

קוד פלילי בשעת חירום

עמנואל גרוס*

The risk of abuse to a greater or less degree is inherent in the emergency doctrine. The difference between resort by democratic and an undemocratic regime to emergency powers is to be found not in the nature of the powers exercised but in the safeguards provided for the control of powers and in a governments preparedness to account for its resort to emergency measures before independent judicial or other authority.

Kevin Boyle¹

א. מבוא. ב. הרשת החקיקתית לשעת חירום. ג. הוראות בקוד הפלילי שאסור כי יושפעו על-ידי שעת חירום. ד. מסקנות.

א. מבוא

למקרא כותרת הרשימה ייתכן כי יימצאו מי שיביעו השתוממות: מה עניין שעת חירום לעניין הקוד הפלילי?² נראה לי כי תמיהה זו היא רק למראית עין שכן, כפי שאנסה להוכיח בהמשך, יש קשר בין שני מושגים אלה לפחות במישור המשפט החוקתי של מדינת ישראל.

כידוע, על-פי הכרזת מועצת המדינה הזמנית בשנת 1948 מדינת ישראל נמצאת במצב של חירום להלכה, ולמרבה הצער, נוכח האיום הקיומי מחוץ ומבית, גם במצב של חירום למעשה.

מובן שמדינה הנתונה במצב של איום מתמיד לקיומה – וכאמור לא רק איום היצוני אלא גם איום פנימי מצד גורמים חתרניים המבקשים למגר את שלטונה הדמוקרטי והחוקי – צריכה לשריין בחוקתה הוראה המסמיכה את הרשות המבצעת לנקוט את הצעדים ההכרחיים כדי להגן על עצמה.

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. "Human Rights and Northern Ireland Emergency", in J.A. Andrews (ed.) **Human Rights in Criminal Procedures** (Hauge: Martinus Nijhoff publishers, 1982) 151
2. במונח "קוד פלילי" אנו כוללים הן את המשפט הדיוני והן את ההוראות המינהליות פליליות, דוגמת מעצרים מינהליים, צווי הריסה, צווי הגבלה ועוד. רשימה זו תתמקד בעיקר בתחיקה הפלילית הדיונית והמינהלית.

אכן מצאנו בתהיקה של מדינת ישראל הוראות אחדות המסדירות חקיקה מיוחדת בשעת חירום. גם "ירשנו" מהאנגלים כמה דברי חקיקה שנחקקו בשעת החירום של המנדט הבריטי על ארץ-ישראל. בכל זאת נדרשת השאלה הבאה: כיצד חקיקה זו השפיעה או עלולה להשפיע על יכולתנו לעצב לעצמנו קוד פלילי גאור שישקף את ערכיה החשובים והמרכזיים של המדינה?

גם בשעת חירום אין אנו פטורים מלתת את דעתנו על הסמכויות והכוחות שהוענקו לרשות המבצעת כדי לשנות את המשפט הפלילי או להשהות את פעולתו לשעה.³ לפיכך אחלק את סקירתו זו לשלושה נושאים עיקריים:

- הרשת החקיקתית לשעת חירום.
- הוראות בקוד הפלילי שאסור כי יושפעו משעת חירום.
- מסקנות.

ב. הרשת החקיקתית לשעת חירום

בשנת 1992 תוקן חוק-יסוד: הממשלה שקבע, בין השאר, את ביטולו של סעיף 9 ההיסטורי לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948,⁴ המסדיר את סמכות הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום.⁵

לימים תוסדר סמכות זו בסעיף 50 לחוק האמור. לפי סעיף 49 רשאית הכנסת, ביוזמתה או על-פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום במדינה. תוקפה של הכרזה זו לשנה אחת, אלא אם בוטלה לפני כן או הוכרזה בשנית. אם הנסיבות אינן מאפשרות את כינוסה של הכנסת, רשאית הממשלה להכריז על קיומו של מצב חירום במדינה.⁶

3. שכן, גם בשעת חירום, כאשר מטבע הדברים האינטרס הקיומי מקבל הדגשת יתר, אין לו תוחלת אם הוא מתעלם מאינטרסים חיוניים אחרים. וכדבריו של פרופ' זמיר:

"...National security, though a necessary condition for national survival, is not an end in itself, this is so because survival, too is not an end in itself, but rather a necessary prerequisite for honourable existence".

"Human Rights and National Security", 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 375, 379

4. תיקון זה יכנס לתוקף עם כינונה של הכנסת הארבע-עשרה.

5. הסדר נוסף להתקנת תקנות שעת חירום, במקום סעיף 9 הנוכחי לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מוצע בהצעת חוק-יסוד: החקיקה, היח התשנ"ג 91. מקצת הוראות אלו סותרות את ההוראות הקיימות כעת בחוק-יסוד: הממשלה. כך, למשל, תקופת ההכרזה למצב החירום של הכנסת ושל הממשלה שונה על-פי שני החוקים. יתר על כן, על-פי חוק-יסוד: הממשלה אין לפגוע באמצעות תקנות שעת חירום ב"כבוד האדם". לעומת זאת, אין כל התייחסות לעניין זה בהצעת חוק-יסוד: החקיקה. על כל פנים, נדמה כי בתי-המשפט יהיו פטורים מלדון בסתירות אלו, שכן אם הצעת החוק תעבור את כל שלבי החקיקה, יש בה הוראה המבטלת את ההסדר הקיים כעת לגבי תקנות שעת חירום בחוק-יסוד: הממשלה. וראו גם: ש' שטרית, "חקיקת חירום בישראל לאור הצעת חוק-יסוד: החקיקה", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 433.

6. תוקפה של הכרזה זו הוא לשבוע ימים.

לאחר מתן ההכרזה ועל יסודה רשאית הממשלה, לפי סעיף 50, להתקין תקנות שעת חירום "כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום ההספקה והשרותים החיוניים". סעיף זה אף קובע כי אם לא ניתן לכנס את הממשלה, משום מצב החירום, עוברת הסמכות להתקין תקנות לראש הממשלה או לשר משרי הממשלה שהוסמך לכך על-ידי. השאלה הראשונה העולה בהקשר תקנות אלו היא, כמובן, לגבי תוקפן והיקף תחולתן. את התשובה לכך נמצא בסעיף 50(ג):

תקנות שעת-חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק.

ועל מה לא יחולו התקנות? סעיף 50(ד) מלמדנו כי:

אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

ולמטה מזה מלמדנו סעיף 50(ה) על הגבלה נוספת חשובה:

לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

אין כל ספק בעיני כי הסייג האמור בסעיף קטן (ד) לעיל חשיבותו מבחינה חוקתית גדולה. שכן הוא אמור להבטיח הסדר מינימלי, שכן גם בשעת חירום ואולי דווקא תחת אצטלה זו עלול השלטון לבקש לפגוע בסוג מסוים של בני אדם על-ידי חקיקה שתפקיע את זכותם הבסיסית לפנות לערכאות או אף תמנע את הממשלה בשעה מיוחדת זו מלהיחשף לביקורת בתי-המשפט. ולכן בהקשר זה יש להוסיף כאן את הוראת סעיף 22 לחוק-יסוד: השפיטה, משנת 1984, שלפיו:

אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

כלומר, אין בכוחן של תקנות אלו להשעות את פעולת בתי-המשפט או את זכותו של האזרח לפנות אליהם בבקשה לקבלת סעד.

לא פחות חשובות לנושא הקוד הפלילי הן קביעותיו האחרות של סעיף 50(ד), שלפיהן אין התקנות יכולות לקבוע ענישה רטרואקטיבית, תוך שמירה על אהת מהוראותיו המהותיות של עקרון החוקיות, וכן כי אין בכוחן לפגוע בכבוד האדם. האם יש לקרוא מונח זה של "כבוד האדם" יחד עם המונח המופיע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוחק גם כן בשנת 1992? אם תאמר כך, ייתכן כי תתעורר בעיה, שלפיה היטיבה הוראה זו להבחין בין כבוד האדם לבין חירותו, מונח נפרד ורבי-משמעות שחשיבותו בענייננו גדולה במיוחד. עניין זה נשאר ב"צריך עיון".

עוד נקבע בסעיף 50(ו) כי:

תוקפן של תקנות שעת-חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על-ידי הכנסת או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

אכן גם בהוראה זו יש משום הטלת סייג על כוחה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, לפחות לגבי משך הזמן שלהן, שכן בכל מקרה תוקפן לא יכול לעלות על שלושה חודשים ללא התערבות הרשות המחוקקת. הגבלה מהותית ועניינית נמצאת אולי בסעיף 50(ה) הקובע כי:

לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוון הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

למעשה, הוראה זו יש לקרוא יחד עם הוראת סעיף קטן (א), שלפיו גם לאחר שהוכרו מצב חירום במדינה אין להתקין את התקנות אלא לשם ההגנה על שלום המדינה, ביטחון הציבור וקיום ההספקה והשירותים החיוניים. אך, כאמור, קידומן של מטרות אלו מותר רק אם הדברים דרושים בשל מצב החירום. בשלב זה אני מבקש להצביע על פרכה מסוימת העולה מהוראות חוק-יסוד: הממשלה. כזכור קובעת הוראת סעיף 50(ד) כי אין לפגוע באמצעות התקנות בכבוד האדם. לעומת זאת, מצאנו בסעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי:

אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע את תוקפו או לקבוע בו תנאים. ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חרום בתוקף ההכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

כיצד ניישב בין הוראות אלו? שהרי מחד גיסא, לפי הוראות סעיף 50(ד), מחליפו של סעיף 9 הנוכרי, אין להרשות פגיעה בערך כבוד האדם. לעומת זאת, ומאידך גיסא, דווקא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר לכאורה פגיעה בערך זה. אין כל ספק כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא בבחינת "מהפיכה חוקתית", כהגדרתו של השופט ברק.⁷ הוא העלה לרמה חוקתית זכויות אחדות, שעד אז לא היו קבועות "עלי ספר". החוק עצמו אינו כגדיר את ההיקף או את התכנים של צמד המושגים

7. א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א' (תשנ"ב-תשנ"ג) 9.

"כבוד האדם וחירותו" אך סעיפיו השונים מונים מקצת הערכים המוגנים הכלולים במושגים אלה. כך, למשל, מבהיר סעיף 2 לחוק כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" ולמטה מזה המחוקק פורס את יריעתו על חירות האדם ממאסר, מעצר או הגבלה "בכל דרך אחרת".⁸

כמו כן, המחוקק מדגיש את זכות האדם לפרטיות ולצנעת הפרט, לקניין, לחופש התנועה, ולגבי אזרחים – גם חופש הכניסה לישראל.⁹

השאלה היא, כמובן, האם אזכורם של זכויות ספציפיות אלו ממצה את תוכנם של המושגים "כבוד האדם וחירותו"? השופט ברק סובר כי בחינת הדברים על-פי התכלית החקיקתית תלמדנו כי יש להשיב על כך בשלילה.¹⁰

שאלה אחרת חשובה לענייננו היא, אם התכנים של מושג "כבוד האדם" המוזכר בחוק יסודי: הממשלה, שהוא "חסין מפגיעה" על-ידי תקנות שעת חירום, זהים לתכנים של מושג זה בחוק יסודי: כבוד האדם וחירותו, שלפי האמור בסעיף 12 ניתן לפגוע בו על-ידי תקנות אלו "ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה, לתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש".

על-פי פשוטם של דברים היינו אמורים להקנות למושג "כבוד האדם"¹¹ אותו תוכן בשני החוקים, ואז היינו באים לידי סתירה בלתי נמנעת ובלתי ניתנת ליישוב ובית-המשפט היה צריך לבחור באחת משתי ההוראות הסותרות. אך ניתן לחשוב על דרך פרשנית נוספת, שתצליח אולי ליישב בין שתי הוראות אלו. ניתן לומר כי "כבוד האדם" המוזכר בחוק יסודי: הממשלה הוא למעשה אותו מקבץ מינימלי של זכויות אדם שאין לפגוע בהן, גם לא בשעת חירום, ואלו הן בדיוק אותן זכויות המוגנות גם על-ידי סעיף 12 לחוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. כלומר הפגיעה בהן תיחשב בהכרח כהגבלה שלא לתכלית ראויה או במידה העולה על הנדרש.

במסגרת מינימום זה ניתן להדגיש את "המגנה כרטה" של האזרח גם בשעת חירום, דהיינו אותן ערבויות חוקתיות כי "כבוד האדם" שלו לא ייפגע.

זהו אותו איוון מתחייב ובסיסי בין אינטרס המדינה באותה שעה להבטיח את אזרחיה מפני תוקפנות או איום – פנימי או חיצוני – לבין האינטרס של האדם כי גם בשעה זו לא ישללו את יכולתו להמשיך ולהחזיק בכבודו כאדם.

כך, למשל, אין להעלות על הדעת כי בשעת חירום תורשה המדינה לשלול מבני אדם הנמצאים בשטחה את החירויות הבסיסיות שלהם שלא בהליך ראוי, דוגמת מעצרו של אדם בדרך מינהלית ללא פיקוח הרשות השופטת, או החרמת נכסיו של אדם ללא כל מנגנון

8. סעיף 5 לחוק.

9. סעיפים 3, 6 ו-7 לחוק.

10. א' ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253, 261-259.

11. לתכניו האפשריים של מושג זה ראו א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד) 271. וכן: Paust, "Human dignity as a constitutional right: a jurisprudential inquiry into criteria and content", 27 How. L. J. (1984) 145.

בקרה או פיקוח. או, אם לפנות לדוגמה נוספת, אין להעלות על הדעת כי ניתן להרשות שימוש בעינויים בשעת חקירה, אפילו אם מדובר בשעת חירום.

לצער, ניתן למצוא גם כיום אי-עמידה במינימום זה בתלק מהוראותיהן של תקנות לשעת חירום המנדטריות משנת 1945, שנדבר בהן בהמשך.

ייתכן כי גישה פרשנית זו, "המפשרת" בין שני החוקים הנזכרים עשויה לקבל חיזוק נוסף מהגישה המקובלת בפסיקה כי יש לפרש את תחיקת החירום שלנו על-פי עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. ברוח זו ניתן איפוא להגות כי המחוקק לא התכוון לפגוע ב"כבוד האדם" כמובנו הצר, הבסיסי, התוחם קווים "אדומים" לגבי זכויות יסוד שאין לשלול אותן או לגבי אופייה הרמוקרטי והיהודי של המדינה שאין לפגוע בו.¹²

עד כאן, בקיצור, אוזכרו של החוק המרכזי שמכוחו הממשלה מוסמכת להתקין תקנות לשעת חירום. יש להדגיש, שלא התייחסנו כאן לשאלה כיצד ניתן לפגוע באמצעות חקיקה זו בהוראותיו של הקוד הפלילי. נושא זה יידון בהמשך.

רובד נוסף של תחיקת חירום כולל את כל החקיקה המנדטרית או הישראלית, שהיא למעשה חקיקה ראשית, שכוונה מראש להסדיר נושא או נושאים מסוימים בשעת החירום שנמצאה בה המדינה באותה עת, לדעת המחוקקים. בהמשך נעמוד על דוגמות בולטות בנושא זה.

דבר החקיקה הראשון הראוי לאיזכור בנושא זה הוא, כמובן, תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. יש בשם זה כדי להטעות, שהרי לא מדובר בחקיקת משנה אלא בתחיקה מנדטרית ראשית, שכמותה נהגו בשאר המושבות הבריטיות באותה עת.

למותר כיום לעמוד על אופיין הדרקוני של תקנות אלו, שיש בהן משום רמיסת זכויות בסיסיות של האדם. הן שימשו את הבריטים בעיקר כנגד היישוב היהודי, ושוב באצטלה של נימוקי ביטחון ורצון לשמור על הציבור בארץ-ישראל. תקנות אלו הותקפו קשות ונמצאות על-ידי הדיוטות ומשפטנים כאחד¹³ מאז הקמת המדינה, אך בדרך כלל ללא

12. על האופן שבו יש לפרש את תחיקת החירום בהתאם לעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, ראו, למשל, בג"צ 608/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 620, וכן ע"א 105/92 דאם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח' (טרם פורסם).

13. ראו, למשל, חבר ועדת החקירה האנגלו-אמריקנית ריצ'רד קרוסמן, שציין ב-1946 בדו"ח שלו כי: "I certainly had no idea of the severity of the emergency regulation ... there can be no doubt that Palestine today is a police state". R. Crossman, *Palestine mission: a personal record* (New York and London: Harper and Brothers, Leng S.C. (ed.) *Coping with crises* (London: University press of 1947) 129 in America, 1990) 6. וראו גם המקורות המוזכרים בספר זה, בעמ' 36. ראויים במיוחד לאזכור דבריו בכנסת של מנחם בגין, כפי שצוטטו בספרו של קרוסמן בעמ' 7 לאמור:

"...ישנם חוקים רודניים, ישנם חוקים בלתי מוסריים, ישנם חוקים נאציים... אני קובע שהיועץ המשפטי שלך אמר בפני בית-דין בריטי שחוקי החירום שבהם השתמשת לא נחקקו כמותם אפילו בגרמניה הנאצית. אל תשאל אותי מי קובע איזה חוק הוא נאצי ואיזה חוק

הועיל.¹⁴ בית המשפט העליון לא מצא כל דרך חוקית לבטלן בדרך שיפוטית או להכניס בהן סייגים מהותיים.

כאמור, בחלקה השני של רשימה זו אעמוד על זיקתה והשפעתה של תחיקת חירום זו על דמותו של הקוד הפלילי הישראלי, אך כבר כאן אעיר, שתקנות ההגנה בלבדושו המשפטי הנוכחי מהוות מכשול חמור בדרך לעיצוב קוד פלילי ישראלי שיבטא נכונה ובצורה מאוזנת את האמנה החברתית שלנו.

אחד הביטויים המוצלחים המועטים עד כה לביקורת שהוטחה על המשך קיומן של תקנות ההגנה היתה יוזמתו של שר המשפטים המנוח, שמואל תמיר, בשנת 1979, להכניס תיקונים בנושא מה שמכונה "מעצר מינהלי", באופן שיבוקר על ידי ערכאה שיפוטית גבוהה ובאופן תדיר יותר מהקבוע בתקנות. וראו בעניין זה חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979. כבר בסעיף 1 אנו מוצאים הגבלה כלשהי באשר לתחולתו. נאמר בו כי "חוק זה לא יחול אלא בתקופה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948".

אף לגבי מוסד זה של "מעצר מינהלי" אייחד דברים בהמשך. אך אעיר כבר עתה כי הוא נוגד, לדעתי, אותו מינימום של "הליך תקין",¹⁵ הנדרש בהליך פלילי. במיוחד כשמונעים מאדם להתגונן מפני החשד המיוחס לו, או מצפים כי הרשות השופטת תהא מסוגלת לפסוק נכון שלא במסגרת ההליך הפלילי הרגיל. זהו "תרגיל אינטלקטואלי" כמעט בלתי אפשרי. חוק נוסף, שראוי להביאו כאן, הוא החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (מעצרים בשעת חירום מיוחדת), התשמ"ב-1982.¹⁶ למעשה, כפי ששמו מעיד עליו, החוק

הוא בלתי מוסרי. החוק שהשתמשת בו הוא נאצי, הוא רודני, הוא בלתי מוסרי, וחוק בלתי מוסרי הוא גם חוק בלתי חוקי... אבל מן הרגע הראשון השמענו את האזהרה: אם התוקים האלה, חוקי הטרור של שלטון דיקוי, י שארו במדינת ישראל - ביום מן הימים לא ימצא חוג שלא ייפגע מהם. בא היום אשר בו חוג אחד ניפגע מהם, ואין זה חשוב מיהו הנפגע". (ד"כ תשי"א 1807).

14. אחד המקרים היוצאים מן הכלל הוא ביטול מוסד הגירוש ותיקון המעצר המינהלי. ראו חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979.

15. כמושג המייצג את המינימום להליך פלילי שבאמצעותו ניתן לעשות צדק. עם זאת, יש הסוברים כי בשים לב לצורך המיוחד של מעצר אדם שלא בדרך המקובלת בשעת החירום, אין לבקש מבית המשפט להיות מעורב בכך: A. Dershowitz, "Preventive Detention: of Citizens during a National Emergency - A Comparison between Israel and the United States", 1 *Israel Yearbook on Human Rights*, (1971) 316 על השפעת חקיקה זו על מוסד המעצר המינהלי בשטחים ראו, I. Zamir, "Administrative Detention", 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 150.

16. חוק זה היה בתוקף במשך חודשים מספר עד 7.3.1983. ראו סעיף 1 לחוק, ס"ח התשמ"ב 278.

הוא קיבוע של תחיקה מכוח תקנות ההגנה, קרוב לוודאי על רקע מלחמת שלום הגליל. על-פי תכניו, כפי שנראה מיד, הוא היה עלול לבטל את מעט הקדמה שהושגה בחוק הסמכויות לשעת חירום משנת 1979.

חוק זה קבע כי כל זמן שעומדת הכרות הממשלה בדבר שעת חירום מיוחדת, רשאי מפקד בצבא שדרגתו תת-אלוף לפחות, מטעמים של ביטחון המדינה או ביטחון הציבור, להורות על מעצרו של תושב המדינה,¹⁷ או של מי שאינו אזרח ישראלי, לתקופה של עד שלושה חודשים¹⁸ ותקופה זו ניתנת להארכה מפעם לפעם על-פי שיקול דעתו של המפקד הצבאי.¹⁹

החוק קבע כי זכותו של העצור לערער בפני ועדה משפטית של שלושה חברים, שיושב הראש שלה הוא שופט,²⁰ כדי להסיר ספק קבע סעיף 4, כי כאשר נעצר אדם לפי חוק זה, לא יחולו הוראותיו של חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979. המסקנה הכמעט מתבקשת מהוראת סעיף 4 זה היא, כי למעשה החוק הסיג לאחור את התכלית החקיקתית של החוק משנת 1979, והחזיר אותנו במידה מסוימת להוראות המעצר המינהלי לפי תקנה 111 לתקנות ההגנה מ-1945, הוראות שבוטלו והוחלפו על-ידי החוק משנת 1979.

יתר על כן, בשעת חירום מיוחדת אין כל פיקוח פרלמנטרי על תוקפו של החוק. הרשות המבצעת היא האחראית לבדה למשך פעולתו, ואינה חייבת להיוועץ בכנסת בנושא זה. למותר לציין שהסמכת הרשות המבצעת לפגוע בחירות כה בסיסית של האדם, רק משום שלא נמנה באותה עת עם אזרחי המדינה, היא מטרידה ודורשת מחשבה גוספת בנדון.

בפרק הבא אני מבקש להזכיר עוד תחיקה אחת המתייחסת לשעת חירום. כוונתי לחוק סמכויות חיפוש בשעת חירום (הוראת שנה), תשכ"ט-1969, שלפיו כל זמן שקיים במדינה מצב חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948,²¹ רשאי כל שוטר, חייל, חבר הג"א או אדם אחר ששר המשטרה הסמיכו לכך, לערוך חיפוש בכליו או בגופו של כל אדם אגב כניסתם לבניין או לחצרים מגודרים, או בעת שהייתם של אדם או של רכב בנמל, וכל זאת אם הדבר דרוש לדעתם כדי לשמור על ביטחון הציבור.²² ושוב, על זיקתו של דבר חקיקה זה לדמותו של הקוד הפלילי נעמוד בהמשך.

17. החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (מעצרים בשעת חירום מיוחדת), התשמ"ב-1982, נחקק על רקע הצורך לעצור "מובאים מלבנון" בתחילת מלחמת שלום הגליל והחשודים בפעילות חבלנית עויינת ובמעשי טרור, בפרק זמן קצר. ראו ד"כ תשמ"ב 3582.

18. ראו סעיף 2(א) לחוק הנזכר.

19. סעיף 3 לחוק.

20. ראו סעיף 3 לחוק האמור.

21. בעתיד יוחלף בסעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה.

22. ראו סעיף 2(א)(1) לחוק הנזכר.

ג. הוראות בקוד הפלילי שאסור כי יושפעו על-ידי שעת חירום

משנדרשתי לתת כותרת לרשימה זו, לא ידעתי במדויק מה הוא היקף הנושא. תחילה ביקשתי רק לבחון את השפעת חקיקת החירום על ההוראות המהותיות של חוק העונשין, אך לאחר למידת הנושא אני מוטרד יותר מהשפעתה האפשרית על המשפט היודקטיבי, המשפט הפרוצסואלי, תחום שבו חבויות זכויות אדם בסיסיות לא פחות מאשר בתחום המשפט המהותי.

כך, למשל, אני מוטרד מהשפעתה של חקיקת חירום על חירות האדם להמשיך ולהתהלך חופשי²³ לא פחות משאני מוטרד מהשפעתה על ענישה רטרואקטיבית, או על ענישה קולקטיבית, או על יצירת פשעים בתחום האחריות הקפידה.

בהקשר זה נשוב כעת אל הוראות סעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה, העתיד כאמור להחליף את סעיף 9 המפורסם לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. הכנסת ראתה להגביל את הרשות המבצעת בהתקנת תקנות שעת חירום בתחומים אחרים בלבד. כך, למשל, אין הממשלה רשאית להתקין תקנות שיקבעו עבירות למפרע, או למנוע מאדם מלפנות לערכאות²⁴ או לפגוע בכבוד האדם.²⁵

כבר עמדנו קודם על חוסר הלכידות בין הוראת סעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה לבין סעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין להבין כיצד לפי הוראה אחת אין כל סמכות לרשות המבצעת לפגוע בכבוד האדם ודווקא החוק המסדיר נושא זה מאפשר פגיעה ו"בלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש".

עד שלא נדע את תכניו המדויקים של מושג "כבוד האדם" ונסכים עליהם, לא נוכל לדון ברצינות מתי פגיעה או שינוי באחד האינטרסים המוגנים על-ידי הקוד הפלילי ייחשבו גם לפגיעה בערך כבוד האדם.²⁶

הוא הדין ביחס לפרשנות המושג "תכלית ראויה". עד שלא נדע את גבולותיו ממילא נתקשה לאונו כנגד פגיעה בערך כבוד האדם.²⁷

23. כמובן במקומות שאין לגישה אליהם כל קשר עם מצב החירום.

24. הוראה זוהי מצאנו בסעיף 22 לחוק-יסוד: השפיטה. וכן ראו סעיף 18(ב)2 להצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ג 91.

25. סעיף 50(ד) לחוק.

26. ראו דיון בנושא זה בטקסט המתלווה להערת שוליים 7 וכן ראו א' ברק (לעיל, הערה 11); א' ברק (לעיל, הערה 10) 259-261; י' קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א' (תשנ"ב-תשנ"ג) 323, 351-352.

27. השופט ברק מציע כי התכלית הראויה תמשיך להיבחן על-פי הפרקטיקה הקיימת, שלפיה "השופט הפרשן יבחן את לשון החוק ואת ההיסטוריה החקיקתית שלו. הוא יפעיל חזקות שונות המעמידות את המחוקק בחוקתו, שתכלית החוק לא באה לפגוע בעקרונות היסוד של השיטה. על בסיס כל אלה תגובש תכלית החקיקה". ראו א' ברק (לעיל, הערה 7) 28. וכן בג"צ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י ואח' נ' שרת העבודה ואח', פ"ד ו 237, 245.

מדוע ראתה הכנסת לנכון להגביל את הרשות המבצעת אך לשלושת עמודי התיכון האלה? האם ניתן ללמוד מכך כי לגבי זכויות בסיסיות אחרות הותרה הפגיעה? גותיר שאלה זו בינתיים ב"צריך עיון" ונעבור לדון בנושא אחר.

אף שאין עדיין כל ביטחון באשר להיקף הערובות הדיוניות בתחום הפלילי, המוגנות עליידי חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן להסכים עם פרופ' ברק כי היקפו של מושג זה נגזר מארבעה נושאי ציר:

1. כבוד האדם הוא כבודו של כל אדם באשר הוא אדם.
 2. חופש הרצון של האדם.
 3. שמירת חייו או שלמות גופו של אדם.
 4. כבוד האדם מניח כי אין הפרט בבחינת אמצעי לסיפוק צרכיו של פרט אחר, וכי לחברה יש רצון לכבד ולהגן על כבודם של בני אדם.
- נושא זה מסביר ומסדיר את הערובות התחיקתיות של חשוד או נאשם במסגרת הליך פלילי, שכן הגנה על כבוד האדם מניחה כי אין לפגוע בזכות של אדם ללא הליך ראוי. ומהו הליך ראוי? על כך כמובן ניתן להתווכח, אך נדמה כי מעבר לכל ויכוח כזה יעמדו הזכויות הבאות של כל חשוד או נאשם:
- הזכות הבסיסית להישמע לפני קבלת כל החלטה בעניינו העלולה להשפיע על חירויותיו. החזקה כי כל אדם הוא חף מפשע, כל עוד לא הוכח אחרת, ועול ההוכחה תמיד ולעולם יוטל על שכם הטוען לחוסר חפות.
- הזכות למשפט הוגן, הכוללת זכות למשפט אובייקטיבי עליידי שופטים בלתי תלויים וללא משוא פנים; הזכות למשפט פומבי ובתוך זמן קצר; הזכות לדעת במועד את עילת המעצר ואת האשמות המיוחסות לחשוד או לנאשם; יכולתו להתגונן באפקטיביות. באלה, לדעתי, כלולים נושאים חשובים כגון הזכות הבלתי מסויגת להיוועץ בעורך דין, לרבות חובת הרשויות ליידע אדם על זכותו זו וכן למנות לו פרקליט אם ידו אינה משגת לעשות זאת.
- זכותו של כל חשוד או נאשם להשתחרר בערבות הוגנת. הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, הזכות כי אדם לא יורשע בשל התנהגות שאין בצדה מחשבה פלילית או בשל התנהגות שלא הוגדרה באותו זמן כעבירה. זכות האדם כי לא ישא בשל חטאיו של אדם אחר.²⁸
- אין לראות ברשימה זו משום מיצוי המגנה כרטה של החשוד או הנאשם בהליך הפלילי, אלא רשימה מדגימה בלבד.

בהמשך מציע פרופ' ברק כי על הפרשן יהיה להתחשב גם ברמת ההפשטה "שכן לרוב, ככל שרמת ההפשטה תהא גבוהה יותר היא עשויה להתאים יותר לערכיה של השיטה, ולהיתפס כתכלית ראויה" (שם, 29). ובעניין זה ראו גם א' ברק, "חוקי־יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, 208-210.

28. א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" (לעיל, הערה 26) 281.

לא כל הזכויות הדיוניות המוכרות לנו כיום ייכללו בהכרח במושג "כבוד האדם". כך, למשל, החקירה הנגדית שהיא סימנה הבולט של השיטה האדוורסרית, שאנו משתייכים אליה, לא תיכלל בהכרח במושג זה.²⁹

אמנם השימוש בתקנות, אם אכן יעשה ניסיון להשעות את ההליך הראוי, יחייב את הרשות המבצעת לשכנע כי פעולותיה נופלות בדל"ת אמותיו של החוק המסמיך וכי העניין היה דרוש וחיוני לשם שמירה על אחד האינטרסים המוזכרים בחוק. אך לגבי דידי, ערובות פרוצדורליות אלו אין לפגוע בהן גם לא באמצעות התקנות. כל ניסיון כזה יהיה בבחינת פגיעה בזכות יסוד של האדם, באופן שאינו הולם מדינה דמוקרטית הנמצאת במצב חירום.³⁰ אולם כדי למנוע כל ספק בעניין זה, ראוי היה כי המחוקק ישריין זכויות אלו במפורש כפי שהתכוון לעשות בהצעת חוק יסוד: זכויות במשפט.³¹

בהקשר זה ראוי להוסיף כי במסגרת הערובות הפרוצדורליות הנכללות, לדעתי, במושג "כבוד האדם" נמצאים גם עקרונות דיני העונשין שמקצתם כבר הוזכרו,³² שאף הם מוגנים או משוריינים מבחינה מהותית מפני פגיעה, אלא אם כן בתי המשפט יסברו כי לא כולם כלולים באותו גרעין צר של מושג "כבוד האדם", שהוזכר בחוק יסוד: הממשלה ונדרון כאן קודם.

בכל מקרה, גם על-פי הגישה הפרשנית הגורסת כי אין לך ערובות חוקתיות פליליות החסינות מפני שינוי או הגבלה על-ידי חקיקת חירום, גם אז ראוי כי פגיעה שכזו תיעשה על-פי התפיסה האומרת כי רק אם איזון האינטרסים יביא לידי ודאות קרובה של פגיעה באחד האינטרסים המוגנים על-ידי חקיקת חירום, רק אז ניתן לאשר פגיעה במידה הראויה באותה ערובה דיונית.

לסיכום, תקנות שעת חירום מאפשרות כיום, ולו להלכה בלבד, לשנות את פניו של המשפט בישראל, הן במישור הפרוסצואלי – ובמיוחד למנוע פגיעה אפשרית בהוראות בסיס שהיו לחלק מן המגנה כרטה של כל השוד או נאשם במדינה מתוקנת – והן במישור דיני העונשין והעבירות, שהם לב-לבה של השיטה המשפטית שאנו אמונים עליה.

נושא אחר שיש לו השלכה על הקוד הפלילי של מדינת ישראל הוא החקיקה הראשית שנחקקה בשעת חירום, אך מלווה אותנו מאז ואין בה בדרך כלל הגבלה למשך זמן תחולתה. בראש ובראשונה אני מתכוון לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שעל אופיין

29. זו לפחות דעתו של פרופ' ברק: "רבות מזכויות הנאשם נגזרות מכבוד האדם, אך לא כולן. הזכות לחקירה נגדית אינה חלק מכבוד האדם". (שם, 285). איני בטוח בצדקת מסקנתו זו של ברק, שכן בלעדי היכולת לחקור את מאשימיך אין לך למעשה יכולת של ממש להתגונן. לכן אני סובר, כי נושא זה ראוי לליבון נוסף.

30. סעיף 18(ב1) להצעת חוק יסוד: החקיקה.

31. ה"ח התשנ"ד 99.

32. למשל, כי אין עבירה רטרואקטיבית או אין עבירה בלא יסוד של מחשבה פלילית. עניין אחרון זה מוסדר כיום בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994.

כבר עמדתי קודם.³³ למרות שמן, תקנות אלו הן חקיקה ראשית ואינן מוגבלות דווקא לזמן חירום, תחולתן בכל זמן שהוא. הן מאפשרות לממסד הצבאי לנקוט אמצעים, לכאורה מינהליים,³⁴ כנגד בני אדם החשודים בפעילות חתרנית נגד ביטחון המדינה או ביטחון הציבור.

במיוחד הטרידה בעבר האפשרות לגרש אדם מאדמתו בלא משפט, בלא הוכחת אשמה בדרך הראויה, ובלא יכולת של ממש מצד המועמד לגירוש להתגונן כראוי כנגד החשדות שהועלו נגדו, שלא היה בהכרח זכאי לדעת אותם.³⁵ אפשרות זו של גירוש מכוח תקנות ההגנה בוטלה בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979. חוק זה המשיך לאפשר שימוש באמצעי "מינהלי" נוסף – המעצר המינהלי.

לכאורה, המעצר המינהלי נוגד את זכות היסוד של כל אדם לחירות מפני הגבלת תנועתו, וזאת בלי הליך ראוי. חירות זו מוגנת לא רק בחוקים המסדירים את נטילת החופש על-פי הליך ראוי³⁶ אלא כיום גם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, חוק-יסוד זה קובע במפורש כי אין הוא מתכוון לשנות מכל הוראת דין קודמת.³⁷ יוצא איפוא כי ניתן כיום לעצור אדם שלא על-פי ההליך הפלילי הרגיל, ולתקופה לא מבוטלת, אם כי, וגם זאת צריך לומר, חוק-היסוד תיקן באופן ניכר את המצב הקודם.³⁸ עם זאת, כבר עמדנו על השינויים שהכניס החוק בעניין הארכת תוקפן של תקנות חירום (מעצרים בשעת חירום מיוחדת), התשמ"ב-1982, בנושא המעצר המינהלי, ובכך למעשה – בשעתו – הסיג לאחור את המצב.

אף שברור לי כי הצדקתו המוסרית של מוסד המעצר המינהלי היא, בראש ובראשונה, מטעמים של שמירה על ביטחון המדינה ושלום הציבור, איני בטוח כי הוא מבטא כיום את האיוון הנכון בין כל האינטרסים, ובמיוחד שמירת דמותו של הקוד הפלילי כקוד עונשין

33. ראו גם בהקשר זה את סקירתו המאלפת של פרופ' זמיר (לעיל, הערה 3).
34. ואולי משום הגדרת סמכויות או אמצעים אלה כמינהליים, אין לראות בהם ענישה ולכן גם אין כביכול לבוחנם או למודדם באמת-המידה של דיני העונשין.
35. למעשה, לא היתה למועמד לגירוש כל גישה לחומר המוחזק בידי שירותי הביטחון ואף לא היתה לו הזכות לעיין בחומר זה. נושא זה היה מסור לשיקול דעתה של הוועדה המייצעת למפקד הצבאי, ולכל היותר היה ניתן להעמיד החלטה זו במבחן בג"ץ.
36. כוונתי בעיקר לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחפוש) (נוסח חדש), תשל"ט-1969, וחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982.
37. ראו הוראת סעיף 11 לחוק.
38. כך, למשל, בדרך כלל רק שר הביטחון מוסמך לעצור אדם בתחום מדינת ישראל. את העצור יש להביא בתוך 48 שעות לפני גשיא של בית-משפט מהווי לשם קבלת היתר להמשך החזקתו. התקופה המרבית המותרת להחזיק אדם במעצר לפי חוק זה היא 6 חודשים, אם כי מותר לשר הביטחון להורות על הארכת התקופה, כל פעם ב-6 חודשים נוספים. החוק קובע גם כי יש להביא את עניינו של העצור לעיון נוסף מדי 3 חודשים. לנשיא יש מלוא הסמכות לשנות את צו המעצר או לסייגו ככל שימצא לנכון.

נאור. ספקותי גוברים בעיקר נוכח מגמת המחוקק לעקוף את התיקון שהוכנס בשנת 1979 באצטלה של מצב חירום מיוחד. הייתי מעדיף כיום חקיקה המבטלת את מוסד המעצר המינהלי לחלוטין.

קצרה היריעה לדון כאן בכל ההיבטים הקשורים בתחיקת החירום למיניה. אסתפק איפוא בהערה כי חקיקה זו פוגעת קשות בחירויות יסוד המוגנות על-ידי ההליך הפלילי. ייתכן שהיה ניתן להצדיקה על רקע הנסיבות בעת חקיקתה, אך איני משוכנע כי ניתן כיום להמשיך ולהצדיקה.

ד. מסקנות

ברשימה זו ביקשתי להעיר על היבט מסוים בהוויה הישראלית ובתחיקתה, ועל השפעתה של תחיקה זו על אופיו של הקוד הפלילי במדינת ישראל.

מובן שמדינה כמו ישראל, למודת האיומים מבית ומחוץ, תבקש להתגונן בכל האמצעים העומדים לרשותה כולל חקיקת חירום. אכן, תקופת חירום בחייה של אומה היא תקופה מיוחדת שפעמים אף מצדיקה סטייה מנורמות משפטיות היפות לתקופת שלום ורגיעה. אך דווקא בשעת חירום זו נבחן עם במידותיו ובויקתו לחירויות האדם. קל מאוד להתפתות ולהשעות זכויות חשובות בנימוקים קיומיים. קשה יותר לשמור עליהן ולא להתפתות לפגוע בהן. עובדה היא כי למדנו שיעור זה, שכן חלק מחוקי היסוד קובעים במפורש כי אין לפגוע בהוראותיהם באמצעות תחיקת חירום או לפחות מסייגות את האפשרות לעשות זאת.

מבחינה זו עוד רחוקה הדרך ורבה המלאכה הצפויה לנו. בדיון על עיצובו של קוד פלילי עלינו לתת את הדעת גם על נושא זה ועל דרכי שיפורו.
