

# על חשיבות ההכרזה הספציפית על מצב חירום

הסדר החירום הקבוע בחוק־יסוד:  
הממשלה בראי משבר הקורונה

לילה מרגלית

מאי 2021



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

הצעה  
לסדר  
39



# על חשיבות ההכרזה הספציפית על מצב חירום

הסדר החירום הקבוע  
בחוק-יסוד: הממשלה  
בראי משבר הקורונה

לילה מרגלית

הצעה לסדר 39

מאי 2021

On the Importance of a Specific Declaration of Emergency: Israel's Constitutional  
Emergency Framework through the Lens of the Covid-19 Crisis  
Lila Margalit

עורכת הטקסט: תמר שקד  
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין  
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-348-0 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2021  
נדפס בישראל תשפ"א/2021

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או  
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל  
סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמו"ל.

**המכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר)**

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602  
טל': 02-5300888  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

**להזמנת ספרים:**

החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

---

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

## תוכן העניינים

---

|    |   |
|----|---|
| 7  | תקציר   |
| 9  | מבוא  |
| 14 | 1. הסדר החירום בסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה -<br>רקע לדיון                   |
| 18 | 2. ההכרזה המתמדת על מצב חירום: השלכותיה ההיסטוריות<br>והניסיונות לבטלה            |
| 43 | 3. דרישת ההכרזה ודרישת הנחיצות במצב חירום אמיתי:<br>דיון עקרוני בראי משבר הקורונה |
| 67 | 4. המעבר מתקש"ח לחקיקה ראשית: בעיית הנורמליזציה                                   |
| 73 | 5. מעמדן של זכויות יסוד במצב חירום מוכרז  |
| 81 | סיכום   |



## תקציר

במהלך משבר הקורונה נעשה שימוש נרחב בסמכות הקיצונית הניתנת לממשלה במצב חירום להתקין תקנות שעת חירום (תקש"ח) הגוברות על חקיקה של הכנסת. שימוש זה לא נסמך על הכרזה ספציפית של הכנסת על מצב חירום, הנוגעת למשבר הקורונה, אלא על ההכרזה הביטחונית הכללית הנמצאת בתוקף מאז קום המדינה. הוא עורר שאלות יסודיות: באילו נסיבות ראוי לנקוט את הצעד הקיצוני של העברת סמכות החקיקה לידי הממשלה? מהו תפקיד הכנסת בפיקוח על מהלך כזה? האם ראוי להסתמך על ההכרזה הביטחונית המתמדת על מצב חירום כבסיס לטיפול במשבר אזרחי חדש שאינו קשור כלל לנסיבות שהובילו אליה?

על רקע הניסיון שנצבר במשבר הקורונה, והפסיקה העיקרית שעסקה בנושא במרוצת השנים, מסמך זה מקיים בחינה מחודשת של שאלות אלו ושל מודל החירום המעוגן בחוק יסוד: הממשלה. בקצרה, נטען כי ב"מצב חירום אמיתי" – אירוע בלתי צפוי וחריג בחומרתו המחייב נקיטת צעדים דחופים, חריגים וזמניים כדי להתמודד עם סכנה קשה ומיידית שנשקפת לביטחון או לבריאות הציבור – יש למנונן התקש"ח תפקיד חשוב בהענקת מרחב תמרון לרשות המבצעת לניהול המידי של המשבר מתוך מתן שהות קצרה לקיים הליך חקיקה ראוי בכנסת. בד בבד, נטען כי יש לחזור ולצקת תוכן לדרישה הבסיסית שתתקיים זיקה ממשית בין הנסיבות הספציפיות שהובילו להכרזה על מצב חירום ובין הצורך הקונקרטי שהתעורר להתקין תקש"ח; כלומר, שהכנסת תכריז על מצב חירום ספציפי כתנאי הכרחי להפעלת סמכות הממשלה להתקין תקש"ח. ההנחה שליוותה את הפסיקה ואת הפרקטיקה בעשורים האחרונים שההכרזה הביטחונית הכללית על מצב חירום מעניקה לממשלה "צ'ק פתוח" להתמודד עם משברים חדשים – טעונה בירור מחדש. בצד המאמץ להביא לסיום את ההכרזה המתמדת על מצב חירום, יש לאמץ כבר היום פרשנות להסדר הקבוע בחוק יסוד: הממשלה המחזירה את דרישת ההכרזה הספציפית למרכז הבמה.





## מבוא

בישראל מוכרז מצב חירום מתמיד מאז קום המדינה. על אף ההכרה בכך שכבר אין המדינה נמצאת במצב חירום קיצוני המצדיק הכרזה קבועה זו, היא מוארכת על ידי הכנסת מדי שנה או כמה חודשים, בעיקר משום שעדיין ישנה חקיקה רבה שתחולתה תלויה בה. חלק גדול מחקיקה זו – כגון הצווים הרבים שהוצאו במרוצת השנים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957 – אינו קשור כלל לענייני ביטחון או חירום; חלק אחר – דוגמת חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 – אף שהוא עוסק בסמכויות מיוחדות שניתנות למדינה על מנת להתמודד עם הטרור, הפך מזמן לחלק מהנוף המשפטי השגרתי של מדינת ישראל. בעקבות עתירה לבג"ץ משנת 1999 הממשלה והכנסת מקיימים עבודת מטה לניתוק חוקים אלו ממצב החירום. אולם על אף ההתקדמות שהושגה עד כה, המלאכה טרם הושלמה.

מלבד החוקים התלויים במצב החירום, הכרזה כזאת גם מעניקה לממשלה את הסמכות הקיצונית להתקין תקנות שעת חירום (תקש"ח) הגוברות על חקיקה ראשית של הכנסת. בעשורים האחרונים, עד פרוץ משבר הקורונה, נעשה שימוש מועט מאד בסמכות זו בעקבות פסיקת בג"ץ אשר הטילה מגבלות משמעותיות על הנסיבות שבהן ניתן להפעילה. על רקע זה, וכן על רקע המגמה הגוברת של עיגון סמכויות החירום בחקיקה קבועה שאינה תלויה בהכרזה, ההארכה השגרית של ההכרזה נתפסה כעניין כמעט "טכני" – לא תקין אך לא נורא – שהשלכותיו הממשיות על שלטון החוק וזכויות האדם בישראל מוגבלות הלכה למעשה. אכן, כפי שהראתה דפנה ברק-ארז, "חוקת החירום" של מדינת ישראל מורכבת היום יותר ויותר מחוקים – קבועים וזמניים כאחד – המעניקים סמכויות ביטחוניות חריגות לרשות המבצעת, בלי קשר למנגנון ההכרזה על מצב חירום.<sup>1</sup> לצד זאת נחקקו במרוצת השנים הסדרי חירום ספציפיים שגם להם אין קשר להכרזה – כגון ההסדר בפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, העוסק

\* תודה רבה לעמיחי כהן, יובל שני, מרדכי קרמניצר, דנה בלאנדר ונדיב מרדכי על הערותיהם לחיבור זה.

1 ראו דפנה ברק-ארז "חוקה למצבי חירום" ספר שלמה לוינ 671 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

בטיפול ב"אירועי חירום אזרחיים"; וחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951, הקובע הוראות מיוחדות ל"מצב מיוחד בעורף".

ואולם אם בשני העשורים שקדמו לפרוץ מגפת הקורונה ניתן היה למנות על יד אחת את המקרים שבהם נזקקה הממשלה לסמכות להתקין תקנות שעת חירום, ממרץ 2020 ועד להעברתו של חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 ("חוק הקורונה"), היא הנפכה לאמצעי מרכזי בידי הרשות המבצעת לניהול המשבר ולהטלת מגבלות על הציבור. כל זאת בעוד המערכת הפוליטית שרויה במשבר חוקתי עמוק, ובשעה שבמשך למעלה משנה פעלה ממשלת מעבר, שכידוע מכהנת ללא אמון הכנסת. שימוש זה העלה מחדש את הדיון במנגנון החוקתי להכרזה על מצב חירום ככלי שנועד לאפשר לממשלה להגיב במהירות למה שיוגדר בחיבור זה "מצב חירום אמיתי": אירוע בלתי צפוי וחריג בחומרתו המחייב נקיטת צעדים דחופים, חריגים וזמניים כדי להתמודד עם סכנה קשה ומיידית שמשקפת לביטחון או לבריאות הציבור.<sup>2</sup>

השימוש עורר שאלות יסוד כגון אלו: באילו נסיבות ראוי לנקוט את הצעד הקיצוני של העברת סמכות החקיקה לידי הממשלה? מהו תפקיד הכנסת בפיקוח על מהלך כזה? האם ההכרזה הביטחונית הכללית, המוארכת מדי שנה, מעניקה "צ'ק פתוח" לממשלה לטפל בכל משבר העשוי להתעורר, או שמא נדרשת הכרזה חדשה וספציפית של הכנסת? כמו כן התעוררה שאלת ההשלכות שיש להכרזה על מצב חירום על זכויות האדם בישראל: האם ההכרזה נועדה לאפשר "גריעה" זמנית מזכויות חוקתיות – קרי, פגיעה בהן החורגת מהותית ממה שמותר בימים כתיקונם? ברקע הדיון בשאלות אלו עומדת דילמה יסודית: מהי הדרך הטובה ביותר לאפשר לממשלה לנקוט את הצעדים הדרושים לטיפול במצב חירום אמיתי, מתוך קיום פיקוח אפקטיבי על הצעדים הננקטים על ידה, מניעת פגיעות לא מוצדקות בזכויות אדם ומניעת זליגתן של נורמות חירום אל תוך מערכת המשפט הרגילה?

על רקע שאלות אלו, והניסיון שנצבר במהלך משבר הקורונה, חיבור זה מבקש לקיים בחינה מחודשת של מודל החירום המעוגן היום בחוק יסוד: הממשלה. בתמצית, נטען שבמצב חירום אמיתי – אותו אירוע חמור ובלתי צפוי הדורש תגובה מיידית מצד הממשלה דוגמת מגפת הקורונה – יש למנגנון התקש"ח תפקיד חשוב בהענקת מרחב תמרון לרשות המבצעת לניהול המיידית של המשבר, מתוך מתן שהות קצרה לקיים הליך חקיקה ראוי בכנסת. אין מקום לרוקן כלי זה מתוכן על ידי פרשנות מחמירה מדי של חוק היסוד, המגבילה את השימוש בו למצבים קיצוניים שבהם הכנסת משותקת מפאת מצב החירום עצמו. בד בבד, טענתי היא שיש לחזור ולצקת תוכן לדרישה הבסיסית שתתקיים זיקה ממשית בין הנסיבות הספציפיות שהובילו את הכנסת להכריז על מצב חירום, ובין הצורך הקונקרטי שהתעורר להיזקק למנגנון התקש"ח; כלומר, שהכנסת תכריז על מצב חירום ספציפי כתנאי הכרחי להפעלת סמכות הממשלה להתקין תקש"ח.<sup>3</sup> המצב היום, שבו מדלגים על דרישה זו בכסות ההכרזה הביטחונית המתמדת, הוא פסול. על אף הפיתוי לראות בדרישה זו עניין "טכני" – שכן לרוב יש להניח שהכנסת תיענה לבקשה מצד הממשלה להכריז על מצב חירום – מדובר בדרישה מהותית היורדת לשורש עקרון הפרדת הרשויות וביזור הכוחות בין הרשויות במדינה דמוקרטית. עמידה דווקנית על דרישה זו חיונית כדי להגן על שלטון החוק המהותי ולהבטיח פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי על פעולת הרשות המבצעת בשעת חירום.

כפי שנראה, הפסיקה שעסקה במרוצת השנים במנגנון התקש"ח הותירה אחריה עמימות רבה מדי בנוגע לשני יסודות אלה – דרישת ההכרזה ודרישת הנחיצות בהתקנת התקנות – ובנוגע ליחסי הגומלין הראויים ביניהם. מצד אחד, הפסיקה התעלמה כמעט לחלוטין מהדרישה להכרזה ספציפית של הכנסת, אף שהיא עולה בקנה אחד עם לשון החוק, בין היתר על רקע העובדה שהדיון בנושא התקיים שנים אחדות בלבד לאחר כניסת ההסדר בחוק יסוד: הממשלה לתוקפו, כשעוד ניתן היה לקוות שההכרזה המתמדת על מצב חירום תחלוף מן העולם בעתיד הנראה לעין. מצד שני, לפחות אצל אחדים מהשופטים התעלמות זו לוותה

3 למעט באותם מקרים חריגים שבהם הממשלה רשאה להכריז בעצמה על מצב חירום בשל הצורך בפעולה דחופה עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת. ראו להלן בפרק 1 של המסמך.

בגישה עקרונית נחרצת, הגורסת שבכל מקרה אין להיזקק לסמכות להתקין תקש"ח אלא כאשר הכנסת מנועה מלבצע את תפקידה מפאת מצב החירום עצמו. על רקע העמימות בפסיקה השתרשה התפיסה הבעייתית – שהדריכה את הממשלה בטיפול באירוע הקורונה, באישור היועץ המשפטי לממשלה – שניתן לאמץ פרשנות "מקילה" בנוגע לשני יסודות אלה יחדיו: להתבסס על ההכרזה המתמדת והכללית לנהל כל משבר שהוא, ובד בבד להתקין תקש"ח גם כשהכנסת איננה משותקת בגלל מצב החירום. גם בית המשפט העליון, בפסק דין קצרצר מאוגוסט 2020 שמחק עתירה עקרונית בנושא, ביטא תמיכה בגישה זו, אף שלא נכנס לעובי הקורה.<sup>4</sup> בפסק דין נוסף מינואר 2021 חזר בית המשפט על עמדה זו.<sup>5</sup>

כפי שאטען כאן, אכן יש הצדקה לאמץ גישה גמישה יותר בנוגע לנסיבות שניתן בהן להתקין תקש"ח, שמאפשרת שימוש בכלי זה גם כאשר הכנסת איננה משותקת בגלל מצב החירום; אולם גמישות זו בנוגע לדרישת הנחיצות מחייבת עמידה דווקנית על דרישת ההכרזה. לצד זאת, יש לזכור שגם לפי הגישה הגמישה יותר המוצעת כאן, תקש"ח לא נועדו אלא לספק "טיפול חירום" ראשוני באותם מקרים שבהם נדרשת הסדרה מיידית של סמכויות הממשלה לטפל במשבר ואין שהות לקיים הליך חקיקה ראוי כדרך המלך; גם לפי גישה זו יש לפעול באופן מידי, ובד בבד עם ההכרזה על מצב החירום, לקידום הליכי חקיקה לטיפול במשבר, ולהשלימם בתוך פרק זמן סביר.

מהלך הדיון יהיה כדלקמן: תחילה ייסקר, כרקע לדיון, הסדר החירום המעוגן בסעיפים 38 ו-39 לחוק ייסוד: הממשלה, השימוש שנעשה בעבר בהכרזה המתמדת על מצב חירום והניסיונות שהיו לבטלה. לאחר מכן תוצג הפסיקה המרכזית העוסקת בסמכות הממשלה להתקין תקש"ח והחייאתו מחדש של כלי זה בזמן משבר הקורונה. על רקע זה, יידונו יחסי הגומלין הראויים בין שני התנאים המוקדמים העיקריים להתקנת תקנות שעת חירום על ידי הממשלה: דרישת ההכרזה ודרישת הנחיצות, והפיקוח שראוי שהכנסת תפעיל על תוכן

4 בג"ץ 2399/20 עדאלה נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 16.8.2020).

5 בג"ץ 5314/20 עדאלה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 10.1.2021).

של תקנות שעת חירום. לאחר מכן, להשלמת התמונה, יידון המודל הרצוי לעיגון הסדרי חירום בחקיקה של הכנסת לאחר התקופה הראשונית שבה נעשה שימוש בתקש"ח (או כאשר סד הזמנים הוא כזה שאין כלל צורך בתקש"ח). לבסוף תוקדש התייחסות קצרה גם לשאלה החשובה בעניין מעמדן של זכויות האדם במצב חירום מוכרז.

# 1. הסדר החירום בסעיפים 38 ו-39 לחוק-יסוד: הממשלה

## רקע לדיון

עם קום המדינה הכריזה מועצת המדינה הזמנית על מצב חירום לפי סעיף 9(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. הסעיף קבע כי:

אם ייראה הדבר למועצת המדינה הזמנית, רשאית היא להכריז כי קיים במדינה מצב של חרום, ומשנתפרסמה ההכרזה

ברשומות, רשאית הממשלה הזמנית למלא ידי ראש הממשלה או כל שר אחר להתקין תקנות לשעות-חרום ככל אשר ייראה לו לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים.

ההכרזה לפי הפקודה עמדה בתוקף ברציפות למשך יותר מארבעים שנה בלי שנדרשה להיות מוארכת על ידי הכנסת.<sup>6</sup>

בשנת 1996 הוחלף סעיף 9 לפקודה בהסדר החירום המעוגן היום בסעיפים 38 ו-39 לחוק-יסוד: הממשלה (ההסדר נחקק בשנת 1992, אבל נכנס לתוקפו רק ב-1996). סעיף 38 לחוק היסוד קובע כי "ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום רשאית היא, ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום". לפי הסעיף, הכרזה יכולה לעמוד בתוקף לתקופה של עד שנה, וכמובן היא גם ניתנת להארכה.<sup>7</sup> במקרים חריגים, כאשר דחיפות העניין מחייבת הכרזה "עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת", הממשלה רשאית להכריז בעצמה על מצב חירום לתקופה של עד שבעה ימים בלבד, ולחדש הכרזה זו פעמים

6 אריאל בנדור "מצבי חירום" ספר דורית ביניש 447, 456 (קרן אזולאי, איחי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

7 סעיף 38(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

נוספות, עד שהכנסת מתכנסת.<sup>8</sup> הכנסת מצדה רשאית, בכל עת, לבטל הכרזה קיימת.

סעיף 39 לחוק היסוד מעגן את סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום. הסעיף מבהיר כי מדובר בסמכות מרחיקת לכת: בכוחן של תקש"ח "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים".<sup>9</sup> במקרים קיצוניים, כאשר יש צורך "דחוף וחיוני" בתקש"ח ואין אפשרות לכנס את הממשלה, ראש הממשלה אף רשאי להתקין בעצמו או להסמיך שר לעשות כן.<sup>10</sup>

עם זאת, הסעיף קובע כמה מגבלות חשובות על סמכות הממשלה להתקין תקש"ח, גם במצב חירום מוכרז. ראשית, ברמה המהותית הוא מגביל הן את המטרות הלגיטימיות של תקש"ח והן את כוחן לפגוע בזכויות אדם. לפי סעיף 39(א), ניתן להתקין תקש"ח רק "כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים"; לפי סעיף 39(ד), אין בכוחן של תקש"ח "למנוע פנייה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם".

שנית, הוא קובע כי "לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת".<sup>11</sup> כלומר, גם בהתקיים הכרזה בתוקף על מצב חירום, תנאי מוקדם נוסף להתקנת תקש"ח ולהפעלתן הוא שיש צורך אמיתי בכך בשל מצב החירום שהוכרז עליו. לכאורה, על פי לשונה, דרישה זו מחייבת קיומה של זיקה ממשית בין הנסיבות הספציפיות שהובילו להכרזה על מצב חירום ובין הצורך להיזקק למנגנון התקש"ח. ואכן, במאמר שכתבה בשנת 1998, שנים אחדות בלבד לאחר כניסת ההסדר בחוק

8 סעיף 38(ג).

9 סעיף 39(ג).

10 סעיף 39(ב).

11 סעיף 39(ה).

יסוד: הממשלה לתוקפו, עמדה מרגית כהן על ההזדמנות שההסדר הטרי סיפק למעבר מתפיסה של מצב חירום "כללי" לתפיסה הדורשת זיקה **ספציפית** בין ההכרזה ובין הפעלתן של סמכויות חירום:

ניתן לטעון, כי בבסיסו של ההסדר החדש עומדת ההנחה כי מצב חירום יוכרז מעתה אך ורק כדי להתמודד עם מצב חירום ספציפי, כגון מצב חירום ביטחוני, מצב חירום הנובע מאסון טבע, מצב חירום הנובע משביתה חמורה בשירותים החיוניים העולה כדי השבתת המשק וכדומה. התפיסה של קיום מצב חירום "כללי", כמקובל עד היום בישראל, נובעת מקיומו של מצב החירום הביטחוני המתמשך, אולם זו איננה התפיסה היחידה, ובתנאים של שלום היא אף איננה רצויה.<sup>12</sup>

כפי שנראה בהמשך הדברים, שינוי תפיסה זה טרם השתרש בפסיקה. בד בבד, ישנו חוסר בהירות בפסיקה באשר לשאלה מתי ניתן לומר שמצב חירום מחייב התקנת תקש"ח: האם נדרש שהכנסת תהיה משותקת בגלל מצב החירום, או שמא די בכך שישנו צורך לנקוט צעדים מיידים ואין שהות לקיים הליך חקיקה ראוי?

שלישית, הסעיף קובע מגבלה קשיחה על **תוקפן** של תקנות שעת חירום: לפי סעיף 39(ו) לחוק היסוד, תוקפן של תקש"ח יפקע תמיד כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, אלא אם הוארך בחוק של הכנסת. חוק היסוד גם מבהיר כי **לכנסת נתונה המילה האחרונה**, הן בנוגע לתוקפן של תקש"ח והן בנוגע לכוחן לגבור על חקיקה ראשית: הכנסת רשאית לבטל תקנות שעת חירום בכל עת, בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת,<sup>13</sup> וכן היא יכולה להביא לביטול תקש"ח על ידי ביטול ההכרזה על מצב חירום (במקרה כזה, התקנות פוקעות לא יותר מ־60 ימים מסיום מצב החירום).<sup>14</sup> הכנסת גם יכולה לשריין חקיקה

12 מרגית כהן "מעשה טלאים" בדיני החירום" **משפטים** כט 623, 663 (חשנ"ט).

13 סעיף 39(ו) לחוק היסוד: הממשלה.

14 סעיף 39(ח).



מראש מפני כוחן של תקש"ח לגבור עליה, כפי שאכן עשתה בשורה של חוקי יסוד.<sup>15</sup> עם זאת, הכנסת איננה רשאית לשנות או לתקן את נוסחן של תקנות שעת חירום.

## סדרי ההכרזה והפיקוח של הכנסת

נוהלי העבודה של הכנסת בהכרזה על מצב חירום ובפיקוח על הממשלה בהקשר זה נקבעו בתקנון הכנסת.<sup>16</sup> לפי התקנון, הכנסת לא תכריז על מצב חירום אלא לפי המלצה של ועדה משותפת מיוחדת של ועדת החוץ והביטחון וועדת החוקה, חוק ומשפט, שתבחן את הצורך בהכרזה, את התקש"ח שהותקנו מכוח ההכרזה האחרונה ואת החקיקה שתוקפה מותנה במצב חירום. בתקופה שבין קיומן של בחירות לבין מינוי ועדות הכנסת, הדיון מתקיים בוועדה הזמנית לענייני חוץ וביטחון, וההכרזה ניתנת להארכה לארבעה חודשים בלבד. התקנון גם קובע שקבוצה של 30 חברי כנסת יכולה להעלות הצעה לבטל הכרזה קיימת או להכריז הכרזה חדשה ביוזמת הכנסת. אם הממשלה מכריזה בעצמה על מצב חירום לפי הסמכות החריגה הניתנת לה, עליה להודיע על כך מייד ליו"ר הכנסת וליו"ר הוועדה המשותפת, כך שזו תדון בעניין בהקדם האפשרי.

אף שהסדר בחוק היסוד אינו מוגבל רק למצבי חירום ביטחוניים, סעיף 39(א) קובע כי תקש"ח יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון בסמוך ככל האפשר לאחר התקנתו. ואולם לפי תקנון הכנסת על הממשלה להעביר גם ליו"ר הכנסת, שיניח אותן על שולחן הכנסת (או יעביר אותן לחברי הכנסת במקרה של פגרה).<sup>17</sup> הצעה

15 ראו סעיף 39(ג), הקובע כי "תקנות שעת חירום כוחן 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" (ההדגשה שלי).

16 ראו סעיפים 68-73 לתקנון הכנסת.

17 סעיף 73(א) לתקנון הכנסת.

לביטולן של תקנות, יכולות להעלות הן ועדת החוץ והביטחון והן קבוצה של 30 חברי כנסת; דיון בהצעה יתקיים בוועדה המשותפת, אשר תעביר את המלצתה למליאה.

## 2. ההכרזה המתמדת על מצב חירום

### השלכותיה ההיסטוריות והניסיונות לבטלה

חקיקת ההסדר הקבוע בסעיפים 38-39 לחוק ייסוד: הממשלה נועדה להחזיר את השליטה במצב החירום לידי הכנסת. הכנסת היא זו שצריכה להכריז על מצב חירום ובכך להסמיק את הממשלה להתקין תקש"ח. הכנסת גם רשאית לבטל הכרזה בכל עת.<sup>18</sup> אלא שבפועל, כידוע, אימוץ ההסדר בחוק היסוד לא הוביל לשינוי המיוחל. גם כיום, לאחר ביטול סעיף 9 לפקודה, ההכרזה נהפכה לרציפה הלכה למעשה. הניסיונות לבטלה נכשלו במרוצת השנים, בעיקר בגלל שלל החקיקה שעדיין תלויה בה.

בשנת 1999, כשלוש שנים לאחר כניסת ההסדר בחוק ייסוד: הממשלה לתוקף, עתרה האגודה לזכויות האזרח לבג"ץ לביטול ההכרזה על מצב החירום. בעתירה

18 כפי שציינה מרגית כהן שנים אחדות לאחר כניסת ההסדר בחוק היסוד לחוקפו (כהן), לעיל ה"ש 12, בעמ' 662):

החיוב להעלות על סדר היום הפוליטי את שאלת קיומו של מצב החירום, אחת לשנה לפחות, משמעותו הטלת ביקורת פרלמנטרית על ההכרזה. אומנם רוב פרלמנטרי לממשלה יבטיח את המשך קיומו של מצב החירום, אך אין ספק שהצורך בדיון חוזר ונשנה בנושא, שלא נדרש מכוח החוק מאז 19 במאי 1948, איננו מקל על האפשרות להפעיל את המסגרת האמורה. הארכת ההכרזה מדי שנה תכניס גורם של חוסר ודאות למערכת, גם אם תוארך ההכרזה מדי שנה כמעשה שבשגרה. סביר להניח, כי השימוש בהכרזה כנקודת משען לחקיקה יצומצם באופן משמעותי.

נטען כי בהיעדר מצב חירום עובדתי לכנסת אין סמכות להכריז על מצב חירום, ובכך לאפשר פגיעה בעקרון שלטון החוק המהותי, בהפרדת הרשויות ובזכויות אדם מוגנות. בתגובתה, אומנם המדינה התנגדה לקבלת העתירה, אך עדכנה כי משרדי הממשלה החלו לפעול לצמצום החקיקה התלויה במצב החירום, כדי להכין את הקרקע ליום שבו תבוטל ההכרזה.<sup>19</sup> באוקטובר 1999 בית המשפט הוציא צו על תנאי בעתירה ובהמשך הורה למדינה להגיש תוכנית עבודה ולוח זמנים לטיפול בחקיקה הקיימת.<sup>20</sup> לרגע היה נראה כי מצב החירום עומד לבוא על סיומו.

ואולם עם פרוץ האינתיפאדה השנייה עלתה השאלה אם גם במצב זה בשלים התנאים לביטול מצב החירום – בייחוד לנוכח החקיקה הביטחונית הרבה התלויה בו. בשנת 2003 הגישה האגודה עתירה מתוקנת, שבה טענה כי גם במצב הדברים החדש אין הצדקה להכרזה: מוסדות המדינה מוסיפים להתנהל כרגיל ולא נשקף למדינה איום קיומי. אם הממשלה סבורה כי מתקיימות נסיבות קונקרטיות המחייבות הכרזה ספציפית על מצב חירום, ניתן לבקש מהכנסת להכריז הכרזה כזאת לתקופה הקצובה הנדרשת; אבל הארכת ההכרזה הכללית על מצב חירום ללא תשתית עובדתית ספציפית אינה סבירה, והיא משום חריגה מסמכות.<sup>21</sup> בתגובתה, המדינה התנגדה לביטול מצב החירום אך ציינה כי המשיכה את העבודה לניתוק החקיקה הרלוונטית מההכרזה.<sup>22</sup>

במשך כמעט עשור נוסף נותרה העתירה המתוקנת תלויה ועומדת בבג"ץ, בהליך "שמרטפות" שבו השופטים עקבו אחר העבודה הבינ־משרדית שבוצעה בממשלה לניתוק החקיקה הרלוונטית ממצב החירום. בשנת 2009 הוקם בוועדה

19 לחיבור טיעוני הצדדים והשתלשלות העניינים בהליך ראו בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת, פס' ג-י לחוות דעתו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 8.5.2012).

20 שם, פס' ד לחוות דעתו של השופט רובינשטיין.

21 ראו העתירה המתוקנת בבג"ץ 3091/99 מיום 16.7.2003. ניתן לעיין בעתירה המתוקנת ובמסמכים נוספים הקשורים להליך באתר האגודה לזכויות האזרח.

22 לעיל ה"ש 19.

המשותפת של הכנסת גם צוות מעקב מיוחד שפיקח מקרוב אחר ההתקדמות בנושא. כפי שהסביר השופט רובינשטיין, ההחלטה להותיר את העתירה תלויה ועומדת התקבלה על רקע ההנחה ש"מחד גיסא אין להותיר את המצב הקיים ללא שינוי, ומאידך גיסא יש לשמור את יכולתן של הרשויות לפעול במסגרת תפקידן בהגנה על בטחון המדינה בהתייחס למצב הבטחוני הדינמי".<sup>23</sup>

בפסק דין שניתן במאי 2012 הורה בית המשפט על מחיקת העתירה מתוך שמירה על זכות העותרת לחזור לבית המשפט אם לא תחול התקדמות ראויה בטיפול בחקיקה.<sup>24</sup> מפסק הדין שכתב השופט רובינשטיין עולה אמביוולנטיות מסוימת בנוגע לביטול מצב החירום. בית המשפט ביקר את הקצב האיטי של מלאכת התאמת החקיקה והאיץ במדינה לסיימו:

אף שיש לברך על ההתקדמות, המלאכה רחוקה מגמר וקצב השינוי אינו משביע רצון. המדינה הצהירה זה מכבר על הצורך לשנות את המצב הקיים ולנתק את הקשר בין חקיקה קיימת להכרזה על מצב החירום; עליה המלאכה לגמור, ויפה שעה אחת קודם. [...] אך לעת זו יש להותיר את המשך התהליך לרשויות המוסמכות תוך המסר כי מה שהחל לפני למעלה מעשר שנים, ראוי שיגיע לסימום הלא רחוק.<sup>25</sup>

אך בד בבד הדגיש בית המשפט כי המצב הביטחוני נותר מורכב ורגיש וכי מדינת ישראל "טרם באה אל המנוחה ואל הנחלה".<sup>26</sup> במצב דברים זה – שבו מדינת ישראל נותרה "מדינה נורמלית שאינה נורמלית" – האתגר הוא בהתאמת החקיקה לביטול מצב החירום מתוך שמירה על הסמכויות הדרושות למאבק

23 שם, פס' ז לחוות דעתו של השופט רובינשטיין (ההדגשות במקור).

24 ראו חוות דעתה של הנשיאה ביניש.

25 שם, פס' יח לחוות דעתו של השופט רובינשטיין.

26 שם, פס' יא.

בטור. 27 בחוות דעת נפרדת, שבה הצטרפה לפסק הדין, הנשיאה ביניש הוסיפה כי -

מסיבות היסטוריות קבעה התפיסה בדבר מצב החירום מנגנונים משפטיים, בהיקף שאינו ראוי, שלא כאן המקום לסקור אותם, וחבל שעד היום לא נקבעה מסגרת הולמת שתיצור את הקשר בין מצב חירום קונקרטי לאפשרות ליתן כלים לפעולת הרשות המבצעת במצב כזה. העתירה על גילגוליה נותרה על כנה רק משום שראינו את אי התקינות, שאף לא הייתה שנויה במחלוקת בין העותרת למשיבים, ביחס לשובל הארוך של החקיקה שההכרזה על מצב החירום גררה אחריה עוד מימי בראשית של המדינה.<sup>28</sup>

מאז מתן פסק הדין ועד פרוץ משבר הקורונה המשיכה הכנסת להאריך את ההכרזה על מצב חירום, לא בעקבות מצב חירום מיוחד ששרר במדינה אלא כדי למנוע את ביטול החקיקה שעדיין תלויה בה. כך למשל, בדיון שהתקיים בפברואר 2020 בוועדת החוץ והביטחון הזמנית של הכנסת (שדנה בהכרזה במקום הוועדה המשותפת, שכן אותה עת כיהנה ממשלת מעבר) ציין נציג הייעוץ המשפטי של הוועדה כי "הסיבה שעדיין ממשיכים להכריז על מצב חירום היא סדרה של חוקים וצווים שתלויים במצב החירום ושאם לא תהיה הכרזה תקפה, הם יפקעו".<sup>29</sup> נציגת משרד המשפטים בדיון הבהירה ברוח דומה כי "מבחינת הממשלה, הסיבה שבגללה עדיין יש מצב חירום במדינה היא לאו דווקא בגלל שלל החקיקה הכלכלית, אלא בהתאם לסמכות שבחוק היסוד [...] בגלל שיש חקיקה שנדרשת כדי להתמודד עם מצב החירום - החקיקה הביטחונית דווקא - ובהתאם לתקנון הכנסת".<sup>30</sup> גם ביוני 2020, כאשר הוועדה המשותפת שבה ודנה בבקשת הממשלה להאריך את ההכרזה בעוד שנה, נציג משרד המשפטים הבהיר כי -

27 שם, פס' יח.

28 שם, חוות דעתה של הנשיאה ביניש.

29 פרוטוקול ישיבה 9 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-22, 2 (16.2.2020) (ההדגשה שלי).

30 שם, בעמ' 3.

הבקשה הזאת איננה מבוססת בהכרח, או בכלל בעצם, על ענייני הקורונה – היא מבוססת על הצורך הביטחוני והפעלת סמכויות שקבועות בחוקים רגילים של הכנסת ואשר תוקפן הותנה על-ידי הכנסת בקיומה של הכרזה על מצב חירום [...] נעשה שימוש, גם בתקופה האחרונה של ההכרזה האחרונה ובכלל בשנה האחרונה, מספר פעמים באותן סמכויות, והן דרושות [...] כי הן פשוט מאוד דרושות לצורך פעילות ביטחונית שוטפת.<sup>31</sup>

כלומר, גם בתקופת הקורונה, הדיון בהארכת ההכרזה לא עסק בשאלה אם יש צורך ספציפי להכריז על מצב חירום כדי לאפשר לממשלה לפעול באופן מיידי למיגור המגפה, אלא בצורך שטרם הושלם להתאים את החקיקה לביטול מצב החירום. בדיון ציין יו"ר הוועדה צבי האוזר כי בכוונתו לפעול להקמת ועדת משנה שתוסיף לעקוב מקרוב אחר התקדמות הממשלה בהתאמת החקיקה לקראת ביטול מצב החירום.<sup>32</sup>

## החקיקה שתלויה במצב החירום

מהי אותה חקיקה שעדיין תלויה היום במצב החירום? מסיבות היסטוריות – שלא כאן המקום להרחיב בהן – במרוצת השנים נעשה שימוש נרחב בחקיקה התלויה במצב החירום (ובייחוד בצווי פיקוח לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים) להסדרת תחומים מרכזיים במשק שאין בינם ובין המצב הביטחוני דבר. שימוש נרחב זה, אשר שיקף והעצים כאחד את טשטוש הגבולות בין חירום לשגרה בישראל, גם העמיק את התלות של מערכת המשפט בהמשך ההכרזה.

31 פרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון וועדת החוקה, חוק ומשפט לעניין הכרזה על מצב חירום, הכנסת ה-23, 10 (2.6.2020).

32 שם, בעמ' 30.

בסוף שנות ה־90, עת החל המהלך של ניתוק החקיקה הרלוונטית ממצב החירום, עמדו בתוקף כ־20 חוקים ולא פחות מ־225 צווי פיקוח שהיו תלויים בהכרזה.<sup>33</sup> בשנת 2009, עת החל לפעול צוות הפיקוח המיוחד של הוועדה המשותפת בכנסת, נותרו על כנם 9 חוקים ו־165 צוים.<sup>34</sup> מכשול מרכזי בדרך לביטול מצב החירום הוסר בשנת 2016, עם ביטול פקודת מניעת טרור ועיגון רוב הסמכויות הביטחוניות המיוחדות בחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016. כיום נותרו רק 6 חוקים ו־21 צווי פיקוח, לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, שתוקפם תלוי במצב החירום או שכוללים סמכויות הניתנות להפעלה רק במצב חירום:

- חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט–1979 (פרק בהצעת חוק המאבק בטרור, שביקש לתקן את החוק ולבטל את התלות שלו במצב החירום, פוצל מהצעת החוק והדיון בו טרם הסתיים);

- חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, התש"י–1949;

- חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח–1957, ו־21 צוים שהוצאו מכוחו;

- סעיפים בחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל–1970;

- סעיפים בפקודה להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ט–1948;

- חוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (פיקוח על כלי שיט) [נוסח משולב] התשל"ג–1973.<sup>35</sup>

33 דבריה של גבי גאל אזריאל ממשרד המשפטים בשולחן עגול של המכון הישראלי לדמוקרטיה בעניין העשור השמיני למצב החירום בישראל, ביום 26.6.2019 (ניתן לצפות בדברים בערוץ ה־YouTube של המכון).

34 הצוות המשפטי לוועדת החוץ והביטחון סקירה אודות משמעויות ההכרזה, הליך ההכרזה וסמכויות הוועדה 11 (יוני 2019).

35 שם, בעמ' 4. לרשימת הצווים שעדיין תלויים במצב החירום ראו שם, בעמ' 13. הצווים עוסקים בנושאים מגוונים כגון התקנת מעליות (צו הפיקוח על מצרכים ושירותים) (התקנת מעליות ומתן שירות למעליות), התשמ"ד–1984; רכישת מוניס למוניות (צו הפיקוח על

## השימוש בסמכות להתקין תקנות שעת חירום עד משבר הקורונה

טשטוש הגבולות בין חירום לשגרה קיבל ביטוי במרוצת השנים גם בשימוש בסמכות להתקין תקש"ח. כפי שמראה ניר קוסטי, בשנים הראשונות לאחר קום המדינה נעשה שימוש נרחב בסמכות זו במגוון נושאים כגון ניהול הצבא, הטלת מיסים, ניהול בתי חולים וניהול קרקעות.<sup>36</sup> לאחר מכן השימוש פחת, אבל בשנות ה־70 וה־80 הותקנו לא מעט תקנות לניהול המדיניות המוניטרית של מדינת ישראל ולניהול סכסוכי עבודה בשירותים חיוניים.<sup>37</sup> כמו כן נעשה שימוש בסמכות זו בזמן מלחמת לבנון הראשונה ומלחמת המפרץ.<sup>38</sup> בשנות ה־90 וה־2000 – בין היתר בעקבות המגבלות שהוטלו בפסיקה, שעליהן נעמוד מייד – פחת השימוש בכלי זה עד מאוד. למעשה, בעשור שקדם למשבר הקורונה הותקנו תקנות שעת חירום רק בשתי הזדמנויות, שתיהן להוצאת צווי ריתוק בעקבות שביתות בוועדה לאנרגיה אטומית.<sup>39</sup>

מצרכים ושירותים (רכישת מונים למוניות, התקנתם ושירותי אחזקתם), השתמ"ד-1984); חומרי הדברה (צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (תכשירים להדברת מזיקים לאדם), התשכ"ג-1962); ועוד. יצוין כי בעוד 21 צווים אלה עדיין טעונים הסדרה וניתוק ממצב החירום, הכוונה היא להשאיר את חוק הפיקוח עצמו כחוק הניתן להפעלה רק במצב חירום.

36 ניר קוסטי "תקנות שעת חירום: מבט עכשווי והיסטורי" Icon-S-IL Blog (7.7.2020). לדיון מעמיק בשימוש שנעשה במרוצת השנים בסמכויות החירום לטיפול בסוגיות כלכליות ראו Yoav Mehozay, *BETWEEN THE RULE OF LAW AND STATES OF EMERGENCY: THE FLUID JURISPRUDENCE OF THE ISRAELI REGIME* (2016)

37 קוסטי, שם.

38 שם.

39 תגובה מקדמית מטעם המשיבים 1 ו־3 מיום 20.4.2020 בבג"ץ 2399/20, לעיל ה"ש 4, פס' 33.



## מגבלות על סמכות הממשלה להתקין תקש"ח: הדיון בפטיקה

משנות ה־90 החלה הפטיקה להטיל מגבלות משמעותיות על סמכות הממשלה להתקין תקש"ח. בעניין פורז, שנדון בשנת 1990, בית המשפט ביטל לראשונה תקש"ח שהותקנו לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.<sup>40</sup> התקנות ביקשו לקבוע הליך מיוחד לאישור תוכנית חירום לבניית אלפי יחידות דיור לצורך קליטת גל העלייה הצפוי מברית המועצות; ימים ספורים לפני התקנתן התקבלה בכנסת הוראת שעה שעסקה בהיבטים אחרים של אותו נושא.

בית המשפט קיבל את עמדת הממשלה שקליטת העלייה היא בגדר "פעולה חיונית" מובהקת מאין כמוה, "העשויה להצדיק נקיטת אמצעים בלתי שגרתיים והבאה בגדר הסמכות שבסעיף 9 לפקודה.<sup>41</sup> עם זאת, בית המשפט קבע כי "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על־ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת".<sup>42</sup> העובדה שחוק אחר בנושא כבר הועבר בהליך מזורז העידה כי הייתה אפשרות לפנות לכנסת, "שהרי ממה נפשך: אם הייתה הכנסת נעתרת לבקשתו, הייתה חקיקת התקנות הופכת למיותרת, ואם לא הייתה נעתרת, משמע שעמדת הרשות המחוקקת היא נגד התקנתן ושוב לא היה מקום להתקין".<sup>43</sup>

המסגור של המבחן בעניין פורז – אשר התמקד בשאלה הכללית אם מדובר ב"פעולה חיונית" (בלי לדרוש שתהיה זיקה כלשהי בין נחיצות השימוש בתקש"ח ובין מצב החירום שההכרזה עסקה בו) – אומץ בהשאלה ישירה מפטיקה קודמת

40 בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990).

41 שם, בעמ' 321.

42 שם, בעמ' 321-322.

43 שם, בעמ' 322.

של בית המשפט שעסקה בחוקיותם של צווים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957. כמו תקש"ח, גם צווים לפי חוק הפיקוח ניתנים להתקנה רק בתקופה שבה קיימת הכרזה בתוקף על מצב חירום.<sup>44</sup> אלא שבסעיף 3 לחוק הפיקוח נקבע מבחן ספציפי: "לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה, אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, למניעת הפקעת שערים וספסרות או למניעת הונאת הציבור" (ההדגשה שלי). "פעולה חיונית" מוגדרת בסעיף 1 לחוק באופן רחב: "פעולה הנראית לשר כחיונית להגנת המדינה, לבטחון הציבור, לקיום אספקה סדירה או שירותים סדירים, לקיום יציבות של מחירי מצרכים או שכר שירותים, להגדלת היצוא או להגברת הייצור, לקליטת עולים, או לשיקום חיילים משוחררים או נכי מלחמה". הניתוח של בית המשפט בעניין פורז התבסס במפורש על המבחנים שנקבעו בפסיקה קודמת ליישום סעיף זה:

בבג"ץ 790/78 [...] נאמר, מפי השופט ברק, שבבחינת השימוש בסמכות לעניין סעיף 3 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, יש להבחין בין שלושה יסודות: "מטרה ספציפית כדין ('פעולה חיונית'), אמצעי כדין ('סמכות לפי חוק זה') ושיקול-דעת כדין בדבר היחס בין המטרה לבין האמצעי..." בחינה זו הוחלה גם לגבי השימוש בסמכות לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט [...] במקרה שלפנינו אין ספק בדבר, שנתמלאו שני היסודות הראשונים [...] <sup>45</sup>

על אף חשיבותה של הלכת פורז, שלראשונה הבהירה כי שר אינו חופשי להתקין תקש"ח "ככל אשר יראה לו",<sup>46</sup> ספק אם אימוץ המסגרת הנורמטיבית שהוחלה על צווים לפי חוק הפיקוח – בלי להוסיף עליה דרישה לזיקה קונקרטיבית בין הצורך בשימוש בתקנות ובין מצב החירום שהוכרז עליו – היה ראוי אף בשעתו. על אף הבעייתיות העמוקה הטמונה גם בחוק הפיקוח, לא הרי סמכות הממשלה

44 סעיף 2 לחוק.

45 בג"ץ 2994/90, לעיל ה"ש 40, בעמ' 321. בהקשר זה בית המשפט הפנה לבג"ץ 372/84 חנה קלופפר-נונה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233.

46 ראו בג"ץ 372/84, שם.

להסדיר נושאים מסוימים במשק בחקיקת משנה כהרי הסמכות הגורפת להתקין תקש"ח בכל נושא שהוא.<sup>47</sup> גם מבחינת לשון החוק, על אף רוחבו של סעיף 9 לפקודה, רשימת המטרות שנכללה בו הייתה מצומצמת יותר מזו שהופיעה בחוק הפיקוח, ונראה כי גם אז ניתן היה לפרש אותו כמחייב זיקה ממשית בין הצורך הביטחוני שהצדיק את ההכרזה ובין השימוש בסמכות להתקין תקש"ח.<sup>48</sup>

כעשור לאחר מכן, בעניין פריצקי, בית המשפט נדרש שוב לגבולות הסמכות של הממשלה להתקין תקש"ח, הפעם לפי הסדר החירום שבחוק יסוד: הממשלה.<sup>49</sup> באותו עניין נדונו תקנות של שר הפנים שביקשו לתקן את חוק הבחירות כדי לאפשר לבוחרים להצביע בבחירות לרשויות המקומיות באמצעות דרכון או רישיון נהיגה – וללא תעודת זהות עם ספח. התקנות הותקנו על רקע עיצומים במשרד הפנים, שבגינם מאות אלפי בוחרים היו עלולים להיות מנועים מלהשתתף

47 אומנם בעבר נקבע בחוק הפיקוח כי בדומה לתקש"ח בכוחם של צווי פיקוח לגבור על חקיקה של הכנסת, הוראה שנשאה משמעויות קשות במיוחד לנוכח חוקפם הבלתי מוגבל בזמן של צווים אלה; אולם בעקבות ביקורת נוקבת של בית המשפט העליון (בבג"ץ 256/88 מדאנינוסט נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19) בוטלה עדיפות זו של צווי פיקוח על חקיקה אחרת עוד בשנת 1990, כמה ימים בלבד אחרי מתן פסק הדין בעניין פורז (הצעת החוק הממשלתית בנושא פורסמה שבועות מספר לפני מתן פסק הדין). ראו הצעת חוק הפיקוח על המצרכים ושירותים (תיקון מס' 18), התש"ן-1990, ה"ח 1997 (כך במקור). התיקון לחוק הבהיר כי סעיף 46(ב) לחוק הקובע את עדיפותו על פני דבר חקיקה אחר אינו חל על תקנות וצווים שהוצאו על פיו.

48 למעשה, גם את ההסדר בחוק הפיקוח היה ניתן לפרש כמחייב זיקה בין שעת החירום ובין ההחלטה להיזקק לסמכות להוציא צווי פיקוח. עוד בשנת 1968 ציין השופט חיים כהן בדעת מיעוט כי את הדרישה בחוק הפיקוח ש"הדבר דרוש לקיום פעולה חיונית" יש לבחון לא רק בקשר לתוכן ההסדר שנקבע בצו אלא גם בקשר לעצם ההחלטה להיזקק לסמכויות על פי החוק (בג"ץ 266/68 עיריית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2), 824, 832. כן ראו בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 472-473). ואולם על אף הביקורת שהשמיע בית המשפט במרוצת השנים על השימוש בחוק גם לצרכים שאינם קשורים למצב החירום, בפועל הוא נמנע מלהציב דרישה ממשית כזאת (שם). בבג"ץ 2740/96 שנס נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481 – פסק הדין המשמעותי האחרון שעסק בנושא – בית המשפט עמד באריכות על הפגיעה הקשה בשלטון החוק הטמונה בשימוש הנרחב בצווי פיקוח שלא לצורכי חירום ואף רמז כי בעתיד הוא עשוי לאמץ גישה פרשנית מחמירה יותר להוראות החוק.

49 בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999).

בבחירות. שר הפנים טען בבג"ץ כי לא היה מנוס מהתקנת התקנות, שכן לא היה זמן להעביר את החקיקה הדרושה בכנסת.

כל השופטים שישבו בהרכב הביעו אי־נחת משימוש בכלי זה על ידי הממשלה. עם זאת, דעותיהם נחלקו הן בכל הנוגע לגבולות סמכות הממשלה להתקין תקש"ח, הן בכל הנוגע לחוקיות המהלך שננקט במקרה הספציפי, והן בכל הנוגע לסעד הראוי בנסיבות העניין. בשל החשיבות של נימוקי שלושת השופטים לדיונו נתעכב בקצרה על חוות דעתם השונות.

### עמדתו של הנשיא ברק

הנשיא ברק עמד על הבעייתיות העקרונית של התקנת תקש"ח על ידי הממשלה – שאותה הוא כינה "עניין חמור" – והדגיש שהיא פוגעת בשני עקרונות יסוד של המשטר הדמוקרטי: עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק המהותי, המחייב קביעת הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית של הכנסת.<sup>50</sup> אומנם ברק ציין כי "עקרון שלטון החוק הפורמאלי מתקיים, שכן מחוקק המשנה פועל מכוח ההסמכה הנתונה לו בחוק־יסוד: הממשלה", אך אין בכך כדי לרפא את הפגיעה בשלטון החוק המהותי, הנובעת מקביעת הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה.<sup>51</sup>

ואולם אף שקבע כי "סמכותה של הרשות המבצעת לשנות מחוקי הרשות המחוקקת פוגעת כה קשה בערכים דמוקרטיים" עד כי יש להגבילה משמעותית, בפועל אימץ ברק פרשנות מרחיבה יחסית של הוראות חוק־יסוד: הממשלה.<sup>52</sup> כך למשל, הוא קבע שגם מצבי משבר שאינם מגיעים לרמה של מצב חירום "במובן הצר" – קרי איום על קיום המדינה וחוסנה – עשויים להצדיק התקנת תקש"ח, אם הם פוגעים במתן שירותים חיוניים. בהקשר זה הפנה ברק לפסיקה שקדמה לאימוץ ההסדר בחוק־יסוד: הממשלה – לרבות עניין פורז ופסיקה קודמת משנות ה־80, שהכשירה את השימוש בתקש"ח להבטחת תעמולת בחירות,

50 ש.ס, בעמ' 777.

51 ש.ס.

52 ש.ס, בעמ' 778.

בהתאם לסמכות הרחבה שניתנה לשר לפי פקודת סדרי השלטון והמשפט להתקין תקש"ח "ככל שיראה לו".<sup>53</sup> "אם הבטחת תעמולת בחירות היא בגדר 'השירותים החיוניים' המאפשרים התקנתן של תקנות שעת חירום", הוא הטעים, "פשיטא שהבטחת המימוש, הלכה למעשה, של זכות ההצבעה, היא שירות חיוני".<sup>54</sup>

לאחר שפירש בהרחבה את סמכות הממשלה להתקין תקש"ח גם בנושאים שאין להם קשר כלשהו למצב החירום המוכרז, הנשיא ברק ביקש להגביל סמכות זו באמצעות מה שכינה עקרון ה"מידתיות החיצונית": הדרישה שעצם השימוש בתקנות לשעת חירום הוא נחוץ בנסיבות העניין, ושאינן אפשרות לנקוט דרך שפגיעתה בערכים דמוקרטיים פחותה, קרי פנייה לכנסת.<sup>55</sup> גם כאן נקט הנשיא ברק גישה מרחיבה. "מידתיות חיצונית" עשויה להתקיים, הוא הבהיר, לא רק כאשר מדובר במצב חירום "במובן הצר", המונע את כינוסה של הכנסת, אלא גם כאשר נדרשת פעולה דחופה ואין זמן לקיים הליך חקיקה מלא.<sup>56</sup> בהקשר זה הוא הדגיש כי על החלופה של פנייה לכנסת להיות ריאלית ולא פורמלית: "הכנסת מתבקשת לשקול ולהחליט. אין להצמיד אקדח לרקתה".<sup>57</sup>

בשורה התחתונה, הנשיא ברק השאיר בצריך עיון את השאלה אם ארבעה ימי העבודה שנתרו עד לבחירות, עת התקינה הממשלה את התקנות, היו יכולים להספיק כדי לאפשר פנייה לכנסת. ממילא, הוא קבע, אפשרות זו כבר נהפכה לבלתי מעשית עד יום הדיון בעתירה, ועל כן אין מקום להורות על ביטול התקנות.<sup>58</sup> בסיכומו של דבר, ברק קבע כי התקנות הותקנו כדין אף שהגיע

53 שם, בעמ' 779.

54 שם.

55 שם, בעמ' 780.

56 שם, בעמ' 781.

57 שם, בעמ' 781-782.

58 שם, בעמ' 782.

למסקנה זו באירצון: "אם אישרנו אותן, הרי זה רק משום שביטולן יביא אף הוא לפגיעה קשה בדמוקרטיה. אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי".<sup>59</sup>

### עמדתה של השופטת דורנר

השופטת דורנר הצטרפה לתוצאה שברק הגיע אליה, אך בהתבסס על נימוקים אחרים לגמרי. כמו ברק, דורנר הסכימה כי גם מצבי חירום שאינם ביטחוניים עשויים לאפשר התקנת תקש"ח לפי חוק היסוד. השופטת דורנר גם לא ייחסה חשיבות רבה לצורך בהכרזה ספציפית של הכנסת על מצב חירום וסברה שניתן להתקין תקש"ח גם כאשר מצב החירום העומד על הפרק אינו קשור למצב הקונקרטי שהניע את הכנסת להכריז על מצב חירום.<sup>60</sup> בין היתר, דורנר הפנתה למגפה כמצב שעשוי להצדיק שימוש בתקש"ח.

ואולם שלא כמו ברק, השופטת דורנר הטילה מגבלה קשיחה ומחמירה על יכולת הממשלה להיזקק לסמכות זו, באמצעות התנאי המופיע בחוק היסוד הקובע כי "לא יותקנו תקנות שעת-חירום [...] אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". דורנר קבעה כי יש לפרש תנאי זה כמחייב זיקה מובהקת בין מצב החירום הספציפי ובין המניעה הקיימת לקדם הליך חקיקה בכנסת:

משמעות התנאי הראשון היא, שאין להתקין תקנות שעת חירום אלא אם מצב החירום מונע חקיקת חוק. ודוקו: נדרש, כי חסימתה של האפשרות לחקיקת חוק תיגרם עקב מצב החירום הקיים במדינה. כלומר, ניתן להתקין תקנות שעת חירום רק כאשר כתוצאה ממצב החירום הכנסת משותקת, ואין ביכולתה לקיים הליכי חקיקה. בכך שבדרך-כלל הליכי החקיקה בכנסת הם ממושכים, אין כדי להצדיק התקנת תקנות שעת חירום כל אימת שעקב מצב החירום נדרשת חקיקה מהירה.<sup>61</sup>

59 שם, בעמ' 784.

60 שם, בעמ' 814.

61 שם, בעמ' 813 (ההדגשה במקור).

אכן, את הגמישות של השופטת דורנר בנוגע לדרישת ההכרזה יש להבין על רקע עמדתה הנוקשה בעניין הסמכות להתקין תקש"ח. ממילא, היא ציינה, חוק היסוד מאפשר לממשלה עצמה להכריז על מצב חירום כשלא ניתן לכנס את הכנסת –

אין זה מתקבל על הדעת לגרוע מסמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום אך בשל כך שבהתעורר הצורך להתקין תעמוד בתוקפה הכרזה של הכנסת על מצב חירום, ואפילו מדובר בהכרזה שהתקבלה על רקע שונה מזה שבעטיו מבקשת הממשלה להתקין את התקנות. במקרה כזה גם אין יסוד לדרוש מן הממשלה, או מן הכנסת, לשוב ולהכריז על מצב חירום, שכן הכרזה כזו כבר עומדת בתוקפה.<sup>62</sup>

ואכן, אם מצב החירום הוא כזה שמשתק את הכנסת כליל ואינו מאפשר לה להתכנס, קשה להתנות את פעולת הממשלה בהכרזה ספציפית של הכנסת דווקא.

בעקבות עמדתה זו הגיעה השופטת דורנר למסקנה שתקנות הממשלה הוצאו שלא כדין. דחיפות העניין לא יכלה להצדיק התקנת תקש"ח כשהכנסת לא הייתה מנועה מלהתכנס. עם זאת, לעניין הסעד גם דורנר קבעה – והדגישה שאל לה לממשלה לראות בכך תקדים – שבנסיבות שנוצרו אין מקום להורות על ביטול התקנות, שכן הדבר יביא לסיכול זכות ההצבעה של מאות אלפי אנשים.<sup>63</sup>

### עמדתו של השופט חשין

השופט חשין הסכים עם השופטת דורנר כי התקנות שהתקין שר הפנים הותקנו שלא כדין. עם זאת, הוא סבר בדעת מיעוט כי הסעד הראוי בנסיבות העניין הוא ביטול התקנות. חשין ביקר בחריפות את התמקדותו של ברק במבחן המידתיות והתעקש שיש להגביל את סמכות הממשלה להתקין תקש"ח לנסיבות שקיים

62 שם, בעמ' 814.

63 שם, בעמ' 816.

בהן "קשר ישיר, קשר בלתי אמצעי, בין מצב החירום לבין הצורך בהתקנתן של תקנות־שעת־חירום".<sup>64</sup>

עם זאת, מחוות דעתו של השופט חשין עולה עמימות מסוימת בנוגע לשאלה מתי ניתן לומר שקיים קשר ישיר כזה. מצד אחד, השופט חשין הדגיש כי "תנאי מוקדם הוא להתקנתן של תקנות־שעת־חירום, שדרכי חקיקה אחרות נחסמו – למעשה אם לא להלכה" וכי "כמו נטל הוא המוטל על הממשלה להיווכח כי 'מצב החירום' – באורח ספציפי – 'מחייב' התקנתן של תקנות־שעת־חירום; ואיז – ורק כך – קמה סמכותה להתקין תקנות־שעת־חירום".<sup>65</sup> מדובר בשאלה הנוגעת לסמכות ולא למידתיות גרידא: "לא יותקנו תקנות שעת־חירום [...] אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת'. הוראת־חוק זו האחרונה, הוראת־סמכות מובהקת היא, ומרשימה היא אותנו בניסוחה ה'אובייקטיבי'".<sup>66</sup>

מצד שני, בסופו של דבר מיקד השופט חשין את הניתוח שלו בשאלת פרק הזמן שעמד לרשות הממשלה לקידום הליך חקיקה בכנסת לפני הבחירות. את מסקנתו שיש לבטל את התקנות הוא ביסס בעיקר על קביעתו ש"ברצות ראש־הממשלה והכנסת יכולה הצעת חוק שתהפוך חוק בתוך שעות מספר".<sup>67</sup> גם ביום וחצי שונתרו לממשלה משעת הדיון בעתירה ועד הבחירות יכלה הממשלה – לו רק רצתה בכך – להסדיר את הנושא באמצעות חקיקה ראשית.<sup>68</sup> בניגוד לשופטת דורנר, השופט חשין לא הציב כאמת מידה נוקשה תנאי שהכנסת מנועה מלהתכנס עקב מצב החירום; עם זאת, לאור עמדתו שניתן להעביר חקיקה בתוך שעות ספורות בלבד, נראה שבפועל רק מצב שבו הכנסת משותקת עשוי להקים בעיניו סמכות להתקין תקש"ח.

64 שם, בעמ' 793, 804-806.

65 שם, בעמ' 795 (ההדגשה במקור).

66 שם, בעמ' 805.

67 שם, בעמ' 798.

68 "ולאומר כי יום וחצי לחקיקה הוא מועד קצר – קצר־מכל־קצר – נשיב כי ברצות הממשלה והכנסת – גם כך ייעשה" (שם, בעמ' 798).



בשולי דבריו ציין השופט חשין כי הוא מוכן לקבל את נקודת המוצא של הנשיא ברק שהתקנות נכנסות לגדר המטרות שנקבעו בחוק (הגנת המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים);<sup>69</sup> וכמו יתר שופטי ההרכב, מהניתוח שלו משתמע שלא ייחס חשיבות לצורך בהכרזה מיוחדת של הכנסת המתייחסת למצב החירום הספציפי שבגינו מותקנות התקנות.

### העמימות העולה מהפסיקה בנוגע לדרישת ההכרזה ודרישת הצורך

פסיקות בית המשפט בענייני פורז ופריצקי הובילו להפחתה ניכרת בשימוש בסמכות להתקין תקש"ח, ומאז עניין פריצקי, בית המשפט לא נדרש שוב לנושא – עד פרוץ משבר הקורונה. ואולם העמימות העולה מפסיקה זו בנוגע לשני תנאי היסוד להפעלת הסמכות להתקין תקש"ח – דרישת ההכרזה ודרישת הצורך – הותירה פתח נרחב לשימוש בסמכות זו לניהול המשבר בשלבי הראשונים, ללא פיקוח מספק של הכנסת. באוגוסט 2020, בעניין **עדאלה**, בית המשפט נדרש שוב לעתירה עקרונית בנושא, שנדונה לפני הרכב מורחב של חמישה שופטים; אלא שגם עתירה זו נמחקה לאחר שבית המשפט קבע כי התייתרה בעקבות חקיקת חוק הקורונה.<sup>70</sup>

לעניין דרישת ההכרזה, מענייני פורז ופריצקי משתמע כי די בהכרזה הכללית של הכנסת כדי לאפשר התקנת תקש"ח גם בנושאים שאינם נוגעים ישירות לנסיבות שהובילו להכרזה על מצב החירום. עם זאת יש לשים לב שההכרזה שעל בסיסה הותקנו התקנות בעניין פורז הייתה ההכרזה הרצופה לפי פקודת סדרי השלטון והמשפט ולא ההכרזה לפי חוק יסוד: הממשלה, הטעונה הארכה אקטיבית של הכנסת מדי שנה. גם הלכת פריצקי, שהתבססה על הסדר החירום בחוק יסוד: הממשלה, גובשה במציאות שונה בתכלית השינוי מזו השוררת כעת. פסק הדין ניתן שנים ספורות לאחר כניסת ההסדר בחוק יסוד: הממשלה לתוקף בשנת 1996, כשהכנסת הספיקה להאריך את ההכרזה רק מספר קטן של פעמים. השאלה כיצד יש לנהוג במציאות של הכרזה מתמדת, המוארכת על

69 שם, בעמ' 804.

70 בג"ץ 2399/20, לעיל ה"ש 4.

ידי הכנסת כעניין שבשגרה רק על מנת לשמור על תוקפם של חוקים התלויים בה, כלל לא עמדה לנגד עיני השופטים דאז. השופטת דורנר – שהיא השופטת היחידה שנדרשה מפורשות לשאלה אם ראוי לדרוש הכרזה חדשה וספציפית כתנאי להתקנת תקש"ח – ביססה כזכור את עמדתה שאין צורך בכך על קביעתה הנוספת, שהסמכות להתקין תקש"ח קמה ממילא רק כשהכנסת משותקת בגלל מצב החירום עצמו.

לעניין דרישת הנחיצות, קשה לדלות מעניין פריצקי הלכה ברורה. יש הסבורים כי עמדת השופטת דורנר – שכאמור גרסה שאין להתקין תקש"ח אלא כאשר הכנסת מנועה מלהתכנס עקב מצב החירום – משקפת את ההלכה הפסוקה היום.<sup>71</sup> אחרים סבורים כי העמדה המובילה העולה מהפסיקה היא שניתן להתקין תקש"ח גם כאשר הדבר נדרש משום שאין שהות לקיים הליך חקיקה זריז ולא רק כאשר הכנסת משותקת בגלל מצב החירום.<sup>72</sup> נראה כי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מצדדות בגישה אחרונה זו, אם כי גם הן לוקות בעמימות מסוימת.<sup>73</sup> ההנחיות מציינות כי "כל אימת שניתן לפנות לחקיקה רגילה, יש להעדיף דרך זו על פני התקנת תקנות שעת-חירום"; עם זאת, הן אינן קובעות שעל הכנסת להיות משותקת מפאת מצב החירום.<sup>74</sup> כפי שנראה בחלק הבא, גם מהעמדה שהביע היועץ המשפטי לממשלה בזמן משבר הקורונה – שקיבלה תמיכה בפסיקת בית המשפט העליון – עולה כי הוא סבור שניתן לעשות שימוש בסמכות זו גם במקרה שאי אפשר להמתין להשלמת החקיקה בכנסת.

71 ראו לעניין זה בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 464-468.

72 ראו למשל ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 682.

73 "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 (60.012) (התשמ"ו).

74 שם, סעיף 28.2 (ד). כן ראו בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 466-467.

## השימוש בסמכות להתקין תקש"ח בעת משבר הקורונה

עם פרוץ משבר הקורונה, הסמכות להתקין תקש"ח קמה לתחייה. למעשה, כעולה ממחקרו של קוסטי, מדובר בשימוש הנרחב ביותר בסמכות זו מאז קום המדינה: מיום 15.3.2020 ועד יולי 2020 הותקנו לא פחות מ־38 תקנות, ואלה תוקנו 64 פעמים.<sup>75</sup>

התקנות עסקו בתחומים מגוונים ורגישים שיש להם השפעה מובהקת על זכויות אדם בישראל. בין השאר אלה הם הנושאים שהוסדרו בתקנות שעת חירום בתקופה זו:

- הטלת מגבלות תנועה גורפות על האוכלוסייה;
- הכרזה על אזורים ספציפיים כ"אזורים מוגבלים" שבהם מוטלות מגבלות תנועה מיוחדות;
- סגירת מקומות עבודה וצמצום פעילות המשק;
- מתן אפשרות לקיים דיוני הארכת מעצר שלא בנוכחות החשוד (בהשתתפות בוידאו קונפרנס או בשיחה קולית);
- הגבלת ביקורי משפחות וביקורי עורכי דין בבתי הכלא;
- הסמכת השב"כ לעקוב אחר אזרחים כדי לאתר אנשים ששהו בקרבת חולים מאומתים;
- הרחבת סמכות המשטרה לקבל נתוני תקשורת כדי לאכוף הוראות בידוד.<sup>76</sup>

75 קוסטי, לעיל ה"ש 36.

76 ראו למשל, תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), התש"ף-2020;

בצד שימוש נרחב זה בסמכות להתקין תקש"ח, תחומים שונים הוסדרו ביד מנכ"ל משרד הבריאות, בהתאם לסמכויות הניתנות לו לפי פקודת בריאות העם המנדטורית משנת 1940. הפקודה מסמיכה את שר הבריאות להכריז כי "סכנה חמורה מרחפת על בריאות העם" בשל מחלה מידבקת מסוכנת ומעניקה למנכ"ל משרד הבריאות סמכויות רחבות במקרה של הכרזה כזאת.<sup>77</sup> במצב חירום אפידימי המנכ"ל מוסמך להורות כי "ייעשו על ידי כל אדם, לרבות קופת חולים [...] כל ענינים או דברים שימצאם רצויים לשם מניעתה או הקלתה של המחלה". כמו כן מוסמך המנכ"ל להוציא צווים המאפשרים בין היתר "לסלק, לבודד, לעצור, להעמיד לפיקוח, לבדיקה רפואית ולטיפול רפואי אנשים נגועים ואנשים העומדים במגע עמהם, ואנשים שיש עליהם חשד כי היו בזמן האחרון נתונים להידבקות"; להיכנס לכל מקום ציבורי או פרטי "ולנקוט שם בכל האמצעים הנחוצים למניעת התפשטות ההדבקה"; לתפוס קרקעות להקמת בתי חולים זמניים; ולהעמיד נוסעים מאזורים נגועים להשגחה רפואית.<sup>78</sup> אחדים מהצעדים שנקטו בעקבות הקורונה – ובייחוד אלה העוסקים בחובות הבידוד שהוחלו על קטגוריות ספציפיות של בני אדם (חוזרים מחו"ל, אנשים שנחשפו לחולים ועוד); באיסור היציאה לחו"ל של עובדי מערכת הבריאות; במניעת התקהלויות, בסגירת מוסדות חינוך ובחובה לעטות מסכה ברשות הרבים – עוגנו בצווים לפי פקודת בריאות העם.<sup>79</sup> ואולם באשר לצעדים רבים נוספים נקבע כי הם חורגים

---

תקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020; תקנות שעת חירום (דיוני מעצרים), התש"ף-2020; תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי הסוהר), התש"ף-2020; תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020; תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020.

77 סעיף 20(1) לחוק.

78 סעיף 20(2).

79 ראו צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (בידוד בבית חולים) (הוראת שעה), תש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (הגבלת פעילות מוסדות חינוך) (הוראת שעה), תש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הוראת למעסיק של עובד בבידוד בית) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הסדרת מחקרים בנגיף הקורונה החדש) (הוראת שעה), התש"ף-2020.

אף מההרשאה החוקית הרחבה הניתנת למנכ"ל משרד הבריאות בפקודה, ומשום כך הדרך הראויה לעגנם היא באמצעות תקש"ח.<sup>80</sup> בד בבד הפעיל שר המשפטים את סמכותו לפי תקנות בתי המשפט ולשכות הוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991, להורות על סגירה חלקית של מערכת המשפט.<sup>81</sup>

התקנת התקש"ח באה גם על רקע אחד המשברים הפוליטיים והחוקתיים החמורים בתולדות המדינה. לאחר שלוש מערכות בחירות שהסתיימו במבוי סתום, במרץ 2020 עדיין כיהנה אותה ממשלת מעבר שהחלה לפעול בדצמבר 2018, עת הוחלט על פיזור הכנסת ה־20. כידוע, ממשלת מעבר מכהנת מכוח דין רציפות, וכבר אינה זוכה באמון הכנסת. על כן, היא אמורה להימנע ככל האפשר מהחלטות הרות גורל ולהסתפק בניהול שוטף של ענייני המדינה עד להשבעת הממשלה החדשה.

יתרה מזו, לאחר כינון הכנסת ה־23 ביום 16.3.2020 (הבחירות התקיימו ביום 2.3.2020) היה בית המחוקקים משותק הלכה למעשה לכשבוע ימים. שיתוק זה לא נבע ממשבר הקורונה או ממצב החירום אלא משיקולים פוליטיים: לאחר הבחירות, ובטרם הקמת הממשלה החדשה, כיהנה כנסת לעומתית, ואף הסתמן

80 ראו לעניין זה תגובת המשיבים 1 ו־3 מיום 20.4.2020 בבג"ץ 2399/20, לעיל ה"ש 4, פס' 23, המפרטת את תהליך הבדיקה של התקנות שהותקנו במשרד המשפטים, שבמסגרתו נבחנו התקנות לגופן "רק לאחר שהתברר כי קיימת סמכות להתקנת התקנות לפי תכליתן, וכן שלא ניתן להשיג את הוצאה הנדרשת לשם התמודדות מיידית עם מצב החירום בדין הקיים או בחקיקה חדשה של הכנסת".

81 ראו תקנות בתי המשפט ולשכות הוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991. התקנות, אשר בעבר עיגנו את סמכות שר המשפטים להכריז על מצב חירום מיוחד כאשר "נשתבשו סדרי החיים התקינים במדינה או בחלק ממנה מחמת מצב הבטחון", תוקנו במרץ 2020 כדי לאפשר הפעלתן גם "מחמת חשש ממשי לפגיעה חמורה בבריאות הציבור ומחמת פגע טבע" (תקנות בתי המשפט ולשכות הוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד) (תיקון), התש"ף-2020). תקנות דומות העוסקות בבתי דין לעבודה תוקנו אף הן ברוח דומה. עתירה כנגד חוקיותן של תקנות אלה, אשר הותקנו מבלי שנקבע הסדר ראשוני בחקיקה ראשית, נמחקה בהסכמת הצדדים לאחר שהמדינה התחייבה לבחון במהלך השנה שלאחר סיום משבר הקורונה את עיגון הסדרת הנושא בחקיקה ראשית (ראו בג"ץ 2130/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (פורסם בנוב, 2.4.2020)).

רוב אפשרי להצעת חוק שתמונע מראש הממשלה לכהן תחת כתב אישום. יו"ר הכנסת בפועל (שהמשיך לכהן מכוח עקרון הרציפות, בהתאם לסעיף 20(א) לחוק יסוד: הכנסת) סירב לבקשת רוב חברי הכנסת לכנס את המליאה כדי לאפשר בחירת יו"ר חדש,<sup>82</sup> ואף עוכבה הקמת הוועדה המסדרת, המוסמכת בין היתר למנות ועדה זמנית לענייני חוץ וביטחון (המחליפה כאמור את הוועדה המשותפת בטיפול במצבי חירום).<sup>83</sup> לפי החוק, הוועדה המסדרת אמורה לקום "מוקדם ככל האפשר לאחר היבחרה" של הכנסת, בדיוק כדי להבטיח פעילות סדירה של ועדות זמניות גם בתקופת המעבר עד להקמת ממשלה חדשה. ברקע עיכובים אלה עמד מאבק פוליטי על דמותה של הממשלה הבאה ורצון של ממשלת המעבר לחתור להקמת ממשלת אחדות בראשות בנימין נתניהו. רק בעקבות התערבות בג"ץ – שבתיק אחד הוציא צו ביניים המונע שימוש בתקנות העוסקות במעקבי שב"כ ומשטרה אם לא יכונסו ועדות הכנסת הרלוונטיות בתוך ימים ספורים, ובתיק נוסף הורה ליו"ר הכנסת לכנס את המליאה – חזרה הכנסת לפעול כדבעי.<sup>84</sup>

**82** אומנם יו"ר הכנסת החליט עם פרוץ המשבר להחיל על הכנסת את האיסור על התקהלות של מעל 10 אנשים שנקבע בצו בריאות העם, אולם בעקבות עתירות לבג"ץ הובהר כי אין באיסור כדי למנוע את כינוס המליאה או פעילות הוועדות, אלא רק "להנחות אותן באשר לאופן פעילותן" (ראו החלטה מיום 22.3.2020, בבג"ץ 2144/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' יו"ר הכנסת).

**83** ראו סעיף 2 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 (בראש הוועדה עומד נציג הסיעה של חבר הכנסת, עליו הוטל להרכיב ממשלה). על הבעייתיות שבהשבת הכנסת בשעת חירום ובאי-מינוי ועדה מסדרת ראו למשל חן פרידברג, אביטל פרידמן, אסף שפירא ושני מור "חוות דעת: תפקוד הכנסת במצב החירום שנגרם בשל נגיף הקורונה" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 19.3.2020).

**84** ראו ההחלטה ליתן צו ביניים מיום 19.3.2020, בבג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, שבה קבע בג"ץ שאם עד יום 24.3.2020 לא יוקמו הוועדות הרלוונטיות לפיקוח על התקנות שעסקו במעקבי שב"כ ומשטרה, לא ניתן יהיה לעשות שימוש בסמכויות המוקנות בהן; בג"ץ 2144/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 23.3.2020), שבו בית המשפט קבע שחובה על יו"ר הכנסת לכנס את מליאת הכנסת בהקדם האפשרי לצורך בחירת יו"ר קבוע לכנסת ה-23. סעד נוסף שהתבקש בתיק זה היה מינוי ועדה מסדרת, אבל סעד זה התייתר לאחר שיועמ"ש הכנסת הודיע לבית המשפט כי בחירת הוועדה נכללה בסדר היום ליום 23.3.2020. כן ראו בג"ץ 2252/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' יו"ר הכנסת היוצא (פורסם בנבו, 25.3.2020), שבו בית המשפט קבע, לאחר שיו"ר הכנסת היוצא סירב לציית להחלטת בג"ץ, כי המליאה תכנס ביום 26.3.2020 בניהולו של ותיק חברי הכנסת כדי לבחור יו"ר קבוע לכנסת החדשה. לניתוח משבר זה והשלכותיו ראו Nadiv Mordechai & Yaniv Roznai, *Constitutional Crisis in Israel: Coronavirus, Interbranch Conflict, and Dynamic*

## עמדת היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לשימוש בתקש"ח בעת משבר הקורונה

עמדת היועץ המשפטי לממשלה במהלך המשבר הלכה בעקבות גישת הנשיא ברק בעניין פריצקי. היועץ התריע פעמים אחדות לפני הממשלה כי דרך המלך היא פנייה לכנסת וכי אין להיזקק לתקש"ח לאורך זמן. עם זאת, הוא נמנע מהצבת מגבלות קשיחות על סמכות הממשלה להתקין תקש"ח והסכים כי ניתן להתבסס על ההכרזה המתמדת על מצב חירום.

כך למשל, במכתב מיום 1.4.2020 לראש הממשלה הדגיש היועץ כי "מקום בו ניתן מבחינה מהותית לקדם חקיקה ראשית באמצעות המסלול המקובל בכנסת, הרי שקמה חובה משפטית לבחור במסלול של חקיקה מסוג זה, חלף התקנת תקנות שעת-חירום על ידי הממשלה".<sup>85</sup> עם זאת הוא ציין כי "התארכות הליכי החקיקה אכן עשויה להצדיק, בנסיבות מסוימות, התקנת תקנות שעת-חירום, אך זאת, רק במקביל להמשך קידומה של חקיקה רגילה".<sup>86</sup> לכן, עד הקמת ועדות הכנסת ביום 24.3.2020 היה מוצדק לעשות שימוש בתקש"ח, אך מרגע שהכנסת חזרה לפעול חובה היה לקדם הליכי חקיקה מתאימים.

גם במכתב מיום 5.4.2020 ליועץ המשפטי לאגודה לזכויות האזרח הבהירה לשכת היועץ כי הצורך בצעדים דחופים, שאינם מאפשרים המתנה להליכי חקיקה בכנסת, עשוי להצדיק התקנת תקש"ח:

---

Ittai Bar-Siman-Tov; כן ראו, *Judicial Review* VERFASSUNGSBLOG (8.4.2020) *Covid-19 Meets Politics: The Novel Coronavirus as a Novel Challenge for Legislatures*, 8 (1-2) THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 11 (2020)

85 מכתב היועץ המשפטי לממשלה לראש הממשלה מיום 1.4.2020 (ההדגשה במקור).

86 שם (ההדגשה במקור).

8. אכן, מובן כי דרך המלך היא חקיקה ראשית של הכנסת, הרשות המחוקקת, ולא התקנת תקנות שעת חירום בידי הרשות המבצעת. אם ניתן לחוקק הסדר חיוני בחוק של הכנסת, ובכך לתת מענה משפטי לצורך מידי הקשור בהתמודדות עם מצב החירום, יש לעשות מאמץ ללכת בדרך זאת ואין להתקין תקנות שעת חירום. אולם, יש לזכור כי לעתים לא ניתן להמתין להשלמת החקיקה בכנסת, בשל הצורך המידי כאמור. אחרי הכול, החובה להגן על בטחון המדינה והציבור, לרבות בריאות הציבור, ולהבטיח את קיום האספקה והשירותים החיוניים, מוטלת על הממשלה ואין היא רשאית להפטר ממנה.

9. במצבים שבהם המתנה להשלמת החקיקה בכנסת תביא לפגיעה ממשית וברורה באינטרסים הציבוריים האמורים, מחויבת הממשלה לפעול ולהעמיד את הכלים המשפטיים הנדרשים גם בדרך של התקנת תקנות שעת חירום. לצערי זה היה מצב הדברים בישראל בתקופה שבה החלה להתפרץ המגיפה ועד לאחרונה.

10. כידוע, על אף שהכנסת ה־23 התכנסה ביום 16.03.20, הוועדה המסדרת של הכנסת הוקמה רק ביום 23.03.20 [...] כיוון שהליך החקיקה מחייב קיומה של ועדה בכנסת, לשם הכנת הצעות החוק לקריאה השנייה, כלל לא הייתה אפשרות משפטית לקדם חקיקה בכנסת ה־23 עד ליום 23.03.20. בנוסף, גם בשלהי תקופת עבודתה של הכנסת ה־22 לא ניתן היה, באופן מעשי, להשלים חקיקה בבהילות שנדרשה. מובן כי במצב דברים זה, לא ניתן היה להמתין ימים אחדים לחקיקה, ולו לחקיקה בהולה, בכנסת. בנסיבות אלה, לאחר שהדבר נשקל לעומקו בשים לב למגבלות החוקתיות, הובהר, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, כי קמה סמכות להתקין תקנות שעת חירום וכי אין מנוס מלפעול בדרך זו.<sup>87</sup>

87 מכתב מיום 5.4.2020 מאת ד"ר גיל לימון, עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה, לעו"ד דן יקיר, יועמ"ש האגודה לזכויות האזרח. כן ראו מכתבו הנוסף של היועמ"ש לראש הממשלה מיום 6.4.2020.



בד בבד, היועץ הגן בבג"ץ על העמדה שניתן להתבסס על ההכרזה הביטחונית המתמדת על מצב חירום כדי לטפל במשבר אזרחי דוגמת מגפת הקורונה. את עמדתו זו ביסס בעיקר על הימנעות בית משפט עד היום מפסילת השימוש בהכרזה המתמדת לצורך התקנת תקש"ח בנושאים אזרחיים ועל ניתוח פסקי הדין בענייני פורז ופריצקי.<sup>88</sup>

## פסיקת בית המשפט בעניין עדאלה

הדיון בבג"ץ התקיים במסגרת עתירה עקרונית שהגיש ארגון עדאלה באפריל 2020, שנטען בה כי לא היה מקום להסתמך על ההכרזה הביטחונית הכללית לטיפול בקורונה, וכי היה צריך לעגן את ההסדרים הדרושים בחקיקה ראשית של הכנסת (עניין עדאלה).<sup>89</sup> לרגע נראה היה שבית המשפט יקיים דיון עקרוני בנושא: העתירה הועברה להרכב מורחב של חמישה שופטים, ובהסכמת המדינה הוחלט לדון בה כאילו הוצא צו על תנאי. ואולם בסופו של דבר גם הליך זה הפך לעתירת "שמטרפות", שבמסגרתה בית המשפט דרש נתונים על ההיקפים של חקיקת החירום ועדכונים שוטפים על המאמץ של הממשלה לקדם חקיקה שתחליף את התקנות שהותקנו.<sup>90</sup> באוגוסט 2020, לאחר חקיקת חוק הקורונה וביטול הרוב המכריע של התקנות, בית המשפט קבע כי העתירה התייתרה והורה על מחיקתה.

בפסק דינו הקצרצר הדגיש בית המשפט את הבעייתיות שבשימוש בתקש"ח ואת הפגיעה הטמונה בו בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק המהותי.<sup>91</sup> הוא

88 ראו תגובה מקדמית מטעם המשיבים 1 ו-3 מיום 20.4.2020 בבג"ץ 2399/20, לעיל ה"ש 4, פסי' 52-62 לתגובה.

89 בג"ץ 2399/20, שם.

90 בג"ץ 2399/20, שם, החלטה מיום 7.5.20.

91 שם, פסי' 3 לפסק הדין.

ביקר את הממשלה על האיטיות בקידום החקיקה הרלוונטית וציין כי "ניתן היה לצפות כי לאחר השבעת הכנסת ה־23 והקמת הוועדה המסדרת, הצעות חוק ממשלתיות שנועדו להחליף את תקנות שעת החירום תונחנה על שולחן הכנסת בלוח זמנים מהיר יותר"<sup>92</sup>. עם זאת, מפסק הדין, שאומנם לא נכנס לעובי הקורה, עולה תמיכה בגישת היועץ המשפטי לממשלה שניתן להיזקק לתקש"ח גם כשהכנסת איננה משותקת בגלל מצב החירום. בד בבד, בית המשפט ציין – והפנה בעניין זה בין היתר לעמדתה של השופטת דורנר – כי הטענה שנדרשת הכרזה נפרדת של הכנסת "אינה מתיישבת בהכרח עם קביעותיו של בית המשפט בעניין פריצקי"<sup>93</sup>.

בית המשפט חזר על עמדה זו בפסק דין נוסף מינואר 2021 שעסק אף הוא בעתירה שהגיש ארגון עדאלה נגד תוקפן של תקש"ח שהותקנו במשבר הקורונה.<sup>94</sup> בית המשפט דחה את טענת העותרים שנדרשת הכרזה נפרדת וספציפית על מצב חירום, על בסיס פסק הדין הקצוצר בעניין עדאלה הקודם ובלי שנדרש לנושא לגופו.<sup>95</sup> בה בעת, בית המשפט הבהיר שוב כי ניתן להתקין תקש"ח כדי להתמודד עם משבר חריג ודחוף גם כשהכנסת איננה משותקת מפאת מצב החירום.<sup>96</sup> כפי

92 שם, פס' 5.

93 שם, פס' 6 (ההדגשה במקור).

94 בג"ץ 5314/20, לעיל ה"ש 5.

95 שם, פס' 14 לפסק הדין: "טענתם של העותרים בעניין עדאלה הייתה כי היה צורך בהכרזה נפרדת של הכנסת בדבר מצב חירום מיוחד בשל מגיפה, על מנת להתקין את תקנות הקורונה כמפורט לעיל. טענה זו נדחתה בעניין עדאלה, ומשכך, איננו נדרשים לה".

96 שם, פס' 15-17 לפסק הדין. בהקשר זה, בית המשפט קבע כי הממשלה הייתה מוסמכת להתקין תקש"ח גם לאחר שוועדות הכנסת חזרו לפעול, בשל הצורך החריג בפעולה דחופה להתמודדות עם המגפה:

אמנם, תקנות אלה הותקנו ביום 3.4.2020, מספר ימים לאחר הקמת ועדת הכנסת. ברם, לנוכח צוק העתים של ראשיתו של הגל הראשון, על חוסר הוודאות והתבהלה שאפיינה אותו; בהינתן הגידול המהיר במספר החולים שהתרחש באותם ימים. [...] בהתחשב במקרי מוות ראשוניים שאירעו, למרבה הצער, באותם ימים; בהינתן המועד, ימים אחדים לפני חג הפסח; ובהינתן הצורך הדחוף לנקוט אמצעים מיידיים שימנעו התקהלויות ויצילו חיי אדם – בהינתן כל אלה, איני סבור כי יש אחיזה לטענה כי היה על הממשלה להימנע מהתקנתן ולהמתין באותה העת להשלמת הליך של חקיקה, וכי בשל כך התקנות הותקנו בחוסר סמכות (שם, פס' 16, ההדגשות במקור).

שאטען בחלק הבא של מסמך זה, בענייני **עדאלה** בית המשפט כשל בכך שלא נתן דעתו ליחסי הגומלין הראויים בין שתי קביעות אלה ולהשלכות של אימוץ גישה מרחיבה בדבר שתיהן יחדיו.

### 3. דרישת ההכרזה ודרישת הנחיצות במצב חירום אמיתי

#### דיון עקרוני בראי משבר הקורונה

שני התנאים המוקדמים להתקנת תקש"ח – דרישת ההכרזה ודרישת הנחיצות – שלובים זה בזה ופועלים יחדיו כדי לתחום את סמכות החקיקה החריגה הניתנת לממשלה במצב חירום. כפי שראינו, בית המשפט בעניין **פריצקי** לא ייחס חשיבות רבה לדרישת ההכרזה, בין היתר כיוון שדן בנושא שנים

ספורות בלבד לאחר כניסת ההסדר בחוק היסוד לתוקפו, והעדיף להתמקד בדרישת הנחיצות. גם הספרות המשפטית מאז פרשת **פריצקי** לא התעכבה לרוב על ההכרזה כמנגנון משמעותי.<sup>97</sup> ואולם, כפי שאטען בחלק זה של החיבור, יש לבחון שני תנאים אלה במשולב. ככל שהפרשנות הניתנת לתנאי הראשון – דרישת ההכרזה – מקילה יותר, כך יש לאמץ גישה דווקנית בנוגע ליסוד הנחיצות, ולהפך: ככל שיוצקים תוכן ממשי לדרישת ההכרזה – לצורך בהסמכה ספציפית של הכנסת להתקנת התקנות – כך ניתן לקבל פרשנות של יסוד הנחיצות המכירה

בהמשך הדברים הדגיש בית המשפט גם את משך הזמן הדרוש לחקיקת הסדר מורכב דוגמת חוק הקורונה: "בד בבד, אין להחעלם מכך שהכנת דבר חקיקה והשלמת הליכי החקיקה אורכים אף הם זמן, וחוק סמכויות מיוחדות [...] יוכיח [...]". (שם, פס' 17).

97 ראו למשל ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, ובנדור, לעיל ה"ש 6. מנגד, כפי שראינו, במאמר שכתבה שנים אחדות לאחר אימוץ ההסדר בחוק יסוד: הממשלה, אך לפני פסק הדין בעניין **פריצקי**, מרגית כהן טענה כי ההסדר בחוק היסוד מאפשר מעבר מתפיסה של מצב חירום "כללי" לתפיסה הדורשת הכרזה על מצב חירום ספציפי (כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 663).

בסמכות הממשלה להתקין תקש"ח גם כשהכנסת איננה משותקת בגלל מצב החירום עצמו.<sup>98</sup>

עקרונית, ניתן להעלות על הדעת ארבע גישות אפשריות בהקשר זה:

- הגישה הראשונה (גישה 1) מאמצת פרשנות מקילה לשני תנאי היסוד גם יחד: היא מאפשרת לממשלה להתקין תקש"ח כדי להתמודד עם כל מצב חירום שעשוי להתעורר כל עוד ישנה הכרזה כללית בתוקף ומסמיכה אותה להתקין תקש"ח מפאת דחיפות העניין, גם אם הכנסת איננה משותקת בשל מצב החירום. עמדה זו הדריכה כאמור את הנשיא ברק בעניין פריצקי ואת היועץ המשפטי לממשלה במשבר הקורונה. היא גם קיבלה ביטוי בפסיקות בית המשפט בענייני עדאלה שנדונו לעיל.

- הגישה השנייה האפשרית (גישה 2) משמרת את הפרשנות המקילה לדרישת ההכרזה, אך מפצה עליה באמצעות הידוק דרישת הנחיצות. גישה זו קיבלה ביטוי כאמור בעמדתה של השופטת דורנר בעניין פריצקי.

- הגישה השלישית (גישה 3) מאמצת פרשנות דווקנית לשני תנאי היסוד. היא דורשת הכרזה ספציפית של הכנסת ובד בבד מגבילה את הסמכות להתקין תקש"ח למקרים שבהם הכנסת משותקת מפאת מצב החירום.

- הגישה הרביעית (גישה 4), לעומת זאת, מחייבת הכרזה ספציפית של הכנסת, אך בה בעת מאפשרת התקנת תקש"ח גם כאשר בית המחוקקים איננו משותק בגלל מצב החירום. לפי גישה זו, עצם הצורך בפעולה מיידיית כדי להתמודד עם מצב חירום בלתי צפוי, והיעדר האפשרות לקיים הליך חקיקה בזמן, עשויים

98 אריאל בנדור ציין ברוח דומה, בעניין הצעתו לבטל את מנגנון ההכרזה על מצב חירום הקבוע בחוק-יסוד: הממשלה ולהסמיך את הממשלה להתקין תקש"ח באישור נציגי הכנסת והרשות השופטת, כי התניה כזאת "אף יכולה להצדיק גישה מקלה יותר מזו שנקבעה בפסק דין פריצקי באשר לסמכות להתקין את התקנות, כך שיתאפשר אישור תקנות שהותקנו במצב שבו הכנסת אינה מנועה להתכנס אך צפוי קושי מעשי בחקיקה מידית, שגם אם קיימת אפשרות פרוצדורלית להתגבר עליו, הרי שהליך החקיקה לא יהיה באיכות מיטבית" (בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 484).

להצדיק התקנת תקש"ח על ידי הממשלה – עד אשר ניתן לקיים הליך ראוי בכנסת.

כפי שאטען בהמשך חלק זה, כאשר בוחנים את ארבע הגישות האלה אל מול התכליות המרכזיות של מנגנון התקש"ח – מתן גמישות לממשלה להתמודד באופן אפקטיבי עם הסכנה שנשקפת לציבור מחד גיסא, ומזעור הפגיעה בשלטון החוק ובזכויות אדם מאידך גיסא – נראה כי לגישה הרביעית יתרונות משמעותיים על פני החלופות האחרות. להלן אעמוד על השיקולים המצדיקים, לשיטתי, את העדפתה של גישה זו.

## **הצורך בשליטה פרלמנטרית בכניסה למצב החירום ובהפרדה מוסדית בין הגורם המכריז לבין הגורם המבצע**

שליטה פרלמנטרית אפקטיבית בהחלטה אם אכן שורר מצב חירום חיונית לשמירה על שלטון החוק – לא רק במובנו המהותי אלא אף במובנו הפורמלי. כפי שכתב הנשיא ברק לאחרונה, "פעילותה של הרשות המבצעת (הממשלה) במצבי חרום נעשית מכוח הסמכה שניתנה לו על ידי הרשות המחוקקת (הכנסת) עצמה, ולא על ידי 'צורך' על־חוקתי שמקורו מחוץ למסגרת החקיקה של הכנסת. בכך נשמר ההיבט הפורמלי של עקרון שלטון החוק".<sup>99</sup> אלא שאין בהכרזה "כללית" על מצב חירום כדי להשיג מטרה זו.<sup>100</sup> הכנסת, כריבון המייצג

99 אהרן ברק, "פירוש לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (בהכנה: צפוי להתפרסם במסגרת סדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך).

100 על הבעייתיות שבהסתכמות על ההכרזה הקיימת כדי להתמודד עם משבר חדש ראו נדיב מרדכי ופנינה שרביט ברוך "משבר הקורונה חוסן דמוקרטי בישראל: מתאר להפקת לקחים" (5.7.2020). (ניתן לעיין במאמר באתר המכון למחקרי ביטחון לאומי). כן ראו עתירת ארגון עדאלה בבג"ץ 2399/20, לעיל ה"ש 4 (באתר עדאלה).

את העם, היא זו שצריכה לקבל החלטה ספציפית להאציל את סמכות החקיקה – באופן זמני – לידי הממשלה.<sup>101</sup> מצב שבו הרשות המבצעת מחליטה בעצמה שמתקיימות הנסיבות המצדיקות כניסה למצב חירום והעברת סמכויות חקיקה לידיה אינו תקין: הוא יוצר ניגוד עניינים מובנה שמציב את הרשות המבצעת בעמדת "החתול השומר על השמנת".

ההיסטוריה מלמדת כי החשש מפני ניצול לרעה של סמכויות חירום על ידי מנהיגים לצרכים פוליטיים אישיים איננו תאורטי.<sup>102</sup> אך גם כאשר הרשות המבצעת איננה מושפעת משיקולים פוליטיים צרים, יש לה הטיה טבעית – כמי שנושאת באחריות הישירה לטיפול באירוע – לטובת נקיטת צעדי קיצון שבכוחם למגר את הסכנה הספציפית העומדת על הפרק. שיקולים רחבים יותר הנוגעים לשמירה על שלטון החוק או זכויות אדם וכן לאחריותיות של הממשלה לפני הכנסת, ובכלל זה העיקרון שיש לעגן הסדרים ראשיים בחקיקה של הכנסת, עלולים להידחק הצידי ולהיתפס כחסמים בירוקרטיים התוקעים מקלות בגלגלי התגובה השלטונית היעילה. ראש הממשלה בנימין נתניהו ביטא גישה זו במסיבת

101 בספרו הקלסי על מודל ה"דיקטטורה החוקתית" לטיפול במצבי חירום – מודל המחיר העברת סמכויות חריגות לידי הרשות המבצעת בעת משבר על מנת שתוכל לסיים את מצב ולהחזיר את המצב הנורמלי על כנו – הדגיש קלינטון רוסיטר את תפקיד המחוקק בהאצלה וולונטרית של סמכות החקיקה ידי הרשות המבצעת (Clinton Rossiter, CONSTITUTIONAL DICTATORSHIP: CRISIS GOVERNMENT IN THE MODERN DEMOCRACIES 9-10 (1948):

The outstanding institution of constitutional dictatorship of a legislative nature is *the delegation of legislative power*. What this amounts to is a voluntary transfer of lawmaking authority from the nation's representative assembly to the nation's executive, a frank recognition that in many kinds of crisis [...] the legislature is unequal to the task of day-to-day, emergency lawmaking, and that it must therefore hand over its functions to someone better qualified to enact arbitrary crisis laws.

102 ראו למשל Tom Campbell, *Emergency Strategies for Prescriptive Legal Positivists: Anti-Terrorist Law and Legal Theory*, in EMERGENCIES AND THE EMERGENCIES (להלן: LIMITS OF LEGALITY 201, 202 (Victor V. Ramraj ed., 2008)). (AND THE LIMITS OF LEGALITY

עיתונאים מתחילת יולי, כאשר אפיין את תהליכי קבלת ההחלטות הדרושים בכנסת ובממשלה כמכשולים בירוקרטיים מיותרים המונעים טיפול אפקטיבי של הממשלה במשבר הקורונה. בתגובה לשאלה של עיתונאית שביקשה לדעת מדוע עדיין לא הועברו סמכויות מסוימות לפקחים השיב נתניהו:

את יודעת למה? כי הכללים המשפטיים מחייבים אותנו – זה פשוט לא יאומן – הם מחייבים אותנו לעבור כל דבר בחקיקה! מה שיכולנו לעשות בממשלת מעבר, שאמרו – אתה לא יכול לחוקק, או אתה לא צריך לחוקק, יש לך תקנות לשעת חירום ואתה עובד ככה, ועבדנו בקצב הזה. פתאום אחרי שהרכבנו ממשלה, אומרים – אה, אבל עכשיו אתה יכול לחוקק. עכשיו, החקיקה מכניסה אותך לכנסת, יש כללים בחקיקה, כמה זמן לוקח, יש גם כל מיני הנחיות שאנחנו מקבלים מהייעוץ המשפטי תעשה ככה, תעשה ככה. הערב כינסתי את [...] מליאת הממשלה כי נאמר לי שאפילו ההחלטות האלה [...] לא מספיק שקבינט הקורונה ידון בהן, אנחנו צריכים את מליאת הממשלה! [...] אז את רואה שיש כאן מכשולים [...] התשובה היא שיש כללים בירוקרטיים שאנחנו מתכוונים להתגבר עליהם.<sup>103</sup>

להטיה זו של הרשות המבצעת למקסם את יכולתה להגיב באופן יעיל להתפתחויות בשטח עשויה להיות תפקיד חשוב: במצב חירום אנחנו רוצים שהממשלה תפעל בצורה יעילה ושיהיה לה מרחב התמרון הנדרש לניהול האירוע. אולם דווקא בשל כך חשוב להכפיף את עצם ההחלטה על כניסה למצב חירום לביקורת פרלמנטרית וציבורית. כמו כן, כפי שנראה בהמשך הדברים, חשוב להבטיח פיקוח שוטף על התנהלות הממשלה לאורך המשבר.

היסטורית, שמירה על הפרדה מוסדית בין הגורם הנדרש להכריז על מצב החירום ובין הגורם המפעיל את סמכויות החירום הייתה מעקרונותיו הבסיסיים של

103 ראו דבריו של נתניהו בסרטון "ראש הממשלה נתניהו ושר הבריאות אדלשטיין בהצהרות לתקשורת" (*IsraelIPM*, 2.7.2020, ערוץ ה-Youtube של ראש הממשלה), מדקה 14:00.

המודל הרומי הקלסי להתמודדות עם מצבי חירום.<sup>104</sup> על פי מודל זה, לניהול משבר מונה דיקטטור זמני שתפקידו המרכזי היה החזרת החיים למסלולם התקין והשבת הסדר החוקתי הנורמלי על כנו. הפרדה כזאת נועדה להתגבר על ניגוד העניינים המובנה הטמון במצב שבו הרשות המבצעת מעניקה לעצמה סמכויות חריגות ולשמש ערובה לנטרול התמריצים הבעייתיים העלולים לעודד שימוש מופרז בהן.<sup>105</sup> אישור מפורש של בית המחוקקים לשימוש של הרשות המבצעת בסמכויות חריגות הוא גם מקור חשוב ללגיטימציה ציבורית.<sup>106</sup> הוא מצביע על תמיכה דמוקרטית במהלכים שהשלטון נוקט ומגביר את אמון הציבור בהם. כפי שלמדנו במהלך משבר הקורונה, אמון ציבורי במהלכי השלטון הוא תנאי חיוני לניהולו היעיל והמוצלח של משבר לאומי מורכב, שכן הוא מאפשר גיוס שיתוף פעולה חיובי מצד האזרחים ומעודד ציות וולונטרי להנחיות של הרשויות.<sup>107</sup> העיקרון שלפיו יש להותיר בידי בית המחוקקים את השליטה על הכניסה למצב חירום מקובל היום גם במדינות דמוקרטיות רבות שיש בהן הסדרים מיוחדים החלים במצב חירום.<sup>108</sup>

כנגד נימוק זה ניתן להעלות שתי טענות עיקריות. ראשית ניתן לטעון כי פיקוח פרלמנטרי על הכניסה למצב החירום עלול להיות חלש מדי. הרי הכנסת נשלטת (בדרך כלל) בידי הממשלה, וסביר להניח שבקשה מצידה להכריז על מצב חירום

John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, 2 (2) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 210, 227 (2004), בעמ' 299, לעיל ה"ש 101, בעמ' 299.

OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE 18, 23-24, 54-58 (2006)

Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 104, בעמ' 219-220.

על תרומתה של ביקורת פרלמנטרית על הכניסה למצב חירום לביטוס הלגיטימציה הציבורית של התגובה השלטונית ולציות הוולונטרי של אזרחים להנחיות הרשויות ראו למשל Jan Petrov, *The Covid-19 Emergency in the Age of Executive Aggrandizement: What Role for Legislative and Judicial Checks*, 8 (1-2) THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 71-92 (2020)

108 להרחבה בנושא זה ראו לילה מרגלית "סמכויות חירום ובקרה פרלמנטרית במשבר הקורונה: סקירה משווה" (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 7.5.2020).



תמצא אצל הרשות המחוקקת אופן קשבת ברוב המקרים. הניסיון בעולם מלמד כי בתי מחוקקים אינם מתפקדים כחסם משמעותי בפני הפעלת סמכויות חירום בידי הרשות המבצעת; כך גם בשיטות נשיאותיות, שאין בהן לממשלה רוב הכרחי בפרלמנט.<sup>109</sup> "אפקט הקונצנזוס" של מצבי חירום – המעודד גורמי אופוזיציה, בייחוד בימים הראשונים של המשבר, לשים את הפוליטיקה בצד ולתמוך במהלכי הממשלה – עלול לפגוע באפקטיביות של הביקורת הפרלמנטרית.<sup>110</sup> במצבי סכסוך ומלחמה אפקט זה מתעצם עוד יותר לנוכח רצונם של שחקנים פוליטיים להפגין פטריוטיות ולהימנע מביקורת שעלולה להיתפס כתבוסתנות. אך גם במצבי חירום מסוגים אחרים תחושות הפחד והבהלה הרווחות בציבור עלולות לצנן את הפיקוח שהפרלמנט מפעיל.

ואולם על אף נטייה זו אין לזלזל בחשיבות הדיון הפרלמנטרי האקטיבי בשאלה אם מתקיימות נסיבות ספציפיות וקונקרטיות שמצדיקות הפעלת סמכויות חירום. כאמור, לפי תקנון הכנסת הכרזה מתבצעת לפי המלצה של הוועדה המשותפת, האמורה לדון בנושא.<sup>111</sup> מדובר ככלל בדיון פומבי שרשאים להשתתף בו גם מומחים ונציגים של ארגוני חברה אזרחית. עצם קיומו של דיון כזה, שהממשלה נדרשת להציג בו בפומבי את הנימוקים הקונקרטיים המחייבים הכרזה על מצב חירום ואת הצורך המדויק בתקנות שעת חירום, הוא משום ערובה חשובה לאי שימוש מופרז בסמכות. הוא מחייב את הממשלה להצדיק את המהלכים הננקטים על ידה, לענות על שאלות האופוזיציה ולהגן על עמדתה לפני הציבור. קיומו של דיון פרלמנטרי כזה ממזער את הפגיעה בדמוקרטיה הטמונה בשימוש בסמכויות חירום<sup>112</sup> ומאפשר בחינה ביקורתית של תהליך קבלת ההחלטות בתוך הממשלה ושל השיקולים שעמדו לנגד עיניה. הידיעה של מקבלי ההחלטות שהם יידרשו

109 Gross & Ní Aoiláin, לעיל ה"ש 105, בעמ' 63-66. הדיון שם התמקד במצבי חירום ביטחוניים, אך הדברים יפים גם למשברים אזרחיים דוגמת הקורונה.

110 ש.ס.

111 סעיף 68 לתקנון.

112 ראו למשל Kent Roach, *Ordinary Laws for Emergencies and Democratic Rights*, *Derogations from Rights, in EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY*, לעיל ה"ש 102, בעמ' 234.

להציג טעמים ציבוריים לביסוס עמדתם בדבר הצורך בהכרזה על מצב חירום עשויה לתרום גם לטיוב התהליך בתוך הממשלה ולנטרול שיקולים זרים.<sup>113</sup> נוסף על כך, דיון ספציפי וממוקד בשאלת הצורך בהכרזה תורם להבהרה מדויקת של התכלית הקונקרטי שלה, ולאורה אפשר לבחון בהמשך את הצעדים הננקטים בעקבותיה.

הכרזה ספציפית של הכנסת על מצב חירום גם ממצבת את בית המחוקקים – ציבורית ותודעתית – כאחראי לפיקוח על אופן ניהול האירוע המסוים בידי הממשלה. מעורבות אקטיבית זו עשויה לעודד את הכנסת לראות עצמה מחויבת לבחון את התאמת הצעדים הננקטים בידי הממשלה לצרכים הקונקרטיים שהוצגו בעת ההכרזה ולקיים פיקוח ממשי יותר על תוכן של התקנות המותקנות על ידה. כאמור, די בהצעה מצד 30 חברי כנסת כדי להתניע דיון בתוכן של התקנות בוועדה המשותפת; ועצם קיומו של דיון ממשי בצורך בהכרזה עשוי להמריץ את האופוזיציה הפרלמנטרית לעורר דיון כזה. על טיב הפיקוח השוטף שראוי שהכנסת תפעיל לאחר ההכרזה עצמה נעמוד בהמשך הדברים.

113 כך, בדומה לאופן שבו ביקורת שיפוטית על מידתיותן של החלטות שלטוניות תורמת לביטוסה של "תרבות של הצדקה", שבה השלטון נדרש להציג טעמים ציבוריים להחלטות הפוגעות בזכויות האדם. ראו Matthias Kumm, *The Idea of Socratic* Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, 4 (2) LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 141, 143 (2010)

Proportionality based judicial review institutionalizes a right to justification that is connected to a particular conception of legitimate legal authority: That law's claim to legitimate authority is plausible only if the law is demonstratively justifiable to those burdened by it in terms that free and equals can accept.

על תרומתו של דיאלוג בין רשויות השלטון לטיוב ניהולם של משברים אזרחיים דוגמת הקורונה ולהגברת הלגיטימציה הציבורית של ההחלטות המתקבלות בידי השלטון ראו גם Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic* 52-55 (Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, 2020)

מנגד, ניתן לטעון כי הפיקוח הפרלמנטרי על הכניסה למצב החירום עלול להיות חזק מדי: באותם מקרים חריגים שבהם מכהנת כנסת לעומתית, שיקולים פוליטיים צרים עלולים להניע את האופוזיציה לסכל הכרזה מוצדקת ונחוצה על מצב חירום ולמנוע טיפול ראוי במשבר של הממשלה.

ואולם יש לשים לב כי טענה זו עשויה להתעורר אך ורק במציאות האנומלית שנוצרה במדינת ישראל בעקבות ההכרזה המתמדת על מצב חירום, שעד היום פורשה כמייתרת את הדרישה החוקתית להכרזה של הכנסת על מצב חירום ספציפי. דרישה חוקתית זו, המעוגנת בחוק היסוד, נועדה בדיוק כדי להעניק כוח לבית המחוקקים במקרים שמתעוררת בהם מחלוקת בנוגע לנחיצות ההכרזה. המקרה של משבר הקורונה – שהביא להקמת ממשלת אחדות בשיאו של אחד המשברים הפוליטיים החמורים בתולדות מדינת ישראל – מראה כמה חזק הלחץ על שחקנים פוליטיים להתעלות על הפוליטיקה הרגילה בצילו של מצב חירום. האפשרות התאורטית שהכנסת תסרב להכריז על מצב חירום היא שהופכת את דרישת ההכרזה לבעלת משמעות.

לסיום חלק זה יש לזכור כי במקרי חירום קיצוניים, שבהם הכנסת משותקת ואינה יכולה להתכנס, הממשלה רשאית להכריז בעצמה על מצב חירום לפרקי זמן קצרים שאינם עולים על שבעה ימים כל אחד. הדרישה להכרזה ספציפית של הכנסת עשויה, אם כן, לסכל את פעולת הממשלה אך ורק כאשר אין הסכמה רחבה על הצורך בהכרזה על מצב חירום; ובהיעדר הסכמה רחבה כזאת – אכן אין מקום להפקיד את סמכות החקיקה בידי הממשלה.

## **מניעת עקיפתו של בית המחוקקים בשעת חירום**

הדרישה להכרזה ספציפית על מצב חירום גם יכולה להעניק לכנסת, כמוסד, כלי חשוב (אף אם כמובן לא מושלם) למניעת ניסיון מצד הממשלה להעצים

את כוחה בזמן המשבר על ידי שיתוק פעילות הכנסת.<sup>114</sup> כפי שראינו, היועץ המשפטי לממשלה אישר את השימוש בתקש"ח במשבר הקורונה בין היתר על רקע העיכובים בהקמת ועדות הכנסת הזמניות לאחר הבחירות. אולם אף שהיועמ"ש התייחס לעיכוב בהקמת ועדות הכנסת כנסיבה "אובייקטיבית" שמנעה פנייה למחוקק כדרך המלך, עיכוב זה לא נבע מכוח עליון אלא משיקולים פוליטיים של ממשלת המעבר, שפעלה בידה האחת למנוע את כינוס הוועדות ובידה השנייה להתקין תקנות שעת חירום. בנסיבות אלו מתחדדת הבעייתיות שבדילוג על הדרישה להכרזה ספציפית של הכנסת. ייתכן שעמידה דווקנית על דרישה זו הייתה מונעת ניסיון בוטה כל כך לעקוף את המחוקק, ואולי אף מייתרת את הצורך בהתערבות שיפוטית להחזרת הכנסת לפעילות. אין צריך לומר שכאשר הממשלה עצמה היא זו שחוסמת את כינוס הכנסת, אין לאפשר לה לעקוף את דרישת ההכרזה הפרלמנטרית על ידי שימוש בסמכות החריגה הניתנת לה להכריז בעצמה על מצב חירום כשאינן אפשרות לפנות לכנסת.

הנסיבות ששררו עם פרוץ מגפת הקורונה היו ללא ספק חריגות מאוד, וככלל אין לצפות במשטר הפרלמנטרי הישראלי כי בעת הכניסה למצב חירום תכהן כנסת לעומתית. כמו כן, דרישת ההכרזה הספציפית לא יכולה לשמש בלם מושלם מפני ניסיון לעקוף את הכנסת. כך למשל, אם הכנסת הייתה מכריזה על מצב חירום ספציפי לפני כינוס הכנסת ה-23, ביום 16.3.2020, הממשלה הייתה יכולה להתבסס על הכרזה זו גם לאחר מכן, בדיוק כפי שהתבססה על ההכרזה המתמדת. אולם ויתור מוחלט על דרישת ההכרזה הספציפית פותח פתח נרחב עוד יותר לעקיפה בעייתית כזאת. לצד עמידה דווקנית יותר על דרישת ההכרזה, מן הראוי לשקול לעגן בחוק היסוד הסדר ספציפי שיתייחס לנסיבות חריגות מעין אלה ויתנה את סמכותה של ממשלת מעבר המכהנת לאחר הבחירות להתקין תקש"ח בהקמתן המיידית של ועדות זמניות בכנסת. כמובן, למעט באותן סיטואציות חריגות ביותר שהכנסת משותקת מפאת מצב החירום עצמו.

114 לתיאור הניסיונות מצד הממשלה לסגור את הכנסת בצל משבר הקורונה ראו Bar-Siman-Tov, לעיל ה"ש 84, בעמ' 31-34.

## הדרישה להסמכה מפורשת של המחוקק לפגיעה בזכויות אדם

המשפט החוקתי הישראלי רואה בהסמכה מפורשת של המחוקק תנאי מהותי לחוקיותן של פגיעות בזכויות אדם. פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". עיקרון זה בא להבטיח כי ההחלטה להתיר פגיעה בזכות יסוד תתקבל על ידי האזרחים עצמם – באמצעות נציגיהם בכנסת – לאחר תהליך חקיקה ראוי.<sup>115</sup> עיקרון דומה קובע כי יש לעגן "הסדרים ראשוניים" – הסדרים שמשפיעים על חיי הפרט והכלל ועוסקים בשאלות יסוד שנויות במחלוקת או נוגעים לחלוקת משאבים ברמה הלאומית – בחקיקה ראשית של הכנסת.<sup>116</sup>

תקנות שעת חירום, שבמסגרתן הרשות המבצעת רשאית לקבוע הסדרים זמניים הגוברים על חקיקה של הכנסת, הן משום חריג לעקרונות אלה. כפי שנראה בהמשך הדברים, סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר להתקין תקש"ח הפוגעות בזכויות אדם גם ללא הסמכה מפורשת בחוק – ובלבד שהן נועדו לתכלית ראויה ומקיימות את עקרון המידתיות. אולם כפי שהעקרונות הכלליים של מערכת המשפט מוסיפים לחול במצב חירום, כך גם החרגה זו אינה באה לבטא שחרור מוחלט של הרסן או קביעה עקרונית שבמצבי חירום ניתן לאפשר לרשות המבצעת לפגוע בזכויות אדם ללא הסמכה כלשהי של הכנסת;

115 נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס **מדריך למחוקק** 110 (2015) (להלן: **מדריך למחוקק**). כן ראו ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" בחוק: תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449, 476-478 (2012).

116 **מדריך למחוקק, שם**, בעמ' 120-121. כן ראו בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה**, פס' 28 לחוות דעתה של הנשיאה חיות (פורסם בנוב, 26.4.2020). לדין בשאלת מעמדו החוקתי של עקרון ההסדרים הראשיים ראו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב(1) 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקתיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012); מדינה, **שם**.

החרגה זו אינה אלא ביטוי לכך שבמצב חירום, שיש בו צורך בפעולה מיידית ואין זמן להמתין להליך חקיקה כדרך המלך, הכנסת רשאית להעניק לממשלה הסמכה מיוחדת וזמנית לפעול באמצעות תקנות. ההכרזה הספציפית על מצב חירום היא פעולת ההסמכה של בית המחוקקים הנחוצה כדי להכשיר פעולת חירום של הממשלה העשויה לפגוע בזכויות אדם. מצב החירום מצדיק החלפה של הדרישה להסכמה מפורשת בחוק בדרישה לאצילה זמנית של סמכות החקיקה לממשלה; הוא אינו מצדיק ויתור מוחלט עליה. הכרה ביכולת של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, הפוגעות בזכויות אדם, ללא הכרזה ספציפית של הכנסת, כמוה כויתור גורף מדי על הקביעה המהותית שאין הממשלה רשאית לפגוע בזכויות יסוד מוגנות אלא על סמך הסמכה מפורשת של בית המחוקקים. ויתור כזה אינו עולה בקנה אחד עם מודל החירום המקובל היום בישראל, והוא עשוי להיות מוצדק אך ורק בנסיבות הקיצוניות ביותר שבהן מצב החירום עצמו מונע מהכנסת לפעול. באופן דומה, הכרזה ספציפית על מצב חירום היא שמסמיכה את הממשלה לסטות זמנית מהכלל היסודי המחייב עיגון הסדרים ראשיים בחקיקה ראשית של הכנסת ומהעיקרון החוקתי בדבר עליונות החוק על פני חקיקת משנה.<sup>117</sup>

## הדרישה במשפט הבינלאומי להכרזה ספציפית על

### מצב חירום

במקרה שמצב חירום שמוכרז מביא לגריעה מחובותיה של מדינת ישראל לפי המשפט הבינלאומי לזכויות אדם, הכרזה ספציפית על מצב חירום היא תנאי

117 על חשיבות עקרון העליונות הנורמטיבית של החוק ראו שמעון שטרית **הממשלה: הרשות המבצעת - פירוש לחוק-יסוד: הממשלה** (2018): "מדרג זה, אשר הוגדר בידי הנשיא שמגר 'נשמת אפו של המבנה החוקתי הנכון', מבוסס על הנחת היסוד שעל פיה חקיקת משנה איננה יכולה לשנות הוראת חוק או לפגוע בה. לפיכך תקנות שעת החירום סותרות לכאורה מדרג זה" (649).

מוקדם לחוקיותה של הגריעה.<sup>118</sup> אך שאין באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות דרישה שהרשות המחוקקת תהיה זו שתכריז על מצב חירום, עקרונות סירקוזה (Siracusa Principles); עקרונות מנחים שגיבשה קבוצה בינלאומית של מומחים לזכויות אדם בשנת 1984 להגבלת זכויות ולגריעה מהן לפי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות) מבהירים את החשיבות של הביקורת הפרלמנטרית המיידית על הצורך בגריעה מהאמנה.<sup>119</sup> סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע כי:

בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל-פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על-פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי.<sup>120</sup>

מדינה שבוחרת לגרוע מזכות לפי האמנה נדרשת להודיע על כך מייד למדינות הנוספות החברות בה באמצעות מזכ"ל האו"ם. ההודעה איננה יכולה להיות כוללת – עליה לכלול התייחסות ספציפית לזכויות הנפגעות, לסיבה הקונקרטית לגריעה ולאמצעים שנקטו בעקבות המשבר.<sup>121</sup> כמו כן, על מצב החירום להיות

118 להרחבה בנושא זה ראו יובל שני "זכויות אדם בזמן חירום: פרספקטיבת משפט בינלאומי" פרלמנט 86 (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 17.6.2020).

119 ראו The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 7 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 3-14 (1985), בסעיף 55: "The national constitution and laws governing states of emergency shall provide for prompt and periodic independent review by the legislature of the necessity for derogation measures"

120 סעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (ההדגשה שלי).

121 ראו שני, לעיל ה"ש 118.

תחום בזמן.<sup>122</sup> כידוע, ישנן גם זכויות – כמו הזכות לא להיות נתון לעינויים – שמהן לא ניתן לגרוע גם במצב חירום. הערה כללית של ועדת זכויות האדם מבהירה כי נוסף על הזכויות המפורטות בסעיף 4 לאמנה כזכויות שלא ניתן לגרוע מהן, ישנם עוד איסורים שלא ניתן לגרוע מהם בשעת חירום, כגון האיסור על שלילת חירותו של אדם באופן שרירותי והאיסור על הפרת עקרונות יסודיים של משפט הוגן כמו עקרון חזקת החפות.<sup>123</sup>

כפי שמציין יובל שני, לפחות בכל הנוגע לאחדים מהצעדים שנוקטו במשבר הקורונה – כגון ההגבלות שהוטלו על בתי המשפט, מעקבי השב"כ לצורך ניהול חקירות אפידמיולוגיות ואחדות מהגבלות התנועה הגורפות – ספק אם ניתן היה לנקוט אותם לפי פסקות ההגבלה הרגילות באמנה, ללא גריעה ספציפית מהוראותיה.<sup>124</sup> דילוג על שלב ההכרזה, ועל בחינה מדוקדקת של הצורך בגריעה מזכויות קונקרטיות, אינו עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של ישראל לפי האמנה. כפי שנראה בהמשך הדברים, הכרזה קונקרטית על מצב חירום עשויה להיות כלי חשוב ל"בידוד" הסדרי החירום ממערכת המשפט הרגילה ולמניעת "כיול כלפי מטה" של ההגנה על זכויות אדם בעת שגרה.<sup>125</sup>

122 ש.ס.

GENERAL COMMENT NO. 29 STATES OF EMERGENCY (ARTICLE 4) CCPR/C/21/ 123  
Rev.1/Add.11, para. 11 (2001)

124 שני, לעיל ה"ש 118.

125 לעמדה הגורסת שגריעה מפורשת מזכויות אדם עדיפה כשמטילים מגבלות תנועה גורפות במצב חירום דוגמת הקורונה ראו Alan Greene, *States Should Declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to Confront the Coronavirus Pandemic*, STRASBOURG OBSERVERS (1.4.2020)



## מניעת חקיקה פזיזה של הכנסת "כשאקדח מוצמד לרקתה"

לביסוס עמדתנו שהממשלה הייתה יכולה, לו רק רצתה, לטפל בבעיית הבחירות ברשויות המקומיות באמצעות תיקון רגיל לחוק הציג השופט חשין בעניין פריצקי רשימה ארוכה של חוקים שהתקבלו בכנסת במהירות הבזק. אין ספק שבמקרים המתאימים אפשר להעביר חוקים במהירות רבה. אבל שאלה אחרת היא אם רצוי לעשות כן – בייחוד בימים הראשונים של משבר מתגלגל, כשהפחד והבהלה בשיאם, כשהתמונה העובדתית רק מתחילה להתבהר ומקבלי ההחלטות פועלים בתנאים של חוסר ודאות קיצוני, וכשהנכונות לוותר על זכויות עלולה להיות גדולה במיוחד. בנסיבות רגישות אלו חקיקת בזק עלולה להוביל לעיגון הסדרים פוגעניים בחקיקה רגילה של הכנסת ללא דיון עומק ביתרונות ובחסרונות של ההסדר שגובש. הסדר כזה, גם אם ייקבע כהוראת שעה, יש חשש ממשי שיהפוך עם הזמן לחלק מהחקיקה הקבועה של מדינת ישראל.<sup>126</sup>

בעשורים האחרונים, ולאחר מתן פסקי הדין בענייני פריצקי ופורז, הותוו בפסיקה העקרונית המהותיים העומדים ביסודו של הליך חקיקה ראוי במשטר הפרלמנטרי הנהוג בישראל: עקרון הכרעת הרוב; עקרון השוויון הפורמלי (המבטיח "קול אחד לכל אחד" מחברי הכנסת); עקרון הפומביות; ועקרון ההשתתפות.<sup>127</sup> בפרשת מיסוי דירה שלישית הבהיר בית המשפט כי עקרון ההשתתפות "אינו מתמצה במתן אפשרות לחברי הכנסת לנכוח פיזית בדיוני מליאת הכנסת או הוועדה", אלא מחייב "מתן אפשרות אמיתית, רצינית והוגנת לחברי הכנסת לעיין ולדון, להעיר ולהאיר, לשאול ולשקול – הכל על מנת שיהיה סיפק בידם לגבש עמדה

126 בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 478-479. ראו לעניין זה ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 694; איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-הייט "שעתן היפה של הוראות-השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" עיוני משפט מא 539, 584-587 (2019).

127 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 43 (2004). לדיון מעמיק בעקרונות היסוד של הליך חקיקה ראוי ראו מדריך למחוקק, לעיל ה"ש 115, בעמ' 153-162.

מושכלת בסוגיה שעל הפרק".<sup>128</sup> גיבוש עמדה, בית המשפט הדגיש, "איננו אקט 'פסיבי' גרידא, אלא דורש מהלך מחשבתי מסוים, עיבוד עצמאי של המידע הנמסר לחבר הכנסת, וקבלת החלטה מושכלת בעד או נגד הצעת החוק. רק כאשר תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעין זו, ניתן יהיה לומר כי היתה להם הזדמנות להשתתף, באופן פעיל ואמיתי, בהליך החקיקה".<sup>129</sup>

התנאי המרכזי למימוש עקרון ההשתתפות הוא קיומו של **דיון פרלמנטרי ממשי**: "דווקא החיכוך בין העמדות והדעות השונות, גם הנוגדות, הוא שביא לחקיקתם של חוקים מבוססים, איכותיים והוגנים יותר, לטובת האזרחים כולם – רוב ומיעוט כאחד".<sup>130</sup> דיון ממשי תורם לשקיפות ולאחריות של חברי הכנסת אל מול הציבור ומגשים את ערך הפלורליזם על ידי השמעת דעות שונות ומנוגדות.<sup>131</sup> אמות המידה שלפיהן בית המשפט בודק אם אכן ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי הן, בין השאר, משך הדיון; השאלה אם היה מידתי ביחס לאורך הצעת החוק, מורכבותה והשלכותיה; השפעת הדיון על תוכן הצעת החוק; התשתית העובדתית שסופקה לחברי הכנסת; ופרק הזמן שניתן לחברי הכנסת ללמוד את ההצעה טרם הדיון בה.<sup>132</sup> חיפזון, לחץ ובהילות עלולים במקרים קיצוניים לאיין את היכולת של חברי הכנסת לקיים דיון משמעותי, באופן שמחייב את פסילתו של חוק מחמת פגיעה קשה בעקרון ההשתתפות.<sup>133</sup>

128 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 52 לחוות דעתו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.8.2017) (ההדגשה במקור).

129 שם, פס' 59.

130 שם, פס' 64.

131 שם, פס' 65–66.

132 שם, פס' 80.

133 שם, פס' 93. באותו עניין החוק נפסל ברוב של ארבעה שופטים נגד אחד, לאחר שנמצא שאף שהחוק הוקרא בדיון בוועדה, לא הועבר נוסח מעודכן בידי הייעוץ המשפטי לוועדה טרם הדיון, לא ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות הולמת להתכונן, ולא התאפשר דיון ממשי בוועדה. כפי שמציינו יניב רוזנאי, פסק הדין משקף מגמה הולכת וגוברת של פעולה בית המשפט כמגן על הכנסת מפני הרשות המבצעת. ראו Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset* IACL–IADC Blog (17.5.2019)

הסטנדרט שלפיו בית המשפט מחליט על ביטול חוק בשל פגיעה בעקרון ההשתתפות הוא מחמיר. בית המשפט אינו פוסל חוק כל אימת שלא מתקיים הליך חקיקה נאות, אלא רק כאשר נשללת מחברי הכנסת כל אפשרות ממשית לממש את עקרון ההשתתפות. אולם ברי שיש לשאוף להסדר שמאפשר קיומו של "הליך ראוי וסדור של עיון ודיון, מחשבה, ויכוח והסכמה", אשר "צפוי להביא לתוצאה איכותית טובה – לחוק ראוי לשמו".<sup>134</sup> קיומו של הליך חקיקה ראוי חשוב גם לביסוסה של לגיטימציה ציבורית לתוצר החקיקתי ולנכונות האזרחים לצייט לחוק.<sup>135</sup>

אין משמעות הדבר שראוי להתקין תקנות שעת חירום במקום חקיקה ראשית – או להמתין חודשים ארוכים עד לעיגון הסדרים הנוחצים בחקיקה ראשית של הכנסת. אכן, גם בעת חירום דרך המלך היא לעגן את הסמכויות המיוחדות המוענקות לממשלה בחקיקה ראשית; ואם ישנה שהות לקיים הליך חקיקה ראוי, גם אם מזוהר, אין ספק שיש להעדיף דרך זו. תקנות שעת חירום, אין תפקידן אלא לשמש מעין גשר לתקופה קצרה עד להשלמת הליך חקיקה כאמור. אבל אם הסמכות להתקין תקנות שעת חירום אכן תוגבל למצבים שבהם הכנסת משותקת, ולא תהיה כל אפשרות לאמץ הסדרים מידיים עד להשלמתו של הליך חקיקה ראוי, התוצאה עלולה להיות העברת חוקים בהולים שאינם עומדים בדרישות המינימום של הליך חקיקה נאות.

בניגוד לתקנות שעת חירום – שעליהן מודבקת תווית אזהרה עם הכיתוב "לא התקבלו בהליך דמוקרטי" – חוק חירום המתקבל בתוך שעות או ימים ספורים מתיימר להיות דבר חקיקה לכל דבר ועניין. דווקא במצב חירום, כשהחברה נדרשת להתמודד עם דילמות חברתיות כואבות וקשות הדורשות איזון זהיר בין הצורך להגן על חיי אדם ובין זכויות יסוד אחרות של הפרט, חשוב לקיים הליך חקיקה המגשים ולו באופן מינימלי את עקרון ההשתתפות: לפרסם תזכיר, לתת שהות מינימלית לקבלת הערות מן הציבור ולקיים דיונים מהירים אך מעמיקים בוועדה הרלוונטית בכנסת. דחיפות העניין עשויה להצדיק קיצורם של

134 שם, פס' 38.

135 שם.

הליכים אלה, אך לא ויתור מוחלט עליהם. כך למשל, במצב חירום עשויה להיות הצדקה לקיצור פרק הזמן העומד לרשות הציבור להגיש הערות לתזכירי חוק ממשלתיים (העומד ככלל על 21 ימים); אך ככלל לא תהיה הצדקה לדלג על שלב זה כליל.<sup>136</sup> באופן דומה, הצורך בדחיפות עשוי להצדיק קיום דיונים מרתוניים בוועדה הרלוונטית בכנסת, הנקבעים בסד זמנים קצר ביותר, אך לא קיום דיונים המסכלים לחלוטין את יכולתם של חברי הכנסת, וכן של נציגי חברה אזרחית, לשקול את הצעת הממשלה.

לחקיקה יתרונות דמוקרטיים מובהקים על פני תקנות שמתקינה הרשות המבצעת. הבקרה הפרלמנטרית על הממשלה, ההזדמנות הניתנת לאופוזיציה להשתתף בדיונים, מעורבות הציבור בהליך ועוד – כל אלה תורמים לטיוב התוצר החקיקתי וללגיטימציה הציבורית המוענקת לו. הניסיון במשבר הקורונה מראה שהליכי חקיקה ראויים, המגשימים את עקרון ההשתתפות, יכולים לבלום הצעות ממשלתיות בעייתיות ולשפר את האיזונים החוקתיים הנקבעים בהן.<sup>137</sup> ואולם הליך חקיקה בהול, שאינו מקיים את דרישות המינימום שהותוו לעיל, כרוך

136 "טיפול בהצעות חוק ממשלתיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3005, 26-30 (התשע"ח). בעניין בג"ץ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2010), בית המשפט הדגיש כי "הליך מינהלי תקין הנוגע לטיפול בהצעות חוק בידי גורמי הממשלה מחייב הפצת תזכיר הצעת החוק לכל הגורמים הציבוריים המעורבים בנושא החקיקה, ולציבור בכללותו, ומתן פרק זמן סביר לקבלת עמדותיהם לגופה של ההצעה" (שם, פס' 11 לפסק הדין).

137 ישנן דוגמאות רבות להסדרים שנדחו או שעברו שינויים משמעותיים בעקבות הליך החקיקה. כך למשל, הצעת החוק הממשלתית שביקשה להחליף תקש"ח שהסמיכו את המשטרה לקבל נתוני מיקום על חייבי בידוד מחברות הסלולר (ללא צו שיפוטי) נמשכה בעקבות הדיונים בהצעה בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת שבהם השתתפו נציגי חברה אזרחית (ראו רפאלה גויכמן "החל מהלילה: המשטרה לא תוכל לעקוב אחר ישראלים שחייבים בבידוד" *TheMarker* 22.4.2020). גם הצעת חוק מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר, תחנות משטרה, בתי הסוהר, חדרי משמר ובתי הסוהר הצבאיים (הוראת שעה), התש"ף-2020, אשר באה להחליף תקנות שעת חירום שעסקו באותו נושא, הוקפאה בעקבות דרישה של ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת להימנע מפגיעה קשה מדי בזכותם של אסירים לקיים מפגשים פיזיים עם עורכי דינם (ראו "ועדת הפנים מבקשת לפצל את החוק למניעת ביקורים בבתי הסוהר, ולדחות את הגבלת המפגשים בין אסירים לעורכי דינם לעת חירום", הודעה לעיתונות של הוועדה מיום 15.7.2020, **באתר הכנסת**). חוקים נוספים, דוגמת חוק קיום דיונים בהיוועדות חזותית בהשתתפות עצורים, אסירים וכלואים במקופת התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, וחוק

בויתור חמור מדי על יתרונות אלה. במצב חירום אמיתי, המחייב אימוץ מייד של הסדרים חריגים, עדיף "לשלם" את המחיר הכרוך בשימוש בתקנות שעת חירום לזמן קצר ביותר ולא להעביר (כפי שנעשה באנגליה, למשל) חוק קורונה המשתרע על 359 עמודים בתוך שישה ימים.<sup>138</sup> שמירה על הליך חקיקה סדור היא תנאי חשוב למימוש מהותי של העיקרון החוקתי המקובל בישראל, המחייב עיגון הסדרים ראשיים והסדרים הפוגעים בזכויות אדם בחקיקה ראשית של הכנסת.<sup>139</sup>

אפשרות נוספת שניתן להעלות על הדעת היא כמובן עידוד המחוקק להעביר הוראות שעה מהירות, שיחליפו את השימוש בתקש"ח, עד להשלמת הליך חקיקה מעמיק יותר. אפשרות זו בהחלט עשויה להיות עדיפה במקרים שבהם ישנה שהות לקיים הליך חקיקה מזורז שמגשים באופן מינימלי את עקרון ההשתתפות. אולם העברה בהולה של הוראות שעה כשאין שהות לכך עלולה להיות מסוכנת. כאמור, הניסיון מלמד שקל יותר להכשיר פגיעות בזכויות אדם המוצגות כזמניות, ושחקיקה זמנית עלולה למצוא את דרכה לספר החוקים הקבוע של מדינת ישראל.<sup>140</sup> בניגוד לתקש"ח, הנושאות כאמור תווית אזהרה, הוראות שעה בהולות עלולות לזכות בהילה לא מוצדקת של לגיטימיות דמוקרטית ובכך לתרום לקיבועם של הסדרים בעייתיים, שאומצו בלהט האירועים.

---

סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 ("חוק הקורונה"), עברו שינויים משמעותיים במסגרת הליך החקיקה.

138 מרגליח, לעיל ה"ש 108.

139 מדריך למחוקק, לעיל ה"ש 115, בעמ' 62-63.

140 ממצאי מחקר אמפירי שפורסם לאחרונה מלמדים כי אכן הוראות שעה יכולות לשמש מדרון חלקלק להכשרת מדיניות הפוגעת בזכויות אדם. המחקר מצא כי אנשים מגלים נכונות רבה יותר להכשיר מדיניות הפוגעת בזכויות אדם כשאין מדובר במדיניות חדשה, אלא במדיניות שכבר אומצה לתקופה מסוימת. נמצא גם שכאשר אימוצה הזמני של מדיניות שנויה במחלוקת מוצג כאופציה ביניים - בין דחייה מוחלטת לקבלה לצמיחות - הנטייה היא להעדיף את ההסדר הזמני על פני האופציות האחרות. ראו Marina Motzenok, Talva Steiner, Liat Netzer, Yuval Feldman, Raanan Sulitzeanu-Kenan, *The Slippery Slope of Rights-Restricting Temporary Measures: An Experimental Analysis*, BEHAVIORAL PUBLIC POLICY (2020). כן ראו בר־סימן־טוב והררי־הייט, לעיל ה"ש 126, בעמ' 584-587.

ברי שגם הסדרים זמניים המעוגנים בתקש"ח – הנתונים לביקורת פחותה מהוראות שעה המתקבלות בכנסת – עלולים לקבוע תקדימים מסוכנים לעתיד. אולם נראה כי המחיר הכרוך בקביעת הסדרי חירום בהולים בתקש"ח – בהתאם להסמכה ספציפית ומפורשת של הכנסת – עדיף מהנזקים ארוכי הטווח הטמונים באימוצם של הסדרים אשר יוצרים מראית עין של חוק, אך שהתקבלו בהליכים פזיזים ולא נאותים ובנסיבות שמגבירות עד מאוד את הסכנה של ויתור גורף על זכויות אדם. עדיף, במילים אחרות, לקרוא לילד בשמו.<sup>141</sup>

## מניעת פרשנות מאולצת של הדין הקיים ופרשנות גמישה של דרישת ההסמכה החוקית המפורשת

הגבלה של סמכות הממשלה להתקין תקש"ח למקרים קיצוניים בלבד, שבהם הכנסת משותקת בגלל מצב החירום, עלולה גם לדחוף את המערכת לאמץ פרשנות מרחיבה של הדין הקיים ולהכשיר פגיעות בזכויות אדם הנשענות על הסמכה חוקית כללית בלבד, כדי לאפשר לממשלה לפעול כבקשתה, ללא צורך בפנייה לכנסת. הכרזה ברורה וממוקדת על מצב חירום ספציפי, מתוך שימוש בתקש"ח במקרים המתאימים, עשויה לעומת זאת לסייע ב"בידודם" של הסדרי חירום בהולים המאומצים בלחץ המשבר ולמניעת הפיכתם לחלק מהנוף המשפטי השגרתי.

פסק הדין בעניין איכוני השב"כ הוא דוגמה טובה לכך. באותו עניין נדונה החלטת הממשלה להסמיך את השב"כ לעקוב אחר אזרחים במסגרת המאמץ

141 כאמור לעיל, תקש"ח פוקעות כעבור שלושה חודשים אלא אם הוארכו בחוק של הכנסת. ברור כי הליכי חקיקה אלה צריכים לקיים את דרישות המינימום של הליך חקיקה נאות. לפי הפסיקה, מעמדו של חוק הבא להאריך את תוקפן של תקש"ח כמוהו כמעמדו של כל חוק אחר (ראו ברק, לעיל ה"ש 99). עם זאת, יש הסבורים כי חוקים אלה הם מדרגה נמוכה יותר מחקיקה רגילה, ועל כן הם כפופים לביקורת שיפוטית מחמירה יותר מחקיקה ראשית, בדומה לתקש"ח עצמן. ראו שם; כן ראו כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 666.

למיגור מגפת הקורונה, בהסתמך על סעיף 7(ב)6 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002. מדובר בסעיף בחוק השב"כ שמאפשר לממשלה להטיל תפקידים נוספים על השירות, שנועדו "לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". אף שבית המשפט הסכים כי החלטה להסמיך את השב"כ לבצע מעקב רחב אחר אזרחים היא בבחינת הסדר ראשוני הטעון הסמכה מפורשת בחוק, הוא קבע כי בשלבים הראשונים של המשבר די היה בהסמכה הכללית שבסעיף 7(ב)6 לחוק. בהקשר זה בית המשפט הבהיר שכאשר ישנו צורך דחוף להידרש למשבר המעמיד את אזרחי מדינת ישראל ותושביה בסכנה חמורה ומיידית, ניתן להגמיש את הדרישה החוקתית להסמכה מפורשת בחוק:

היות שמצאנו כי עם פרוץ המשבר התקיים המבחן המצמצם בדבר קיומה של סכנה חמורה ומיידית לאזרחיה ותושביה של מדינת ישראל, ובמיוחד לנוכח הדחיפות הגלומה בהפעלת ההסדר שעליה עמדו גורמי המקצוע במשרד הבריאות, אני סבורה כי במועד קבלת החלטת הממשלה, ההסמכה הנתונה לממשלה בסעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ הייתה מפורשת דיה ומשכך החלטה זו אינה מנוגדת לעקרונות ההסדרים הראשוניים. ואולם, מסקנה זו הייתה יפה לנקודת הזמן שבה התקבלה החלטת ההסמכה.<sup>142</sup>

דילמה דומה התעוררה סביב הפרשנות של המושג "ביטחון לאומי" בחוק: האם הוא חל רק על התחום הביטחוני ה"צר" או ה"קלסי", או גם על סכנות אזרחיות לציבור דוגמת הקורונה? הרצון לאפשר לממשלה לפעול במסגרת הדין הקיים דחף את המערכת לאמץ הגדרה מרחיבה של המושג, העלולה להותיר את חותמה על אופן פרשנותו גם בעתיד. כפי שכתב אמיר גילת במאמר שפרסם בעקבות פסק הדין באתר "במחנה" של "צה"ל": "נראה כי לפרשנות המרחיבה שנתן בית המשפט העליון למושג 'ביטחון לאומי' עוד יהיה יישום בעתיד, גם באירועים נוספים. כדאי שכל מי שעיסוקו בביטחון לאומי יכיר ויבין את המשמעויות של

142 בג"ץ 2109/20, לעיל ה"ש 116, פס' 29 לחוות דעתה של הנשיאה חיות (ההדגשה במקור).

הרחבת המושג על-ידי בית המשפט העליון, גם מעבר לצורכי הביטחון במובנם הצר.<sup>143</sup> בניגוד לתקש"ח, המסומנות באופן ברור כסטיות חריגות מהמערכת הנורמטיבית המקובלת, פרשנויות גמישות של החוק הקיים, לא כל שכן של הדרישה החוקתית להסמכה חוקית מפורשת, עלולות לקבוע תקדימים בעייתיים שילוו את המערכת גם בשנים הבאות.

באופן דומה, אלמלא זמינותו של מנגנון התקש"ח, ייתכן שהמערכת הייתה דוחפת לפרשנות מרחיבה ובעייתית של ההוראות הגורפות בפקודת בריאות העם, 1940, שהוזכרו לעיל, באופן שהיה מאפשר למנכ"ל משרד הבריאות לנקוט צעדים דרקוניים כגון הטלת מגבלות תנועה גורפות על הציבור. פרשנות כזאת הייתה מוסיפה ללוות את הפקודה גם לאחר סיום משבר הקורונה. השימוש בתקש"ח – אשר שם על השולחן את העובדה שאין בנמצא תשתית משפטית מספקת לטיפול במצב החירום שהתעורר ואשר דורש החלטת ממשלה – עדיף בבירור על הישענות על חקיקה מיושנת ודרקונית המאפשרת לפקיד בכיר לקבוע הסדרים בעייתיים על דעת עצמו.

## **פיקוח הכנסת על תוכן של תקנות שעת חירום**

בצד הכרזה ספציפית על מצב חירום, מן הראוי שהכנסת תקיים גם פיקוח על תוכן של תקש"ח שמותקנות על ידי הממשלה בהתאם להכרזה. הצורך במתן גמישות לרשות המבצעת בימיו הראשונים של משבר קיצוני – כדי לאפשר לה לפעול בלי להיזקק להליכי חקיקה פזיזים – אין משמעו שעל הכנסת למשוך את ידה מביקורת מהותית על ההסדרים המותקנים על ידה. ביקורת זו חשובה במיוחד **דווקא** על רקע גמישות זו.

143 אמיר גילת "על בג"ץ וביטחון לאומי" אתר במחנה (בלא ציון תאריך פרסום).



כפי שראינו, סמכות הכנסת לפקח על תוכנו של תקש"ח מעוגנת בחוק היסוד, וזה מאפשר לה לבטל תקש"ח בכל עת, בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת. תקנון הכנסת גם קובע כי ועדת החוץ והביטחון או קבוצה של 30 חברי כנסת יכולים להעלות הצעה לביטול של תקנות, שתידון בוועדה המשותפת. עם זאת, בפועל, ההכרזה המתמדת על מצב חירום – אשר עד היום פורשה כפושרת את הכנסת מהצורך במעורבות אקטיבית בהחלטה אם להכריז על מצב חירום ספציפי – נותנת את אותותיה גם בכל הנוגע להיעדר מעורבות פרלמנטרית בפיקוח על תקש"ח שמוחקות בהתאם להכרזה הכללית. גם במהלך משבר הקורונה, כשהממשלה עשתה שימוש נרחב בסמכות להתקין תקש"ח, הכנסת לא קיימה פיקוח על תוכנו של התקנות.<sup>144</sup>

כפי שצוין לעיל, אחד היתרונות של הכרזה ספציפית על מצב חירום הוא הצבת הכנסת כאחראית לפיקוח על תוכנו של תקש"ח ועל התאמתו לצרכים המוגדרים שהוצגו בעת ההכרזה. על מנת להבטיח את מימוש תפקיד הפיקוח של הכנסת מן הראוי לשקול את תיקון התקנון, ברוח הצעה שהעלתה האגודה לזכויות האזרח,<sup>145</sup> לעגן בו חובה להניח כל תקנה על שולחנה של הוועדה אשר מתאימה לדון בה מבחינה נושאית ולחייב קיומו של דיון בתוך זמן קצוב. כמו כן, במבט לעתיד, יש מקום לשקול תיקון חוק היסוד כדי לאפשר לכנסת לשנות תקש"ח ולא רק לבטל.

**144** ראו למשל פניית האגודה לזכויות האזרח ליו"ר הכנסת, מיום 6.5.2020, בעניין "פיקוח פרלמנטרי על תקנות שעת חירום" (ניתן לעיין באתר האגודה לזכויות האזרח), שבה התריעה על היעדר מעורבות הכנסת בפיקוח על התקש"ח שהותקנו והציעה לתקן את התקנון כדי להבטיח קיומו של פיקוח ממשי יותר. על חשיבות הפיקוח השוטף של הכנסת על ניהול מצב החירום ראו גם מרדכי ושרביט ברוך, לעיל ה"ש 100. כן ראו אביטל פרידמן ואסף שפירא "הפקוד הכנסת בתקופת חירום: לקחי משבר הקורונה" פרלמנט 86 (אחר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 17.6.2020).

## סיכום

בחינת השיקולים שהובאו לעיל מובילה למסקנה שמתוך ארבע הגישות האפשריות ליחסי הגומלין הראויים בין דרישת ההכרזה לדרישת הנחיצות, יש להעדיף את הגישה הרביעית. גישה זו מעניקה לממשלה גמישות מסוימת בהתקנת תקש"ח, אך מתנה זאת בהכרזה ספציפית של הכנסת על מצב חירום.

**גישה 1**, שהיא כזכור הגישה שהדריכה את הרשויות בטיפול במשבר הקורונה, מעניקה לממשלה גמישות רבה מדי. במצב הנוכחי, שבו ההכרזה הביטחונית הכללית מוארכת באופן מתמיד כדי למנוע את ביטולם של חוקים התלויים בה, משמעותה של גישה זו היא הענקת "צ'ק פתוח" לממשלה להתקין תקנות הגוברות על חקיקה כל אימת שהיא סבורה שיש צורך דחוף להתמודד עם משבר אקוטי ושאינן זמן לקיים הליך חקיקה בכנסת. היא מרוקנת מתוכן את סמכות הכנסת לפקח על עצם הצורך בהכרזה על מצב חירום ופוגעת קשות בעקרון ביזור הכוחות בין הרשויות. היא מבטלת, הלכה למעשה, את עקרון שליטת הכנסת על הכניסה למצב החירום.

לעומת זאת, **גישה 2** – גישתה של השופטת דורנר – מצמצמת מדי. ההיגיון הפנימי בגישה זו ברור: אם סמכות הממשלה להתקין תקש"ח מוגבלת ממילא למקרים שבהם הכנסת משותקת בגלל מצב החירום, אין להתנות את יכולת הממשלה לפעול באופן מיידי בהכרזה מטעם הגוף המשותק. כפי שמציינת השופטת דורנר בעניין פריצקי, בדיוק מסיבה זו חוק היסוד ממילא מאפשר לממשלה להכריז בעצמה על מצב חירום (לזמן קצר) בסיטואציה קיצונית כזאת. אלא שגישה זו אינה מביאה בחשבון את מגוון המצבים העלולים להוביל לכך שפנייה לכנסת לא תהיה מעשית. היא קושרת את ידי הרשויות יתר על המידה במצבי חירום אמיתיים שעשויים לחייב פעולה מיידיית ממש, והיא עלולה לעודד חקיקה פזיזה שתהיה משום בכייה לדורות.

מטעמים דומים, גם **גישה 3** – המחייבת פרשנות דוקנית מאוד של שני תנאי היסוד גם יחד – עלולה להיות מגבילה מדי. אם הכנסת עצמה מגיעה למסקנה

ששורר במדינה מצב חירום ספציפי הדורש פעולה מיידית שאינה מאפשרת קיום הליך חקיקה ראוי, ספק אם יש מקום להתנות את יכולת הפעולה של הממשלה בשיתוק מוחלט של הכנסת עקב מצב החירום. לפי גישה זו, אף אם הכנסת סבורה שדחיפות העניין אינה מאפשרת הליך חקיקה ראוי, אין היא רשאית להסמיך את הממשלה להתקין תקש"ח, אלא אם היא מנועה מלפעול בשל מצב החירום עצמו.

על אף הבעייתיות הרבה הטמונה בשימוש בתקש"ח נראה כי במצב חירום אמיתי, שהכנסת הכריזה עליו ככזה, עדיף לאפשר את השימוש בהן מאשר לאלץ את המערכת לפעול "כדרך המלך", אגב עיוות האיזונים החוקתיים החלים בשגרה. כמובן, רק עד אשר ניתן להשלים הליך חקיקה ראוי בכנסת.

## 4. המעבר מתקש"ח לחקיקה ראשית

### בעיית הנורמליזציה

ראוי לשוב ולהדגיש שגם לפי הפרשנות המוצעת כאן, תקנות שעת חירום לא נועדו אלא לספק "גשר" זמני באותם מקרים שבהם אין שהות לפנות לכנסת ולקיים הליך חקיקה ראוי. גם במצב חירום דרך המלך היא לעגן את ההסדרים הדרושים לניהול המשבר בחקיקה ראשית של הכנסת, מתוך קיום הליך חקיקה

שמאפשר דיון ציבורי ממשי. על הליך חקיקה זה להתחיל מייד עם פרוץ המשבר (או אם מצב החירום מונע את כינוס הכנסת, ברגע שהכנסת יכולה להתכנס), ועליו להסתיים בתוך פרק זמן סביר.

ואולם, כפי שעולה מהדיון שקיימנו לעיל, חקיקה של הכנסת במצב חירום מעוררת ביתר שאת את בעיית הנורמליזציה של החירום. בעיה זו מוכרת בספרות כאחד האתגרים העיקריים של דיני החירום, וטרם נמצא מרשם הפלא

להתמודדות עימה.<sup>146</sup> הניסיון בישראל ובעולם מראה כי מצבים חריגים, הזוכים לטיפול מיוחד כ"מצבי חירום", הופכים פעמים רבות לקבועים, וצעדים שננקטים במסגרתם עוברים עם הזמן תהליכי נורמליזציה. יש חשש שאימוץ הסדרים אלה בחקיקה רגילה – גם אם זמנית – יביא ל"כיול כלפי מטה" של ההגנה על שלטון החוק ועל זכויות אדם בשגרה. תקש"ח, על כל מגרעותיהן, מתבטלות תמיד בתוך שלושה חודשים, אם לא הוארכו בחוק. חקיקה ראשית, לעומת זאת – הנחקקת כשהלחץ עדיין גדול והציבור מגלה נכונות מוגברת לוותר על זכויות – עלולה להתקבע בקלות יתר בספר החוקים גם בחלוף המשבר. הממשלה גם עלולה להתפתות לנצל את האירוע כדי לעגן בחקיקה ראשית הסדרים זמניים שבימים רגילים היו נדחים על הסף, בתקווה שיהפכו עם הזמן לקבועים.

הדוגמה המובהקת ביותר לבעיית הנורמליזציה של החירום בהקשר הישראלי היא סמכויות החירום המיוחדות שניתנו לרשות המבצעת כדי להיאבק בטרור, אשר בשנים האחרונות עוברות תהליך של עיגון בחקיקה הקבועה של המדינה. תהליך זה הגיע לשיאו בחקיקת חוק המאבק בטרור ביוני 2016, ובניסיון, שטרם הושלם, לבטל את תלותו של חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, בהכרזה על מצב חירום.<sup>147</sup> יש לשים לב, עם זאת, שעל אף ההתייחסות אל כמה מהסמכויות הביטחוניות המיוחדות הניתנות לרשויות כאל סמכויות חירום, בפועל החיץ המרכזי בין סמכויות אלו ובין הסמכויות ה"רגילות" המופעלות בתחומים אחרים היה ונותר תלוי נושא יותר מאשר תלוי זמן. ראשית, לנוכח ההכרזה המתמדת על מצב חירום, ההתניה הפורמלית של כמה מהסמכויות האלה בהכרזה נעשתה עם השנים לפיקציה. לא היה רגע מאז קום המדינה שסמכויות אלו לא עמדו בתוקפן. שנית, מאז ומתמיד סמכויות ביטחוניות לא פחות קיצוניות עוגנו בחקיקה שלא הותנתה בהכרזה – דוגמת תקנות ההגנה (שעת חירום). על אף היעדר התניה זו, גם תקנות ההגנה סומנו בתודעה הציבורית כ"חקיקת חירום" בעייתית, ובכך בודדו במידה מסוימת מהחקיקה הרגילה. ואולם סמכויות ביטחוניות חריגות, שאינן מותנות בהכרזה,

146 לידיון מעמיק בדילמה זו ראו Gross & Ní Aoláin, לעיל ה"ש 105, בעמ' 171-243.

147 לידיון במגמה של העברת סמכויות חירום לחקיקה קבועה ולהוראות שעה שאינן תלויות במצב החירום המוכרז ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1.

עוגנו גם בחקיקה ראשית רגילה: בחוק השב"כ (המעניק לשירות סמכויות מרחיקות לכת לסיכול פגיעות בביטחון המדינה); בחוק המעצרים (המאפשר מניעת מפגש של עצור ביטחוני עם עורך דין לתקופה של עד 21 ימים וקובע תנאי מעצר מיוחדים לעצורים ביטחוניים); בחוק חקירת חשודים (הפוטר חקירות ביטחוניות מחובת התייעוד החזותי והקולי החלה בחקירות חמורות אחרות); ועוד.<sup>148</sup> אחדות מהסמכויות האלה עוגנו תחילה בהוראות שעה שנהפכו עם השנים לקבועות.

תהליך זה של עיגון סמכויות החירום הביטחוניות בחקיקה קבועה קודם, בין היתר, על רקע העתירה לביטול מצב החירום והמאמץ בעקבותיה לטפל בחקיקה התלויה בו (בג"ץ 3091/99). בפסק דינו משנת 2012 הסביר המשנה לנשיאה רובינשטיין את התפיסה שעומדת מאחורי מגמה זו:

ישראל היא מדינה נורמלית שאינה נורמלית; היא נורמלית, כי היא דמוקרטית פעילה שזכויות היסוד בה, ובהן בחירות חופשיות, חופש ביטוי, עצמאות בתי משפט וגם הייעוץ המשפטי – נשמרות. היא ממלאת ביסודם את יעודיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא אינה נורמלית, כי טרם הוסרו איומים מעל קיומה, מדינה דמוקרטית יחידה המצויה תחת איום כזה, וגם טרם הוסדרו כראוי יחסיה עם שכניה, חרף הסכמי שלום עם מצרים וירדן והסכמים מסוימים עם הפלסטינאים, והמאבק בטרור נמשך, וכנראה יימשך בעתיד הנראה לעין. עדיין איננו יושבים איש תחת תחת גפנו ואיש תחת תאנתו. "המסה הנורמלית" דיה כדי לבקש כי חקיקת החירום תותאם למדינה דמוקרטית בת 64 שנים;

148 ראו חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (המעניק לשב"כ בין היתר את הסמכות לבצע חיפושים סמויים בכלי רכב ובחצרים, את הסמכות לעשות שימוש נרחב בנחוני תקשורת ללא צו שיפוטי, ועוד); סעיפים 11 ו-35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996; חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002. כן ראו סעיף 4 לחוק האזנת סתר, המאפשר לשב"כ לבצע האזנות סתר ביטחוניות בהיתר ראש הממשלה, ללא צורך בצו שיפוטי; וסעיף 2(14) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, הפוטר את השב"כ באופן גורף מתחולת הוראות החוק.

האתגר הוא עיצוב מערכת חוק, גם בנושא זה, המתמודדת עם הפן הנורמלי והפן הלא נורמלי כאחת.<sup>149</sup>

נטייה בעייתית זו של הסדרי חירום זמניים להפוך לקבועים – אשר מובהקת כל כך בתחום הביטחוני – מעוררת, ובצדק, חשדנות רבה כלפי ניסיונות "לבודד" הסדרי חירום, אם באמצעות תקש"ח ואם באמצעות חקיקה ראשית. אולם יש לשים לב לשני הבדלים חשובים בין סוגיית המאבק בטרור ובין מצבי חירום ספציפיים כמו משבר הקורונה.

ראשית, בניגוד לטרור – שאכן לא צפוי להיעלם בעתיד הנראה לעין – יש מקום להניח שמשבר הקורונה יהיה תחום בזמן. גם אם הוא יימשך חודשים או שנים אחדות, אין מדובר במצב שצפוי ללוות את החברה הישראלית בקביעות. בהחלט עלולות להתפרץ בעתיד מגפות נוספות, אבל יש להניח שגם אז יהיה מדובר באירועים קונקרטיים, תחומים בזמן.

שנית, בעוד ההתמודדות עם הטרור מעמידה את הביטחון שלנו אל מול הזכויות שלהם, משבר אזרחי דוגמת הקורונה מטיל את "מחיר" הצעדים הננקטים על הציבור הרחב בכללותו. כפי שמציין קנת רויץ' (Roach), אסונות טבע בוחנים את נכונות החברה לשאת "ויתור עצמי שוויוני וקולקטיבי" על זכויות, להבדיל מהויתור הנגבה מ"החשודים הרגילים" בהקשר של הטרור.<sup>150</sup> אופיים המקרי של מגפות ואסונות טבע אחרים פועל כמעין "מסך בערות" שמאפשר דיון הגון יותר באיזון הראוי בין זכויות אדם ובין האינטרסים הציבוריים העומדים על הפרק.<sup>151</sup> גם אם דיכטומיה זו איננה מושלמת – שכן הניסיון במשבר הקורונה מלמד כי מחיר הפגיעה בזכויות אדם אינו באמת נגבה באופן שוויוני מכלל האוכלוסייה – הנחת היסוד הבסיסית של מקבלי ההחלטות בניהול משבר אזרחי כמו הקורונה היא עדיין שהסמכויות החריגות הניתנות לממשלה עשויות להיות מופעלות

149 בג"ץ 3091/99, לעיל ה"ש 19, פסי' יח לחווה דעתו של השופט רובינשטיין.

150 Roach, לעיל ה"ש 112, בעמ' 233.

גם כלפיהם, ולמצער כלפי קבוצות באוכלוסייה המיוצגות על ידם. לפחות בכל הנוגע למשברים אזרחיים מסוג זה, ייתכן שהניסיון לבדוד את הצעדים החריגים הננקטים כדי להתמודד עם המשבר יהיה אפקטיבי יותר.

המסקנה העולה מדיון זה היא שכאשר הסדרי חירום מעוגנים בחקיקה ראשית (ולא בתקש"ח), מן הראוי שאופיים הזמני והחריג יבוא לידי ביטוי בחוק עצמו; לא רק על ידי קביעת החוק כהוראת שעה לתקופה קצובה, אלא גם על ידי הבהרה בסעיף המטרות של החוק שהוא נועד להתמודד אך ורק עם מצב החירום הספציפי העומד על הפרק. אין לנצל מצבי חירום אקוטיים כדי לחוקק הסדרים כלליים להתמודדות עם משברים עתידיים מאותו סוג.

בהקשר זה חוק הקורונה – הבא להתמודד עם "שגרת החירום" של המגפה – הוא דוגמה מלמדת. מצד אחד, אין ספק שחוק הקורונה מגלם איזונים ראויים יותר מתקנות שעת החירום שהותקנו בימים הראשונים של המשבר. הוא נחקק בהליך מהיר אך לא בהול, בשלב שבו כבר החלה להתברר התמונה העובדתית בעניין חומרת המגפה, וכשהבהלה הציבורית כבר הייתה פחותה מזו ששררה עם פרוץ המשבר. אילו היה נחקק בהליך בהול במרץ 2020, בתוך שעות או ימים ספורים וללא שהות מינימלית לקבלת הערות מהציבור, ניתן להניח שהיה מאוזן פחות. מן הצד האחר, גם על חוק הקורונה נמתחה ביקורת, שכן הוא מעניק סמכויות רחבות מאוד לממשלה ללא פיקוח מספק של הכנסת.<sup>152</sup> הוא נחקק בכל זאת בלחץ זמן משמעותי, והוא משקף את הרוח החירומית של התקופה. לכן, יש לברך על כך שהוא נקבע כהוראת שעה לעניין מגפת הקורונה בלבד ולא כ"חוק מגפות" לעתיד. דוגמה מלמדת נוספת היא חוק קיום דיונים בהיוועדות חזותית בהשתתפות עצורים, אסירים וכלואים בתקופת התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020. חוק זה, הקובע מנגנון שמאפשר הארכת

152 ראו לעניין זה עמיר פוקס "חוק הקורונה: מופע של התבטלות הכנסת בפני הממשלה" (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 29.6.2020). לאחר סיום כתיבתו של חיבור זה, בית המשפט העליון אישר את חוקתיות חוק הקורונה, אך פסל תקנות לפיו שעסקו במניעת הפגנות (בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 4.4.2021)). בית המשפט הגיע לתוצאה זו לאחר שמצא, בין היתר, כי הליך החקיקה היה "מזורז אך לא חפוז" (פס' 26 לחוות דעתה של הנשיאה חיות).

מעצרים של חשודים בהיוועדות חזותית בגלל משבר הקורונה, הוא מידתי יותר מהתקש"ח שעסקו בנושא זה עם פרוץ המשבר.<sup>153</sup> עם זאת, גם האיזונים שנקבעו בחוק זה משקפים נורמות חירומיות, ולכן טוב עשה המחוקק כשהגביל אותו לאירוע הנוכחי.

דרך אחרת להשגת מטרה זו של בידוד חקיקת החירום מהחקיקה הרגילה היא על ידי התניית תוקפה בקיומה של הכרזה ספציפית של הכנסת על מצב חירום חוקתי המתייחס למשבר הקונקרטי העומד על הפרק. לפי מודל זה, הכרזה ספציפית של הכנסת על מצב חירום נועדה לא רק לאפשר התקנת תקש"ח במקרים המתאימים, אלא גם לתייחוס פרק הזמן שהסדרי החירום החריגים שייקבעו בחקיקה ראשית יחולו בו.<sup>154</sup> כך למשל, את חוק הקורונה ניתן היה להתנות בהכרזה ספציפית על מצב חירום חוקתי, נוסף על המנגנונים הפנימיים שנקבעו בחוק, המאפשרים הכרזה על מצב חירום "קטן" לצורך הפעלתו.<sup>155</sup> היתרון במודל זה הוא הזיקה הברורה שהוא משמר בין החקיקה החריגה – העלולה לפגוע בזכויות אדם – ובין מצב החירום החוקתי המוכרז. עם זאת, הוא עשוי לסייע בסוגיית הבידוד רק אם אכן תאומץ הפרשנות המוצעת כאן, הדורשת הכרזה ספציפית על מצב חירום; הניסיון מלמד כי התניית חקיקה בהכרזה כללית ומתמדת על מצב חירום פועלת להנצחת הסדרי החירום, ולא לבידודם.

יש לשים לב גם שאין היום בחוקי־יסוד: הממשלה מנגנון שמאפשר לכנסת להכריז על מצב חירום לצורך הפעלת הסדרי חירום המעוגנים בחקיקה, בלי לפתוח את הדלת גם להתקנת תקש"ח על ידי הממשלה (אם מתקיימים התנאים המהותיים לכך). במבט לעתיד, יש מקום לשקול יצירת הפרדה בין ההשלכות

153 ראו תקנות שעת חירום (דיוני מעצרים), התש"ף-2020. כך למשל, בעוד התקנות קבעו כי השתתפות העצור בדיון יושג באמצעות "מכשירים טכנולוגיים שיספק שירות בתי הסוהר ושמאפשרים העברת קול וככל האפשר גם העברת תמונה", החוק מחייב ככלל הארכת מעצר בהיוועדות חזותית, וקובע מגבלות משמעותיות על האפשרות להאריך את המעצר דרך הטלפון (סעיף 9 לחוק).

154 השו"כ, לעיל ה"ש 12, בעמ' 665-667.

155 ראו סעיף 2 לחוק, המאפשר לממשלה להכריז על "מצב חירום בשל נגיף הקורונה", ובכך לפתוח פתח להתקנת תקנות לפי החוק.



השונות הנובעות מהכרזה של הכנסת על מצב חירום חוקתי ולאפשר לה להכריז על מצב חירום ספציפי לצורך הפעלת חקיקת חירום מיוחדת, בלי שהדבר יגרוור גם סמכות מצד הממשלה לבוא ונעליה של הרשות המחוקקת.<sup>156</sup> עם זאת, ברי כי גם לפי ההסדר הקיים, הממשלה איננה רשאית לחזור להשתמש בתקש"ח לאחר שהכנסת כבר הספיקה לחוקק הסדר מתאים לניהול המשבר. התנהלות כזאת הייתה נוגדת בבירור את הוראת חוק היסוד הקובעת כי "לא יותקנו תקנות שעת חירום [...] אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת", ואת הפסיקה שנדונה לעיל. אלא שהניסיון של החודשים האחרונים מראה שהפיתוי לעקוף את הכנסת על ידי שימוש בתקש"ח גם בשלבים מאוחרים של המשבר – כשכבר נחקקו הסדרים ספציפיים להתמודדות איתו – עלול להיות משמעותי.<sup>157</sup> הסמכה ברורה של הכנסת לקבוע את ההשלכות הספציפיות הנובעות מהכרזה על מצב חירום עשויה לסייע בהבהרת גבולות סמכות הממשלה בעניין זה.

## 5. מעמדן של זכויות יסוד במצב חירום מוכרז

עד כאן עמדתי על הנימוקים התומכים במתן גמישות מסוימת לממשלה להתקין תקש"ח במצב חירום אמיתי כדי להתמודד באופן אפקטיבי עם סכנות מיידיות לביטחון הציבור – עד אשר ניתן לקיים הליך חקיקה ראוי בכנסת. לצד זאת הטעמתי כי על גמישות זו להיות מותנית בהחלטה ספציפית

של הכנסת שאכן שורר מצב חירום עובדתי המחייב הסמכה של הממשלה לבוא ונעליה לזמן קצוב. כן טענתי שגם את החקיקה הראשית המתקבלת בצל המשבר

156 להצעה המבקשת להבחין בין ההשלכות השונות הנגזרות מהכרזה על מצב חירום בהתאם לדרגת החומרה של המצב ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1

157 ראו למשל את ההצהרות מצד הממשלה שאם הכנסת לא תתקן את חוק הקורונה כדי לאפשר מניעת הפגנות בעיצומו של הסגר, בכוונתה לשקול שימוש בתקש"ח – מהלך שנבלם בסופו של דבר רק בעקבות התנגדות נחרצת מצד היועץ המשפטי לממשלה (ראו משה גורלי "היועמ"שים נגד התקנות לשעת חירום לאיסור הפגנות: הכדור חוזר לכנסת" כלכליסט 26.9.2020).

יש "לבדוד" ממערכת המשפט הרגילה, אם על ידי קביעתה כהוראת שעה, מתוך הבהרה בסעיף המטרות של החוק שהוא נועד להתמודד רק עם המשבר הספציפי העומד על הפרק, ואם על ידי התניית תוקפה בהכרזה הספציפית של הכנסת על מצב חירום.

הדיון בצורך בבידוד הסדרי חירום מעלה כמובן שאלה מהותית נוספת: כיצד משפיעים הסדרי חירום על סמכות הממשלה לפגוע בזכויות אדם? נהוג לעיתים לראות במנגנון החוקתי להכרזה על מצב חירום אמצעי שנועד לאפשר "גריעה" מזכויות אדם חוקתיות – קרי, פגיעה בהן החורגת מהותית מהפגיעה המותרת בימים כתיקונם. כפי שראינו, הכרזה מאפשרת פגיעה בעקרון שלטון החוק המהותי, בהפרדת הרשויות ובביזור הכוחות ביניהן. היא מאפשרת עיגון זמני של הסדרים ראשוניים בחקיקה של הממשלה, שיכולה גם לגבור על חוקים של הכנסת. חקיקה זו יכולה גם לפגוע בזכויות אדם. אבל האם הכרזה על מצב חירום נועדה לאפשר פגיעה מיוחדת בזכויות אדם, בעלת עוצמה גדולה יותר מזו שמקובלת בשגרה? דיון מעמיק בשאלה זו חורג מגדר החיבור הנוכחי. אבל לנוכח חשיבות הסוגיה אבקש להצביע על כך שהתשובה על שאלה זו מורכבת יותר ממה שהיא נחזית להיות במבט ראשון.

הספרות מבחינה בין שלושה מודלים עיקריים לשמירה על זכויות אדם ושלטון החוק במצבי חירום: מודל ההתאמה (accommodation model), מודל ה"עסקים כרגיל" (business-as-usual-model) ומודל האי-חוקיות (extra-legal model).<sup>158</sup> מודלים של התאמה, שהם הרווחים היום בעולם הדמוקרטי, מניחים שבמצב חירום עשוי להתעורר צורך לנקוט צעדים חריגים שפוגעים בזכויות אדם ובעקרונות המשטר הדמוקרטי, מעבר למה שמקובל בשגרה. לפי מודלים אלה, עדיף להכיר במציאות זו ולהגביל אותה מראש בחוקה או בחוק מלהתעלם ממנה. הסדרי הגריעה באמנות הבינלאומיות לזכויות אדם, אשר מאפשרים למדינות להכריז על מצב חירום ולגרוע זמנית מחלק מחובותיהן לפי האמנות, משקפים מודל זה.<sup>159</sup>

158 ראו Gross & Ní Aoláin, לעיל ה"ש 105.

159 ראו למשל סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות שנדון לעיל (ראו לעיל, בטקסט שליד ה"ש 118-124).

בעוד מודל ההתאמה מכיר בצורך להתאים את המערכת החוקית לטיפול במצבי קיצון, שני המודלים האחרים נרתעים מכך. מודל העסקים כרגיל גורס כי בשעת חירום אין מקום לאפשר סטייה מעקרונות היסוד הרגילים של מערכת המשפט, וכי יש להתמודד גם עם מצבי קיצון במסגרת החוק הרגיל. בכלל זה, יש להגן באופן מלא על זכויות אדם. מודל האי־חוקיות נרתע אף הוא מעיגון הסדרים מיוחדים בחוק החרות כדי להתמודד עם מצבי דחק; אך הוא גורס שיש להכיר בכך שבנסיבות מסוימות מנהיגים עלולים להיאלץ לנקוט צעדים הנוגדים את החוק או החוקה. הסדרת מצבים אלה מראש עלולה להוביל לזליגה מסוכנת של נורמות החירום לתוך מערכת החוק הרגילה, ועל כן הדרך הנכונה להתמודד עימם היא על ידי שיפוט מעשיהם הלא־חוקיים של המנהיגים בחלוף המשבר.<sup>160</sup> מנגד, מבקרי מודל האי־חוקיות טוענים, בין היתר, כי מודל זה אינו עולה בקנה אחד עם שלטון החוק, ושהנחות היסוד שהמודל מושתת עליהן – ובראשן ההנחה שמנהיגים יחששו באופן אמיתי משיפוט מעשיהם בדיעבד – אינן מציאותיות.<sup>161</sup>

מהו מודל החירום הנוהג בישראל? היכן יש למקם את מנגנון ההכרזה הקבוע בחוק־יסוד: הממשלה?

מצד אחד, המשפט הישראלי כולל יסודות ברורים של מודל ההתאמה. ההסדר בחוק היסוד מאפשר "גריעה" מהחובה לעגן הסדרים ראשוניים – בייחוד הסדרים הפוגעים בזכויות אדם – בחקיקה ראשית; וכפי שראינו, לרשות המבצעת מוענקות סמכויות חריגות מפורשות כדי להתמודד עם סכנות ביטחוניות, מתוך ניסיון לבודד סמכויות אלה מהכללים החלים בהקשרים אחרים – בין היתר באמצעות התנייתם בהכרזה קיימת על מצב חירום.

160 ראו Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* 112 YALE LAW JOURNAL 1011 (2003); Gross & Ní Aoláin, לעיל ה"ש 105, פרק 3.

161 ראו למשל David Dyzenhaus, *The Compulsion of Legality, in* EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY, לעיל ה"ש 102. כן ראו Roach, לעיל ה"ש 112, בעמ' 255–256.

מצד שני, העמדה הרווחת בפסיקה בשנים האחרונות היא שאין בקיומו של מצב חירום כדי לשנות באופן מהותי את המבחנים העקרוניים הקובעים את האיזון הנדרש בין זכויות אדם מוגנות ובין אינטרסים ציבוריים אחרים. פסיקה זו עסקה בהקשר הביטחוני, אבל העמדה העקרונית המובעת בה רלוונטית לדיונו. הנשיא ברק עמד על כך בעניין חוק האזרחות:

חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת החלה בתקופת רגיעה, והאחרת החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות לפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה. כך, למשל, סעיף 50 לחוק־יסוד: הממשלה, המסמיך את הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, קובע במפורש כי "אין בכוחן של תקנות שעת־חירום... להתיר פגיעה בכבוד האדם" [...]. חוק־יסוד: כבוד האדם מוסיף וקובע, כי "מוותר להתקין תקנות שעת־חירום... שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק־יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש" (סעיף 12). אכן, למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת. אין אנו מכירים בהבחנה חדה בין השניים. אין לנו דיני איזון שהם מיוחדים לתקופת לחימה [...]. בתקופת הלחימה גדלה ההסתברות כי נזק לאינטרס הציבורי יתרחש וגדלה העוצמה של הפגיעה באינטרס הציבורי, ובכך מתאפשרת הגבלת הזכות במסגרת אמות המדיה הקיימות [...].

[...] אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק [...]. אין אפשרות לקיים אותו לארוך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה.<sup>162</sup>

162 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים פס' 20-21 לחוות דעתו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006) (בדעת מיעוט אך לא לעניין זה).

השופט ריבלין (שנמנה עם שופטי הרוב באותה פרשה) הוסיף דברים ברוח דומה:

להשקפתי, אין גם לצמצם את מתחמן המוגדר של זכויות האדם בעת חרום. גם אין לנקוט במבחני איזון שונים. חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת, החלה בתקופת רגיעה, והאחרת, החלה בעת חירום. למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לכבוד האדם ולחרות הן בתקופה של רגיעה והן בעת סכנה. את אמירתו של השופט הולמס בפרשת *Schenck* [...] כי דברים הנאמרים בעת שלום יש ולא ניתן יהא לומר אותם בעת מלחמה – אין אנו מפרשים כקריאה לסטות מן המבחנים החוקתיים עצמם בעת חרום. כך, לעניין חופש הביטוי וכך לעניין זכויות יסוד אחרות. המבחנים עליפיהם בוחנים אנו הגבלות על זכויות האדם בשל סיבות מתחייבות הם מבחנים אחידים בכל עת. המבחן הוא זהה. אולם ראוי לזכור כי ישומו מושפע מן המציאות.<sup>163</sup>

על אף רטוריקת ה"עסקים כרגיל" העולה מפסיקה זו נראה שנכון יותר לראות בה גישה של התאמה פרשנית (interpretative accommodation), שלפיה אומנם מבחני החוקתיות אינם משתנים בעת חירום, אבל הם מקבלים פרשנות גמישה יותר המאפשרת פגיעה חמורה הרבה יותר בזכויות אדם;<sup>164</sup> שכן גם אם המבחנים החוקתיים נותרים בעינם, יישומם מוביל לאיזונים מהותיים שעשויים להיות שונים ואף שונים מאוד ממה שמקובל בהקשרים של שגרה. איזונים שונים אלה משתקפים, בין היתר, בחקיקה הביטחונית, המעניקה סמכויות מיוחדות לרשות המבצעת. גישה זו, שלפיה דרישות יסוד חוקתיות מוסיפות לחול בשעת משבר אך עשויות לקבל פרשנות גמישה יותר, קיבלה ביטוי בחודשים האחרונים, כפי

163 שם, פס' 11 לחוות דעתו של השופט ריבלין (ההדגשות במקור).

164 Gross & Ní Aoláin, לעיל ה"ש 105, בעמ' 73-79. כפי שמציינים המחברים, ניתן לטווג מודלים של התאמה פרשנות גם כגרטאות "רכות" של מודל העסקים כרגיל. לדיון בביקורת השיפוטית על סמכויות חירום בישראל, הממקם את גישת השופטים במסגרת מודל העסקים כרגיל ראו Amichai Cohen, *Emergency Law in Israel - Current Status* (draft, 2019)

שראינו, גם בפרשת איכוני השב"כ, שבה נקבע שאת הדרישה החוקתית להסמכה מפורשת בחוק יש לפרש באופן גמיש יותר בשעת חירום.<sup>165</sup>

נוסף על כך, יש לשים לב שהיבטים חשובים ב"חוקת החירום" הישראלית עדיין חומקים מתחולתם המהותית של עקרונות המשפט החוקתי. כך למשל, אף שנקבע בבג"ץ שאין לשב"כ סמכות לנקוט שיטות חקירה פיזיות, בפועל בית המשפט הכיר באפשרות של הכשרתן בדיעבד, בהתאם לגישה המשקפת גרסה (כושלת) של מודל האי-חוקיות: תאורטית, חוקרי שב"כ שנוקטים אמצעים פיזיים אמורים לדעת שהם נוטלים על עצמם סיכון שיועמדו לדין בחלוף הסכנה; אבל בפועל הדבר אינו קורה.<sup>166</sup> סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משמר אי נוסף של הסדרים – כגון סמכות הריסת הבתים – שמוחרגים הלכה למעשה מתחולת המשפט החוקתי הישראלי. הרצון לשמור על "הגנת" סעיף שמירת הדינים הוא אשר הוביל את הממשלה להימנע מעיגון סמכות הריסת הבתים בחוק המאבק בטרור ומביטול תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום).<sup>167</sup>

לאור מיעוט השימוש במנגנון התקש"ח בעשורים האחרונים עד משבר הקורונה – והטשטוש המתמיד אצלנו בין חירום לשגרה – שאלת כוחן של תקנות שעת חירום לפגוע בזכויות יסוד לא זכתה במרוצת השנים לדיון ממשי בפסיקת בית המשפט העליון. סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, העוסק בתקש"ח, קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים". עם זאת, הוא מוסיף וקובע כי בתקופה שבמדינה שורר מצב

165 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 142.

166 ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 1999); לעניין אי-פתיחת חקירות נגד חוקרי שב"כ ראו בג"ץ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2012); לעניין הנטל הכבד המוטל על אדם המבקש לטעון כי הפעילו עליו אמצעים פיזיים ראו בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2018).

167 בדיון מיום 23.5.2016 בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעניין ביטול כמה מתקנות ההגנה (שעת חירום) עם חקיקת חוק המאבק בטרור, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) דאז, רז נזרי, הסביר את ההחלטה לשמר את חוקף התקנה, העוסקת בהריסת בתים, על רקע סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 185 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 88-92 (23.5.2016).

חירום מוכרז, "מוותר להתקין תקנות שעת־חירום [...] שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק־יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש". לכאורה נראה כי היסוד החוקתי המרכזי שסעיף 12 "מוותר" עליו הוא הדרישה להסמכה מפורשת בחוק. ויתור זה אינו מפתיע, שכן הוא נובע מיני וביה מעצם העברת סמכות החקיקה לידי הממשלה. אומנם ניתן לטעון כי השימוש במילה "לשלול" נועד לרמוז כי בכוחן של תקש"ח לפגוע בזכויות יסוד יותר מחקיקה רגילה (השוו לפסקת ההגבלה הרגילה המדברת על "פגיעה" בזכויות ולא על שלילתן). ואולם על רקע הגישה המקובלת בפסיקה בהקשרים אחרים הנוגעים לדיני חירום – שעמדתי עליה לעיל – ספק אם הכרזה על מצב חירום גוררת "גריעה" מהותית מזכויות יסוד חוקתיות, מעבר לגריעה מעצם העיקרון המחייב שפגיעה בזכות יסוד תהיה על פי הסמכה מפורשת בחוק.<sup>168</sup> פגיעות בזכויות אדם בתקנות שעת חירום ייבחנו, אם כן, על פי אותם המבחנים החוקתיים החלים על חקיקה רגילה; אלא שחשיבות החירום יובאו בחשבון ביישום מבחנים אלה. גישה זו של "התאמה פרשנית" קיבלה ביטוי גם בפסיקה שדנה בחוקיותן של תקנות לשעת חירום שהותקנו במשבר הקורונה, שבה אומנם בית המשפט החיל את המבחנים הרגילים של פסקת ההגבלה, אך הדגיש כי בימים כתיקונם פגיעות דומות בזכויות אדם היו נפסלות על הסף.<sup>169</sup> תקש"ח גם עשויות להיות כפופות לביקורת שיפוטית מחמירה יותר מחקיקה רגילה, לאור העובדה שהן מותקנות על ידי הממשלה, ולא הכנסת.<sup>170</sup> יש לזכור גם

168 כן ראו ברק, לעיל ה"ש 99.

169 ראו למשל בג"ץ 2435/20 לוונטהל נ' בנימין נתניהו ראש הממשלה פס' 1 (פורסם בנבו, 7.4.2020):

בהיבט המשפטי, המגפה מוליכה אותנו בארץ לא זרועה, במחוזות ובמשעולים חוקיים וחוקתיים שלא שיערו ראשונים ולא חזו גם רואי השחורות. זכויות חוקתיות בסיסיות כמו הזכות לפרטיות, לקניין, לחופש העיסוק ולחופש התנועה בתוך ישראל נאלמות דום מול מונחים כמו סגר והסגר, כתר, מחסומי דרכים, איכון טלפונים על ידי השב"כ, ריחוק חברתי ועוד [...] בימים של שגרה, אמצעים אלה היו נפסלים על אחר כבלתי חוקיים בעליל, אך הימים אינם ימים רגילים ומפני "שהשעה צריכה לכך" [...] אין מנוס אלא מלהלקות את הציבור, הגם שלא חטא ואינו ראוי ללקות.

170 ראו ברק, לעיל ה"ש 99. כן ראו בג"ץ 2705/20 סמדר נ' ראש הממשלה פס' 11 (פורסם בנבו, 27.4.2020), שם השופט עמית הביע את העמדה (אך השאיר את הסוגיה

את התנאי המפורש בחוק־יסוד: הממשלה האוסר על פגיעה בזכות לכבוד במסגרת תקש"ח.<sup>171</sup>

כאמור, דיון מעמיק בשאלה אם ראוי לראות בהכרזה על מצב חירום מנגנון לגריעה מהותית מזכויות חוקתיות חורג מגדר מסמך זה. הוא מעורר דילמות יסודיות שלא כאן המקום להידרש להן, למשל: היכן עובר הקו בין פגיעה מוגברת בזכות יסוד העומדת בתנאי פסקת ההגבלה לבין פגיעה בזכות המגיעה לכדי "גריעה" ממנה? מה עלולות להיות ההשלכות של הכרה בגריעה כזאת במציאות ביטחונית שגוררת שימוש שגרתי בסמכויות חריגות, או בכל הנוגע למגפה שעלולה להימשך זמן רב? ואולם יש לזכור כי דווקא במצב חירום – כשהפחד והבהלה בשיאם, והציבור עלול לגלות נכונות יתר לוותר על זכויות הפרט – קיומן של הגבלות מהותיות על כוחה של הממשלה לפגוע בזכויות אדם חשוב במיוחד. דווקא לאור הגמישות היחסית שלפי הצעתי יש להעניק לממשלה בשלביו הראשונים של משבר מוכרז, חשוב לרסן את כוחה המהותי לפגוע בזכויות אדם.

---

בצריך עיון) שמכיוון שתקש"ח מותקנות על ידי הממשלה, ולא הכנסת, יש להכפיף לביקורת שיפוטית קפדנית במיוחד.

171 דיון בשאלת היחס בין האיסור על פגיעה בכבוד המופיע בסעיף 39 לחוק־יסוד: הממשלה ובין סעיף 12 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלכאורה מחיר פגיעה מסוימת בכבוד במסגרת תקש"ח, חורג מגדר מסמך זה. ראו לעניין זה כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 664-663. כן ראו בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 468; ברק, לעיל ה"ש 99.



## סיכום

במרוצת השנים הועלו הצעות אחדות לשיפור מנגנון החירום הקבוע בחוק יסוד: הממשלה. כך למשל, מרדכי קרמניצר ונדיב מרדכי – ברוח הצעת "חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה – ממליצים להעביר את הסמכות להתקין תקש"ח ל"כנסת זוטא" – ועדה פרלמנטרית הכוללת גם נציגי אופוזיציה, הדומה במהותה לוועדה המשותפת המטפלת במצבי חירום במודל הגרמני.<sup>172</sup> היתרון הגדול של הצעה זו הוא עירוב האופוזיציה בניהול המשבר כבר בשלביו הראשונים, באופן שמונע העברה מוגזמת של כוחות לרשות המבצעת. דפנה ברק־ארז מציעה לאמץ מודל חירום המבחין בין איומים בדרגות חומרה שונות – בדומה למודלים שנהוגים בספרד ובגרמניה – ולהתאים את הסמכויות הניתנות לממשלה לדרגת החומרה הספציפית.<sup>173</sup> מרגית כהן מציעה לקבוע – בצד מנגנון החירום הכללי בחוק יסוד: הממשלה – הסדרי חירום ייחודיים בחקיקה ראשית, שיהיו רדומים וייכנסו לתוקף עם הכרזה על מצב חירום.<sup>174</sup> אריאל בנדור טוען כי הגיעה העת לביטול הסדר החירום הכללי בחוק יסוד: הממשלה ולהחלפתו בהסדרי חירום ספציפיים דוגמת ההסדרים העוסקים ב"מצב מיוחד בעורף" וב"אירוע אסון המוני".<sup>175</sup> בד בבד, הוא מציע לעגן סמכות קונקרטית של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, באישור נציגים של הכנסת (כגון יו"ר הכנסת או יו"ר ועדה חשובה) ושל הרשות השופטת (נשיאת בית המשפט העליון או שופט אחר שהוסמך על ידה).<sup>176</sup>

אכן יש מקום לשקול רפורמה כוללת יותר במנגנון החירום החוקתי במדינת ישראל. אלא שמטרתו של מסמך זה הייתה צנועה יותר: לעמוד על הפרשנות

172 מרדכי קרמניצר ונדיב מרדכי "שעת חירום, מצב חירום וסדר חוקתי" (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 29.3.2020). כן ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 134-136 (2005). לעניין הוועדה המשותפת ראו גם מרגלית, לעיל ה"ש 108.

173 ברק ארז, לעיל ה"ש 1.

174 כהן, לעיל ה"ש 12.

175 בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 479-483.

176 בנדור, שם, בעמ' 483-484.

הראויה של הסדר החירום המעוגן כבר היום בחוק־יסוד: הממשלה ולהפיג מעט את העמימות העולה מהפסיקה המרכזית העוסקת בנושא. אין ספק שהסדרה מראש, ביישוב הדעת, של אופן הטיפול במצבי חירום אפשריים עדיפה מגיבוש תגובה חקיקתית בלהט האירוע. אולם כפי שנטען כאן, שאיפה ראויה זו איננה יכולה לשמש תחליף למנגנון התקש"ח במצבי חירום "אמיתיים" – אותם מצבים נדירים שבהם נדרשת פעולה דחופה ומיידית של הממשלה למיגור סכנה חמורה ובלתי צפויה לציבור, שהכנסת הכירה בה על ידי הכרזה ספציפית על מצב חירום. כפי שראינו, שימוש מושכל במנגנון זה עשוי לאפשר לממשלה את מרחב התמרון הנדרש לטיפול באירוע, בלי להעביר חקיקה בהולה שתהיה משום בכייה לדורות, ובלי להגמיש את פרשנות הדין הקיים או את המבחנים החוקתיים הרלוונטיים באופן שעלול לקובע תקדימים בעייתיים לעתיד. לצד זאת יש לשוב ולצקת תוכן ממשי לדרישה הפשוטה שהכנסת תכריז על מצב חירום ספציפי כתנאי להתקנת תקש"ח. משבר הקורונה הדגים מצד אחד את החשיבות של מנגנון התקש"ח, ומן הצד האחר את הבעייתיות שבהסתכמות על ההכרזה הביטחונית המתמדת לצורך טיפול במשבר אזרחי שאינו קשור אליה.

התניית סמכות הממשלה להתקין תקש"ח בהכרזה ספציפית על מצב חירום עולה בקנה אחד עם לשון סעיף 39 לחוק־יסוד: הממשלה, הקובע באופן ברור כי "לא יותקנו תקנות שעת חירום [...] אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". ההנחה שליוותה את הפסיקה ואת הפרקטיקה ב־20 השנים האחרונות – שלפיה הכרזה על מצב חירום לפי חוק־יסוד: הממשלה אינה צריכה להתייחס לנסיבות קונקרטיות, והיא מעניקה לממשלה צ'ק פתוח – אינה ראויה. לצד המאמץ להביא לסיום את ההכרזה המתמדת על מצב חירום, יש לאמץ כבר היום פרשנות לחוק היסוד שמחזירה את דרישת ההכרזה הספציפית למרכז הבמה.

**עו"ד לילה מרגלית** היא חוקרת במרכז לביטחון לאומי ודמוקרטיה שבמכון הישראלי לדמוקרטיה. בעבר שימשה עורכת דין וראש תחום זכויות אדם בהליך הפלילי באגודה לזכויות האזרח בישראל. תחומי מומחיותה כוללים זכויות אדם במסגרת המאבק בטרור ומשפט חוקתי.

