד האדם וחירותו ופורסמו פסקי הדין בפרשת **גנימאת**. הפסיקה הצבאית הלכה כברת דרך ארוכה מאוד, המיטיבה עם אוכלוסיית העצורים הצבאיים, וראוי משכך לראות את הפגמים הקיימים כקטנים בהרבה משהיו. המערכת הצבאית אינה ידועה בגמישותה, אך חריג לכך הוא בתי הדין הצבאיים, אשר מגיבים באופן ישיר, כפי שראינו לעיל, להתפתחויות המשפטיות השונות בתחומי המשפט הפלילי ומשנים אורחותיהם בהתאם למאפיינים הייחודיים של המערכת הצבאית וצרכיה – הקבועים והמשתנים.

בדברים אלו אחתום את החטיבה הראשונה של מאמר זה. בטרם אעבור לשני החלקים הבאים, אשר יהוו חטיבה נוספת, אסכם את התקדמות דיוננו בראי מטרתו העיקרית של מאמר זה – הצעה חדשה לחקיקתן של עילות המעצר הצבאיות. את החטיבה הראשונה התחלתי בהצגת עילות המעצר הצבאיות הייחודיות – עילת הפגיעה במשמעת הצבא ועילת המסוכנות הצבאית. משתיארתי את הטעמים העומדים בבסיסן ואת השימוש בהם הלכה למעשה, עמדתי על ההצדקות לקיומן של העילות הן מנקודת מבט תאורטית-ערכית והן מנקודת מבט משפטית. למול הצדקות אלו, תיארתי בהרחבה את נקודות הביקורת האפשריות כנגד קיומן של עילות אלו, והכול תוך התייחסות לאלמנט קיומן של העילות ככלל והן לאלמנט האינהרנטי הבודק את תוכןן של העילות. לאחר מכן, דנתי בהרחבה בביקורת שהועלתה והראיתי כי בחינה מעמיקה של הטענות מעלה תמונת מצב מורכבת הפוגמת בעוצמה ובתוקף המשפטי של הביקורת הקיימת על רוב רובדי הטיעון הגלומים בה.

החטיבה השנייה תעסוק בצורך לעגן את עילות המעצר הצבאיות בחקיקה ראשית כחלק מחוק השיפוט הצבאי. לאחר שאדון בסיבות שבגינן יש לדעתי לבצע מהלך זה, אשתמש בלקחים שנלמדו מן החטיבה הראשונה על מנת לגבש הצעת חקיקה מקיפה שתשקף את עמדתי על הסוגיה ותעלה בקנה אחד עם תמונת המצב הנורמטיבית העדכנית המשתקפת מן הדיון שאותו ערכתי עד לנקודה זו.

ד. הקריאה לעיגון חקיקתי של עילות המעצר הצבאיות

¹⁴⁰ ע"מ (יבד"ץ) 44/03 אבו ענאם נ' התובע הצבאי, פס" 6 להחלטתו של השופט לוי (נבו 9.12.2003).

¹⁴¹ שם.

¹⁴² הדברים האמורים אף עוגנו בהנחיות העבודה של התביעה הצבאית אשר מפורסמות על ידי התובע הצבאי הראשי, לצורך כך ראו הנחיית תצ"ר מס' 1.04 "מעצרים" (עודכנה לאחרונה ביולי 2017) ובתוכה את: ס' 34–35 להנחיית תצ"ר מס' 1.04.02 "מעצר חשודים עד תום ההליכים" (עודכנה לאחרונה ביולי 2017).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

הקריאה לעיגון של עילות המעצר הצבאיות בחקיקה ראשית מאחדת את כל קצוות הדיון המשפטי ביחס לעילות המעצר הצבאיות. קריאות לעיגון עילות המעצר מופיעות באופן תכוף בפסיקותיהם השונות של בתי הדין הצבאיים¹⁴³ ובכתיבה האקדמית.¹⁴⁴ בנקודה זו ראוי להזכיר את שצינתי בתחילתו של מאמר זה – לא רק עילות המעצר הייחודיות נותרו מחוץ לחוק השיפוט הצבאי, אלא כלל עילות המעצר הנוהגות כיום בדין הצבאי ובכללן העילות המנויות בחוק המעצרים ואשר עליהן יש הסכמה מוחלטת בקרב כל הנוגעים בדבר. לשיטתי, מצב דברים זה אינו יכול להימשך, ולכן אקדיש חלק זה במאמר לדיון בנימוקים שבגינם על הכנסת לעגן בהקדם את עילות המעצר הצבאיות בווריאציה כזו או אחרת שלהן.

1.4. הבעיה הגלומה בקיומן של עילות מעצר שיפוטיות

כך קובע חוק השיפוט הצבאי ביחס למעצר עד תום ההליכים:

"243. (א) הוגש כתב אישום לבית דין צבאי, תהיה הסמכות ליתן ולבטל כל פקודת מעצר של הנאשם –

(1) בבית דין צבאי לתעבורה –

(א) לשופט תעבורה או למי שמוסמך לדון כשופט תעבורה כאמור בסעיף 209(ב), ובלבד שלא יתן פקודת מעצר לתקופה העולה על שלושים ימים;

(ב) לתקופה העולה על שלושים ימים – לנשיא בית הדין הצבאי המחוזי.

(2) בערכאה ראשונה אחרת – לנשיא בית הדין הצבאי ולשופט צבאי־משפטאי של בית הדין;

(3) בערכאה שניה – לשופט צבאי־משפטאי של בית הדין הצבאי לערעורים.

(ב) תקפה של פקודת מעצר לפי פסקאות (1)(ב), (2) או (3) של סעיף קטן (א) – עד לסיום המשפט בערכאה שבה ניתנה, אם לא בוטלה לפני כן ואין בה הוראה אחרת."¹⁴⁵

ממבט ראשוני, ניתן להבחין בנקל כי חוק השיפוט הצבאי מקנה לבית הדין הצבאי סמכות מלאה להורות על מעצרו של חייל לאחר הגשת כתב אישום בעניינו. עם זאת, מן הבחינה העובדתית גרידא, הסמכות המסורה לבית הדין הצבאי נעשתה בסתמיות וללא הגדרה של מנגנונים רלוונטיים, עילות מעצר, קביעות ביחס לסדר הדיוני בבקשות אלו וכיוצא בזה.

את הביקורת על היותן של עילות המעצר הצבאיות עילות שיפוטיות אחלק לכמה דיסציפלינות משפטיות שונות. הביקורת הראשונה והעיקרית שלי ביחס לקיומן של עילות מעצר שיפוטיות היא הסתירה בין מצב זה לבין עקרון החוקיות בפלילים. עיקרון זה, שהוא העיקרון הבסיסי ביותר בכל מערכות הדין הפליליות בעולם המודרני,¹⁴⁶ מציב הנחיה ברורה לפיה לא ניתן לשפוט אדם בגין עבירה אשר לא פורטה כהלכה בחוק מפורש.¹⁴⁷ בהלימה, בדיני המעצרים נקבעה הנחיה זהה לפיה

¹⁴³ כך למשל ראו: עניין דוד, לעיל ה"ש 137, בפס' 7 להחלטתו של השופט פינקלשטיין; עניין ויסאם, לעיל ה"ש 29, בפס' 23–24 להחלטתו של השופט פינקלשטיין.

¹⁴⁴ לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 222; גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 444–445.

¹⁴⁵ ס' 243(א)-(ב) לחוק השיפוט הצבאי.

¹⁴⁶ ראו למשל ביחס לארצות הברית את הסעיף הראשון בחוקה האמריקאית: "No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed"; ארצות הברית: *United States v. Brewer*, 139 U.S. 278 (1891); *James v. Bowman*, 190 U.S. 127 (1903); ראו גם ביחס לגרמניה את סעיף 103 לחוקה הגרמנית: Grundgesetz, art. 103(2); ראו גם ביחס למשפט הבריטי: Joseph Raz, *THE AUTHORITY OF LAW* 214–215 (1979).

¹⁴⁷ ס' 1 לחוק העונשין, התשל"ז–1977; עוד ראו גבריאלי הלוי "עקרון החוקיות וחוקתיות בדיני העונשין בישראל" קרית המשפט ח 335, 336 (התשס"ט).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

לא ייעצר אדם, אלא לפי סמכות שניתנה בחוק.¹⁴⁸ עיקרון זה, המתמקד בעיקר בדרך שבה יש לבנות את הקודקס הפלילי המחייב, מעגן בתוכו את החובה להיותו של החוק הפלילי ברור וודאי.¹⁴⁹

לשיטתי, פרשנות נכונה לכלל זה ביחס לדיני המעצרים היא שרק סמכות מעצר המפורטת כהלכה, דהיינו סמכות ברורה המאפשרת ביטחון משפטי לפרט,¹⁵⁰ עונה על עקרון החוקיות. שכן, לחשוד ולנאשם קיימת הזכות המלאה לדעת בגין מה יוכל בית המשפט לשלול את חירותו אף בטרם הרשעתו בדין.¹⁵¹ משכך, סמכות מעצר אשר אינה כוללת גדרות וסייגים, פירוט עילות מעצר ומסגרות פרוצדורליות היא סמכות מעצר אשר היסודות המשפטיים שלה פגומים ויש לתקנם. לכאורה, על בסיס הסמכות המסורה לבית הדין בחוק השיפוט הצבאי, יכול שופט לעצור נאשם עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו על בסיס שיקולים אשר להם ולדיני המעצרים אין דבר ולו חצי דבר, הסמכות היא מוחלטת ומלאה. דברים אלו אינם משקפים רק את דעתי גרידא, אלא הם עולים בקנה אחד עם ההלכה המחייבת שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בעניין **רובינשטיין**.¹⁵² כחלק מהדיון הנרחב שהוקדש בפסק הדין לסוגיית ההסדרים הראשוניים,¹⁵³ נקבעה הלכה כי ככל שהסדר הנבחן פוגע יותר בחירות הפרט, כך אין להסתפק בהסדר תחיקתי ברמת הפשטה גבוהה ונדרש הסדר מפורט בחקיקה ראשית.¹⁵⁴

הדברים אף מתחזקים לאור העובדה כי דיון זה נערך כשלושים שנים לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קבע בראש ובראשונה כי פגיעה בחירותו של אדם, לרבות בדרך של מעצר, צריכה להיעשות בחוק המקיים את דרישות פסקת ההגבלה, ובענייננו פסקת ההגבלה הצבאית.¹⁵⁵ קשה לראות כיצד חוק המעניק סמכות גורפת לשלילת חירותו של אדם שמנוסחת בצורה כה רחבה מקיים את דרישות פסקת ההגבלה הצבאית.¹⁵⁶ ניסוח כוללני וגורף מעין זה משאיר את הפרט לחסדם או לשבטם של התביעה הצבאית ובתי הדין הצבאיים, אשר ממלאים בנסיבות אלו תפקיד הדומה יותר לתפקידו של המחוקק.¹⁵⁷ בית המשפט העליון של ארצות הברית עמד על בעיה זו וציין כבר לפני כמאה שנים כי תפקידו הפרשני של בית המשפט אינו כולל בחובו את כוח תיקון החקיקה

¹⁴⁸ ס' 1(א) לחוק המעצרים.

¹⁴⁹ יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א 103 (מהדורה שלישית 2014) (להלן: "רבין וואקי, **דיני עונשין**"); עוד ראו יובל לוי ואליעזר לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** 67–75 (1981).

¹⁵⁰ השוו לשניאור זלמן פלר **יסודות בדיני העונשין** כרך א 15–16 (1984); דני"פ 1558/03 **מדינת ישראל נ' אסד**, פ"ד נח(5) 547, 562–563 (2004).

¹⁵¹ השוו לבוזג' סנג'רו "הצעה למלא בתוכן את הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי" **פורום עיוני משפט** מו 1, 28 (התשפ"ג).

¹⁵² בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 516 (1998) (להלן: פרשת **רובינשטיין**).

¹⁵³ עיקרה של סוגיה זו הוא בסמכות לקבוע הסדרים הפוגעים בזכויות היסוד השונות אשר מסורה אך ורק למחוקק בדרך של חקיקה ראשית. להרחבה בסוגיה זו בראי המשפט החוקתי ראו: בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 522–521 (1998); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 817–823 (נבו 2008.8.20); בג"ץ 1800/07 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה**, בפס" 7 לפסק דינו של השופט לוי (נבו 2008.10.7); בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, בפס" 18–24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (נבו 2014.7.2).

¹⁵⁴ פרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 152.

¹⁵⁵ ס' 5, 8–9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; דני"פ 404/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס" 4 לפסק דינו של השופט גיוראן (נבו 2015.4.15).

¹⁵⁶ השוו לרבין וואקי **דיני עונשין**, לעיל ה"ש 149, בעמ' 108; בג"ץ 6358/05 **ואנונו נ' אלון פיקוד העורף**, פס" 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 2006.1.12).

¹⁵⁷ ראו והשוו ליובל לוי "היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין" **עיוני משפט** ד 22, 29 (תשל"ה-תשל"ו); *Winters v. Brinegar*, 338 U.S. 160, 176 (1949); *v. N.Y.*, 333 U.S. 507, 540 (1948).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

בכסות של פרשנות,¹⁵⁸ דבר אשר נאלצים בתי הדין הצבאיים לעשות בהיעדרם של דיני מעצרים חקוקים בחוק השיפוט הצבאי.¹⁵⁹

נקודת מבט נוספת ביחס לעקרון החוקיות בפלילים המתאימה לענייננו בנקודה זו היא החשש מיישום מפלה או שרירותי של עילות המעצר הפסיקטיות. כאשר תחום משפטי מעין זה מושאר בידי הרשות השופטת, ללא הגדרה ברורה וללא קווים מנחים המפורטים במקור משפטי כלשהו, עולה חשש שמא אותה עמימות יכולה להוביל ליישום שרירותי של עילות המעצר כלפי נאשמים שונים בהתאם לדעות ולהשקפות של המותבים השונים.¹⁶⁰

כבר בנקודה זו חשוב להבהיר שאיני רואה בדיני המעצר הצבאיים דין שאינו חוקתי. כפי שהובא לעיל, דיני המעצר הצבאיים מוכרים כדין ישן, אשר מוגן בידי סעיף שמירת הדינים.¹⁶¹ עם זאת, המפריד אותי מן המתנגדים לעילות המעצר הוא כי אני שואף לשפר את מעמדן של עילות המעצר אף יותר, ולא להשתמש בפגמים אלו כנגדן. לשיטתי, פגם זה במיוחד צריך להוות תמרור אזהרה בוחק למחוקק על מטלה שנתרה לביצוע, מאחר שדור הראשונים של החקיקה הישראלית לא זכה לסיימה.

רובד נוסף הנכלל בעקרון החוקיות בפלילים, דרישת הפומביות,¹⁶² פוגם גם הוא בתקנתן של עילות המעצר הצבאיות בצורתן הנוכחית. בהזכירנו את דרישת הפומביות של החוק בכללותו, ובייחוד של הדין הפלילי, ראוי לעמוד על ההבחנה כי העיקרון מגן על הזכות של כל אזרח להגיע אל החוק החל בישראל, ולא על האפשרות של האזרח לדעת אותו, שכן ספק אם קיים אדם היודע את כל החוקים בישראל בעת ובעונה אחת.¹⁶³ יתרה מזו, עקרון הפומביות מכתוב לא רק את עצם קיומו של החוק, אלא את הנגישות שלו באופן שיאפשר לאדם לכלכל את דרכו בטרם המעשה ולכלל המאוחר עד לרגע ביצוע המעשה עצמו.¹⁶⁴

¹⁵⁸ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 404 (1937); ראו והשוו ביחס לישראל לבעז סגיר ביקורת **דיני העונשין הישראליים** 57–58 (2020).

¹⁵⁹ השוו למהלך דומה אשר התרחש בבית הדין הארצי לעבודה, עת הוא נקט גישה אקטיביסטית מובהקת לנוכח שתיקת המחוקק בסוגיות רבות הקשורות לזכויות היסוד של העובדים ואיזון למול זכויות המעסיקים, נושא אשר המחוקק שותק בו עד ליום זה: זאב סגל ולילך ליטור, **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי**, 48 (התשס"ח); עוד ראו והשוו ביחס לסי 32 לחוקי-יסוד: הממשלה, אשר יש המסבירים אותו כהסדר שיורי אשר מעניק לרשות המבצעת סמכויות שהועברו לה על ידי המחוקק במחדל: יואב דותן, **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי**, כרך א 422 (2022); עוד ראו לעניין זה יפים גם דבריו של פרופ' ברק בציינו כי: "היעדר ההסדרה בחקיקה של ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות עשוי להצביע על חסר. שתיקת החקיקה באשר לערכים בדבר כבוד האדם, החירות, העיסוק ושאר ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות עשוי להביא לידי מסקנה כי ההסדר בחוק אינו שלם. במצב דברים זה יחדרו היבטים אובייקטיביים אלה למשפט הישראלי חרף החסר בחוק, בדרך של היקש מהסדרים דומים המבטאים היבטים אלה", על כן ראו: אהרון ברק, **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק**, כרך א, 348 (יצחק זמיר עורך 2023).

¹⁶⁰ Peter K. Western, *Two Rules of Legality in Criminal Law*, 26(3) L. & PHIL. 229, 299–300 (2007); עוד ראו Megan T. Stevenson & Sandra G. Mayson, *Pretrial Detention and the Value of Liberty*, 108(3) VIRGINIA L. REV. 709, 727 (2022).

¹⁶¹ ראוי לציין כי יש הטוענים שעילות המעצר הצבאיות כלל אינן נחשבות ל"דין" הנהנה מסעיף שמירת הדינים וזאת לאור הספק הפרשני הקיים בשאלה האם דין כולל בתוכו גם הלכות משפטיות, ראו לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 223; ראו גם אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי 561–562 (התשנ"ד).

¹⁶² אסף הרדוף "עקרון החוקיות – חזק על חלשים – בעקבות בועז סגיר ביקורת דיני העונשין הישראליים (2020)" **משפט ועסקים** כד 533, 540 (2021); ע"פ 3520/91 **תורג'מן נ' מדינת ישראל**, מז(1) 441, פסי 15 לפסק דינו של השופט חשין (נבו 14.2.1993).

¹⁶³ הרדוף "עקרון החוקיות – חזק על חלשים – בעקבות בועז סגיר ביקורת דיני העונשין הישראליים (2020)", לעיל ה"ש 162, בעמ' 541.

¹⁶⁴ Kenneth S. Gallant, *Legality in Criminal Law, Its Purposes, and Its Competitors, In The Principle of Legality In INTERNATIONAL AND COMPARATIVE CRIMINAL LAW* 20 (Cambridge University Press, 2008).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

בהקשר שלנו, עילות המעצר הצבאיות הן פרי חקיקה שיפוטית. היקפן, תוכנן, הסייגים שהוצבו להן ותחולתן כיום נפרסים על פני פסיקות רבות של בתי הדין הצבאיים וטרם זכו לדיון עקרוני או פרקטי מקיף, אף לא בכתביה האקדמית. ספק בכלל אם קיים מקור משפטי אשר מספק הגדרה חדה וברורה לעילות המעצר הצבאיות, ברמת פירוט אשר תתאים לזו של סעיף חקיקה, דוגמת הסעיפים הקבועים בחוק המעצרים.¹⁶⁵

יתרה מזו, פסקי הדין של בתי הדין הצבאיים אינם מונגשים לציבור כלל, חלקם זמינים בתשלום במאגרי המשפט האינטרנטיים ומיעוטם זמינים באתר צה"ל.¹⁶⁶ אף על פי כן, אין בטוחה כלל שהם מכילים את כלל הפסיקות הרלוונטיות לצורך עילות המעצר. ספק גדול אם הדבר עונה על דרישת הפומביות הכלולה בתוך עקרון החוקיות,¹⁶⁷ לא כל שכן על הנחת המוצא התאורטית שבבסיס עקרון הפומביות הטבוע בעקרון החוקיות והוא הצורך לקיים את הדין הפלילי בדרך של הגינות כלפי האזרח.¹⁶⁸ הפגיעה העיקרית שפגם זה יוצר היא בזכויות החשודים בהליכים המתנהלים כעת, אשר זכאים לדעת מהן העילות שבגינן הם יכולים להיעצר עד תום ההליכים הפליליים בעניינם. פגיעה משנית של פגם זה היא כלפי כלל ציבור החיילים אשר ראוי שיוכלו לדעת את גבולות סמכויות המעצר כנגדם, היה ויעברו עבירה כלשהי.

בראי דברים אלו אדגיש כי הקושי העולה מהתנגשות חזיתית זו של המצב הקיים בעקרון החוקיות הוא אינו של היעדר סמכות, אלא הפגם החוקתי הנובע מסמכות שאינה מוגבלת ומתוחמת. הסמכות של בתי הדין הצבאיים לעצור חשוד או נאשם ושל רשויות האכיפה והתביעה הצבאיות לבקש מעצר מסוג זה אינה נתונה למחלוקת, ותשובה לה מצויה בסעיף אשר הוספתי לעיל מתוך חוק השיפוט הצבאי. טענתי היא שלמרות שסעיף זה מוגן במסגרת שמירת הדינים, ההתקדמות החוקתית והנורמטיבית של המשפט הישראלי מחייבת את פתיחתו של הסדר זה בראי האיזונים החדשים אשר עיקרם בהגבלת ההסמכה של מערכת בתי המשפט בנטילת חירותו של אדם ודיוקה כך שתחול רק במקרים שבהם היא מתחייבת. סעיף שמירת הדינים מהווה אפוא תמריץ שלילי להמשך המצב הקיים ולהימנעות המחוקק מכל רפורמה משמעותית בדיני המעצר הצבאיים. טענתי היא כי כוחה המוסרי-חברתי של שמירת דינים זאת נחלש בחלוף הזמן. לאחר יותר משבעים שנות משפט, חקיקה בנוסחה זו או אחרת, כזו שתשמר את המצב הקיים או תשנה אותו מן היסוד, היא מתחייבת ונדרשת לשם שמירת הזכויות של חיילי וחיילות צה"ל.

מצב הדברים העולה מן האמור לעיל אינו מתחם עצמו לרמה הנורמטיבית בלבד, אלא הוא עדות לכשל מוסדי מתמשך של הרשות המחוקקת. למעשה, ניתן לראות התעלמות זו של המחוקק מאימוץ הסדר חקיקתי כבחירה מודעת בהסדרה שבשתיקה ("*deliberate non-regulation*") על

¹⁶⁵ עוד ראו בהקשר לקשיים שבהיעדר חקיקה ברורה ונהירה לרבים: CHRISTINA PERISTERIDOU, THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN EUROPEAN CRIMINAL LAW, 60 (Intersentia, 2015).

¹⁶⁶ לפסקי הדין וההחלטות הזמינים באתר צה"ל ראו <https://www.idf.il/50609>.

¹⁶⁷ השוו לדבריו של ש"ז פלר המסביר כי עקרון הפומביות בישראל מקבל תוקף לאור פרסומם של חוקים ברשומות וכניסתם לתוקף רק לאחר הפרסום: שניאור זלמן פלר "בחירות אחדות של עקרון החוקיות בפלילים" משפטים א 19, 24–25 (תשכ"ח–תשכ"ט); משכך, קשה לראות כיצד דרישת החוקיות מתקיימת בענייננו שעה שעילות המעצר הצבאיות אינן מפורסמות ברשומות וספק אם בכלל יהיה ניתן לפרסמן – לאור היותן פזורות בין דברי פסיקה כה רבים; עוד ראו והשוו לדעת המיעוט של השופט גרוניס בפרשת גרוניס: דני"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו 2.3.2009); אשר חוזקו בהסכמה בפרשה מאוחרת יותר: רע"פ 523/13 דזנשוילי נ' מדינת ישראל, פס' 49 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 25.8.2015).

¹⁶⁸ GABRIEL HALLEVY, A MODERN TREATISE ON THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW, 27 (Springer, 2010).

צפויים שינויים נוספים.

מנת ליהנות מיתרונות הגלומים במצב הקיים.¹⁶⁹ בעבור הרשות המחוקקת מדובר ברווח כפול: ראשית, המחוקק מאפשר למערכת הצבאית לעשות כעולה על רוחה בתחום, תוך מתן הסמכה רוחבית ופשוטה. שנית, המחוקק נהנה מיתרונות סעיף שמירת הדינים על מנת להצדיק את היעדר הפעולה שלו, שהרי כל הסדר חקיקתי עתידי יאלץ להיות חשוף כולו לביקורת שיפוטית חוקתית בראי חוקי-היסוד. ביקורת זו תבוצע באופן שעלול לפגוע, כך ניתן לשער, בהשקפתו ביחס למצב בסוגיה אשר הולמת יותר את העמדות הרווחות בקרב גורמי הצבא והביטחון.¹⁷⁰ כך, חוסך המחוקק את הצורך להידרש בשאלה מורכבת זו ובעשותו כן, מטיל הוא את נטל החקיקה והביקורת החוקתית על בתי הדין הצבאיים.

מבט נוסף על מצב הדברים מוביל להבנה שהמחוקק ויתר במודע על כלל סמכויותיו בנושא לרשויות אחרות. כאמור לעיל, הועברו סמכויות החקיקה וההסדרה המשפטיות למערכת המשפט הצבאית באופן בלעדי.¹⁷¹ סמכויות הביקורת וקביעת הנהלים הועברו, בהיעדר פיקוח של המחוקק על הסוגיה, לגורמי הצבא והפרקליטות הצבאית (שמהווים חלק מן הרשות המבצעת), אשר תוחמים את סמכותם בתחום המעצר בנהלים פנימיים המושפעים מפסיקות בית המשפט העליון ובתי הדין הצבאיים.¹⁷² עם זאת, דווקא מן הריק האמור נוצר "סטטוס-קוו נורמטיבי של היעדר הסדרה" כדרך לנרמל את המצב הקיים ולאותת ליתר הרשויות כי המחוקק שבע רצון מהמצב הנורמטיבי הקיים, שכן אם היה רואה בו פגם מהותי כלשהו, היה פועל לשינויו.¹⁷³ כמו כן, זהו המקום להעיר גם כי הרשות המבצעת נמנעה מלפעול בכל דרך אפשרית לפתרון הסוגיה בראי השפעתה על הליכי החקיקה,¹⁷⁴ חרף קריאותיו של בית הדין הצבאי לערעורים לגורמים האמונים לקדם פתרון כאמור.¹⁷⁵

ויתור של רשות אחת על סמכויותיה, והעברתן באופן חד-צדדי לרשויות אחרות, מובילים למתח מתמיד בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. בעוד המחוקק יכול, דה-פקטו, להתנער מאחריותו למצב וליהנות מהסטטוס-קוו המתמשך, בתי הדין הצבאיים אינם יכולים לטמון ראשם בחול

¹⁶⁹ כך למשל, ראו והשוו ביחס לטקטיקה זהה ביחס לרגולציה של צבאות א-מדינתיים (PMC) במשפט הפנים-מדינתי ולגישה אותה נוקטת רוסיה בנושא, אשר זהה במהותה למצב שעליו אני מבקש להצביע ביחס לסוגיה הנידונה במאמר, על כן ראו והשוו: Ozlem Has, *Regulating Private Military Companies: A Comparative Study of National Approaches in the United States, Turkey, and Russia*, 30 JOURNAL OF CONFLICT & SECURITY LAW, 16 (Oxford University Press, 2025).

¹⁷⁰ ניתן לומר בשולי הדברים כי המחוקק "למד את הלכח" מן הנעשה בפרשת צמח, בה המחוקק שינה את ההסדר הדרקוני הקיים ביחס למשך המעצר של חייל עד לפעם הראשונה בה הוא רואה שופט לשם הארכת המעצר וקיצר את התקופה האמורה באופן דרמטי, אך בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ פסל תיקון מיטיב זה מכיוון שלא היה מיטיב מדי כך שיעמוד באמות המידה החוקתיות שקבע. כך שניתן לומר שלפרשה זו יש תרומה לאפקט המצנן בתחום המעצרים בצה"ל. על כן ראו עניין צמח, לעיל ה"ש 62, בעמ' 259–260.

¹⁷¹ הדבר אף מתחדד נוכח אי-ההתערבות של בית המשפט העליון בענייני המעצר בצבא בראי ההלכות המשורשות לפיהן התערבות בהחלטות בתי הדין הצבאיים ייעשו באופן מדוד ורק בשאלות של חידוש משפטי המצריכות דיון משפטי מיוחד בבית המשפט העליון בשבתו כבית הדין הגבוה לצדק, זאת בראי המומחיות הייחודית של הערכאות הצבאיות בנושאים אלו ורק במקרים בהם עולה קושי מיוחד עם החלטת בית הדין הצבאי לערעורים. על כן ראו והשוו: לבג"ץ 366/12 התובעת הצבאית הראשית נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פס' ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו) 28.1.2013; בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נז(4) 625, 631–632 (נבו) 29.5.2003.

¹⁷² נהלים אלו, הידועים כהנחיות התובע הצבאי הראשי, מסדירים כאמור את שיקול הדעת של רשויות התביעה בכלל הסוגיות העולות בהליך הפלילי ובייחוד בהליך המעצר. על כן ראו לעיל ה"ש 142.

¹⁷³ בחלקו הראשון של המאמר הבאתי שורה ארוכה של נושאים ותחומים אותם נמנע המחוקק במודע מלהסדיר והדברים נכונים גם כעת. על כן ראו: ס' 243 לחוק השיפוט הצבאי.

¹⁷⁴ כך למשל השוו לביקורת שהביע בית הדין הצבאי לערעורים בנושא משיק בתחום המעצרים: עלב"ש 8/20 טור' א' ע' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 124 לפסק הדין (נבו) 23.12.2020; להמחשת הקשיים שבקידום החקיקה הממשלתית בכנסת ראו: גלי בן-אור, "חוק בתי משפט לעניינים מינהליים - הצעת החוק שכמעט נכללה בסטטיסטיקת הכישלונות של החקיקה הממשלתית", שורשים במשפט 619 (דינה זילבר עורכת, 2020).

¹⁷⁵ ע"מ 56/98 רב"ט גמבורג נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 9 להחלטתו של המשנה לנשיא פינקלשטיין (נבו) 20.12.1998.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

ונאלצים כאמור להידרש למכלול רחב של סוגיות אשר ראוי היה שייבחנו במסגרת הליך החקיקה. בהמשך לדברים שנאמרו לעיל, המחוקק מאלץ את הרשות השופטת לסטות מן התפקידים השיפוטיים הקלסיים ולהפך את עקרון הפרדת הרשויות הלכה למעשה. זאת, דווקא בתקופה שבה המחוקק מעלה על נס את סמכותו הבלעדית לקבוע מדיניות בתחומי המשפט השונים ולשנות הסדרים משפטיים קיימים, חרף התנגדות של הרשות השופטת.¹⁷⁶

אלמנט נוסף העולה מקשיים אלו נטוע ביחס ליישומו הראוי של עקרון החוקיות בשלב עילת המעצר, בהשוואה לפרשנות עקרון החוקיות בדיני המעצרים הנוהגים במרבית מדינות העולם המערבי, באופן המבחין את ישראל ביחס לרבות מבעלות בריתה. כך למשל ראו את שפתה של האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR):

"Article 5 – Right to liberty and security

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of her/his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: [...]

C. the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing her/him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent her/his committing an offence or fleeing after having done so;¹⁷⁷

האמנה מטילה על המדינות החברות בה לממש את היכולת שלהן לעצור את אזרחיהן רק בפרוצדורה המפורטת בחוק ("in accordance with a procedure prescribed by law"). בפסק דין שניתן על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם,¹⁷⁸ אשר בחן את חוקיות מאסרם של חיילים בצבא הולנד, הצביע בית הדין באופן ספציפי כי פקודת המאסר של החיילים הגיעה ממקור מפורט וברור בחוק העונשין הייחודי של צבא הולנד.¹⁷⁹ בפרשה אחרת, בית הדין האירופי קבע כי הדרישה לחוק

¹⁷⁶ בנקודה זו ניתן להפנות לכמה יוזמות חקיקתיות אשר מטרתן שינוי המצב המשפטי הקיים והתאמתו לאיזון העקרוני שקובע העם באמצעות נציגיו. כך למשל, יש לראות את תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר ניסה לבטל את עילת הסבירות, אך נפסל על ידי בית המשפט העליון בשעה שזכה לביקורת נוקבת על ידי המחוקק; בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 1.1.2024); יעקב בן שמש "על חוסר הסבירות הקיצוני של בג"ץ הסבירות" מעשי משפט טז 97 (2025); טליה איינהורן "יו"ר הכנסת אמיר אוחנה לבג"ץ – עצור!" מידה (11.9.2023) <https://did.li/f4RZH>; דוגמה נוספת ניתן לראות בהצעת החוק אשר עומדת לפני אישורה הסופי בקריאות השנייה והשלישית ואשר מטרתה לבטל את הלכת אפרופים בתחום דיני החוזים שקבע בית המשפט העליון וזכתה לביקורת רבה ברבות השנים, על כן ראו: הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 3), התשפ"ה–2025; אברהם בלוך "רוטמן מנחית מכה קשה: המהלך הדרמטי לביטול אחת ההחלטות המרכזיות של אהרון ברק" מעריב (14.5.2025) <https://www.maariv.co.il/news/law/article-1196405>.

¹⁷⁷ סי' 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם (רומא, 1950).

¹⁷⁸ Monika Florczak-Wątor, *The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State*, Kanstantsin Dzehtsiarou, *CAN THE EUROPEAN COURT OF* 17(2) INT'L & COMP.L.REV 39, 40–44 (2017).
¹⁷⁹ HUMAN RIGHTS SHAPE EUROPEAN PUBLIC ORDER?, 96–129 (Cambridge University Press, 2021).
Engel and Others v. The Netherlands, app. no. 5100/71, at para. 96 (ECHR, 8.6.1976)

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן
צפויים שינויים נוספים.

מסמך אינה רק פורמליסטית, כי אם מהותית, והיא עוסקת בהגנה על האזרח מפני מעצר
שרירותי.¹⁸⁰ ובפרשה נוספת צוין:

"Where the "lawfulness" of detention is in issue, the Convention refers essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law. This primarily requires any arrest or detention to have a legal basis in domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, a concept inherent in all the Articles of the Convention."¹⁸¹

למרות שישראל אינה צד לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם, ניתן לראות את הפער ההשוואתי
הניכר שבינה לבין 46 המדינות השותפות לאמנה, עימן מקיימת ישראל יחסים מדיניים הדוקים
המבוססים על ערכים דמוקרטיים משותפים. נדמה כי בהקשר הזה, היעדרן של עילות המעצר
הצבאיות בחקיקה מייצר מצב בו יש סמכות מעצר רחבה ושרירותית המסורה לבתי הדין הצבאיים,
אשר לא הייתה עוברת את שבטו של בית הדין האירופי ובכך ממצבת את התפתחות הדין הפלילי
הצבאי הישראלי מאחור בהשוואה לשותפותינו בעולם.

אמנה בין-לאומית אחרת, אשר ישראל הינה צד לה, היא האמנה העולמית בדבר זכויות אזרחיות
ומדיניות.¹⁸² באמנה זו נקבעו הסדרים כמעט זהים לאלו שנידונו לעיל באמנה האירופית המקבילה,
וכך נקבע:

"Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law."¹⁸³

האמנה כוללת אמת מידה כפולה ביחס לשימוש בכלי המעצר. היא מונעת באופן ישיר שימוש במעצר
שרירותי וקובעת, בדומה לאמנה האירופית, את החובה לביצוע מעצר בהתאם לפרוצדורה חוקית
שנקבעה בחוק המדינה. ביחס לטיבו של החוק המסמך, עמדה ועדת האו"ם לזכויות אדם,¹⁸⁴
בפורום הדין במקרים אינדיווידואליים הקשורים לאמנה, פעמים רבות בציינה:

"In accordance with the Committee's constant jurisprudence, "arbitrariness" is not to be equated with "against the law", but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness,

¹⁸⁰ *Gruber v. Germany*, App. no. 45198/04 (Nov. 20, 2007)

¹⁸¹ *Stafford v. the United Kingdom*, App. no. 46295/99, at para. 63 (May. 28, 2002)

¹⁸² INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (New York City, 1966)

¹⁸³ שם, בס' 9 לאמנה.

¹⁸⁴ [“CCPR”] United Nations Human Rights Committee; לפירוט על נסיבות הקמתה של הוועדה ותפקידיה, ראו:
David H. Moore, *Treaty Interpretation at the Human Rights Committee: Reconciling International Law*
Aulona Haxhiraj, *The Covenant on civil ; and Normativity*, 56 UC DAVIS L. REV. 1311, 1313–1323 (2023)
.and political rights, 3(2) JURIDICAL TRIBUNE 308, 313 (2013)

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

injustice, lack of predictability and due process of law. This means that remand in custody must not only be lawful but reasonable and necessary in all the circumstances, for example to prevent flight, interference with evidence or the recurrence of crime."¹⁸⁵

לסיכומה של השוואה זו, עולה השאלה האם דיני המעצרים הצבאיים, בכל הקשור לפגמים שראינו ביחס לעילות המעצר הצבאיות, עולים בקנה אחד עם התחייבויותיה של מדינת ישראל ביחס לאמנה ולסטנדרט הנהוג במדינות המערב. ההתנגשות העיקרית בין דברי האמנה לבין מצב הדברים בחוק השיפוט הצבאי נוגעת בעיקר לפגיעה שבמצב הדברים ביכולת לצפות את הדין ובקיומו של הליך תקין במשמעותו הרחבה. כמו כן, אלו המבקשים לבטל את עילות המעצר הצבאיות יטענו כי מטרות המעצר הכלולות בעילות הייחודיות אינן סבירות ונחוצות בראי הדין המשווה.¹⁸⁶ תמונת המצב המצטיירת מן ההשוואה היא כי הוראות חוק השיפוט הצבאי עלולות להתפרש כלקוניות, שרירותיות, ללא חסמים ואיזונים נדרשים וכאלו שאינן עומדות בסטנדרטים החוקתיים של המאה ה-21.

הקושי הנוצר במבט פנים־משפטי הוא כפול. ראשית, ייתכן שמצב הדברים פוגם במידת ההתאמה של הדין הישראלי ביחס להתחייבויות של המדינה כלפי האמנה עליה היא חתומה, ולמעשה, עלול לעלות כדי הפרה של ההתחייבות. שנית, קביעה מעין זו ביחס לעמידת המדינה בהתחייבויות המשפטיות שנטלה על עצמה כחלק מהדין הבין־לאומי עלולה להוביל את בית המשפט העליון לפסול את עילות המעצר הצבאיות כל עוד לא יחוקקו בחקיקה ראשית. חשש זה מתעצם נוכח קריאתו של בית המשפט העליון בעניין **שרגאי** להשתמש בלקחים מן המשפט המשווה כדי לפתור את שאלת המעצר בהליכים הצבאיים בעתיד.¹⁸⁷

ביקורת נוספת על קיומן של עילות מעצר שיפוטיות נוגעת לפגם המהותי שבהותרת תחום קרדינלי מעין זה לידי החקיקה השיפוטית. הצורך שבעיגונן של עילות המעצר בחקיקה אינו נובע, ואסור לו שינבע, מהרצון "לסמן ויי" על הוראה או הנחיה של המכונן בחוקיהיסוד. לעצם עיגונו של תחום בחקיקה יש יתרונות ומשמעויות חיוביים באופן אינהרנטי הנובעים מהליך החקיקה עצמו. החקיקה כשלעצמה היא תפקידו העיקרי של בית הנבחרים.¹⁸⁸ באמצעות הליך החקיקה נבחרי הציבור מבטאים את עצמם בסוגיות החשובות העומדות על סדר היום הציבורי ומקיימים את הערכים הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר.¹⁸⁹ בתוך כך, הליך החקיקה ויתר הכלים הפרלמנטריים מעניקים לנבחרי הציבור את הכלים לקיים פיקוח ובקרה שוטפים על התנהלות הרשויות האחרות במדינה.¹⁹⁰ בהקשר לרשות השופטת, אשר נכללים בה בתי הדין הצבאיים, חלק מפיקוחו של המחוקק נטוע ביכולתו לשנות את ההלכות השיפוטיות וכן את החקיקה השיפוטית באמצעות הליך

¹⁸⁵ at para. 305/1988 *Van Alphen v. Netherlands*, ראו גם *Gorji-Dinka v. Cameroon*, at para. 5.1, 1134/2002 Human Rights Committee, *General Comment No. 35 on Article 9, Liberty and security of person*, CCPR/C/GC/35, 3–4 (16.12.2014).

¹⁸⁶ בהלימה להיגד שצוטט לעיל: "This means that remand in custody must not only be lawful but reasonable and necessary in all the circumstances, for example to prevent flight, interference with evidence or the recurrence of crime"; על כן ראו: עניין *Gorji-Dinka v. Cameroon*, לעיל ה"ש 185.

¹⁸⁷ עניין **שרגאי**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 690.

¹⁸⁸ בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד (נט) 14, 49 (נב) 27.9.2004.

¹⁸⁹ בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל**, פס' 62–65 לפסק דינו של השופט סולברג (נב) 6.8.2017.

¹⁹⁰ שם, בפס' 39 לפסק דינו של השופט סולברג ובפס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

החקיקה הפרלמנטרית.¹⁹¹ הנזק שנגרם לחיילי וחיילות צה"ל כתוצאה מהיעדר דיון ראוי ומקיף על עילות המעצר הצבאיות הוא רחב היקפים, והדבר נובע מההשלכות הרחבות, וניתן לומר אף המוחלטות, שיש למעצר על חירותו של החייל. באמצעות הליך החקיקה של עילות המעצר הצבאיות נוכל לקיים הליך ציבורי פתוח בו ייקבעו הגבולות והגדרות הראויים של עילות אלו. במסגרת הליך זה, יוכל הציבור בעצמו ובאמצעות נבחרי להביע את דעתו בסוגיה ולהגיע להסדר ברור, פומבי ודמוקרטי שיעלה בקנה אחד עם המשפט החוקתי של מדינת ישראל.

את היעדרו של קיום הליך דמוקרטי תקין ביחס לעילות המעצר הצבאיות אין לזקוף לחובתם של בתי הדין הצבאיים אשר בלית ברירה ממלאים תפקיד מעין חקיקתי בסוגיה זו. ראוי להפנות את הביקורת לדורות ארוכים של נבחר ציבור אשר נמנעו מביצוע מטלה זו חרף קריאות רבות של בתי הדין הצבאיים לחקיקת עילות המעצר. חיילי וחיילות צבא ההגנה לישראל מהווים חלק משמעותי מציבור הבוחרים שבשמו פועלים נבחר ציבור בכנסת. לפיכך, הימנעות המחוקק מחקיקת עילות המעצר הצבאיות מהווה פגיעה ישירה בציבור בוחרים, בין אם מקורה בבחירה מודעת או כתוצאה של רשלנות פרלמנטרית רבת שנים.

בחלק זה דנתי בפגמים הרבים הקיימים במצב הנוכחי בו עילות המעצר הצבאיות כולן אינן מעוגנות בחקיקה, כי אם בפסיקה. תחילה דנתי בפגמים הנובעים כתוצאה מאי-התאמתן של המצב הקיים לעקרון החוקיות בפלילים בשלושה מישורים עיקריים – הסמכה, בהירות ופומביות, ובפגיעה המוסדית הנגרמת כתוצאה מהמצב הקיים. לאחר מכן בחנתי את הנושא בראי אמות המידה של המשפט הבין-לאומי, תוך התייחסות לפסיקותיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם ולהחלטותיה של ועדת האו"ם לזכויות אדם. לבסוף, טענתי כי ישנו פגם אינהרנטי בהשארותו של נושא משפטי חשוב זה לידי בתי הדין הצבאיים חלף קיומו של דיון ציבורי-פרלמנטרי ראוי במסגרת הליך חקיקה בכנסת.

2.2. הניסיונות לעיגון של עילות המעצר הצבאיות בחוק השיפוט הצבאי

הבעיה הגלומה באי-חקיקתן של עילות המעצר הצבאיות בחקיקה ראשית לא זכתה לדיון פרלמנטרי נרחב ולא לניסיונות רבים לעיגון עילות אלו בחקיקה. עם זאת, ראוי לציין לטובה את המעט הקיים ולראות אילו לקחים נוכל ללמוד משתי הצעות החוק שניסו להוביל לשינוי מצב זה. לפיכך, אקדיש חלק קצר זה לדון בשתי הצעות החוק שהוגשו וביקשו להסדיר את המצב הקיים ולתאר את שעלה בגורלן.

הצעת החוק הראשונה בתחום זה הוגשה בשנת 1995,¹⁹² על ידי חברת הכנסת אסתר סלמוביץ גירפג.¹⁹³ הצעת חוק זו, אשר כוללת שורה אחת בלבד, ביקשה להשוות באופן מיידי בין עילות

¹⁹¹ אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 54 (התשמ"ג); ראו גם בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסי' 54 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ (נבו 1.1.2024); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, מב(2) 496, 441 (1988); ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 566 (נבו 20.1.1997); דנג"ץ 5120/18 נשים קוראות ללדת למען חופש בחירה בלידה נ' מדינת ישראל, פסי' 3 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 21.7.21); השוו: בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, מז(1) 760, 749 (נבו 29.3.1993); ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסי' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 16.5.2018).

¹⁹² הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון – שיקולי מעצר), התשנ"ה-1995.

¹⁹³ "אסתר סלמוביץ גירפג" הכנסת <https://m.knesset.gov.il/mk/pages/mkpersonaldetails.aspx?mkid=160>

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

והסדרי המעצרים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי כנוסחו באותם ימים לבין עילות המעצר הצבאיות. כפי שביארה חברת הכנסת סלמוביץ בדברי ההסבר להצעת החוק שלה:

"לאחר שנים רבות בהן הייתה שאלת המעצר עד תום ההליכים לאחר הגשת כתב אישום נתונה לחקיקה באמצעות פרשנות משפטית, תוקן חוק סדר הדין הפלילי ובו תחם המחוקק את השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לשלול חירותו של אדם. מאחר ושאלה זו, של שלילת חירות הוסדרה כאמור ע"י המחוקק ועולה בקנה אחד עם החוקים המאוחרים כמו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגיע הזמן להסדיר שאלה זו בחוק השיפוט הצבאי אשר חוק זה (חוק סדר הדין הפלילי) אינו חל עליו להזכיר שמדובר בפרוצדורה פלילית שאין כל צידוק כי תהא שונה לחיילים ולאזרחים."¹⁹⁴

בהמשך דברי ההסבר להצעת החוק היא מתארת נסיבות נוספות אשר הובילו אותה להביא לכנסת הצעת חוק זו. לטענתה, לאור כך שמרבית האזרחים הבגירים במדינת ישראל מתגייסים לצבא, יש קושי בביצוע ההבחנה שבין חייל לאזרח ויש לקדם את הדין הצבאי אל הדין האזרחי אשר משקף תפיסות מתקדמות יותר.¹⁹⁵ טעם נוסף לצורך שבהצעת החוק הוא הפגם החמור שהיא רואה בהשלכותיו של עניין **אדלר**,¹⁹⁶ בו בית המשפט העליון קבע גדרות רבות לביקורת שלו על חוק השיפוט הצבאי לאור היותו קודקס ייחודי. באמצעות הצעת החוק, יוכל עתה בית המשפט העליון לקיים ביקורת על הליכי המעצר בצבא ביתר קלות.¹⁹⁷ כמו כן, לדעתה היה על בית הדין הצבאי לקבל הנחיה מחוק סדר הדין הפלילי, אך להתרשמותה בתי הדין הצבאיים אינם נוהגים כך.¹⁹⁸ עם זאת, הצעת החוק של חברת הכנסת סלמוביץ כלל לא הובאה לדיון מוקדם בפני הכנסת ומשכך הליכי החקיקה של הצעה זו מעולם לא החלו.

מניתוח ההצעה עולה כי חברת הכנסת סלמוביץ מצטרפת לאלו הטוענים כי על המחוקק להשלים את מלאכת החקיקה ולתת את דעתו ביחס לעילות המעצר הצבאיות. עוד עולה כי לשיטתה עבודה זו הייתה צריכה להיעשות עת שנחקקו הסדרי המעצרים האזרחיים בחקיקה ראשית העומדת בראי ההתפתחויות החוקתיות שעברו על מדינת ישראל באותה העת. במבחן התוצאה, המציעה סבורה כי בחינת הסוגיה תוביל למסקנה כי דיני המעצרים צריכים להיות זהים למערכת הצבאית ולמערכת האזרחית.

לצד הקריאה להשוואה בין הדין הצבאי לאזרחי, דבריה של חברת הכנסת סלמוביץ מעלים גוונים ייחודיים ביחס לביקורת הקיימת על עילות המעצר הצבאיות. כך למשל, מדובר במקור היחיד המעלה ביקורת ביחס לצורך להגביר את היקף שיפוטו של בית המשפט העליון על הליכי מעצר בצבא. בפרספקטיבה רחבה, נראה כי צדקה חברת הכנסת סלמוביץ ביחס להיקף הביקורת המצומצם החל על פסיקותיהם של בתי הדין הצבאיים, עתה אבאר.

¹⁹⁴ הצעת חוק השיפוט הצבאי, לעיל ה"ש 192. שם.

¹⁹⁵ עניין **אדלר**, לעיל ה"ש 133.

¹⁹⁶ הצעת חוק השיפוט הצבאי, לעיל ה"ש 192.

¹⁹⁷ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

ההלכה המשפטית הקיימת אשר נקבעה על ידי בית המשפט העליון היא כי בית המשפט העליון אינו ערכאת ערעור על פסקי הדין של בתי הדין הצבאיים לערעורים.¹⁹⁹ ומידת התערבותו בפסקי דין אלו מוגבלת לחריגה מסמכות, סטייה מהוראות החוק, פגיעה בכללי הצדק הטבעיים ולמקרים בהם יש צורך ברור במתן סעד למען הצדק.²⁰⁰ ערעורים על הכרעות הדין של בתי הדין הצבאיים לערעורים קיבלו מסגרת נורמטיבית ראויה בחוק השיפוט הצבאי שקבע ערעור ברשות לבית המשפט העליון רק אם מתקיימת שאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש.²⁰¹ בניגוד לכך, אין מנגנון מקביל המסדיר את ביקורתו של בית המשפט העליון על ענייני המעצר. בית המשפט העליון עצמו בעניין **שרגאי** לא הכריע בשאלת השימוש בסעיף החוק על הכרעות הדין כדרך לערער על החלטות המעצר של בתי הדין הצבאיים לערעורים ככלי הנכון, או שמא הכלי המתאים הוא הגשת בג"ץ.²⁰² בפסיקה של בית המשפט העליון מלפני שנים מספר, נקבע, בהתאם לדרך בה ראתה חברת הכנסת סלמוביץ את הדברים, כי הסעיפים הקיימים בחוק השיפוט הצבאי אינם מאפשרים ערעור על מעצרו של חייל לבית המשפט העליון.²⁰³

במבט היסטורי, באם הייתה הכנסת מקבלת את הצעת החוק, ייתכן שהדיון הענף אותו אנו מקיימים כעת, בראי הלקחים והקביעות שבוצעו בחוק המעצרים – היה נגדע באיבו בטענה כי הנושא הוסדר בחקיקה ראשית. לו הייתה מתקבלת הצעתה לעגן את עילות המעצר החקוקות כפי שהיו בחוק סדר הדין הפלילי דאז, היה נותר שיקול דעת רחב ביותר לבית הדין הצבאי בשאלת עילות המעצר. כך למשל, במסגרת חוק סדר הדין הפלילי כהוראתו אז, נחקקה עילת מעצר לצורך שמירה על שלום הציבור, אשר בתי המשפט השתמשו בה כדי לקדם מעצר הרתעתי.²⁰⁴ אמת היא כי עד לחיקוקו של חוק המעצרים, בית המשפט העליון קבע שהשימוש בעילה זו לצורכי מעצר הרתעתי אינו חוקתי וזאת מכיוון שבין תיקון 9 לחוק סדר הדין הפלילי לבין קבלתו של חוק המעצרים, התרחשה המהפכה החוקתית וחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו נכנס לספר החוקים.²⁰⁵ עם זאת, ספק לדעתי אם הצעת החוק אכן הייתה מובילה להשוואה שבין המערכת הצבאית לאזרחית. זאת לאור עמדותיהם של בית המשפט העליון ובתי הדין הצבאיים אשר מתאימים את הדין למערכת הצבאית בלאו הכי וברי כי החלתו של דין אזרחי על המערכת הצבאית ראוי שיעשה בשינויים המתחייבים.

הצעת החוק השנייה, והאחרונה, שביקשה לעגן עילות מעצר עד תום ההליכים בחוק השיפוט הצבאי הוכנה על ידי הממשלה כבר בשנת 2004.²⁰⁶ תחילת הליכי החקיקה בעניינה נעשו בכנסות ה-16 וה-17, אך לאור איקידום הליכי החקיקה, הצעת החוק הוגשה מחדש בשנת 2012 על ידי הממשלה כך שתדון בה הכנסת ה-18.²⁰⁷ הצעת החוק עברה את הקריאה הראשונה בשלהי הכנסת ה-18,²⁰⁸

¹⁹⁹ בג"ץ 8252/15 חמדאן נ' בית המשפט הצבאי לערעורים, פסי' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 27.7.2017).
²⁰⁰ שם; ראו גם בג"ץ 7711/16 חאמד נ' בית המשפט הצבאי לים, פסי' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 9.10.2016);
בג"ץ 10416/05 אלחרוב נ' בית המשפט הצבאי ביהודה, פסי' 6 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 24.5.2007).

²⁰¹ סי' 440ט(ב) לחוק השיפוט הצבאי; ראו גם רע"פ 7499/15 רב"ט בר נ' התובע הצבאי הראשי, פסי' 6 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 15.11.2015); רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, נה(4) 673, 682 (נבו 26.6.2001).
²⁰² עניין **שרגאי**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 689.

²⁰³ בג"ץ 8373/20 יצחקוב נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פסי' 5 לפסק דינה של השופטת ברוך (נבו 7.12.2020).

²⁰⁴ בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 82, בעמ' 375.

שם.

²⁰⁶ הצעת חוק התשס"ד, עמ' 633, מיום י' באב התשס"ד (28 ביולי 2004).

²⁰⁷ הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 68) (סמכויות מעצר ועיכוב), התשע"ב-2012.

²⁰⁸ ד"כ 155, 16.7.2012.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

ובתחילת הכנסת ה-19 הוחל עליה דין רציפות.²⁰⁹ עם זאת, המשך הליכי החקיקה מעולם לא בוצעו ותוקפה של הצעת החוק פג בתום כהונתה של הכנסת ה-19. בדברי ההסבר של הצעת החוק פירט הייעוץ המשפטי לממשלה את המגמה שהנחתה אותם בגיבוש הצעת החוק:

"ככלל, המגמה היא להאחדה ולהשוואה של דיני הראיות, דיני המעצר וסדרי הדין הנוהגים במערכת הצבאית לאלה הנוהגים במערכת הפלילית הכללית, למעט במקרים הנוגעים לתחומים צבאיים ייחודיים אשר לגביהם ראוי לקבוע הסדרים מיוחדים בהתחשב בצרכיה המיוחדים של המערכת הצבאית. והכל, תוך התאמה להוראות סעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המתיר הגבלה והתניה על זכויותיהם של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, בתנאים מקלים לעומת תנאי ההגבלה בנוגע לזכויותיהם של כלל אזרחי מדינת ישראל מכוח סעיף 8 לחוק היסוד".²¹⁰

הצעת החוק הממשלתית מבקשת לערוך שינויים רבים בדיני המעצרים הצבאיים מכיוונים שונים. ביחס להצעת הממשלה לעיגון עילות המעצר, אין פירוט רחב בדבר הטעמים והאיזונים שביצעה הממשלה בעת שגיבשה את הצעתה. כמו כן, דברי ההסבר מציינים כי השאיפה של הצעת החוק היא להסדיר את עילות המעצר בדומה להוראות חוק המעצרים, בהתחשב באופיו של השירות הצבאי ובצורכי המשמעת של הצבא.²¹¹ נעבור עתה לסקירת ההצעה, ולאור פירוטה הרב, אביאה כלשונה:

244.א. (א) בית דין צבאי שבפניו הוגש כתב אישום לא ייתן פקודת מעצר על נאשם לפי סעיף 243(א) (בחוק זה – מעצר עד תום ההליכים המשפטיים) אלא בהתקיים אחד מאלה:

(1) בית הדין סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי התקיים אחד מאלה:

(א) קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי משפט, להתחמקות מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר או מחבוש, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת;

(ב) קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או בטחון המדינה;

(ג) הואשם הנאשם באחת העבירות המפורטות להלן, חזקה כי מתקיימת העילה האמורה בפסקת משנה (ב), אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת.

(1) - (5) [...]

(2) בית הדין ציווה על מתן ערובה, לפי הוראות סעיף 243א, והערובה לא ניתנה להנחת דעתו של בית הדין או שהופר תנאי מתנאי הערובה, או שנתקיימה עילה לביטול השחרור בערובה.

(3) לא התקיימה אחת העילות שבסעיף קטן (א), לא ייתן בית דין צבאי פקודת מעצר לפי אותו סעיף, אלא אם כן שוכנע כי קיים חשש ממשי כי בשל טיב העבירה ונסיבותיה שחרור הנאשם או אי מעצרו יביא לפגיעה חמורה במשמעת הצבא.²¹²

נעבור עתה לניתוח ההצעה. הצעת החוק הממשלתית מעגנת בתוכה חמש עילות מעצר נפרדות. העילה הראשונה היא עילת השיבוש המוכרת מחוק המעצרים,²¹³ בתוספת קלה והיא מניעת שיבוש

²⁰⁹ ד"כ 19.6.2013, 131.

²¹⁰ דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 207.

²¹¹ שם.

²¹² שם.

²¹³ סי' 21(א)(1) לחוק המעצרים.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

עונש המחבוס הייחודי למערכת המשפטית הצבאית ומוכר בעיקר כעונש משמעת. העילה השנייה היא עילת המסוכנות, גם היא כמופעה בחוק המעצרים.²¹⁴ העילה השלישית היא חזקות המסוכנות השונות, גם הן בהלימה לחוק המעצרים.²¹⁵

העילה הרביעית היא עילת הפרת תנאי הערובה כמופעה בחוק המעצרים.²¹⁶ בנקודה זו ראוי להעיר כי דיני המעצרים בצבא אינם מכירים בשחרור בערובה כחלופת מעצר לחיילים אשר חוק השיפוט הצבאי חל עליהם במישרין.²¹⁷ זאת מכיוון ששחרור הנאשם לביתו כמוהו כמתן חופשה מיוחדת לחייל לשהות בביתו, בו הוא אינו כבול בתנאי המחנה הצבאי, והוא אף נתפס כפרס יותר מאשר כהגבלה על החירות.²¹⁸ לפיכך, השחרור בערובה מוגבל רק לסוג מאוד מסוים של נאשמים צבאיים אשר ככל הנראה כבר השתחררו משירות, אך טרם יצאו מתחולת חוק השיפוט הצבאי.²¹⁹ ביחס לרוב החיילים, חלופת המעצר הרלוונטית בדין הצבאי היא "מעצר פתוח" אשר מקבילה למעשה לריתוק.²²⁰

העילה החמישית והאחרונה המעוגנת בהצעת החוק היא עילת הפגיעה במשמעת, אשר עליה דנתי בחלקו הראשון של מאמר זה. ניסוחה של העילה שונה בתכלית מן הדרך שבה התפתחה בפסיקה הצבאית והיא מהווה מעין "נישואי תערובת" בין עילות שהיו קיימות בעבר לבין אמירות שונות של בתי הדין הצבאיים. לפיכך אתאר את היקפה של העילה עקב בצד אגודל.

ראשית, ניסוח העילה פותח דווקא בסייג לפיו אם לא נתגבשה עילת מעצר מתוך ארבע העילות הראשונות, הרי שיש לפנות לסעיף זה. הדבר יוצר באופן ממשי יחסי עליונות בין העילות השונות. כאשר ארבע העילות הראשונות, אשר מוכרות מחוק המעצרים, עליונות לעילה החמישית ויש לפנות אליה רק כאשר אין עילה אחרת בנמצא. המסר העולה מנוסח זה אינו עולה בקנה אחד עם הנאמר בפסיקה הצבאית, אשר מחד גיסא צמצם את היקף הנסיבות בהן יכולה להתממש העילה,²²¹ אך מאידך גיסא – מעולם לא יצר הייררכייה בין עילות המעצר השונות.²²²

הסעיף ממשיך וקובע שתנאי להתגבשות העילה הוא קיומו של חשש סביר לפגיעה במשמעת. הטרמינולוגיה ביחס לחשש סביר עולה בקנה אחד עם הדרישה הראייתית הנדרשת בחוק המעצרים הנוקט טרמינולוגיה דומה. עם זאת, הפסיקה הצבאית הגדירה את הדרישה הראייתית באחת מן הפרשות כ"יסוד סביר לפגיעה במשמעת".²²³ הפערים בין המינוחים אינם סמנטיים גרידא, הם מעידים על שינוי משמעותי בנטל המונח על התביעה. יסוד סביר אינו חשש ממש.²²⁴

²¹⁴ שם, בס' 21(א)(1)(ב).

²¹⁵ שם, בס' 21(א)(1)(ג).

²¹⁶ שם, בס' 21(א)(2).

²¹⁷ ראו ס' 4 לחוק השיפוט הצבאי; ראו גם ע"מ 57/00 סמל איבנוב נ' התובע הצבאי הראשי, פס" 8 להחלטתו של השופט יניב (נבו 12.12.2000).

²¹⁸ לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 256-257; גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 460-461.

²¹⁹ גרוס, לעיל ה"ש 16.

²²⁰ עניין י' ה', לעיל ה"ש 112, בפס" 81 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.

²²¹ ע"מ 45/00 רב"ט טרגש נ' התובע הצבאי הראשי, פס" 8 להחלטתו של השופט יניב (נבו 30.10.2000).

²²² השוו לעניין כץ, לעיל ה"ש 36.

²²³ עניין אמינוב, לעיל ה"ש 31, בפס" 26 להחלטתו של השופט לוי.

²²⁴ השוו בעניין הפער בין המינוחים: מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 552 (נבו 16.2.1999); ולעניין הנטל הכבד המוטל ביחס לחשש ממש באספקלריה של פסלות שופט השוו: ע"פ 5/17 אלגדאמין נ' מדינת ישראל, פס" 11 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 9.1.2017); להשלמת התמונה, השוו למקרה בו בית המשפט פסל תיקון לחוק סדר הדין הפלילי שחוקקה הכנסת מן הטעם שלא נקבעה בו רמה הסתברותית גבוהה של חשש ממש לצורך קיום דיון בעניינו של חשוד בעבירות ביטחון שלא בנוכחותו, בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, פס" י"ג לפסק

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

חשש ממשי מהווה דרישה ראייתית מוגברת אשר הסתברותה עולה על דרישת היסוד הסביר.²²⁵ הפסיקה בחלק מהמקרים הגדירה יסוד סביר כביטוי חלופי למבחן הראיה המנהלית, הבוחן האם רשות מנהלית סבירה הייתה מקבלת החלטה בנסיבות העניין.²²⁶ טרם הופעתו של חוק המעצרים, נוסחו של חוק סדר הדין הפלילי כלל את הביטוי יסוד סביר ביחס לעילות המעצר, ולא את הביטוי חשש ממשי.²²⁷ חלוקה דומה נעשתה על ידי המחוקק בין סמכות העיכוב המסורה לשוטר לסמכות המעצר המסורה לבתי המשפט. עיכוב ייעשה על ידי שוטר רק בהתקיים יסוד סביר לקיומה של אחת משלוש עילות העיכוב. אך עם ההקלה הראייתית, באה גם ההגבלה, על משקל שטר ושוברו בצידו – העיכוב מוגבל ולרוב אינו עולה על כמה שעות בודדות.²²⁸ מנגד, סמכות המעצר על בסיס החשש הממשי היא נרחבת ומגיעה עד למעצר עד תום ההליכים אשר יכול להתפרס על פני שבועות ואף חודשים רבים.

בפרשת **גנימאת** עמד בית המשפט העליון על היחס שבין "יסוד סביר" לבין "יסוד סביר לחשש" ובכוחם של הדברים לסכם את הפער המושגי עליו אני עומד:

"הסעיף מכיל שלוש עילות מעצר [...] שתי העילות הראשונות – קיומו של יסוד סביר לחשש של שיבוש הליכי משפט או הימלטות מהדין – הן על-פי מהותן בעלות מרכיב סובייקטיבי בלבד. ואילו השלישית – זו שלענייננו, שהיא קיומו של חשש סביר למסוכנותו של הנאשם, מכילה שני מרכיבים: אובייקטיבי וסובייקטיבי. עילה זו שונה משתי קודמותיה על-פי נוסח הסעיף המגלם את התפיסה שמאחוריו. המילים "שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש..." (ההדגשה שלי – ט' ש' כ'), המוצמדות רק לעילת מסוכנותו של הנאשם, לא בכדי נחקקו. משמעותן היא, שנסיבות העבירה או מהותה מהוות מרכיב ממרכיבי מסוכנותו של הנאשם, לא כך לעילות החשש לשיבוש הליכי משפט או להימלטות מהדין."²²⁹

המשך הסעיף מעגן את יסודות העילה ההרתעתית, פגיעה במשמעת הצבא, אך במקביל נוטע בה עילת מעצר נוספת, או חלופית, אשר חשבנו שעברה מן העולם – עילת חומרת העבירה, באופן שאינו מאפשר הפרדה בין הרבדים. למעשה, כדי להוכיח את עילת הפגיעה במשמעת, יש להוכיח ראשית כרכיב בסיסי את עקרונית חומרת העבירה. לשיטתי הדבר פוגם באופן העיגון של עילת המשמעת והוא מצמצם אותה שלא מן המקום הנכון. לאמור, הבסיס לפגיעה במשמעת אינו קשור בעיניי לחומרת העבירה, שכן קשה בעיניי להלום את החומרה של עבירת סמים לעבירת התעללות, למשל. האינטרס המוגן על ידי עילת הפגיעה במשמעת הוא הרצון להרתיע עבריינים פוטנציאליים מביצוע מעשים שיש בהם משום חתירה תחת ערכי היסוד של המערכת הצבאית וערכי צה"ל. הדרך הנכונה לתחום את העילה היא בהגדרת עומק הפגיעה במשמעת, ולא בסיווג העבירות על פי רמת חומרה.

דינו של השופט רובינשטיין (2010); ביחס לניסיון לפרש את המונח יסוד סביר השוו לרע"א 7504/95 **יאסין נ' רשם המפלגות**, פ"ד נ(2) 45, 79 (נבו 1996.4.28).

²²⁵ לעניין זה השוו: יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים - הליכים שלפני משפט** כרך א 301, 305 (מהדורה מעודכנת 2008).

²²⁶ ע"ק (קריית) 16-09-25296 **כהן נ' משטרת ישראל תחנת עכו**, עמ' 8 לפסק דינו של השופט ארדמן (נבו 2016.9.20).

²²⁷ ראו דני"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 624; השוו לעניין **זאדה**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 142.

²²⁸ ס' 67 לחוק המעצרים.

²²⁹ דני"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 635.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

לצד זאת, ניכר כי ניסוח זה עולה בקנה אחד עם עמדה שהובעה על ידי בית הדין הצבאי לערעורים לפני כמה עשורים והובאה בחלקו הראשון של מאמר זה.²³⁰

בטרם חתימתו של חלק זה אעיר כי הצעת החוק משאירה בצד את עילת המסוכנות הצבאית ולמעשה מובילה לביטולה. לשיטתי, קשה להלום את עילת המסוכנות הצבאית, במובנים אשר עליהם עמדו המותבים הצבאיים השונים והובאו בחלקו הראשון של מאמר זה, לעילת המסוכנות הכללית המצויה בחוק המעצרים ובהצעת חוק זו. דומה כי ההעדפה של מנסחי הצעת החוק לעגן את העילה "הבעייתית" יותר מאשר את תוצר הפסיקה הצבאית המאוזן יותר, ואותו לכאורה יש להעדיף,²³¹ מעלה תהיות רבות בייחוד כאשר נבחר לטעת בה אלמנט מעילה אחרת – עילת חומרת העבירה, אשר על אודותיה בית המשפט העליון קבע כי אינה חוקתית ובתי הדין הצבאיים חדלו מלהשתמש בה לפני עשורים רבים.²³²

ד.3. בדרך לחקיקה: השאלות הפתוחות בטרם עיגון עילות המעצר הצבאיות

בחלק הקודם קיימתי דיון מקיף בשתי הצעות החוק שביקשו לערוך רפורמה בשאלת עילות המעצר הצבאיות. כחלק מן הדיון בהצעות אלו, עלו אספקטים רבים וחשובים אשר חלקם אף קיבלו דיון וסקירה נרחבים. עם זאת, חרף הדיונים הרחבים שקיימתי בחלק הקודם ואף עם מסקנות החלקים הקודמים, נותרו כמה שאלות המצריכות עיון ביקורתי בטרם גיבוש הצעה משלי לעיגון עילות המעצר הצבאיות בחקיקה ראשית – היחס בין עילות המעצר ושאלת חלופת המעצר.

כבר בשלב זה אציין כי לשאלות אלו חשיבות מיוחדת בדיון. ראשית, שאלת היחס בין עילות המעצר הצבאיות מהווה שאלת מפתח ביחס לכל הסדר חקיקתי בתחום. הצורך לערוך דיון ממצה ולהכריע בשאלה זו מתחייב בראי הטענות החוקתיות המופנות לכל אחת מן העילות. כאמור לעיל בחלקו הקודמים של מאמר זה, בעוד העילה ההרתעתית מעלה קושי חוקתי נרחב, הרי שעילת המסוכנות הצבאית מעלה קשיים פחותים בהרבה. היעדרו של דיון ממצה במקורות הפסיקה והכתיבה האקדמית בשאלת היחס ביניהן ובאפשרות כי האחת מחליפה את השנייה צריך להוות נקודת מוצא ביחס לכינונו של כל הסדר המבקש לשלב בין העילות הצבאיות לאזרחיות – בראי מידת הפגיעה החוקתית הטמונה בכל אחת מן העילות הצבאיות.

בדומה לכך, חלק בלתי נפרד מהתפיסה המודרנית של דיני המעצרים הוא הצורך בשקילת חלופת מעצר שתהלוך את עוצמתן של עילות המעצר המתקיימות. כפי שאראה בהמשך, שאלת חלופת המעצר נעדרת באופן תדיר מן השיח המשפטי בסוגיה וברי כי הסדר חדש, בן זמננו, מחייב הידרשות

²³⁰ עניין ויסאם, לעיל ה"ש 29, בפס' 21 להחלטתו של השופט פינקלשטיין.

²³¹ וראו לעניין זה את הדברים שנאמרו על ידי בית הדין הצבאי לערעורים: "להשקפתי, מוקד פיתוחה של ההלכה באשר לעילות המעצר צריך להיעשות בדרך של פיתוח המודל המניעתי – מודל "המסוכנות", בהתאם לצרכים הייחודיים של המערכת הצבאית. דומה כי פיתוח מודל זה יוכל לענות, במקרים רבים, על האינטרסים המתנגשים בהליכי מעצר, לפני בתי הדין הצבאיים. בדרך זו, עשויה להצטמצם ההיזקקות לעילה ההרתעתית [...] ראוי היה כי בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, תוגדרנה עילות מעצר, על פי מודל דומה. דהיינו, כאשר "עילת המסוכנות" היא עילת מעצר; וכאשר עבירות מסוימות, ובכלל זה עבירות שהינן בנות חומרה ייחודית וסיכון מיוחד למערכת הצבאית – תיצורנה "חזקת מסוכנות". בדרך זו ניתן יהיה לשאוף לכך שהעילה ההרתעתית הייחודית להליכי שפיטה צבאיים תוגדר באורח מצמצם", על כן ראו: ע"מ אולמן, לעיל ה"ש 139, בס' 9 להחלטתו של השופט ניב; השוו לעמדה דומה שהובעה מספר שנים קודם לכן: עניין ויסאם, לעיל ה"ש 29, בפס' 37 להחלטתו של השופט פינקלשטיין.

²³² לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 198.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מיידיית לשאלה כדי למנוע פגיעה שאינה מידתית בזכויותיהם של נאשמים וחשודים. כמו כן, בכוחן של שאלות אלו לברר ולמקד את המתח הגלום בין צורכי המערכת הצבאית לשמירה על זכויות החייל כך שהמענה עליהן צריך להיות חלק אינהרנטי מכל פתרון עתידי שיוצע.

ד.3.א. היחס בין עילות המעצר

בתחילת מאמר זה הוצגו שתי עילות המעצר הצבאיות – עילת הפגיעה במשמעת הצבא ועילת המסוכנות הצבאית. עילת הפגיעה במשמעת נמצאת בדין הצבאי כבר מראשית התגבשותו, ואילו עילת המסוכנות הצבאית היא פיתוח משפטי חדש בהשוואה, אשר נולד עם השפעותיה של המהפכה החוקתית. לעילות אלו הצטרפו העילות הסטטוטוריות המוכרות לנו מחוק המעצרים ויחדיו הן מייצרות את פסיפס עילות המעצר השיפוטיות הקיימות בחוק הצבאי.

מעיון רחב במקורות הנורמטיביים השונים, אשר חלקם נידונו במאמר זה בהקשרים אחרים, ניתן לקבל תמונת מצב עמומה בשאלה מה היחס הראוי או הרצוי בין העילות השונות. דהיינו, האם יש סדר קדימויות בין העילות השונות, או מידת עוצמה שונה המשפיעה על שאלת המעצר. אם קיים מדרג שכזה, מן הראוי לשאול מהו, ואם אין מדרג כזה, יש לבחון את האספקטים השונים של הסוגיה במידה מספקת.

כבר ראינו כי הממשלה, בהצעת החוק הממשלתית שהוגשה לפני למעלה מעשור, מציעה לקיים הייררכייה ברורה בין העילות המוכרות בחוק המעצרים, כך שהפנייה לעילת המעצר ההרתעתית תיעשה רק במקרים של מוצא אחרון. כמו כן, הממשלה מציעה דה־פקטו לבטל את עילת המסוכנות הצבאית כאשר החליטה שלא לכלול אותה בהצעתה המפורטת שהוגשה לכנסת. כאמור, אין בדברי ההסבר כל נימוק להחלטות אלו.

עמדה ראשונה אשר ברצוני להביא בהקשר זה של דיוננו היא של שופט בית הדין הצבאי לערעורים, השופט לוי, אשר טען במאמרו כי לאור השפעות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק המעצרים אין להעניק לעילת המעצר ההרתעתית מעמד עצמאי ויש לשלבה עם עילת מעצר אחרת הקשורה במסוכנות לצבא עצמו:

”הגם שהתכלית ההרתעתית היא תכלית ראויה בצבא, השאלה היא, האם יש להשיג את מטרות ההרתעה בדרך אחרת, ובעיקר האם ההרתעה לבדה מצדיקה מעצר. לדעתי התשובה לשאלה האחרונה היא שלילית, הן באזרחות והן בצבא, בעקבות חוק המעצרים ולאור עיקרון השוויון וזכויות היסוד של החיילים, אלא אם כן בנוסף לשיקול ההרתעתי עלול אי המעצר או השחרור מהמעצר, לפגוע במשמעת ובסדר הטוב של הצבא או ליצור מסוכנות רחבה אחרת ועל ידי כך לפגוע בצבא.”²³³

מאמר זה נכתב עוד בשעה שבה הייתה מוכרת בצבא עילת חומרת העבירה וטרם פותחה לה עילת המסוכנות הצבאית. עם זאת, עמדתו זו של השופט לוי לפיה על העילה ההרתעתית להצטרף לעילה

²³³ לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 237.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

המוכרת לנו כיום, כמסוכנות הצבאית, חותרת תחת מרבית עיקרי ההצדקות לקיומן של עילות המעצר הצבאיות, ובראשן ההבנה כי הרתעה היא חיונית להמשך תפקודו של הצבא.²³⁴ הדברים קיבלו משנה תוקף עדכני בהצעתו הדוקטרינרית של בית הדין הצבאי בעניין **אולמן**,²³⁵ אשר משמש כהלכה הנוהגת בבתי הדין הצבאיים עד לימים אלו ממש. משכך, המצב הקיים ביחס לשאלה זו מעורר קושי רב.

לשיטתי, נטישת העמידה על עיקרי החשיבות שבמשמעת לטובת המסוכנות הצבאית שומטת את הקרקע גם מתחת למסוכנות הצבאית. בניגוד לדעות אותן הבאתי לעיל, המסקנה הנובעת מן הדיון הנרחב שערכתי בסימן ב' למאמר זה היא כי יש לראות בעילת המסוכנות כעילת המשנה של עילת הפגיעה במשמעת. למעשה, כאמור לעיל, פגיעה במשמעת שקולה לפגיעה במסוכנות הצבא ובמקצועיות היחידה עצמה. במקרה זה, ניכר כי הכלי החדש והמוחלש שנברא לצורכי אדפטציה עם המצב החוקתי הקיים, חרף ביקורת מתמדת גם כנגדו כחלק מכלל העילות הצבאיות, בולע כעת את כור מחצבתו. עילה המבקשת לאיין מסוכנות הנשקפת מחשוד כבר קיימת בחוק המעצרים ובאמצעותה נוכל לבחון פגיעה בציבור הרחב – מונח הכולל את חבריו של החשוד ליחידה. אך יש להדגיש כי מסוכנות זו צריכה להיות באלמנטים הקשורים לפגיעה פיזית. כל פגיעה אחרת – במסוכנות, במורל ובכושר היחידה – היא למעשה ניסיון להשיב לאיתנו את הסטנדרט המשמעותי המצופה מהיחידה, הא ותו לא.

תפיסה נוספת, מרחיבה יותר, מבקשת להצמיד את עילת הפגיעה במשמעת לעילת מעצר נוספת ובייחוד לעילות מעצר מחוק המעצרים. ניצן ראשון לתפיסה זו ניתן לראות כבר בדברים המרומזים שנאמרו בהלכת **ויסאם** :

”ייתכן כי הטעם העיוני הצדיק מעצר לאחר אישום לצורכי הרתעה בהליכי שפיטה צבאיים לגבי עבירות מסויימות, הוא הסכנה לשלום הציבור או בטחונו הנובעת מעבירות אלה המבוצעות ע”י חיילי צה”ל, וזאת, גם אם אין נשקפת סכנה קרובה שהנאשם הספציפי ישוב להתנהגותו העבריינית.”²³⁶

הניסיון לייצר חיבור או הלחם בין עילות מעצר שונות הוא למעשה קריאה לעבור ממודל בו נבחנת כל עילת מעצר בפני עצמה למודל בו נבחנות כלל העילות כאשר האחת מחזקת את השנייה. לא אכחד, חיזוק עילות מעצר הוא פורמט הקיים הן בדיני המעצר הצבאיים והן בדיני המעצר האזרחיים.²³⁷ עם זאת, קביעתו כסטנדרט ראשוני במסגרתו נבחן את עילות המעצר בהליכים צבאיים מנוון את עילות המעצר, יוצר תלות ביניהן ואף הייררכייה בין עילות “טובות יותר” ל”טובות פחות”. בעיניי, קיום מנגנון כזה כדרך המלך הופך בבת אחת את דיני המעצרים לעמומים ומסובכים לאין שיעור. שכן מעתה אמור – עליך לשכלל את סיכויי המשך מעצרך על ידי הוספת

²³⁴ ראו לעיל בסימן ג' למאמר זה.

²³⁵ עניין **אולמן**, לעיל ה”ש 139, בפס” 9 להחלטתו של השופט יניב.

²³⁶ עניין **ויסאם**, לעיל ה”ש 29, בפס” 38 להחלטתו של השופט פינקלשטיין.

²³⁷ ראו למשל ביחס לדיני המעצרים האזרחיים: בש”פ 6378/10 **עיסאוי נ’ מדינת ישראל**, פס” 9 להחלטתו של השופט פוגלמן (נבו 15.9.2010); בש”פ 5814/06 **מדינת ישראל נ’ אוהיון**, פס” 7 להחלטתו של השופט חשין (נבו 13.7.2006); בש”פ 8445/13 **עזאם נ’ מדינת ישראל**, פס” 24 להחלטתו של השופט דנציגר (נבו 23.12.2013); בש”פ 6208/12 **מדינת ישראל נ’ ג’עברי**, פס” 11 להחלטתו של השופט דנציגר (נבו 26.8.2012); ראו גם ע”מ 36/24 **התובע הצבאי הראשי נ’ סמל ל’ ע’**, פס” 19 להחלטתה של השופטת גולדשמידט (נבו 21.4.2024).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

שבר עילה פלוני וביחד עם שבר עילה אלמוני ניתן לומר כי נחצה הרף המצדיק מעצר. בשיטת משטר דמוקרטית, הדוגלת בעקרון החוקיות, עלינו לפעול להבהרת דיני המעצרים, ולא ליצירת נוסחאות שיפוטיות עמומות ומורכבות אשר ספק אם יש אדם היכול באמת לשכללן באופן הקולע לאמת.

עמדה זו אף קיבלה את ביקורתו של בית הדין הצבאי לערעורים בשנת 2016, אשר עמד על העצמאות של עילת המעצר ההרתעתית, ודחה על הסף את הטענה כי על עילה ייחודית זו להצטרף לעילות מעצר אחרות כעניין המתכתב עם הדין:

"על קיומה של עילת המעצר הייחודית להליכים הצבאיים כתבתי בהחלטתי הקודמת בענייניו של המערער. טענת המערער, כי עילה זו יכולה לבסס מעצר רק כשהיא מצטרפת לעילת מעצר נוספת, אינה מתיישבת עם פסיקתו של בית-דין זה, ועם צרכיו הייחודיים של הצבא (ראו החלטתי והאסמכתות שהובאו לעניין זה). ייחודיות השיקולים למעצר, בהליכים המתקיימים לפי חוק השיפוט הצבאי הוכרה פעם אחר פעם בפסיקתו של בית-דין זה, מימים ימימה [...] על-פי הלכתו הפסוקה של בית-דין זה, במקרים מתאימים ובמשורה, הוחלה עילת המעצר ההרתעתית, כעילה עצמאית ונפרדת, המצדיקה את מעצרו של החייל, בנסיבות בהן נדרש המעצר כדי למנוע פגיעה קשה וחמורה במשמעת הצבאית, עליה מושתת הצבא. זהו הדין הנוהג, אף לאחר חקיקת חוק היסוד, ועל כן ראיתי לדחות את טענת המערער בעניין זה."²³⁸

מדיון זה עולות עמדות רבות, אשר לכל אחת מהן רציונל חוקתי וערכי אחר. את מסקנתי הסופית בדבר היחס בין עילות המעצר השונות אשר לדיון בעיקרי הצעתי לעיגון עילות המעצר הצבאיות בחוק השיפוט הצבאי, אשר יפורטו בחלקו האחרון של המאמר.

ד.3.ב. חלופות מעצר והיקף יישומן בצה"ל

השפעה נוספת הנוגעת להלכה שנקבעה בעניין **גנימאת** היא החשיבות שאותה מקנה בית המשפט העליון לחלופות המעצר השונות. בפסק דין זה עיגן בית המשפט העליון את הקו המנחה אשר היה קיים מימים ימימה,²³⁹ לפיו על השופט להעדיף אמצעים חלופיים למעצר, אשר פגיעתם בחירות הנאשם פחותה, אך הם משיגים את מטרת המעצר.²⁴⁰ העקרונות המשפטיים העומדים בבסיס תפיסה זו הם הצורך, וייתכן שאף החובה, לאזן בין השמירה על האינטרסים הציבוריים המושגים באמצעות המעצר לבין חירות הנאשם כחלק מעקרון המידתיות וכי חזקת החפות עומדת לנאשם גם בשלב המעצר.²⁴¹

ביחס לדיני המעצרים הצבאיים, עמדתי בחלק הקודם על הוראתו של חוק השיפוט הצבאי המונעת ממרבית החיילים והקצינים לזכות בחלופת המעצר הידועה כשחרור בערובה.²⁴² לצד זאת, הזכרתי כי חלופת המעצר המוענקת במסגרת חוק השיפוט הצבאי היא חלופת המעצר הפתוח, המקבילה

²³⁸ עניין פ' ס' ק', לעיל ה"ש 27, בפס' 10 להחלטתו של השופט פורת.

²³⁹ ראו בש"פ 335/89 **מדינת ישראל נ' לבן**, מג(2) 410, 439 (נבו) 1989.31.5.

²⁴⁰ בש"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 439.

²⁴¹ רינת קיטאי סנג'רו **המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין** 207 (2011).

²⁴² ס' 243 לחוק השיפוט הצבאי.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

לריתוק למחנה צבאי,²⁴³ ומהווה על פי בית הדין הצבאי לערעורים כחלופת המעצר המתאימה וההולמת ביותר את אופיו של השירות הצבאי.²⁴⁴ לגבי יתר החלופות, בית הדין הצבאי לערעורים עמד כבר לפני כמה עשורים על האנומליה הקיימת בדין הצבאי ביחס לחלופות המעצר בציינו:

”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 בזכויות החייל לחירות תהיה מידתית, ולא תעלה על הנדרש מאופיו ומהותו של השירות.”²⁴⁵

בחינת חלופת מעצר היא פרקטיקה הנמצאת בדיני המעצר האזרחיים זו תקופה ארוכה ואף היא תופסת תאוצה של ממש בדיונים המתקיימים בימים אלו בבתי הדין הצבאיים. משכך, ראוי כי תיקבע בחוק השיפוט הצבאי החובה לבחון חלופות מעצר.²⁴⁶ לצד זאת, ראוי שייקבעו בחוק חלופות המעצר הראויות לשימוש בהקשר הצבאי,²⁴⁷ בשל התפתחות של חלופות ייחודיות בשנים האחרונות אשר ראוי כי אתן עליהן את הדעת.

בראשית הדברים אציין כי בתי הדין הצבאיים עברו רפורמה של ממש ביחס לשאלת חלופות המעצר וסיגלו לעצמם כלים רבים המוכרים לנו דווקא מדיני המעצרים האזרחיים. כך למשל, בתי הדין הצבאיים עובדים עם שירות המבחן באופן צמוד על מנת לגבש עמדה בשאלת חלופת המעצר בכלי המוכר כתסקיר מעצר,²⁴⁸ אומצו הליכי גמילה בשלב המעצר,²⁴⁹ נערכות בחינות של מצבם הנפשי של העצורים,²⁵⁰ גילם של הנאשמים מהווה שיקול לחלופת המעצר,²⁵¹ ירידה בחוזקת התשתית הראייתית תוביל לשימוש בחלופת מעצר ועוד.²⁵²

לעניין שאלת השחרור בערובה, כבר הבאתי את הדעה לפיה מתן שחרור בערובה לחייל היא כמעין פרס לנאשם בדמות חופשה מן הצבא. לעמדה זו הצטרפו גם אלו המתנגדים לעילות המעצר הצבאיות בנימוק הרציונלי לפיו שחרור בערובה אינו מתאים למאפייני המערכת הצבאית.²⁵³ אני כשלעצמי רואה בשחרור בערובה כלי אשר ניתן להיזקק לו שעה שמסוכנותו של הנאשם נוגעת למעורב או מעורבים מיחידתו. בנסיבות מעין אלו, המטרה העיקרית במעצר היא להרחיקו מן המעורבים האחרים, בהם המתלונן. אם מצא בית המשפט כי אין הצדקה להשאירו במעצר בכלא

²⁴³ ס' 244 לחוק השיפוט הצבאי; גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 460.

²⁴⁴ עניין י' ה', לעיל ה"ש 112, בפס' 75 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.

²⁴⁵ עניין דוד, לעיל ה"ש 137, בפס' 11 להחלטתו של השופט פינקלשטיין.

²⁴⁶ לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 255.

²⁴⁷ כך למשל, הביע בית הדין הצבאי לערעורים את דעתו באחת הפרשות כי חלופת מעצר יכולה להשיג מטרת מעצר הרתעתית, בהתאם לעילת הפגיעה במשמעת, למרות הקושי שניתן לראות בכך במבט ראשוני, על כן ראו: עניין מילשטיין, לעיל ה"ש 137, בפס' 12 לנימוקי החלטתו של השופט שיף.

²⁴⁸ ראו ע"מ 447-06-25 רס"ר א' א' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 20 להחלטתה של השופטת גולדשמידט (נבו 12.6.2025) (להלן: עניין א' א'); ראו גם ע"מ 11/19 טור' א' ע' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 29 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן (נבו 3.2.2019); (להלן: "ע"מ א' ע").

²⁴⁹ עניין א' א', שם, בפס' 17-18 להחלטתה של השופטת גולדשמידט.

²⁵⁰ שם.

²⁵¹ ע"מ 5983/25 התביעה הצבאית נ' מצארוה, פס' 19-20 להחלטתו של השופט דסקל (נבו 29.5.2025).

²⁵² ע"מ 62720-05-25 סמל נ' ז' נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 15-16 להחלטתה של השופטת גולדשמידט (נבו 28.5.2025); עניין פ' פ', לעיל ה"ש 46, בפס' 56 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן; ע"מ 35/03 סלובסקי נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 6 להחלטתו של השופט לוי (נבו 14.8.2003); השוו לבש"פ 4651/24 אברהם נ' מדינת ישראל, פס' 11 להחלטתו של השופט כשר (נבו 24.7.2024).

²⁵³ גרוס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 460; לוי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 257.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

צבאי, ניתן לראות בשחרור בערובה כלי להפריד את הנאשם מיחידתו ולהעבירו למשמורת בסביבה האזרחית תוך הותרת רכיב הרתעתי משמעותי המונע הפרת תנאים או הימלטות מן הדין.

כך למשל, בעבירות של פגיעה בפרטיות או עבירות מין ברף הנמוך אשר עילות המעצר בעניינן התקנה מסיבה כזו או אחרת, עדיין עומד הרצון למנוע מן הנאשם לשבש הליכי חקירה בדמות השפעה על חבריו ליחידה, אשר לרוב משמשים כעדים במשפטו, או למנוע הטרדה אפשרית של המתלונן. לכן במקרה זה עולה צורך בהרחקה מן היחידה לסביבה אחרת אשר תוכל להבטיח את מניעת השיבוש מחד גיסא, ואת חזרתו למשפט מאידך גיסא, ושחרור בערובה כספית גבוהה בצירוף ערבים ראויים יכול בהחלט לשמש חלופה ראויה.

חלופת מעצר נוספת היא שחרור בתנאים כספיים מגבילים, אשר אינם מוגבלים רק לשחרור בערובה עליה דנתי בהרחבה. על חלופה זו בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי אינה מובנת מאליה בהקשר של המערכת הצבאית וכי הפגיעה שלה בחופש העיסוק של המשרתים בצבא רק מוסיפה ליתר הדילמות הערכיות הנטועות בסוגיה וכי ראוי שהנושא יוסדר בחוק.²⁵⁴ אני כשלעצמי לא רואה קשר המצדיק את החלת חלופה זו במערכת הצבאית כחלופת מעצר עיקרית. לשיטתי, הצורך הצבאי הוא במיקוד החיילים בתפקידם הצבאי, ולא במתן אופציות לניהול יחסי עבודה מחוץ למסגרת הצבאית, למעט במקרים בהם תנאי שירות מצדיקים זאת על ידי היתר.²⁵⁵ לכן, איני רואה את הנפקות שיש לחלופה מעין זה להליכי המעצר שעה שהצבא בכללותו מגביל את חופש העיסוק של המשרתים בו.

אחת החלופות החדשות בתחום דיני המעצרים היא שחרור באמצעות אזיק ("פיקוח") אלקטרוני המוצמד לגופו של הנאשם אשר מתריע שעה שתנאי חלופת המעצר הופרו.²⁵⁶ בית הדין הצבאי לערעורים הראה נכונות רבה לקבל את הפרקטיקה לעולמות הדין הצבאי, חרף ההסדר השלילי הקיים בחוק השיפוט הצבאי ביחס לסעיפים מחוק המעצרים אשר חוק השיפוט הצבאי אינו מפנה אליהם במפורש.²⁵⁷ אולם, הוא תהה האם כדאי להשאיר את השאלה להכרעת המחוקק.²⁵⁸ לשיטתי השימוש באיזוק אלקטרוני נתקל באותם קשיים עקרוניים אשר עולים בשאלת השימוש בערובה. מטרתו של האיזוק היא מניעת הפרת התנאים בגינם שוחרר הנאשם למעצר "בקהילה", מניעת פגיעה במעורבים אחרים ומניעת התחמקות מן הדין.²⁵⁹ המערכת הצבאית אינה מכירה ברוב המקרים במעצר שאינו בתחומי היחידה או הכלא הצבאי, ומשכך קשה לראות כיצד האיזוק האלקטרוני יוכל לסייע או להקל על חשוד במעצרים מעין אלו. לדעתי, היתרון הטמון באיזוק האלקטרוני הוא כאשר המעצר הפתוח נעשה בתוככי יחידתו של הנאשם, אך קיים רצון להרחיקו מן המתלונן או מן העדים השונים במשפטו. בדרך זו ניתן לתחום את מיקומו של הנאשם לאזורים בבסיס אשר לא יאפשרו מגע עם מעורבים אחרים ובכך למנוע את הותרתו של החשוד במעצר עקב חשש לשיבוש מהלכי משפט, זאת בהנחה כי הדבר אכן אפשרי מבחינה טכנולוגית.

²⁵⁴ עניין י' ה', לעיל ה"ש 112, בפס' 76 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.
²⁵⁵ השוו לסי' 133 לחוק השיפוט הצבאי; פ"מ 33.0115 "עבודה פרטית והשתתפות חיילים בעסקים פרטיים" (עודכן לאחרונה ביום 10.3.2008).
²⁵⁶ סימן ג' 1 לחוק המעצרים.
²⁵⁷ ע"מ א' ע', לעיל ה"ש 248, בפס' 48-50 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.
²⁵⁸ שם.
²⁵⁹ שם, בפס' 44 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

עתה, משדנתי בשתי הסוגיות העקרוניות הנוספות אשר נדרש היה בעניינן עיון נוסף לאור התפתחויות הפסיקה הצבאית והדין האזרחי, אפנה להציג את הצעתי לחקיקתו של תיקון לחוק השיפוט הצבאי, אשר יעגן עילות מעצר וכן הסדרים הנוגעים לחלופות מעצר.

ה. הצעה עדכנית לעיגון עילות המעצר בחוק השיפוט הצבאי

עד לנקודה זו במאמר, דנתי בהרחבה על הטעמים וההצדקות לקיומן של עילות המעצר הצבאיות הייחודיות, על הביקורת הנרחבת על עילות אלו ועל המצב הנורמטיבי המצוי ביחס לסמכויות המעצר החוקות בחוק השיפוט הצבאי. בנוסף, בחנתי את שאלת חלופות המעצר ודנתי בהיבטים מגוונים של הסוגיה ובראשם היבטים חוקתיים והיבטים הקשורים בדין הבין-לאומי. דיון רחב זה נעשה על מנת לגבש ולאגד את כלל המסקנות הרלוונטיות לצורך הצגתה של הצעת חקיקה חדשה אשר תיתן את המענה המקיף והרחב ביותר לסוגיות הרבות שנתרו פתוחות מאז 1955. הצעה זו מהווה כאמור כמטרה העיקרית של מאמר זה וגם החידוש הפרקטי המרכזי בו.

בטרם אציג את הצעתי החדשה, ראוי לציין כי משנת 2013, עת נזנחה חקיקתה של הצעת החוק הממשלתית בדבר סמכויות המעצר של בתי הדין הצבאיים ועד למועד פרסומו של מאמר זה, דהיינו למעלה מעשור, לא פורסמה הצעת חוק בנושא הן מצד הממשלה והן מצד המחוקקים השונים. כפי שכבר ציינתי, מערכת המשפט הצבאית אינה נושאת באחריות לכישלון נורמטיבי זה. יתרה מזו, חוק השיפוט הצבאי הוא בין החוקים אשר מתוקנים באופן הנדיר ביותר בהשוואה ליתר דברי חקיקה מרכזיים במדינת ישראל ואף לחוקי-יסוד. משכך, ראוי בעיניי לקרוא למחוקקים לפעול להגשת הצעות חוק לשיפור חוק השיפוט הצבאי בכל היבט אפשרי, ובייחוד בהיבט סמכויות ועילות המעצר בתקופה שלאחר הגשת כתב אישום. בין אם תאומץ הצעתי על ידי המחוקק ובין אם לא, הרי שבקיומה של הצעה מטעם הגורמים המוסמכים כדי להצית מחדש את הדיון בנושא חשוב זה ולהוביל לפתרונו בדרך הדמוקרטית והמתבקשת. כעת אציג את הצעתי לתיקון החקיקה בנושא הנידון.

ה.1. עיקרי ההצעה

הצעת החקיקה המונחת לפניכם מנוסחת ומאורגנת בדרך בה מוגשות הצעות החוק השונות בכנסת. למען היעילות והנוחות, השתמשתי כבסיס בנוסח שהובא במסגרת הצעת החוק הממשלתית בשנת 2011,²⁶⁰ אילכך, מקום בו הסעיף אינו מובא בשלמותו, יש לקרוא בו את הנוסח שהופיע בהצעת החוק הממשלתית ונוסחה הובא לעיל. בחלק זה אתאר את עיקרי ההצעה בקצרה ובחלקו האחרון של מאמר זה אדון בטעמים שהובילו אותי לאמץ ולנסח הצעה זו ולהתמודד עם השלכות וטיעוני נגד אפשריים.

244.א (א) [...]

(1) בית הדין סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי התקיים אחד מאלה:

(א) [...]

(ב) קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את ביטחונו של אדם או את ביטחון הציבור.

(ג) [...]

²⁶⁰ לנוסח ההצעה הממשלתית, ראו סימן ד.2. במאמר זה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

- (ד) קיים חשש ממשי כי אימעצרו של הנאשם יוביל לפגיעה במוכנות היחידה וכשירותה או בכוננות הצבא.
- (ה) קיים יסוד סביר לחשש כי מעשי הנאשם חתרו תחת הסדר והמשמעת הצבאית ואי-מעצרו עלול להביא לפגיעה חמורה וממשית במשמעת הצבא.
- (2) ראה בית הדין לנכון לשחרר נאשם ממעצר סגור למעצר פתוח לפי סעיף 244 לחוק, אך מצא יסוד סביר לחשש כי שחרורו למעצר פתוח יביא לשיבוש מהלכי משפט או להטרדת נפגע העבירה ברף שאינו עולה כדי מעצר סגור ע"פ העילות המנויות בסעיפים (א)-(ג) – ישקול מעצר מחוץ ליחידה בתנאים מגבילים שימצא בית הדין לנכון, לרבות מעצר בפקוח אלקטרוני.
- (3) התקיימה אחת החלופות המנויות בסעיף (1)(ד) או בסעיף (1)(ה), יורה בית הדין על מעצרו הסגור של הנאשם בלבד ולא ישקול מעצר פתוח לפי סעיף 244 לחוק זה, או כל חלופת מעצר אחרת.

הצעת החקיקה שלפניכם מתבססת בעיקרה על ניסוחה של הצעת החוק הממשלתית משנת 2012 שהוצגה בחלקים קודמים של מאמר זה. בחירתי להסתמך על מודל זה נובעת הן מהרצון להיצמד לתבניות וניסוחים חקיקתיים מוכרים ומקובלים בתחום הפרלמנטרי והן על מנת לצמצם חילוקי דעות ניסוחיים באופן שייקל על ניתוחה ועיבודה של ההצעה בקרב גורמי המקצוע הרלוונטיים בייעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת.²⁶¹

ההצעה פותחת בכינונו של סעיף חדש בחוק השיפוט הצבאי, סעיף 244א, אשר קובע כי לא תינתן פקודת מעצר עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו של הנאשם מכוח סעיף 243(א) המעניק כוח מעצר רחב ועמום לבית הדין הצבאי, אלא בהתקיימות אחת מעילות המעצר המפורטות בסעיף קטן (1).

עילת המעצר הראשונה שעוגנה היא עילת השיבוש, בנוסח הזהה לנוסח עילת המעצר בחוק המעצרים. מצאתי לנכון שלא לשנות סעיף זה לאור השימוש הנרחב של בתי הדין הצבאיים בעילת מעצר זו וההיכרות הרחבה של המותבים השונים בהלכות הנוגעות לסעיף זה והתאמתן למערכת הצבאית. כמו כן, עילת השיבוש היא העילה היחידה אשר אין כנגדה דיון ביקורתי רחב כמו יתר העילות, דבר המעיד על חוזקה ועילותה של העילה בהליכי המעצר.

עילת המעצר השנייה היא עילת המסוכנות הכללית, בנוסח מקוצר בהשוואה לזו המופיעה בחוק המעצרים. בהצעה זו נמחקה התיבה "או את ביטחון המדינה" מטעמים אותם אפרט בחלק הדיון בהצעה. העילה השלישית המופיעה היא עילת חזקת המסוכנות, כפי שמוכרת מחוק המעצרים. במשפט הישראלי קיים קונצנזוס די רחב ביחס לעבירות המפורטות ביחס לחזקת המסוכנות, שהיא כאמור חזקה הניתנת לסתירה והיא אינה מהווה חזקה מוחלטת.²⁶² על כן, לא מצאתי לנכון לסטות מנוסח זה.

²⁶¹ ראו לעניין המעורבות והתרומה של הייעוץ המשפטי לממשלה בהליכי החקיקה: דניאל שטאובר "מעורבותו של הייעוץ המשפטי לממשלה בהליך חקיקתו של חוק יסוד הלאום והשלכותיה" **מחקרי משפט** לד 1, 9–12 (2024); "אודות ייעוץ וחקיקה" **משרד המשפטים** (26.3.2023) <https://www.gov.il/he/pages/about-advice-and-legislation>; ולעניין המעורבות והתרומה של הייעוץ המשפטי לכנסת להליכי החקיקה: קרן הורוביץ ואיתי בר סימן טוב "הייעוץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" **עיוני משפט** מד 267, 312–313 (2021); "הליך החקיקה" **הכנסת הלשכה המשפטית** 3–2 (2016).

²⁶² בש"פ 5222/97 **פטשניק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(4) 702, 706 (נבו) 1997.9.21; בש"פ 5572/12 **שרלו נ' מדינת ישראל**, פ"ד 4 להחלטתו של השופט הנדל (נבו) 2012.7.24.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

העילה הרביעית שקיבלה מקום בנוסח היא עילת המסוכנות הצבאית. על פי הנוסח המוצע, השימוש בעילה ייעשה שעה שאי-המעצר על ידי בית המשפט יוביל לפגיעה במוכנות היחידה או בכוננות הצבא אשר הוכרו כעיקרי העילה ונוסחו כך על ידי בתי הדין הצבאיים.²⁶³ למעשה, העילה מעגנת את הרכיב המרכזי והייחודי שבעילת מעצר זו והוא החשש מפגיעה בסטנדרט המקצועי הנדרש מן היחידות השונות בצבא אשר יכול להתרחש מחזרתו של הנאשם ליחידה, לאור החשש מפגיעה במגן הקיומי של מדינת ישראל. בנוסף, היסוד הראייתי הנדרש להוכחת עילה זו הוא יסוד סביר לחשש, המציב רף ראייתי נמוך בהשוואה לחלק מן העילות האחרות.

עילת המעצר החמישית המעוגנת בהצעתנו זו היא עילת הפגיעה במשמעת הצבא. בניסוח עילה זו נעזרתי בהגדרות הממצות והמדויקות ביותר שניתנו לעילה זו על ידי בתי הדין הצבאי לערעורים בכמה פרשות שונות.²⁶⁴ אלמנט נוסף אותו כללתי בהצעה זו הוא הבחירה ברכיב ראייתי מסוג חשש ממשי לצורך קיומה של עילה זו וזאת להבדיל מניסוחים המצריכים רכיבים ראייתיים בחוזקה נמוכה יותר המופיעים בעילות שנקלטו כלשונן מחוק המעצרים.

צמד הסדרים נוסף שהעליתי בהצעתי נוגע לשאלת חלופת המעצר. החלק הראשון, המעוגן בס"ק (ב), מעגן את הצעתנו מן הפרק הקודם לפיה ייתכנו מקרים שבהם חזרתו של הנאשם ליחידה עלולה להוביל לפגיעה בנפגע העבירה או בהליכי המשפט התקינים, אך לא ברמה מובהקת המצדיקה מעצר סגור. מוצע אפוא להעניק לבית הדין הצבאי מנעד נוסף של חלופות מעצר כאשר חלופת המעצר הפתוח ביחידה אינה עונה על החששות שעלו. על כן מוצע שבמקרים אלו יוכל בית הדין להורות על מעצרו של הנאשם מחוץ ליחידה, אך בתנאים שייקבעו. הסעיף משאיר את פיתוח התנאים, אשר יכולים להיות מעצר בית או הפקדת דרכון למשל, לבית הדין הצבאי, אך למען הסר ספק קובע כי בחלופות אלו נכלל האיזוק האלקטרוני, המכונה "פיקוח אלקטרוני" בחוק המעצרים.²⁶⁵

החלק השני כולל ביטול כל חלופת מעצר לעילות הצבאיות הייחודיות. למעשה, היה ובית הדין הצבאי החליט כי מעצרו של חשוד נדרש בעקבות התקיימות אחת מן העילות הצבאיות, בית הדין יהיה חייב להורות על מעצרו הסגור של החשוד בכלא צבאי. את הטעמים להחלטתי זו, כמו גם ליתר ההצעות הכלולות בנוסח, אבאר כעת בחלק הדין.

ה.2. דיון נורמטיבי בהצעה

ההצעה שהועלתה על ידי במאמר זה מעלה שאלות רבות ביחס לערכים והטעמים הנורמטיביים והתאורטיים שנמצאים בבסיסה. על כן, אדון בסוגיות העולות מן ההצעה כסדרן, כפי שהופיעו בחלק הקודם.

השינוי הראשון אותו ביצעתי ביחס לרובד הראשון של הצעתי, הקולט עילות המוכרות מחוק המעצרים, הוא הצרת היקפה של עילת המסוכנות כך שלא תכלול יותר את התיבה הקשורה בביטחון המדינה. לשיטתי, צמצום זה נדרש הן מטעמים פרשניים והן מטעמים מהותיים אשר ניתן לעמוד עליהם בעת ובעונה אחת. קשה להלום מהי פגיעה בביטחון המדינה שעה שהפוגע הוא חייל, וכאשר מעוגנות בחוק במקביל שתי עילות ייחודיות הקשורות לפגיעה במערכת הצבאית.

²⁶³ עניין ש' ב', לעיל ה"ש 41, בפס' 46 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.
²⁶⁴ ראו עניין אמינוב, לעיל ה"ש 31, בפס' 26 להחלטתו של השופט לוי.
²⁶⁵ סימן ג'1 לחוק המעצרים.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

השאלה הראשונה הנשאלת בעניין זה היא במה יכולה להתבטא פגיעתו של חייל בביטחון המדינה. הפגיעה "הקלסית" במונח זה היא למשל חשש מדליפת סודות ביטחוניים ובמקרים קיצוניים חשש לפגיעה או סיכול מבפנים של מטרות צבאיות מבצעיות. קשה לראות כיצד הדברים אינם מתכתבים עם אלו מהחלופות הנכללות בעילות הייחודיות. שהרי מבחינה זו, כל פעולה הפוגעת בביטחון המדינה אשר יכולה להיגרם על ידי חייל היא למעשה פגיעה ישירה בכוננות הצבא או פעולה החותרת באופן מובהק תחת כל סטנדרט משמעותי המצופה מחייל. כך שמבחינה זו, הותרת התיבה היא למעשה יצירת כפילות מיותרת. עם זאת, היה ותימצא אפשרות אשר אינה עולה בקנה אחד עם העילות הצבאיות, הרי שהתיבה הקשורה להגנת ביטחון הציבור תוכל לסייע במקרה זה לאור היותה הגדרה מכלילה ורחבה כשלעצמה.²⁶⁶

מן הבחינה המהותית, הותרת תיבה זו תהווה לשיטתי הודאה או שמא הוכחה חותכת לאי-היעילות שבעילות הצבאיות. שעה ששתי עילות צבאיות ייחודיות לא יוכלו לתת מענה לחשש מפגיעה בביטחון המדינה הרי שניתן יהיה לומר שהשימוש בעילות אלו הוא למעשה כישלון צבאי-נורמטיבי חרוץ, שכן השמירה על ביטחון המדינה היא בלב ליבו של השירות הצבאי והיא אמורה להיות בראש הערכים של ההליך הצבאי הפלילי, מעל לכל נורמה אחרת, שכן זהו האלמנט העיקרי המפריד את הצבא מן החברה האזרחית בכללותה.

הרובד השני של הצעתי זו, הכולל את עיגון העילות הצבאיות, אינו מהווה שינוי מחוק המעצרים, כי אם הוספה של רובד נורמטיבי חדש לחוק השיפוט הצבאי. במסגרת ההצעה החלטתי לעגן את עילת המסוכנות הצבאית, כפי שפותחה על ידי בתי הדין הצבאיים. בעשותי כן, שילבתי שני חידושים שונים ביחס להתקיימותה של העילה.

ראשית, בהצעתי זו החלטתי להוריד מעול העילה את חלקה הראשון, העוסק במסוכנות הקונקרטיית באופן המתכתב עם עילת המסוכנות הכללית. בנקודה זו ראוי להזכיר את שנידון בחלקו הראשון של מאמר זה, לפיו עילת המסוכנות כוללת רכיב אזרחי – ההולם את המסוכנות האזרחית, ורכיב צבאי – אשר עוסק במסוכנות צבאית כדרך למנוע פגיעה ביחידה ובצבא ככלל. משעוגנה עילת המסוכנות בחוק המעצרים, איני רואה צורך בכפל מעין זה אשר אין בו כדי לתרום לפיתוח הנורמטיבי של עילות המעצר הצבאיות. ביחס להותרת העילה הצבאית, בחרתי להיצמד לנוסח התמציתי שנקבע אך לאחרונה בהליך לפני בית הדין הצבאי לערעורים,²⁶⁷ כך שייקל על פרשנותו ואופן קליטתו במערכת הדין הצבאית.

שנית, החלטתי לשלב בעילה זו רכיב ראייתי מסוג חשש ממשי, וזאת בניגוד ליתר העילות שהרכיב הראייתי המוטמע בהן הוא רכיב של יסוד סביר לחשש. אמת היא שכפי שבואר בחלק הקודם של מאמר זה, הפער בין הרף הראייתי בין רכיבים אלו אינו משמעותי מאוד שכן שניהם מטילים נטל די כבד על התביעה. עם זאת, ההחלטה לבדל עילה זו מיתר העילות, ובייחוד מהעילה הצבאית המשמעותית שעוגנה גם היא, נובעת משני טעמים מהותיים.

²⁶⁶ לפירוט בדבר רוחב האינטרסים המוגנים במסגרת ביטחון הציבור כעילת מעצר בחוק המעצרים, אשר יכולים לסייע בענייננו, ראו: בש"פ 5431/98 פרנקל נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(4) 268, 272–273 (נבו 18.9.1998); בש"פ 507/00 מזרחי נ' מדינת ישראל, נד(1) 385, 393 (נבו 6.2.2000); לביקורת על עילת המסוכנות ובכללה גם על מעצר בגין ביטחון הציבור, ראו רינת קיטאי סג"ר "האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור? על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור" עלי משפט ד 325, 325–333 (התשס"ה); דורנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19.

²⁶⁷ עניין ש' ב', לעיל ה"ש 41, בפס' 46 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

בחינת היחס העדכני של בתי הדין הצבאיים לשתי עילות המעצר הייחודיות כוללת בתוכה קריאות אשר הובאו במאמר זה בהרחבה לראייה אשר יוצרת ערבוב בין שתי העילות הצבאיות. כך למשל, דבריו של בית הדין הצבאי בפרשת **אולמן** הקורא לפיתוח העילה המשמעתית במודל מניעת, הקרוב יותר למסוכנות, מאשר להרתעה.²⁶⁸ משהחלטתי לקיים את שתי העילות בהצעתי, עולה צורך מובהק ביצירת ההבדל המהותי בין שתי עילות המעצר על מנת למנוע שימוש בהן בערבוביה אשר תותיר אותן עילות עמומות. הנוסח המוצע על ידי צריך להתפרש כך שפגיעה במסוכנות היחידה וכשירותה או פגיעה במסוכנות הצבא תהווה חשש לפגיעה קונקרטי שתיווצר כתוצאה משחרורו של הנאשם ליחידה. ודוק, יש לפתח עילה זו כעילה הפוגעת במקצועיות (*professionalism*) של היחידה כדרישת הבסיס להיותה של היחידה מוכנה לביצוע משימתה בכל עת בו תתבקש להגן על ביטחון המדינה.²⁶⁹ המושגים מוכנות, כשירות וכוננות עוסקים כולם בלב המקצוע הצבאי, להבדיל מלב השירות הצבאי, הכולל ערכים נוספים וחשובים. עילה זו מבקשת להגן על החשש שמא יוכל הנאשם, בעצם נוכחותו ביחידה, להופכה לכזו שאינה כשירה לבצע את מטלתה.

בעשתי כן, אני מסייג מפני עילה זו את הפיתוחים השונים שבוצעו בפסיקה הצבאית ביחס לשימוש בה כדרך להגן על ערכים ראויים בשירות וכן את השמירה על כבוד המשרתים, אשר יכולים להתפתח באופן נכון יותר בעיניי כחלק מהשמירה על המשמעת בצבא. עם זאת, שעה שהפגיעה אכן קשורה באופן הדוק וקונקרטי למסוכנות והמקצועיות של היחידה, הרי שניתן להשתמש בעילה זו לצורך כך. לצורך הדוגמה, במקרה שבו הוחלט להחיל את השמירה על כבוד המשרתים, עסק בית הדין הצבאי בשחרורו ממעצר של חייל שהיה חשוד בעבירות מין.²⁷⁰ בנסיבות עניין זה, שעה שהיחידות בצה"ל הן מעורבות ברובן וקיים חשש ממשי לכך שהסתובבותו של החשוד ביחידה תפגע ביכולת של חיילות וחיילים לקיים אורח חיים צבאי תקין ולקיים את משימותיהם הצבאיות ללא כל חשש או מגבלה, הרי שיש בכך כדי לקיים את עילת המסוכנות הצבאית.

הטעם המהותי השני בהקשר זה גם הוא תוצר לוואי של עיגונה של עילת הפגיעה במשמעת הצבא בהצעתי. הפגיעה במשמעת היא עילה רחבה יחסית, ואין להשוות בין חשש לפגיעה במקצועיות לפגיעה במשמעת. מקצועיות היחידה וכוננות הצבא הם מונחים מדידים וקונקרטיים אשר ההגנה עליהם היא מניעתית באופייה, ולא הרתעתית-ערכית. לכן, הצורך בשימוש בעילה זו הוא להצביע על חשש ממשי וקונקרטי לשיבוש פעולת היחידה כגוף מקצועי. הורדת הרף הראייתי תחזיר שוב את העילה למונחים של הרתעה והגנה על ערכים אשר המקור שלהם נוגע יותר לסדר בצבא ותפקודו המשמעותי מאשר לפעילות היחידה. נתונים על הפגיעה בתפקוד היחידה סביר שיעלו בשלב החקירה אותה מנהלים גורמי החקירה הצבאיים וניתן לאוספם ביתר קלות על ידי בחינת המקרה בשלב גביית העדויות. כמו כן, ישנן עבירות אשר לגביהן ראוי לקבוע, ככלל שבידיעה שיפוטית, כי שחרור

²⁶⁸ עניין **אולמן**, לעיל ה"ש 139, בסי' 9 להחלטתו של השופט יניב.

²⁶⁹ להרחבה על המקצועיות הצבאית, משמעותה והנחיצות שלה להשגת מטרות הצבא ראו: SAMUEL P. Gwyn Harries-; HUNTINGTON, *THE SOLDIER AND THE STATE*, 7-59 (Oxford University Press, 1956) Don M. ; Jenkins, *The Concept of Military Professionalism*, 6 DEFENSE ANALYSIS 2, 117-130 (1990) Snider, *The U.S. Army as Profession*, In *THE FUTURE OF THE ARMY PROFESSION: REVISED AND EXPANDED* 5 (2nd ed., Boston, McGraw-Hill Education, 2002) Risa Brooks, *Beyond Huntington: US* ; Gen. Gary Brito, *Professionalism is ; Military Professionalism Today*, 51 PARAMETERS 1 65, 66-70 (2021) *the Foundation of the Army and We Will Strengthen It*, WAR ON THE ROCKS (18.3.2024) <https://warontherocks.com/2024/03/professionalism-is-the-foundation-of-the-army-and-we-will-strengthen-it>.

²⁷⁰ עניין י' ז', לעיל ה"ש 45.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

הנאשם אל היחידה יוביל בהכרח לפגיעה במקצועיות הצבאית, כמו למשל עבירות מין או שימוש רשלני בנשק.

להשלמת הרובד השני של הצעת, החלטתי לעגן בהצעת החוק את העילה הצבאית ההרתעתית העוסקת בחשש מפגיעה במשמעת הצבא. בעשותי כן, נטעתי בעילה שני רכיבים מצטברים. הראשון, כי המעשה שבוצע על ידי הנאשם חותר תחת המשמעת הצבאית, והשני, כי השחרור יוביל לפגיעה נוספת במשמעת הצבא. בדרך זו מיקדתי את העילה ביסוד ההרתעתית שלה שעיקרו להרתיע אחרים מפני ביצוע מעשים החותרים תחת משמעת הצבא והותרתי מחוץ לה את ההשפעה הקונקרטיית על מוכנות היחידה וכוונותה, המוגנות באמצעות עילת המסוכנות הצבאית שעוגנה גם היא.

הבחירה ביסוד ראייתי מונמך דווקא בעילה הרתעתית זו, מסוג יסוד סביר לחשש, עלולה להוביל במבט ראשון לתהיות ביחס למידת ההלימה שבין היסוד הראייתי לפגיעה החוקתית הנרחבת שיש לעילת מעצר הרתעתית, ובייחוד כאשר בעילת המסוכנות הצבאית בחרתי דווקא ביסוד ראייתי גבוה יותר חרף היותה מתכתבת יותר עם הסטנדרט החוקתי הקיים בדיני המעצרים האזרחיים. עם זאת, הוכחת הפגיעה במשמעת אינה יסוד מדיד, וכדי לקיים את העילה באופן שיאפשר את יישומה יש להותיר את שיקול הדעת בנושא לבית הדין הצבאי, ולא על ידי כבילת ידה של התביעה ביסוד עובדתי גבוה.

יתרה מזו, השיח העוסק בפגיעה במשמעת הוא שיח של ערכים ונורמות התנהגותיות. הפסיקה הצבאית מעולם לא עמדה על פגיעה קונקרטיית במשמעת באופן העולה ממעשה כזה או אחר. היא דיברה בקווים ערכיים כלליים המקיימים חזקות פגיעה במשמעת דה־פקטו, בעת שקיים יסוד סביר לקיומה של עבירה פלילית כזו או אחרת על פי חוק השיפוט הצבאי. למעשה, מרגע שניתן להוכיח ברמה הנדרשת בעת המעצר את קיומה של ההתנהגות הפסולה על ידי הנאשם, בית הדין מתנתק מנסיבות העניין ועובר לדון בהשקפת עולמו ביחס לאפשרות שהמסר שיצא מאי־המעצר יפגע במשמעת הצבא.²⁷¹

הרובד השלישי של הצעתי נוגע לרפורמה שהצעה מבקשת לערוך בשאלת חלופת המעצר בצבא. ס"ק (2) מבקש להעניק לבית המשפט כלים נוספים ביחס לכלל סוגי הנאשמים כדי לאזן את הפגיעה בחירות הנאשם למול הרצון להגן על נפגע העבירה ולמתן חששות לשיבוש הליכי משפט. למעשה, הפרקטיקה מכירה בכך שחולשת הראיות המקיימות את עילות המעצר יכולה להצדיק שימוש בחלופות מעצר כחלק מעקרון המידתיות.²⁷² במשפט הצבאי, שעה שהחלופה היחידה למעצר בכלא צבאי היא חזרתו של הנאשם ליחידה, ייתכן שיעלו חששות מסדר שני לגבי הסיטואציה שתיווצר עת חזרתו של הנאשם ליחידה. בראש החששות, העובדה כי נפגע העבירה והנאשם ייפגשו, מתוקף שירותם המשותף, באופן תכוף ביחידה ולצד זאת כי נפתח הפתח לשיבוש הליכי משפט שעה שחלק ניכר מן העדים הם חבריו של הנאשם ליחידה.

²⁷¹ ראו והשוו: ע"מ 20/04 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ב עזרא**, פס" 6 להחלטתו של השופט לוי (נבו 25.4.2004); עניין **ש' ב', לעיל ה"ש 41**, בפס" 85 להחלטתה של המשנה לנשיא מרקמן.
²⁷² בש"פ 1273/14 **דסוקי נ' מדינת ישראל**, פס" 27 להחלטתו של השופט עמית (נבו 4.3.2014); עניין **ג' א' ק'**, לעיל ה"ש 46, בפס" 38 להחלטתה של השופטת הלר; בש"פ 5564/11 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס" 4 להחלטתו של השופט עמית (נבו 8.8.2011); בש"פ 5280/02 **מירפולסקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (5) 361, 363 (נבו 28.6.2002).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

מחד גיסא, חששות אלו, אם היו בהיקף משמעותי, היו עולים כדי לבסס עילת מעצר המצדיקה מעצר מלא. מאידך גיסא, לא ניתן להתעלם מהם שעה שהם מתקיימים באופן שאינו מובהק עד כדי כך ונוצרים בעיקר בגלל "ההזדמנות" שנתן בית הדין לנאשם לעשות כן כאשר שחרר את הנאשם למעצר ביחידה. על כן, ראוי לתת בידי בית הדין הצבאי חלופות מעצר נוספות אשר בכוחן לשכך את החששות הללו. במקרים מסוג אלו, בהם הנאשם אינו נעצר בכלא צבאי, ומנגד אין אנו רוצים לשחררו ליחידה, עולה הצורך בשחרור בערובה בתנאים. בכך, אנו מרחיקים את הנאשם מן היחידה ומותירים בידי בית הדין את האפשרות לקבוע תנאים מגבילים שימנעו מן הנאשם לחוש כי קיבל פרס על התנהגותו. בין התנאים האפשריים ניתן למנות הוראה למעצר בית בפיקוח, הפקדת ערובה, הגבלות כלכליות שונות, הפקדת רישיון נהיגה ודרכון וכן מעצר בית בפיקוח אלקטרוני, חלופה המוזכרת במפורש על מנת להסיר את השאלה ביחס ליכולתו של בית הדין הצבאי להורות על מעצר מסוג זה.

לצד ההסדר האמור, ס"ק (3) מורה לבית הדין שלא לשקול חלופת מעצר שעה שהמעצר מתבסס על אחת מן העילות הצבאיות הייחודיות ולהורות על מעצרו הסגור של הנאשם בכלא צבאי. לשיטתי, השימוש בחלופת מעצר בהתקיימה של עילה צבאית ייחודית חותר תחת הרציונל התאורטי והחוקתי של עילות מעצר אלו. לא ניתן להלום פגיעה במוכנות היחידה ופגיעה במשמעת יחד עם החזרתו של הנאשם ליחידה בין אם בסטטוס של עצור במעצר פתוח ובין אם כנאשם משוחרר.²⁷³

בחלקים הקודמים של מאמר זה דנתי בהרחבה כי מנקודת המבט החוקתית קיומן של עילות אלו אינו חף מקשיים משמעותיים. לכן, משהוכר הצורך שבהן למערכת הצבאית ולאופייה ככלים הקשורים ללב הפעילות והסדר הצבאיים – לא ניתן להתפשר עליהן. פגיעה במשמעת הצבא, אם מתקיימת, אינה ניתנת לאיזון. פגיעה במוכנות מהווה שאלה עובדתית, שהתשובה לה בינרית. אם לא מתקיימת פגיעה, נשמטת עילת המעצר. יתרה מזו, דווקא בהקשחה זו של אופי המעצר נוכל לבטא גישה מצמצמת יותר ביחס לעילות אלו. אם אין הן מצדיקות שליחתו של הנאשם למעצר סגור – אין כל הצדקה למעצר מלכתחילה, וזאת חרף הפרקטיקה הנהוגה בבתי הדין הצבאיים לפיה נאשמים נשלחים למעצר פתוח כאשר עילות אלו מתקיימות. ודוק, הותרת חלופת מעצר לעילות אלו היא שטר ושוברו בצידו, בדרך זו בית המשפט לכאורה מגן מחד גיסא על אינטרסים צבאיים קריטיים, המצדיקים את קיומן של עילות אלו, ומאידך גיסא מתפשר על אינטרסים אלו באופן שמוביל לביטולם דה'פקטו והעיקר שייוותר סטטוס המעצר על הנאשם.

חלק זה במאמר הוקדש לדיון בנימוקים הקונקרטיים בגינם בחרתי אפשרות כזו או אחרת. דיון זה מבוסס ברובו על המסקנות שאליהן הגעתי בחלקים השונים של מאמר זה שדנו בכל סוגיה וסוגיה לגופה ובחנו אותה במשקפיים ביקורתיים עדכניים באופן המכסה את רובה המוחלט של קשת המחלוקת המשפטית-אקדמית.

²⁷³ ראו ערעור (יבד"ץ) 113/08 רב"ט בן יעקב נ' התובע הצבאי הראשי, עמ' 12–13 להחלטתו של השופט לוי (נבו) 31.12.2008; ערעור (יבד"ץ) 108/08 התובע הצבאי הראשי נ' טור' ראובינוב, עמ' 12–13 להחלטתו של השופט לוי (נבו) 21.12.2008; השוו לעניין מילשטיין, לעיל ה"ש 137, בפס' 12 להחלטתו של השופט שיף; ע"מ שרגאי, לעיל ה"ש 36, בפס' 6 להחלטתו של השופט צלקובניק; כמו כן, ראו את קביעתו של בית הדין הצבאי לערעורים לפיה מבחינה מהותית כלי המעצר הפתוח כמוהו כשחרור ממעצר בתנאים מגבילים: ע"מ י' ז', לעיל ה"ש 45, בפס' 32 להחלטתה של השופטת גולדשמידט.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

כך למשל, בין המסקנות אשר אליהן הגעתי בחלקים הקודמים של מאמר זה וקיבלו מקום מרכזי בגיבוש הצעת החקיקה, נוכל למצוא את החובה שבהגדרת עילות המעצר וההסדרים הנלווים להן בחוק. את ההכרח החוקתי שבהעדפת מעצר על פי עילות המעצר האזרחיות, אך תוך שמירה על עילות המעצר הצבאיות במקרים המצומצמים בהן נדרשות לצורך מעצר סגור בלבד, ככלי המשקף מוצא אחרון בהחלט למניעת פגיעה באינטרסים צבאיים מובהקים. את הצורך שבהוספת חלופות מעצר בנות יישום אשר ימתנו את הפגיעה בחירות הנאשם והחשוד.²⁷⁴ כמו כן, הצעתי זו משקפת את ההבנה כי יש לקיים דיפרנציאציה מסוימת ברף הראייתי הנדרש לצורך קימתה של עילת מעצר צבאית לעומת אזרחית בראי ההצדקות לקיומן של עילות אלו ככלל.

במבט על, הצעה זו מעניקה מענה לשלוש המטרות השונות אותן הצבתי בפתח מאמר זה. ראשית, הצעה זו מספקת גישה מעודכנת לסוגיות רבות בתחום דיני המעצר הצבאיים, אשר טרם לובנו באופן מספק בכתיבה האקדמית העדכנית. כך, ההצעה מתמודדת באופן ישיר עם השאלות הרבות האופפות את קיומן של עילות מעצר ייחודיות, היעדרן של חלופות מעצר מספיקות והיעדר מאזן כוחות מוגדר בין קביעות הדין האזרחי לצבאי, ומספקת, כפי שהראיתי לעיל, מודל חדש ומאוזן. שנית, בעצם קיומה של הצעת חקיקה זו ובפרסומה ברבים יש כדי להקים מחדש את השיח הציבורי בנושא ולהביא לתחילתו של הליך חקיקה ייעודי לפתרון הבעיה המרכזית אשר עליה המאמר מצביע – היעדר הסדרה של התחום בחקיקה ראשית. לבסוף, גיבושה של הצעה זו נעשה תוך קיום דיון ביקורתי רחב היקף, אשר מביא בחשבון גוונים ורבדים שונים של ביקורת ביחס למצב הקיים, תוך התמודדות ומענה לביקורות הקיימות, וכן ביקורות חדשות אפשריות.

1. סיכום ומסקנות

את החטיבה הראשונה של מאמר זה פתחתי בהצגת העילות הצבאיות הייחודיות – עילת הפגיעה במשמעת הצבאית ועילת המסוכנות הצבאית. כפי שהראיתי, עילות אלו, המהוות את הבסיס הייחודי הנטוע בדיני המעצרים הצבאיים, מעגנות בתוכן ערכים וסטנדרטים חיוניים לשמירת המסגרת הצבאית ולהמשך עמידתו של הצבא במטרותיו.

חלקה השני של חטיבה זו התמקד בקרב שניטש סביב עילות מעצר אלו. מחד גיסא, הראיתי את ההצדקות להמשך קיומם של הסדרים ייחודיים בדיני המעצרים הצבאיים, ומאידך גיסא את הקשיים שיוצרים הסדרים אלו במבט עדכני כשלושים שנים לאחר מהפכת זכויות האזרח הישראלית אשר שיאה בתחום המעצרים הוא חקיקתו של חוק המעצרים. כך למשל, הראיתי כי לקיומן של עילות מעצר ייחודיות למערכת הצבאית יש בסיס חוקתי איתן שמעוגן בחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו. יתרה מזו, עמדתי על הצורך שבקיומם של הסדרים ייחודיים אלו כדי לקדם את המשמעת הצבאית ואת הסטנדרט ההתנהגותי הגבוה הנדרש מחיילים בצבא ההגנה לישראל וברלוונטיות של עקרון ההרתעה לקידום מטרות אלו.

חלקה האחרון של החטיבה הראשונה עסק בביקורת על קיומן של עילות המעצר הצבאיות. במקטע זה ראינו כי השימוש בעילות שמטרתן הרתעה מעלה קשיים חוקתיים ניכרים, בייחוד לאור הדברים

²⁷⁴ זאת כאמור, ברוח פסיקת בית המשפט העליון בנושא: בש"פ 5624/22 בן חמו נ' מדינת ישראל, פס" 9 להחלטתה של השופטת רונן (נבו 30.8.2022); בש"פ 5147/21 מורדכיב נ' מדינת ישראל (נבו 1.8.2021); וכן לאור קבלת העיקרון על ידי בתי הדין הצבאיים, הגם שאינו כלול בחוק השיפוט הצבאי: עניין ד' ש', לעיל ה"ש 26, בפס" 59 להחלטתו של השופט גרינברג.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

שנפסקו בעניין **גנימאת**. במבט רחב יותר, חלק מן הביקורת נובע מהשימוש בעילות מעצר ייחודיות למערכת הצבאית – שימוש המעלה שאלות רבות מתחום השמירה על הזכות לשוויון והחובה למנוע הפליה בין האזרח לחייל, שהוא אזרח גם כן. את חטיבה זו במאמרי חתמתי בדיון על הביקורת שהועלתה והראיתי כי הפסיקה הצבאית הגיבה לביקורת באופן תכוף ומצב הדברים אינו כפי שהיה מקדמת דנא. לגופם של דברים, הראיתי כי גם בית המשפט העליון שימר לעצמו מרחב של הרתעה בדיני המעצרים האזרחיים, ועל כן, השימוש בהרתעה כחלק מן המעצרים הצבאיים אינו כה בעייתי לאור ההבדלים בין המערכת הצבאית לאזרחית, אשר מתבטאים גם ברמה הנורמטיבית.

החטיבה השנייה של מאמרי זה עסקה בפגמים הרבים שיש במצב הקיים בו עילות המעצר הצבאיות אינן מעוגנות בחקיקה ראשית. בחטיבה זו הצבעתי על הקושי שנוצר במצב זה למול עקרון החוקיות בפלילים אשר מתמקד בחובה ליצור הסדרים ברורים ופומביים גם בדיני המעצרים. כמו כן, הבלטתי את הפער הקיים בין מצב הדברים כיום למול הסטנדרט הבינלאומי הקיים בתחום המעצרים והזהרתי כי המצב הקיים עלול לסתור את ההתחייבויות הבינלאומיות שישראל נטלה על עצמה כשהצטרפה לאמנה העולמית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. ביקורת נוספת שהעליתי בשלב זה עסקה בפער הדמוקרטי שנוצר כאשר תחום זה מעולם לא זכה לשיח פרלמנטרי בידי נבחרים הציבור ופותח כולו בידי הפסיקה הצבאית בלית ברירה.

לאחר מכן, הקדשתי חלק בחטיבה זו לדיון בשתי הצעות החוק שניסו לפתור מצב זה ולעגן עילות מעצר בחוק השיפוט הצבאי. בחנתי את ההסדרים המוצעים לאור המצב הנורמטיבי הקיים ולאור מסקנות הדיון שערכתי בחטיבה הראשונה של מאמר זה במטרה ללקט נקודות מבט נוספות הנדרשות לצורך הרכבת הצעת חקיקה משלי. בטרם ניגשתי למטלה זו, נתתי את הדעת לאלמנטים נוספים הנדרשים כדי להכין הצעת חקיקה שלמה ומיטבית בתחום המעצרים הצבאיים שלאחר כתב האישום, ודנתי בשתי סוגיות נוספות – היחס הראוי בין עילות המעצר השונות ושאלת חלופות המעצר שראוי לקיים במערכת הצבאית.

משאספתי את כל המסקנות והלקחים מן הדיון הרחב שקיימתי לאורכו של מאמר זה, פתחתי את חלקו האחרון בהצגת הצעתי לעיגון תחום המעצר שלאחר כתב האישום בחקיקה ראשית ובדיון בטעמים בגינם בחרתי דווקא בגיבוש הצעה זו.

מסקנותיי ממסע נורמטיבי זה הן רבות ומשכך אתמקד בחלק זה בשלוש המסקנות העיקריות של חיבור זה. ראשית, הגעתי לכלל מסקנה כי הצורך בעילות מעצר צבאיות המגינות על המסגרת הצבאית הוא חיוני לקיומה של מערכת השפיטה הצבאית במדינה מודרנית, וכי השמירה על המשמעת ועל תפקוד היחידה צריכה לקבל ביטוי בדיון הצבאי הפלילי ככלל ובעילות המעצר בפרט. שנית, הראיתי כי מבחינה מהותית, אין סתירה בין הדיון החוקתי החל בישראל לבין עילות המעצר הקיימות כיום ושעילות המעצר הצבאיות הן תולדה ישירה של איזונים חוקתיים שבוצעו על ידי המכונן. שלישית, הגעתי לידי הבנה כי הקושי המרכזי הנטוע במצב הקיים הוא בהיותן של עילות המעצר הצבאיות עילות פסיקטיות, וכי לא ניתן עוד, הן מבחינה חוקתית והן מבחינה בינלאומית, לאפשר מצב זה ויש לעגן את עילות המעצר הצבאיות בחקיקה ראשית בהקדם.

תקוותי היא שמאמר זה יתרום להעלאת המודעות ביחס למצב הקיים בתחום דיני המעצרים הצבאיים בשלב שלאחר הגשת כתב האישום ויוביל לשיח אקדמי נוסף בתחום. נוסף על כך, אקווה

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן

צפויים שינויים נוספים.

שהמאמר יביא להתנעת תהליכים פרלמנטריים שיובילו לחקיקה של נוסחה כזו או אחרת של עילות המעצר אשר ראוי להנהיג במסגרת חוק השיפוט הצבאי. במרוצת השנים נעשה מעט מדי כדי לתקן מצב זה, אך אין הדבר אומר שצריך להשלים עם הפגמים, אלא לפעול לתיקונם – למענם של חיילי וחיילות צבא ההגנה לישראל, אשר השמירה עליהם היא בנפשנו.