

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור? על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

מאת

רינת קיטאי סנג'רו*

א. מבוא; ב. טעמי ההתנגדות לעילת המסוכנות; 1. שלילת חירות על בסיס האפשרות של עברה עתידית ו(אי) אפשרות חיזויה של מסוכנות; 2. ענישה בטרם משפט; 3. היעדר קשר בין סטטוס של חשוד או נאשם לבין מסוכנות עתידית; 4. חזקת אשמה; ג. איזונה של הפגיעה הנגרמת לחשודים ולנאשמים מול אינטרס הציבור במניעת ביצוען של עברות.

א. מבוא

חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן – חוק המעצרים) מאפשר מעצר של חשודים ונאשמים, אשר נשקפת מהם סכנה לביטחון הציבור¹. לפניו נקט חוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982, בביטוי "סיכון שלום הציבור או ביטחוננו"². הפסיקה נתנה פרשנות רחבה לביטוי שלום הציבור³ וכללה במסגרתו גם

* מרצה, המכללה האקדמית למשפטים. הנני מודה לד"ר בועז סנג'רו על הערותיו המועילות למאמר. חלקים ממאמר זה מבוססים על עבודת דוקטורט בנושא "משמעות חזקת החפות מעבר למידת ההוכחה במשפט הפלילי", בהנחייתו המעולה של פרופ' אלכס שטיין, אשר אושרה על-ידי סינט האוניברסיטה העברית.

1 סעיפים 13(א), 21(א)(1)(ב).

2 סעיף 21(א)(1). סעיף זה התייחס למעצרו של נאשמים בלבד. עילות המעצר לגבי חשודים לא הוסדרו בחקיקה עד לחוק המעצרים. הפסיקה הכירה בעילת מעצר זו עוד לפני הסדרתה בחקיקה: ב"ש 47/54 היועץ המשפטי נ' אשכנזי, פ"ד ח 1207, עמ' 1208.

עברות רכוש כמו גניבת כלי רכב⁴ וכן עברות של קבלת דבר במרמה⁵. המחוקק השמיט את הביטוי "שלום הציבור" מחוק המעצרים. השמטה זו נועדה לצמצם את היקף המעצרים, הנובעים מאותה עילת מעצר, אשר מטרתה היא למנוע מחשודים ומנאשמים לבצע עברות בתקופת הביניים שעד לסיום ההליכים המשפטיים נגדם.

אולם בית המשפט העליון מתקשה לקבל את השינוי שחולל חוק המעצרים בהמרת הביטוי "סיכון שלום הציבור" ל"סיכון ביטחון הציבור". הוא פסק כי עברות רכוש יכולות בנסיבות מסוימות לסכן אף הן את ביטחון הציבור, וכפועל יוצא מכך, להצדיק מעצר עד תום ההליכים, שכן "מעשים שנועדו לפגוע ברכוש ולשלול רכוש פוגעים בסדרי החברה, פוגעים גם בזכויותיהם היסודיות של יחידים, ובנסיבות מסוימות יש בהם כדי לסכן את ביטחונה של החברה ואת ביטחוננו של כל אדם בה. בנוסף על כך, עברות רכוש טומנות בחובן סיכון טבוע כי בתנאים מסוימים הן יבוצעו באלימות ותוך סיכון חיי אדם, או שלמות גופו; אם לצורך השגת הרכוש, אם לשם שמירה עליו, ואם לצורך הימלטות המבצעים מעונש. מטעמים אלה ניתן לקבוע כי עברות רכוש המבוצעות באורח שיטתי, או בהיקף ניכר, או תוך התארגנות של עבריינים מספר, או תוך שימוש באמצעים מיוחדים ומתוחכמים, עלולות לפי מהותן ונסיבות ביצוען לסכן את ביטחון האדם ואת ביטחון הציבור"⁶. מכוחה של הלכה זו בדבר סיכון ביטחון הציבור באמצעות עברות רכוש הורה בית המשפט העליון על מעצר עד תום ההליכים של נאשמים בגניבת כלי רכב⁷, בעברות זיוף ומרמה⁸ ובהתפרצות לבית עסק⁹. יתרה מכך: בית המשפט העליון הורה על מעצר עד תום ההליכים של נאשם בעברות מס ערך מוסף שבוצעו בתקופת שחרור בערובה¹⁰. בעניין אחרון זה קבע בית המשפט כי "מעשי מרמה בענייני מס ערך מוסף, כגון אלה המיוחסים לנאשם, עשויים, בנסיבות מסוימות, לסכן את בטחון הציבור"¹¹, הגם שברור כי עברות אלו אינן נושאות באופן רגיל, ואף לא נשאו בנסיבות

- 3 ראו את ביקורתה של השופטת דורנר על מגמה זו בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (להלן – דנ"פ גנימאת), עמ' 647.
- 4 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (להלן – בש"פ גנימאת); בש"פ 3883/95 מדינת ישראל נ' אהדי, פ"ד מט(3) 171, עמ' 175.
- 5 בש"פ 205/89 מדינת ישראל נ' ליבוביץ, פ"ד מג(1) 411.
- 6 בש"פ 5431/98 פרנקל נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(4) 268 (להלן – פרשת פרנקל), עמ' 272.
- 7 פרשת פרנקל, שם; בש"פ 6158/99 מדינת ישראל נ' אליהו (לא פורסם); בש"פ 6634/02 חסין נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 10255/01 אבו ג'אפר נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- 8 בש"פ 507/00 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 385; בש"פ 9095/03 אבו חצירא נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 8041/03 שמואל נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 8445/01 זוארץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן – פרשת זוארץ).
- 9 בש"פ 3906/00 ביטון נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- 10 בש"פ 5632/00 מציעי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- 11 שם, פסקה 6 לפסק-הדין.

עלי משפט ד תשס"ה האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור המקרה הספציפי, כל פוטנציאל להתדרדרות למעשי אלימות העלולים לסכן את ביטחון הציבור¹². בית-המשפט הורה על מעצר עד תום ההליכים של נאשם אשר קיבל במרמה כספים מבנקים. האם קבלת כספים במרמה מבנקים מסכנת את ביטחון הציבור, במובחן משלומם? "ענייננו עתה", אומר בית-המשפט העליון, "הוא בשמירת ביטחונם של הפרט והכלל מפני העורר, ומעשיו ענו בו כי אדם מסוכן הוא ליחיד ולכלל"¹³. בית-המשפט אף הרחיק לכת וקבע כי קמה עילת מעצר של סיכון ביטחון הציבור בעניינה של נאשמת בעלת עבר פלילי בעברות רכוש, אשר על-פי עובדות כתב האישום גנבה שני בקבוקי בשמים ממחלקת קוסמטיקה ב"סופר פארם"¹⁴.

מעצר לשם מניעת ביצוען של עברות נוספות, לכל הפחות מדרגת חומרה מסוימת, מקובל ומוכר בגרסה זו או אחרת ברובן ככולן של מדינות העולם¹⁵. מלומדים רבים מצדדים במעצר זה¹⁶. בית-המשפט העליון במדינות שונות הכיר בחוקתיותו¹⁷. דומה כי

- 12 על היבט זה של סיכון ביטחון הציבור בעברות רכוש ראו: פרשת פרנקל (לעיל, הערה 6), עמ' 272; בש"פ 17/99 גברילוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- 13 פרשת זוארץ (לעיל, הערה 8).
- 14 בש"פ 1186/00 מוכתייב נ' מדינת ישראל (לא פורסם). עם זאת באותו מקרה שוחררה הנאשמת בתנאים מגבילים של ריתוק מלא לבית אמה. יצוין כי האפשרות לשחרר חשודים ונאשמים בתנאים מגבילים אינה גורעת מהטענות הנורמטיביים כנגד עילת המעצר עצמה, שכן ניתן לבחור בחלופת מעצר לשם מניעת הסכנה לציבור רק כאשר מתגבשת עילת מעצר: בש"פ 507/00 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 385, עמ' 391; בש"פ 9991/03 בראשי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- 15 I. Anagnostopoulos *Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr* (§§ 112 Abs. 3, 112a StPO) (Germany, 1984), pp. 49-50; J. Baumann "Wird die U-Haft "Umfunktioniert" *JZ* (1969) 134, p. 136; J. Krümpelmann "Probleme der Untersuchungshaft im deutschen und ausländischen Rescht" *ZStW* (1970) 1052, p. 1083; P. Gnam *Die Wiederholungsgefahr als Grund für die* אצל הסקירה המופיעה אצל 1083 *Anordnung von Untersuchungshaft* (Germany, 1972), pp. 85-107 (לעיל, הערה 4), עמ' 406: "...הדעה המקובלת במרבית המדינות הדמוקרטיות הנאורות הינה, כי מעצר נאשם שהוגש נגדו כתב-אישום, למניעת ביצוען של עבירות בעתיד, מהווה עילה מוכרת במדינת חוק השוקדת על זכויות האדם".
- 16 Gnam (לעיל, הערה 15), עמ' 123-121, 256-251; Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 113 (העומד, עם זאת, על הבעייתיות הכרוכה בעילה זו); H.J. Rudolphi "Strafprozess im Umbruch" *ZRP* (1976) 165; J.N. Mitchell "Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention" 55 *Va. L. Rev.* (1969) 1223, pp. 1226-1227; E. Diemer-Nicolaus "Das geänderte Haftrecht" *NJW* (1972) 1692, p. 1694; W. Heiss "Eingeengte Untersuchungshaft" *NJW* (1969) 865, pp. 866-867; R. Schmitt "Strafprozeßessuale Präventivmassnahmen" *JZ* (1965) 193, p. 197; J.L. Rodríguez *Die Unschuldvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft* (Germany, 1995), p. 138; J.B. Howard "The Trial of Pretrial. בחוקתיותה. *Dangerousness: Preventive Detention after United States v. Salerno*" 75 *Va. L. Rev.*

הנימוקים התומכים בו אינם זקוקים להרחבה יתרה. קיומו של אינטרס חברתי לשמור על שלום הציבור וביטחונו אינו שנוי במחלוקת¹⁸. רצונו של הציבור לחיות חיים שלווים ובטוחים מאימת עבריינים למיניהם הנו מובן ולגיטימי¹⁹. לכאורה, ביטולו הגורף של מעצר בעילה זו יכול להביא למצבים בלתי מתקבלים על הדעת, שבהם ממשיכים רוצחים סדרתיים פסיכופטיים שנתפסו והודו בביצוע פשעיהם, להלך חופשיים ברחוב עד לסיום המשפט נגדם, אם אין סכנה לשיבוש של הליכי החקירה או המשפט מצדם. פרק זמן זה עלול להיות מנוצל על-ידי חשודים ונאשמים אלה לביצוע פשעים מתועבים, העלולים לגרום לקרבן, למשפחתו ולחבריו נזק פיזי ונפשי בלתי הפיך או לסכן את ביטחון המדינה באופן חמור²⁰.

במאמר זה אבקש להראות כי הלגיטימיות של מעצר למניעת עברות נוספות רחוקה מלהיות מובנת מאליה, וכי הכרה בעילת מעצר זו כרוכה בהתמודדות עם בעיות חוקתיות ומוסריות בלתי פשוטות. בעיות אלו, גם אם אינן מובילות בהכרח למסקנה כי יש לפסול עילת מעצר זו כבלתי חוקתית, צריכות להשליך על היקפה, ולהביא לתחימת סוגן ומהותן של העברות שמניעתן המוקדמת מצדיקה מעצר של אדם שטרם הורשע בדינו.

- (1989) 639, pp. 664, 678; W. Alschuler "Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest Balancing Approaches to Due Process" 85 *Mich. L. Rev.* (1986) 510, p. 512; J. Levy "Pretrial Preventive Detention Under the Bail Reform Act of 1984" 63 *Washington U. L.Q.* (1985) 523; M.W. Youtt "The Effect of Salerno v. United States on the Use of State Preventive Detention Legislation: A New Definition of Due Process" 22 *Ga L. Rev.* (1988) 805, p. 810; M.L. Corrado "Criminal Law: Punishment and the Wild Beast of Prey: The Problem of Preventive Detention" 86 *J. Crim. L. & Criminology* (1996) 778, p. 814
- 17 בארצות-הברית: *U.S. v. Salerno* 481 U.S. 739 (1987) (להלן – פרשת *Salerno*); בקנדה: *R. v. Morales* (1992) 3 S.C.R. 711, p. 713 (להלן – פרשת *Morales*); בגרמניה: *BVerfGE* 19, 343, pp. 349-350 (1965); *BVerfGE* 35, 185 (1973) עמדתו של בית-המשפט העליון בישראל: בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686, עמ' 689-690.
- 18 דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 3), עמ' 644 Alschuler (לעיל, הערה 16), עמ' 556, האומר כי אנשים הגיוניים אינם נותנים לרוצחים להסתובב ביניהם.
- 19 מובא אצל Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 33; Baumann (לעיל, הערה 15), עמ' 137-136; מסיבה זו התעוררה בגרמניה ביקורת על אי-הכללתה של עילת המסוכנות בחוק משנת 1950: *W. Schubert Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr – Eine historische und rechtsdogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des geltenden §112a StPO* (Germany, 1983), p. 42
- 20 Diemer-Nicolaus (לעיל, הערה 16), עמ' 1694 (לגבי הפגיעה בכבודם של קרבנות אונס ובשלמות נפשם).

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור; על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

ואכן, חרף הצדקתה הלכאורית של עילת המסוכנות, מלומדים ושופטים הביעו כלפיה התנגדות נמרצת²¹. השגת מטרות אחרות באמצעות מעצר, מלבד מניעת שיבוש של הליכי חקירה ומשפט, נחשבה – לפחות ברמה ההצהרתית – כשיקול זר למוסד זה²².

S.J. Ervin "Preventive Detention: An Ampirical Analysis" 6 *Harv. C. R. – C. L. L. Rev.* (1971) 289, p. 293; S.J. Ervin "Preventive Detention, A Species of Lydford Law" 52 *George Washington L. Rev.* (1983) 113, p. 121; L.H. Tribe "An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell" 56 *Va. L. Rev.* (1970) 371;

J. Thaller "Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence prior to Trial" 44 *Wis. L. Rev.* (1978) 441; L. Pernell "The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence" 37 *Cleveland State L. Rev.* (1989) 393, pp. 402-403; D. Kiselbach "Pre-Trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence" 31 *The Crim. L. Q.* (1989) 168, p. 194; M.G. Styers "Note: United States v. Salerno: Pretrial Detention Seen Through the Looking Glass" 66 *North Carolina L. Rev.* (1988) 616; C.E. Allen "Pretrial Detention and the Loss of Innocence" 11 *Hamline L. Rev.* (1988) 331; D. Jett "The Loss of Innocence: Preventive Detention Under the Bail Reform Act of 1984" 22 *Am. Crim. L. Rev.* (1985) 805; S. Bernstein "Supreme Court ; "It is the world turned upside down" Review" 23 *Trial* (1987) 89, p. 90 ; W. Hassemer "Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft" *StV* (1984) 38, p. 40 J. Wolter "Untersuchungshaft, ; 140-139 עמ' (16), הערה (לעיל), הערה (16), עמ' 485-486; Vorbeugungshaft und vorläufige Sanctionen" 93 *ZStW* (1981) 452, pp. 485-486; U. Klug "Rechtsstaatswidrige Vorbeugehaft" *ZRP* (1969) 1; R. Zundel "Vorbeugehaft" *ZRP* (1969) 17; M. Seebode "Kleine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Vorbeugehaft" *ZRP* (1969) 25

Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 106, 45-44, Hassemer (לעיל, הערה 21), עמ' 41-40 ; 378 ; 485, 453, עמ' (21), הערה (21), Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 378 ; 41-40 A. Ghiara "Presunzione di innocenza, presunzione di 'non copevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale" *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.* (1974) 72, pp. 73-74 על זכויות האדם והאזרח. בהשפעת הליברליזם והמהפכה הצרפתית התפיסה הייתה כי ההליך הפלילי אינו צריך לשאת אופי משטרתי מניעת, וכי מטרת המעצר היא למנוע פגיעה בהליך בלבד, ומסיבה זו לא הופיעה המסוכנות כעילת מעצר בחוק של הנסיכויות המאוחדות בגרמניה משנת 1877 ; Schubert (לעיל, הערה 19), עמ' 13 ; Gnam (לעיל, הערה 15), עמ' 62-56 ; המכון האיברו-אמריקני למשפט פרוצדורלי משנת 1988 הביע עמדה זוהי : Rodri'guez (לעיל, הערה 16), עמ' 5. לדבריו, זוהי גם התפיסה הרווחת בקרב מלומדים בארצות אמריקה הלטינית: שם, עמ' 75 ; H.U. Paeffgen *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft – Rechts* (Germany, 1986), pp. 144-149, 163 הסבור כי תפיסה זו מתחייבת מחזקת החפות. Rodri'guez (לעיל, הערה 16), עמ' 96 ; A.V. Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed., 1959) pp. 208, 217 ; על תפיסת תפקידו הבלעדי של המעצר להבטיח את תקינותו של ההליך הפלילי ראו גם : W. Hetzel *Die Untersuchungshaft nach deutschen, österreichischem,*

כך, באנגליה עד סוף המאה ה-19 המעצר נועד רק לצורך הבטחת התייצבותו של הנאשם למשפטו.²³ תפיסה דומה שררה בקנדה עד מחצית המאה ה-20.²⁴ בחוק של הנסיכויות המאוחדות בגרמניה משנת 1877 לא הופיעה המסוכנות כעילת מעצר, אלא רק חשש לבריחה ולשיבוש הליכים. עילת המסוכנות הוכנסה לחוק הפרוצדורה הפלילית בגרמניה בשנת 1935,²⁵ בוטלה בשנת 1950, ונחקקה שנית בשנת 1964.²⁶ בתחילה הוכרה עילת המסוכנות במתכונת מצומצמת בלבד של חשש לפגיעה בגוף הפרט, אולם הורחבה בהדרגה גם לעברות נוספות, ובכללן עברות רכוש ועברות תרמית.²⁷ החוק הפדרלי בארצות-הברית הכיר באפשרות לעצור נאשמים על בסיס מסוכנות רק בשנת 1984.²⁸ אמנם כתבים רבים הצביעו על "נוהג סמוי" לעצור נאשמים מסוכנים כשעילת המסוכנות לא הייתה קיימת בחוק, במסווה של חשש לבריחה מהמשפט או באמצעות

- französischem und englischem Rechte* (1899), p. 3; E. Schmidt-Leichner "Haftbefehl und Regress" *NJW* (1959) 841, p. 845; "Field Study: A Study of the Administration of Bail in New York City" 106 *U. Pa. L. Rev.* (1958) 693, p. 705; *R. v. Stewart J.*; 194 עמ' 194 Schmitt; (1946) 86 C.C.C. 318, p. 319 (Man. K.B.) (לעיל, הערה 16), עמ' 136.
- Baumann; Baumann "Neue Haftgründe" *JZ* (1962) 689 (לעיל, הערה 15), עמ' 136.
- G. Trotter *The law of Bail in Canada* (1992), p. 6 23
- מעצר בעילה זו בפסק-דין 47 *R. v. Phillips* (1947) 32 Cr. App. Rep.
- Trotter (לעיל, הערה 23), עמ' 7-9. יצוין כי מעצר לשם הבטחתו של שלום הציבור מוגדר 24
- בסעיף 515(10)(b) ל-Criminal Code כעילת מעצר "משנית" לעומת מעצר לצורך הבטחת התייצבות למשפט.
- Schubert (לעיל, הערה 19), עמ' 13. 25
- Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 33-36, 52. 26
- J.M. Jehle *Untersuchungshaft zwischen Unschuldvermutung und Wiedereingliederung* (1985) p. 48; C. Roxin *Strafverfahrensrecht* (24th ed., 1995) pp. 222-223 (לעיל, הערה 16), עמ' 138; Schubert; (לעיל, הערה 19), עמ' 51-52, 57. 27
- S. The Federal Bail Reform Act of 1984 18 U.S.C. § 3141-3150 28
- Frankowski, H. Leupke "Pre-trial Detention in the U.S." in: *Preventive Detention* (S. Frankowski & D. Shelton – eds., 1992), p. 79; D.N. Adair "Looking at the Law" 57 *Federal Probation* (1993) 74. בעקבות החוק הפדרלי שילבו גם מדינות בארצות-הברית את עילת המסוכנות בחוקיהן; Frankowski & Leupke, שם, עמ' 72. בתי-המשפט בארצות-הברית לא הכירו לפני כן בעילת המסוכנות כבסיס למעצר: *Williamson v. U.S.* 184 F. 2d 280 (1950); *Stack v. Boyle* 342 U.S. 1, 4 (1951); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, p. 524 (להלן – פרשת *Bell*), שבו הניח בית-המשפט העליון כמובן מאליו כי מעצר נועד להבטחת התייצבות בלבד. עם זאת כבר בשנת 1970 נחקק במחוז קולומביה חוק, אשר התיר מעצר לצורך מניעת ביצוען של עברות נוספות. ניסיון לתקיפה חוקתית של עילה זו נכשל: *United States v. Edwards* 430 A. 2d 1321 (D.C. 1981) (להלן – פרשת *Edwards*). כמו כן, בית-המשפט העליון האמריקני אישר עוד קודם לחקיקתו של חוק השחרור בערבות הפדרלי את חוקתיותו של המעצר המונע בעילת המסוכנות בחוק של מדינת ניו-יורק ביחס לנוער, בין היתר, בהתבסס על תפקידה החינוכי של המדינה כלפיו: *Schall v. Martin* 467 U.S. 253 (1984) (להלן – פרשת *Schall*).

הטלת ערבות גבוהה מכפי יכולתם²⁹; אולם ההכנסה המפורשת של עילת המסוכנות לחוק הפדרלי נתפסה כשינוי מהפכני ומודע של דפוסי חשיבה בנוגע לתפקיד המעצר³⁰.

29 Frankowski & Leupke (לעיל, הערה 28), עמ' 67; Field Study (לעיל, הערה 22), עמ' Tribe; 1237 Adair (לעיל, הערה 28), עמ' 74; Mitchell (לעיל, הערה 16), עמ' 1237 J.F. Williams "Classifying Pre-Trial Detention Decisions ; 372 (לעיל, הערה 21), עמ' 372 Under the Bail Reform Act of 1984: A Statistical Approach" 30 *Am. Crim. L. Rev.* (1993) 255, p. 257; T.E. Scott "Pretrial Detention Under the Bail Reform Act of 1984: An Empirical Analysis" 27 *Am. Crim. L. Rev.* (1989) 1, p. 7; J.S. Goldkamp "Danger and Detention: A Second Generation of Bail Reform" 76 *J. Crim. L. & Criminology* (1985) 1, pp. 3-4; D.J. Smith "The Constitutionality of Preventive (לעיל, הערה 16), Howard; Detention in Texas" 40 *Baylor L. Rev.* (1988) 467, p. 467 עמ' 645; דיוני ועדת המשנה לזכויות אדם בסנאט האמריקני בנוגע להכנסת עילת המסוכנות במחוז קולומביה: *Preventive Detention Hearings before the Subcommittee* : on *Constitutional Rights* (U.S., 1970) pp. 10, 169; Schubert (לעיל, הערה 19), עמ' 45-42; Hassemmer (לעיל, הערה 21), עמ' 39; Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 37-36; Rodri'guez (לעיל, הערה 16), עמ' H. Dabs "Die Kleine Strafprozessreform" *NJW* (1965) 81, pp. 82-83; 137 30 R.S. Natalini "Preventive Detention and Presuming ; 378 (לעיל, הערה 21), עמ' 378 Tribe Dangerousness Under the Bail Reform Act of 1984" 134 *U. Pa. L. Rev.* (1985) 225, p. 226; S.J. Cohen "Circumventing Due Process: A Judicial Response to Criminal Allen ; Recidivism Under the Bail Reform Act" 15 *Hastings Const. L.Q.* (1988) 319 B. Farthing "An Analysis of the Bail Reform Act of ; 332-331 (לעיל, הערה 21), עמ' 332-331 1984" 53 *Tenn. L. Rev.* (1985) 145; M.S. Gain "The Bail Reform Act of 1984 and United States v. Salerno: Too Easy to Believe" 39 *Case W. Res. U.* (1989) 1371, pp. 1390-1391; K.F. Arthur "Preventive Detention: Liberty in the Balance" 46 *Maryland L. Rev.* (1987) 378; K.X. Metzmeier "Preventive Detention: A Comparison of Bail Refusal Practices in the United States, Canada and Other Common Law Nations" 8 *Pace Int'l L. Rev.* (1996) 399; M.E. Lupo "Comments, United States v. Salerno: A Loaded Weapon Ready for the Hand" 54 *Brooklin L. Rev.* (1988) 171, p. 175; F. Einesman "How Long Is Too Long? When Pretrial Detention Violates Due Process" 60 *Tenn. L. Rev.* (1992) 1, pp. 1, 3; S.M. Marcella "When Preventive Detention is (still) Unconstitutional: The Invalidity of the Presumption in the 1984 (לעיל, הערה 29) Williams ; Federal Bail Statute" 61 *Southern Cal. L. Rev.* (1988) 1091 Mitchell (29), עמ' 257. עם זאת היו שחלקו על המהפכנות של ההכרה בעילת המסוכנות: (לעיל, הערה 16), Einesman (לעיל, הערה 16), עמ' 549, האומר כי איש עדיין לא הצליח לייחס לדורות הקודמים נטילת סיכון של שחרור אדם, שרצח זה עתה את קורבנו, רק משום שהלה לא החמיץ בעבר אף דיון בבית-המשפט.

באירלנד הוכר מעצר בעילת המסוכנות רק בשנת 1996 באמצעות תיקון החוקה³¹. עד לשנה זו לא התיר בית-המשפט העליון באירלנד מעצר בעילה זו³². בשנת 1987 דן בית-המשפט העליון האמריקני בחוקתיותה של עילת המסוכנות בפרשת *Salerno*³³. הואשם בכיצוע שורה של עברות, ובכללן סחיטה, מרמה וקשירת קשר לביצוע רצח, כמנהיג של קבוצת "מאפיה". בית-המשפט לערעורים של המחוז השני קבע כי עילת המסוכנות אינה חוקתית, וכי אין לפיכך עילת מעצר כנגד *Salerno*³⁴. בית-המשפט העליון האמריקני הפך החלטה זו. הוא הכריע ברוב דעות כי מעצר לשם הגנה על שלום הציבור עומד במבחן חוקתי. עם זאת שלושת שופטי המיעוט חלקו בחריפות רבה על קביעה זו. שניים מהם סברו כי מעצר על בסיס מסוכנות מתאים ל"מדינות משטרה" בלבד³⁵. מלומדים רבים גינו גם הם את עילת המסוכנות בביטויים חריפים. יש שראו בה אף כמבטאת הילך מחשבה אופייני למשטר הנאצי, וכאימוץ דפוס מעצר שהונהג בו³⁶. להלן אבחן מדוע עילת מעצר, המקובלת בספרות ובפסיקה

- U. Raifeartaigh "Reconciling Bail Law with the Presumption of Innocence" 17 31
Oxford J. of Legal Studies (1997) 1, p. 21
- People (Attorney General) v. O'Callaghan* (1966) IR 501 32
 (להלן – פרשת *Ryan v. Director of Public Prosecutors* (1989) IR 399 ; *O'Callaghan (Ryan)* – פרשת
- Salerno* (לעיל, הערה 17). עם *Salerno* הועמד לדין חבר בכיר נוסף באותה קבוצה. 33
 לאחר שקיבל מעמד של עד מדינה, התביעה הסכימה לשחרורו בערבות.
- U.S. v. Salerno* 794 F. 2d 64 (2nd Cir., 1986) 34
- דברי השופט Marshall (בהסכמת השופט Brennan) בפרשת *Salerno* (לעיל, הערה 17), 35
 עמ' 755.
- Klug (לעיל, הערה 21), עמ' 2-1 (עילת המסוכנות אפיינה את המשטר הדיקטטורי של 36
 היטלר ומזכירה את המעצר ההגנתי (המינהלי) שנהג בו, על כל האסוציאציות המאיימות הקשורות בכך). Zundel (לעיל, הערה 21), עמ' 17 (עילת המסוכנות קשורה במהותה למעצר הגנתי ובעלת פוטנציאל ניצול לרעה כנגד גורמים אופוזיציוניים וכנגד סטודנטים רדיקליים). Rodri'guez (לעיל, הערה 16), עמ' 142 (מציין כי אין תימה שעילת המסוכנות הייתה מקובלת בתקופת המשטר הנאצי). Ervin "Preventive Detention, A Species of Lydford Law" (לעיל, הערה 21), עמ' 115 (מעצר מונע הוא הליך דמוי גסטאפו). Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 53-51, דוחה את ההשוואה בין עילת המסוכנות לעילת המעצר, שנהגה בתקופת המשטר הנאצי, ואומר כי קבלתה הכמעט גורפת של עילת מעצר זו בכל מדינות העולם בוודאי שאינה מבוססת על הילך המחשבה, שאפיין את המשטר הנאצי. Paeffgen (לעיל, הערה 22), עמ' 140-141, מציין כי הנהגתה של עילת המסוכנות בתקופת המשטר הנאצי אכן מטילה עליה צל, אולם מזכיר כי אין מדובר בהמצאה של המשטר הנאצי, וכי עילת מעצר זו הייתה מוכרת בפרוסיה ובאוסטריה במאה ה-19 (שם, עמ' 141, הערה 581). עוד על קיומה של עילת מעצר זו במקומות רבים לפני שנת 1935, ועל העובדה כי לא מדובר בהמצאה של המשטר הנאצי ראו: Schubert (לעיל, הערה 19), עמ' 2; Baumann (לעיל, הערה 22), עמ' 689-690; Baumann (לעיל, הערה 15), עמ' 135; Gnam (לעיל, הערה 15), עמ' 246-247, 56-42.

עלי משפט ד תשס"ה האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור הישראלית כמעט ללא עוררין³⁷, מעוררת ביקורת כה עזה, ואבדוק אם ניתן להצדיק ביקורת זו.

ב. טעמי ההתנגדות לעילת המסוכנות

1. שלילת חירות על בסיס האפשרות של עברה עתידית ו(אי) אפשרות חיזויה של מסוכנות

בעילת המסוכנות נעצר אדם כדי למנוע ביצוע עברות מצדו עד לסיום משפטו. שלילת החירות מבוססת אפוא על עברה העלולה להתבצע בעתיד הקרוב³⁸. אדם נעצר בשל עברה שהוא עלול לעשות, אף אם טרם החל בהכנות לביצועה ואף אם טרם הבשילה כלל במחשבתו³⁹. הוא נעצר, למעשה, בשל אישיותו הנושאת פוטנציאל עברייני⁴⁰. ההצדקה המוסרית לענישה הפלילית מבוססת על כך שבוצעה עברה הראויה לתגובת מערכת הענישה⁴¹. עברה דורשת יסוד עובדתי (אקטוס ריאוס) ויסוד נפשי (מנס ראה) כאחד. לא ניתן, כמובן, להרשיע אדם בגין עברה עתידית⁴². כל עוד אדם אינו

- 37 עם זאת הנשיא ברק בכש"פ גנימאת (לעיל, הערה 4), עמ' 405, מציין כי "חוקתיותה של עילת מעצר זו אינה מובנת מאליה".
- 38 Schubert (לעיל, הערה 19), עמ' 132; 132; 1001; 790 F. 2d 984, p. 1001; *U.S. v. Melendez-Carrion* (2nd Cir. 1986) (להלן – פרשת *Melendez-Carrion*); בש"פ גנימאת, שם.
- 39 פרשת *O'Callaghan* (לעיל, הערה 32), עמ' 508.
- 40 H.J. Herman "United States v. Salerno: The Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 395-394; 38 *Depaul L. Rev.* (1988) 165; A.B. Benjamin "The Bail Reform Act is Here to Stay" 38 *Depaul L. Rev.* (1988) 165; A.B. Benjamin "The Jurisdictional Implications of a Mens Rea Approach to Insanity: Plugging the Arthur; 'Detainment Gap' after *Foucha v. Louisiana*" 19 *Dayton. L. Rev.* (1993) 41 (לעיל, הערה 30), עמ' 403.
- 41 J. Fitzgerald *Criminal Law and Punishment* (1962), pp. 199-201; H. Frister *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle* Arthur; *Grundprinzipien des Strafrechts* (1988), p. 69; 402 עמ' 402; M. Miller & M. Guggenheim "Pretrial Detention and Punishment" 75 *Minn. L. Rev.* (1990) 335, p. 357.
- 42 בג"ץ 3/51 אסיסעיד נ' שר העליה, פ"ד ה 1075 (להלן – פרשת אסיסעיד), עמ' 1080; ע"פ 384/80 מדינת ישראל נ' בן-ברוך, פ"ד לה (1) 589, עמ' 592: "אין מרשיעים אדם על יסוד מחשבה פלילית שעשויה להיות לו, אלא אך על יסוד מחשבה פלילית שיש לו". וראו התבטאות זו בהקשר לעילת המסוכנות: Schubert (לעיל, הערה 19), עמ' 132; פרשת Ryan (לעיל, הערה 32), עמ' 407.

מבצע עברה בת עונשין, הוא זכאי לכאורה לכך שחירותו לא תיפגע⁴³. כלל זה מעניק לאדם את האפשרות לכלכל מראש את צעדיו ולהימנע מביצוע עברות⁴⁴. הוא מבטא כבוד לאינדיווידואל כבעל יכולת בחירה בין טוב לבין רע⁴⁵. קביעה שלפיה אדם עלול לעבור בעתיד הקרוב עברה, אשר ניתן למנעה רק באמצעות כליאתו, חותרת תחת כלל יסוד זה של דיני העונשין. לפיכך, היא אינה יכולה להיות מופנית כלפי אדם המוחזק כאחראי למעשיו וכבעל שליטה על התנהגותו⁴⁶.

נוסף על השלילה עקרונית של האפשרות לכלוא אדם שפוי בשל עברה שטרם בוצעה, קיימת גם בעיה פרקטית-אמפירית. כדי לעצור חשוד או נאשם בעילת המסוכנות צריך להוכיח כי קיימות כנגדו ראיות לביצוע העברה המיוחסת לו, וכי קיימת סכנה לביצוע עברות מצדו עד לסיום ההליך הפלילי בעניינו⁴⁷.

בשלב הדיון בבקשת המעצר אין כל אפשרות להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי אדם ביצע את העברה המיוחסת לו⁴⁸. אין כל אפשרות מעשית לספק לעצור בשלב הדיון בבקשת המעצר, המחייבת החלטה מהירה, את מלוא הכלים והערובות הניתנים לנאשם להגנתו בהליך העיקרי, בלא לקיים מהלך חסר טעם ואף בלתי אפשרי של "משפט כפול". אך ברור הוא כי אם היה ניתן להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר בשלב זה לא היה צורך במעצר, אלא אפשר היה לגזור על העבריין באופן מיידי עונש מאסר לאחר הרשעתו. ההחלטה על מעצרו של חשודים ונאשמים מתבססת אפוא מטבע הדברים על רמה ראייתית נמוכה יותר להוכחת ביצועה של העברה המיוחסת להם לעומת הרמה הראייתית הנדרשת לצורך הרשעה⁴⁹.

הדברים נעשים אף מסובכים בהרבה, כאשר מדובר בהוכחת מעשה עתידי. אין יכולת להוכיח מעבר לכל ספק סביר את הסכנה הנשקפת מאדם לביצוע עברות עד לתום ההליכים המשפטיים כנגדו. סטנדרט הוכחה זה אינו מתאים כלל להוכחת עברה עתידית,

43 Fitzgerald (לעיל, הערה 41), עמ' 201; H.L. Packer *The Limits of the Criminal Sanction* (U.S., 1968), p. 217. לדבריו, זו תהיה אכן נקודת המוצא של מודל ה-*Due Process* בהקשר של עילת המסוכנות.

44 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 396; Benjamin (לעיל, הערה 40), עמ' 44.

45 S.J. Morse "Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention" 76 *B.U.L. Rev.* (1996) 113, p. 117 (בהקשר למעצר מונע באופן כללי).

46 Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 372-373.

47 Schubert (לעיל, הערה 19), עמ' 131. וראו לעניין זה: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, סעיפים 13, 21.

48 Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 109.

49 ההחלטה על מעצר חשוד דורשת חשד סביר לביצועה של עברה פלילית: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, סעיף 13. ההחלטה על מעצר נאשם דורשת ראיות לכאורה לביצועה של עברה: שם, סעיף 21(ב). דרישה זו פורשה על-ידי בית-המשפט העליון כסיכוי סביר להרשעה: בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (להלן – פרשת זאדה).

עלי משפט ד תשס"ה האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור; על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

שכן איש אינו יכול להיות בטוח לגבי העתיד⁵⁰. עברה שאדם יבצע בעתיד אינה ניתנת למעשה להוכחה, אלא להערכה הסתברותית בלבד.

הסמכות לעצור חשוד או נאשם לשם מניעת עברות מבוססת על הנחה בדבר יכולתו של בית-המשפט להעריך באופן סביר את מידת ההסתברות לביצוע עברות מצדו עד לתום ההליכים המשפטיים⁵¹, אולם כאן ישנם המטילים ספק רב ביכולת זו⁵². שופט אינו מצויד בגלאי המצפץ בעת שהחשוד או הנאשם מהווה סכנה. על-פי טענה זו, היעדר אפשרות אמפירית סבירה להעריך מסוכנות הופך מעצר בעילה זו לבלתי חוקתית⁵³. כמו כן, הוא פותח פתח רחב לניצולה לרעה של עילת מעצר זו ולהפניית כלפי קבוצות אוכלוסיה מסוימות, כגון מיעוטים אתניים⁵⁴ או מתנגדים פוליטיים של המשטר⁵⁵.

50 דברי בית-המשפט העליון בקנדה בפרשת *Morales* (לעיל, הערה 17), עמ' 714, אשר לפיהם אין אפשרות ואין דרישה להערכה מדויקת של מסוכנות עתידית לשם מעצר. על אי האפשרות לאמץ סטנדרט זה בכל הנוגע להערכת מסוכנות עתידית של חולה נפש לנוכח חוסר הוודאות והמועדות לטעות של הערכה פסיכיאטרית ראו גם J. Kokott *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund und Menschenrechten* (1993), pp. 436-437; *Addington v. Texas* 441 U.S. 418, p. 429 (1979); ר' דורסט, א' מרטיק "רפואה ושררה – טיפול כפוי בחולה נפש מנקודת הראות של המטפל" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 119, עמ' 122-123.

51 Adair (לעיל, הערה 28), עמ' 74.

52 וראו לעניין זה ר' קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מו (תשס"ב) 282, עמ' 294-295, והאסמכתאות הנזכרות שם.

53 קיטאי, שם, עמ' 295-296.

54 לסברה שלפיה הקושי בהערכת מסוכנות יכול לעמוד בעיקר בעוכרי מיעוטים אתניים, המתאפיינים בחוסר תעסוקה והשכלה ובאי יציבות במקום המגורים ראו: Frankowski & Leupke (לעיל, הערה 28), עמ' 75; "Preventive Detention: An Ampirical Analysis" (לעיל, הערה 21), עמ' 358-359; Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 374; Styers (לעיל, הערה 21), עמ' 630; Allen (לעיל, הערה 21), עמ' 345; F. Dünkel *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug/Awaiting for Trial* (F. Dünkel & J. Williams, eds., 1994), p. 143; Vagg – eds., 1994), המתייחס למתיחות חברתית גואה כלפי זרים. (לעיל, הערה 29), עמ' 293, המתייחס למעצר באופן כללי.

55 Styers (לעיל, הערה 21), עמ' 630; Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 50-51, אם כי מציין שם, עמ' 51, כי עד כה לא התגלתה תופעה כזו בגרמניה המערבית; S. Frankowski "Pre-trial Detention in Poland" in: *Preventive Detention* (S. Frankowski & D. Shelton – eds., 1992), p. 250, מציין כי כפולין לפני מלחמת העולם השנייה נהגו להשתמש במעצר מונע לשם דיכוי מתנגדים פוליטיים למשטר. עם זאת כל סוג של מעצר מונע יכול להיות מנוצל לרעה. לניצול לרעה של מוסד האשפוז הכפוי כדי לאשפז מתנגדים פוליטיים למשטר בברית המועצות לשעבר ובסין הקומוניסטית ראו: R. Munro "Judicial Psychiatry in China and its Political Abuses" 14 *Colum. J. Asian L.* (2000) 1. דומה כי דוגמה טובה לחשש זה שימש הנוהג להטיל על קומוניסטים בתקופת

טענה נוספת כנגד יכולת ההערכה של מסוכנות עתידית מתייחסת להיעדר נתונים מהימנים בנוגע לקשר שבין מעצר חשודים ונאשמים לממדי העבריינות, ומתוך כך גם להיעדר תרומה מוכחת של עילת מעצר זו להקטנתם של שיעורי הפשיעה, מעבר למקרי שוליים בודדים⁵⁶. נטען כי חסרה הוכחה אמפירית ברורה לסכנה הנשקפת לשלום הציבור ולביטחוננו, כתוצאה מוויתור על עילת מעצר זו⁵⁷, וכי בלעדי הוכחה כזו אין הצדקה לפגוע בזכויות יסוד של הפרט באמצעות קביעתה של עילת מעצר⁵⁸. דברים ברוח זו השמיעה השופטת דורנר בדנ"פ גנימאת. לדבריה, "בעוד שהפגיעה בזכות היסוד של נאשם שנעצר הינה... ודאית, אין זה בטוח כי ריבוי מעצרים מגן במידה משמעותית – אם בכלל – על שלום הציבור. עמדתה של פרקליטת המדינה, כי הפחתה משמעותית של מעצרים לאחר אישום תפגע בשלום הציבור, מבוססת על סברה בלבד, שנכונותה אינה מובנת מאליה. שיעור הנאשמים ששחררו בערובה לאחר אישום אשר המשכו בפעילות פלילית בתקופת משפטם ניתן לבדיקה. בהיעדר בדיקה כזו אין לקבל סברה כללית זו של פרקליטת המדינה ולהשתית עליה מדיניות שיפוטית של הגברת הפגיעה בזכויות יסוד של אדם"⁵⁹.

שני גורמי אי-הוודאות, הנוגעים לביצועה בעבר של העברה המיוחסת לחשוד או לנאשם ולכוונה לביצועה של עברה עתידית, מגבירים את הסיכוי לשלילת חירותו של חף מפשע⁶⁰ ואף את תחושת העלבון של אשם בשל קלות הפגיעה בחירותו ובחזקת החפות הנתונה לו, הגוברת כאשר אין כוונתו לבצע עברות בעתיד. ואכן, מניינם הכולל של ימי המעצר שבהם נתונים עצורים שלא יורשעו בסופו של דבר בדינם או שלא יידונו

- מקארת" בארצות-הברית ערבות הגבוהה מכפי יכולתם על בסיס של הערכת מסוכנותם: D.B. Verrilli "The Eighth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives" 82 *Columbia L. Rev.* (1982) 328, p. 360
- Ervin "Preventive Detention, A Species of ; 373-371 עמ' (לעיל, הערה 21), 56
Lydford Law" (לעיל, הערה 21), עמ' 115, 126; Kiselbach ; 126, 115 עמ' (לעיל, הערה 21), עמ' 182 ; Allen (לעיל, הערה 21), עמ' 346-345; מובא אצל Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 43-41, 89, המצטרף לביקורת על היעדר נתונים אמינים ומסודרים בנושא, שם, עמ' 43-42, 101, 94-89, 153.
- Paeffgen (לעיל, הערה 22), עמ' 158. 57
- M.J. Eason "Eighth Amendment – Pretrial Detention: What Will Become of the Innocent?" 78 *J. Crim. L. & Criminology* (1988) 1048, p. 1068 58
- דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 3), עמ' 646. וראו גם דברי הנשיא ברק, שם, עמ' 651, המותח ביקורת על שיעור המעצר הגבוה במדינת ישראל ואומר כי "...גם אצלנו, לאחר התיקון התשיעי היתה ירידה ניכרת במספר המעצרים, ולא הוצגה לפני כל סטטיסטיקה שבשל כך חלה עלייה בפשיעה אשר המשוחררים ביצעו". 59
- A.A.S. Zuckerman *The Principles of Criminal* ; 131 עמ' (לעיל, הערה 19), 60
Evidence (U.S., 1989), pp. 129-130, הסבור כי כאשר מחברים את חוסר הביטחון בכך שאדם ביצע עברה בעבר עם חוסר הביטחון שיבצע עברה בעתיד, נותרת הצדקה קלושה ביותר לקיומה של מערכת מניעתית.

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

לעונש מאסר מסתכם, יש להניח, בשנים רבות מאוד⁶¹. למספרם של חשודים ונאשמים שלא הוגש נגדם כתב אישום, שזוכו בדינם, שלא נדונו כלל לעונש מאסר, או שנידונו לעונש מאסר הפחות מתקופת המעצר או החופף לה, יש להוסיף את העצורים אשר לא היו מבצעים כלל עברות בפרק הזמן שעד לסיום ההליכים המשפטיים בעניינם. אין כל אפשרות להעריך את גודלה של קבוצת עצורים זו, שכן אדם לא מסוכן, אשר נשלח למעצר בעקבות הערכה מוטעית של שופט, בהכרח לא יבצע בתקופת מעצרו עברות הניתנות לביצוע מחוץ לכותלי בית המעצר, וכפועל יוצא מכך, לא יוכל להוכיח שניתן היה לשחררו⁶². כל החלטה על מעצר מגשימה, לפיכך, את הנבואה העומדת ביסודה, כך שטעותו של בית המשפט לא תתגלה, לכל הפחות במקרה של הרשעה⁶³. לעומת זאת משוחררים בערובה הנתפסים בביצוע עברות, מעמידים את בית המשפט בגלוי על טעותו⁶⁴. ישנה לכן גם סכנה כי שופט, הרוצה לחסן עצמו מטעויות גלויות, ייטה במצב של התלבטות לבחור באפשרות של שליחת החשוד או הנאשם למעצר, במיוחד לנוכח ראיות חזקות לאשמה⁶⁵.

כנגד טיעונים אלה, יש הסבורים כי ניתן לסמוך על שיקול הדעת של בית המשפט ועל יכולתו להעריך ולצפות באופן סביר את פוטנציאל העבריינות של חשודים ונאשמים⁶⁶. בין היתר, יכול בית המשפט להסתמך על אינדיקציות מובהקות למסוכנות.

61 וראו מחקרו של ק' מן "היקף המעצר עד תום ההליכים בבית המשפט המחוזי בתל אביב" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 517, עמ' 544-546, אשר בחן את היקף המעצרים עד תום ההליכים בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשנים מסוימות. על-פי ממצאי המחקר, 6% מהעצורים זוכו בדינם, 8% לא נדונו לעונש מאסר בכלל ו-3.3% נידונו לעונש מאסר חופפים לתקופת המעצר.

62 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 375; Lupo (לעיל, הערה 30), עמ' 204; מן, (לעיל, הערה 61), עמ' 546.

63 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 375; Gain (לעיל, הערה 30), עמ' 1380-1381; Eason (לעיל, הערה 58), עמ' 1068; Kiselbach (לעיל, הערה 21), עמ' 183; Nagel S.S. "Discretion in the Criminal Justice System: Analyzing, Channeling, Reducing and Controlling It" 31 *Emory L.J.* (1982) 603, pp. 609-610.

64 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 375; Eason (לעיל, הערה 58), עמ' 1068; Nagel (לעיל, הערה 63), עמ' 609-610; Marcella (לעיל, הערה 30), עמ' 1106; Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 385.

65 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 382; Thaller (לעיל, הערה 21), עמ' 458; Allen (לעיל, הערה 21), עמ' 344-345; Eason (לעיל, הערה 58), עמ' 1068; דבריו של חבר הקונגרס Mikwa בדיונים בפני הסנאט (לעיל, הערה 29), עמ' 27, שלפיהם השופט יחוש יותר מזעקתה של דעת הקהל מאשר מזעקות הנאשם ובני משפחתו. Nagel (לעיל, הערה 63), עמ' 609-610. לדעתו חזקת החפות נפגעת במקרה כזה, שכן בניגוד לכלל הרגיל בדבר נפקותו של הספק, ספק מוכרע לרעת החשוד או הנאשם.

66 מובא אצל Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 40-41; Alschuler (לעיל, הערה 16), עמ' 540; T. Grisso & P.S. Appelbaum "Is It Unethical to Offer Predictions of Future Violence?" 16 *L. & Human Behavior* (1992) 621

הגם שחיווי מזג האוויר הוא משימה קשה, אומר Alschuler בהקשר ליכולת לצפות מסוכנות, כמעט כל אחד יכול לעשות זאת, כאשר חשרת עננים מתקדמת לכיוונו⁶⁷. ואכן, יש לזכור כי תפקיד השופט מחייב אותו להעריך מסוכנות עתידית גם בתחומים נוספים של המשפט. כך, למשל, הערכת מסוכנותו של נאשם, שהורשע בדינו, משמשת את השופט בקביעת סוג העונש שיוטל עליו ומידתו⁶⁸; ועדות שחרורים ובתי-משפט צריכים להחליט בשאלת המסוכנות בעת דיון בשחרורו המוקדם ברשיון של אסיר⁶⁹; והשאלה מתעוררת גם לצורך החלטה בדבר אשפוז כפוי של חולה נפש⁷⁰. מובן כי אין לזלזל בקושי האמפירי להעריך את מסוכנות החשוד או הנאשם, וכי אין להסתפק באמרה שלפיה נושא זה נמצא בתחומי ההערכה השיפוטית⁷¹ או באמרות כלליות המדברות על נטייה של אנשים בעלי עבר פלילי לחזור על מעשיהם⁷². אולם העובדה כי הערכת המסוכנות נעשית ביחס לאדם שטרם הורשע בדינו ושטרם נקבע לגביו כי ביצע עברה, אינה צריכה להביא לשלילה גורפת של אפשרות החיווי⁷³. גם כאשר בית-משפט דן בשאלת עונשו של עבריין או בשאלת שחרורו המוקדם של אסיר, הוא מנסה להעריך את סכנת המועדות מצד אותו אדם על סמך פרמטרים נוספים רבים מלבד חומרת העברה

- עתידית אינו אתי בשל חוסר בסיס מדעי מספק); Mitchell (לעיל, הערה 16), עמ' 1240-1242; Howard (לעיל, הערה 16), עמ' 676-677; פרשת Schall (לעיל, הערה 28), עמ' 278-279; פרשת Salerno (לעיל, הערה 17), עמ' 751; פרשת Morales (לעיל, הערה 17), עמ' 741; Corrado (לעיל, הערה 16), עמ' 792-793. לדעתו, היסוד המכריע הוא הערכת המסוכנות בהווה ולא הניבוי לביצועה של עברה עתידית, בדומה לחובה להוריד מהכביש מכונית ללא בלמים, במנותק מהשאלה האם המכונית תסב נזק בפועל. אולם גם בהנחה כי החשוד או הנאשם ביצע את העברה המיוחסת לו, יש בכך כדי להעיד אך ורק על מסוכנותו בעבר (למשל: לפני שחנק את אשתו למוות). אין בכך כדי להעיד על מסוכנותו בהווה לאנשים אחרים.
- 67 לעיל, הערה 16, עמ' 544.
- 68 *Barefoot v. Estelle* 103 S. Ct 3383 (1983) (קבילות הערכה פסיכיאטרית בדבר מסוכנות לצורך גזר-הדין בעברות הנושאות עונש מוות).
- 69 חוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001, סעיף 3.
- 70 חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991, סעיפים 2(6), 7(2)(א), 9.
- 71 וראו לאמרה זו, בכפוף לחובה לקיים הליך הוגן: פרשת Salerno (לעיל, הערה 17), עמ' 751-752; פרשת Schall (לעיל, הערה 28), עמ' 278-279.
- 72 כטענת התומכים בהכללתה של עילת המעצר של מסוכנות בחוק הפרוצדורה הפלילית בגרמניה: Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 35.
- 73 לדעה המייחסת נפקות לעובדת אי ההרשעה לעניין היכולת לחזות מסוכנות ראו: C.P. Ewing "Schall v. Martin: Preventive Detention and Dangerousness through the 'Gain; Looking Glass'" 34 *Buff. L. Rev.* (1985) 173, p. 207 (לעיל, הערה 30), עמ' 1384; Lupo (לעיל, הערה 30), עמ' 200-201; ד' ביין "הערות לתפקיד בית-המשפט לעניין מעצר חשודים בשלב שלפני הגשת כתב האישום" הפרקליט כח (תשל"ב) 191, הסבור כי עברה שהוכחה מהווה יסוד בטוח יותר להערכת מסוכנות עתידית מאשר עברה שטרם הוכחה.

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

שבה הורשע ונסיבות ביצועה. בצומתי דרכים מסוימים, כמו בעת קבלת החלטה על שחרורו המוקדם של אסיר, אין מנוס מהכרעה המבוססת על הערכה בדבר מסוכנותו של אדם. הסכנה של טעות בחיזוי צריכה להנחות את בית-המשפט ליתר זהירות בטרם קבלת החלטה על שלילת חירותו של אדם, אולם בהחלט לא ניתן לשלול קיומם של מקרים שבהם מסוכנותו של אדם תהיה ניכרת, ואין לגרוס כי לעולם בית-משפט אינו מסוגל לחזותה⁷⁴. ניתן עדיין לטעון כי חוסר היכולת להוכיח מעבר לכל ספק סביר את אשמתו של החשוד או הנאשם בעברה המיוחסת לו וכן את שאלת מסוכנותו העתידית פוסל את המעצר בעילת המסוכנות לנוכח העובדה כי מספר החלטות המעצר השגויות יהיה גבוה בהכרח ממספר ההרשעות השגויות. כידוע, בהכרעת-הדין החברה אינה מוכנה ליטול סיכון מודע להרשעתו של חף מפשע חרף המחיר החברתי הכבד הכרוך בעיקרון זה מתוך העדפת הגישה הרואה באדם תכלית בפני עצמה על פני הגישה התועלתנית⁷⁵. לעומת זאת החברה מוכנה לקחת על עצמה בשלב הקודם להכרעת-הדין סיכון מחושב ומודע לשליחת חף מפשע או אדם לא מסוכן למעצר⁷⁶, חרף נזקי המעצר והסטיגמה

74 כלום, תהא אחד הדוברים בפני ועדת המשנה לזכויות אדם בסנאט (לעיל, הערה 29), עמ' 251, יהיה קשה לקבוע את מסוכנותו של אדם לאחר ביצוע שתיים, שלוש ואף שש עברות?

75 Tribe; R. Dworkin *A Matter of Principle* (1985), pp. 82-84 (לעיל, הערה 21), עמ' 386. A. Stein "The Refoundation of Evidence Law" 9 *Canadian J.L. &* 386; 386 *Jurisprudence* (1996) 279, pp. 325-326; R. Kitai "Protecting the Guilty" 6 *Buff. Crim. L. Rev.* (2003) 1163. 'א' שטיין "סעיף 10 לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית המשפט העליון" משפטים כא (תשנ"ב) 325, עמ' 331-332; 'א' שטיין "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10 לפקודת הראיות: רעיונות חדשים עם פנים ישנות" מחקרי משפט י (תשנ"ג) 157, עמ' 164. לדעה אחרת, שלפיה נטל ההוכחה הגבוה בפלילים מבטא שיקולים תועלתניים, ראו: "You Prove It! Why Should I?" L.B. Solum 17 *Harv. J. of L. & Public Policy* (1994) 691, p. 701; Note "Winship on Rough Waters: The Erosion of the Reasonable Doubt Standard" 106 *Harv. L. Rev.* (1993) 1094-1095, pp. 1093, 1094. הסבור כי נטל ההוכחה בפלילים מבטא איזון אינטרסים גרדא בין הפרט לחברה, היכול להשתנות לנוכח צורכי החברה להילחם בעבריינות.

76 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 385-390; Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 388; Schmidt-Leichner (לעיל, הערה 22), עמ' 842; Pernell (לעיל, הערה 21), עמ' 402. השואלים מדוע התפיסה, שלפיה עדיף זיכוי אשם על הרשעת חף מפשע, אינה מיושמת גם בהליכי מעצר; Gain (לעיל, הערה 30), עמ' 1386; Nagel (לעיל, הערה 63), עמ' 632. סבור כי יש להבהיר לשופטים שמעצר מוטעה יכול להיות חמור יותר משחרור מוטעה, גם אם המחיר האישי לשופט יהיה חמור יותר במקרה של טעות גלויה. לדעת A.M. Overbeck "Detention for the Dangerous: The Bail Reform Act of 1984" 55 *U. Cin. L. Rev.* (1986) 153, p. 182, חשוב כי אנשים לא מסוכנים לא ייעצרו, כפי שחשוב שחפים מפשע לא ייעצרו. לדעה אחרת ראו: Corrado (לעיל, הערה 16), עמ' 793-794. לדעתו, האימרה שלפיה עדיף זיכוי עשרה עבריינים על פני הרשעתו של חף מפשע אחד, אינה ישימה בסוגיית המעצר בעילת המסוכנות, ואין לדרוש לצורך שלילת חירותו של אדם בעילת המסוכנות את אותה רמה ראייתית הנדרשת לצורך הרשעה. כאשר בוצעה עברה בעבר,

הנלווית אליו. ניתן להניח שלו היה שיעור ההרשעות המוטעות זהה לשיעור של החלטות המעצר המוטעות, הייתה מערכת המשפט הפלילי קורסת בשל חוסר אמון הציבור בה. מעצר מונע ניתן להצדקה בראייה תועלתנית על-ידי השוואת הנזק הפיזי הנגרם לעצורים לעומת הנזק הפיזי הנחסך מקרבנות פוטנציאליים⁷⁷. עם זאת גם לפי הגישה התועלתנית לא מן הנמנע כי השוואה זו פועלת נגד מעצר מונע. כך, אם מספר העצורים הלא מסוכנים גבוה ממספר העצורים המסוכנים, יש חשש לחשיפתם של חשודים ונאשמים רבים לסכנה של שלילת חירות באמצעות מעצר בשל חטאת המעטים⁷⁸. לפי גישה הרואה את האדם כתכלית בפני עצמה, ניתן לומר כי כליאתו של אדם מאחורי סורג ובריח עקב מסוכנותו מתוך ידיעה כי הערכת המסוכנות מועדת מעצם טבעה לטעויות חזיון קשות, מהווה הקרבה מודעת של הפרט למען אינטרס הכללי⁷⁹. אולם אפשר להגיע למסקנה אחרת גם על-פי גישה זו. כך, ניתן לטעון כי אם יינקטו אמצעי זהירות מרביים, אשר יבטיחו שאדם יישלח למעצר רק לאחר עריכת בירור יסודי וזהיר, ככל שניתן בשלב מקדמי זה של ההליך הפלילי, של שאלת אשמתו לגופו של התיק העיקרי ושל שאלת

הנזק לציבור כבר נגרם, וכעת הנזק הרציני יותר נשקף בשל הרשעת חף מפשע. כאשר מדובר בעברה עתידית, הנזק לציבור טרם נגרם. הטיעון של טעות אפשרית בחזיון אינו יכול להכריע, שכן עדיף למנוע נזק קשה כגון רצח מאשר לשלול את חירותו של אדם ללא הצדקה.

77 כך, סבור Corrado (לעיל, הערה 16), עמ' 803, כי מעצר מונע מגביר באספקלריה תועלתנית את כמות החופש הכללית בעולם בהיותו מונע פגיעה בחירותם של חפים מפשע על-ידי עבריינים.

78 Cohen (לעיל, הערה 30), עמ' 332-333; הסנטור Ervin בדיוני הוועדה לזכויות אדם (לעיל, הערה 29), עמ' 14; D.J. Rabinowitz "Preventive Detention and United States"; 14 v. Edwards: Burdening the Innocent" 32 *Am. U. L. Rev.* (1982) 191, p. 207

79 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 387; Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 388; Rodri'guez (לעיל, הערה 16), עמ' 138-140, הסבור בהקשר לעילת המסוכנות כי השגת מטרה של ענישה בטרם הרשעה פוגעת בכבוד האדם ומביאה להשפלתו בשל תפיסתו כמכשיר לתועלת הכלל. וראו לנקודה זו גם: J.A. Washington "Preventive Detention: Dangerous until Proven Innocent" 38 *Cath. L. Rev.* (1988) 271, p. 294; R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977), p. 13. לדבריו כליאתו של אדם מאחורי סורג ובריח על בסיס של הערכת מועדותו כמי ששייך לקבוצת החשודים והנאשמים, אף אם הערכה כזו מדויקת, שוללת את זכותו להתייחסות שוויונית כאינדיווידואל. לדעת Stein (לעיל, הערה 75), עמ' 293, הצגת עברו הפלילי של נאשם כראיה מפלילה לצורך הרשעתו עושה שימוש באישיותו של אדם כראיה מפלילה, ומביאה להשפלת כבודו כאדם אוטונומי. D.T. Wasserman "The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability" 13 *Cardozo L. Rev.* (1991) 935, p. 953, סבור כי ביסוס התנהגות בהווה או בעתיד על התנהגות בעבר גרדא פוגע באוטונומיית הפרט, אולם אף איסור להיתלות בעבר הפלילי ובעברה המיוחסת לחשוד או לנאשם לצורך לימוד על מסוכנותו העתידית אינו פוסל בהכרח בחינה אינדיווידואלית של מסוכנותו, המתבססת על גורמים הנוגעים ישירות לעניינו, כמו, למשל, עובדת התמכרותו לסמים.

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

מסוכנותו לציבור, אין כאן הקרבה של הפרט. כל עוד עושה החברה ככל שביכולתה כדי לקבל הערכה מבוססת בדבר מסוכנותו של החשוד או הנאשם ולהימנע מטעות חיזוי, הכרה במעצר בעילת המסוכנות אינה מבטאת החלטה חברתית להטיל על חשוד או על נאשם סיכון קונקרטי מודע של מעצר לא מוצדק. במצב דברים זה, החשש מהחלטות שגויות אינו מהווה כשלעצמו עילה לפסילת מעצר על בסיס מסוכנות⁸⁰.

יצוין כי טעמי הביקורת בדבר גורם אי-הוודאות והחשש לשרירותיות, שהוצגו בתת פרק זה כנגד עילת המסוכנות, תקפים במידה רבה גם כנגד עילת המעצר של שיבוש הליכי חקירה ומשפט. ניתן, לפיכך, לתקוף גם את חוקתיותו של מעצר בעילה זו לנוכח האלמנט הספקולטיבי הרב הכרוך בו ביחס להערכת החשש לשיבוש הליכים עתידי. אולם כפי שיובהר בהמשך, קיים הבדל בין שתי עילות מעצר אלו, במיוחד בנוגע לאפשרות ליישב בינן לבין חזקת החפות הנורמטיבית הנתונה לפרט כל עוד לא הורשע בדינו.

2. ענישה בטרם משפט

טענה נוספת הנטענת כנגד חוקתיות המעצר בעילת המסוכנות רואה בו משום ענישה מוקדמת אסורה על בסיס ראיות מפלילות שאינן מבססות את אשמתו של הכלוא מעבר לכל ספק סביר⁸¹.

כנגד טענה זו ניתן לגרוס, כפי שקבע בית-המשפט העליון האמריקני בפשטות בפרשת *Salerno*, כי מעצר אינו מוטל כעונש⁸². תכלית המעצר היא מניעתית ומסדירה ונועדה לשם שמירה על שלום הציבור ולא לשם הקדמת עונשו של החשוד או הנאשם.

80 פרשת *Morales* (לעיל, הערה 17), עמ' 738, אשר לפיה החוקה אינה מצווה על חיזוי מדויק של מסוכנות עתידית. דומה כי גם *Packer* (לעיל, הערה 43), עמ' 217-218, מוכן להכשיר מעצר בעילה זו על-פי מודל ה-Due Process אם ייקבעו אמות מידה להגדרת מסוכנות ויסופקו ערבויות מינימליות של הליך הוגן. לדעת *Corrado* (לעיל, הערה 16), עמ' 802, אי-יכולת ניבוי טובה אינה יכולה להוות כשלעצמה נימוק מודע אין לעצור אדם, אשר נשקפת ממנו בוודאות גבוהה ביותר סכנה לביצוע עברה מסוכנת בעתיד.

81 *Anagnostopoulos* (לעיל, הערה 15), עמ' 49-50; *Klug* (לעיל, הערה 21), עמ' 2; *Zundel* (לעיל, הערה 21), עמ' 17; *Seebode* (לעיל, הערה 21), עמ' 25; *Tribe* (לעיל, הערה 21), עמ' 380-379; *Overbeck* (לעיל, הערה 76), עמ' 157, 178, 186; *L.A. Weiss*; "Fourteenth Amendment – Due Process and the Preventive Detention of Juveniles" *J. Crim. L. & Criminology* (1984) 855, pp. 871-872; *O'Callaghan* (לעיל, הערה 32), עמ' 509.

82 וראו בהקשר זה בעיקר קביעת בית-המשפט בפרשת *Salerno* (לעיל, הערה 17), עמ' 746-748. בית-המשפט קבע כי מאפייני המעצר, כמו קביעה של תקרת זמן מקסימלית למעצר וכן ההוראה בדבר החזקה בנפרד של עצורים ואסירים, מעידים על אופיו המסדיר. ראו לנקודה זו גם: פרשת *Bell* (לעיל, הערה 28), עמ' 537; פרשת *Schall* (לעיל, הערה 28), עמ' 269-274.

כוונת המחוקק מעידה מפורשות על היעדר רצון להטיל מעצר כעונש אלא להשתמש בו כאמצעי להגנה על שלום הציבור וביטחונו. ואכן, כליאת אנשים למטרות שונות ומגוונות, שאינן עונשיות במהותן, שלא כתוצאה של הרשעה במשפט פלילי, אינה ייחודית לחשודים ולנאשמים מסוכנים בלבד⁸³. כך, ניתן לאשפז בכפייה חולה נפש, אף אם אין טענה כי ביצע עברה פלילית בעבר, בשל סכנה לציבור או בשל חוסר יכולתו לדאוג לצרכיו הבסיסיים⁸⁴; זרים, השוהים באופן בלתי חוקי במדינה, נכלאים לצורך גירושם⁸⁵; חשודים ונאשמים נכלאים גם כדי להבטיח את התייצבותם לחקירה ולמשפטם⁸⁶; ניתן לכלוא אדם כדי למנוע הפצת מחלה מדבקת, המסוכנת לציבור⁸⁷. אין לראות לכן את המעצר בעילת המסוכנות כשקול לענישה אסורה רק מעצם כליאתם של חשודים ונאשמים מאחורי סורג ובריח.

כמו כן, ישנן הוראות, המקובלות במדינות רבות, המעידות, לכאורה, על אופיו של מוסד המעצר כאמצעי זמני עד לתום המשפט ועל היעדר כוונה להשתמש בו לשם ענישה⁸⁸. כך, למשל, קיימת חובה לשחרר חשודים ונאשמים ממעצר בחלוף תקופת זמן מסוימת, שאינה חופפת לעונש המאסר המקסימלי האפשרי⁸⁹, לצד האפשרות לבחון מחדש את החלטת המעצר לנוכח שינוי נסיבות⁹⁰.

חרף זאת ההבחנה בין כליאה "מסדירה" (regulatory) לכליאה "עונשית" הותקפה בחריפות. השופט Marshall בפסק-הדין בפרשת *Salerno* ראה בה "אבסורד" ו"תרגיל בערפול"⁹¹. סווג כל אמצעי, הנחזה להיות עונשי, כ"מסדיר" – הציע באירוניה –

- 83 Mitchell (לעיל, הערה 16), עמ' 1233-1234; פרשת *Salerno* (לעיל, הערה 17), עמ' 748-749.
- 84 ראו, למשל, סעיפים 6, 7, 9 לחוק לטיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991. יש שהתנגדו להשוואה בין הסמכות לכלוא חולי נפש בשל סכנה עתידית לפגיעה בחברה מצדם לסמכות לכלוא אנשים שפויים בעילה זו, שכן ההנחה לגבי חולי נפש היא כי אינם מסוגלים לשלוט על התנהגותם ולכוונה בהתאם לאלמנט ההרתעה: Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 379-380; Arthur (לעיל, הערה 30), עמ' 400; *United States v. Salerno: Destruction of "the Presumption of Innocence?"* 32 *Saint Louis U. L.J.* (1987) 573, p. 589.
- 85 ראו לעניין זה סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, תשי"א-1951.
- 86 פרשת *Salerno* (לעיל, הערה 17), עמ' 749.
- 87 וראו: פקודת בריאות העם, 1940, סעיפים 11, 15, 20; *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).
- 88 לניתוח מאפיינים אלה ראו Raifeartaigh (לעיל, הערה 31), עמ' 17-18.
- 89 וראו: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, סעיפים 59-62; בש"פ 3360/94 מדינת ישראל נ' אלון, פ"ד מח(3) 518, עמ' 523: האיזון שיש לערוך בין האינטרסים השונים משתנה לאחר פרק זמן מסוים, באופן שיש להורות על המשך מעצר, רק אם מתקיימים נימוקים כבדי משקל כנגד השחרור.
- 90 וראו: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, סעיף 52.
- 91 פרשת *Salerno* (לעיל, הערה 17), עמ' 760.

עלי משפט ד תשס"ה האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור וכבמטה קסם הטלתו תהפוך חוקתית⁹². כותבים אחרים כינו הבחנה זו מלאכותית⁹³, תרגיל בסמנטיקה⁹⁴, פיקציה משפטית⁹⁵ ופלפול מטעה⁹⁶. ואכן, כותבים רבים סברו כי הגדרת מעצרים של חשודים ונאשמים מסוכנים כ"מסדירה" אינה מכרעת לעניין בחינת חוקתיותו של המעצר, והתנגדו לחשיבות המוענקת לכוונת המחוקק במקום לתוצאות המעצר ולמאפייניו העונשיים⁹⁷. לטענתם, שלילת חירות מאחורי סורג ובריח נושאת, הלכה למעשה, אפקט של ענישה⁹⁸. נדרשת דקות הבחנה רבה למדי כדי להבדיל בין מעצר למאסר. עצורים ושפוטים נפגעים משלילת חירותם באותה מידה⁹⁹. הם כלואים בתנאים פיזיים דומים, לעתים קרובות אף באותו מתקן כליאה. לא ניתן להתעלם מהשפעתם של תנאי המעצר על אופיו העונשי. העצורים, כמו גם רובה של הסביבה בחוץ, תופסים את המעצר כעונש¹⁰⁰. הסברים שלפיהם אין מקום להתייחס למעצר כעונש, ייתקלו, מן הסתם, בגיחוך מצדו של עצור בתא המעצר¹⁰¹. גם אדם מבחון, שחזה בתנאי המעצר, לא יתרשם מכוונת המחוקק שלא להטיל מעצר כעונש¹⁰². אף אם ניתן (וצריך!) לנטרל את סממניו העונשיים של המעצר באמצעות שיפור תנאיו, עדיין ניתן לטעון כי עצם שלילת החירות היא המכרעת

- ש.ם. 92
Rabinowitz (לעיל, הערה 78), עמ' 202, ביחס לפסק-הדין בפרשת *Edwards* (לעיל, הערה 93
.28).
Lupo (לעיל, הערה 30), עמ' 205. 94
Lord Windlesham "Punishment and Prevention: The Inappropriate Prisoners" *Crim.* 95
L. Rev. (1988) 140, p. 146
Bernstein (לעיל, הערה 21), עמ' 90. 96
Ervin "Preventive Detention: An Ampirical Analysis" (לעיל, הערה 21), עמ' 336, 97
Allen ; 627 Pernell (לעיל, הערה 21), עמ' 403 ; Styers (לעיל, הערה 21), עמ' 627 ;
(לעיל, הערה 21), עמ' 332, 340 ; Arthur (לעיל, הערה 30), עמ' 391-403 ; Eason (לעיל,
הערה 58), עמ' 1061-1064 ; Lupo (לעיל, הערה 30), עמ' 206-214 ; Herman (לעיל,
הערה 40) ; לדעת Gain (לעיל, הערה 30), עמ' 1382, טענה שלפיה כלוא אחד נענש בעוד
T. Saito "Pre-trial Detention in Japan" in: כך, אומר *Preventive Detention* (S. Frankowski & D. Shelton – eds., 1992), p. 201
כי הגם שמעצר אינו מהווה עונש, הוא שקול לו במונחים של סבל. Frankowski & Leupke (לעיל,
הערה 28) סבורים כי לנוכח מאפייני המעצר, הגדרתו כלא עונשי מוטלת בספק (שם, עמ'
87) וכי טבעו של המעצר נותר עונשי למרות כוונת המחוקק (שם, עמ' 104).
Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 357. 98
Gain (לעיל, הערה 30), עמ' 1382 ; Lord Windlesham (לעיל, הערה 95), עמ' 146. 99
Thaller (לעיל, הערה 21), עמ' 451 ; B.C. Feld "Criminalizing Juvenile Justice: Rules
.of Procedure for the Juvenile Court" 69 *Minn. L. Rev.* (1984) 141, p. 191 100
Bernstein (לעיל, הערה 21), עמ' 91. 101
Lord Windlesham (לעיל, הערה 95), עמ' 145. 102

לצורך בחינתו של יסוד הענישה¹⁰³. עצם שלילת החירות יוצרת מציאות עונשית. היא מביאה, הלכה למעשה, לתחילת ריצוי העונש, אשר ייתכן ויוטל בסיומו של ההליך הפלילי.

יתרה מכך; ההבחנה, כביכול, בין מניעה והגנה, מצד אחד, לבין עונש, מצד אחר, משמשת דווקא ראייה לאופיו העונשי של המעצר לנוכח היותה של המניעה אחת ממטרותיה המסורתיות של הענישה הפלילית¹⁰⁴. באופן זה, נוצרת קירבה וזהות בין מטרות המעצר למטרות המאסר¹⁰⁵. מעצר בעילת המסוכנות מביא אפוא להגשמת הדין המהותי בטרם הרשעתו של אדם¹⁰⁶. על-ידי כך מטשטש קו ההפרדה בין מטרת ההליך הפלילי למטרת הענישה. חזקת החפות הנתונה לפרט נפגעת אף היא כאשר מוגשמת מטרה עונשית לפני מתן פסק-דין מרשיע¹⁰⁷.

אופיו העונשי של המעצר נתמך בטיעונים נוספים. כך, הוזכרה קיומה של חפיפה במקרים רבים בין אורך תקופת המעצר לאורך תקופת המאסר, אשר אינה מותירה מקום לספק כי תקופת המעצר היא שהכתיבה את העונש¹⁰⁸, וכן השפעת המעצר באופן כללי על הכרעת-הדין ועל גזר-הדין כאחד¹⁰⁹. כמו כן נטען כי החשיבה המנחה את בית-המשפט בעת החלטת המעצר היא זו של הקדמת העונש, כאשר הלכה למעשה, בית-המשפט יוצא מתוך הנחה כי החשוד או הנאשם צפוי ממילא לעונש מאסר לאחר הרשעתו, אשר ממנו יהיה ניתן לקזז את תקופת מעצרו¹¹⁰. לאור מכלול תוצאות אלו תהיה זו היתממות לטעון כי מעצר אינו מהווה עונש.

- 103 וראו מתן דגש לאלמנט זה: Arthur (לעיל, הערה 30), עמ' 391-392; Weiss (לעיל, הערה 81), עמ' 871; Bernstein (לעיל, הערה 21), עמ' 91; וראו גם השופט דורנר בדנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 3), עמ' 645. לדבריה, "בכך שברטוריקה המקובלת בפסיקה מודגש כי המעצר אינו מיועד להעניש את הנאשם ואף אין הוא בגדר מקדמה לעונש, אין כדי לשנות מן המציאות ולגרוע מן החומרה של המעצר ומפגיעתו בנאשם".
- 104 Frister (לעיל, הערה 41), עמ' 93; Hassemer (לעיל, הערה 21), עמ' 40; Wolter (לעיל, הערה 21), עמ' 485; מובא אצל Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 37-40; Allen (לעיל, הערה 21), עמ' 344; Gain (לעיל, הערה 30), עמ' 1383; Arthur (לעיל, הערה 30), עמ' 392; Jett (לעיל, הערה 21); Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 368; פרשת Melendez-Carrion (לעיל, הערה 38), עמ' 999.
- 105 Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 115-118.
- 106 Frister (לעיל, הערה 41), עמ' 93, 101; Paeffgen (לעיל, הערה 22), עמ' 15-16, עומד על הבעייתיות הכרוכה בהגשמת הדין המהותי בטרם הרשעתו של אדם.
- 107 Paeffgen (לעיל, הערה 22), עמ' 144, 149-148; Rodri'guez (לעיל, הערה 16), עמ' 141-140; Jehle (לעיל, הערה 27), עמ' 11; Hassemer (לעיל, הערה 21), עמ' 40; Wolter (לעיל, הערה 21), עמ' 453, 469, 485.
- 108 וראו לעניין זה מחקרו של מן (לעיל, הערה 61).
- 109 לעניין זה ראו קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פרויטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג (תשס"ד) 405, עמ' 446-448.
- 110 Paeffgen (לעיל, הערה 22), עמ' 56-58, הסבור כי הקדמת העונש משמשת תנאי מחשבתי להפעלתה של סמכות המעצר. על עצם אפשרות הניכוי של תקופת המעצר כראיה לאופיו

אולם אלה הסוברים כי מאפייניו העונשיים של מוסד המעצר בעילת המסוכנות מחייבים להתייחס אליו כעונש ולפסול אותו משום כך צריכים להסביר אם ומדוע קיים הבדל בהקשר זה בין עילת המעצר של שיבוש הליכי חקירה ומשפט, המקובלת על רובם המכריע, לבין עילת המעצר של מסוכנות. ככלות הכל, תוצאות המעצר והשלכותיו, כמו גם העובדה כי מעצר מביא לשלילת חירותו של אדם שטרם הורשע בדינו, זהות לגבי כלל העצורים גם בעילות מעצר אחרות. ראיית המעצר כעונש מחייבת, לפיכך, פסילה של מוסד המעצר בכללותו¹¹¹. קשה מאוד למצוא מצדדים בתוצאה כזו. מיעוט הטיעונים בדבר אופיו העונשי של מעצר בעילה של שיבוש הליכי חקירה ומשפט נותן יסוד למסקנה כי אין לשלול את טעם ההבחנה בין כליאה "עונשית" לכליאה "מסדירה", וכי יש לייחס משמעות גם לכוונה העומדת ביסוד הפגיעה בזכות. במדינה דמוקרטית אין להשלים עם פגיעה שרירותית בזכויות הפרט, אלא יש לבחון על-פי אמות מידה חוקתיות אם ניתן להצדיקה. בחינה זו מצריכה לעמוד גם על תכלית הפגיעה בזכות. העובדה כי מעצר מוטל במהלכו של ההליך הפלילי ונושא תוצאות דומות לאלו של מאסר אינה צריכה כשלעצמה למנוע התחקות אחר תכליתו. סיווגו של מעצר כעונש רק על בסיס בחינת התוצאה הוא כולל מדי ומכיל מצבים לא עונשיים מובהקים¹¹², כגון מעצר למניעת הפצתה של מחלה מדבקת. אכן, הדמיון בין תוצאות המעצר לתוצאות המאסר לאחר הרשעה צריך וחיוב להיות מובא בחשבון בעת בחינתם של האינטרסים המתנגשים ושקילתם. עם זאת הוא אינו יכול להביא כשלעצמו לתפיסתו של מעצר בעילת המסוכנות כעונש וכפסול משום כך בלבד. בחינת השאלה אם מעצר מהווה עונש צריכה להתחשב גם בכוונה העומדת ביסודו.

עם זאת לא מן הנמנע כי במציאות של תנאי מעצר בלתי אנושיים או של תנאי מעצר זהים לתנאי מאסר של מורשעים, מבחן התוצאה יכול וצריך לגבור על מבחן הכוונה,

העונשי של המעצר ראו: Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 369. על ניכוי תקופת המעצר מעונש המאסר ראו דעת הרוב בע"פ 13/53 ביטון נ' היועץ המשפטי, פ"ד 463, שלפיה גזר-הדין צריך להתייחס מפורשות לשאלת ניכוייה או אי ניכוייה של תקופת המעצר מהעונש הכולל לעומת דעת המיעוט של השופט אולשן (שם, עמ' 464), אשר סבר כי בית-המשפט אינו מחויב להפחית את תקופת המעצר, כיוון שמעצר אינו מוטל כעונש, ועצורים זוכים להקלות בתנאייהם לעומת אסירים. עוד על ניכוי תקופת המעצר מתקופת המאסר ראו: ע"פ 115/55 טיב נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 1036; ע"פ 53/55 שם-טוב נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 1093, עמ' 1093-1094. נראה לי כי ניכוי תקופת המעצר מהעונש הכולל מתחייב מטעמים של הגינות כלפי הפרט, ואין בו כשלעצמו כדי להעיד על האופי העונשי של המעצר.

111 Gnam (לעיל, הערה 15), עמ' 248, 251-250; Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 352.

112 Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 367.

ולהכריע לכיוון אפיונו של מוסד המעצר כעונשי¹¹³. אולם בנסיבות אלו, שבהן התעלמות מודעת מהתוצאה תיתפס כשקולה לכוונה לגרום לה, יהיה מקום לפסול את מוסד המעצר בכללותו בלא להבחין בין עילות המעצר השונות. כאמור, הטיעונים המועלים לתמיכה באפיונו של המעצר בעילת המסוכנות כעונשי תקפים גם לגבי מעצר בעילה של שיבוש הליכי חקירה ומשפט. הטיעון היחידי בהקשר זה המפריד ביניהם הוא מטרתו של המעצר בעילת המסוכנות למנוע ביצוען של עברות עתידיות, החופפת לאחת ממטרותיה של הענישה הפלילית. כפי שיובהר בהמשך, השגת מטרה זו באמצעות מעצר פוגעת אכן בסטטוס של חשודים ונאשמים כחפים מפשע¹¹⁴.

3. היעדר קשר בין סטטוס של חשוד או נאשם לבין מסוכנות עתידית

מעצר בעילה של שיבוש הליכי חקירה ומשפט נועד למנוע סכנה מוגבלת בזמן, הקשורה באופן ישיר להליך הפלילי המתנהל כנגד החשוד או הנאשם. החשש לשיבוש של הליכי חקירה ומשפט מתייחס מעצם טבעו לעברה פלילית קונקרטי. גם עילת המסוכנות המופנית כלפי חשודים ונאשמים מחייבת באופן פורמלי קשר להליך התלוי ועומד כנגדם¹¹⁵. אולם בניגוד לעילה של שיבוש הליכים, הערכה של סכנה עתידית לביצוע עברות נוספות אינה קשורה דווקא לסטטוס של אדם כחשוד או כנאשם ולקיומו של הליך פלילי בעניינו¹¹⁶. שני אלמנטים אלה אינם מותנים כלל אחד בשני¹¹⁷. כך, ניתן

113 Einesman (לעיל, הערה 30). הנ"ל מביע את הרעיון כי לאחר חלוף זמן מסוים מעצר, המוטל כאמצעי מסדיר, משנה את פניו והופך לעונשי. תנאי מעצר קשים שאינם משרתים מטרה לגיטימית וכן מעצר לתקופה מוגזמת בנסיבות העניין שקולים לענישה: *Anela v. City of Wildwood* 790 F. 2d 1063, p. 1069 (3rd Cir. 1986). באותו מקרה פסק בית-המשפט כי מעצר של נערות צעירות בשל שמיעת רדיו בעוצמה גבוהה מהמותר למשך 12 שעות, כולל בשעות הלילה, בלא לספק להן מזון, שתייה או אמצעי שינה, מהווה ענישה אסורה. לא מן הנמנע כי תנאי המעצר השוררים, הלכה למעשה, במדינות רבות, כולל אצלנו, צריכים, אכן, להיתפס כעונשיים.

114 להלן, הערות 138-144, והטקסט הנלווה אליהן.

115 M. Schubarth *Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders* (לעיל, הערה 15), עמ' 108. *Gnam; bei Untersuchungshaft* (Switzerland, 1973), p. 108.

116 פרשת אס-סעיד (לעיל, הערה 42), עמ' 1080; *Tribe* (לעיל, הערה 21), עמ' 405; *Paeffgen* (לעיל, הערה 22), עמ' 115, סבור כי מאחר שרצידיביזם אינו מהווה תופעת לוואי של עברה קודמת, טענת המסוכנות נסמכת במובהק על מעמדו של אדם כחשוד או כנאשם. השופט Stevens בפרשת *Salerno* (לעיל, הערה 17), עמ' 768; ביין (לעיל, הערה 73), עמ' 191; וראו הצגת השאלה בבש"פ גנימאת (לעיל, הערה 4), עמ' 405-406. לא ברור גם אם הסכנה לשלום הציבור, הנשקפת מהחשוד או מהנאשם, צריכה להיות קשורה לעברה המיוחסת לו. וראו על חשיבות הקשר בין אופי העברה נושא כתב האישום לחשש העתידי: *Adair* (לעיל, הערה 28), עמ' 78, העומד על הסכנה שבמעצר נאשמים בגין עברה קלת ערך בשל סכנה לא מוגדרת; *Schubert* (לעיל, הערה 19), עמ' 204-212; כך, ישנן מדינות, המגבילות את הסיכון של ביצוע עברות נוספות רק לעברות הדומות במהותן לאלו

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

להביא כדוגמה אסיר, המשתחרר מהכלא בתום ריצוי עונשו, כאשר בתקופת מאסרו המשיך לצרוך סמים ולא השתלב בכל תעסוקה קבועה. במגבלות היכולת לחזות את העתיד ניתן להעריך שקיימת סבירות גבוהה שאותו אסיר ישוב לבצע עברות לאחר שחרורו מהכלא. באופן רגיל לא ניתן לעכב את שחרורו של האסיר באמצעות מעצר כדי למנוע ביצוע עברות נוספות מצדו¹¹⁸. בדומה, עשויות להצטבר לגביו של אדם ראיות בלתי קבילות רבות ממקורות אמינים, שאינם ניתנים לחשיפה, המעידות על עיסוקן בפעילות עבריינית מסוכנת. גם אדם כזה לא ניתן לכלוא במצב רגיל ב"מעצר מונע" למרות ההערכה בדבר מסוכנותו לציבור. לנוכח זאת ניתן לטעון כי היעדר סמכות כללית לעצור אנשים בעלי נטיות פליליות בטרם יבצעו את מעשיהם וחשיפתם של חשודים ונאשמים בלבד לסיכון של מעצר מונע פוגע בעקרון השוויון ביניהם לבין אנשים מסוכנים אחרים מקרב כלל האוכלוסייה. ניהול חקירה פלילית או הגשת כתב אישום כנגד אדם אינם מהווים אלמנט המפריד בין מסוכנים לשאינם מסוכנים, ולכן צריך לחול דין שווה לכולם: יש להקנות סמכות לעצור כל אדם על בסיס מסוכנותו העתידית או לאסור לחלוטין על מעצר כזה בטרם הרשעה¹¹⁹. כאשר עצם הסטטוס של "חשוד" או "נאשם" הוא שמאפשר כליאה ב"מעצר מונע", מובלעת מעין הנחה שהמעצר ממילא מהווה "מקדמה" כלשהי על חשבון העונש הצפוי. הנחה זו פוגעת בחזקת החפות הנתונה לחשודים ולנאשמים¹²⁰.

- A. Nelson "Pre-trial Detention in Sweden" כגון שבדיה (in: *Preventive Detention* (S. Frankowski & D. Shelton – eds., 1992), p. 125 וגרמניה (in: *Preventive Detention* (S. Frankowski & D. Shelton – eds., 1992), p. 125) (Schubert; *BVerfGE* 19, 343, pp. 350-351 (1965)) (עמ' 47).
- 117 Schubert, שם, עמ' 131; *R. v. Samuelson* (1953) 109 C.C.C. 253, p. 256 (Nfld. S.C.); (להלן – פרשת Samuelson).
- 118 דוגמת האסיר המשוחרר מובאת אצל Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 43-44; Krümpelmann (לעיל, הערה 15), עמ' 1096; Packer (לעיל, הערה 43), עמ' 217; Raifeartaigh (לעיל, הערה 31), עמ' 5; Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 406; Lewis (לעיל, הערה 84), עמ' 589; Arthur (לעיל, הערה 30), עמ' 403; פרשת Salerno (פסק-הדין של המחוז השני) (לעיל, הערה 34), עמ' 72-73; פרשת Melendez-Carrion (לעיל, הערה 38), עמ' 1001; פרשת Samuelson (לעיל, הערה 117); בש"פ גנימאת (לעיל, הערה 4), עמ' 405-406. "הכול מסכימים, כי אם הנאשם יוצא זכאי בדינו, אין כל אפשרות להמשיך ולהחזיקו במעצר המניעתית. אך חזקת החפות עמדה לזכותו גם בטרם זיכוי" (שם, עמ' 406).
- 119 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 395, 405; Allen (לעיל, הערה 21), עמ' 349, סבור כי חזקת החפות בהקשר זה צריכה להיות ישימה כלפי כולם או כלפי אף אחד, וכי אין מקום לכל דרך ביניים. Kiselbach (לעיל, הערה 21), עמ' 178; עמדת בית-המשפט העליון באירלנד: פרשת Ryan (לעיל, הערה 32), עמ' 407; כנגד זאת ניתן לטעון כי קל במיוחד למנוע עברות מצד חשודים ונאשמים, שכבר נלכדו ברשתן של רשויות אכיפת החוק.
- 120 השופט Stevens בפרשת Salerno (לעיל, הערה 17), עמ' 769.

ואכן, השופט Stevens, אחד משופטי המיעוט בפסק-הדין בפרשת *Salerno*, סבר כי אין כל סיבה הגיונית לחשוף דווקא קבוצה מסוימת של אנשים לסיכון של "מעצר מונע" רק בשל עצם הגשת כתב אישום נגדם. לדעת השופט Stevens, סכנה מידית לביטחון הציבור עשויה להצדיק במצב חירום מעצר אדם לצורך מניעתה, עד להסרתה. אולם בנסיבות אלו ניתן, לדבריו, להטיל מעצר בלי קשר לשאלה אם מדובר בחשוד, בנאשם או בכל אדם מסוכן אחר, ואין צורך לקבוע עילת מעצר רחבה המכוונת כלפי חשודים ונאשמים בלבד¹²¹.

סמכות מעצר כללית של אנשים מסוכנים אכן מוכרת במסגרת של מעצר מינהלי. סמכות זו קיימת במדינות רבות, ובכללן אף אצלנו¹²².

מעצר מינהלי אינו מתבסס על הסטטוס של אדם כחשוד או כנאשם. תפקידו הקלאסי הוא למנוע פגיעה בביטחון המדינה במצב חירום¹²³. על-פי התפיסה המקובלת, בעתות חירום, הכלים הרגילים במסגרת ההליך הפלילי אינם יכולים לתת מענה לצורך להבטיח את ביטחון הציבור. לא תמיד ניתן להעמיד אדם לדין בבית-משפט בשל חוסר יכולת להוכיח את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. חוסר יכולת זה נעוץ בטעמים שונים, כגון חוסר זמן, אשר אינו מאפשר לספק לאדם את הערובות הפרוצדורליות הנוהגות במשפט פלילי, קשיים באיסוף הראיות, חוסר יכולת להציגן בשל טעמי ביטחון, רצון להגן על עדים או על מקורות מודיעיניים או מטעמים של חוסר קבילות¹²⁴. במצבי חירום ייתכן

121 פרשת *Salerno*, שם, עמ' 768. וראו ברוח זו גם את עמדת בית-המשפט העליון באירלנד: פרשת *O'Callaghan* (לעיל, הערה 32), עמ' 508; פרשת *Ryan* (לעיל, הערה 32), עמ' 408-407.

122 A. Harding & J. Hatchard *Preventive Detention and Security Law* (1993), p. 3; *Lawless v. Ireland* (1961) 1 E.H.R.R. 15, p. 33; *The Republic of Ireland v. The United Kingdom* 2 E.H.R.R. 25, pp. 95-97. אצלנו: חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979. בית-המשפט העליון לא הטיל ספק בחוקתיותו ובחיוניותו של אמצעי זה: עמ"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 329 (להלן – פרשת בן חורין).

123 Harding & Hatchard (לעיל, הערה 122), עמ' 4; Greer; אצל Harding & Hatchard, שם, עמ' 36; *The King v. Superintendent of Vine Street Police Station, Ex parte Liebmann*; 1 K.B. 268, pp. 275-276: "I think it is right, therefore, to add that, deeply impressed as I am with the sanctity of the liberty of the subject, I cannot forget that above the liberty of the subject is the safety of the realm..."

124 Harding & Hatchard (לעיל, הערה 122), עמ' 6; א' נון "מעצר מנהלי בישראל" פלילים ג (תשנ"ג), 168, עמ' 170; טיעוניה של ממשלת בריטניה בפרשת *The Republic of Ireland v. The United Kingdom* (1978) 2 E.H.R.R. 25, p. 37. בדבר הקשיים להעמיד לדין את חברי המחתרת הצבאית בצפון אירלנד בשל החשש של עדים להעיד נגדם, בשל יכולתם הרבה להסתתר על-ידי חציית הגבול לאירלנד או מציאת מסתור בקרב אזורים המאוכלסים בתושבים תומכים, אשר הצבא הבריטי מתקשה לנוע בו בחופשיות. כמו כן ראו אפשרות לנקוט בדרך של מעצר מינהלי עקב אי-קבילות הראיות: עמ"מ 4/96 גינצבורג נ' שר

עלי משפט ד תשס"ה האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור כי אין שהות ויכולת ליטול את הסיכון להניח לנפשו אדם, העלול לפגוע באינטרסים ביטחוניים של המדינה, עד לבירור מלא של אשמתו. יתרה מכך, אפילו הוכחת אשמתו של אדם וענישתו כדין אינן מסייעות בהכרח למנוע סכנה, הנשקפת ממנו בעתיד, ולייתר את הצורך במעצר מינהלי. בעיקרם של דברים, מעצר בעילת המסוכנות צופה פני סכנה עתידית יותר מאשר נתלה בעברה שבוצעה בעבר.

מעצר מינהלי יכול לקבל הכשר חוקתי במדינה דמוקרטית רק במצב חירום¹²⁵. עם זאת בחלק מהמדינות המעצר המינהלי הפך לתופעת קבע¹²⁶. מכוחו נכלאים מאות אנשים ללא משפט במשך שנים עקב חשש לסיכון שלום הציבור או ביטחוננו. קיים חשש כי הכלי של מעצר מינהלי יועדף על פני ניהול הליך פלילי רגיל, המעניק ערובות פרוצדורליות נאותות לפרט, חרף האיסור הנורמטיבי להשתמש בו כאמצעי לעקיפת ההליך הפלילי¹²⁷.

כמו כן, בארצות הברית ובמדינות נוספות מוכרת סמכות לכלוא עבריינים שהורשעו בביצוע עבירת מין בכליאה אזרחית לאחר תום ריצוי עונשם, אם קיימת לגביהם הערכה של מסוכנות¹²⁸. כליאה כזו, מטבעה, אינה מתוחמת בזמן. מטרתה היא למנוע ביצוע עברה עתידית מצד אדם שהורשע בעבר, ואשר סובל מהפרעה נפשית, המונעת ממנו לבלום כראוי את דחפיו המיניים, הגם שאיננה מגיעה לכלל מחלת נפש, הפוטרת מאחריות פלילית.

אם כן, ניתן להעניק לגוף מינהלי או שיפוטי סמכות לעצור כל אדם שנחשב כמסוכן לציבור במעצר מונע, במנותק ממעמדו כחשוד או כנאשם. אולם דומה כי טעמים של

הביטחון וראש הממשלה, פ"ד (3) 221, עמ' 223; סמכות לחסות את חומר הראיות בשל רגישות הנושא, המידע ומקורותיו: פרשת בן חורין (לעיל, הערה 122), עמ' 334-335. S. Stavros "The right to a fair trial in emergency situations" 41 *Int'l & Com. L.Q.* 125 343, 364-365 (1992).

126 E. Brandet *An Introduction to Constitutional Law* (1998) pp. 170-171. עומד על הסכנה להמשך תוקפם של חוקי החירום גם עם חלוף מצב החירום. Greer, אצל Harding & Hatchard (לעיל, הערה 122), עמ' 27, מצייין כי בכל המדינות שנסקרו בספר, פרט לטרינידד וטובגו, החזקת עצורים במעצר מינהלי אינה מותנית בהכרזה על מצב חירום במדינה. לפי דעת הרוב בבית-המשפט העליון האמריקני בפרשת *Ludecke v. Watkins* 335 U.S. 160 (1948), סמכויות הניתנות במצב של מלחמה ניתנות למימוש גם על סמך הכרזה על מצב של מלחמה בהיעדר מלחמה בפועל ואף בהיעדר חשש ממשי לפרוץ מלחמה. במדינת ישראל מצב החירום שהוכרז עם הקמתה של המדינה לא בוטל עד כה במשך כל שנות קיומה של המדינה.

127 על איסור זה ראו: עמ"מ 1/88 אגבריה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 840. 128 D.L. Morris "Constitutional Implications of the Involuntary Commitment of Sexually Violent Predators – A Due Process Analysis" 82 *Cornell L. Rev.* (1997) 594 לעניין סמכות זה בניו-יורק: *New Zealand L.J.* (1988) 287; באוסטרליה: R. Tomasic "Preventive Detention and the High Court" 55 *Australian L.J.* (1981) 259.

הוגנות וסבירות כלפי הפרט וכן תפיסות חברתיות לגבי תפקידן של החקירה, הכרעת-הדין והענישה הפלילית, מחייבים להגביל את סמכות המעצר בעילת המסוכנות לחשודים ולנאשמים, הגם שבאופן ממשי הערכה של מידת הסכנה לציבור הנשקפת מאדם, שאינו במעמד של חשוד או נאשם, יכולה להיות זהה. כך, למשל, קיימת הנחה לגבי האסיר העומד להשתחרר כי אלמנט ההרתעה האישית, אשר יוצר המאסר, ימנע ממנו לבצע עברות נוספות לאחר שחרורו. חלוף הזמן מאז ביצוע העברה האחרונה מהווה אף הוא גורם כבד משקל מפני חזרה לאורח חיים עברייני. גם לגבי אדם, אשר חקירתו לא הצליחה להביא לגיבוש כתב אישום שיתבסס על ראיות קבילות, או שהחשש לחשיפת מקורות מודיעיניים מנע מלכתחילה את זימונו לחקירה, דרישת קיומו של הליך פלילי היא הכרחית כדי להגן על אדם מפני מעצר בעילת המסוכנות לעולמי עד. כאשר אדם מצוי במעמד של חשוד או נאשם, ההנחה היא כי שאלת חפותו או אשמתו עתידה להתברר בסופו של ההליך הפלילי. על-פי תפיסה זו יש לאפשר לאדם, בשלב כלשהו, להפריך את ההערכה בדבר מסוכנותו באמצעות הסרת האשמה מעליו. כנגד טענה זו ניתן לתהות, האם אדם מצליח להפריך את הטענה בדבר מסוכנותו בשל זיכוי? האם אדם שזוכה, למשל, מחמת ספק סביר למרות חשדות כבדים כלפיו או בשל החלטה על פסילת ראיות מהימנות כנגדו הוא פחות מסוכן לציבור ביום זיכוי מאשר ביום שלפניו?¹²⁹ ככלות הכול, התשתית הראייתית, אשר שימשה להערכת המסוכנות על-פי הסטנדרט הנדרש בשלב הדיון בבקשת המעצר, לא השתנתה בעיקרה בשל הזיכוי מחמת הספק. למרות הזיכוי קיימת עדיין אפשרות ממשית, שאותו אדם ביצע את העברות שבגינן הועמד לדין, ולכאורה הטעמים שהובאו בעת הדיון בבקשת המעצר כדי להוכיח את אלמנט המסוכנות תקפים גם לאחר הזיכוי¹³⁰. אולם הכרעת-הדין קובעת "אמת משפטית", שאינה ניתנת לסתירה, שלפיה הנאשם לא ביצע את העברה המיוחסת לו, ולכך יש השלכה גם על שאלת מסוכנותו, המונעת את המשך החזקתו במעצר לאחר זיכוי בשל היותו מסוכן לציבור. לפיכך, ייחוד המעצר בעילת המסוכנות לחשודים ולנאשמים בלבד אינו מבטא כשלעצמו הנחה בדבר אשמתם בעברה המיוחסת להם, וניתן להצדיקו מטעמים שאינם קשורים לרצון להקדים את עונשם. דווקא מעצר מונע של אדם בשל ראיות מפלילות כנגדו, אשר אינו מוגבל בזמן על-ידי יכולתו של אדם להפריך את אשמתו, פוגע במידה רבה יותר בזכויות הפרט מאשר מעצר, המוגבל עד לתום ההליך הפלילי. עם זאת מכיוון שאכן אין קשר ממשי בין מעמדו של אדם כחשוד או כנאשם לבין מסוכנותו העתידית, אין להתעלם מסכנת המדרון החלקלק שנושאת עמה

129 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 405; Lewis (לעיל, הערה 84), עמ' 589; Jett (לעיל, הערה 21), עמ' 819; דברי השופט Marshall בפרשת Salerno (לעיל, הערה 17), עמ' 764, אשר לפיהם אדם נחשב חף מפשע יום לאחר זיכוי כמו יום לפניו.

130 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 405-406.

עצם ההכרה במסוכנות כבסיס לשלילת חירות ללא הרשעה, היכולה להביא להרחבה חסרת גבול של האפשרות לכלוא אדם בעילה זו¹³¹.

4. חזקת אשמה

מעצר בעילת המסוכנות פוגע במעמד של חשודים ונאשמים כחפים מפשע¹³². מעצר למניעת שיבוש של הליכי חקירה ומשפט אינו משליך על שאלת אשמתו או חפותו של החשוד או הנאשם בתיק העיקרי, שכן גם אדם חף מפשע יכול להתפתות לשבש את ההליך הפלילי המתנהל בעניינו. לעומת זאת קשה לטעון כי חשוד או נאשם חף מפשע מהווה איום רציני יותר לחברה מכל אדם אחר¹³³. טענה שלפיה החשוד או הנאשם יבצע עברות נוספות עד לסיום ההליך הפלילי בעניינו, מבטאת הנחה של אשמה ושל הערכה שלילית של אופיו ופוגעת בחזקת החפות הנתונה לו¹³⁴. הגבלת המעצר המונע לחשודים ולנאשמים בלבד, חרף ההצדקות לה, הופכת את הטענה כי אדם אשם בביצוע העברה המיוחסת לו, לחלק הכרחי מטענת מסוכנותו העתידית, כעולה מחובת השחרור ממעצר במקרה של סגירת תיק החקירה או של זיכוי¹³⁵. סכנת המועדות נסמכת בהכרח גם על

131 Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 357-358. ואכן, ראו הצעתו הלא רצויה של Robinson למסד כליאה אזרחית מונעת של עבריינים אשר ממשיכים לסכן את שלום הציבור בתום ריצוי עונשם: Punishing Dangerousness: Cloaking P.H. Robinson "Preventive Detention as Criminal Justice" 114 *Harv. L. Rev.* (2001) 1429.

132 Ervin "Preventive Detention: An Ampirical Analysis" (לעיל, הערה 21), עמ' 298, 350; Ervin "Preventive Detention, A Species of Lydford Law" (לעיל, הערה 21), עמ' 122; Verrilli (לעיל, הערה 55), עמ' 360-359; Pernell (לעיל, הערה 21), עמ' 402; Kiselbach (לעיל, הערה 21), עמ' 187; Lewis (לעיל, הערה 84), עמ' 590; Eason (לעיל, הערה 58), עמ' 1072-1071; Gain (לעיל, הערה 30), עמ' 1391; "The Protection of Human Rights in the Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany" in *Human Rights In Criminal Procedure* (J.A. Andrews – ed., 1982) 246; E. Amodio "La tutela della liberta' personale dell'imputato nella convenzione Europea dei diritti dell'uomo" *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.* (1967) 841, p. 882; Paeffgen (לעיל, הערה 22), עמ' 58-57, 163; Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 110; Wolter (לעיל, הערה 21), עמ' 486-485; Hassemer (לעיל, הערה 21), עמ' 41-40; Frister (לעיל, הערה 41), עמ' 101; Schubert (לעיל, הערה 19), עמ' 130-129; Rodri'guez (לעיל, הערה 16), עמ' 145-144; Metzmeier (לעיל, הערה 30); דעת המיעוט בפרשת *Salerno* (לעיל, הערה 17), עמ' 767-762, 769. השופט Marshall סבר אף כי מדובר בפגיעה מתועבת (שם, עמ' 763).

133 J.C. Morton & S.C. Hutchison *The Presumption of Innocence* (1987), p. 121

134 Dworkin (לעיל, הערה 79), עמ' 13; Morton & Hutchison (לעיל, הערה 133), עמ' 121-120; Kiselbach (לעיל, הערה 21), עמ' 187; Metzmeier (לעיל, הערה 30).

135 Raifeartaigh (לעיל, הערה 31), עמ' 5; כך, אומר השופט Marshall בפסק-דין פרשת *Salerno* (לעיל, הערה 17), עמ' 764, כי במעצר בעילת המסוכנות כתב האישום מהווה

העברה המיוחסת לחשוד או לנאשם, אשר לגביה עומדת לו חזקת החפות¹³⁶. וכך, Thaller סבור כי המיתוס שלפיו מוחזק אדם כחף מפשע עד להוכחת אשמתו, הופך במציאות לחזקת אשמה בכל הנוגע למעצר בעילת המסוכנות¹³⁷. הערכה של מסוכנות עתידית פוגעת כשלעצמה אף היא בחזקת החפות בהיותה שוללת את ההנחה בדבר נאמנותו הכללית של אדם לחוק, גם בהנחה כי טרם ביצע עברה בעבר¹³⁸. יש הטוענים בהקשר זה כי חזקת החפות אינה נפגעת בשל מעצר מניעתי, שכן עצם החשד הוא שנותן לגיטימציה להפעלתם של אמצעי מניעה, וכי אין בחשד כדי לקבוע ממצא של אשמה או חפות, אלא לאפשר לנקוט אמצעי זהירות בלבד¹³⁹. אולם אך מובן כי אין מקום לנקוט אמצעי זהירות מיוחדים כנגד אדם, הפועל בהתאם לחוק. מעמדו של אדם כחף מפשע אינו מאפשר להטיל עליו מגבלות, המבטאות התייחסות אליו כאל עבריין, בשל קיומן של ראיות מפלילות כנגדו או בשל חשש לביצועה של עברה עתידית¹⁴⁰. כמו כן, ניתן לטעון כי עצם ההכרה במניעה כמטרה לגיטימית של הענישה הפלילית פוגעת בחזקת החפות, שכן ההנחה העומדת ביסודה היא כי אדם ישוב ויבצע עברות נוספות¹⁴¹. אין

ראיה, אם לא לביצוע העברה המיוחסת לנאשם, כי אזי לכך שיהיה אשם בקרוב בעברה אחרת, אם לא ייעצר.

- Madlener (לעיל, הערה 132), עמ' 246. 136
Thaller (לעיל, הערה 21), עמ' 441. 137
השופטים Brennan ו-Stevens בפרשת Salerno (לעיל, הערה 17), וכן בפרשת Bell (לעיל, הערה 28), עמ' 582. Rodri'quez (לעיל, הערה 16), עמ' 142, סבור כי חזקת החפות אוסרת להניח כי יש צורך להבטיח את הקהילה מפני ביצוע עברות נוספות. לדבריו, חזקת החפות מתייחסת גם לביצוע עברה עתידית. היא מניחה לא רק שאדם חף מפשע ביחס לעברה הספציפית המיוחסת לו, אלא מבטאת הנחה כללית שלפיה אדם נוהג בהתאם לחוק (שם, עמ' 144-145). Ervin בדיוני הוועדה לזכויות אדם (לעיל, הערה 29), עמ' 6; U.S. v. Perry 788 F. 2d 100, p. 114 (3rd Cir., 1986); אולם ראו Raifeartaigh (לעיל, הערה 31), עמ' 5, הסבור כי מדויק יותר לומר כי נטייה לביצוע עברות נוספות אינה בסיס מתקבל על הדעת לשלילת חירות מאשר לדבר על פגיעה בחזקת החפות.
סעיף 3142(g) ל-Bail Rrform Act 1984 בדין הפדרלי בארצות-הברית, שלפיו שום הוראה מהוראותיו לא תתפרש כשינוי או כהגבלה של חזקת החפות; Baumann (לעיל, הערה 15), עמ' 136, הסבור כי עילת מעצר זו אינה מנוגדת לחזקת החפות בהיותה מניעתית ולא עוסקת בשאלת אשמתו או חפותו של אדם. תפיסה צרה של חזקת החפות כמגנה מפני ענישה בלבד אינה מביאה להתנגשות בין מעצר לבין חזקת החפות: מובא אצל Raifeartaigh (לעיל, הערה 31), עמ' 4. 139
קיטאי (לעיל, הערה 109), עמ' 450-452. 140
K. Volk "Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" 83 ZStW (1971) 405, p. 416; K.P. Blakey "The Indefinite Civil Commitment of Dangerous Sex Offenders Is an Appropriate Legal Compromise Between 'Mad' and 'Bad' – A Study of Minnesota's Sexual Psychopathic Personality Statute" 10 ND J. L. Ethics & Pub Pol'y (1996) 227, p. 251; E.S. Janus "Toward a Conceptual Framework for Assessing Police Power Commitment Legislation: A Critique of Schopp's and Winick's Explications of

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור: על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

מקום, לפיכך, לתקוף את שיקול המניעה דווקא בהקשר של מעצר. ואכן, רבים מקבלים כמובן מאליו שלילת חירות לשם מניעת ביצוען של עברות בהקשר של ענישה. אולם דומה כי במישור הנורמטיבי מניעה אינה יכולה כשלעצמה להצדיק ענישה ואינה יכולה להכתיב את מידת הענישה במנותק מעקרון הגמול, הקובע את גבול הענישה המקסימלית¹⁴². מניעת עברות אינה יכולה להוות עילה לשלילת חירותו של אדם, שאשמתו טרם נקבעה, ושאינו ראוי עדיין לגמול שלילי כלשהו. האפשרות לכלוא חשודים ונאשמים על בסיס "מסוכנות" מבוססת, לפיכך, באופן בלתי נמנע על "חזקת אשמה" עובדתית, העומדת ביסוד מודל ה-Crime Control, המתואר על-ידי Packer, ולא על "חזקת חפות" נורמטיבית, העומדת ביסוד מודל ה-Due Process¹⁴³. חזקת החפות אינה מאפשרת לשלול את חירותו של אדם בטרם הרשעתו בשל צורכי המלחמה בפשיעה¹⁴⁴. המדינה מוסיפה להתייחס לאדם כאל חף מפשע לעניין החובה להוכיח את אשמתו מעבר לכל ספק סביר במהלך המשפט, אולם היא יוצאת מנקודת מוצא עובדתית של אשמה, המתבטאת בעצם ההחלטה על שליחתו למעצר עקב חשש לביצוע עברות מצדו. לפיכך, היצמדות קפדנית לחזקת החפות לא תתיר מעצר אף במקרה של ודאות קרובה לסיכון ביטחון הציבור. במעצר בעילת המסוכנות, חזקת החפות במובנה הנורמטיבי אינה ממלאת את תפקידה לספק הגנה לחשודים ולנאשמים.

ג. איזונה של הפגיעה הנגרמת לחשודים ולנאשמים מול אינטרס הציבור במניעת ביצוען של עברות

עמדתי לעיל על הבעיות החוקתיות הקשות הכרוכות במעצר בעילת המסוכנות. עם זאת הפגיעה בזכות לחירות ובחזקת החפות, הנגרמת לחשוד או לנאשם שנעצר בעילת המסוכנות, אינה פוסלת בהכרח את חוקתיות המעצר. אין צורך להגיע למסקנתו מרחיקת הלכת של המשפטן האיטלקי Manzini, אשר בהציגו את חוסר ההיגיון הטמון בחזקת החפות, שאל באופן רטורי אם נסכים לקבל את התוצאה המתחייבת מדבקות בחזקת החפות, של ביטול מוסד המעצר המונע¹⁴⁵. ספק אם ניתן לגבש תפיסה מוסרית, אשר

Schubert ; Legal Mental Illness" 76 Neb. L. Rev. (1997) 1, p. 46 (לעיל, הערה 19), עמ' 80-81, בדבר קיומה של מחלוקת אודות לגיטימיות המניעה כשיקול ענישה.

Morse (לעיל, הערה 45), עמ' 148. לדעתו, תוספת מעבר לעונש שמאפשר עקרון הגמול כדי למנוע ביצוע עברות אינה מהווה עונש בשל אשמה אלא מעצר מונע, המוטל במסווה של אחריות פלילית.

לתיאור התייחסותם השונה של מודל ה-Crime Control לעומת מודל ה-Due Process לחזקת החפות ראו Packer (לעיל, הערה 43), עמ' 160-162.

Kiselbach (לעיל, הערה 21), עמ' 178.

V. Manzini *Trattato di diritto processuale penale italiano* (vol. 1, 1956) p. 201 145

תאסור כליל על מעצר בעילת המסוכנות ותביא בכך במצבים מסוימים להפקרתו של ביטחון הציבור ולפגיעה בקרבנות חפים מפשע באמצעות שחרורם לחופשי של חשודים ונאשמים מסוכנים בפרק הזמן שעד לסיום משפטם. כדי להכשיר מעצר בעילת המסוכנות בהכרח מקבלים את הגישה שחזקת החפות ניתנת לאיזון¹⁴⁶, וכי מניעה מהוה, לפחות בנסיבות מסוימות, מטרת מעצר לגיטימית¹⁴⁷.

בעיקרם של דברים, כדברי השופט Stevens בפסק-הדין בפרשת *Salerno*, סמכות המעצר בעילת המסוכנות מבוססת על זכותה של החברה להגן על עצמה מפני סכנת פגיעה ממשית ורצינית בה בטווח המידי.

אם אדם רץ לקראת רעהו בסכין שלופה בכוונה לפגוע בו, רשאי כל אדם אחר לעצור אותו. אין כל ציפייה כי המותקף או אדם אחר ישב בחוסר מעש עד שהתוקף יבצע את זממו, משום שיש חזקה כי התוקף חף מפשע. לכל אדם נתונה זכות טבעית, מוסרית ומשפטית להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית¹⁴⁸. המדינה, שתפקידה להגן על אזרחיה, באה לעניין זה בנעלי הפרט וצריכה למנוע בעוד מועד סיכון ביטחונם של השוהים בתחומיה¹⁴⁹.

ואכן, חרף המחלוקת הקיימת בדבר היקף ההתערבות הרצוי של המדינה בחייו של הפרט, אין מחלוקת על זכותה של המדינה ועל חובתה לשמור על הביטחון ועל הסדר הציבורי¹⁵⁰. אף צמצום מינימלי של תפקיד המדינה בהתאם לתפיסה ליברלית של המדינה כ"שומר לילה" כולל בחובו את האלמנט של שמירה על שלום הציבור מפני עברות, כגון אלימות, גניבה או תרמית¹⁵¹. אמון הציבור ביכולת המדינה להבטיח את ביטחונם חיוני לנכונותו לקבל את עול המדינה¹⁵². הפקרתו של שלום הציבור וביטחונם יכולה להביא לאובדן אמונה של אוכלוסייה שומרת החוק ברשויות אכיפת-החוק¹⁵³ ואף במוסד המדינה בכללותו. קיים גם חשש כי הפרה חוזרת ונשנית של החוק עלולה לגרום לאנרכיה כללית ולהרס של מסגרת המדינה¹⁵⁴.

- 146 (1973) 35, 185, p. 191 *BVerfGE*; Paeffgen (לעיל, הערה 22), עמ' 166.
- 147 Gnam (לעיל, הערה 15), עמ' 185-175; עמדת בית-המשפט הפדרלי החוקתי בגרמניה: *BVerfGE* 19, pp. 343, 349-350 (1965); *BVerfGE* 35, 185, p. 191 (1973).
- 148 ראו בפירוט ב' סג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי (נבו, תש"ס).
- 149 ג' לוק על הממשל המדיני – המסכת השניה (מאגנס, תשמ"ט), עמ' 17-15.
- 150 J. Rawls *A Theory of Justice* (1971), pp. 212-213; לוק (לעיל, הערה 149), עמ' 6-7; Diemer-Nicolaus (לעיל, הערה 16), עמ' 1694.
- 151 R. Nozick *Anarchy, State and Utopia* (1974), pp. IX, 26.
- 152 Paeffgen (לעיל, הערה 22), עמ' 158.
- 153 מובא אצל Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 35.
- 154 ז' רוסו על האמנה החברתית (מהדורה שישיית, מאגנס, תשמ"ד), עמ' 30.

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור? על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

זכותה של המדינה וחובתה למנוע עברות מצדיקות הפעלתם של אמצעי מניעה לשם כך. תפקידה האינהרנטי של המשטרה הוא לפעול ביעילות למניעת ביצוען של עברות, ולא רק לפעול בדיעבד לאיתור העבריין ולהעמדתו לדין לאחר ביצוע העברה¹⁵⁵.

כאשר רשויות אכיפת החוק צופות בדרגת הסתברות גבוהה כי חשוד או נאשם עומד לבצע עברות נוספות, אולם אינן מורשות לנקוט אמצעי מניעה נגדו, הן נותרות חסרות אוניס וללא כלים לבצע את תפקידן. "מדינה מתגוננת" מחויבת להגן על עצמה ועל אזרחיה מפני פגיעה בהם. כלום יש להתיר לחבר ארגון טרור מוצהר, שנתפס כשברשותו חומרי נפץ ומודה כי היה בדרכו לבצע הרג המוני, וכי ימשיך בדרכו זו, להלך חופשי ולו לפרק הזמן הקצר ביותר עד למתן פסק-הדין בעניינו?¹⁵⁶ האין במעשה זה משום התאבדות מצד המדינה והפקרת חובתה לדאוג לא רק לביטחון אזרחיה, אלא אף לעצם קיומה? ואכן, בית-המשפט העליון אצלנו דיבר על "...הרחבת דוקטרינת ההגנה העצמית המוכרת בתחומו של הפרט, לזכותה של המדינה להגן על עצמה מפני הקמים עליה לכלותה. ומה הפרט זכאי להגן על עצמו מפני תוקפיו, כן היא זכותה של המדינה להגן על עצמה מפני תוקפיה – תוקפיה מן החוץ ותוקפיה מפנים"¹⁵⁷. לפיכך, "חברה דמוקרטית רשאית להגן על עצמה... כנגד הסיכון של פגיעה בשלום הציבור... שמירה על שלום הציבור היא חיונית לקיומה של חברה"¹⁵⁸. "על המשפט החוקתי להעמיד בבסיסו את זכויות האדם, אך באותה מידה אסור לו, למשפט החוקתי, להביא לידי כך שההכרה בזכויות האדם תביא מכת מוות למדינה עצמה. המשפט החוקתי מבוסס על ההנחה, כי החברה והיחיד מבקשים להמשיך ולהתקיים. משפט חוקתי אינו מרשם

155 בג"ץ 185/53 כליל נ' מפקח המשטרה והמושל הצבאי של תרשיחא, פ"ד ז 1118, עמ' Corrado; 1120 (לעיל, הערה 16), עמ' 791-790; R. v. Howell (1981) All E.R. 383, p. 388 (A.C.); לדברי Trotter (לעיל, הערה 23), עמ' 42-43, בלתי מתקבל על הדעת למנוע מהמשטרה לפעול עד לתחילת ביצועה של העברה (למשל, להמתין עד שנהג שיכור, המתכוון להיכנס לרכבו, יחל בנסיעה), אולם סמכות זו יכולה להיות מופעלת רק למניעת ביצועה של עברה עתידית מידית, ורק עד לחלוף הסכנה. ראו גם סעיפים 67(ב) ו-71(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, בנוגע לסמכות העיכוב ביחס לעברה עתידית.

156 דוגמת שופט המיעוט בפרשת Salerno (פסק-הדין של המחוז השני) (לעיל, הערה 34), עמ' 77, בנוגע לחבר ארגון טרור, הנאשם בפיצוץ מטוס, כאשר קיימות ראיות ברורות ביותר כי יחזור על מעשהו אם ישוחרר.

157 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, עמ' 166, אשר בו דן בית-המשפט בסמכות להפקיע ילדים מרשות הוריהם.

158 פרשת זאדה (לעיל, הערה 49), עמ' 144.

להתאבדות; זכויות אדם אינן במה לכיליון לאומי¹⁵⁹. ואכן, כליאה מניעתית יכולה להיות נחוצה כאמצעי להגנה עצמית ולשמירה על ביטחון הציבור¹⁶⁰. לעומת זאת לא ניתן להדביק על אדם תווית של עבריין בטרם הרשעתו בדין. הצדקות הענישה מחייבות כליאה של עבריין אמיתי בלבד. הקבלת המעצר המונע להגנה עצמית אינה מלאה, שכן מצדו של החשוד או הנאשם אין עדיין, ואף לא בהכרח תהיה, תקיפה. פגיעה בחירות הנה הסנקציה החריפה ביותר שיכולה המדינה להטיל על השוהים בתחומיה. פגיעה בחירותו הפיזית של הפרט על-ידי השלטון עלולה אף היא לערער את תחושת הביטחון האישי, גם אם אינה כרוכה בסכנת חיים¹⁶¹. חובת המדינה לשמור על שלום הציבור וביטחונו אינה ערך מוחלט, ויש לבצעה תוך הפגיעה המינימלית ביותר בזכויות הפרט. יש לנסות למצות דרכים פוגעות פחות ממעצר כדי למנוע ביצוע עברות מצדם של חשודים ונאשמים. דרכים אלה יכולות להתבטא בשיפור תפקודה של המשטרה באמצעות תוספת משאבים¹⁶², בהחשת ההליך הפלילי¹⁶³ (כאשר נטען אף כי ניהול המשפט בלא שהיות מייתר את עילת המעצר של מסוכנות¹⁶⁴), וכן בקביעת

- 159 א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), עמ' 68; וראו גם ע"ב 1/65 רדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, עמ' 390.
- 160 E.S. Janus "Preventing Sexual Violence: Setting Principled Constitutional Boundaries on Sex Offender Commitments" 72 *Ind. L.J.* (1996) 157, p. 163; J.K. Cornwell "Kansas v. Hendricks and Its Implications for Civil Commitment: Understanding the Role of the Police and Parens Patriae Powers in Involuntary Civil Commitment Before and After Hendricks" 4 *Psych. Pub. Pol. And L.* (1998) 377, pp. 390-391 (ביחס לאשפוז כפוי של חולי נפש מסוכנים).
- 161 D. Libai "Interrogations of a Suspect and the Privilege against Self-Incrimination" 2 *Israel Yearbook on Human Rights* (1972) 247, p. 252 (פגיעה בפרט מצד המדינה או המשטרה עלולה להיות לא פחות מסוכנת מאשר פגיעה הנגרמת על-ידי עבריינים).
- M. Kremnitzer "The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the 'Needs' of the Security Service" 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 216, pp. 263-264 (מדינה המשתמשת בעינויים הופכת לאיום על אזרחיה במקום להגן עליהם). רוסו (לעיל, הערה 154), עמ' 16 (האומר כי "בני אדם חיים חיי שלוה גם בבתי הכלא; כלום די בכך כדי שישמחו שם בחלקם?"); לוק (לעיל, הערה 149), עמ' 104-102 (כאשר מחוקק פועל שלא על-פי חוקים קבועים וידועים, הרי במצב כזה, "תהא נשקפת לשלומם, למנוחתם ולקניינם, אותה הסכנה עצמה כבמצב הטבע" (שם, עמ' 103)), ומצבם אף יהיה גרוע יותר, שכן במצב כזה הינם חסרים את היכולת להגן על עצמם).
- 162 מובא אצל Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 60, האומר, עם זאת, כי אין בסיס להניח כי הקצאת משאבים שכזו תוכל לגדוע באיבה כל עברה עתידית, וכי אין בכך כדי להוות תחליף לעילת המעצר של מסוכנות.
- 163 Rabinowitz (לעיל, הערה 78), עמ' 224.
- 164 Ervin "Preventive Detention: An Ampirical Analysis" (לעיל, הערה 21), עמ' 299, 362-359, הסבור כי במצב כזה יתנו הנאשמים את דעתם להתמודדות עם ההליך המתנהל כנגדם ולא לביצוע

האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור; על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור

עונשים חמורים יותר או מצטברים לעברות המתבצעות בתקופה שבה מתנהל הליך פלילי כנגד אדם לשם הרתעה מפני ביצוע עברות נוספות¹⁶⁵. בהיבט של עקרון המידתיות, ניתן לחשוב על הפעלת מעקב אחר חשודים ונאשמים הנחשבים למסוכנים¹⁶⁶. יש הסבורים אף כי אין מנוס מלהשלים עם אפשרות ביצוען של עברות בתקופת הביניים שעד להכרעת-הדין כמחיר הכרחי – הרע במיעוטו – של שיטת משפט, המכירה בחזקת החפות ובעקרונות בסיסיים של הגינות כלפי הפרט¹⁶⁷.

קיים מתח בלתי פתיר בין חובת המדינה להגן על הציבור מפני ביצוע עברות לבין חובתה שלא לפגוע בחירותו של הפרט ובמעמדו כאדם חף מפשע. כגובה ההגנה המוענקת לציבור מפני ביצוע עברות, כך תהום הפגיעה בזכויות חשודים ונאשמים. ההצדקה לפגיעה בחירות ובחזקת החפות של חשודים ונאשמים עשויה להימצא אך ורק בצורך למנוע אי-צדק רב יותר או אובדן רב יותר של חירות¹⁶⁸. כאמור, מעצר בעילת המסוכנות כרוך בפגיעה קשה ביותר בזכות לחירות, בחזקת החפות ובעקרונות יסוד של המשפט הפלילי. פגיעות אלו צריכות להסיט את נקודת האיזון באופן שניתן יהיה לעצור אדם רק בנסיבות שבהן נשקפת סכנה מיידית חמורה לחייו של הפרט, לשלמות גופו או נפשו או לביטחון המדינה מצד החשוד או הנאשם, אשר לא ניתן להתגבר עליה באמצעים אחרים. הזכות לחירות וחזקת החפות הנן יקרות מדי מכדי שניתן יהיה לאזן מול זכות ההגנה על הקניין גרדא¹⁶⁹. החברה צריכה להשלים עם אפשרות ביצוען של עברות מסוימות מצדם של חשודים ונאשמים בתקופת הביניים שעד לסיום ההליכים

עברות. ללא ספק, צמצומו של פרק הזמן עד להחלטה בדבר הגשת כתב אישום וכן עד להכרעת-הדין מפחית את האפשרות לביצוע עברות נוספות בתקופת הביניים שעד לסיום המשפט: Anagnostopoulos, שם, עמ' 59; Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 372; מטרה זו רצויה ואינה שנויה במחלוקת. עם זאת, מערכת המשפט מתפקדת במציאות קיימת מוגבלת משאבים. צמצומו של משך ההליכים עלול אף לפגוע בהגנת הנאשם, ואינו אפשרי מטעם זה בכל הנסיבות. אין, לפיכך, בהחשת המשפט כדי למנוע באופן מוחלט ביצוע עברות מסוכנות עד לסיום המשפט: Anagnostopoulos, שם, עמ' 60.

165 Anagnostopoulos (לעיל, הערה 15), עמ' 56; Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 372; Raifeartaigh (לעיל, הערה 31), עמ' 20; פרשת Ryan (לעיל, הערה 32), עמ' 407-408.

וראו לעניין זה המ' 110/57 אל-בהטימי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 669, עמ' 670, שלפיו ביצוע עברה בזמן שחרור בערבות מהווה נסיבה מחמירה, המצדיקה הטלה של עונש מאסר במצטבר.

166 Tribe (לעיל, הערה 21), עמ' 372.

167 Tribe, שם, עמ' 376; Ervin "Preventive Detention, A Species of Lydford Law" (לעיל, הערה 21), עמ' 122; Herman (לעיל, הערה 40), עמ' 192; פרשת Salerno (פסק-הדין של המחוז השני) (לעיל, הערה 34), עמ' 74; פרשת Ryan (לעיל, הערה 32), עמ' 407.

168 Rawls (לעיל, הערה 150), עמ' 214-215.

169 Morse (לעיל, הערה 45), עמ' 128; Metzmeier (לעיל, הערה 30); Diemer-Nicolaus (לעיל, הערה 16), עמ' 1694, סבורה כי אלמנט הנזק לקרבן הוא המכריע, וכי אין להרחיב את עילת המסוכנות, המוצדקת לגבי עברייני מין, גם לעברייני רכוש.

בעניינם, ולנסות לנקוט דרכים אחרות לצמצום הפגיעה הנגרמת בעטיין. יש הבדל בין קשת המקרים המצדיקים התערבות מוקדמת בחירותו ושליטת חזקת החפות הנתונה לו באמצעות המצדיקים התערבות מוקדמת בחירותו ושליטת חזקת החפות למנוע עברות עתידיות יביא לכך כי מעצר. ויתור גורף על חזקת החפות לטובת הרצון למנוע עברות עתידיות יביא לכך כי דווקא במצב הרגיש והפגיע ביותר שלו חשוף אדם בהליך הפלילי, חזקת החפות תתגלה כבלתי יעילה וכחסרת כוח. ויתור כזה על ההגנה שחזקת החפות צריכה לספק בטרם הרשעה מעורר אף חשש כי הקונספציה של מעצר מונע תבלע כליל את מערכת המשפט הפלילי¹⁷⁰.

ואכן, "במדינה דמוקרטית...מעצר ללא משפט צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג. הכלל הוא החופש. המעצר הוא החריג. כך לגבי כל מקרה של שליטת חירות וחופש ללא משפט והרשעה...המיוחדות והחריגות...אינן משקפות מספרים; הן משקפות מנטאליות, נקודת מוצא ותפיסה חוקתית"¹⁷¹. לפיכך "במשטרנו הדמוקרטי, שבו מוכרת חירות הפרט כזכות יסוד, מוותרת החברה על מקצת מן ההגנה האפשרית על שלום הציבור"¹⁷². יש להעניק משמעות מעשית למילים אלו על-ידי צמצום מוסד המעצר בעילת המסוכנות למקרים חריגים במיוחד, שבהם יתקיים יחס מתאים בין טיב הסיכון הנשקף לציבור לבין מידת הפגיעה בחשוד או בנאשם הנגרמת עקב המעצר. הביטוי אותו נוקט חוק המעצרים של "סיכון ביטחון הציבור" צריך להיות מובחן באופן חד וברור מהביטוי שקדם לו של "סיכון שלום הציבור". לא בכדי שונה ביטוי זה. הוא לא משקף שינוי סמנטי גרדא כי אם שינוי נורמטיבי באשר להיקף הסכנה אשר ראוי למנעה באמצעות שליטת חירותו של אדם בטרם הרשעה. קשה לקבל את עמדתו של בית-המשפט העליון שלפיה סכנה זו כוללת עברות מס, גם אם הן מבוצעות בשיטתיות, בתחכום ובהיקף רחב, או גניבת שני בקבוקי בשמים מחנות כלבו על-ידי נאשמת בעלת עבר פלילי בעברות רכוש. יש לקבוע קטגורית כי אין להשתמש במעצר המונע לשם הגנה על רכוש גרדא, וכי יש להגבילו להגנה על ביטחון המדינה וכן להגנה על חיי האדם, שלמות גופו וחירותו.

170 ראו באופן כללי Miller & Guggenheim (לעיל, הערה 41), עמ' 357.

171 דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 3); פרשת Salerno (לעיל, הערה 17), עמ' 755; עמדת בית-המשפט החוקתי בגרמניה, שלפיה שליטת חירות בטרם הרשעה תהיה מוצדקת רק כאשר עומדות מולה נסיבות כבדות משקל: (1973) 35, 185, p. 190. BVerfGE. אולם ראו דברי הנשיא לשעבר שמגר בדנ"פ גנימאת, שם, עמ' 622: "...מדאיגים סימנים של שחיקה בהפעלה של סמכויות המעצר, שבעבר לא היה ספק בחיוניות הפעלתן לקיום שלום הציבור ולהגנתו – וזאת דווקא בתקופה שבה העבריינות האלימה והסחר בסמים הולכים וגואים".

172 דנ"פ גנימאת, שם, עמ' 645.