



האתגרים החוקתיים

יובל שני | עודד רון | נדיב מרדכי



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

נכתב ב־ 12.03.2020

מאמר זה יציג אתגרים קיימים ואפשריים לשלטון החוק ולעקרונות חוקתיים בעת ולאחר ההתמודדות של המדינה עם נגיף הקורונה (Covid-19). מטרת המאמר היא לחדד – בשיח הציבורי ובקרב מקבלי החלטות – את הסוגיות הקשורות לשלטון החוק ולעקרונות המשפט המינהלי-חוקתי שנכון לתת עליהן את הדעת בשלבים הנוכחיים של ניהול המשבר והתגובה אליו על ידי הגורמים המוסמכים.

כבר בפתח הדברים נציין כי נקודת המוצא לכתיבת המאמר אינה אי-אמון ברשויות השלטון הפועלות להגנה על בריאות הציבור. ברי לכול שהפעולות נועדו להגשים אינטרס ציבורי ראשון במעלה ושהן לא נעשו, או נעשות, בכוונה לפגוע בזכויות אדם. בתחומים מסוימים¹ אף נראה שכבר כעת ההסדרה נעשית מתוך רצון להגן על זכויות אדם חשובות ולהתאים את משטר הבידוד כך שהוא יגן ככל האפשר על הציבור בישראל מפני הפגיעה הפוטנציאלית הכרוכה בו. עם זאת, ברור כי הצעדים הננקטים מגבילים את היכולת של אנשים רבים לממש במלואן את זכויות האדם שלהם, והפגיעה בזכויות אלו עלולה להחריף בעתיד בגלל הימשכות המשבר והרחבת מעגלי הנפגעים ממנו.

כיצד אפשר אפוא להגן על זכויות האדם בשעת משבר חסר תקדים שכזה? להלן כיוונים אפשריים אחדים לחשיבה, ולבסוף – גם שורה של הצעות קונקרטיות.

שלא כמו צורות משטר אחרות, החלטות מינהליות במשטר דמוקרטי המחוייב לערכים ליברליים בסיסיים נמדדות, בין היתר, באמצעות השאלה אם וכיצד הן מגינות על חירויות זכויות הפרט. מצב חירום – עובדתי ומשפטי – המאלץ את הרשויות לנקוט פעולות הכרוכות בפגיעה בחירויות ובזכויות הפרט, מעמיד אתגר של ממש לפני המדינה בהקשר של יכולתה למלא את חובותיה כלפי אזרחיה.²

1 לדוגמה, ההחלטה להעניק ימי מחלה למי שנגזר עליהם לשהות בבידוד והאיסור על פינויים בשל היעדרות מהעבודה בעקבות בידוד כפוי. ראו צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הוראות למעסיק של עובד בבידוד בית) (הוראת שעה, התש"ף-2020).

2 רות גביון "הסדרה חוקתית של מצב חירום" **לפנים משורת הדין: החריג נמצב החירום** (2009); מרדכי קרמיניצר (עורך) **על חבל דק: המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם** (2017);

GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION (2005); DAVID DYZENHAUS, THE CONSTITUTION OF LAW: LEGALITY IN A TIME OF EMERGENCY (2006); OREN GROSS AND FIONNUALA NÍ AOLÁIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE (2006); EVAN CRIDDLE, HUMAN RIGHTS IN EMERGENCIES (2016)

הסוגיה של הפעלת סמכויות החירום בישראל בעת התפשטותה של מגפה כגון זו שפוקדת את העולם בחודשים האחרונים טעונה בחינה. יש לבדוק כיצד ניתן לקיים איזון שיבטיח את בריאות הציבור מתוך צמצום מרבי של הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות האדם. הניסיון ההיסטורי מלמד כי בעיתות כאלה הלחץ להגביל את זכויות האדם חזק במיוחד וכי דינמיקות מסוכנות של עריצות הרוב או דיכוי המיעוט עלולות לצבור תאוצה. **העמדה המוצגת כאן היא ששלטון החוק ועקרונות החוקתיות אינם מושהים בעת משבר ומצב חירום** - לא בעיתות של איום על הביטחון הלאומי ולא בעיתות של איום על בריאות הציבור. אדרבה, ההגנה עליהם בתקופה זו, דווקא ברקע הנסיבות המורכבות, צריכה להיות חזקה יותר מכפי שהיא בימי שגרה, ולא חלשה יותר.³

לפיכך, בצד תפקידה המכריע בהגנה על הציבור מפני איום הקורונה ובמיתון ההתפשטות של המחלה, על המדינה ומוסדותיה לעשות כל מאמץ להגשים באופן מלא, ככל האפשר, את ההגנה החוקתית ואת השמירה על העקרונות שדמוקרטיה ליברלית מחויבת אליהם. משכך, חלק פנימי ומובנה בתהליכי קבלת ההחלטות של כל רשויות השלטון העוסקות בהתמודדות עם נגיף הקורונה חייב לכלול איזון בין האינטרס של בריאות הציבור לבין שיקולי הזכויות והחירויות של אזרחי המדינה ושיקולי מידתיות הפגיעה בהן, ובכלל זה מידת נחיצותם של הצעדים הננקטים לעומת פוטנציאל הפגיעה שמגולם בהם.

התמודדות עולמית עם איום פנדמי כרוכה באיזודאות. התמודדות שלטונית עם איום אפידמי כרוכה באיזודאות רבה. גידול מהיר בקצב ההדבקה יחד עם איזודאות באשר לקצב ההחלמה מובילים לשימוש בצעדים חריפים. ניתוח האתגר החוקתי במאמר זה נעשה, אם כן, לנוכח איזודאות כפולה. האיזודאות הראשונה והמרכזית היא עובדתית. היא קשורה לחוסר היכולת המקצועית והמדעית להעריך במדויק את עוצמתו של האיום שנשקף מנגיף הקורונה על בריאות הציבור ולחוסר היכולת המקצועית והמדעית לגבש תרחישים עתידיים להתנהגותו של האיום בטווח הארוך. האיזודאות השנייה היא

3 עוד בשנת 1866 כתב בית המשפט העליון בארצות הברית את הדברים הבאים, היפים לענייננו: מעולם לא המציא אדם כל דוקטרינה המביאה לתוצאות מזיקות יותר מאשר זו שלפיה ניתן להשעות כל אחד מסעיפיה [של החוקה] במצבי חירום גדולים [...] דוקטרינה מעין זו מובילה במישרין לאנרכיה או לדספוטיות. (1866) 2 U.S. 211, *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 211 (1866). מופיע אצל ארנון גוטפלד "אברהם לינקולן: דיקטטורה לשעת חירום" הפרוקליט מט 437 (2008).

מוסדית. היא קשורה לקושי המובנה של גורמים בחברה האזרחית להעריך בזמן אמת את חוקתיות הצעדים שהמדינה נוקטת בעת משבר בשעה שלא כל הצעדים והפעולות חשופים לציבור. מול רמה גבוהה זו של אי־ודאות, המאמר יחדד מושכלות יסוד חוקתיות בדבר שלטון החוק במצבי משבר, ובכלל זה משבר הנוגע לבריאות הציבור ולחשיבות העצומה לפעול במסגרתו מתוך הגנה על זכויות אדם ושמירה על מערכות של איזונים ובלמים - כל זה ברמה העקרונית ובלי לנתח, בשלב זה, פעולה שלטונית כזו או אחרת.

פנדמיה והפעלה משולבת של כוח שלטוני

מצבי חירום ואימונים על שלמותה של המדינה מוכרים משחר לידתה של ישראל, בעיקר בהקשר הביטחוני. מצב החירום, כקטגוריה משפטית וכמצב פעולה של המדינה, מוכר בעיקר בהקשר של מלחמות ואימוני ביטחון לאומי, מה שהפך את הדיון בנושא, במילותיה של שופטת בית המשפט העליון פרופ' דפנה ברק־ארז, לכך ש"הרגולציה החוקתית של דיני החירום אינה אך עניין למשפט שבספר, אלא מעבדה חיה"⁴. הוויית החירום המתמדת שבה ישראל הייתה ועודנה מצויה בה משמרת מתח מובנה בין עקרונות של חוקתיות ושלטון חוק לבין הצורך בשמירה על אינטרס הביטחון הלאומי. תודעת החירום הישראלית גם גרמה, לפחות במקרי עבר, זליגה מהירה, לעיתים מהירה מדי, של מקבלי ההחלטות, של דעת הקהל ושל השיח התקשורתי והמקצועי לפעולה ב"מצב חירום" ולשימוש בסמכויות שלטוניות מיוחדות, כגון תקנות לשעת חירום, גם כאשר לא הייתה לכך הצדקה חזקה בכל המקרים. רבות נכתב בהקשר זה על הבעיה הנורמטיבית שב"שגרת החירום" הישראלית.

בשים לב לדמיון - אך בעיקר להבדל - שבין "שגרת החירום" הישראלית לבין העת הנוכחית, נראה כי האיום האפידימי שעמו מתמודד העולם ובכללו גם ישראל שונה ומורכב.⁵ האיום הנוכחי מעלה חשש גדול וממשי לבריאות הציבור.⁶ לצעדים שהוא מחייב ולמצאות הנכפית ממנו יכולות להיות השלכות גם על איתנות המערכת הכלכלית ברמה העולמית והמקומית, כמו גם על יציבות הסדר החברתי ועל היכולת לקיים מרחב ציבורי פתוח. לפחות בשלב הנוכחי, שבו אין הערכה יציבה באשר לעוצמת ומשך האיום, עולה גם החשש להתלכדות של מצבי חירום מסוגים שונים, בעיקר אלו שעל קו התפר של האינטרס הציבורי, הבריאותי, הכלכלי והביטחוני. אכן, נראה כי אחדות מן ההחלטות שקיבלו מדינות שונות עד עתה ניצבות כעת בצומת שבין הצורך להתמודד בנחישות עם האיום הבריאותי לבין הניסיון שלא לפגוע באיתנות הכלכלה. מדובר באיזונים מתחום המדיניות, שעל פי רוב המשפט החוקתי אינו עוסק בהם במישרין.⁷ בה בעת, ברמה החוקתית־משטרית, משבר הקורונה פוגש את ישראל בתקופה של אייציבנות פוליטית חסרת תקדים בתולדות המדינה, כאשר טרם נפלה

4 דפנה ברק־ארז "חוקה למצבי חירום" ספר שלמה לוי 671, 672 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומוכיאל קרייני עורכים, 2013).

5 השונו למושל John Colmers and Daniel Fox, *The Politics of Emergency Health Powers and the Isolation of Public Health*, 93 AM. J. Pub. Health 397 (2003).

6 להבחנה בין איום ממשי לאיום עתידי ומסתבר ראו מרגית כהן **סמכויות כלליות של הרשות המבצעת** 349 (2002).

7 אף שהמשפט המינהלי עשוי לסייע בטיפול בהם. ראו למשל בג"ץ 1899/20, **הסתדרות העובדים הלאומית בישראל נ' ממשלת ישראל** (החלטה מיום 11.3.2020); ליטל דוברוביפקי "בג"ץ קורונה הראשון: ההסתדרות הלאומית מבקשת להקים מנגנון פיצוי לעובדים בענפי התעופה והתיירות" **כלכליסט** (11.3.2020). שאלות חוקתיות־משטריות שכולות לעלות, ושלא יגיע בהן במאמר זה, קשורות באישור תקציב על ידי ממשלת מעבר לצורך ניהול המשבר.

הכרעה פוליטית בעניין הממשלה שתוקם לאחר שלוש מערכות בחירות. המשבר שאנו שרויים בו מאחד, אם כן, שלושה איומים, ובכוחו של כל אחד מהם ליצור סיכון "שיטתי" לדמוקרטיה הליברלית בישראל, מעל ומעבר לאיום הביטחוני ה"קבוע": איום בריאותי, איום כלכלי וחוסר יציבות פוליטית במצב שברירי בין כה וכה.

דפוס מוכר שמדינה מפותחת מתאפיינת בו במצבי משבר הוא הצורך והמהירות שמשאבי המדינה וסוכנויותיה מתאגדים יחד על מנת לטפל באיום במשולב. איגום משאבים שלטוני שכזה והפעלה משולבת של סמכויות מינהליות⁸ על ידי מספר רב של רשויות מוסמכות חיוניים כדי ליצור יכולת מיטבית לשימוש במשאבי המדינה ובהון האנושי שלה לטובת ההתמודדות הקולקטיבית. למדינת ישראל יש ניסיון בסוג כזה של התגייסות כלל-מינהלית, בעיקר לנוכח ניסיון העבר בהתמודדות עם איומים ביטחוניים.

לצד היתרונות שיש ביכולת מפותחת שכזו לגיוס המשאבים והרשויות של המדינה, הגיוס מציב אתגרים לשלטון החוק ולהגנה על חירויות האזרחים. אחד החששות הוא מהעברה בלתי מוגבלת של סמכויות מסוימות אל הרשות המבצעת, שמוסמכת מבחינה חוקתית ומשפטית לטפל באיום, על חשבונם של מנגוני איזון חוקתיים, פוליטיים, חברתיים ומקצועיים אחרים שמרסנים את כוחה בעיתות שגרה.⁹ יתר על כן, הפעילות המינהלית במצבי חירום מתרחשת, מטיבה ומטבעה, בתנאי לחץ אדירים, והיא מתאפיינת בנחישות שלטונית לנקוט את כל האמצעים הנחוצים ולשרד החלטיות ולא הססנות; בצורך בירוקרטי דוחק לתכלל במהירות מידע רלוונטי שמשנתנה בפרקי זמן קצרים; בציבור מבוהל הניזון ללא הרף ממידע רשמי אך גם מחדשות כוזבות, שלעיתים קרובות מעלים את מפלס החרדה; בדרג פוליטי המכלכל את צעדיו תוך כדי תנועה; ובתקשורת ובמרחב ציבורי הדוחקים ברשויות לתת פתרון למצב החירום שעל הפרק. במצב דברים זה הנטייה המובנת מאליה, ואולי המתבקשת, לפעול במהירות עשויה לגבור על ההתחשבות בגורמים המעכבים ומרסנים את תהליך קבלת ההחלטות, כגון זכויות אדם, שעלולות להידחק, בצוק העיתים, לקרן זוויית.

8 לתיאור של "משיכת סמכויות" שכזו על ידי רשות מבצעת ראו למשל, Daphna Renan, *Pooling Powers*, 211 COLUM. L. REV. 1115 (2015). לדיון בעניין בהקשר של מצב חירום ביטחוני ראו Oren Gross and Fionnuala Ní Aoláin, *A Skeptical View of the Executive in Times of Crisis*, 41 ISRAEL LAW REVIEW 545 (2008).

9 לדיון בעניין זה ובהשלכותיו על חירום ועל שגרה, מנקודות מבט מנוגדות, ראו ERIC POSNER AND ADRIAN VERMEULE, *THE EXECUTIVE UNBOUND* (2010); Richard Pildes, *Law and the President*, 125 HARV. L. REV. 1381 (2012).

המשפט הבינלאומי הכיר במצב החירום כמרחב נורמטיבי שבו יש למדינה הצדקה מיוחדת לפגיעה בזכויות אדם. כך למשל, האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR), שישראל חתומה עליה, קובעת כי המדינה רשאית לנקוט צעדים שיש להם פוטנציאל לפגיעה בזכויות האדם:

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.¹⁰

ואולם התנאים להפעלת הסמכות לפגוע בזכויות אדם מוגבלים וכפופים גם למידתיות ולאיזונים.¹¹ לעניין זה יפים דבריו של ראש ארגון הבריאות העולמי מייד לאחר ההכרזה על נגיף הקורונה כפנדמיה (12 במרץ 2020):

כל המדינות מחויבות ליצור איזון עדין בין ההגנה על הבריאות, מניעת שיבושים כלכליים וחברתיים וכיבוד זכויות אדם.¹²

לאור כל האמור – ודווקא בשל קיומם של ההצדקה החזקה לאיגום משאבים מינהליים ושל הצורך העולה מצד הגורמים המוסמכים להפעיל סמכויות חירום בהיקפים גדולים – מתחזק ההכרח לקיים בקרה ופיקוח על הסמכויות המופעלות על מנת למנוע ניצול לרעה של הכוח השלטוני יוצא הדופן וכדי להבטיח שסמכויות החירום מופעלות לאור הערכים שבליבת הדמוקרטיה הליברלית: עקרונות של חוקיות ושלטון החוק; הגנה על זכויות האדם; נקיטת אמצעים מותאמים למטרות; התאמת הפעולה השלטונית לתשתית העובדתית הקיימת, בין היתר באמצעות שימוש מושכל בנתונים מדעיים ובהערכות הנגזרות מהם; והקפדה על האיזונים והבלמים שיש מקום להפעיל בנסיבות העניין.

10 סעיף 4 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 16 בדצמבר 1966, כ"א 31, עמ' 269.

11 ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 218 (2006).

WHO Director-General's opening remarks at the Mission briefing on COVID-19, March 12, 2020; Arianna 12 Vendaschi and Chiara Graziani, Coronavirus, *Health Emergencies and Public Law Issues*, VerfBlog (March 6, 2020)

גם הניתוח של מאפייני מצב החירום הנוכחי בישראל מעלה את הצורך במנגנוני פיקוח. מצד אחד, מדובר באיום ממשי לאינטרסים ציבוריים עליונים בחשיבותם; מצד שני, ההתמודדות בישראל עם האיום נעשית, כאמור, בנסיבות ממשליות-חוקתיות מורכבות, שכן הממשלה המנהלת את המשבר לא נבחרה על ידי הכנסת אלא היא מכהנת מכוח עקרון הרציפות,¹³ בשעה שהגורמים המוסמכים בממשל ובמינהל מפעילים במשולב סמכויות רבות. לכן אם במצב חירום "רגיל" מנגנוני הפיקוח חיוניים, קל וחומר שהמצב שאנו נתונים בו בעת הזו מחייב דיון ושקילה רציניים וכבדים של איזונים ובלמים על הפעלת הסמכות - בראש ובראשונה בתהליכי קבלת ההחלטות שברשות המבצעת פניהם,¹⁴ אך גם באמצעות פיקוח פרלמנטרי. אנו סבורים שכדי להתחיל לעשות כן, יש להכיר קודם לכול את פקודת בריאות העם ואת הסמכויות העיקריות שמופעלות מכוחה בימים אלה בעת ההתמודדות עם הנגיף.

סמכויות פקודת בריאות העם

ביגוד למדינות אחרות שאימצו משטרים חקיקתיים מיוחדים ומודרניים למצבי חירום בתחום בריאות הציבור, המסגרת הנורמטיבית המסדירה את זכויות הבריאות בישראל מבוססת גם על חקיקה מימי המנדט הבריטי ומורכבת משלושה דברי חקיקה מרכזיים:¹⁵ חוק בריאות ממלכתי,¹⁶ חוק זכויות החולה,¹⁷ ופקודת בריאות העם - שבה נתמקד להלן.¹⁸

פקודת בריאות העם היא כאמור דבר חקיקה מנדטורי, הכוללת, במילותיו של המשנה לנשיאת בית המשפט העליון (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין, "סמכויות מפליגות, שהן בעייתיות במדינה דמוקרטית בראשית המאה ה-21".¹⁹ הפקודה המנדטורית מסדירה היבטים שונים הנוגעים לבריאות הציבור, לרבות סמכויות הנתונות לרשות המינהל

13 יובל שני ועמיר פוקס "סיפוח שטחי יהודה ושומרון, בהחלטת ממשלה, בזמן ממשלת מעבר" (חוות דעת, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 29.1.2020).

14 השונו לדין אצל יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי הפנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** 293 (2013).

15 עיינו **דילמות באתיקה רפואית** 45 (רפאל כהן אלמגור עורך, 2002).

16 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

17 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

18 פקודת בריאות העם מס' 40 לש' 1940 (להלן: הפקודה).

19 אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" **המשפט** ח 656, 645 (2003).

בשעה ש"מרחפת על איזה חלק של ישראל סכנה של מחלה איומה אפידמית".²⁰ סמכויות אלו נועדו לשמש את רשויות המדינה בין היתר כדי למנוע את התפשטות המחלה. עד כה היה השימוש בסמכויות אלה נדיר. אחת הדוגמאות לשימוש עבר שכזה הן הפעולות שנקט משרד הבריאות להתמודדות עם ההידבקות במחלת האיידס.²¹

הסמכויות ה**עיקריות** שמופעלות מכוח הפקודה אינן משתייכות למשטר חירום חוקתי או למשטר מינהלי כללי²² או מיוחד²³ ואינן נובעות מ"מצב חירום" שהוכרז בישראל.²⁴ תחת זאת הן נגזרות מסמכויות החירום שבפקודת בריאות העם, המשייכות למה שפרופ' מרגית כהן מכנה "הוראות החמרה", שקיימות ב"תחיקה העוסקת בשלום הציבור".²⁵

מדובר במצב שבו קיימת חקיקה "רגילה", וחקיקה זו כוללת בתוכה סמכויות מיוחדות למצב שבו הסוגיה שהחקיקה מסדירה מצדיקה צעדים מחמירים במיוחד. במצב שכזה מוענקות לגורם המוסמך בשגרה סמכויות חזקות יותר לטיפול במצב החמרה. זהו המצב בכל הנוגע לסמכויות שהוענקו לשר ולמינהל של משרד הבריאות לפי סעיף 20 לפקודה. מרבית ההחלטות, הפעולות והצווים שנקטה, ונוקטת, מערכת הבריאות הישראלית בשבועות האחרונים בעקבות התפשטות מגפת הקורונה העולמית נעשו, ונעשות, מכוח ההוראות הקבועות בסעיפי הפקודה.²⁶ בכלל זה נמנים גם הצעדים המרכזיים האלה: חובת בידוד עצמי על החוזרים מחו"ל וחובת דיווח על מי שהיה במגע הדוק עם חולה קורונה; הגבלת התכנסויות בינלאומיות בישראל; הטלת מכסות על מספר המשתתפים בהתקהלויות מאורגנות, ובכלל זה הגבלה (נכון לכתיבת דברים אלה) על התקהלות של מעל 10 אנשים; הגבלות על השתתפות של אנשים שנמדד להם חום גוף העולה על הטמפרטורה שנקבעה בצו בהגעה לכנסים ולמקומות עבודה; מגבלות על עובדי מערכת הבריאות לצאת מישראל; איסור על המעסיקים לדרוש

20 סעיף 20(1) לפקודה.

21 כרמל שלו **בריאות משפט וזכויות האדם** 138 (2003).

22 ששון סעיפים 38-41 לחוק יסוד: הממשלה, A. הממשלה, John Ferejohn and Pasquale Pasquino, *The law of the Exception: Typology of Emergency Powers*, 2 INT'L J. CONST. L. 210, 210 (2004).

23 השוואת המשל לחקיקה רלוונטית באוסטרליה: BIOSECURITY ACT 2015 [כאן].

24 ראו **משפט ומצבי חירום: מבט משוה** (מרכז מינרבה לחקר שלטון החוק במצבי קיצון, אוניברסיטת חיפה); לעיון מעמיק יותר ביחס שבין סמכויות החירום לבין תהליכי קבלת החלטות ראו לירון ליבמן "קבלת החלטות בעת משבר אפידמיולוגי: בעקבות התפשטות ויחס הקורונה" **נגיף הקורונה: התמודדות עם משבר עולמי** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מרץ 2020).

25 מרגית כהן, "מעשה טלאים" בדיני החירום, **משפטים** כט 623, 629 (תשנ"ט). וראו גם הדין שלה בעמ' 659.

26 השוואת לאנגליה: Health Protection (Coronavirus) Regulations 2020, SI 2020/129 [כאן].

מעובדים בבידוד לעבוד בפרק הזמן שהם נמצאים בבידוד; הסמכת רופא מומחה להורות כי "חולה או אדם החשוד כחולה בקורונה, ישהה בבידוד בבית חולים, בתנאים ולתקופה כפי שיקבע הרופא"; והסמכת אנשי ביטחון לאכוף הוראה זו במקרה הצורך אגב שימוש בכוח סביר.²⁷

חוקיות

הצווים הללו, אף שנועדו לשרת את טובת הכלל ולמנוע את פגיעתה הרעה של המגפה, פוגעים – מטבע הדברים, אך לעיתים באורח חמור – בזכויות האדם ובחירויות הפרט. בחינתם נוגעת אפוא, ראשית ולפני הכול, בעקרון החוקיות ובחובה לקבל הסמכה ברורה ומפורשת לכל הצעדים שנקטו ועתידים להינקט. השימוש בכלי הצווים צריך להיעשות בשים לב לעקרונות של חוקיות ולחובה לאזן נקיטת צעדים הפוגעים בזכויות האדם באמצעות הסמכה חוקית מפורשת, ובמקומות שיש צורך בכך – אף הסמכה בחקיקה ראשית. חרף ההכרה על הנגיף "מחלה מסוכנת", השימוש בסמכויות שבפקודת בריאות העם אינו מאיין את דרישת ההסמכה ה"רגילה", המוכרת כמובנת מאליה בשגרה.²⁸ נכון לעסוק בה גם בעיתות משבר, וודאי במצב של משבר שצפוי שיימשך זמן רב ושבמסגרתו סביר שעוד יעלה הצורך להתקין צווים ולהשתמש במכשירים משפטיים נוספים. שנית, ככל שהמשבר מחריף ודורש פעולה רב-מערכתית, הסתמכות על הוראות כלליות המקנות סמכויות למשרד ממשלתי אחד לשם הגנה על בריאות הציבור אינה הדבר המיטבי בשל הפגיעה הניכרת בזכויות אדם הטמונה באמצעים הננקטים ובגלל הצורך להפעיל משטר חירום חוקתי ולא מינהלי או להפעיל משטרי חירום מיוחדים אחרים. כמובן, גם "מצב חירום" חוקתי מחייב הגנה על זכויות אדם, אף אם במערכת מעט שונה של איזונים.²⁹ בשים לב לצורך בבידוד רמת ההסמכה, בפסקאות הבאות נעבור לדיון בזכויות אדם שהופרו מכוח הצווים הקיימים.

27 צו בריאות העם (נגיף קורונה החדש 2019) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף קורונה החדש 2019) (הוראות למעסיק של עובד בבידוד בית) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף קורונה החדש 2019) (בידוד בבית חולים) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה) (תיקון מס' 9), התש"ף-2020. להרחבה ראו סגיל סדצקי "הנחיות להתמודדות עם תחלואה מנגיף קורונה החדש" (5.3.2020).

28 השו"י יצחק הגנס קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 105 (1993); דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** (2014); נדיב מרדכי, מרדכי קרמיניצר ועמיר פוקס **מדריך למחוקק** 58 (2015); ברק מדינה **זכויות האדם בישראל** (2017).

29 ראו סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; וסעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה.

השלכות הצווים וההחלטות המינהליות על זכויות האדם

האמצעים שפורטו לעיל ואשר מופעלים מכוח הצווים לפי פקודת בריאות העם, כמו גם צעדים נוספים במסגרת ההיערכות הרב-מערכתית של הרשויות המינהליות המפעילות סמכויות אחרות הנתונות בידיהן, פוגעים קשות באגד של זכויות אדם. מיפוי המוקדים הראשיים של הפגיעה בזכויות האדם מעלה, בין היתר, את הזכות לחירות ואת הזכות לניידות ולחופש תנועה בגבולות המדינה – הנפגעות מהטלת החובה להימצא בבידוד או מן האפשרות להטלת עוצר או הסגר על אזורים מסוימים; את הזכות לכניסה וליציאה מישראל – הנפגעת מהשבתת הטיסות לחלק גדול מהעולם – ואת ההוראות המחייבות בידוד לאחר הגעה מחו"ל; את הזכות להתקהלות – הנפגעת מההגבלות שהטיל משרד הבריאות; ואת הזכות לכבוד של מי שהוטל עליו אשפוז כפוי.

להלן נעמד על מאפייני הפגיעות בשני ההקשרים הבולטים של זכויות הניידות והזכות להתקהלות ובאשפוז הכפוי.³⁰ כמו כן נקדיש מילים מספר לטבעת היקפית יותר של זכויות – הזכות לביטחון אנושי, הזכות לחירות והזכות לקיום בכבוד. נדגיש שוב כי אין כוונתנו לטעון שאסור לפגוע בזכויות או שאין הצדקה לנקיטת אמצעים חריגים. טענתנו היא שיש לקדם את בחינת דבר קיומם של איזונים מתאימים ואת מקור הסמכות החוקי ההולם.

חופש התנועה

ההגבלות על כניסה לארץ ועל היציאה ממנה פוגעות בזכות חוקתית מובהקת – הזכות לחופש תנועה. ההלכה שנהגה בישראל עוד בראשית שנותיה של המדינה היא ש"חופש האדם לצאת ולבוא בתחום המדינה" הוא "אחד מיסודות החיים הקונסטיטוציוניים".³¹ סעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קבע כי כל אדם חופשי לצאת מישראל וכל אזרח הנמצא מחוץ לגבולות המדינה זכאי להיכנס אליה והפך את הזכות לחוקתית עלי ספר. אף שחוק היסוד לא הסדיר במפורש את זכות התנועה בתוך ישראל כזכות חוקתית, בכל זאת ניתן לראות בה "זכות בת של כבוד האדם", כלשונו של נשיא בית

30 הרחבה על הפגיעה בזכות לפרטיות נמצאת בסקירה מקבילה של המכון הישראלי לדמוקרטיה. ראו תהילה שורץ אלטשולר ורחל אריזור הרשקוביץ, "חקירה אפידמיולוגית: שיקולי פרטיות באיסוף ובפרסום מידע במאבק במחלת הקורונה" **נגיף הקורונה: התמודדות עם משבר עולמי** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מרץ 2020).

31 בג"ץ 220/51, **אסלאן נגד המושל הצבאי של הגליל**, פ"ד ה 1480, 1486 (1951). ביצוט מתוך פסק הדין פותח אהרן ברק את הפרק המנחה והחשוב לעניין זה "זכות הבת לחופש התנועה" בספרו **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובענייניה** 781 (2014).

המשפט העליון (בדימוס), השופט אהרן ברק.³² הגם שהזכות להיכנס לישראל אינה תקפה לאזרחים זרים, המשפט הבינלאומי והמשפט המינהלי הישראלי אוסרים על גירוש שרירותי של תושב זר ומחייבים לתת לו את האפשרות להתנגד משפטית לחוקיות ההחלטה.

כמו בכל זכות חוקתית, ישנן נסיבות המוכרות הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי שבהן מימוש הזכות לתנועה - חשוב ומהותי ככל שיהיה - ניצב מול אינטרסים אחרים. לפיכך, במצב הנוכחי, את הזכות לחופש תנועה צריך לאזן מול שיקולים הנוגעים לבריאות הציבור, וככל שהתכלית ראויה, ניתן לפגוע בה.³³ ודוק: בנסיבות הנוכחיות אפשר, ואפילו ראוי, להגביל את חופש התנועה הקבוע במפורש בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת הזכות הנגזרת ממנה - חופש התנועה בגבולות ישראל. עם זאת, הגבלת הזכות צריכה להיעשות על פי אמות המידה המקובלות בחוק ובפסיקה באשר לפגיעה בזכות חוקתית. ולענייננו, ובהחלט לא באופן ממצה, לפי פסיקת בית המשפט העליון ישנם כמה מבחני משנה לבחינת עוצמת הפגיעה בחופש התנועה של הפרט: המבחן הראשון נוגע לשטח שעליו מוטלת ההגבלה. אין דין הגבלת חופש התנועה בבית מסוים כדין הגבלתה בעיר או באזור גאוגרפי נרחב יותר. המבחן השני הוא רמת האינטנסיביות של ההגבלה; המבחן השלישי הוא פרק הזמן שבו תוגבל זכות התנועה; והמבחן הרביעי - האינטרס שלשמו נדרשת התנועה.³⁴ קבלת החלטות על שלילת חופש התנועה של אזרחי המדינה לא יכולה להתבסס על ההנחה ששלילה שכזו יכולה להיות בלתי מוגבלת. מעבר לשיקולים של תוצאות, למשל ששלילה בלתי מוגבלת עלולה לגזור על אדם מוות בשל חוסר האפשרות שלו להשיג לעצמו מזון או תרופות. הנחות מוצא כאלה אינן מבטיחות את ההגנה על הזכות. בהקשר זה חשוב גם הבסיס העובדתי להגבלת חופש התנועה - למשל, האם מדובר במי שידוע שהוא מסכן אחרים, ולגבי מי שלא ידוע - מה רמת הסיכון שמדובר בה? הסכנה שבקבלת החלטות גורפות בתחום זה היא פגיעה חוקתית חמורה.

32 ש.ם.

33 יפה זילברשץ "חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה והיציאה ממנה" **משפט בינלאומי** 305 (חבי סיבל יעל חון עורכים, 2016).
34 בג"ץ 2150/07 אבו צפיה, ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, סג (3) 331 (2009).

חופש ההתקהלות, האספה וההתאגדות

למדינה מסורה הסמכות להטיל מגבלות על חופש ההתקהלות, חופש האספה וחופש ההתאגדות במרחב הציבורי והפרטי. לצידו של חופש הביטוי גם חופש ההתקהלות, האספה וההתאגדות נחשב חירות אזרחית ופוליטית יסודית.³⁵ שלושת אלה נתפסים כאבני יסוד של דמוקרטיה ליברלית המקיימת מרחב ציבורי פתוח המושתת על החופש הניתן לאזרחיה.³⁶ אכן, גם שלוש חירויות אלו ניתנות להגבלה, ודאי בהקשרים שההגבלה אינה נובעת מן הרצון לדכא את החירות הפוליטית במרחב הציבורי, אלא מן הניסיון להגן עליו מפני אינטרס ציבורי דוחק, למשל איום על בריאות הציבור. לפעמים אפילו החוק מגביל זכויות אלו. החקיקה הכירה במצבים שראוי להגביל את הזכויות לאספה, להתאגדות ולהתקהלות,³⁷ והפסיקה בישראל נדרשה לנושא לא אחת ובמספר רב של הקשרים.³⁸ עם זאת, שאלת המניעים להגבלת התקהלות, אספה או התאגדות וקיומם של אינטרסים ציבוריים חשובים אינה יכולה להוביל להגבלות לא-מידתיות.

אכן, נקיטת אמצעים וצווים למניעה של התקהלויות המוניות חיונית ביותר למניעה מוקדמת של התפשטות נגיף הקורונה. בשלב המניעה וההכלה שאנו נמצאים בו אף עולה ההצדקה, לפחות לכאורה, לנקיטת אמצעים קיצוניים למניעת התקהלות המונית, אמצעים שדמוקרטיה ליברלית אינן מורגלות בהם בשגרה. כך היא ההגבלה להתקהלות של יותר מ-10 אנשים שכבר עוגנה בצו. האתגר שהנגיף מציב לפנינו דורש - לפחות בשלב הנוכחי, וסביר שגם בעתיד הקרוב - התנהגות אישית והתנהגות קולקטיבית שמטרתן ריחוק (social distancing), הסותרת התקהלויות חברתיות בהגדרה. אך עם הצורך בהגבלת התכנסויות מסוימות אשר עשויות לפגוע באינטרס הציבורי, הפגיעה בזכותם המוקנית של האדם ושל ציבור האזרחים להתקהל, להתאסף ולהתאגד צריכה להיעשות במשורה ובמשנה זהירות. ההגבלות שהטיל משרד הבריאות על התכנסויות בינלאומיות בישראל ועל התקהלויות מאורגנות פוגעות בזכות זו. ואף על פי כן, צעדים נוספים והחמרה של ההגבלות המשפטיות על התקהלות, בכלל זה הפחתה נוספת

35 ראו, ודאי באופן לא ממצה, דוד ליבאי "הזכות להתקהל ולהפגין בישראל" **עיוני משפט** ב 54 (1973).
36 לדבי מנחם הופנונג בעניין חופש האספה וזכות ההתאגדות - "ההכרה בזכויות אלה ושמירתן הן אחד המבחינים לפיהם ניתן לענות על השאלה אם במדינה נתונה קיימת דמוקרטיה אם לא". מנחם הופנונג **ישראל: בטחון המדינה מול שלטון החוק** 175 (2004).
37 סעיף 151 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. השוו לתקנה 11 לתקנות הבריטיות שבה"ש 20, הקובעות עבירות קנס על אי-ציות להנחיות שמכוח התקנות. הדין באכיפה פלילית בעיתות חירום מצדיק, בעינינו, רשימה נפרדת.
38 בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד (2) 169 (1979).

במספר המשתתפים המותר באירועים האסורים בהתקהלות או הטלת עוצר או סגר על חלקים מהמדינה ועל מרחבים שבשליטתה, טעונים הצדקה חוקתית חזקה ביותר ובחינה חוקתית שקופה - וככל האפשר גם שיפוטית - כפי שיעלה בחלק ההמלצות שלהלן. **בהקשר זה אנו מוטרדים מן ההגבלה על איסור התקהלות של יותר מ־10 אנשים.** גם בעניין זה הרציונל הבריאותי ברור: מניעת התפשטות הנגיף מצדיקה שימוש באמצעים חריגים שאינם דרך שגרה. אך הפגיעה הנגרמת מאמצעים אלו כרוכה בצמצום המרחב הציבורי, וממילא צמצום המרחב הדמוקרטי במדינת ישראל. נראה שכמעט מיותר לומר זאת ובכל זאת נאמר: מניעה כמעט מוחלטת של התכנסויות אזרחיות ואירועי תרבות ופנאי היא גם פגיעה קשה ביותר בחופש ההפגנה והמחאה הפוליטית. חסימה מוחלטת של אפיקי מחאה נראית לנו בעייתית ביותר, בייחוד על רקע המשבר הפוליטי שהמדינה נתונה בו, המשבש את פעולתן התקינה של חלק מרשויות השלטון שנועדו לפקח על הרשות המבצעת.

הזכות לחירות, לכבוד ולאוטונומיה עקב אשפוז כפוי

אשפוז כפוי הוא צעד שפוגע באופן קיצוני בזכות לחירות ובזכות לכבוד וכן בשורה ארוכה נוספת של זכויות כגון זכות האוטונומיה, הנגזרת גם היא מעקרון כבוד האדם. אומנם נראה כי בשלב זה של המשבר מאפייני האשפוז של חולי קורונה ושל נשאים פוטנציאליים של הנגיף שונים ממצבים מוכרים לנו של אשפוז כפוי או של מתן טיפול רפואי בכפייה, גם משום ההיערכות המקצועית של משרד הבריאות להכלה ולאשפוז מנוטר של חולים וגם בגלל המספר הקטן יחסית של מקרי ההדבקה נכון לעכשיו. עם זאת, מתחייב עיון גם בשאלות של אשפוז כפוי וכפיית טיפול רפואי, שסביר שעמדו, ויעמדו, לפתחן של הרשויות המוסמכות, ודאי בשלבים מתקדמים יותר אם וכאשר יישקלו חלופות אשפוז המוני של נשאי הנגיף.

אכן, הזכות לכבוד האדם אינה זכות מוחלטת, אך שהיא כזו בשיטות משפט אחרות, אבל היא מנשמת אפה של הדמוקרטיה החוקתית שלאחר מלחמת העולם השנייה, והיא מטילה חובות מוגברות על המדינה, במיוחד במצב החריג שאנו מתמודדים עימו בימים אלה.³⁹ לדעתנו, מדובר במקרים מובהקים המערבים פגיעה בחירות ובכבוד. להתייחסות אל אדם כאל מפגע תברואתי יש קונוטציה משפילה. יתרה מזו, ההחלטה לשלול את חירותו כדי להגן על אחרים מפני סכנה שהוא לא אחראי לה או לא תרם במודע להיווצרותה מנוגדת לתפיסה הליברלית השמה את הפרט ואת זכויותיו במרכז העולם הנורמטיבי.

ייתכן מאוד כי מדובר בפגיעה מוצדקת; מידת הצדקתה תלויה ברמת הסיכון ובתנאי האשפוז ומשכו וכן בקיומן של חלופות אחרות. ואולם יש להבטיח כי גם כאשר האשפוז הוא מחויב המציאות וההימנעות ממנו או אפילו דחייתו עלולות לסכן אינטרס ציבורי דוחק – יש לבצעו מתוך פגיעה מינימלית, בנסיבות העניין, בכבוד האדם ובחירותו. יש לתת את הדעת לחשיבות שבתיווך לאזרחים ולאנשים שאינם אזרחי המדינה שעלולים להדביק אנשים אחרים את חובתם לשהות בבידוד או באשפוז. יש ליצור איתם קשר בשפה בהירה ונגישה, ויש לתרגם את ההנחיות לשפות הרלוונטיות – כדי לצמצם חלק לא קטן מן הפגיעות האפשריות בכבוד האדם, כך שהכפייה תתרחש רק במקרים שבהם לא היה אפשר להשיג הסכמה.

ביטחון אנושי וקיום בכבוד

לצד הפגיעות שלעיל יש חשש לפגיעות היקפיות ולפגיעות מצטברות במצב מתמשך של פנדמיה. מי שחשוף אליהן בעיקר הן קבוצות חלשות באוכלוסייה. בולטת בהקשר זה היא האוכלוסייה המבוגרת, אשר מעבר לבדידות שהיא מנת חלקה בעיתות של שגרה, עתה היא מועמדת לבידוד חברתי ולפגיעה ברווחתה בגלל פגיעותה הבריאותית הגדולה יותר לנגיף.⁴⁰ אכן, מרב המאמצים ומכלול שלם של שיקולים נשקלים בנסיבות

39 מרדכי קרמיצור ומיכל קרמר, **כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הנרמני - האם גם בישראל?** (מחקר מדינות 85, 2011).

40 סוגיה אחת שכבר עלתה לדין ציבורי היא בידוד של אוכלוסייה מבוגרת השווה בבתי אבות. ראו למשל סוגיות העולות מהנחיית המשרד בנושא בחודר מנכ"ל מס' 4 של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים: "היערכות שיחית הרווחה להתמודדות עם נגיף הקורונה (3.3.2020) COVID-19".

הנוכחיות במטרה להגן על חייהם של האנשים המבוגרים בישראל. יחד עם זאת, ראוי לתת את הדעת גם לעריריות והשלכותיה הקשות, ודאי כאשר נערכים לפרק זמן ארוך של התמודדות עם הנגיף.

עוד פגיעה חמורה יכולה להתרחש באנשים החיים בעוני. ראשית, אפשר שמחירי מוצרים מסוימים יאמירו, והדבר יטיל קושי נוסף על קשיי הקיום הקיימים ממילא. הידרדרות מהירה במצב הכלכלי של המדינה בעקבות התפשטות הנגיף, החרפת הצעדים הננקטים להתמודדות איתו, השבתה של המשק, גל הפיטורים הצפוי בעקבותיו, ההוצאות הכפויות בגין חופשות ללא תשלום והתמוטטות של עסקים עצמאיים – כל אלו מסמנים לנו כי מעגל האנשים העניים עלול להתרחב ואיתו שכבת האנשים שטעונים הגנה מכוח התפיסות של קיום בכבוד.⁴¹ מישל בצ'לט (Bachelet), נציבת זכויות האדם של האו"ם, עמדה על פגיעות היקפיות נוספות בעקבות פעולות מינהליות של הרשויות. דוגמה: סגירת בתי הספר מחייבת את ההורים למצוא מענה לילדיהם. מי שהפרוטה מצויה בכיסם ומשתכרים שכר גבוה, יכולים לשלם עבור אדם שידאג לילדיהם בזמן שההורים בעבודה. אחרים, רוב האנשים, אינם יכולים לעשות כן. מי שמשלמות את המחיר במצב כזה הן בעיקר האימהות.⁴² חשוב לתת את הדעת גם לפגיעות היקפיות כאלה ולהשקיע משאבים כלכליים ואחרים ביצירת תוכניות רווחה להתמודדות עם סיכונים מסוג זה לזכות לביטחון האנושי ולקיום בכבוד.

41 והשווייצי רזנאי "ביטחון אנושי: מקסם שווא או שינוי פרדיגמטי ממשי בשיח הבין-לאומי" **קריית המשפט** י' 213, 261 (2014).
UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet, Coronavirus: Human Rights Need to be Front 42 and Centre in Response" (March 6, 2020)

האמור לעיל מוביל אותנו לשורה של המלצות מיידיות להתמודדות עם אתגרי שלטון החוק שנגיף הקורונה מציב לפנינו:

1. קידום כינונה של ממשלה הנהיגה מלגיטימציה דמוקרטית - קרי, ממשלה הנהיגה מאמון ורוב פרלמנטרי - באופן שיאפשר קידום חקיקה ספציפית בכנסת. חקיקה זו תעגן בחוק, במקומות הנדרשים, את הסמכויות המבוססות כיום על תקנות וצווים בלבד. המצב הנוכחי - שבו סמכויות שלטוניות קיצוניות מופעלות בידי שרים החברים בממשלה לא־נבחרת, על בסיס נורמות שלא עוגנו מפורשות בחקיקה של הכנסת - יוצר חסך דמוקרטי חמור. מצב דברים זה - של פער גדול בין סמכות לאחריותיות - מהווה, הוא עצמו, פגיעה בחיים הדמוקרטיים בישראל ויוצר תקדים מסוכן לעתיד.

2. ייעוד משאבים שלטוניים לבחינה משפטית מחודשת של הצווים ושל התקנות כבר כעת - בשל פגיעתם רחבת ההיקף של הצווים ושל התקנות בזכויות אדם. יש ליעד זמן מיוחד - לא בהכרח על ידי הגורמים העוסקים ישירות בהפעלת הסמכויות ובטיפול במשבר, אלא על ידי צוותי חשיבה חיצוניים או מעורבים - לבחינה שיטתית של הצווים והתקנות שיצאו ואשר עתידים לצאת לאור עקרונות מינהליים וחוקתיים. אם בחינה חוקתית שיטתית כזאת בוצעה ואם שיקולים אלו אכן עמדו בבסיס קבלת ההחלטות, יש להעלותם על הכתב לשם השקיפות הנדרשת בנסיבות אלו ולשם קיומו של דיון ציבורי. במקומות הנדרשים, ודאי לקראת ההתפתחויות שעוד תבואנה, נכון לעשות תהליך של חשיבה מחודשת ולבחון מחדש את הצווים ואת התקנות שכבר ניתנו כדי לצמצם ככל האפשר את הפגיעה בזכויות האדם. התמודדות הרשויות עם מצב החירום באופן הזה תוכיח את חוסנה של הדמוקרטיה הישראלית בעיתות משבר. התמודדות שאינה מביאה בחשבון את זכויות האדם תעיד דווקא על שברירותה.

3. פיקוח פרלמנטרי על ממשלת מעבר וכנסת יוצאת - מצב שאין בו פיקוח פרלמנטרי פורמלי על הצעדים שהממשלה נוקטת הוא מצב לא רצוי. כדי להגביר את הפיקוח אנו ממליצים להקים ועדה פרלמנטרית מיוחדת לפיקוח על מאמצי המדינה למיגור נגיף הקורונה. הוועדה צריכה לשקף את הרכב כל הסיעות בכנסת ולקיים ישיבות רלוונטיות - אגב התאמת מתכונת הדיון הפרלמנטרי למצב, ככל שיש בכך צורך - עם גורמי האכיפה המוסמכים בממשלה.

4. פרסום עמדה לציבור על ידי היועץ המשפטי לממשלה - טוב שלצד מאמצי ההסברה לציבור שנעשים במשרד הבריאות יתקיימו מאמצי הסברה על ידי היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו בתחום שלטון החוק וההגנה על זכויות וחירויות. מאמצים אלה צריכים לכלול פרסום הצהרות מטעם היועץ המשפטי לממשלה על שיקולים שנשקלו לפני השימוש באמצעים משפטיים למיניהם; פרסום הנחיות לציבור בדבר הזכויות שעומדות לו, אגב הקפדה על שפה נגישה; ריכוז הנחיות למימוש זכויות בתחום התעסוקה (ותגבור מאגרי המידע הפומביים שמשרד הבריאות עובד עימם, כמו האתר "כל זכות"); ועדכונים, בשיתוף עם הנהלת בתי המשפט, על פעילותה של מערכת האכיפה והמשפט. אפשר שנכון גם להקים צוות משימה מיוחד שישתף בפעילות המשפטית, באופן יזום ובזמן אמת, ארגונים של החברה האזרחית.

5. ביקורת שיפוטית - סוגיית הביקורת השיפוטית במצבי חירום ומשבר - ביטחוניים, כלכליים או אפידמיים - עמוקה ומורכבת מכדי למצותה בהמלצות קונקרטיות. בשלב זה נעיר כי אי־השהיית שלטון החוק במצבי משבר קשורה ישירות בחשיבות העצומה שבקיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית ומתמשכת, לכל הפחות על צעדים הכרוכים בפגיעה בזכויות אדם, וודאי על צעדים קיצוניים השוללים חירויות יסוד. בישראל גם נהוגה מסורת מכובדת של ביקורת

שיפוטית תומכת החלטות מינהליות ושל ביקורת שיפוטית הכוללת סעדים מבניים, מה שקרוי בשפה המחקרית "שמרטפות שיפוטית". ככל שיעלה הצורך, נכון לנקוט גם דפוס כזה של ביקורת שיפוטית, נוסף על התפקיד הקלסי שלה, שאינו מושהה בעת משבר. בהקשר זה יש לציין כי להגבלות על פעילות בתי המשפט מטעמי בריאות הציבור יכולה להיות השלכה שלילית על היקף הביקורת השיפוטית על פעולות שלטוניות רבות (למשל, על פעילות בתי משפט מחוזיים בשבתם כבתי משפט מינהליים). אשר על כן אנו סבורים כי ההכרזה על "מצב חירום מיוחד" במערכת המשפט, בלי לבחון חלופות אחרות לנקיטת אמצעי זהירות, הייתה החלטה חפוזה וכי על החלטה זו להיבחן בביקורת שיפוטית.⁴³

6. אימוץ תפיסה מקלילה של אוכלוסיית המוטבים והמושפעים מצעדי

המדינה - נגיפים אינם יודעים גבולות. התפשטותם והכורח להילחם בהם חורגים מהגדרה לאומית, והמאבק בהם הוא - עינינו הרואות - מאמץ משותף של האנושות כולה. במציאות שכזו על המדינה לאמץ תפיסה מקלילה של אוכלוסיית המוטבים והמושפעים מצעדיה לטיפול בנגיף. התנהלות זו חשובה במיוחד כאשר הכרחי לסגור גבולות וכאשר יש צורך לתאם פעולות עם פעולות ומאמצים של מדינות אחרות ושל ארגונים בינלאומיים. אנו ממליצים לאמץ תפיסה שמבהירה כי אחריותה של המדינה היא גם כלפי אזרחים זרים שנמצאים בתחומי שליטתה, לרבות בשטחי הרשות הפלסטינית, גם כאשר הללו מהווים סיכון לבריאות הציבור. לפיכך יש להיזהר מהפעלה אינטנסיבית של סמכויות שלטוניות על לא־אזרחים ולהפעיל ככל האפשר מנגנונים של תיאום וקישור עם הפלסטינים כדי לאפשר את ההתמודדות המשותפת עם האיום הבריאותי על המרחב המשותף.

43 ראו תקנות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991, ביום 12.3.2020 באופן שמשמין את שר המשפטים להכריז על "מצב חירום מיוחד" גם במקרה שמתקיים "חשש ממשי לפגיעה חמורה בבריאות הציבור", מצב שאכן הוכרז ביום 15.3.2020. על המצב הבעייתי של שימוש בתקנות רגילות שכאלה לחקיקת חירום ראו במאמרה של נחן, ה"ש 25 לעיל, בעמ' 651. נראה כי קודם לכל שימוש בהן נכון להעמיד את התקנות לביקורת שיפוטית.

אולי דווקא משום האתגר הייחודי שגלום בה, ההתמודדות עם נגיף הקורונה יכולה להיות שעתה היפה של ישראל כמדינה המגשימה את ערכי החוקתיות וההגנה על זכויות האדם של אזרחיה ותושביה. בשעה שיהודים וערבים, חרדים, דתיים וחילונים, פועלים יחד כדי להתמודד עם המשבר, נראה כי המתחים המוכרים לכולנו במימוש של זכויות אדם במציאות הישראלית - למשל, המתח שבין הרוב למיעוט - רלוונטיים פחות. פעולת המדינה לטובת האזרחים והתושבים יכולה להיות תואמת ערכים וזכויות באופן שמגשים את האינטרס שבהגנה על בריאות הציבור והשמירה על איתנות המשק. ואולם על המדינה לעשות זאת מתוך הקפדה על שלטון החוק ועל עקרונות דמוקרטיים וחוקתיים בסיסיים.

פרופ' יובל שני הוא סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה. מופקד על הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי ע"ש הרש לאוטרפכט באוניברסיטה העברית בירושלים והדיקן לשעבר של הפקולטה למשפטים. מומחה לבתי דין בינלאומיים, זכויות אדם, דיני מלחמה, משפט וסייבר והיבטים משפטיים של הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

עו"ד עודד רון הוא חוקר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ועמית תוכנית בית המדרש לרבנות ישראלית של מכון הרטמן בירושלים. תחומי העיסוק העיקריים שלו הם יחסי יהודים-ערבים, זכויות אדם ומשפט חוקתי.

נדיב מרדכי הוא רכז התוכן של המרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ועמית מחקר במרכז חשין ללימודים מתקדמים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. עוסק במשפט חוקתי ומינהלי, תאוריה חוקתית וביקורת שיפוטית.

הדברים המובאים במסמך זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

