



מסמך רקע בנושא :

הזכות לחירות אישית

מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

מאת :

ד"ר הלל סומר
אורי אייל
דורון מור

כ"ב בשבט תשס"ה
3 בפברואר 2005

תוכן העניינים

5.....מבוא	חלק א:
5.....מטרת המסמך ומבנהו	.1
5.....הגדרה	.2
6.....חפיפה חלקית עם "זכויות במשפט"	.3
8.....הזכות לחירות אישית כזכות חוקתית במדינת ישראל	חלק ב:
8.....הפסיקה שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו	.1
9.....חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו	.2
11.....הזכות לחירות אישית בהצעות חוקה בישראל	חלק ג:
11.....הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)	.1
12.....הצעת חוק יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד – 1963)	.2
12.....הצעת החוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד- 1964)	.3
14.....הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית - ועדת משנה בראשות בנימין הלוי)	.4
14.....הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)	.5
15.....הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 - קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)	.6
15.....הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, (תשנ"ב- 1991):	.7
16.....הצעת החוקה של פרופ' בנדור (2000)	.8
16.....טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2004)	.9
17.....ניתוח ההצעות השונות בישראל לזכות לחירות אישית	.10
18.....הזכות לחירות אישית במשפט המשווה ובמשפט העברי	חלק ד:
18.....אמנות כלליות ואזוריות	.1
18.....ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948)	(א)
18.....האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)	(ב)
19.....הכרזת עצרת האומות המאוחדות בדבר זכויות האסיר	(ג)
20.....הצ'ארטר האפריקאי בדבר זכויות האדם (1981)	(ד)
20.....האמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם (1969)	(ה)
21.....ארצות הברית	.2
21.....התיקון הרביעי לחוקה	(א)
23.....התיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה	(ב)
24.....התיקון השישי לחוקה	(ג)
24.....התיקון השמיני לחוקה	(ד)
25.....מעצרים מנהליים	(ה)
25.....האיחוד האירופי	.3
25.....האמנה האירופית לזכויות אדם, 1950	(א)

27	הפרוטוקול הרביעי (1963)	(ב)
27	הצ'רטור בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי (2000)	(ג)
28	אנגליה	4
28	המגנה כרטא (1215)	(א)
28	העידן המודרני	(ב)
29	מעצרים מנהליים	(ג)
30	צרפת	5
30	ההכרזה בדבר זכויות האדם (1789)	(א)
31	החוקה משנת 1958	(ב)
31	קנדה (1982)	6
32	גרמניה (1949)	7
33	בלגיה (1970):	8
34	דרום אפריקה (1996)	9
34	פולין (1997)	10
35	פורטוגל (1976)	11
37	רוסיה (1993)	12
37	קרוואטיה (1990)	13
38	חירות אישית במשפט העברי	14
38	מאסר פלילי	(א)
39	מאסר אזרחי - מאסר על חוב	(ב)
42	סיכום	(ג)
42	ניתוח ומסקנות מן המשפט המשווה	15
43	חקיקה ישראלית בנושא חירות אישית	חלק ה:
43	חוק ההסגרה, התשי"ד – 1954	1
43	חוק העונשין התשל"ז - 1977	2
44	פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971	3
44	חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א – 1991	4
45	חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א - 1971	5
45	פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחילופי) [נוסח חדש] התשכ"ט - 1969	6
45	חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו - 1996	7
46	חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979	8
46	פסיקה ישראלית בנושאים נוספים לאחר חוק-היסוד	חלק ו:
46	מעצר עד תום ההליכים	1
47	החקיקה הקיימת מקבלת פירוש חדש לאור חוק היסוד	2
47	הגבלת המאסר בהליכי הוצאה לפועל	3
49	שאלות ונושאים לדיון	חלק ז:
49	כיצד לנסח את הזכות?	1

49	האם לקבוע בחוקה הליכי ביקורת שיפוטית על המעצר?	.2
49	האם לקבוע בחוקה התייחסות להסגרה?	.3
49	האם לקבוע בחוקה איסור על מאסר לשם תשלום חוב?	.4
50	האם יש להסדיר את סוגיית המעצר המנהלי במפורש ובנפרד בחוקה עצמה?	.5
50	האם יש לקבוע בחוקה פיצוי למי שנפגע עקב שלילה לא מוצדקת של חירות אישית?	.6

51 **רשימת מקורות** **חלק ח:**

51	חוקה ישראלית	.1
51	פסיקה ישראלית	.2
52	ספרות ומאמרים בישראל	.3
52	פסיקה זרה	.4
52	ארה"ב	(א)
53	אנגליה	(ב)
53	בית הדין האירופי	(ג)
53	ספרות ומאמרים זרים	.5
53	אינטרנט	.6

חלק א: מבוא

1. מטרת המסמך ומבנהו

מסמך זה הוכן כחומר רקע לקראת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בזכות החוקתית לחרות אישית.

מסמך זה מורכב משמונה חלקים: חלק א' של המסמך עוסק בהצגתה של הזכות לחירות אישית. חלק ב' מציג את עיגונה של הזכות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חלק ג' מציג את ההתייחסות לזכות החוקתית לחירות בהצעות החוקה בישראל, ומנתח את ההבדלים בין ההצעות השונות. חלק ד' סוקר את המשפט המשווה, ובוחר את הזכות לחירות בחוקותיהן של מדינות שונות ובמשפט העברי. חלק זה מסתיים בניתוח הסוגיות העולות מהמשפט המשווה.

חלק ה' סוקר את החקיקה הישראלית המסדירה את הזכות לחירות או המתירה פגיעה בה. חלק ו' סוקר את הזכות לחירות בפסיקת בתי המשפט בישראל. חלק ז' הוא החלק האופרטיבי של המסמך, והוא מציג, בהסתמך על חלקי המסמך שקדמו לו, שאלות ונושאים לדיון שמוצע כי הוועדה תשקול בבואה לעצב את הזכות החוקתית לחירות אישית. חלק ח' הוא רשימת המקורות ששימשו אותנו בהכנת המסמך.

ממסמך זה הוכן תקציר, שכותרתו "מסמך רקע מקוצר" שהוגש לוועדה בנפרד.

2. הגדרה

למונח "חירות" מספר משמעויות עיקריות:

משמעויות הרחבה של המונח "חירות" מתייחסת לפעולתו של אדם כאשר אין נתונות עליו מגבלות. על פי מילון אבן שושן חרות (או חירות) משמעה:

"חופש דרור, מעמדו של אדם חופשי."¹

במשמעות זו, חרות בעיקר מתפרשת כפעולה מכוח רצון עצמי, להבדיל מפעולה הנשלטת או מבוקרת בידי גורם חיצוני.

ההכרזה בדבר זכויות האדם בצרפת משנת 1798, אחד המסמכים הראשונים והחשובים אשר טבע את מושג החירות, הקדיש סעיף שלם להגדרתה של החירות:

Article 4. - Liberty consists in being able to do anything that does not harm others: thus, the exercise of the natural rights of every man has no bounds other than those that ensure to the other members of society the enjoyment of these same rights. These bounds may be determined only by Law.

¹ מילון אבן שושן א-ט ע"מ 428

ג'ון סטיוארט מיל הגדיר את החירות, במבוא למסה המפורסמת שלו "על החירות" את החרות הזו כ"טיבו וגבולותיו של כוח הכפיה שהרשות לחברה להשתמש בו כלפי היחיד".² על פי ההגדרה במילון המשפטי האמריקאי הנפוץ Black's, חירות הינה חופש מכל המגבלות, פרט למגבלות המוטלות מכוח חוק:

"Liberty. Freedoms from all restraints except such as are justly imposed by law".³

במשמעותו הרחבה, הביטוי "חירות" (או חריות) כולל בתוכו את מרבית זכויות האדם המוכרות, ובהן חופש הביטוי, חופש הדת, חופש ההתאגדות וכיוצא בזה. לעיתים משתמשים בלשון רבים, ומכנים את הזכויות "חריות היסוד".⁴ אכן, כך כתב גם פרופ' אהרון ברק:

מבחינה לשונית 'כבוד האדם וחירותו' מתפרס על תחום נרחב של פעולות. כל פעולה הפוגעת בחייו, בגופו או בשמו הטוב של אדם פוגעת ב"כבוד האדם", וכל פעולה השוללת את חופש הרצון פוגעת ב"חירות".⁵

במשמעותו הצרה של המונח חירות, הוא עוסק בחירות הפיזית, ממאסר, או מעצר. משמעות זו מצומצמת בהרבה מהמשמעות הרחבה, ולמעשה מבוססת על נגזרת אחת של החירות במובנה הרחב.

מסמך זה מתרכז במשמעות הצרה של המונח חירות, לקראת הדיון הנוכחי. עם זאת, התייחסויות במסמכים החוקתיים הנסקרים במסמך זה לחירות במובנה הרחב תובאנה במסגרת הסקירה.

3. חפיפה חלקית עם "זכויות במשפט"

הדיון בחלק חלק מהעניינים הקשורים בחירות הפיזית ובשלילתה קשור בנושאים המנויים בהצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ובהם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות, חזקת הזכאות, זכויות עציר, אין עונשין אלא אם כן מזהירין, והזכות להליך משפטי הוגן.

בחלק מהצעות החוקה בישראל ובטקסטים החוקתיים במשפט המשווה, הדיון בנושאים אלו מעורב. יתכן גם שיש מקום מבחינה ניסוחית לשקול את הצמדת נושא החירות הפיזית בחוקה לנשוא הזכויות במשפט.

² ג'ון סטיוארט מיל על החירות (בתרגום א. סיימון, תש"ו) 3.

³ Black's law dictionary, sixth edition, p 918 - 919

⁴ ההבחנה המוצעת בין "זכויות יסוד" ל"חריות יסוד" חורגת מגבולותיו של מזכר זה.

⁵ א' ברק "זכויות אדם מוגנות — ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253, 259 (ההדגשה הוספה).

במסמך זה לא ניכנס לעומקם של נושאי זכויות במשפט, אולם נביא את נוסחם של הצעות החוקה בישראל והטקסטים החוקתיים במשפט המשווה במלואם, לרבות בנושאים שיידונו בוועדה במסגרת הדיון בזכויות במשפט.

חלק ב: הזכות לחירות אישית כזכות חוקתית במדינת ישראל

1. הפסיקה שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

הזכות לחירות נכללה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כאחת הזכויות שעוגנו בו כזכות חוקתית. ואולם, גם לפני שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היה הערך של החירות, על משמעויותיו הצרה והרחבה, שלוב בשיטת המשפט הישראלית.

כך, למשל, ביחס למשמעות הצרה (חרות ממעצר וממאסר), פסק בית המשפט העליון:

"הזכות היסודית והבסיסית ביותר היא חירותו של אדם, ואין לשלול זכות יסוד זו אלא אם הדבר נקבע כך מפורשות בחוק - כגון, בענין מעצר של חשוד ברצח וכיוצא בזה - או לאחר ההרשעה והשתתת עונש של מאסר."⁶

וכן:

"שלילת חרותו של אדם יש בה משום פגיעה חמורה באחת מזכויות היסוד בעולמה של היהדות ובחברתנו הדמוקרטית, ולא נראה לי כי מקום יש לקבעה, אף כשהשעה צריכה לכך, באמצעות חקיקה שיפוטית, בדרך הפסיקה."⁷

ואילו ביחס למשמעות הרחבה, הכוללת במושג "חירות" את מרבית הזכויות המוכרות, נאמר בפסיקה כך:

"קבלתה של נקודת המוצא המשפטית, כי ההכרה בחירויות היסוד היא חלק מהותי מן המשפט בישראל טומנת בכנפיה גם את המסקנה כי חירויות היסוד מהוות חלק מן המשפט, כשמן וכיעודן, היינו ככללי-יסוד המנחים ומגבשים דפוסי המחשבה והפרשנות המשפטית ומשפיעים עליהם מכוחם וממגמתם."⁸

וכן:

"המשפט החל בישראל חובק בתוכו, לפי תפיסתנו והשקפתנו, כללי-יסוד בדבר קיומן ושמירתן של חירויות הפרט, וזאת גם בטרם הפכה הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח לחוק חרות. . . שילובן של זכויות אלה לתוך המשפט שלנו הוא כידוע תולדה של שיטת הממשל המדינית אותה איווינו לנו. . . אך החובה לקיימן הלכה למעשה היא

⁶ ב"ש 16/87 צננאשוילי נ' מ"י, פ"ד מא(2) 281.

⁷ ב"ש 693/84 מדינת ישראל נ' לויתן מ(1) 544.

⁸ ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ. הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פד"י לב(3) 337, 359.

לא רק בעלת אופי מדיני או חברתי-מוסרי אלא גם בעלת מעמד משפטי.⁹

2. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיל מספר התייחסויות לביטוי חירות, על משמעויותיו השונות. ראשית, כבר בשמו של חוק-היסוד מופיעה המילה "וחירותו". שנית, פסקת עקרונות היסוד, בסעיף 1 לחוק-היסוד, מציבה כחלק מהערכים עליהן מושתתות זכויות היסוד של האדם בישראל את היותו "בן חורין":

1. עקרונות יסוד

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

שלישית, פסקת המטרה בסעיף 1א לחוק-היסוד קובעת כי מטרת חוק-היסוד היא

"להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית."

ורביעית, סעיף 5 לחוק-היסוד עוסק במפורט בחירות האישית, הפיזית, וקובע כדלקמן:

5. חירות אישית

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

דומה כי בעוד המונח "חירות" בשם החוק ובפסקאות עקרונות היסוד והמטרה צריך להתפרש במשמעותו הרחבה, הכוללת את מרבית הזכויות, סעיף 5 לחוק, העוסק בזכות לחירות אישית, עוסק בחירות במובנה הצר, של החירות הפיזית.

בעניין צמח ביטל בית המשפט העליון סעיף בחוק של הכנסת, בפעם השנייה מאז חקיקת חוקי היסוד החדשים ובפעם הראשונה בשל היות הסעיף המבוטל פגיעה בזכות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט העליון קבע כי התקופה המקסימלית של 96 שעות שהיתה קבועה בחוק כתקופה שלגביה ניתן לתת פקודת מעצר לחייל ללא צורך באישור של בית משפט פוגעת בחירות במידה העולה על הנדרש, ופסל הוראת חוק זו, תוך שהוא למעשה כופה על המדינה לתקן את החוק לתקופה שלא תעלה על 48 שעות.¹⁰

ראוי לציין כי החוק שבוטל היה "חוק מיטיב", דהיינו חוק המתקן חוק קודם, כאשר החוק הקודם היה חסין מפני ביקורת שיפוטית לאור סעיף "שמירת הדינים" (סעיף 10 לחוק-היסוד:

⁹ בג"צ 337/81 מיטריני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337

¹⁰ בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241

כבוד האדם וחירותו) והחוק המתקן קובע הסדר שבו הפגיעה בזכות היסוד קטנה מזו שנהגה לפי ההסדר הקודם. נדגים את משמעות ההחלטה באמצעות העובדות של פס"ד צמח עצמו. עד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יכל קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי לתת פקודת מעצר לחייל לתקופה מירבית של 35 יום, ללא צורך באישור של בית משפט (בעבר היה המספר אף 60 יום). בשנת 1993 (לאחר כניסת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקף) תוקן החוק, ונקבע כי התקופה המירבית למעצר בידי קצין שיפוט שוטר צבאי ללא צו של בית משפט תהיה 25 ימים. ב – 1996 תוקן החוק פעם נוספת, ונקבע כי, החל משנת 1995, תקופת המעצר המירבית תהיה 4 ימים. ב – 1998 תוקן החוק בשלישית, ונקבע כי התקופה המירבית היא "96 שעות" (מתוך הנחה ש"96 שעות" יהיו בדרך-כלל פחות מארבעה ימים – מכיוון שיום יכול להימשך עד חצות). תיקון אחרון זה הוא שבוטל בידי בג"צ, ובמצב זה, קבע בית המשפט כי התיקון חושף את ההסדר לביקורת שיפוטית, ותוצאתה של הביקורת הזו היא, למעשה, ביטולו של החוק החדש, המיטיב, יחד עם ביטולו של החוק הוותיק, שנהנה משמירת דינים.

חלק ג: הזכות לחירות אישית בהצעות חוקה בישראל

1. הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)

הצעת חוקה זו מכילה סעיף מפורש וארוך בנושא החירות הפיזית. היא מכילה רשימה סגורה של מצבים בהם ניתן לאסור אדם, המתבססת על מסמכים בינלאומיים, הגבלה מפורשת על מעצרים מנהליים, הוראות בדבר זכויות האסיר, וקביעה מפורשת ברמה החוקתית כי מי שחרותו נשללה שלא כדין זכאי לפיצוי מהמדינה.

- (1)13 לא יפגע חפש האדם, אל יכלא איש אלא אם כן יצא חייב בדין, או: ניתן צו-מעצר נגדו על ידי שופט מוסמך, או נתפס בקלקלתו בשעת מעשה-עברה, או: כליאתו נחוצה כדי להביאו לפני כס המשפט באשמת עברה שנעשתה על ידו.
- (2) לא יבצע השלטון מעצרי מנע אלא בימי מלחמה או שעות-חרום, ועל פי הוראה מיוחדת בחק, אשר הוצאתה לפעל תעמוד תחת הפקוח המתמיד של בית הנבחרים.
- (3) בתוך 24 שעות להאסרו תנתן לאסיר הודעה כתובה על סיבת מאסרו ועל הרשות אשר בידיה הוא נתון, ותוך 48 שעות יובא לפני השופט. תלונה כי תוגש אל השופט על מאסר שנעשה שלא כדין, יצוה השופט על הקצין האחראי להביא לפניו את האסיר בלי דחוי ולהרצות בכתב את טעמי מאסרו. והיה אם ראה השופט כי אין דין מאסר לאיש, יצוה לשחררו מיד.
- (4) לא יוטל הסגר על אסיר בכלאו ולא ינטל ממנו הקשר עם קרוביו ומגיניו.
- (5) לא יאסר אדם לשם תשלום חוב או קיום הסכם אלא במקרה רמאות.
- (6) ...
- (8) כל הנאסר, יוצא חייב או נענש שלא כדין זכאי לגבות את פצוייו מאת המדינה.

20

" לא יוסגר איש למדינת חוץ בה עלולות להישלל ממנו זכויות יסוד אישיות ומדינתיות המובטחות בחוקה. יכולה ממשלת ישראל, לפי ראות עיניה ושיקול דעתה החפשי, לסרב להסגיר אזרח זר למדינת חוץ לשם העמדתו לדין והענשתו."

2. הצעת חוק יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד – 1963)

הצעה זו קובעת את עקרון החירות. היא אוסרת את שלילת החירות אלא על פי צו של בית משפט, אולם איסור זה חל רק על שלילת חירות לזמן העונה על 48 שעות. גם הצעה זו קובעת זכות מפורשת לפיצוי כספי למי שחרותו נשללה שלא כדין.

6. זכותו של כל אדם להיות מובטח בגופו ובחירותו.

7. מי שנעצר או נאסר, יודיעוהו מיד על סיבת מעצרו או מאסרו.

8. לא תישלל מאדם חירותו לזמן העולה על ארבעים ושמונה שעות אלא על פי אחד מאלה:

(1) צו מעצר או פסק דין שנתן בית משפט בהתאם לחוק
 (2) פסק דין שנתן בית דין צבאי, או פקודת מעצר, או כעונש שהוטל
 בדיון משמעותי. הכל בהתאם להוראות החלות בענייני השיפוט
 הצבאי.

9. מי שטוען שנשללה ממנו חירותו שלא כדין, רשאי לבקש מבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק שיתן צו לשחררו.

10. מי שנשללה ממנו חירותו שלא כדין, זכאי לפיצויים.

3. הצעת החוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד - 1964)

ההצעה קובעת באופן כללי כי אין לפגוע בחירויות וזכויות אלא על פי הסמכות בחוקה או בחוקים או על פיהם.

בהצעה סעיף מפורט המגביל את עילות המעצר ומונה את המקרים הבודדים בהם מותר לעצור ללא צו שופט. ההצעה מקדישה סעיפים מפורטים לפיקוח השיפוטי על המעצר.

סעיף 15.

כל אדם הנמצא בתחומי שלטונה של מדינת ישראל זכאי במידה שווה להגנת חייו, חירותו, שלמותו הגופנית, רכושו ושאר זכויותיו, על ידי המוסדות הציבוריים ככלל ועל ידי מוסדות השפיטה בפרט.

ס ע י ף 18 .

לא יהיה בסמכותה של שום רשות ציבורית לצוות על ביטולן או הגבלתן של חירותם, כשירותם המשפטית, וזכויותיהם האישיות והקנייניות של כל אזרחי ישראל, או של כל אדם הנמצא, או שיש לו נכסים או תביעות, בתחומי שלטון המדינה, או לממש את ביטולם או הגבלתם, אלא בהתאם לסמכות הניתנת לה בחוקה, בחוקים, או על-פיהם, ולמטרות שלשמן ניתנה הסמכות הזאת.

ס ע י ף 19 .

(א) לא ייעצר ולא ייאסר אדם במדינת ישראל, ולא תישלל ממנו חירותו הגופנית באופן אחר, לא על ידי רשות ציבורית ולא על ידי אחרים, אלא על-פי צו או פסק-דין של בית משפט או בית-דין מוסמך או אם נתפס בשעת עשיית עבירה או כדי למנוע עשיית עבירה או על יסוד חשד סביר של עבירת עבירה או בהתאם לחוק השיפוט הצבאי או - בזמן מלחמה או במצב חירום – על פי צו הרשות הצבאית המוסמכת.

(ב) אדם שנשללה ממנו חירותו הגופנית על ידי רשות ציבורית כלשהי שלא על-סמך פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך, תינתן לו תוך 24 שעות הודעה בכתב על טעמי שלילת החירות, והזדמנות סבירה תינתן לו מיד עם מסירת ההודעה להתקשר ולהיוועץ עם פרקליט לפי בחירתו. הוא ישוחרר תוך 48 שעות לאחר שנשללה ממנו חירותו כאמור, אלא אם כן הובא לפני שופט מוסמך והלה ציווה על המשך שלילת החירות לתקופת-זמן שתיקבע בצו. חלו ימי-מנוחה חוקיים בתוך התקופות שלעיל, או קיים במדינה מצב מלחמה או מצב חירום, או שנשללה חירותו של אדם על-פי צו של רשות צבאית מוסמכת-מוארכות התקופות האמורות מ-24 שעות ל-72 שעות, ומ-48 שעות – ל-96 שעות.

(ג) תלונה כי תוגש בפני שופט מוסמך על ידי מי שנשללה ממנו חירותו או על ידי אחד הקרובים אליו, על שנשללה ממנו חירותו, הן עלידי רשויות ציבוריות והן על ידי אחרים, שלא כדין או בניגוד לסעיף זה, וישתכנע השופט כי התלונה מבוססת לכאורה, יצווה השופט על המחזיקים את האדם נשוא התלונה ועל מי שייראו לו כשותפים למעשה, להופיע בפניו או בפני שופט אחר בזמן ובמקום שייקבע בצו, בלוויית האדם נשוא התלונה, ולנמק את טעמי החזקתו. אם לא ישכנעו המחזיקים והשותפים להם את השופט, כי נשוא התלונה מוחזק כדין,

יצווה השופט על שחרורו מיד ; צו זה לא ימנע הפעלת אחריותם האזרחית והפלילית של המחזיקים ושותפיהם עקב מעשם.

(ד) במידה שנבצר מאת שופטים אחרים במדינה לפעול לפי סעיף-משנה (ג), ניתנת בזה הסמכות לכל שופט של בית-המשפט העליון, ולכל הרכב שופטים של בית-המשפט העליון, לפעול את כל הפעולות הנידונות בסעיף משנה (ג).

4. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית - ועדת משנה בראשות בנימין הלוי)

ההצעה קובעת באופן כללי את היות האדם בן חורין וכי אין להטיל עליו הגבלות אלא מכח חוק. ההצעה קובעת בנפרד את הזכות לחירות אישית, באופן שכנראה הוליד, בסופו של דבר, את נוסחו של סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

1. האדם הוא בן חורין. אין מטילים עליו הגבלות או חובות אלא מכח חוק.

4.

(א) כל אדם זכאי לחירות אישית; אין שוללים ואין מגבילים זכות זו במאסר, במעצר, בהגליה, בגירוש, בהסגרה או בכל דרך אחרת, אלא על פי חוק ובהליכים הקבועים בחוק.

(ב) אדם הקובל על מעשה השולל או המגביל את חירותו האישית, שלא על פי החלטת בית משפט מוסמך, זכאי לפנות לבית המשפט להכרעה תכופה בדבר חוקיות המעשה. אין מוציאים אדם אל מחוץ לתחום שיפוט המדינה, שלא על פי החלטת בית משפט מוסמך, לפני שהיתה לו הזדמנות לפנות לבית משפט להכרעה בדבר חוקיות המעשה.

5. הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)

הצעה זו קובעת את הזכות לחירות אישית, וכי אין מגבילים את החירות אלא על פי חוק. היא כוללת גם סעיף על זכויות העציר, והוראה בדבר הליכי "הביאס קורפוס" בגין שלילת חרות שלא כדין.

חירות האדם

8.א) זכותו של אדם ליהנות מחירות אישית.

(ב) אין מגבילים חירותו של אדם במאסר, במעצר או בכל דרך אחרת, אלא מכח הוראה בחוק, על פי הליכים הקבועים בו ובכפוף לפיקוח שיפוטי.

זכויות עציר

11. מי שנעצר יודיעהו מיד בשפה המובנת לו על סיבת מעצרו והוא יובא בפני בית משפט במהירות האפשרית ולא יאוחר מ- 48 שעות מעת מעצרו. העציר זכאי שהודעה על מעצרו תימסר ללא דיחוי לאדם שיקבע וכן זכאי הוא להפגש לאלתר עם עורך-דין על פי בחירתו. ניתן להשהות את זכות מתן ההודעה וזכות הפגישה עם עורך-דין מכח הוראת חוק ועל פי צו של בית משפט לשם הגנה על בטחון המדינה או חיי אדם.

צו שחרור

12. כל הטוען שנשללה חרותו של אדם שלא כדין רשאי לבקש מבית משפט שיתן צו להבאתו של אותו אדם ולשחררו.

6. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 - קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)

הצעה זו קובעת את הזכות לחירות אישית, וכי אין מגבילים את החירות אלא על פי חוק.

3. ביטחון אישי וחירות

כל אדם זכאי לחיים לביטחון אישי ולחירות.

7. חירות אישית

(א) אין מגבילים חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהגליה, בגירוש, בהסגרה, או בכל דרך אחרת, אלא מכוח הוראה בחוק ובהליכים הקבועים על פיו, וזאת בתנאים של משטר דמוקרטי.

(ב) איו מוציאים אדם אל מחוץ לתחום שיפוט המדינה, שלא על פי החלטת בית המשפט, או לאחר שניתנה לו הזדמנות לפנות לבית משפט.

7. הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, (תשנ"ב-1991):

סעיף 3 בהצעה זהה לנוסח שהתקבל בחוק היסוד עצמו כסעיף 5.

8. הצעת החוקה של פרופ' בנדור (2000)

בהצעה זו, המתבססת על חוקי היסוד הקיימים, מופיעה החירות אישית בנוסח של סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹¹

9. טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2004)

בהצעה זו דומה סעיף עקרונות היסוד, ביחס לזכות לחירות אישית, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההצעה קובעת זכות לחירות אישית ולבטחון אישי. כן היא כוללת סעיפים על זכויות במשפט ועל זכויות עצירים.

1. עקרונות יסוד

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על קדושת החיים, כבוד האדם, חירות האדם ועל השאיפה להשגת צדק חברתי.

3. חירות ובטחון אישי

לכל אדם הזכות לחירות אישית ולבטחון אישי.

ס' 14: זכויות העציר

א. לאדם שנעצר הזכות לאלה: שיוודיעוהו עם ביצוע המעצר את עילת המעצר; שתמסר, מוקדם ככל האפשר, הודעה על המעצר לאדם הקרוב אליו; שייפגש, ללא דיחוי בלתי סביר, עם עורך דין לפי בחירתו ויטייעץ עמו, ושיוודיעוהו על זכויות אלה.

אדם שנעצר בשל חשד לביצוע העבירה זכאי להיות מובא בפני רשות שיפוטית לבחינת מעצרו מוקדם ככל האפשר.

¹¹ סעיף 82 להצעה.

10. ניתוח ההצעות השונות בישראל לזכות לחירות אישית

הצעות החוקה בישראל נטו, בעבר, לנוסח מקיף הרבה יותר מהנוסח הקצר יחסית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחלק מההצעות קיימת גם התייחסות לחירות במובנה הרחב.¹² חלק מההצעות כללו הוראות מפורשות בדבר עילות המעצר,¹³ ואילו אחרות הסתפקו בקביעה כללית שמעצר יהיה רק מכוח הוראה בחוק ותוך קביעתם של תנאים כלליים.¹⁴ ברוב החוקות נכללו הוראות בדבר הליכי ביקורת שיפוטית על המעצר,¹⁵ ובדבר זכויות האסיר או העציר.¹⁶

נושאים נוספים, שהוזכרו במפורש רק בהצעת חוקה אחת או שתיים, כללו:

- מעצרים מנהליים¹⁷
- זכותו של אסיר שלא כדין לקבל פיצוי מהמדינה¹⁸
- איסור על מאסר לשם תשלום חוב¹⁹

¹² הצעת פרופ' אקצין; הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

¹³ הצעת יהודה פנחס כהן; הצעת פרופ' קלינגהופר; הצעת פרופ' אקצין;

¹⁴ הצעת בנימין הלוי; הצעת חוקה לישראל; הצעת שולמית אלוני

¹⁵ הצעת יהודה פנחס כהן; הצעת פרופ' קלינגהופר; הצעת פרופ' אקצין; הצעת בנימין הלוי, הצעת חוקה לישראל; הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

¹⁶ הצעת יהודה פנחס כהן; הצעת חוקה לישראל, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

¹⁷ הצעת יהודה פנחס כהן;

¹⁸ הצעת יהודה פנחס כהן; הצעת פרופ' קלינגהופר.

¹⁹ הצעת יהודה פנחס כהן ("אלא במקרה רמאות").

חלק ד: הזכות לחירות אישית במשפט המשווה ובמשפט העברי

1. אמנות כלליות ואזוריות

(א) ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948)

ההכרזה כוללת הוראה בדבר חירות כללית, וכן סעיף נפרד הקובע איסור על מעצר, החזקה במשמורת או הגלייה שרירותיים.

Article 3

Everyone has the right to life, liberty and security of person

Article 9

No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile.

(ב) האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)

האמנה חוזרת על הוראות ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם ביחס לזכות לחירות כללית ולאיסור על מעצר, החזקה במשמורת או הגלייה שרירותיים. האמנה כוללת הוראה האוסרת במפורש על מאסר בשל חוסר-יכולת למלא אחר התחייבות חוזית. כן היא מוסיפה הוראה לפיה אין לשלול את חירותו של אדם אלא על-פי חוק ובהתאם לפרוצדורות הקבועות בו. באמנה גם הוראות בדבר זכויות העציר והאסיר וזכויות במשפט.

Article 9

1. 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.

2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment.

4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.

5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation

Article 10

1. All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person

Article 11

No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfill a contractual obligation

יצויין כי מדינת ישראל אשררה אמנה זו ביום 18 באוגוסט 1991, והיא נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3 בינואר 1992.²⁰ עם זאת, באשררה את האמנה, פרסמה מדינת ישראל הצהרה והסתייגות, בה נקבע כי מצב החירום שעליו הוכרז בחודש מאי 1948 מהווה שעת חירום כללית כמשמעותה בסעיף 4(א) לאמנה. וכי לאור זאת, "ממשלת ישראל מצאה לנחוץ, בהתאם לסעיף 4 האמור, לנקוט אמצעים, אך ורק במידה הנדרשת מחמת צרכיו הדחופים של המצב, להגנה על המדינה ולשמירת החיים והרכוש, כולל הפעלת סמכויות מעצר ומאסר." על פי ההסתייגות, "במידה שאמצעים כאלה אינם מתיישבים עם סעיף 9 לאמנה, הרי גורעת מדינת ישראל מהתחייבותה על פי הוראה זו."

מבחינת ההתחייבויות הבינלאומיות של ישראל, משמעות ההסתייגות היא כי ישראל רשאית לסטות מהוראות האמנה ככל שהדבר נובע ממצב החירום (למשל בכל הנוגע למעצרים מנהליים של חשודים בפח"ע). ואולם, אין בכך כדי לפטור את ישראל מהתחייבויותיה הבינלאומיות שאינן נובעות ממצב החירום.

(ג) הכרזת עצרת האומות המאוחדות בדבר זכויות האסיר

בהכרזה זו²¹ הוראות שונות בדבר זכויות האסיר ותהליך השיקום. ההכרזה אינה עוסקת במישרין בשלילת החירות, אלא בתוצאותיה, ולפיכך הדיון בה מתאים יותר לפרק הזכויות במשפט.

²⁰ כ"א 31, ע' 269. ראו גם אדי קאופמן, **זכויות אדם במערכת הבינלאומית**, (משרד הביטחון- הוצאה לאור, תשס"א) 166.

²¹ Standard Minimum Rules For The Treatment Of Prisoners, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolution 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977.

(ד) הצ'ארטר האפריקאי בדבר זכויות האדם (1981)

הצ'ארטר האפריקאי על זכויות האדם (צ'ארטר באנג'ול)²² מכיל מרכיבים דומים לאלו של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות: הצהרה על הזכות לחירות כללית, הוראה לפיה אין לשלול את חירותו של אדם אלא מנימוקים הקבועים בחוק ובהתאם לתנאים הקבועות בו, ואיסור על מעצר, או החזקה במשמורת שרירותיים.

Article 6

Every individual shall have the right to liberty and to the security of his person. No one may be deprived of his freedom except for reasons and conditions previously laid down by law. In particular, no one may be arbitrarily arrested or detained.

(ה) האמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם (1969)

האמנה הפאן-אמריקאית בדבר זכויות האדם (אמנת סאן חוזה), שנחתמה ב-1969 ונכנסה לתוקפה ב-1978,²³ מכילה סעיף על הזכות לחירות אישית. יצויין כי אמנה זו משתמשת במונח "חירות פיזית".

נקבע בה כי כל אדם זכאי לזכות לחירות אישית, כי אין לשלול את חירותו הפיזית של אדם אלא מנימוקים הקבועים בחוקת המדינה או בחוקים שנחקקו על פיה, ובהתאם לתנאים הקבועים בהם. נקבע איסור על מעצר, או החזקה במשמורת שרירותיים, נקבעו זכויות עצירים שונות, ונקבע איסור על החזקה במשמורת עקב חוב (בהסתייגות המאפשרת מאסר עקב החלטה שיפוטית הנוגעת לאי קיום חובת תמיכה (תשלום מזונות)).

Article 7. Right to Personal Liberty

1. Every person has the right to personal liberty and security.
2. No one shall be deprived of his physical liberty except for the reasons and under the conditions established beforehand by the constitution of the State Party concerned or by a law established pursuant thereto.
3. No one shall be subject to arbitrary arrest or imprisonment.

African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights, adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 ²²

rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), *entered into force* Oct. 21, 1986

American Convention on Human Rights, O.A.S.Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 *entered into force* ²³

July 18, 1978.

4. Anyone who is detained shall be informed of the reasons for his detention and shall be promptly notified of the charge or charges against him.

5. Any person detained shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to be released without prejudice to the continuation of the proceedings. His release may be subject to guarantees to assure his appearance for trial.

6. Anyone who is deprived of his liberty shall be entitled to recourse to a competent court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of his arrest or detention and order his release if the arrest or detention is unlawful. In States Parties whose laws provide that anyone who believes himself to be threatened with deprivation of his liberty is entitled to recourse to a competent court in order that it may decide on the lawfulness of such threat, this remedy may not be restricted or abolished. The interested party or another person in his behalf is entitled to seek these remedies.

7. No one shall be detained for debt. This principle shall not limit the orders of a competent judicial authority issued for no fulfillment of duties of support.

2. ארצות הברית

קיימים מספר תיקונים של החוקה האמריקנית המתייחסים לנושא החירות.²⁴ בנוסף, בשנים האחרונות התעורר בארצות הברית במלוא-עוזו נושא המעצרים המנהליים בעקבות פיגועי ה-11 בספטמבר והאירועים שבעקבותיהם.

(א) התיקון הרביעי לחוקה

למרות שהתיקון הרביעי אינו מתייחס במפורש למונח "מעצר", הפסיקה²⁵ קבעה כי התיקון מתייחס גם למעצרים, והוא הפך לאחד המרכיבים החשובים בניתוח החוקתי של דיני המעצרים. התיקון קובע כי צווים (על פי הפירוש, לרבות צווי מעצר) יהיו רק על יסוד "עילה סבירה" הנסמכת על שבועה או תצהיר ספציפיים לגבי האנשים שיש לתפסם.

²⁴ סקירה זו מבוססת, בעיקרה, על תמצית מתוך האתר www.findlaw.com. אזכורי חלק מפסקי הדין נעשו בדרך של קישור שניתן ללחוץ עליו, בגרסה האלקטרונית של מסמך זה, ולהגיע אל פסקי הדין.

²⁵ [7 U.S. \(3 Cr.\) 448](#); Ex parte Burford (1806); [357 U.S. 480, 485-6](#); Giordenello v. United States (1958)

Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

על פי התיקון הרביעי, מעצרו של אדם, או עיכובו חייב להיות "סביר" במהותו ובמשך הזמן שלו.²⁶ נקבע, כי על אף התיקון, ניתן במקרים מיוחדים לעצור אדם ללא צו, באם המעצר נעשה במקום ציבורי ובשל סיבה סבירה,²⁷ אולם אין לעצור אדם בביתו, ללא הסכמתו או ללא צורך דחוף, אלא על פי צו שיפוטי העומד בתנאי התיקון הרביעי.²⁸ כן נקבע כי מי שנעצר ללא צו, זכאי לשימוע מהיר לפני שופט שלום ("magistrate") בכדי לקבוע האם אכן התקיימה עילה סבירה למעצרו ("probable cause").²⁹

בפסיקה נקבע גם כי "מעצר" לצורך קיום הוראות התיקון הרביעי אינו רק מעצר רשמי אלא כל מצב שאדם סביר היה מאמין שהוא אינו חופשי לעזוב.

"[A] person has been 'seized' within the meaning of the Fourth Amendment only if, in view of all the circumstances surrounding the incident, a reasonable person would have believed that he was not free to leave".³⁰

כל עיכוב או מעצר צריכים להיות בשל חשד ספציפי, כשמידת הפגיעה בחירותו של האדם (עיכוב קצר מועד לעומת מעצר) היא זו המנחה איזו רמה של חשד/סיבה סבירה נדרשת.³¹ עד לשנים האחרונות, חוקיותם של מעצרים נידונה רק לעתים רחוקות בבית המשפט העליון האמריקאי וזאת בשל הלכת *Ker v. Illinois*³² הקובעת כי ניתן להביא אדם שנעצר במקור באופן לא חוקי בפני בית המשפט, ובית המשפט רשאי להורות על המשך מעצרו אף אם המעצר המקורי לא היה חוקי. כיום, עם התחזקות הכלל בדבר אי הפללה עצמית (הכלול בתיקון החמישי לחוקה), נקבע כי וידויים או הודאות של מי שנעצר בצורה לא חוקית, יכולים להיפסל כראיה בפני בית

²⁶ U.S. v. Montoya de Hernandez (1985) 473 U.S. 531, 542-44

²⁷ United States v. Watson (1976) 423 U.S. 411

²⁸ Payton v. New York (1980), [445 U.S. 573](#), (ביטול חוק של מדינת ניו יורק המאפשר כניסה לבתים לשם מעצר ללא צו),

²⁹ Hayes v. Florida (1985) [\(470 U.S. 811\)](#) (קציני משטרה שנכנסו לביתו של אדם בכדי לקחת אותו לתחנה לשם לקיחת טביעות אצבעות נקבעו כמי שהפרו את הוראות התיקון הרביעי).

²⁹ Gerstein v. Pugh (1975) [420 U.S. 103](#)

³⁰ United States v. Mendenhal (1980) [1446 U.S. 544, 554](#)

³¹ Adams v. Williams, (1972) [407 U.S. 143, 146-49](#)

³² Ker v. Illinois, (1886); [119 U.S. 436, 440](#)

המשפט ויחשבו גם הם כ"פרי העץ המורעל"³³ זאת, למעט מקרים בהם הקשר בין המעצר הלא חוקי להודאה הינו כה קלוש כך שההודאה אינה "מוכתמת" ע"י המעצר הבלתי חוקי:

"Although there is a presumption that the illegal arrest is the cause of the subsequent confession, the presumption is rebuttable by a showing that the confession is the result of "an intervening . . . act of free will."³⁴

בנוסף לזאת, טביעות אצבעות או ראיה פיזית אחרת שנקחה במסגרתו של מעצר לא חוקי גם היא עשויה להיפסל כראיה בידי בית המשפט.³⁵

(ב) התיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה

בתיקון החמישי לחוקה נקבע כי שלילת החירות, כמו גם שלילת החיים והקניין, כפופים להליך חוקי נאות (due process of law). התיקון הארבעה-עשר מחיל חובה זו גם על המדינות.

Amendment V

". . . nor shall any person . . . **be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

Amendment XIV

"...nor shall any state **deprive any person** of life, **liberty**, or property, without due process of law . . ."

בתי המשפט בוחנים, בפריזמה של "ההליך ההוגן" את הדרך בה פועל הממשל. על פי התיקון ה-14 נדרשת תקינות, הגינות והצדקה לפגיעה. עיקרה של הבדיקה מתייחס לכל מקרה לגופו, ולמעשה, בודק בית המשפט אם הופר:

"a fundamental principle of liberty and justice which inheres in the very idea of a free government and is the inalienable right of a citizen of such government."³⁶

במסגרת זו, בוחן בית המשפט זכויות דיוניות שונות במשפט (מעבר לזכויות הקבועות במפורש בחוקה), אשר הפכו לחלק מהבחינה החוקתית על פי התיקון ה-14, ואשר הדין בהן חורג מהנדרש במזכר זה.³⁷

Wong Sun v. United States, (1963) [371 U.S. 471](#) ³³

Wong Sun v. United States, (1963) [371 U.S. 471](#) ³⁴

Davis v. Mississippi, (1969) [394 U.S. 721](#) ³⁵

Twining v. New Jersey (1908) [211 U.S. 78, 106](#) ³⁶

(ג) התיקון השישי לחוקה

התיקון השישי לחוקה עוסק בזכויות הנאשם במסגרת ההליך הפלילי. זכויות אלו, שנקבעו במפורש, מצטרפות לזכויות דיוניות שמקורן בדרישה ל"הליך הוגן", כאמור לעיל (due process).

Amendment VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

(ד) התיקון השמיני לחוקה

התיקון השמיני אוסר סוג ספציפי של פגיעה בחירות, הטלת סכום ערבות מופרז כתנאי לשחרור בערבות. הליך השחרור בערבות מאפשר, במקרים מתאימים, יציאה ממעצר, וקביעתה של ערבות בסכום מופרז בידי בית המשפט עלול להוות פגיעה באפשרות אמיתית או סבירה להשתמש בכלי זה לצורך הקלת התקופה שלפני המשפט ולפני ההרשעה.

Amendment VIII

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

בית המשפט האמריקני קבע כי לאור חזקת החפות מפשע, חיוני לאפשר שחרור בערובה עד להרשעת הנאשם, ובכך לאפשר לו את הכנת ההגנה המשפטית בלא הפרעה ולמנוע מצב של ענישה בטרם הרשעה.³⁸

גם בארצות הברית ניתן, עקרונית, להשתמש בכלי של "מעצר עד תום ההליכים" בעבירות של פשע חמור, או להגדיל את הערבות לסכום גבוה המשקף את הסכנה האפשרית שהחשוד יברח או יסכן את החקירה,³⁹ ואולם, החובה הראשית המוטלת על בתי המשפט היא לשחרר את הנאשם בערבות כשהדבר ניתן, וכן להימנע מלקבוע ערבות בלתי סבירה. אי עמידה בחובה זו, מהווה פגיעה בחירותו של אדם.

³⁷ על זכויות אלו נכללו עקרון החוקיות (חוסר בהירות של החוק, פרסום) נושא הסוכן המדיח ועוד.

³⁸ Stack v. Boyle (1951) [342 U.S. 1, 4](#)

³⁹ Schall v. Martin, 753 (1984) [467 U.S. 253](#)

(ה) מעצרים מנהליים

בארצות הברית שני חוקים מרכזיים לעניין זה:

1. ה-Alien Enemies Act⁴⁰ הוא חוק משנת 1798, שלפיו אם הכריז נשיא ארצות הברית כי פרצה מלחמה או כי אירעה פלישה לארצות הברית או שישנה כוונה של מדינה זרה לפלוש או לפתוח במלחמה, מותר לבצע תפיסה, מעצר, אבטחה וגירוש של גברים אזרחי המדינה הזרה, מעל גיל 14, שלא התאזרחו בארצות הברית. החוק אינו מחייב כל בחינה של חוסר נאמנות בפועל או סכנה בפועל לארצות הברית, והמעצר הוא על בסיס הנתינות הזרה בלבד.

2. U.S.A Patriot Act of 2001 - הוא חוק שחוקק בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2001, למרות מחאותיהם של ארגוני זכויות האדם בארצות הברית הממשיכים במחאותיהם כלפיו. החוק קובע כי במידה ויש לשר המשפטים יסוד סביר להניח ("reasonable grounds to believe") כי מי שאינו אזרח אמריקני מבקש להיכנס לארצות הברית בכדי לבצע פעולות לא חוקיות חמורות, או ביצע כאלה לאחר כניסתו או מעורב בפעילות טרור או מעורב בפעילות שמסכנת את הביטחון הלאומי של לארצות הברית הרי שהשר יכול להורות על מעצרו.

החוק קובע כי לאחר 7 ימים יש להתחיל בהליכים לגירוש העציר או להתחיל בהליך פלילי נגדו. כמו כן, מאפשר החוק את הארכת המעצר המנהלי לתקופות נוספות של שישה חודשים. הסמכות הנה של שר המשפטים והוא יכול להאצילה לסגנו בלבד. פעם בשישה חודשים יכול העציר לדרוש בחינה מחודשת אליה הוא רשאי להביא ראיות. קיימת זכות לפנות לבקשת סעד בנושא שחרור ממעצר מנהלי למערכת בתי המשפט.

3. האיחוד האירופי

(א) האמנה האירופית לזכויות אדם, 1950

האמנה מתייחסת רבות, בסעיפיה השונים, לחרויות במובן הרחב. ביחס לחרות במובן הצר, האמנה קובעת את הזכות לחירות, ומגדירה רשימה סגורה של מצבים שרק בהם מותר לשלול את חרותו של אדם על פי הדין. מצבים אלו כוללים מאסר לאחר הרשעה, מעצר בצו שיפוטי, מעצר לצורך הבאה בפני שופט או בנסיבות של מעבר עבירה, מעצר קטינים למטרת פיקוח חינוכי או הבאתם בפני רשות שיפוטית מוסמכת, מעצר אנשים למניעת הפצת מחלות מדבקות, חולי-נפש, אלכוהוליסטים, מכורים לסמים ונוודים, ומעצר למניעת כניסה למדינה או לצורך גירוש ממנה. האמנה גם קובעת זכויות לעצורים, ובהן זכות מפורשת לפיצוי בגין מעצר שלא בהתאם להוראות האמנה.

⁴⁰ 24-21 U.S.C § 50.

Article 5 – Right to liberty and security

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:
 - a the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
 - b the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfillment of any obligation prescribed by law;
 - c the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
 - d the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
 - e the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
 - f the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.
- 2 Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.
- 3 Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.
- 4 Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall

be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5 Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

בית הדין האירופי קבע, בעניין Bonazo,⁴¹ מרכיבים לבחינת חוקיות המעצר, ולפיהם :

- צריכה להיות סמכות חוקית לביצוע מעצר
- פעולת המעצר צריכה להיות בלתי שרירותית וללא אפלייה.
- יש לבצע מעצר רק במידה שקיים חשש סביר כי העצור ביצע, מבצע או עומד לבצע עבירה על החוק.

(ב) הפרוטוקול הרביעי (1963)

מועצת אירופה החליטה בשנת 1963, בפרוטוקול שטרסבורג, להוסיף הוראה מפורשת החוזרת על הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות האוסרת על מאסר בשל חוסר-יכולת למלא אחר התחייבות חוזית.

Article 1

No one shall be deprived of his liberty merely on the ground of inability to fulfill a contractual obligation.

(ג) הצ'רטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי (2000)

הצ'רטר משנת 2000 (האמור להיכלל כחלק מהחוקה האירופית) קובע רק את הזכות הכללית לחרות, ואינו עוסק בפירוט בחרות הפיזית.

Article 6 - Right to liberty and security

Everyone has the right to liberty and security of person.

⁴¹ Eur Ct. HR, series A, No.111, judgement of 18 december 1986

.4 אנגליה

(א) המגנה כרטא (1215)

(39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.

(ב) העידן המודרני

הסקירה דלהלן מתבססת על ספרו של Stone על המשפט החוקתי האנגלי.⁴² בכדי לפגוע בחירותו של אדם בדרך של מעצר, צריך לעמוד בתנאיו של ה- Human Rights act (להלן: HRA).

החוק הבריטי מאפשר לשופט להוציא צו מעצר על בסיס קיומו של חשד בעבירה שדינה מאסר, כלפי כל אדם מעל גיל 17, וכן במקרים שכתובתו של החשוד אינה ברורה, או שזימונו למשפט לא יספיק.⁴³ בית המשפט הדגיש כי יש לתת תשומת לב מרובה לשמירת הכללים הפרוצדורליים, זאת עקב משמעותה של הפגיעה בחירות.⁴⁴

החוק הבריטי הרלוונטי לפעולת המעצר הוא ה- Police and Criminal Evidence act (1984). החוק מסדיר את הליך המעצר ומחייב בהודעה על מעצר, בהבהרת סיבת המעצר, גם במקרה בו היא מובנת מאליה (חובה המצויה גם בס' 5(2) ל HRA) בית המשפט קבע כי הסיבה הניתנת בעת המעצר צריכה להיות סיבה מקובלת (valid), כזו הנושאת בחובה סמכות למעצר.⁴⁵

בבריטניה קיימת סמכות מעצר על בסיס העילה של "הפרת השלום" - "breach of the peace". בית המשפט הבריטי הגדיר פעמים רבות את המונח, אולם ההגדרה המקובלת ביותר ניתנה בעניין Howell:

"We are emboldened that there is a breach of the peace whenever harm is actually done or is likely to be done to a person or in his presence his property or a person is in fear of being so harmed through an assault, an affray, a riot, unlawful assembly or other disturbance"⁴⁶

⁴² בהתבסס על: Richard Stone, civil liberties and human rights (New York, 2002), 42-146

⁴³ Magistrates' courts act 1980

⁴⁴ "because the issuing of an arrest warrant affects the liberty of the individual, all procedural requirements must

be properly observed" – Brooks v DPP of Jamaica (1994) 2 All Er 231

⁴⁵ Edwards v DPP (1993) 97 CR App R 301

⁴⁶ R v Howell (1982) QB 458

בית המשפט האירופי קבע כי עילת מעצר זו, כשלעצמה, אינה עומדת בניגוד לאמנה.⁴⁷ לדעת Stone, השפעת ה-HRA על הזכות לחירות לא היתה רבה. עיקר תרומתו של ה-HRA הינו בהצבת ערך, סטנדרט נורמטיבי המחייב שמירה על זכויות האדם ככלל ועל החירות בפרט. לאור זאת, נקבעה רמה חדשה של איזון בין האינטרסים (במקרה זה ביטחון אל מול השמירה על החירות) תוך העלאת עקרון החירות למעמד-על המחייב את המדינה לתת משקל יתר לפגיעה בחירות.

(ג) מעצרים מנהליים

בבריטניה נהגו חוקי חירום שאיפשרו, בין היתר, מעצרים מנהליים, וזאת על רקע העימות האלים בצפון-אירלנד. הצטרפות בריטניה לאמנה האירופית גרמה לקיצור תקופת הזמן שבה מותר שלא להביא חשוד בפני שופט. בעניין Brogan⁴⁸ שבו נדון מעצר חשודים כטרוריסטים במעצר מנהלי לתקופת זמן של בין ארבעה לשבעה ימים בהוראת שר הפנים, כקבוע בחוק הבריטי. בית המשפט קבע כי מעצר לתקופה קצובה, אף אם היא קצרה, בלא הבאה בפני שופט עומד בניגוד להוראות האמנה.

בעקבות פסק דין זה – תיקנה בריטניה את החוק, כך שלאחר יומיים העציר מובא לפני שופט במקום שמעצרו יוארך על ידי שר הפנים, כפי שהיה המצב לפני כן.

בעקבות אירועי 11 בספטמבר, נחקק בבריטניה ה-Anti-Terrorism, crime & Security Act 2001 שמטרתו לשפר את יכולות רשויות הביטחון במלחמה בטרור הבינלאומי. סעיף 23 לחוק קובע הוראות לעניין מעצר של חשודים כטרוריסטים בינלאומיים. על פי חוק זה, רשאי שר הפנים הבריטי להכריז על אדם כ"טרוריסט בינלאומי". הכרזה זו מאפשרת את גירושו של אותו אדם מבריטניה וכן את מעצרו ללא משפט. החוק קובע כי סמכותו של שר הפנים להכריז הכרזה זו הינה באם מתקיימת אחת מהעילות הבאות: נוכחותו של אדם בבריטניה היא סכנה לביטחון הלאומי, אדם המעורב בביצוע פעולות טרור ובתכנון, או אדם פעיל בארגון טרור בינלאומי קשור אליו. כמו כן מקים החוק ועדה מיוחדת, המבצעת ביקורת על ההכרזה בכל שישה חודשים לפחות. לאחרונה, הכריז בית הלורדים בפסק דינו כי סעיף המעצרים של חוק זה, נוגד את הוראות סעיפים 4 ו-14 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם. בית המשפט נימק את החלטתו בשני נימוקים עיקריים:

1. חוסר סבירות/חוסר מידתיות – בית המשפט קבע כי סעיפי החוק, הפוגעים בחירות האישית, לא נתנו מענה סביר לאיום, לפגיעה באינטרס ממנה בא החוק להגן – מלחמה בטרוריסטים הבינלאומי בכלל ובאל קעידה בפרט. בית המשפט קבע כי בהתייחסות החוק לאזרחים זרים בלבד, החוק אינו מתמודד עם איומים דומים מבית. כמו כן נקבע כי החוק קובע גירוש גם לגבי אלו שלא ניתן לגרשם עפ"י החוק הבינלאומי, זאת מכיוון שאין מדינה המוכנה לקבל אותם או מכיוון שהם צפויים ליחס לא אנושי במדינות אליהם הם צפויים

⁴⁷ Steel v United Kingdom (1998) 28 EHRR 603

⁴⁸ Brogan v United Kingdom (1989) 11 EHRR 117

להיות מגורשים. החוק מאפשר לאזרחים הזרים המגורשים להמשיך בפעילות הטרור שלהם מחוץ לגבולות בריטניה ובכך אינו מתמודד באופן סביר עם האיום שהמלחמה בו מהווה את תכלית החוק.

2. אי שוויון – היחס הבלתי שווה לזרים ולאזרחים נוגד את סעיף 14 לאמנה האירופית. ישנו יחס שונה לזרים המעורבים באותו הפשע, על סמך מוצאם ומעמדם כמהגרים בלבד. בית המשפט קבע כי זו אפליה פסולה. בית המשפט טען, כי אם המלחמה באיום, ככל הנוגע לאזרחי בריטניה, יכולה להתקיים ללא פגיעה כה משמעותית בחירותם האישית אזי אין כל סיבה לפגוע בחירות האישית של האזרחים הזרים המהווים את אותו האיום בדיוק.⁴⁹

5. צרפת

(א) ההכרזה בדבר זכויות האדם (1789)

ההכרזה בדבר זכויות האדם בצרפת קובעת את הזכות הכללית לחירות, ומגדירה את המושג "חירות". בסעיפים נפרדים, נקבע כי אין לעצור, להחזיק במשמורת או להאשים אדם אלא על פי הוראות הדין, וכי מעצר שלא כדין יהווה, כשלעצמו, עבירה.

Article 2. - The aim of every political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are Liberty, Property, Safety and Resistance to Oppression

Article 4. - Liberty consists in being able to do anything that does not harm others: thus, the exercise of the natural rights of every man has no bounds other than those that ensure to the other members of society the enjoyment of these same rights. These bounds may be determined only by Law.

Article 7. - No man may be accused, arrested or detained except in the cases determined by the Law, and following the procedure that it has prescribed. Those who solicit, expedite, carry out, or cause to be carried out arbitrary orders must be punished; but any citizen summoned or apprehended by virtue of the Law, must give instant obedience; resistance makes him guilty.

[2004] UKHL 56, [2004] All ER (D) 271 (Dec), ⁴⁹

(ב) החוקה משנת 1958

חוקת צרפת משנת 1958 מאשררת בדרך של אזכור את ההכרזה משנת 1789. החוקה קובעת את החרות (במובנה הרחב) כחלק מהמוטו הרשמי של הרפובליקה, ומוסיפה סעיף לפיו אין לעצור אדם בשרירות, תוך שהיא מטילה על הרשות השופטת חובה מפורשת לשמור על עקרון זה.

Article 66

No one shall be arbitrarily detained.

The judicial authority, guardian of individual liberty, shall ensure the observance of this principle as provided by statute.

6. קנדה (1982)

לחירות מספר אזכורים בצ'ארטר הקנדי.

ס' 1 לצ'ארטר הקנדי מעלה על נס את זכותו של אדם לחיים, חרות וביטחון אישי, ואת זכותו שזכויות אלו לא תישללנה ממנו אלא בהליך הוגן.

“the right of the individual to life, liberty, and security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof by due process of law...”

סעיף 7 לצ'ארטר הקנדי מגן על הזכות של כל אדם לחיים, חירות וביטחון אישי. הסעיף קובע כי שלילה של כל אחת מן החירויות הללו תהיה בהתאם לעקרונות הצדק היסודי.

Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

המלומד פטר הוג (Hogg) כותב, בספרו על המשפט החוקתי הקנדי כי למעשה, ניתן לטעון כי סעיף 7 בצ'ארטר מעניק שתי זכויות נפרדות:⁵⁰ ראשית, הזכות לחיים, חירות וביטחון אישי. זוהי זכות שלא מוטלות עליה מגבלות, מלבד פסקת ההגבלה בסעיף 1 לצ'ארטר. ושנית, הזכות של אדם שלא ימנעו או ישללו ממנו את החיים, החירות והביטחון האישי, אלא אם כן השלילה או המניעה הן בהתאם לעקרונות הצדק הבסיסי.

הוג מציין כי פרשנות הסעיף כך שהוא מגלם בתוכו הענקת שתי זכויות נפרדות, מתיישבת עם הנוסח האנגלי של הצ'ארטר, אך אינה מתיישבת עם הנוסח הצרפתי של אותו הסעיף. בדרך כלל,

⁵⁰ Hogg, Peter W. Constitutional Law of Canada Scarborough, (Ontario : Carswell 1992) 44-2.

בתי המשפט מציינים, במקרים שהם עוסקים בהם, כי הפרשנות לפיה הסעיף מעניק זכות אחת בלבד- זכותו של אדם שלא ישללו ממנו את חיים, החירות והביטחון האישי- היא הפרשנות המועדפת והנכונה יותר. על- פי פרשנות זו, לא כל מניעה של החיים, החירות והביטחון האישי היא הפרה של סעיף 7, אלא אם כן המניעה או השלילה של הזכויות אינה נעשית בהתאם לעקרונות הצדק הבסיסי.

סעיף 7 קובע בבירור כי החוק יכול לפגוע בזכותו של אדם לחיים, חירות או הביטחון האישי, אך זאת רק אם החוק מונע את הזכויות בהתאם לעקרונות הצדק הבסיסי.

סעיף 9 לצ'ארטר קובע כי לכל אדם הזכות שלא להיות מושם במאסר או במשמורת בשרירות. סעיף 10 קובע סדרת זכויות לעציר.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned

10. Everyone has the right on arrest or detention

a) to be informed promptly of the reasons therefor;

b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

הפסיקה הקנדית קבעה כי לא כל עיכוב קצר לצורך תשאול או זיהוי מהווה "משמורת" לצורך סעיפים 9 ו-10 לצ'ארטר. נקבע כי כמשמורת ייחשב רק מצב שיש בו משום הגבלה פיזית או פסיכולוגית משמעותית.⁵¹

7. גרמניה (1949)

החירות מוסדרת בחוקת גרמניה באמצעות הצהרה כללית על הזכות לחירות, ובאמצעות סעיף מפורט בנושא מעצרים, הכולל מגבלה על אורך המשמורת בלא צו של שופט.

Article 2 [Personal freedoms]

(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

⁵¹ לסקירה מפורטת של הפסיקה הקנדית הנוגעת לסעיף 9 לצ'ארטר, ראו <http://www.canlii.org/ca/com/chart/s-9.html>.

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. **Freedom of the person shall be inviolable.** These rights may be interfered with only pursuant to a law.

Article 104 [Legal guarantees in the event of detention]

(1) Freedom of the person may be restricted only pursuant to a formal law and only in compliance with the procedures prescribed therein. Persons in custody may not be subjected to mental or physical mistreatment.

(2) Only a judge may rule upon the permissibility or continuation of any deprivation of freedom. If such a deprivation is not based on a judicial order, a judicial decision shall be obtained without delay. The police may hold no one in custody on their own authority beyond the end of the day following the arrest. Details shall be regulated by a law.

(3) Any person provisionally detained on suspicion of having committed a criminal offense shall be brought before a judge no later than the day following his arrest; the judge shall inform him of the reasons for the arrest, examine him, and give him an opportunity to raise objections. The judge shall, without delay, either issue a written arrest warrant setting forth the reasons therefor or order his release.

(4) A relative or a person enjoying the confidence of the person in custody shall be notified without delay of any judicial decision imposing or continuing a deprivation of freedom.

.8 .בלגיה (1970):

חוקת בלגיה מבטיחה את החרות האישית. היא קובעת, ברמה החוקתית, כי אין לעצור אדם אלא על פי צו של שופט שיש למסרו לעצור בעת המעצר או לכל היותר בתוך 24 שעות, כאשר החריג היחיד הוא מי שנעצר במהלך ביצוע עבירה.

Article 12 [Personal Liberty]

(1) Individual freedom is guaranteed.

(2) No one can be prosecuted except in the cases provided for by law, and in the form prescribed by law.

(3) Except in the case of *flagrante delicto*, no one can be arrested except by a justifiable judge's order, that must be served at the moment of arrest, or at the latest within twenty-four hours.

9. דרום אפריקה (1996)

חוקת דרום אפריקה מכילה הצהרה כללית בדבר ערכי הדמוקרטיה הבסיסיים, ובהם "כבוד האדם, השוויון והחירות".

הסעיף העוסק בחירות הפיזית קובע הגנה מפני שלילת החירות הפיזית בשרירות או ללא עילה צודקת, וכן הגנה מפני מעצר לפני משפט. לשונן של הזכויות לכאורה מוחלטת, אולם החוקה כוללת "פסקת הגבלה" המאפשרת לפגוע בזכויות בחקיקה, בנסיבות מסויימות.⁵² כן כוללת החוקה סעיפים ארוכים ומפורטים על זכויות העצירים והאסירים.⁵³

Article 7

This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.

12. Freedom and security of the person

Everyone has the right to freedom and security of the person, which includes the right -

- a. not to be deprived of freedom arbitrarily or without just cause;
- b. not to be detained without trial;
- c. . . .

10. פולין (1997)

חוקת פולין כוללת סעיף בנושא החירות הכללית, וכן סעיפים בנושא החירות הפיזית, בהם נקבעו זכויות עצירים, וכן נקבעה זכות לפיצוי למי שחירותו נשללה שלא כדין.

Article 31

(1) Freedom of the person shall receive legal protection

⁵² סעיף 36 לחוקה.

⁵³ סעיף 35 לחוקה.

Article 41

(2) Anyone deprived of liberty, except by sentence of a court, shall have the right to appeal to a court for immediate decision upon the lawfulness of such deprivation. Any deprivation of liberty shall be immediately made known to the family of, or a person indicated by, the person deprived of liberty.

(3) Every detained person shall be informed, immediately and in a manner comprehensible to him, of the reasons for such detention. The person shall, within 48 hours of detention, be given over to a court for consideration of the case. The detained person shall be set free unless a warrant of temporary arrest issued by a court, along with specification of the charges laid, has been served on him) within forty-eight hours of the time of being given over to the court's disposal.

(4) Anyone deprived of liberty shall be treated in a humane manner.

(5) Anyone who has been unlawfully deprived of liberty shall have a right to compensation

11. פורטוגל (1976)

חוקת פורטוגל קובעת את הזכות הכללית לחרות ולבטחון. בנוסף, על פני סעיפים רבים, חוקת פורטוגל קובעת כי אין לשלול חירות, במלואה או באופן חלקי, אלא על פי פסק-דין למאסר שניתן בידי בית משפט בהליך פלילי, או כצעד בטחוני לפי הוראה של בית משפט.

הסעיף בחוקה קובע רשימה ארוכה של חריגים לכלל החוקתי, ובהם: מעצרו של מי שנתפס בעיצומו של מעשה פשע; מעצרו של חשוד שנגדו יש ראיות חזקות כי הוא ביצע מעשה פשע; מעצר למניעת כניסה למדינה או לצורך גירוש ממנה; מעצר אנשי צבא; מעצר קטינים למטרת הגנה, תמיכה או חינוך על-פי צו של רשות שיפוטית מוסמכת; מעצר עקב אי-קיום צו שיפוטי; מעצר למטרת זיהוי, למשך הזמן הקצר ביותר האפשרי; אשפוז חולי נפש על פי צו שיפוטי,

Article 27

1. Everyone has the right to liberty and security

2. No one shall be deprived of his or her liberty, in whole or in part, unless as the consequence of a sentence of imprisonment imposed by a

court convicting him or her of an offence punishable by law, or as the consequence of a security measure judicially ordered.

3. This guarantee does not apply to the following cases where a person is deprived of his or her liberty, for a period and under conditions laid down by law:

- a. Detention in flagrante delicto;
- b. Detention or remand in custody where there is strong evidence that the person has committed a serious crime punishable by imprisonment for more than 3 years;
- c. Arrest, detention or other coercive measure subject to judicial control of a person who has unlawfully entered or remained in the national territory or against whom extradition or deportation proceedings have been instituted;
- d. Imprisonment for reasons of discipline of military personnel, to whom a right to appeal to the competent court is guaranteed;
- e. Detention of a minor in an appropriate institution for the purposes of protection, support or education, on the order of a competent court of law;
- f. Detention under a court order for non-compliance with a court order or to ensure appearance before the competent judicial authority.
- g. Detention of suspects for identification purposes, in such cases and periods of time as are strictly necessary.
- h. Internment of a person suffering from a psychiatric disorder in an appropriate therapeutic establishment, ordered or confirmed by a competent judicial authority.

4. Everyone who is deprived of liberty shall be informed, promptly and in a manner that he or she understands, of the reasons for the arrest or detention, and of his or her rights.

5. Any deprivation of liberty in violation of the provisions of this Constitution or the law shall place the State under the duty to compensate the person aggrieved as laid down by law.

12. רוסיה (1993)

חוקת רוסיה קובעת את הזכות לחירות. החוקה קובעת כי מעצר או משמורת יהיו רק לפי החלטה שיפוטית, ומוסיפה קביעה, ברמה החוקתית, כי מעצר ללא אישור של שופט מוגבל ל-48 שעות.

Article 22

1. Everyone shall have the right to freedom and personal immunity.
2. Arrest, detention and remanding in custody shall be allowed only by court decision. Without the court's decision a person may be detained for a term more than 48 hours.

13. קרואטיה (1990)

חוקת קרואטיה קובעת את הזכות לחרות כללית, וכי אין לפגוע בחירות אלא על פי החלטת בית המשפט על פי דין. החוקה קובעת, ברמה החוקתית ובפירוט רב יחסית את התנאים למעצר ללא צו שופט. כחוקות אחרות, החוקה הקרואטית קובעת חובת פיצוי במקרה של מעצר בלתי מוצדק. אולם החוקה הקרואטית מוסיפה לחובת הפיצוי גם חובה להתנצלות פומבית.

Article 22 [Personal Liberty]

- (1) Freedom and personality of everyone shall be inviolable.
- (2) No one shall be deprived of liberty, nor may his liberty be restricted, except upon a court decision in accordance with law.

Article 24 [Arrest]

- (1) No one shall be arrested or detained without a court warrant. Such a warrant shall be read and served on the person being arrested.
- (2) The police may arrest a person without a warrant when the person is reasonably suspected of having committed a serious criminal offence defined by law. The arrested person shall be promptly informed, in understandable terms, of the reasons for the arrest and of his rights determined by law.

(3) Any person arrested or detained shall have the right to take proceedings before a court, which shall decide without delay on the legality of the arrest.

Article 25 [Conditions of Arrest]

(1) All arrested and convicted persons shall be treated humanely and their dignity shall be respected.

(2) Anyone who is detained and accused of a criminal offence shall have the right to be brought before the court within the shortest term specified by law and to be acquitted or sentenced within the statutory term.

(3) A detainee may be released on legal bail to defend himself.

(4) Any person who has been illegally deprived of liberty or convicted shall, in conformity with law, be entitled to damages and a public apology.

14. חירות אישית במשפט העברי

הסיכום דלהלן הינו תמצית מתוך מאמרו של אלישי בן יצחק "אדני משה כלאם" המובא ב"דעת" האתר ללימודי יהדות ורוח בניהול פרופ' יהודה אייזנברג.⁵⁴

(א) מאסר פלילי

בפרשת "בהעלותך" נזכרים שני אנשים, אלדד ומידד, שנותרו במחנה, ולא יצאו עם שאר הזקנים על אף דרישה מפורשת ממשה, כששמע יהושע את הדבר, אמר: "אדני משה כלאם". לדעת רוב הפרשנים, משמעות בקשתו של יהושע ממשה היא שיאסור אותם וישליכם אל בית הכלא. תכלית המאסר הנה הגבלת תנועתו ופיקוח על אדם על ידי רשות מוסמכת. מעשה זה יכול להתבטא במשפט העברי על ידי: מעצר, מאסר פלילי ומאסר אזרחי.

המעצר בכללו מהווה פגיעה בחירותו של האדם עוד לפני שנשפט והורשע ונזכר לראשונה במקרא בסיפור יוסף, כשהושלך אל בית הסוהר, "מקום אשר אסירי המלך אסורים". בהמשך נמצא מעצרים של שר המשקים ושר האופים, עד לבירור משפטם במועד מאוחר יותר. בהמשך מתואר כיצד עצר יוסף את אחיו.

שימוש במעצר כאמצעי שתכליתו עיכוב החייב עד ליבון העניין נזכר בסוגיית בן האישה הישראלית, שנקב את השם: "ויניחיהו במשמר לפרש להם על פי ה'". דבר דומה מוזכר גם לגבי מקושש עצים ביום שבת: "ויניחו אתו במשמר, כי לא פרש מה יעשה לו".

בתלמוד הירושלמי נקבע שאין לעצור חשוד אלא רק כשיש ראיות לביצוע העברה. כפי שפירש ר' משה מרגלית (המאה הי"ח), בעל "פני משה": "אנו שומעים ממתניתין [=ממשנתנו]: אם יש עדים שהרג את הנפש, אף על פי שעדין לא חקרו ודרשו את העדים, תופסים אותו עד שיבואו עדים לפני בית הדין, ובודקין אותו". עמדה זו משתלבת יפה בגישת המשפט העברי, ולפיה אין לעצור אדם אלא אם נחשד בעברה חמורה ביותר. בחידושינו על מסכת סנהדרין, מביא הר"ן, ר' נסים גירונדי (ספרד, המאה הי"ד), עמדה מתונה יותר, ולפיה ניתן לעצור לצורכי חקירה גם מי שעבר עברה קלה, כגון גזל, ולא רק עברה חמורה שעונשה במיתה.

אחד המאפיינים החשובים של המשפט העברי המקראי הוא אי ראיית המאסר ושלילת חירותו של אדם בהתאם לגזר דין מרשיע של בית דין כעונש ההולם את העברות השונות. בעניין זה ראויים דברי ר' שמשון רפאל הירש, בפירושו לתורה, בשאלת עונש המאסר במשפט העברי: עונשי המאסר על כל התקווה והשחתת המוסר השוכנים אחרי חומות בית הכלא, על כל היגון והאנחה שהם מביאים על אשתו ועל טפו של האסיר - אין להם מקום בתורת האל. לא יכירם מקומם, על מצודות הכלא העלובות של הפשע - בתחום ממלכת התורה. במשפט התורה, אין אלא מעצר וחקירה. זאת ועוד, המעצר יבוצע לתקופה קצרה בלבד על פי כל דיני הנוהל המשפטי, בייחוד נוכח העובדה שמשפט התורה אינו מכיר בראיות נסיבתיות כל עיקר.

הרמב"ם, ר' משה בן מימון (ספרד, המאה הי"ב), מביא מקרה אחר שהמאסר משמש בו אמצעי הרתעה חוקי: "וכל אילו הרצחנים וכיוצא בהן, שאינן מחויבים מיתת בי"ד... וכן אם ראו בי"ד להרגם בהוראת שעה, אם השעה היתה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו... הרי בי"ד חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה, לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערם בכל מיני צער כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים". כלומר: מדובר כאן בסמכות שבשיקול הדעת המאפשרת את המאסר כ"הוראת שעה". הרמב"ם מדגיש את הצורך שיהא הדיין זהיר כשהוא בא להפעיל סמכותו זו כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין, שזה ראוי לכך והשעה צריכה... ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו... "

המאסר בימי התלמוד הופעל בעיקר במקרים של עברות חמורות. בתקופה הבתר-תלמודית, הלך והתרחב השימוש בעונש המאסר. כפי שציין השופט מ' אלון: מן המאה הי"ד ואילך התקבל המאסר העונשי כחלק מהותי של מערכת הענישה במשפט העברי, והוחל על שורה ארוכה של עברות, כגון: עברות נגד המוסר דוגמת הניאוף, עברות רכוש וכיוצא בהן.

(ב) מאסר אזרחי - מאסר על חוב

בנושא זה הרחיב המשנה לנשיא, מנחם אלון, בפרשת פרת.⁵⁵ להלן דבריו, בקיצורים מעטים:

⁵⁵ בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת, פ"ד מז(4) 715. הניתוח מסתמך על מחקרו של אלון, חרות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (תשכ"ד).

"עוד בראשיתו של המשפט העברי, נקבעה עמדתו הברורה והחד משמעית בסוגית יחסי מלווה-לווה, לאמור (דברים, כד, י-יג) :

"כי תשה ברעך משאת מאומה, לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו. בחוץ תעמוד, והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה. ואם איש עני הוא, לא תשכב בעבוטו. השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש, ושכב בשלמתו וברכך, ולך תהיה צדקה לפני ה' אלהיך".

הוראה זו, והוראות נוספות (שמות, כב, כד-כו; דברים, כד, ו: "לא יחבול רחים ורכב, כי נפש הוא חובל") באות הן להזהיר את "המלווה לרעך איזו הלוואה שהיא" (= "כי תשה ברעך משאת מאומה"), שלא לפגוע על ידי עביטת העבוט וחבלת הרכוש - היינו לקיחת המשכון מאת הלווה - בצרכי הקיום האלמנטריים של הלווה, בכבודו האישי, בחירותו ובפרטיותו. על הנושה נאסר אף ליכנס לרשות היחיד של הלווה - "בחוץ תעמוד" - ומכל שכן שאסור היה ליטול את חירותו האישית ולאסרו.

הוראות אלה עמדו בניגוד קטבי לכל חוקי המזרח הקדום - חוקי חמורבי, אשור ורבים נוספים - שהתירו אף להשתעבד בחייב ובני משפחתו, ולקחתם לעבדים על אי תשלום החוב. הסדר אידיאלי זה שבמשפט העברי של כיבוד זכויות היסוד של החייב לפרטיות ולחירות האישית לא עמד תמיד במבחן המציאות (ראה, דרך משל, מלכים ב, פרק ד, א; ישעיה, נ, א) ועל כך התריעו הנביאים קשות (עמוס, ב, ו; ח, ד-ו; מיכה, ב, א-ב; נחמיה, ה, א-יג; וראה חירות הפרט, שם, עמ' 8-10; 13-29). בתקופת התלמוד אנו כבר עומדים על ראשיתה של הבחנה בין לווה עני, חסר יכולת, שנגדו אסור היה לנקוט בשום אמצעי שיש בו משום פגיעה בחירותו האישית, לבין חייב שהוא בעל יכולת אך משתמט מלשלם את החוב. כך, לדעת חלק מחכמי התלמוד, איסור הכניסה לביתו של החייב אינו חל אלא על המלווה באופן אישי, אבל לפקיד ההוצאה לפועל מותרת הכניסה לבית החייב כדי לעקל את רכושו: - "שליח בית דין שבא למשכנו - הרי זה נכנס לביתו וממשכנו"; אך לדעת חכמים אחרים, אסורה גם לשליח בית הדין הכניסה לביתו של החייב (בבא מציעא, קיג, א-ב). דרך גביית החוב היא באמצעות עיקול רכושו של החייב, ועל פי האמור בספר שמות ודברים (שם) נקבע העקרון של "מסדרין לבעל חוב", היינו שבעת העיקול יש להשאיר בידי בעל החוב מזונות וצרכי קיום אלמנטריים אחרים, לרבות מינימום של כלי מלאכה שהוא זקוק להם לצורך עבודתו ופרנסתו: [736] "היה אומן - נותנין לו שני כלי אומנות מכל מין ומין; כגון שהיה חרש - נותנין לו שני מעצדין ושתי מגרות; היה לו מין אחד מרובה ומין אחד מועט - נותנים לו שניים מן המרובה וכל שיש לו מן המועט" (רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק א, הלכה ז, על פי בבא מציעא, שם).

. . . במאה השביעית הותקנה תקנה המחייבת את הטוען "אין ליי" להישבע, בשבועה חמורה מעין של תורה, שאמנם אין לו לפרוע ושיפרע בעתיד לבעל חובו מכל אשר יבוא לידו. אבל עדיין נאסרה בתכלית האיסור שלילת חירותו של החייב. . . .

עם השינויים שחלו בתנאים הכלכליים והחברתיים, ופיזורם של קיבוצי היהודים לאחר תקופת הגאונים במרכזים השונים, שוב לא הספיקה תקנת שבועת "אין ליי". המשפט העברי הועמד מעתה לא רק בפני הדרישה של הוספת אמצעים חדשים שהם כשלעצמם לא עמדו בניגוד להלכה הקיימת, אלא בתוקף המציאות נדרש הימנו לשנות - בדרכים הסלולות והמוכנות לשם כך במשפט העברי - מן ההלכות הקיימות המונעות את ייעול דרכי הגבייה.

מפנה מכריע חל במשפט העברי החל מהמאה ה-14 ואילך. קדם לכך משבר אמון חמור בעקבות גל של השתמטויות והברחות מצד החייבים. . . . כפי שראינו לעיל, לפי החוק הכללי שבמדינות השונות שבהן התגוררו היהודים, נהג אמצעי המאסר על חוב בחומרה יתרה, ובדרך כלל ללא כל הבחנה בין חייב עני לחייב בעל יכולת לשלם. בהשפעת מציאות זו שבחוק הזר, התפתח בחברה היהודית נוהג של התנאה מפורשת בין המלווה והלווה בדבר מאסרו של החייב במקרה של אי תשלום החוב; המאסר, או האיום במאסר, היה האמצעי היעיל היחיד שהיה בכוחו לעמוד לימין הנושה מול הערמותיו של החייב. אך הרשב"א והרא"ש דחו נוהג זה, פסלו את ההתחייבות האמורה שבין הצדדים, ולא איפשרו החדרת המאסר על חוב לתוך המשפט העברי. אך חיי המציאות לא עמדו בכך ובמאה שלאחריהם חל המפנה המכריע; באמצעות המנהג, התקנה (= החקיקה) והמדרש (= האינטרפרטציה) אימץ לו המשפט העברי, הן במרכז באשכנז והן במרכז בספרד, את אמצעי המאסר על חוב כדי לשמור על קיומו ויציבותו של האשראי וכדי לא לנעול דלת בפני לוויין. לכאורה היה משום ניגוד מהותי, שאינו ניתן לגישור, בין מפנה זה לבין ההלכה המקורית. אך הגשר בין שתי תקופות אלה הוצב על ידי השמירה על העקרון של כפייה לשם גבייה ולא לשם ענישה; יחד עם קבלת אפשרות המאסר על חוב לתוך המשפט העברי נקבע כעקרון שאמצעי זה מותר אך ורק כאשר ברור לבית הדין שהחייב יכול לשלם אך משתמט מלעשות כן; אך אם החייב עני, אסור לאסרו, ואף אסור לביישו, כי לגביו נאמר "לא תהיה לו כנושה" (שמות, כב, כד; חירות הפרט, שם, עמ' 140-117).

במאות החמש עשרה והשש עשרה עוד התנגדו חלק מחכמי ההלכה למפנה זה בסוגיית המאסר על חוב (חירות הפרט, שם, עמ' 148 ואילך). כך, דרך משל, נאמר על ידי ר' ישראל איסרליין, מגדולי חכמי אשכנז במאה החמש עשרה, שאסור לאסור את החייב בשום מקרה "שהרי הקפידה תורה שלא יבא המלווה על ממון הלוח בשוטר ונוגש, אך בחוץ יעמוד, כל שכן וקל וחומר על גופו [742] ונפשו, אפילו אם היה ידוע שיש לו ממון, ואין צריך לומר אם אין ידוע לו ממון" (לקט יושר, חלק יורה דעה, עמ' 79-80; ראה במפורט פרטי הענין שבתשובה, חירות הפרט, עמ' 148-151). וזוהי דעתו של רבי יוסף קארו, גדול חכמי ספרד וארץ ישראל במאה השש עשרה, בשלחן ערוך (חושן משפט, סימן צז, סעיף טו):

"יש מי שאומר, שאין שליח בית דין אסור ליכנס לביתו למשכנו אלא במשכנו להיות בטוח ממעותיו ולא הגיע זמן הפרעון, אבל כשהגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו וזה אינו רוצה לפורעו והוא בחזקה שיש לו מטלטלין ומברחים - שליח בית דין נכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו

...

אבל אין כופין אותו להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרועו, ואפילו התנה על עצמו שיתפוש המלווה את גופו וכתב לו זה בשטר - אינו מועיל ואינו יכול לא לאסרו ולא להשתעבד בו".

אך יותר ויותר הלכה ונתקבלה פסיקתו העקרונית של הריב"ש, וכדעתו פסק הרמ"א, רבי משה איסרלס, גדול חכמי אשכנז ופולין במאה השש עשרה, בהגותו על השלחן ערוך. על דבריו האמורים של רבי יוסף קארו שבשום מקרה אין לאסור את החייב, אומר הרמ"א (שו"ע, חו"מ, שם):

"ודוקא שאין לו לשלם; אבל אם יש לו ואינו רוצה לשלם - בית דין חובשין אותו... וכופין אותו לשלם".

(ג) סיכום

בעולמה של היהדות, עקרון חירות האדם, שנטבע בלשונם של חכמינו זכרונם לברכה במאמר "חביב אדם שנברא בצלם" הוא עקרון יסוד שממנו יתד וממנו פינה להלכות רבות. מכוח עיקרון זה, נקבעו סייגים והגבלות שתכליתם למנוע שלילת חירותו של אדם ולהשתמש בה לענישה או להרתעה רק כמוצא אחרון בלבד. עם זאת, מציאות החיים וניסיונם של חייבים ועבריינים להימלט מפני הדין הביא לתמורה ממשית בנושא זה, כמו בנושאים אחרים, והמשפט העברי התאים עצמו לשינויי הזמן לפי המקום, השעה והאדם.

15. ניתוח ומסקנות מן המשפט המשווה

1. מסמכים בינלאומיים וזרים רבים אוסרים על מעצר או משמורת "שרירותיים".⁵⁶ עם זאת, לא נמצאה משמעות מיוחדת או עדיפות לנוסח זה.
2. מסמכים בינלאומיים וזרים רבים קובעים במפורש איסור על מאסרו של אדם בשל חוסר-יכולת למלא אחר התחייבות חוזית.⁵⁷
3. במסמכים בינלאומיים וזרים רבים נקבעה חובה מפורשת להביא עצור מייד (promptly) בפני שופט.⁵⁸ בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי זוהי דרישה מהותית, והיא מונעת אף אפשרות של מעצרים קצרים ללא פיקוח שיפוטי.

⁵⁶ ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הצ'ארטר האפריקאי, האמנה האמריקאית, חוקת צרפת, חוקת דרום-אפריקה;

⁵⁷ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה האמריקאית, הפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופית לזכויות אדם;

⁵⁸ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה האירופית לזכויות אדם,

4. בחלק מהמסמכים הבינלאומיים והזרים נקבעה במפורש זכותו של מי שנעצר או נאסר שלא כדין לפיצוי.⁵⁹
5. בחלק מהמסמכים הזרים והבינלאומיים, במיוחד באירופה, נקבעת "רשימה סגורה" של מצבים בהם ניתן לעצור אדם, תוך תשומת לב לפירוט המצבים שבהם מותר לעצור אדם ללא צו של שופט, או למשך הזמן בו מותר לעצור אדם ללא צו של שופט.⁶⁰
6. בחלק מהחוקות נכללו הוראות מפורשות לגבי הסגרה בכלל והסגרת אזרחים בפרט.⁶¹

חלק ה: חקיקה ישראלית בנושא חירות אישית

1. חוק ההסגרה, התשי"ד – 1954.⁶²

החוק מסדיר את הסגרתו של אדם הנמצא בישראל למדינה אחרת. החוק קובע את התנאים והסייגים להסגרה, לרבות לגבי הסגרתו של אזרח ישראלי. החוק קובע גם אפשרות לעצור את המועמד להסגרה.

החירות מפני הסגרה הוכרה כחלק מזכות היסוד לחירות אישית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד לפני חוק היסוד, נקבע בפסיקה כי הסגרה מהווה פגיעה בחירות האישית של אדם.⁶³ חוק ההסגרה אמנם שמור ב"שמירת דינים" מכוח סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם בית המשפט העליון פסק כי "לעיונה של החירות מפני הסגרה יש השלכה על פירוש ההוראות שבחוק ההסגרה, וזאת גם מקום בו מדובר בהוראות אשר נחקקו טרם נכנס חוק היסוד האמור לתוקף."⁶⁴

2. חוק העונשין התשל"ז - 1977.⁶⁵

סעיפים 41 עד 48 של החוק עוסקים בעונש המאסר, ובדרכי חישוב התקופה. עונש המאסר הוא עונש מודרני יחסית, שהתפתח עם הירידה בשימוש בעונש המוות ובעונשים גופניים.⁶⁶ ככזה, הוא שימש למעשה כיום נהוג עונש המאסר בכל הדמוקרטיה המודרניות.

⁵⁹ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה האירופית לזכויות אדם, חוקת פולין, חוקת הונגריה.

⁶⁰ האמנה האירופית לזכויות אדם; חוקת בלגיה; חוקת פורטוגל, חוקת רוסיה, חוקת גרמניה, חוקת קרואטיה.

⁶¹ חלק מהוראות אלו הובאו על ידנו במסמך הרקע בנושא חופש התנועה.

⁶² ס"ח 163

⁶³ בש"פ 4044/90 ריין נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 1

⁶⁴ ע"פ 6182/98 שיינבין נ' היועמ"ש פ"ד נג(1) 62

⁶⁵ ס"ח 226

⁶⁶ למהותו ותולדותיו של עונש המאסר ראו, יעקב בזק, הענישה הפלילית (תשנ"ח).

סעיף 80 לחוק העונשין קובע את זכאותו של נאשם שזוכה בדין לקבל פיצוי על מעצרו או מאסרו וכן שיפוי בגין הוצאות הגנתו:

(א) משפט שנפתח שלא דרך קובלנה וראה בית המשפט שלא היה יסוד להאשמה, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו בשל האשמה שממנה זוכה או בשל אישום שבוטל לפי סעיף 94 (ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ה - 1982 בסכום שייראה לבית המשפט; במשפט שמנהל קובל רשאי בית המשפט להטיל על הקובל תשלום כאמור.

נפסק כי עצם הזיכוי אינו מקנה לנאשם זכות לפיצוי או לשיפוי ועל מנת שזו תקום נדרש קיומה של אחת משתי עילות: היעדר יסוד להאשמה או נסיבות אחרות המצדיקות זאת. סכומי הפיצוי והשיפוי על פי סעיף 80, אף הם מוגבלים לסכום מירבי הקבוע בתקנות 8 ו-9 לתקנות הפיצויים⁶⁷

3. פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971⁶⁸

הפקודה ותקנותיה מסדירות את שהיית האסירים בבית הסוהר. בפסיקה נקבע כי:

הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא-כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מיגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות; מהן מיגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מיגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדין.⁶⁹

4. חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א – 1991⁷⁰

החוק מסדיר, בין היתר, את נושא האשפוז הכפוי של חולי נפש. החוק מבחין בין אשפוז כפוי המתבצע במערכת "האזרחית" לגבי חולה שאינו מעורב בהליך פלילי לבין אשפוז במסלול פלילי העוסק בחשוד, עצור או נאשם בהליך פלילי. נפסק כי:

האשפוז הכפוי באשר הוא - בין במסלול האזרחי ובין במסלול הפלילי - פוגע בחירותו האישית של החולה. הוא נחזה ככורח בלתי נמנע אשר

⁶⁷ ראו ע"פ 11024/02 מנצור נ' מדינת ישראל דינים-עליון סה 3 וכן ע"פ 1767/94 חגי יוסף ומוסטפא סרסור נ' מדינת ישראל פ"ד נג(1) 505, 517 ואילך.

⁶⁸ ני"ח 21 459.

⁶⁹ עע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שרות בתי הסוהר פ"ד נ(4) 136, 152.

⁷⁰ ס"ח 58.

נועד בראש וראשונה לטובת החולה עצמו לצורך טיפול בו אך גם להגנה על שלום הציבור; מאחר שמדובר בפעולה כפויה הפוגעת בחירות היחיד, יש להגבילה להכרחי בלבד.⁷¹

וכן כי:

מדינת ישראל מכירה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). ה"אדם" שזכותו וחירותו מוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל גם את חולה הנפש. ההגנה שחוק היסוד מעניק לכבוד ולחירות מוענקת גם לחולה הנפש. זוהי נקודת המוצא. עם זאת, זכויות אלה אינן מוחלטות. ניתן לפגוע בהן (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). מטרת הפגיעה צריכה להיות ראויה. דומה כי הגנה על חולה הנפש והטיפול בו מזה וההגנה על שלום הציבור מזה, היא לתכלית ראויה. הפגיעה צריכה להיות מידתית. אין לפגוע בחירותו של חולה הנפש מעבר לדרוש להגנה עליו, לטיפול בו או להגנה על שלום הציבור. אין לאשפז חולה נפש אשפוז כפוי בבית חולים אם ניתן לטפל בו ולהגן על שלום הציבור באמצעות טיפול מרפאתי כפוי; ואין לכפות טיפול אם ניתן להשיגו ללא כפיה. תמיד יש לנקוט באמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר.⁷²

5. חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א - 1971⁷³

החוק מסדיר, בין היתר, את מעצרים של קטינים, וכן את החזקתם במעון נעול, כאחת מדרכי הענישה.

6. פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"ט - 1969⁷⁴

מרבית ההוראות הנוגעות למעצר הוצאו מפקודה מנדטורית זו והועברו אל חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996. ואולם, בפקודה נותרו מספר הוראות הקשורות במעצרים, ובהן הוראות על סמכויות אגב מעצר וענישה בגין התנגדות למעצר חוקי.

7. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו - 1996⁷⁵

⁷¹ בש"פ 9861/01 מדינת ישראל נ' פלוני דינים עליון ס 975.

⁷² רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי, פד"י נב(1) 697.

⁷³ ס"ח 629.

⁷⁴ דמ"י נ"ח 12.

⁷⁵ ס"ח 1592.

זהו חוק מודרני, שנחקק לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והמסדיר באופן מקיף את נושא המעצר, העיכוב, והשחרור בערובה. בנושאים רבים, ניכר בחוק זה שיפור ניכר לעומת המצב המשפטי שקדם לו.⁷⁶

8. חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט – 1979

חוק זה מסדיר את המעצרים המנהליים בישראל, והוא מחליף לשם כך את ההסדר שהיה נהוג בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בעניין כהנא עמד בית המשפט העליון על כמה מההבדלים בין שני החוקים:

לפי התקנות מתן הצו היה נתון בסמכות מפקד צבאי, כעת על-פי החוק רק שר הביטחון יכול להורות על מעצרו של אדם. לפני תחילת החוק לא הייתה ביקורת שיפוטית על צו מעצר, אלא התנגדות לכל צו הייתה מובאת בפני ועדה מייעצת, כעת חייב כל צו להיות מובא לאישור בפני נשיא בית המשפט המחוזי, ועל החלטת הנשיא ניתן לערער לפני בית המשפט העליון, אשר דן בערעור בשופט יחיד.⁷⁷

בפרשת פלונים נקבע כי אין לעשות שימוש במעצר מנהלי מכוח חוק זה לצורך כליאתם של "קלפי מיקוח" לשחרור שבויים ונעדרים ישראלים.⁷⁸ בעקבות זאת, נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. עתירה להכריז על חוק זה כבלתי חוקית נדחתה בשל קיומו של מסלול חלופי לערר של הכלואים על כליאתם.⁷⁹

חלק ו: פסיקה ישראלית בנושאים נוספים לאחר חוק-היסוד

1. מעצר עד תום ההליכים

בעניין רחאל הועלה הרף הראייתי הנדרש לקיומו של מעצר עד תום ההליכים. נקבע, בעקבות כינונו של חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו כי

"המבחן שעל-יסודו על בית-המשפט להכריע בשאלת קיומן של ראיות-לכאורה, המספיקות למעצר עד תום ההליכים הוא - בהיעדר אפשרות לקבוע ממצאי מהימנות - אם חומר הראיות הקיים, אם לא ייחלש או ייסתר במהלך המשפט, מוכיח מתוכו את האשמה מעבר לכל ספק סביר."⁸⁰

⁷⁶ לניתוח פרטני של הוראות החוק והפסיקה הרלוונטית ראו יורם סגל-זקס **חירות ממעצר** (תשנ"ט).

⁷⁷ עמ"מ 1/80 מאיר כהנא נ' שר הביטחון, פ"ד לה (2) 253.

⁷⁸ דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, נד (1) 721.

⁷⁹ בג"צ 2055/02 עביד נ' שר הביטחון, דינים עליון סג 413.

⁸⁰ בש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (2) 221.

2. החקיקה הקיימת מקבלת פירוש חדש לאור חוק היסוד

בפסק הדין בעניין **גנימאת**⁸¹ שניתן ימים ספורים לאחר פסק הדין **בנק המזרחי** שבו נקבע כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא חוק חוקתי-על-חוקי, נדונה הבקשה למעצר עד תום ההליכים של נאשם בגניבת כלי רכב. על אף נתוני הסטטיסטיקה שהוצגו בפני בית המשפט כי מדובר ב"מכת מדינה" סירב בית המשפט למעצרו עד תום ההליכים של גנימאת וסירב להכיר בעילה של "הרתעת מעורבים אחרים" בתעשיית גניבות הרכב. בפסק הדין בעניין **גנימאת** נקבע כי -

"מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן. אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. . . הדין הישן מוגן בפני הביטול. עומדת לו מטריה חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו. . . אכן, כל שיקול דעת מינהלי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול דעת שיפוטי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד."⁸²

יצויין כי עיון בהיסטוריה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מלמד כי גישה זו מנוגדת לכוונת המכונן, אשר נמנע במכוון מלכלול בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוראת פרשנות זו.⁸³

3. הגבלת המאסר בהליכי הוצאה לפועל

לאחר כינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עתרה עמותת פרח – סיוע לנפגעי חוקים נגד שר המשפטים, וגרמה למהפכה בהוצאת פקודות מאסר בידי ההוצאה לפועל כנגד חייבים שלא שילמו את חובם.

העתירה עסקה בסמכותו של ראש ההוצאה לפועל להורות על מאסר חייב בשל אי תשלום חוב, כקבוע בסעיף 70 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967.

בפסק הדין נקבע כי הפרקטיקה לפיה מוציא ראש ההוצאה לפועל פקודת מאסר גם בלא שהחייב הופיע לטעון בפניו, אינה תקינה, וכי מעתה, יהא על הזוכה המבקש להוציא פקודת מאסר

⁸¹ דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מ"י**, פ"ד מט (4) 589.

⁸² עניין גנימאת, בעמ' 653.

⁸³ ראו יהודית קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 323, 342-344 והמקורות המצוטטים שם.

נגד החייב, להגיש לראש ההוצאה לפועל בקשה מתאימה, ראש ההוצאה לפועל יקבע מועד לדיון בבקשה, במעמד הצדדים, ויזמן לדיון את החייב. התייצב החייב לדיון, ישמיעו הצדדים טענותיהם בפני ראש ההוצאה לפועל. באותו דיון יכול ותתקיים, בין לבקשת זוכה, בין לבקשת החייב ובין ביוזמת ראש ההוצאה לפועל, חקירת יכולת לחייב. לא התייצב החייב, יצווה ראש ההוצאה לפועל על הבאתו של החייב בפניו.

רק לאחר שיתברר לראש ההוצאה לפועל, שהחייב הוא בעל יכולת ו"אין דרך אחרת לאלץ את החייב לבצע את פסק הדין", רשאי ראש ההוצאה לפועל, לפי שיקול דעתו, להוציא צו מאסר נגד החייב.⁸⁴

⁸⁴ בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715.

חלק ז: שאלות ונושאים לדיון

1. כיצד לנסח את הזכות?

ניתן לנסח את הזכות לחירות אישית במספר צורות:

- הגדרת הזכות לחירות אישית – ללא פירוט של הדרכים בהן ניתן לפגוע בזכות. ("לכל אדם הזכות לחירות אישית" או "אין פוגעים בחירותו של אדם")
- הגדרה המונה את הדרכים המוכרות לפגיעה בחירות, בדומה לניסוח כיום בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ("אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת").
- בצורה מפורטת בסגנון האירופאי וכפי שגם הוצע בהצעות החוקה הראשונות בישראל,⁸⁵ תוך תיאור פרטני של התנאים, המסגרות והדרך בה מותר לשלול את זכותו של אדם לחירות אישית.

2. האם לקבוע בחוקה הליכי ביקורת שיפוטית על המעצר?

- ברוב הצעות החוקה בישראל נכללו הוראות בדבר הליכי ביקורת שיפוטית על המעצר.⁸⁶

3. האם לקבוע בחוקה התייחסות להסגרה?

האפשרויות העומדות בפני הוועדה הן:

- להתייחס להסגרה כאחת הדרכים בהן פוגעים בחירות האישית (כמו בנוסח הקיים של סעיף 5 לחוק היסוד)
- לקבוע סעיף נפרד להסגרה, כפי שהוצע בחלק מההצעות ובוצע בחלק מהמחוקות הזרות.
- להתעלם מנושא ההסגרה ברמה החוקתית ולהשאיר אותו לחקיקה ולפסיקה עתידית.

4. האם לקבוע בחוקה איסור על מאסר לשם תשלום חוב?

רוב המסמכים הבינלאומיים החשובים,⁸⁷ רבות מהחוקות הזרות ואף אחת מההצעות בישראל⁸⁸ קבעו ברמה החוקתית כי אין לאסור אדם עקב אי תשלום חוב כשלעצמו. האפשרויות בנושא זה הן:

⁸⁵ הצעת יהודה פנחס כהן; הצעת פרופ' קלינגהופר; הצעת פרופ' אקצין.

⁸⁶ הצעת יהודה פנחס כהן; הצעת פרופ' קלינגהופר; הצעת פרופ' אקצין; הצעת בנימין הלוי, הצעת חוקה לישראל; הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

⁸⁷ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה האמריקאית, הפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופית לזכויות אדם.

⁸⁸ הצעת יהודה פנחס כהן ("אלא במקרה רמאות").

- לקבוע הוראה ברוח ההוראות בחוקות הזרות ובאמנות הבינלאומיות
- להתעלם מהנושא ולהשאיר אותו להתפתחות שיפוטית.

5. האם יש להסדיר את סוגיית המעצר המנהלי במפורש ובנפרד בחוקה עצמה?

הצעה כזו עלתה במפורש באחת מהצעות החוקה בישראל⁸⁹ והיא משתמעת מכמה וכמה חוקות בינלאומיות, המונות רשימה סגורה של עילות מעצר, שאינה כוללת מעצרים מנהליים.

6. האם יש לקבוע בחוקה פיצוי למי שנפגע עקב שלילה לא מוצדקת של חירות אישית?

הנושא עולה במספר חוקות בעולם⁹⁰ וכן בהצעות שהיו בישראל.⁹¹ בישראל קיימת כיום זכות עקרונית כזו בסעיף 80 לחוק העונשין, כפי שפורט לעיל.⁹² האפשרויות העומדות בפני הוועדה:

- להתעלם מהנושא בחוקה.
- לקבוע את העקרון של פיצוי בחוקה, ולהותיר את פרטיו ומגבלותיו לחוק.

⁸⁹ הצעת יהודה פנחס כהן;

⁹⁰ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה האירופית לזכויות אדם, חוקת פולין, חוקת הונגריה.

⁹¹ הצעת יהודה פנחס כהן; הצעת פרופ' קלינגהופר.

⁹² ראו עמוד 43 לעיל.

חלק ח: רשימת מקורות

1. חקיקה ישראלית

- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו
- חוק סדר דין פלילי [סמכויות אכיפה מעצרים], התשנ"ו-1996
- חוק ההסגרה, התשי"ד-1954
- חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001
- פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971
- תקנות העברת אסירים לארצותיהם, התשנ"ח-1997
- חוק העונשין התשל"ז - 1977
- חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א - 1991
- חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א - 1971
- פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"ט - 1969
- חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט - 1979

2. פסיקה ישראלית

- עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136
- ב"ש 16/87 צננאשוילי נ' מ"י, פ"ד מא(2) 281.
- ב"ש 693/84 מדינת ישראל נ' לויטן מ(1) 544.
- ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ. הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פד"יי לב(3) 359, 337
- בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337
- בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241
- בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת, פ"ד מז(4) 715
- עמ"מ 1/80 מאיר כהנא נ' שר הבטחון, פ"ד לה(2) 253.
- דני"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הבטחון, נד(1) 721.
- בג"צ 2055/02 עביד נ' שר הבטחון, דינים עליון סג 413.
- בש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 221.
- דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט (4) 589.

- בש"פ 4044/90 ריין נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 1
- ע"פ 6182/98 שיינבין נ' היועמ"ש פ"ד נג(1) 62
- ראו ע"פ 11024/02 מנצור נ' מדינת ישראל דינים-עליון סה 3
- ע"פ 1767/94 חגי יוסף ומוסטפא סרסור נ' מדינת ישראל פ"ד נג(1) 505
- בש"פ 9861/01 מדינת ישראל נ' פלוני דינים עליון ס 975.
- רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי, פד"י נב(1) 697

3. ספרות ומאמרים בישראל

- א' ברק פרשנות במשפט - כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ"ד)
- א' ברק "זכויות אדם מוגנות — ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253
- ג'ון סטיוארט מיל על החירות (בתרגום א. סיימון, תש"ו)
- אדי קאופמן, זכויות אדם במערכת הבינלאומית, (משרד הביטחון- הוצאה לאור, תשס"א)
- יעקב בזק, הענישה הפלילית (תשנ"ח).
- יהודית קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323
- הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות- על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257
- מילון אבן שושן

4. פסיקה זרה

(א) ארה"ב

- Giordenello v. United States (1958) [357 U.S. 480, 485-6](#)
- United States v. Montoya de Hernandez (1985) 473 U.S. 531
- Gerstein v. Pugh (1975) [420 U.S. 103](#)
- United States v. Mendenhal (1980) [446 U.S. 544, 554](#)
- Adams v. Williams, (1972) [407 U.S. 143, 146-49](#)
- Kerr v. Illinois, (1886) [119 U.S. 436, 440](#);
- Wong Sun v. United States (1963) [371 U.S. 471](#)
- Davis v. Mississippi, (1969) [394 U.S. 721](#)
- Twining v. New Jersey (1908) [211 U.S. 78, 106](#)

- Stack v. Boyle (1951) [342 U.S. 1, 4](#)
- Schall v. Martin, 753 (1984) [467 U.S. 253](#)
- Ex parte Burford (1806) [7 U.S. \(3 Cr.\) 448](#)
- Payton v. New York (1980) [445 U.S. 573](#)
- United States v. Watson (1976) 423 U.S. 411

(ב) אנגליה

- Edwards v DPP (1993) 97 CR App R 301
- R v Howell (1982) QB 458
- A(FC) and Others v. Secretary of State for Home Department [2004] UKHL 56

(ג) בית הדין האירופי

- Steel v United Kingdom (1998) 28 EHRR 603
- Brogan v United Kingdom (1989) 11 EHRR 117

5. ספרות ומאמרים זרים

- Richard Stone, *Textbook on Civil Liberties & Human Rights*, 4th Ed., Oxford University Press
- Hogg, Peter W., *Constitutional Law Of Canada* (Scarborough, Ontario: Carswell, 3rd Ed 1992) 43-1-16
- *Black's law dictionary* (6th edition)

6. אינטרנט

- אתר האגודה לזכויות האזרח בישראל - <http://www.acri.org.il/>
- האתר המשפטי של האיחוד האירופי - <http://europa.eu.int/>
- אתר משפט אמריקני www.findlaw.com
- אתר משפט חוקתי גרמני - <http://www.iuscomp.org/gla/index.html>. האתר מפרסם חוקים, פסקי דין, ספרות וביבליוגרפיה של המשפט הגרמני בשפה האנגלית.
- אתר "דעת" של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, לימודי יהדות ורוח <http://www.daat.ac.il/>