

תקנות שעת חירום הצעה לרפורמה חוקתית

גיא לוריא | עמיר פוקס | דפני בנבניסטי

יולי 2023

הצעה
לסדר
53



המכון הישראלי
לדמוקרטיה



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

תקנות שעת חירום: הצעה לרפורמה חוקתית

גיא לוריא | עמיר פוקס | דפני בנבניסטי

הצעה לסדר 53
יולי 2023

Emergency Regulations: A Proposal for Constitutional Reform
Guy Lurie | Amir Fuchs | Daphne Benvenisty

עריכת הטקסט: לילך צ'לנוב
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו Alfabees
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-432-6 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2023
נדפס בישראל תשפ"ג/2023

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר 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 מהמוציא לאור.

המכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר)
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:
החנות המקוונת: www.idi.org.il/books
דוא"ל: 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
8	מבוא
11	פרק א. חוקת החירום של ישראל
21	פרק ב. הצעות קודמות לתיקון חוקת החירום של ישראל
32	פרק ג. עקרונות חוקתיים לחוקת חירום מתוך מבט משווה
43	פרק ד. התמודדות משפטית עם מצב החירום בזמן הקורונה - סקירה בינלאומית
59	פרק ה. מקרה מבחן: התמודדות הממשל בישראל עם מגפת הקורונה באמצעות תקנות שעת חירום
73	סיכום ומסקנות

תקציר

הצעה לסדר זו עוסקת במגבלות על סמכויות החירום של הממשלה במצב חירום הקבועות בחוקי־יסוד: הממשלה, ובפרט בדרך הפיקוח של הכנסת על התקנת תקנות שעת חירום על ידי הממשלה. בשני העשורים האחרונים הלך ודעך

השימוש הממשלתי בתקנות שעת חירום, במיוחד מאז קבע בית המשפט העליון בפסקי דין ב־1990 וב־1999, כי אין להתקין תקנות שעת חירום, אלא אם כן לא ניתן לפנות לחקיקה ראשית של הכנסת. בקרב משפטנים אף נשמעה הדעה כי הלכת בית המשפט העליון בעניין זה הפכה את תקנות שעת החירום לאמצעי כמעט תאורטי. גישה זו הופרכה עם פרוץ מגפת הקורונה בראשית שנת 2020, משום שבחודשים הראשונים של ההתמודדות עם המגפה עשתה הממשלה שימוש רב־היקף באמצעי חירום זה, השימוש הרחב ביותר מקום המדינה.

במחקר זה אנו מציגים מקרה מבחן ומשווים בין שימוש הממשלה בתקנות שעת חירום כדי להתמודד עם השלכות מגפת הקורונה בחודשים הראשונים להתפרצותה, לבין השימוש שלה בתקנות לפי "חוק הקורונה" שנחקק כמה חודשים לאחר התפרצות המגפה והגדיר מחדש את סמכויות הממשלה להתקין תקנות לפיו. לאחר חקיקתו של חוק הקורונה ביולי 2020 הפסיקה הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, ובמקומן הותקנו תקנות "רגילות" מכוח חוק זה. ההשוואה בין שני הנתיבים האלה – תקנות שעת חירום ותקנות לפי חוק הקורונה – מגלה את תרומתה החיונית של הבקרה הפרלמנטרית על התקנת תקנות שעת חירום לשלטון החוק, לקבלת החלטות מושכלות, ללגיטימציה ציבורית ולאפקטיביות של התקנות. על רקע זה אנו מציעים שינוי בדרכי הפיקוח הפרלמנטרי על התקנת תקנות שעת חירום. מחקר זה נערך מתוך מבט רחב על ההתמודדות המשפטית עם השימוש במצבי חירום ועל הדין הרצוי בהקשר זה, הן בספרות המחקר העדכנית והן בהשוואה לפרקטיקה של מדינות אחרות בכלל, ובהתמודדות עם מגפת הקורונה בפרט. בסופו של המחקר אנו מציעים הצעה מפורטת לתיקון חוקי־יסוד: הממשלה, תיקון שנועד להדק את הפיקוח של הכנסת על התקנת תקנות שעת חירום.

מבוא

הצעה לסדר זו עוסקת במגבלות הקבועות בחוקי־יסוד: הממשלה על סמכויות החירום של הממשלה במצב חירום, ובפרט בדרך הפיקוח של הכנסת על התקנת תקנות שעת חירום שמתקינה הממשלה. סמכויות חירום חריגות הניתנות לרשויות השלטון בשעת חירום, והדרכים שבהן אפשר לשמור על שלטון החוק ועל חירויות האזרח בזמנים כאלה מעסיקות את מדינות העולם מאז ימי הרפובליקה הרומית לפני למעלה מאלפיים שנה.¹

אחד ההסדרים החוקתיים העיקריים המעניקים סמכויות חירום לממשלה בישראל הוא סמכותה של הממשלה להתקין, במצב חירום, תקנות שעת חירום. מצב חירום – המוכרז על ידי הכנסת – שורר בישראל כמעט מיום הקמתה. עם השנים עשתה הממשלה שימוש רב בסמכותה להתקין תקנות שעת חירום, שימוש שהגיע לשיא בשנים 1970–1990. מאז הלך ודעך השימוש הממשלתי בתקנות שעת חירום, במיוחד משקבע בית המשפט העליון, בשני פסקי דין מהשנים 1990 ו־1999, כי אין להתקין תקנות שעת חירום אלא אם כן אי אפשר לפנות לחקיקה ראשית.² בעקבות זאת פחת השימוש של הממשלה בסמכות התקנת תקנות שעת חירום, עד שפסק כמעט לגמרי בשני העשורים האחרונים. והנה, בשנת 2020, על רקע התפרצות מגפת הקורונה והעובדה שבאותו הזמן משלה ממשלת מעבר והכנסת החדשה שנבחרה טרם נכנסה לתפקוד מלא,

* על שיחות, הערות בסמינר המחקר שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה, ועל ההערות לטיטוט, אנחנו מודים לד"ר דנה בלאנדר, עו"ד עדנה הראל פישר, עו"ד לילך וגנר, עו"ד איל זנדברג, עו"ד ענת טהון אשכנזי, פרופ' עמיחי כהן, עו"ד לילה מרגלית, ד"ר נדיב מרדכי, פרופ' סוזי נבות, פרופ' יובל פלדמן, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' יובל שני וד"ר אסף שפירא. הצגנו את המחקר הזה בכנס IL-S-ICON, שהתקיים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן ב־12 ביוני 2022, ואנחנו מודים למשתתפים בו על הערותיהם. אם למרות כל העצות הטובות שקיבלנו נותרו שגיאות במחקר זה, האחריות היא שלנו בלבד. כמו כן אנחנו מודים למרכז מינרובה לשלטון החוק במצבי קיצון בפקולטה למשפטים ובחוג לגאוגרפיה ולימודי סביבה באוניברסיטת חיפה על מענק נדיב שניתן למחקר.

1 ראו לדוגמה יובל שני "אתגרי הדמוקרטיה" דמוקרטיה עכשווי: סוגיות ואתגרים במאה ה־21 73 (עורכות מאיה גייר ודנה בלאנדר) (2022): *What is Modern in the State of Exception?* 8 JOURNAL OF EUROPEAN HISTORY 50 (2017)

2 בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990); בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999).

התקינה הממשלה עשרות תקנות שעת חירום, יותר מבכל שנה אחרת בתולדות מדינת ישראל.³

כמה חודשים אחרי פרוץ המגפה חוקקה הכנסת את החוק המכונה "חוק הקורונה"⁴, שהגדיר את סמכויותיה של הממשלה בעניין ההתמודדות עם המגפה. חוק הקורונה הגדיר את סמכויות הממשלה להתקין תקנות לפי חוק הקורונה, ולאחר חקיקתו הפסיקה הממשלה להתקין תקנות שעת חירום ובמקומן הותקנו תקנות מכוח חוק זה.

השימוש המסיבי של הממשלה בתקנות שעת חירום כדי להתמודד עם השלכות מגפת הקורונה בחודשים הראשונים להתפרצותה הוא הזדמנות לבחון שוב את ההסדר החוקתי המגדיר את סמכותה של הממשלה בעניין זה. נוסף על כך, המעבר מנתיב תקנות שעת חירום לנתיב תקנות חוק הקורונה מאפשר להשוות בין המגבלות המשפטיות על התקנת תקנות שעת חירום לבין המגבלות המשפטיות על התקנת תקנות לפי חוק הקורונה, ובין האפקטיביות של כל אחד מהנתיבים האלה.⁵ במילים אחרות, השימוש רב-ההיקף שנעשה בתקנות שעת חירום מזמן מקרה מבחן להוצאה אל הפועל של ההסדר הקבוע בסעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה המגדיר את סמכויות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, ולהעלות לדיון את השאלה אם הסדר זה רצוי מבחינה דמוקרטית – מתוך מבט רחב על השימוש במצבי חירום והדין הרצוי בהקשר זה.

פרק א בהצעה לסדר זו מציג את חוקת החירום של ישראל (סעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה), וכן את חקיקת החירום של ישראל, על רקע הדיון העשיר בנושא זה בשנים האחרונות. פרק ב סוקר את היוזמות שהוצעו במרוצת השנים

3 לסקירה של כמה תקנות שעת החירום פורסמו לפי שנים, ראו ניר קוסטי "תקנות שעת חירום: מבט עכשווי והיסטורי" **ICON-S-IL Blog** (7.7.2020).

4 חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), תש"ף-2020.

5 להשוואה בין שני הנתיבים: ניר קוסטי ואייל גרוס "פרדוקס חוק הקורונה" - **ICON-S-IL Blog** (12.1.2021).

להסדרה חלופית של חוקת החירום, ובמיוחד את הצעת "חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה, שהסדר החירום שהוצע בה ("כנסת זוטא") עודכן בעת האחרונה.⁶ פרק ג' בוחן מהם העקרונות הדמוקרטיים שיש לצקת לחוקת החירום של ישראל, ומשתמש בעקרונות שנדונו בספרות המחקר בשנים האחרונות. פרק ד' משווה את יישומם של העקרונות האלה בחוקות של מדינות אחרות, ובוחן במיוחד את הדרכים החוקיות שמדינות צעדו בהן בהתמודדותן עם אתגרי מגפת הקורונה.

פרק ה' מתאר כמקרה מבחן את התמודדות הממשלה בישראל עם מגפת הקורונה, מתוך השוואה להתמודדותה עם המגפה באמצעות תקנות חוק הקורונה, מנתח את ההבדלים בין שני הנתיבים ומציג מסקנות כיצד, לדעתנו, יש לתקן את הוראת סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, קרי כיצד יש להגדיר מחדש את גבולות סמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום. בסיכום מוצגת הצעה לתיקון חוק יסוד: הממשלה.⁷

6 מרדכי קרמניצר ונדיב מרדכי "שעת חירום, סדר פעולות והצורך בכנסת זוטא" פרלמנט 86 (2020).

7 התמקדותנו היא בנקודת המבט של המכונן, קרי בשאלת תיקון חוק יסוד: הממשלה. בכך נבדל מחקרנו מהמחקר של עו"ד לילה מרגלית, שהתמקדה בשאלת פרשנותה הראויה של הוראת סעיפים 38 ו-39 לחוק היסוד, ובעיקר באופייה של ההכרזה של הכנסת על מצב חירום – מנקודת הראות של הדיון השיפוטי. ראו לילה מרגלית על חשיבות ההכרזה הספציפית על מצב חירום: הסדר החירום הקבוע בחוק יסוד הממשלה בראי משבר הקורונה (הצעה לסדר 39, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021).

פרק א

חוקת החירום של ישראל

מחקר זה מתמקד, כאמור, במגבלות הקבועות בחוק־יסוד: הממשלה על התקנת תקנות שעת חירום, ובמיוחד בבקרה הפרלמנטרית על התקנתן. עם זאת, לשם מיקום מחקרנו בהקשר הראוי, נציג בקווים כלליים את כל חוקת החירום של ישראל הקבועה בחוק־יסוד: הממשלה, וכן – בקווים כלליים עוד יותר – את הסדרי החירום האחרים.

1. סעיפים 38–39 לחוק־יסוד: הממשלה

ההסדר החוקתי המרכזי בעניין חקיקת החירום מעוגן בהוראות סעיפים 38–39 לחוק־יסוד: הממשלה, הדנים בהכרזה על מצב חירום ובהתקנת תקנות שעת חירום:

הכרזת מצב חירום

38. (א) ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום רשאית היא, ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום.

(ב) תקופת תוקפה של ההכרזה תהא כפי שנקבע בה, אך לא תעלה על שנה; הכנסת רשאית לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור.

(ג) ראתה הממשלה שקיים במדינה מצב של חירום ושעקב דחיפות הענין יש להכריז על מצב חירום עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת, רשאית היא להכריז על מצב חירום; תוקפה של ההכרזה יפקע כעבור שבעה ימים מיום נתינתה, אם לא אושרה או בוטלה קודם לכן על ידי הכנסת בהחלטה של רוב חבריה; לא התכנסה הכנסת, רשאית הממשלה לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור בסעיף קטן זה.

(ד) הכרזות הכנסת או הממשלה על מצב חירום יפורסמו ברשומות; לא ניתן לפרסם הכרזה על מצב החירום ברשומות, תפורסם ההכרזה בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שתפורסם ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

(ה) הכנסת רשאית, בכל עת, לבטל הכרזה על מצב חירום; הודעה על הביטול תפורסם ברשומות.

התקנת תקנות שעת חירום

39. (א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

(ב) ראה ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת חירום, רשאי הוא להתקין או להסמיך שר להתקין.

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

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

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

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

(ז) תקנות שעת חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

(ח) חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת חירום להתקיים לתקופת תוקפן אך לא יותר מ־60 ימים מסיום מצב החירום; תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן.

כפי שעולה מהוראות חוק היסוד, ניתן להתקין תקנות שעת חירום רק אם הכנסת הכריזה על מצב חירום. אומנם נקבע בחוק היסוד כי תקופת תוקפה של ההכרזה על מצב חירום לא תעלה על שנה אחת, אך בד בבד הובהר כי "הכנסת רשאית לחזור ולהכריז על מצב חירום". ואכן, ישראל נתונה במצב חירום ברציפות מ־19 במאי 1948⁸, ומלומדים רואים במצב החירום הזה "נורמה סטנדרטית"⁹ ו"תופעת קבע"¹⁰. יוער כי ההכרזה המתמשכת על מצב חירום מותרת בתוקף שורה ארוכה של חוקים והסדרים (לדוגמה, חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, המסדיר את סוגיית המעצרים המינהליים, וחוק הפיקוח על מוצרים ושירותים, התשי"ח-1957).

סעיף 39 לחוק היסוד מעניק לממשלה סמכות רחבה להתקין תקנות שעת חירום, והן יכולות לשנות כל חוק, להפיקע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים. כלומר, הוראת סעיף 39 מעניקה לתקנות שעת חירום שמתקינה הממשלה מעמד שווה לחקיקה ראשית של הכנסת. עם זאת, סעיף זה גם קובע כמה הגבלות על השימוש בתקנות שעת חירום. ראשית, אפשר להתקין תקנות שעת חירום רק אם הוכרז מצב חירום. שנית, לאחר התקנת התקנות יש להניחן על שולחן ועדת

8 אריאל בנדור "מצבי חירום" ספר דוריח ביניש 447, 449 (קרן אזולאי, אחי בר-סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 937-941 (כרך ב 2005); מרגלית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 21.

9 דפנה ברק-ארז "חוקה למצבי חירום" ספר שלמה לוינ 671, 683 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013).

10 מנחם הופנונג ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק 67 (מהדורה שנייה 2001).

החוץ והביטחון – ביטוי לבקרה פרלמנטרית מסוימת.¹¹ שלישית, נקבע כי תקנות שעת חירום אינן יכולות למנוע פנייה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם, וכן כי תקנות שעת חירום יופעלו רק "במידה שמצב החירום מחייב זאת". ולבסוף, תקנות אלו פוקעות כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שהכנסת ביטלה אותן.

הגבלות נוספות על השימוש בתקנות שעת חירום קבועות בחוקי יסוד אחרים, ובהם חוקי-יסוד: הכנסת, חוקי-יסוד: נשיא המדינה, חוקי-יסוד: השפיטה, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק.¹² לדוגמה, בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע בסעיף 12 כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוקי-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים" אלא לפי תנאים הקבועים שם. להבדיל, בסעיף 22 לחוקי-יסוד: השפיטה נקבע באופן מוחלט כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים", ובסעיף 44 לחוקי-יסוד: הכנסת ובחוקי יסוד אחרים נקבע הסדר דומה.

לאורך השנים דן בג"ץ בתקנות שעת חירום והבהיר את גבולות סמכותה של הרשות המבצעת להתקין תקנות שעת חירום. פסק הדין המכונן בעניין זה הוא בג"ץ פורז משנת 1990, שבו שינה בג"ץ את ההלכה שאפשרה לממשלה להתקין תקנות שעת חירום כמעט בלי הגבלה. בפסק דין זה נדונו תקנות שעת חירום שהותקנו כדי לספק פתרון דיור מהיר לגלי העלייה מארצות חבר העמים. התקנות הותקנו בעת שהצעת חוק באותו הנושא הייתה תלויה ועומדת בפני הכנסת. העותר, ח"כ אברהם פורז, הלן בין היתר על השימוש בתקנות שעת חירום אף שהיה אפשר להשיג את אותה המטרה באמצעות חקיקה רגילה, שעמדה לאישור הכנסת. בג"ץ קבע כי אם הכנסת יכולה לחוקק חוק אין לעשות שימוש בתקנות שעת חירום כדי לעקוף את סמכותה. ובמילותיו של השופט שלמה לויין:

11 עם זאת, מדובר בהגבלה רכה יחסית, שכן ההליך להתקנת תקנות רגילות (שאינן תקנות שעת חירום) דורש לעיתים התייעצות עם אחת מוועדות הכנסת או אישור שלה לפני התקנתן. ראו גם ס' 2(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; קוסטי, לעיל ה"ש 3; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 748.

12 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 953.

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.¹³

הכנסת אימצה את ההלכה הזאת ב־1992, בהסדר שנקבע בסעיף 39(ה) לחוק־יסוד: הממשלה, בקובעה כי "לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת".¹⁴ כפי שהוסבר בפסיקה, תקנות שעת חירום פוגעות בשני עקרונות בסיסיים של המשטר הדמוקרטי: בעקרון הפרדת הרשויות, שכן הסמכות לחוקק חוקים נתונה לרשות המחוקקת, ובעקרון שלטון החוק, הקובע שהסדרים ראשוניים חייבים להיקבע בחקיקה ראשית.¹⁵ הוראת סעיף זה לחוק היסוד נועדה אפוא לצמצם את השימוש בתקנות שעת חירום ולוודא כי רק פעולות חיוניות, שלא ניתן לקיים דיון חקיקתי מסודר בעניינן לנוכח מצב החירום, יוסדרו בתקנות שעת חירום.¹⁶

בג"ץ פריצקי, משנת 1999, פירש את סעיף 39(ה) לחוק היסוד. בבג"ץ זה נדונו תקנות שעת חירום שהותקנו כדי לאפשר למאות אלפי תושבים להשתתף בבחירות לרשויות המקומיות, אך שלא היה בידם הספח הנדרש להזדהות עקב עיצומים במשרד הפנים. תקנות שעת החירום קבעו כי אפשר להזדהות לעניין זה גם באמצעות רישיון נהיגה או דרכון. בפסק הדין קבע בג"ץ כי מקום שבו ניתן לפנות לכנסת לחקיקתה של חקיקה ראשית, "אין לממשלה סמכות להתקין

13 בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 323-324 (1990). ואכן, הלכת פורז הבהירה כי אין לעשות שימוש בתקנות לשעת חירום אם דרך החקיקה קיימת. עם זאת, יש לתת את הדעת לעובדה שפסק הדין לא עסק כלל בשאלה אם ההכרזה על שעת חירום הייתה מוצדקת, אלא רק בהפעלת הסמכויות הקיימות כאשר ההכרזה כבר עומדת בחוקף. להרחבה ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 679.

14 בנדור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 448.

15 בג"ץ פורז, לעיל ה"ש 13. כן ראו בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, 777 (1999); בג"ץ 2399/20 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה, סעיף 4 (נבו 16.8.2020).

16 ברק־ארז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 681.

תקנות שעת חירום.¹⁷ השופטת דליה דורנר גם הדגישה כי "ניתן להתקין תקנות שעת-חירום רק כאשר **כתוצאה ממצב החירום** הכנסת משותקת, ואין ביכולתה לקיים הליכי חקיקה" [ההדגשה במקור].¹⁸ נוסף על כך, פסק הדין דרש כי החלטת הממשלה להתקין תקנות שעת חירום תהיה לתכלית ראויה וכי האמצעים שינקטו במסגרת התקנות יהיו מידתיים. בד בבד, הובהר כי ניתן להתקין תקנות שעת חירום למגוון רחב של מטרות, קרי – לא רק במקרים של איום על קיום המדינה, אלא גם במצבי משבר שאינם מאפשרים מתן שירותים חיוניים (כגון הצבעה בבחירות).¹⁹

קביעות בג"ץ בפרשת **פריצקי** הותירו חוסר ודאות באשר להלכה שנקבעה בפסק הדין: האם כדי להתקין תקנות שעת חירום נדרש שהכנסת תהיה משותקת בשל מצב החירום? האם די בכך שהכנסת משותקת מכל סיבה שהיא, או אפילו, האם די בכך שלנוכח דחיפות הצורך בחקיקה אין די זמן לפנות להליכי חקיקה ראשית רגילה?²⁰ כך או אחרת, אריאל בנדור הדגיש את הקפדנות שהפגין בית המשפט העליון בבג"ץ **פורז** ובבג"ץ **פריצקי** בעניין התנאים הנדרשים כדי להתקין תקנות שעת חירום. לדבריו, קפדנות זו מבטאת חשש עמוק שהרשות המבצעת תיטול לידיה את סמכויות הכנסת במצב שבו הדבר אינו חיוני, ובפועל הפך בג"ץ את סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום לתאורטית בעיקרה.²¹ ואכן, עולה כי עיקר השימוש בתקנות שעת החירום נעשה לאורך שנות ה-70 וה-80, ולרוב לטובת יישום מדיניות כלכלית, ולא ביטחונית.²² בשנות ה-90 – עם מתן פסקי הדין המפורטים מעלה – חלה ירידה של ממש בשימוש שנעשה בתקנות שעת

17 בג"ץ **פריצקי**, לעיל ה"ש 15, סעיף 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

18 שם, סעיף 6 לפסק דינה של השופטת דורנר.

19 שם, בסעיף 11 לפסק דינו של הנשיא ברק.

20 השוו מרגלית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 34; פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 15, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

21 בנדור, לעיל ה"ש 8, עמ' 459.

22 יואב מחוזאי "רגולציה כלכלית באמצעות סמכויות חירום: ישראל, 1974-1985" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 397 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים התשע"ו). ראו גם הופנונג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 53-55.

חירום. כפי שיוסבר בפרק ה, מגמה זו השתנתה עם התפרצות מגפת הקורונה, והממשלה שבה לעשות שימוש נרחב בתקנות שעת חירום.²³

ההליך להתקנת תקנות שעת חירום מוסדר גם בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה. בהנחיות אלו נקבע כי על פי פסיקת בג"ץ, אם ניתן לפנות לחקיקה רגילה, יש להעדיף את הדרך הזאת על פני התקנת תקנות שעת חירום. עוד צוין בהנחיות, בהתאם לאמור בבג"ץ פורז, כי אם נקבע שיש צורך בהתקנת תקנות שעת חירום –

מן הראוי לשקול את האפשרות שיחד עם התקנת התקנות תוגש לכנסת הצעת חוק רגילה, בנוסח התקנות, כדי שהכנסת תוכל לדון ולהחליט בהקדם אם להחליף את התקנות בחוק רגיל, בנוסח התקנות או בנוסח שונה, או לבטל את התקנות במועד שתקבע.²⁴

אשר לדרך להתקנת תקנות שעת חירום – ההנחיות קובעות כי שר המבקש להציע לממשלה להתקין תקנות שעת חירום יתאם את הצעתו עם היועץ המשפטי לממשלה דרך היועץ המשפטי של משרדו, והיועץ המשפטי לממשלה ייתן אישור שמבחינה משפטית ניתן להתקין תקנות שעת חירום בנסיבות האלה. כן ניתן להתקין תקנות שעת חירום בדרך של משאל טלפוני, אך רק אם יש דחיפות מיוחדת המצדיקה זאת. עם התקנת התקנות יש להביאן לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים לשם פרסומן, וכן להעבירן לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.²⁵ עוד נקבע כי אם חלף הצורך בתקנות שעת חירום לאחר שהותקנו, יש לבטלן לאלתר ולא להמתין עד שיפוג תוקפן בתום שלושה חודשים מיום התקנתן. על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ביטול מידי זה רצוי הן מטעמים עקרוניים – שלא תהיינה

23 קוסטי, לעיל ה"ש 3.

24 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 2.3100 (60.012) חקיקת משנה – נוהל והנחיות (1.11.1985, עדכון 9.11.2003), בעמ' 54.

25 שם. כאמור בחוק-יסוד: הממשלה, תקנות שעת חירום מועברות תמיד לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, לא משנה במה הן עוסקות.

בתוקף תקנות שאין בהן צורך, והן מטעמים מעשיים – שיהיה אפשר לשוב ולהתקין תקנות שעת חירום באותו העניין אם יהיה בכך צורך, במקום להיזקק לחוק רגיל.²⁶

2. מצבי חירום מיוחדים שלא לפי חוק־יסוד: הממשלה

מלבד חקיקת החירום התלויה בהכרזה של הכנסת על מצב חירום, לפי סעיף 38 לחוק־יסוד: הממשלה, יש סוגים נוספים של מצבי חירום, שאינם תלויים בהכרזה הפורמלית של הכנסת.

מצבי חירום מיוחדים המוסדרים בחקיקה ראשית של הכנסת

סמכויות מסוימות בכמה חוקים מותנות בהכרזה מיוחדת על מצב חירום שאינה ההכרזה של הכנסת מכוח סעיף 38 לחוק־יסוד: הממשלה.²⁷ לדוגמה, סעיף 39 לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951 דורש שיוכרז "מצב מיוחד בעורף", ובעקבות הכרזה זו אפשר, לדוגמה, להטיל חובה על אדם או על הציבור לשהות בבתים או במקלטים; לאסור או להגביל את הלימודים במוסדות ולהורות למוסדות ציבור לפתוח מקלטים. סעיף 90א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 דן בהכרזה על "אירוע חירום אזרחי", שבעקבותיה ניתנות למשטרה סמכויות נרחבות, לדוגמה – אחריות לפיקוד על טיפול באירוע ולשליטה בו (סעיף 90א(א)); סמכות להורות לגוף הצלה להפעיל את הציוד שברשותו לשם מילוי תפקידו; להורות למי שבחזקתו ציוד או חומר להעמיד את הציוד או החומר

26 שם, בעמ' 55-56.

27 להרחבה על חוקים הכוללים סמכויות חירום מיוחדות ראו ענת קבילי, אילנה גימפלסון, טליה שוורץ, מיכל בן גל, גיא לוריא, יונתן אורפלי, אמנון רייכמן, עלי זלצברגר ודבורה שמואלי **משפט ומצבי חירום: מבט משווה – מצע לדין 62-78** (מרכז מינרווה לחקר שלטון החוק במצבי קיצון, אוניברסיטת חיפה, 2014).

לרשות משטרת ישראל או לרשות גופי ההצלה; לסגור שטח או מקום (סעיף 190(ג)). בתקנות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991 נקבע כי ניתן להגביל את סוגי הדיונים שיתקיימו בבתי המשפט ובלשכות ההוצאה לפועל, "אם פרסם שר המשפטים הודעה על כך בשל מצב חירום מיוחד"²⁸.

לכך יש להוסיף את הוראת סעיף 20 לפקודת בריאות העם, שכותרתו "סמכויות לשעת חירום". הוראה זו מקנה לשר הבריאות את הסמכות להכריז על "מחלה איומה אפידמית, מקומית או מידבקת", ובהינתן הכרזה זו, ניתן להורות על שורה ארוכה של צעדי טיפול ומנע, לדוגמה, צעדים לטיפול הניקיון, האוורור והחיסוי; הוראה על בידוד או על העמדה לפיקוח או לבדיקה רפואית של אנשים נגועים או אנשים שבאו במגע עימם, וכן קבלת דוגמאות לבדיקת מעבדה מהם; כניסה לכל בניין ציבורי או פרטי ונקיטה בכל האמצעים כדי למנוע התפשטות ההדבקה; הנהגת פיקוח סניטרי.²⁹

על סוג זה של חקיקה נמתחה ביקורת, ולפיה חקיקה זו, המוסיפה על מצב החירום שעליו מכריזה הכנסת, היא "תחיקת טלאים", שכן היא מייצרת מצבי משבר מיוחדים, מחוץ למסגרת החוקים הקיימת, וללא ההגבלות הקיימות על תקנות שעת חירום מתוקף סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה.³⁰

28 בנדור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 473-477. ראו גם גיא לוריא סמכויות החירום של שר המשפטים במינהל בתי המשפט (הצעה לסדר 43, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021).

29 כפי שיפורט להלן, בחקופת ההתפרצות הראשונה של מגפת הקורונה נעשה שימוש גם בהוראה זו כדי להתמודד עם ההתפרצות, לדוגמה על ידי הטלת חובת בידוד על אנשים שונים.

30 מרגית כהן "מעשי טלאים" בדיני החירום" משפטים כט 623 (1999). להרחבה ראו פרק א להלן. כן ראו Yoav Mehozay, *The Fluid Jurisprudence of Israel's Emergency Powers: Legal Patchwork as a Governing Norm*, 46 *LAW & Soc'y* Rev. 137 (2012), העומד גם כן על חקיקת הטלאים הנובעת ממצב החירום. לדבריו, חקיקה זו מונעת ממניעים פוליטיים – היא אינה תוצאה מקרית של זמני חירום, אלא מעשה חקיקה מתוכנן של הרשות המבצעת, "כלי של משילות".

דפנה ברק־ארז העלתה את האפשרות שנוצרה פרדיגמה חדשה ביחס לחקיקה הביטחונית, ולפיה בעת האחרונה הכנסת נוקטת שתי דרכים מרכזיות לחקיקת חירום ללא הכרזה פורמלית על שעת חירום: חקיקת קבע וחקיקה של הוראות שעה. חקיקת הקבע עיקרה חקיקה שנועדה להתמודד עם מצבי דחק ביטחוניים, אך תוקפה אינו מוגבל לקיומה של שעת חירום במדינה, כגון חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, וכן חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. לדברי ברק־ארז, חוקים אלו שבים לגישה הניכרת בתקנות ההגנה המנדטוריות (שיוצגו להלן), שתוקפן אינו מותנה בהכרזה פורמלית על שעת חירום. לעומת זאת, הוראות השעה מוגבלות לכמה שנים, אך גם הן אינן מותנות בהכרזה על מצב חירום, דוגמת חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, שבוטל על ידי חוק המאבק בטרור, המוזכר לעיל.³¹

תקנות ההגנה (שעת־חירום), 1945

דין החירום הוותיק ביותר בישראל הוא תקנות ההגנה (שעת־חירום). את התקנות האלה התקין השלטון הבריטי, והן נועדו להתמודד עם עניינים ביטחוניים וכלכליים. תקנות ההגנה – שהוכרו כמעשה חקיקה ראשית עם הקמת המדינה – אינן תלויות בהכרזה של הכנסת על מצב חירום. תקנות רבות בוטלו לאורך השנים, אך חלקן עומדות בתוקף עד היום.³²

31 ברק־ארז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 688-689.

32 שם, בעמ' 676; Mehozay, לעיל ה"ש 30, בעמ' 143-144; מיכל צור בהנחייה מרכזי קרמניצר **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945** (נייר עמדה 16, המכון הישראלי לדמוקרטיה 1999).

פרק ב

הצעות קודמות לתיקון חוקת החירום של ישראל

כאמור לעיל, מחקר זה מתמקד בתקנות שעת חירום בכלל, ובבקרה הפרלמנטרית על התקנתן בפרט. אולם כדי למקם את הצעותינו בהקשר הראוי גם בפרק זה נשקוף על ההצעות שהוצעו בעבר לתיקון חוקת החירום של ישראל במבט רחב יותר.

1. ההיסטוריה החקיקתית

ההכרזה על מצב חירום והמנגנון להתקנת תקנות לשעת חירום הוסדרו בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, עם הקמת מדינת ישראל. כך נקבע בסעיף 9 לפקודה:

9(א) אם ייראה הדבר למועצת המדינה הזמנית, רשאית היא להכריז כי קיים במדינה מצב של חרום, ומשנתפרסמה ההכרזה בעתון הרשמי, רשאית הממשלה הזמנית למלא ידי ראש הממשלה או כל שר אחר להתקין תקנות לשעת חירום ככל אשר ייראה לו לטובת הגנת המדינה, בטחון הצבור וקיום האספקה והשרותים החיוניים.

(ב) תקנה לשעת חירום, כוחה יפה לשנות כל חוק, להפיקע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים.

(ג) תקנה לשעת חירום, תקפה יפקע כעבור שלושה חדשים מיום התקנתה, בלתי אם הוארך תקפה או נתבטלה התקנה קודם לכן על ידי פקודה של מועצה המדינה הזמנית, או נתבטלה על ידי הרשות המתקינה.

(ד) כאשר תמצא מועצת המדינה הזמנית את הדבר לנכון, היא תכריז כי חדל מצב החרום להתקיים, ומשנתפרסמה ההכרזה בעתון הרשמי, יפקע תקפן של התקנות לשעת־חרום בתאריך או בתאריכים שייקבעו בהכרזה.

הסדר זה עמד בתוקפו עד 1992, אז הוסדרה הסוגיה **בחוק־יסוד: הממשלה**, שנכנס לתוקף בשנת 1996 ועומד בתוקפו עד היום.³³

יוער כי בד בבד עם גיבוש נוסח חוק־יסוד: הממשלה, התגבשה גם **הצעת חוק־יסוד: החקיקה משנת 1992**, שהציעה לכוון בסיס חדש לחקיקת חירום.³⁴ בסעיף 20 להצעת חוק היסוד הוגדר מצב חירום כך:

20 [...] מצב או אירוע שיש בו חשש לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, בסדר הציבורי, בשלום הציבור או בקיום האספקה והשירותים החיוניים, מחמת אחד או יותר מאלה:

- (1) מלחמה או פעולות איבה צבאיות;
- (2) אסון טבע, מגיפה או מפגע סביבתי בהיקף נרחב;
- (3) התקוממות מזויינת, מלחמת אזרחים, מרי או מהומות בהיקף נרחב;
- (4) משבר כלכלי או שיבוש חמור ביסודות המשק.³⁵

הצעת חוק היסוד גם הסדירה את הדרך להתקנת תקנות שעת חירום:

33 להרחבה ראו פרק א לעיל, בעניין המצב החוקי הקיים.

34 הצעת חוק־יסוד: החקיקה, ה"ח 2100.

35 הצעת חוק־יסוד: החקיקה הסדירה גם את ההודעה על מצב החירום.

23(א) משהוכרז מצב חירום וכל עוד ההכרזה בתוקף, רשאית הממשלה או שר שהממשלה הסמיכה אותו לעניין מסוים, להתקין תקנות־שעת־חירום במידה ולתקופת זמן כנדרש מחמת מצב החירום כדי להבטיח את הגנת המדינה, בטחון הציבור ושלומו וקיום האספקה והשירותים החיוניים.

(ב) הממשלה תביא לידיעת הכנסת תקנות־שעת־חירום סמוך לאחר התקנתן.

24(א) תקנות־שעת־חירום כוחן יפה בתקופת תוקפן לשנות כל דין, להתלותו או לקבוע בו תנאים, והכל אם אין בחוק הוראה אחרת לעניין זה.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא תפגע תקנות־שעת־חירום בזכות יסוד של האדם אלא באופן ההולם מדינה דמוקרטית הנמצאת במצב חירום.

(ג) תקנות־שעת־חירום כוחן יפה להטיל מסים, תשלומי חובה אחרים ואגרות ולשנות שיעוריהם.

25(א) תוקפן של תקנות־שעת־חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום תחילתן, זולת אם בוטלו קודם לכן בידי מי שהתקין אותן או בידי הממשלה או בחוק.

(ב) הכנסת רשאית בחוק להאריך את תוקפן של תקנות־שעת־חירום.³⁶

36 בהמשך הצעת חוק היסוד דנה גם בגורם המוסמך להתקין תקנות שעת חירום, באופן פרסום התקנות ובביטולן. וכך נקבע בהצעת חוק היסוד:

26(א) מי שמוסמך להתקין תקנות־שעת־חירום רשאי -

(1) לקבוע בהן ענשים בשעל עבירה עליהן;

(2) להסמיך אדם הממלא תפקיד ציבורי להוציא צווים לביצוען;

(3) לתקן, לשנותן או לבטלן.

את ההצעה הזאת קידם שר המשפטים דאז, דן מרידור, שסבר כי מקומה הנכון של הסדרת מצב החירום ותקנות שעת החירום היא בחוק־יסוד: החקיקה.³⁷ הצעה זו לא התקבלה בסופו של דבר.

2. הצעות נוספות לקביעת מצב החירום ולתקנות שעת חירום

בשנת 2003, במסגרת דיוני חוקה בהסכמה רחבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יוחד דיון לסוגיית שעת החירום ולתקנות שעת חירום. בדיון זה, שהסתמך על הקבוע בסעיפים 38-39 לחוק־יסוד: הממשלה, עלתה השאלה אם ראוי לקבוע עילות מהותיות להכרזה על שעת חירום, או שמא אין לקבוע רשימה סגורה של מקרים העולים כדי שעת חירום, כדי שלא להגביל את כוחה של הכנסת

(ב) צווים שהוצאו מכוח תקנות־שעת־חירום יפורסמו ברשומות, זולת אם נקבעה בהן הוראה אחרת לעניין דרכי הפרסום.

27(א) תקנה־שעת־חירום תפורסם ברשומות.

(ב) תחילתה של תקנה־שעת־חירום ביום פרסומה אלא אם כן נקבע בה כי היא תקבל תוקף במועד אחר, ובלבד שהוראת עונשין שבה לא תחול על מעשה שנעשה לפני פרסומה.

28(א) בוטלה הכרזה על מצב חירום לפי סעיף 22(ג), בטלות תקנות־שעת־חירום שהותקנו מכוח ההכרזה.

(ב) בוטלה הכרזה על מצב חירום לפי סעיף 21(ב), יוסיפו תקנות־שעת־חירום שהיו בתוקף ערב הביטול לעמוד בתוקפן עד המועד שנקבע להן, אך לא יותר מאשר 30 ימים מיום הביטול.

(ג) פקעה הכרזה על מצב חירום, בטלות תקנות־שעת־חירום שהותקנו מכוח ההכרזה.

(ד) תקנות־שעת־חירום שתוקפן הוארך בחוק יוסיפו לעמוד בתוקפן אף שבוטלה או שפקעה ההכרזה על מצב חירום.

37 ראו לדוגמה דברי שר המשפטים דאז, דן מרידור, בישיבה מס' 368 של הכנסת ה־12 מיום 7.1.1992, בעמ' 2057.

להכריז על שעת חירום.³⁸ אשר לתקנות שעת חירום עלתה השאלה אם התקנות כפופות לפסקת ההגבלה הקיימת כיום בחוקי היסוד, או שמא יש לקבוע פסקת הגבלה מיוחדת לפגיעה בזכויות בעת חירום. בהקשר זה נקבע כי לאיסור הקיים בחוק יסוד: הממשלה לפגוע בכבוד האדם בתקנות שעת חירום תינתן משמעות צרה, והאיסור יהא רק על פגיעה בליבת הכבוד, ולא על הפרשנות הרחבה שניתנה למושג זה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כבוד כולל-כול").

לצד האמור לעיל, לא הוצע שינוי במנגנון אישור התקנות, פרט להצעה לאפשר לכל ועדה מוועדות הכנסת שהוסמכה לכך לקבל לשולחנה את תקנות שעת החירום שהתקינה הממשלה, במקום המצב הקיים בחוק יסוד: הממשלה, ולפיו התקנות שהתקינה הממשלה יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון.

עוד הוצע כי תקנות שעת חירום יפקעו כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, בהתאם לקבוע בחוק יסוד: הממשלה, אך הוצע שלא לאפשר להאריך את תוקפן בחוק, מכיוון שלא ראוי לקשור בין תקנות שעת חירום מטעם הממשלה לבין חוק מאריך מטעם הכנסת. נוסף על כך, הובהר כי אם המחוקק מעוניין בכך, הוא יכול לקבוע בחוק רגיל שההסדר הקבוע בתקנות שעת החירום הוא הסדר זמני או הסדר של קבע, במקום להאריך את תוקפן של תקנות שעת החירום.

בסופו של דבר נצמדה הצעת הוועדה לנוסח שבסעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה בדבר הכרזת מצב החירום, וערכה שינויים קלים בלבד בסעיף 39 לחוק היסוד בדבר התקנת תקנות שעת חירום, כמתואר להלן (בסוגריים מצוין נוסח הסעיף הקיים בסעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה):

התקנת תקנות שעת חירום

2(א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדה מוועדות הכנסת

שהכנסת הסמיכה לכך [יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת] סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

[...]

2(ו) תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת [אם הוארך תוקפן בחוק], אם בוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

[...]

2(ח) חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת חירום להתקיים לתקופת תוקפן אך לא יותר משישים ימים מסיום מצב החירום [תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן].

2(ט) על תקנות שעת חירום לא יחולו הוראות סעיף 8(ג) לפרק החקיקה [או: הוראות סעיפים 9(ב), 11(ב), 11(א) לפרק החקיקה].³⁹

בהצעת "חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2005 יוחד פרק למצב החירום.⁴⁰ במסמך זה הוגדרו בהגדרה מצמצמת "תנאי חירום", שרק בהתקיימם תוכל הכנסת להכריז על מצב חירום לתקופה שלא תעלה על חצי שנה. כך, נקבע כי רק אם מתקיים מצב מלחמה או "איום חמור ומיידי" על המדינה עקב אסון טבע או מפגע בריאותי, עלול להתעורר הצורך לנקוט אמצעים מיוחדים כדי לאפשר להתמודד עם מצב חירום. אם נדרשת הכרזה דחופה על מצב חירום, ועדת שעת חירום רשאית להכריז על מצב חירום לתקופה של שבעה ימים. ועדת שעת חירום תמנה 20 חברי כנסת, והייצוג יהיה, ככל הניתן, לפי יחסי

39 יוער כי סעיף 2(ט) (התוסף במסגרת דיוני הצעת חוקה בהסכמה רחבה. לפי סעיף זה, מוצע להחריג את התקנות לשעת חירום מהסעיף הקובע שבתקנות לא יוטל עונש מאסר העולה על שישה חודשים, כדי לאפשר ענישה מחמירה יותר בתקנות שעת חירום. כן הוצע לקבוע כי לא יהיה צורך לקבל אישור מראש מוועדה של הכנסת להתקין תקנות שעת חירום הקובעות עונשים בגין עבירה, וזאת להבדיל מחקיקת משנה אחרת הקובעת עונש בגין עבירה, המחויבת באישור מסוג זה.

40 ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה **חוקה בהסכמה** (2005).

הכוחות של הסיעות בכנסת. בכך תייצג הוועדה את כל סיעות הכנסת, ובכלל זה את האופוזיציה, חלף המצב הקיים בחוק יסוד: הממשלה כיום, שלפיו הממשלה רשאית להכריז על מצב חירום אם סברה כי יש לעשות כן עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת.

אשר לתקנות שעת חירום, על פי דברי ההסבר להצעה, מנגנון התקנת התקנות בנוסחו הנוכחי בסעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה פוגע בעקרונות יסוד של המשטר הדמוקרטי בדבר הפרדת רשויות, מכיוון שהוא מסמיך את הממשלה לחוקק חקיקת משנה שוות-מעמד לחקיקה ראשית, כלומר לעקוף את הכנסת. על כן מוצע לסייג מאוד את סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, כך: ועדת שעת חירום של הכנסת היא שתהא רשאית להתקין את התקנות, ולא הממשלה, וזאת רק אם הוכרז מצב חירום ואם התקנות חיוניות להגנת המדינה או הציבור או להבטחת האספקה והשירותים החיוניים. רק בנסיבות חריגות – אם ראש הממשלה ראה, לאחר שנועץ עם יושב ראש הכנסת, כי לא ניתן לכנס את ועדת שעת החירום של הכנסת וכי יש צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת חירום – יוכל ראש הממשלה להתקין תקנות שעת חירום. עוד נקבע כי התקנות אינן יכולות לשנות את הוראות החוקה, אך אפשר לפגוע בזכויות יסוד אם הדבר נעשה בהתאם לפסקת ההגבלה ואם מצב החירום מחייב זאת ואין אפשרות לפעול בדרך של חקיקה. למרות זאת, לא תותר בתקנות שעת חירום אפליה מכל סוג שהוא, לא יותר עונש מוות, ולא יותר עינויים או עבדות. תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע בתוך שלושה חודשים מיום התקנתן.⁴¹

41 להלן הנוסח המלא של סעיף הצעת "חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה העוסק בתקנות שעת חירום:

188. תקנות שעת חירום

- (א) משעה שהוכרז על מצב חירום, רשאית ועדת שעת חירום של הכנסת להתקין תקנות שעת חירום החיוניות להגנת המדינה או הציבור או לקיום האספקה והשירותים החיוניים.
- (ב) ראה ראש הממשלה, לאחר שנועץ עם יושב ראש הכנסת, כי לא ניתן לכנס את ועדת שעת חירום של הכנסת במועד הדרוש בנסיבות העניין בשל תנאי החירום, וכי קיים צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת חירום, רשאי הוא להתקינן או להסמיך שר להתקינן; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת שעת חירום של הכנסת, סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

מרגית כהן הזהירה מפני תופעת תחיקת הטלאים בדיני החירום, קרי מצב שבו מעבר לדיני החירום "האמיתיים", נוצרו סוגים נוספים של דינים – כאלה שנועדו להתמודד עם מצבי משבר מיוחדים, ואף דיני חירום שאינם קשורים כלל לתוקפה של הכרזה על קיום מצב חירום.⁴² חקיקת הטלאים טומנת בחובה כמה סכנות, ובהן הגברה של חוסר הוודאות בשיטה, וכן מתן אפשרות לממשל לקבוע הוראות מחמירות מדי בלהט האירועים, מחוץ למסגרת הרגילה של שעת החירום. כהן הציעה לקבוע הסדר כללי יחיד לעניין חקיקת חירום דחופה (כגון ההסדר הקבוע

(ג) תקנות שעת חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

(ד) תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכול אם אין הוראה אחרת בחוקה או בחוק.

(ה) אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות את הוראות החוקה, להפקיע זמנית את תוקפן או לקבוע בהן תנאים, ואולם מותר להורות בתקנות שעת חירום על פגיעה בזכויות המנויות בשער זכויות יסוד של האדם או על דחיית מועדים לפי חוקה זו, ובלבד שהפגיעה בזכויות או דחיית המועדים תהינה חוץ כדי שמירה על ערכיה של המדינה, לתכלית חיונית ולתקופה ובמידה של יעלו על הנדרש. על אף האמור לעיל, לא תותר בתקנות שעת חירום אפליה מטעמי גזע, דת, לאום, מין, עדה, ארץ מוצע, מוגבלות או מכל טעם אחר, לא יותר עונש מוות, ולא יותרו עינויים או עבדות.

(ו) אין בכוחן של תקנות שעת חירום לפגוע במעמדו החוקתי ובתפקידיו של בית המשפט העליון, לפגוע בהמשך פעולתם של מוסדות השלטון המרכזי או המקומי שהנסיבות לא גרעו מיכולתם לתפקד, למנוע פנייה לערכאות או לקבוע דין עונשי למפרע.

(ז) לא יותקנו תקנות שעת חירום אשר קובעות הוראות כאמור בסעיפים 188(ד) או (ה), ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא אם כן מצב החירום מחייב זאת, ואין אפשרות לפעול בדרך חקיקה במועד הדרוש.

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

(ט) חדל מצב החירום מהתקיים, יוסיפו תקנות שעת חירום להתקיים לתקופת תוקפן, אך לא יותר מ-60 ימים מסיום מצב החירום, ובלבד שלא יפעלו אלא להשלמת ביצועו של צו אישי שניתן לפני תום מצב החירום.

42 ראו בהקשר זה את האמור בפרק א לעיל, על המצב החוקי הקיים ודיני החירום הנוספים.

בחוקי־יסוד: הממשלה), ולצד זאת לאפשר לכנסת לחוקק מקבץ של חקיקה ספציפית שתטפל בתחומים מוגדרים. שני סוגי החקיקה יתעוררו לחיים רק לאחר הכרזה פורמלית על מצב חירום.⁴³

אריאל בנדור הציע אף הוא מתווה לרפורמה חקיקתית בנוגע להכרזה על מצב חירום. לפי הצעתו, יש לבטל את ההסדר בדבר הכרזה כללית על מצב חירום, לבטל את התניית תחולתם של חוקים שונים בהכרזה כזאת, וכן יש לחוקק חוק קוהרנטי אחד שיפרט את הסמכויות להתמודדות עם מצבי חירום פרטניים וחריגים. נוסף על כך, בנדור מכיר בכך שעלול להתעורר צורך בהול של הרשות המבצעת להתקין תקנות שעת חירום – גם אם בהסתברות נמוכה מאוד. במקרים אלו יש לדעתו להתנות את התקנת תקנות שעת חירום על ידי הרשות המבצעת באישור נציגי הכנסת והרשות השופטת, שכן ראוי שהפעלה של סמכות קיצונית כל כך תיעשה באישורן של שתי הרשויות האחרות. את אישור הכנסת יכול לתת יושב ראש הכנסת או יושב ראש ועדת החוץ והביטחון, יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט או יושב ראש ועדת הכנסת. את האישור מטעם הרשות השופטת להחלטה שיש לה השפעה עזה על זכויות האדם, יוסמכו לתת נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר שהנשיא יאצול לו את הסמכות.⁴⁴

שמעון שטרית הציע להגדיר את מצב החירום הגדרה מדויקת וצרה, לצמצם את התחומים שבהם ניתן לפעול באמצעות חקיקת שעת חירום, וכן להגביל את ההכרזה על שעת חירום למקרים חריגים (קרי למקרים שבהם יש איום על ביטחון המדינה, אסון טבע, מגפה או מפגע סביבתי רחב היקף, מלחמת אזרחים, משבר כלכלי חמור או שיבוש חמור בהספקת שירותים חיוניים). כן הוא הציע להבחין בין "מצב חירום מיוחד", המתקיים רק בעת עימות ביטחוני עם גורם חיצוני או סכנה פנימית חמורה, לבין "מצב חירום כללי". רק כאשר מתקיים "מצב חירום מיוחד" יהיה אפשר להגביל את זכויות הפרט. נוסף על כך, שטרית

43 כהן, לעיל ה"ש 30.

44 בנדור, לעיל ה"ש 8.

הציע למנוע את האפשרות להסדיר עניינים כלכליים שוטפים באמצעות חקיקה לשעת חירום.⁴⁵

בעקבות מגפת הקורונה, שבה נעשה שימוש נרחב בסמכות להתקין תקנות שעת חירום מתוך הסתמכות על ההכרזה המתמדת על שעת חירום, הציעה לילה מרגלית לבחון מחדש את מודל החירום המעוגן בחוק יסוד: הממשלה. לדבריה, במצבי חירום חמורים אמיתיים יש לתקנות לשעת חירום תפקיד מהותי, ולכן אין מקום לרוקן כלי זה מתוכן ולקבוע שניתן לעשות בו שימוש רק במצבים קיצוניים שבהם הכנסת משותקת מפאת מצב החירום עצמו. עם זאת, כדי לעשות שימוש בתקנות שעת חירום, מרגלית מציעה לקבוע כי על הכנסת להכריז על מצב חירום ספציפי, ולא להסתמך על ההכרזה המתמדת על מצב חירום ביטחוני.⁴⁶ הצעה זו – הדורשת הכרזה ספציפית על מצב החירום – התעוררה לנוכח בג"ץ עדאלה מינואר 2021 בעניין תקנות שעת חירום שהותקנו במשבר הקורונה. בפסק הדין הזה שב בג"ץ על עמדתו שלא נדרשת הכרזה נפרדת וספציפית על מצב חירום כדי להתקין תקנות לשעת חירום, ושניתן להתקין את התקנות כדי להתמודד עם משבר חריג ודחוף גם כשהכנסת אינה משותקת מפאת מצב החירום.⁴⁷

על אותו הרקע הציעו גם מרדכי קרמניצר ונדיב מרדכי לערוך רפורמה בשני מרכיבים במצב החירום המוסדר בחוק יסוד: הממשלה. ראשית, ביחס להכרזה על מצב חירום החוקרים מציעים לקבוע הגדרה למצב החירום. לדבריהם, יש הגדרה כזאת בהצעת "חוקה בהסכמה", וכן אפשר לשאוב השראה מהפרשנות לסעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. בהקשר זה, החוקרים מציינים כי יש צורך בחוק מיוחד להתמודדות עם מגפות, וכן בבחינה שיטתית יותר של הצורך בחקיקת חירום מיוחדת למצבי חירום אזרחיים, בעיקר מכיוון ששעת החירום הקיימת היא בעלת אופי ביטחוני, שאינו מתאים בהכרח

45 שמעון שטרייט "הממשלה: הרשות המבצעת - פירוש לחוק יסוד: הממשלה 643 (יצחק זמיר עורך 2018).

46 מרגלית, לעיל ה"ש 7.

47 ראו בג"ץ 5314/20 עדאלה נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 10.1.2021); מרגלית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 42.

למצבי חירום אזרחיים. לצד זאת, יש לבטל את ההכרזה המתמשכת על שעת חירום ולהכריז על שעת חירום רק כאשר הדבר נחוץ ולזמן מוגבל בלבד, ועל הכנסת לקיים דיון במצב החירום האמור.

שנית, החוקרים דנו בסמכות לקבוע תקנות לשעת חירום. לדבריהם, התקנת תקנות שעת חירום על ידי הממשלה אינה מצב רצוי, ולכן, כל עוד הכנסת יכולה לתפקד תפקוד מלא, היא שצריכה לנקוט תהליכי חקיקה שיותאמו לצורכי המצב. החוקרים מציעים כי גם במצב חריג ונדיר שבו הכנסת אינה יכולה לתפקד תפקוד מלא, יש לאמץ פתרון של "כנסת זוטא לשעת חירום", דומה להצעה שהוצעה ב"חוקה בהסכמה"⁴⁸.

3. סיכום ביניים

מרבית הצעות החוקרים לעיל בעניין שעת חירום מגדירות במפורש **מהי שעת חירום**, הגדרה הנעדרת כיום מן החקיקה בנושא. נוסף על כך, הוצעו כמה הצעות **לתיקון אופן ההכרזה על שעת חירום במקרים דחופים**, במקום המצב היום, שבו הסמכות נתונה בידי הממשלה בלבד. כך, כמה חוקרים הציעו לערב את הכנסת (גם אם בהרכב מצומצם) במקרה של הכרזה דחופה על מצב חירום. כמו כן, יש חוקרים הסבורים כי ההכרזה המתמדת על שעת חירום פסולה, וכי בעיתות חירום על הכנסת להכריז על מצב חירום ספציפי, לאחר שקיימה דיון ממצה בנושא.

48 מרדכי קרמניצר ונדיב מרדכי "שעת חירום, מצב חירום וסדר חוקתי" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (29.3.2020). הצעה המתמקדת בוועדה בעלת הרכב דומה שתבקר את סמכויות ממשלת מעבר בשעת חירום, הוצעה במאמרם של שיר גולן ושי פרבר "מלחמה בשתי זיחתו: על ממשלת מעבר וסמכויותיה במשבר הקורונה" מעשי משפט יג (2021) 258-259.

אשר לתקנות שעת חירום, חוקרים רבים סבורים כי אין לאפשר לממשלה להתקין תקנות לשעת חירום כמעט ללא פיקוח – אלא יש להביא למעורבות רבה יותר של הרשויות האחרות, ובעיקר של הכנסת, בתהליך הזה.

פרק ג

עקרונות חוקתיים לחוקת חירום מתוך מבט משווה

גם בפרק זה לא נסתפק בראייה צרה של הסוגיה הנחקרת (בקרה פרלמנטרית על תקנות שעת חירום) אלא נשקיף במבט על ובתמצית על העקרונות החוקתיים שנודונו בספרות המחקר בנושא זה.

1. המתח שבין אפקטיביות התגובה למצב החירום לבין הגנה על שלטון החוק

אחת השאלות הוותיקות ביותר במשפט החוקתי היא כיצד ניתן לאפשר לשלטון לפעול בשעת חירום – מהר, בנחרצות וביעילות – בלי שהוא יהפוך לשלטון רודני שיסיר את רסני שלטון החוק באופן קבוע ויפר את זכויות האדם. מימי הרפובליקה הרומית (שהמציאה לשם כך את משרת הדיקטטור הקצובה בזמן), דרך ימי הביניים והרנסנס, הסוגיה הזאת קדמה להקמתם של משטרים דמוקרטיים, והיא שזורה בדברי ימי הניסיונות לכונן משטרים חוקתיים, משטרים שבהם החוק מגביל את השלטון. למעשה, החשש מפני דורסנות השלטון את הכפופים לו בשעת חירום תרם לגיבוש הרעיון שיש צורך במגבלות חוקתיות על

השלטון, כגון החובה שהתגבשה בשלהי ימי הביניים לקבל את אישור נציגי העם לשם גביית מיסים, שהתחילה לא פעם באירופה כמנגנון להתמודדות עם מצב חירום.⁴⁹

בבסיס הסוגיה הזאת עומד המתח המובנה בכל משטר חוקתי, כלומר בכל משטר המוגבל על ידי עקרונות חוקתיים ועל ידי שלטון החוק: מצד אחד, בשעת חירום, כאשר אזרחי המדינה נתונים בסכנה, אנו שואפים שהשלטון יפעל באופן האפקטיבי ביותר להגנה עליהם – לשם כך הוא קיים (לפי התפיסה הדמוקרטית שבבסיס כל שלטון מדיני ניצבת האמנה החברתית שהקימה אותו),⁵⁰ וירכז את הכלים ואת הידע הטובים ביותר במדינה לשם כך. שאיפה זו מתמרצת את רשויות השלטון לצמצם את הבלמים הרגילים הכרוכים בהענקת סמכויות שלטוניות לרשות המבצעת, והרשות המבצעת מתמרצת להפעיל מייד את הסמכויות הנתונות לה.⁵¹ מצד שני, יש חשש שהסרת הבלמים הרגילים לא תשמש את הרשות המבצעת רק לשם הגנה על האזרחים בעת חירום אלא גם לשם קידום אינטרסים לא ענייניים, או תהיה אמתלה להאדרת כוחה הקבוע של הרשות המבצעת על חשבון האיזונים והבלמים הנחוצים בשגרה ועל חשבון זכויות האדם.⁵²

49 לעיון בהסדרים שנהגו בנושא ברפובליקה הרומית, ראו Marcus Tullius Cicero, *On the Republic*, in *ON THE REPUBLIC AND ON THE LAWS* 265 (1928); CLINTON L. ROSSITER, *CONSTITUTIONAL DICTATORSHIP: CRISIS GOVERNMENT IN THE MODERN DEMOCRACIES* 15–28 (1948). לעיון בהסדרים שנהגו בנושא בימי הביניים, ובמיוחד בשזירתם בחובה להשיג את אישור נציגי העם לשם גיוס מיסי חירום, ראו Guy Lurie, *Medieval Emergencies and the Contemporary Debate*, 1 *ATHENS JOURNAL OF LAW* 53 (2015). לעיון בהגות בנושא בתקופת הרנסנס, הגות שהתבססה על רעיונות של *raison d'État* בצד תחיית רעיונות רפובליקניים רומיים, ראו Guy Lurie, *What is Modern in the State of Exception*, 8 *JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW* 50 (2017).

50 THOMAS HOBBS, *LEVIATHAN* ch. 18 (1994) [1651]

51 או כל רשות שלטון אחרת המקבלת ומפעילה סמכויות חירום ביצועיות, שיפוטיות או חקיקתיות. ראו דוגמה Claire Wright, *Going beyond the Roman Dictator: A Comprehensive Approach to Emergency Rule, with Evidence from Latin America*, 19 (4) *DEMOCRATIZATION* 713 (2012).

52 הספרות בנושא החששות מפגיעה בשלטון החוק ובעקרונות חוקתיים במצב חירום נפנה. ראו דוגמה RICHARD ALBERT & YANIV ROZNAI (eds.), *CONSTITUTIONALISM*

חשש זה עולה במיוחד בעידן זה של נסיגה דמוקרטית,⁵³ כשיש חשש שהשלטון יעשה זאת מטעמים כוחניים או פופוליסטיים, אבל למעשה הוא קיים תמיד, בשל נטייה טבעית של השלטון לנקוט צעדים מוגזמים בהתמודדות עם מצבי חירום. כפי שהסביר אורן גרוס: "בזמנים כאלה הפיתוי להתעלם מחירויות חוקתיות – בשיאו, ואילו האפקטיביות של איזונים ובלמים מסורתיים – בשפל".⁵⁴ למעשה, מדובר בהקצנה של הבעיה העומדת בבסיס כל העיצוב החוקתי של סדרי השלטון בכל מדינה שיש בה משטר חוקתי דמוקרטי, והיא, כפי שהסביר ז'אן ז'אק רוסו, עיצוב ההתאגדות הפוליטית כדי שתגן באפקטיביות הרבה ביותר על האזרחים בלי לפגוע בחירותם.⁵⁵

2. חובנות על התמודדות עם מצב חירום בלי לפגוע בשלטון החוק

מדינות נוקטות אמצעים שונים כדי לאפשר לרשויות השלטון להתמודד מהר, בנחרצות וביעילות עם מצב חירום, מצד אחד, וכדי להבטיח את שלטון החוק, את הייצוגיות הדמוקרטית של הרשות המתמודדת עם מצב החירום, את האיזונים

UNDER EXTREME CONDITIONS: LAW, EMERGENCY, EXCEPTION (2020); GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION (trans. Kevin Attell, 2005)

53 ראו לדוגמה Anna Lührmann and Bryan Rooney, *Autocratization by Decree: States of Emergency and Democratic Decline* (V-Dem Institute Working Paper, April 2020)

54 Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?*, 112 YALE L.J. 1011, 1027 (2003). החרגום שלנו.

55 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, DU CONTRAT SOCIAL I-6, 182 (Folio essais, 2010) [1762] ("Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même ("et reste aussi libre qu'auparavant

והבלמים ואת זכויות האדם, מצד שני.⁵⁶ הכתיבה בנושא זה ענפה, ויש דעות רבות בדבר הדגם הנכון ביותר.⁵⁷ אחת ההבחנות בספרות המחקר היא שניתן להתמודד משפטית עם מצב החירום באמצעות דגם חוקי, כלומר באמצעות חוק כללי העוסק במצבי חירום, או באמצעות חוקים פרטניים הנחקקים ונתפרים במיוחד למידותיהם של מצבי חירום מסוימים (כמו חוק הקורונה, שנסקר לעיל), או שאפשר להתמודד עם מצבי חירום מראש באמצעות עקרונות כלליים הקבועים בחוקה (כזה הוא ההסדר בסעיפים 38–39 לחוק יסוד: הממשלה).⁵⁸ כפי שמראה גם המצב המשפטי בישראל – שנסקר לעיל (ראו פרק א) – בפועל מדינות משלבות בין הדגמים האלה.⁵⁹

אפשר לאפיין את ההסדרה החוקתית או החוקית של מצבי חירום על פי אופי סמכויות החירום החורגות מהסמכויות הרגילות: סמכויות ביצועיות, חקיקתיות או שיפוטיות.⁶⁰ הסוגיות הקריטיות להגנה על שלטון החוק באמצעות הגבלת סמכויות החירום האלה נוגעות בדרך כלל לשאלות האלה: מי מכריז על מצב החירום המאפשר את הפעלת סמכויות החירום? באילו תנאי חירום ראשי בעל סמכות זו להכריז על מצב חירום? מי מפעיל את סמכויות החירום? מי מכריז

Christian Bjørnskov & Stefan Voigt, *The Architecture of Emergency Constitutions*, 16 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 101 (2018); OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE (2006); John A. Ferejohn & Pasquale Pasquino, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, 2 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 210 (2004)

William E. Scheuerman, *Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11*, 14 (1) THE JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 61 (2006); David Cole, *The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*, 113 YALE L.J. 1753 (2004); Bruce Ackerman, *The Constitution's Blind Spot*, 113 YALE LAW JOURNAL 1029 (2004), לעיל ה"ש 54.

Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 56, בעמ' 215.

59 וראו פרק ד להלן; מרכז מינררה לחקר שלטון החוק במצבי קיצון משפט ומצבי חירום: מבט משווה (2014).

60 Wright, לעיל ה"ש 51; מרכז מינררה, לעיל ה"ש 59.

על סיום מצב החירום? מי בעל הסמכות לפקח על חוקיות ההכרזה על מצב החירום ועל חוקיות השימוש בסמכויות החירום לסוגיהן (חקיקתיות, ביצועיות ושיפוטיות)? ומהי ההגנה על זכויות האדם בשעת חירום?⁶¹

תובנה מקובלת שאומצה בישראל בהסדר הקבוע בחוקי־יסוד: הממשלה היא שלמען שמירה על שלטון החוק חשוב להפריד בין בעל הסמכות להכריז על מצב חירום (בישראל, כאמור לעיל, סמכות זו מופקדת בידי הכנסת), לבין בעל הסמכות להפעיל את כוחות החירום (בישראל, כאמור לעיל, סמכות זו מופקדת בידי הממשלה).⁶² מדינות עושות שימוש גם בבלמים נוספים לשם הגנה על שלטון החוק ועל זכויות האדם במצב חירום: לעיתים הן מפרטות מראש את תנאי החירום שרק בהם ניתן להכריז על מצב חירום, הן מגבילות את משך הזמן של מצב החירום (מבחינה מעשית, ישראל, כמו מדינות אחרות, מתקשה ליישם כלל זה),⁶³ ולעיתים הן מעניקות הגנה על זכויות בשעת חירום (כגון דרישה למידתיות הפגיעה), ואפילו מקנות להן הגנה מיוחדת, כגון איסור מוחלט מפני גריעה של זכויות מסוימות בשעת חירום (יש קולות בספרות המחקר המפקקים באפקטיביות של הגנה זו).⁶⁴

השאלה שבה אנו מתמקדים במחקר זה היא איזו בקרה יש להפעיל על הפעלת סמכויות החירום, ובעיקר על סמכויות החירום החקיקתיות (להבדיל מהפעלת סמכויות החירום הביצועיות, שעליהן מופעלת בדרך כלל ביקורת שיפוטית). לעיתים מנסחים את השאלה הזאת כך: האם לפטור את מי שמפעיל את סמכויות החירום מבקרה במהלך התהליך (לאחר שהוסמך להפעיל את סמכויות החירום), ולהפעיל בקרה עליו רק לאחר מעשה? או האם יש צורך בבקרה אפקטיבית גם

61 למאפיניים אלו ראו Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 56, בעמ' 230; Bjørnskov and Voigt, לעיל ה"ש 56, בעמ' 106; מרכז מינרווה, לעיל ה"ש 59.

62 Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 56, בעמ' 230. ראו גם מרגלית, לעיל ה"ש 7.

63 מרכז מינרווה, לעיל ה"ש 59, בעמ' 8.

64 David L. Richards & K. Chad Clay, *An Umbrella with Holes: Respect for Non-Derogable Human Rights during Declared States of Emergency, 1996-2004*, 13 Hum. Rights Rev. 443 (2012)

במהלך מצב החירום? יש מדינות שבהן יש בקרה פרלמנטרית גם בעיצומו של מצב החירום.⁶⁵ אולם לא פעם כדי להתמודד באפקטיביות עם מצב החירום, יש נטייה לוותר על בקרה במהלך מצב החירום. ואומנם, אחת ההבחנות של ספרות המחקר ההשוואתית היא שבחוקות מודרניות מסתמנת נטייה לתת יותר ויותר סמכויות חירום בלתי מבוקרות לרשות המבצעת.⁶⁶ אולם אחד הקשיים בויתור על בקרה זו הוא שבמקרים מסוימים, כמו בישראל, מצב החירום נעשה שגרתי וקבוע, ואף יש הטוענים כי מדינות מאמצות את הפיקציה של מצב החירום לשם הממשל הרגיל שלהם,⁶⁷ במיוחד על רקע נסיבותיהם של מצבי החירום המודרניים (כגון מאבק בטרור),⁶⁸ או בעתיד הקרוב – על רקע מצבי חירום אקלימיים שייעשו קבועים גם הם.⁶⁹ אם כן, יש כשל במנגנון הבקרה המפריד בין הגורם המוסמך להכריז על מצב החירום, לבין הגורם המוסמך להפעיל את סמכויות החירום, שעליו הסתמכו חוקות בנטייה לוותר על בקרה פרלמנטרית במהלך מצב החירום. במילים אחרות, בעקבות הפיכת מצב החירום לשגרתי (כמו בהכרזה המתמדת בישראל), אין למעשה ערך לריסון הפרלמנטרי של סמכויות החירום של הממשלה באמצעות ההפרדה בין הגורם המוסמך להכריז על מצב החירום לבין הגורם המוסמך להפעיל את סמכויות החירום (הפרדה הקבועה בישראל בסעיף 38 לחוק־יסוד: הממשלה). לכן ההחלטה לוותר על רוב הבקרה הפרלמנטרית על סמכויות אלו תוך כדי מצב החירום (שהתקבלה בישראל בסעיף 39 לחוק היסוד, והותירה בקרה פרלמנטרית רק באמצעות הנחת התקנות על שולחן ועדת החוק והביטחון של הכנסת) היא בעייתית עוד יותר. וגם אם תיפסק ההכרזה המתמדת בישראל, תיוותר בעייתיות משום שמדינות בעולם עוברות

65 Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 56, בעמ' 216; Bjørnskov and Voigt, לעיל ה"ש 56, בעמ' 110 ו-116.

66 Bjørnskov & Voigt, לעיל ה"ש 56, בעמ' 125.

67 רב השפעה במיוחד הוא הדיון של Agamben, לעיל ה"ש 52, בעמ' 85-87.

68 ראו לדוגמה Ackerman, לעיל ה"ש 57. לדיון ביקורתי בטיעון זה, ראו Mark Neocleous, *The Problem with Normality: Taking Exception to "Permanent Emergency"*, 31 (2) ALTERNATIVES: GLOBAL LOCAL, POLITICAL 191 (2006).

69 כפי שהציע להכריז מזכ"ל האו"ם. ראו Fiona Harvey, *UN Secretary General Urges all Countries to Declare Climate Emergencies*, THE GUARDIAN (12.6.2020).

יותר ויותר לפרדיגמה של מצב חירום קבוע ולשליטה באמצעות מנגנוני חירום, המחזקים את ההצדקה לחזק את הבקרה הפרלמנטרית על הפעלת סמכויות החירום במקום הבקרה הגלומה בהכרזה.

כאמור, ניתן לכוון בחוקה עקרונות חוקתיים, כגון איסור על פגיעה בלתי מידתית בזכויות ואיסור גריעה של זכויות, ולהיעזר בביקורת השיפוטית לשם שמירה עליהם, הן בעת הפעלת סמכויות החירום הביצועיות. אולם אחת התובנות העגומות של ספרות המחקר היא שבתי משפט מתקשים לבקר את הרשות המבצעת בשעת חירום ביקורת שיפוטית אפקטיבית, משום שגם הם "מתגייסים" למאמץ הלאומי להיאבק במצב החירום, ולכן הם מכשירים צעדי חירום פסולים ומדרדרים את המשפט למשפט.⁷⁰ כלומר, הביקורת השיפוטית בימי חירום אינה מצליחה להחליף את הבקרה הפרלמנטרית.

3. אחת המסקנות מתקופת המאבק במגפת הקורונה - חשיבות הבקרה הפרלמנטרית

תקופת ההתמודדות עם מגפת הקורונה המחישה את הסכנות לשלטון החוק הגלומות במצבי חירום, ובכמה מדינות נקטה הרשות המבצעת צעדים בלתי ענייניים.⁷¹ ראשית, הצעדים הפוגעניים האלה נבעו לא פעם מתגובת יתר לסיכוני

70 לדוגמה Gross, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1034. הדוגמה הפרדיגמטית לחופעה זו היא פסק הדין של בית המשפט העליון בארצות הברית שהכשיר את הגבלת חירותם של אזרחים אמריקניים על שום מוצאם היפני במהלך מלחמת העולם השנייה. ראו *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

71 ובהן, לפי הנטען, ישראל. ראו מאיה מארק "פתרונות חדשים לבעיה ישנה? פוליטיזציה של מצבי חירום בראי משבר הקורונה העולמי" **משפט וממשל** כד (2022) 17.

המגפה, בלא הסתמכות על נתונים ועובדות.⁷² מעבר לכך, בכמה מדינות הייתה פגיעה מוגזמת בזכויות אדם, ולעיתים פגיעה מוגזמת זו נבעה מ"ניצול הזדמנות" של משטרים אוטוריטריים (כגון בסין ובקובה), או שימשה אמתלה בידי משטרים שבהם מתרחש גם כך תהליך של נסיגה דמוקרטית (כגון הונגריה ופולין). במסגרת זו נקטו הממשלים האלה צעדים שהאדירו את כוח הרשות המבצעת, בכמה מקרים באופן קבוע, על חשבון האיזונים והבלמים, שלטון החוק וזכויות האדם.⁷³

דרך ההתמודדות עם מגפת הקורונה מאששת לעיתים מחקרי עבר שנערכו בנושא מצב חירום, ולעיתים מאתגרת אותם. לדוגמה, אחת התובנות המתיישבת עם מחקרי עבר נוגעת לאופייה של חקיקת החירום, ולפיה גם את חקיקת הקורונה יש לשאוף להגביל בזמן, בנסיבות ובתחולה, להפרידה מחקיקה רגילה ולחזור לשגרה כמה שיותר מהר.⁷⁴ מסקנה נוספת שאפשר להסיק מאמצעי הבקרה המשפטית

72 Sweta Hakraborty, *How Risk Perceptions, Not Evidence, Have Driven Harmful Policies on COVID-19*, 11 EUROPEAN JOURNAL OF RISK REGULATION 239 (2020). וראו את הביקורת שהביע בעניין זה בית המשפט העליון בנושא ההגבלות שהוטלו על הפגנות בישראל, בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית - ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (אחר בית המשפט העליון, 4.4.2021).

73 Paul Blokker, *Populism, COVID-19, and the Rule of Law: The Cases of Hungary and Poland*, 15 POLITICS: RIVISTA DI STUDI POLITICI 131 (2021); Kerim Can Kavaklli, *Populist Governments and Democratic Backsliding during the Covid-19 Pandemic* (6.10.2020); Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic* (U of Chicago, Public Law Working Paper No. 747, July 26, 2020); Ittai Bar-Siman-Tov, *Covid-19 Meets Politics: the Novel Coronavirus as a Novel Challenge for Legislatures*, 8 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 11, 27 (2020) גרוס "יכמו חלום בלהה דיסטופי: זכויות אדם, דמוקרטיה, פוליטיזציה וביטחוניזציה של הבריאות במשפט החוקי והגלובלי בצל משבר הקורונה" **משפט וממשל** כד (בהכנה). לסקירה של מדינות שהכריזו על מצבי חירום ועל הצעדים שנקטו ואיימו לחזק באופן מוגזם ובלתי דמוקרטי את הרשות המבצעת, ראו Joelle Grogan, *Introduction & List of Country Reports*, VERFBLOG (6.4.2020)

74 Ronan Cormacain, *Keeping Covid-19 Emergency Legislation Socially Distant from Ordinary Legislation: Principles for the Structure of Emergency Legislation*, 8 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 345 (2020)

על צעדי החירום אינה חדשה, והיא שיש להפריד בין בעל הסמכות להכריז על מצב החירום, לבין הגורמים המפעילים את סמכויות החירום (בתקופת הקורונה, לא פעם היה מדובר באנשי בריאות).⁷⁵ נוסף על כך, למרות התובנות הישנות, לנוכח אופיו הבריאותי של מצב החירום הזה, נטען כי בתי המשפט הצליחו דווקא לא פעם להפעיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית מאוד.⁷⁶ ואכן, כפי שאנחנו מראים גם בפרק ד, בתי משפט הצליחו לבלום צעדי חירום שפגעו פגיעה בלתי מידתית בזכויות. כך היה לדוגמה בגרמניה,⁷⁷ בצרפת,⁷⁸ בספרד⁷⁹ ובצ'כיה.⁸⁰ ובכלל, כמה מדינות, כגון בריטניה, הכריזו גם במהלך המשבר על מחויבותן לזכויות אדם.⁸¹ מנגד, חוקרים אחרים, כגון אייל גרוס, הראו שגם מצב חירום זה עבר תהליך של "ביטחוניזציה" שהקשה על בתי המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית, הן על הכלים שהרשות המבצעת עשתה בהם שימוש (הפעלת השב"כ, הצבא,

Eric L. Windholz, *Governing in a Pandemic: From Parliamentary Sovereignty to Autocratic Technocracy*, 75 שם, בעמ' 93.

Ginsburg & Versteeg, *לעיל* ה"ש 73. לעוד מסקנות בדבר ביקורת שיפוטית במצב חירום זה, ראו Patricia Popelier, Bjorn Kleizen, Carolyn Declerck, Monika Glavina & Wouter van Dooren, *Health Crisis Measures and Standard for Fair Decision-Making: A Normative and Empirical-Based Account of the Interplay Between Science, Politics and Courts*, 12 EUROPEAN JOURNAL OF RISK REGULATION 618 (2021)

Laura Hering, *Covid-19 and Constitutional Law: The Case of Germany*, 77 *in COVID-19 AND CONSTITUTIONAL LAW* 155-156 (José Ma. Serna de la Garza ed., 2020)

Bénédicte Fauvarque-Cosson, *How did French Administrative Judges Handle Covid-19*, CORONA VIRUS AND THE LAW IN EUROPE (Ewoud Hondius, Marta Santos Silva, Andrea Nicolussi, Pablo Salvador Coderch, Christiane Wendehorst & Fryderyk Zoll eds., Intersentia Online 2020)

Fernando Heller, *Second State of Alarm also Unconstitutional, Says Spain's Highest Court*, EURACTIV (28.10.2021)

Zuzana Vikarska, *Czechs and Balances - If the Epidemiological Situation Allows...*, VERFBLOG (20.5.2020)

Merris Amos, *Covid-19 and Constitutional Law in the United Kingdom*, *in COVID-19 AND CONSTITUTIONAL LAW* 199, 200 (José Ma. Serna de la Garza ed. 2020)

המוסד ושימוש בתקנות שעת חירום), הן על אופן הפעלת הביקורת השיפוטית של בית המשפט (שכמו גישתו בהקשרים ביטחוניים, נקט גישה של איזון אופקי בין זכויות שנפגעו בעקבות צעדי הממשלה לבין הזכות לחיים, במקום איזון אנכי בין זכויות לבין אינטרס בריאות הציבור), וכי המשבר הביא לפגיעה מוגזמת בזכויות אדם.⁸²

אחת התובנות החשובות ממשבר הקורונה היא שלא תמיד חייב להיות מתח בין בקרה פרלמנטרית (וביקורת שיפוטית) לבין האפקטיביות של ההתמודדות הממשלתית עם מצב החירום. בקרה פרלמנטרית הייתה חשובה לשם הגנה על שלטון החוק במצב החירום שנבע מהמגפה, ומנעה לדעת חוקרים אחדים גידול יתר של כוח הרשות המבצעת (לדוגמה בצ'כיה).⁸³ אולם מעבר לכך, כפי שהסביר יאן פטרוב, במשבר הקורונה סייעה הבקרה הפרלמנטרית, באמצעות הדיון הפרלמנטרי והציבורי, לשפר את צעדי החירום שממשלות ביקשו להוציא אל הפועל, וכך להפוך אותם לאפקטיביים יותר ולמבוססי עובדות ונתונים. אומנם הידע המקצועי היה בידי הרשות המבצעת (מה שעודד ברחבי העולם צמיחה של "ממשל של מומחי בריאות"), אולם הצורך של נציגי הרשות המבצעת להצדיק בפני הפרלמנט את הצעדים המוצעים על ידם, להסבירם ולבססם, חיזק את הלגיטימציה של צעדי החירום בעיני הציבור, מנע שגיאות ותגובות יתר, ובעקבות זאת גם הבטיח ציות ציבורי רב יותר לצעדי החירום ואפקטיביות רבה יותר שלהם.⁸⁴ אלנה גריגליו עמדה גם היא על חשיבות הבקרה הפרלמנטרית

82 גרוס, לעיל ה"ש 73. לביקורת נוספת על אפקטיביות הביקורת השיפוטית בתקופת הקורונה בישראל, ראו מיאסאנה מוראני תפקוד בג"ץ במצבי חירום: קריאה בהחלטות בית המשפט העליון בתחילת משבר הקורונה (עדאלה, אוגוסט 2021).

Zuzana Vikarská, *Czechs and Balances – One Year Later*, VERFBLOG 83 (30.3.2021)

84 Jan Petrov, *The Covid-19 Emergency in the Age of Executive Aggrandizement: What Role for Legislative and Judicial Checks?* 8 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 71 (2020). לכתיבה על חשיבות הפעילות הפרלמנטרית בתקופה זו, ראו גם Charmaine Rodrigues, *Legal Approaches to Responding to Emergencies: Covid-19 as a Case Study*, 6 CONSTITUTIONAL ;INSIGHTS (Melbourne Forum on Constitution-Building, September 2021); Bar-Siman-Tov, לעיל ה"ש 73.

בתקופת משבר הקורונה, מטעמים דומים, והצביעה על כך שפרלמנטים עשו זאת באמצעות מעורבות בחקיקת חירום (בין בחקיקת חוקי חירום מיוחדים בין באימוץ בחוק של צעדי חירום ממשלתיים), וכן באמצעות מנגנוני בקרה לא חקיקתיים (כגון שימועים, הקמת ועדות חקירה וכד').⁸⁵ חוקרים נוספים עמדו על הצורך במנגנונים פרלמנטריים המאפשרים לבטל או לתקן בתוך ימים ספורים צעדי חירום ממשלתיים (מנגד נטען שמנגנוני הביטול האלה עלולים לתרום לאיזודאות במצב החירום במקרים מסוימים; אבל ברור שלכל הפחות יש צורך בדיון פרלמנטרי), או במנגנונים המאפשרים לוועדה פרלמנטרית לפקח על הצעדים הממשלתיים בזמן אמת.⁸⁶ במקומות שבהם לא נערכו די דיונים פרלמנטריים בצעדי החירום הממשלתיים הובעה על כך לא פעם ביקורת ציבורית, לדוגמה בגרמניה,⁸⁷ בבריטניה,⁸⁸ בסלובקיה⁸⁹ ובקנדה.⁹⁰ באוסטרליה, לנוכח התחושה שיש צורך מוגבר בבקרה פרלמנטרית, הקים הסנאט ועדה לבחינת תגובת הממשל למגפה.⁹¹

Elena Griglio, *Parliamentary Oversight under the Covid-19 Emergency: Striving against Executive Dominance*, 8 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 49 (2020)

86 Windholz, לעיל ה"ש 75, בעמ' 112.

87 Volker Witting, *Is the Coronavirus Pandemic Undermining German Democracy?* DW (21.10.2020); Anna Katharina Mangold, *Germany and COVID-19: A Most Eventful Year*, VERFBLOG (7.4.2021)

88 Stephen Tierney & Jeff King, *The Coronavirus Bill*, U.K. CONST. L. BLOG (24.3.2020)

89 Tomáš Lalík, *Leaving the Rule of Law Behind: How Slovakia is Fighting Against COVID-19 Without Legality*, INT'L J. CONST. L. BLOG (9.12.21)

90 David Dyzenhaus, *Canada the Good?*, VERFBLOG (6.4.2020)

91 ראו פרק ד.

4. סיכום ביניים

כאמור, הדילמה של מכונני חוקות, כיצד לאפשר לרשות המבצעת (שהיא בעלת הכלים, היכולת והידע), להתמודד עם מצבי חירום מהר, בנחרצות ובאפקטיביות בלי לוותר על שלטון החוק, היא סוגיה ותיקה מאוד. ההתמודדות עם מגפת הקורונה חידדה את חשיבות הבקרה הפרלמנטרית על צעדי החירום הממשלתיים. להבדיל מתפיסה שהייתה מקובלת בעבר שבקרה פרלמנטרית פוגעת בהכרח ביעילות ובמהירות צעדי החירום הממשלתיים אבל היא נחוצה במידה כזאת או אחרת לשם שמירה על שלטון החוק ועל זכויות האדם, התחדדה התובנה שלבקרה פרלמנטרית יש חשיבות גם לשם שמירה על הלגיטימציה של הצעדים הממשלתיים (וכך לשם הציות הציבורי להם) ועל ההקפדה שיהיו מבוססים על נתונים ויהיו האפקטיביים ביותר.

פרק ד

התמודדות משפטית עם מצב החירום בזמן הקורונה - סקירה בינלאומית

בפרק זה מוצגות הדרכים שבהן התמודדו כמה מדינות עם האתגרים החוקיים של מגפת הקורונה, מתוך התמקדות בניסיונות לשמור על שלטון החוק בשעת החירום. כאמור לעיל, ישראל עשתה שימוש בתחילה בהסדר חוקתי כללי (הקבוע בחוקי־יסוד: הממשלה), ולאחר מכן בחוק מסגרת ספציפי להתמודדות עם מגפת הקורונה. על כן, כדי להקל על ההשוואה לישראל, הבחנו בין מדינות שהסתמכו על חוק מסגרת

חדש להתמודדות עם מגפת הקורונה, לבין מדינות שהסתמכו על חקיקת חירום קיימת. בכל קטגוריה השתדלנו לבחור מדינות מגוונות מבחינת שיטת המשפט (שיטות משפט מקובל או קונטיננטלי) ומבחינת הפריסה הגאוגרפית.

1. מדינות שהסתמכו על חוק קורונה חדש

ברזיל

חוקת ברזיל מזכירה מצבי חירום רק בהקשר של הגנה על המדינה או על מוסדותיה הדמוקרטיים, ואין בה עיסוק במצבי חירום בריאותיים. ואכן, בתקופת המגפה לא הוכרזו בברזיל מצבי חירום כאלה. למעשה, אף שהיו בברזיל חוקים שעניינם בריאות הציבור וכדומה, לא היה בנמצא כלי משפטי כולל שיתמודד עם מגפה בסדר גודל של מגפת הקורונה. לכן קיבל הקונגרס הלאומי בברזיל את חוק 13,979, שאושר ב־6 בפברואר 2020 למטרה זו. החוק הזה הוא שקבע את האמצעים שהמשלה יכולה לאמץ כדי להתמודד עם המגפה למשך מצב החירום הרפואי המוזכר בחוק, והטיל את האחריות לכך על שר הבריאות.⁹² על רקע מה שנתפס כהיעדר פעולה נחושה דיה מצד המשל הפדרלי, שמיעט לפרסם צווים שלטוניים בנושא, ועל רקע מתחים בהקשר זה בין המדינות לבין המשל הפדרלי, פירש בית המשפט העליון הפדרלי בברזיל כמה פעמים את החוק פרשנות המשמרת את סמכויותיהם של מושלי המדינות וראשי הערים בעניינים האלה. בעקבות זאת תיקן הקונגרס הלאומי את החוק וחיצק את האופי הפדרלי של ההתמודדות עם המגפה.⁹³ עם זאת, לנוכח ההתנגדות המתמשכת של נשיא ברזיל לנקיטת צעדים מיוחדים להתמודדות עם המגפה, רוב הצעדים ננקטו ברמה המדינתית.⁹⁴ הקונגרס הלאומי הפעיל פיקוח מסוים על החלטות המשלה באמצעות הכנסת תיקונים לחקיקה שהתגבשה בממשלה

92 Marcelo Figueired, *Covid-19 and the Brazilian Reaction*, in COVID-19 AND CONSTITUTIONAL LAW, לעיל ה"ש 77, בעמ' 41.

93 Emilio Peluso Neder Meyer & Thomas Bustamante, *COVID-19 in Brazil: A Sick Constitutional Democracy*, VERFBLOG (22.2.2021)

94 Octavio Luiz Motta Ferraz, Danielle Rached, Deisy Ventura, Conrado Hubner Mendes & Marco Antônio Moraes Alberto, *Brazil: Legal Response to Covid-19*, in THE OXFORD COMPENDIUM OF NATIONAL LEGAL RESPONSES TO COVID THE OXFORD (להלן: Jeff King & Octavio LM Ferraz et al. eds., 2021) 19 (COMPENDIUM)

ולצווים שלטוניים. ברמה המדינתית, חלק מן המדינות חוקקו חוקים עצמאיים שהקשיחו את הצווים והחוקים שחוקקו ברמה הפדרלית.⁹⁵

מעבר לפיקוח הזה הופעל בברזיל גם פיקוח בדיעבד: דוח של ועדת חקירה של הסנאט קבע כי נשיא ברזיל, ז'איר בולסונרו, ו־77 אחרים, בהם גם שרים בממשלה, ביצעו פשעים נגד האנושות בדרך שבה התמודדו עם המגפה. הדוח קבע כי הנשיא, בצעד מפוקפק מבחינה מדעית, חשף בכוונה את אזרחי ברזיל להדבקה המונית במחלה בניסיון להשיג חסינות עדר. דוח זה אושר בוועדת הסנאט לחקירת המגפה, אך ההערכות היו כי הנשיא לא יועמד לדין בגין קביעות אלו.⁹⁶

בריטניה

בבריטניה ישנם כמה חוקים רלוונטיים המאפשרים לממשלה להתקין תקנות חירום. אחד החוקים האלה הוא ה־Civil Contingencies Act 2004, המאפשר לממשלה להתקין תקנות חירום בלא צורך בהכרזה על מצב חירום, גם בענייני בריאות. די בכך שקיים מצב חירום ושנחוץ להתקין את התקנות.⁹⁷ את תקנות החירום יש להניח בפני הפרלמנט מייד, ואם הפרלמנט לא אישר אותן, הן פוקעות בתוך שבעה ימים. נוסף על כך, הן חלות רק ל־30 ימים, ואחר כך יש להתקין מחדש. עם זאת, ממשלת בריטניה לא עשתה שימוש בסמכות זו.⁹⁸ במקום זאת

95 ש.ם.

96 THE ECONOMIST, *Jair Bolsonaro is Accused of Crimes Against Humanity in Brazil* (23.10.2021); Brett Wilkins, *Brazil Senate Panel Backs Indictment of Bolsonaro for "Terrifying" Covid-19 Crimes*, COMMON DREAMS (27.10.2021)

97 בנדור, לעיל ה"ש 8; לילה מרגלית "סמכויות חירום ובקרה פרלמנטרית במשבר הקורונה: סקירה משווה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (7.5.2020); Ronan Cormacain, *Keeping Covid-19 Emergency Legislation Socially Distant from Ordinary Legislation: Principles for the Structure of Emergency Legislation*, 8 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 245, 247 (2020)

98 Paul F. Scott, *Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: The United Kingdom*, VERFBLOG (21.3.2020)

חוקקה בריטניה בהליך מזורז את ה־Coronavirus Act 2020. מדובר בחוק ארוך ומורכב, שבין היתר מציין מערכות בחירות מקומיות שיידחו לנוכח המגפה, וכן מעניק לשרי הקבינט את האפשרות לדחות בחירות מקומיות ומשאליו עם. עוד ניתנה לשרי הקבינט הסמכות לסגור בתי ספר ולאסור על התכנסויות. החוק קבע כי הפרלמנט יכול לבטל את הצעדים האלה. חוק זה נוסח כחוק זמני לשנתיים, וכן נקבע בו הצורך בבקרה פרלמנטרית תקופתית במהלך התקופה הזאת כדי לבדוק את המשך נחיצותו.⁹⁹ נוסף על פיקוח פרלמנטרי זה, ביוני 2020 מינה בית הלורדים ועדת קורונה, שמטרתה הייתה לבחון את ההשלכות הכלכליות והחברתיות ארוכות הטווח של המגפה.¹⁰⁰

אף שגורמים מסוימים לחצו על הממשלה להכריז על חריגה מהאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) ומחוק זכויות האדם של בריטניה כדי להכשיר את החוק הזה, הכריזה הממשלה שהיא מחויבת להגנה על זכויות אדם גם בשעת חירום ולא הכריזה על חריגה. כך, נשמרו ההגנה של חוק זכויות האדם וההגנה של האמנה האירופית – גם בפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם.¹⁰¹

כמו כן, אף שחוק הקורונה הבריטי רחב יריעה ומקנה סמכויות רבות לממשלה, והיא עשתה בו שימוש נרחב, עם הזמן השתמשה הממשלה הבריטית גם בחוקי חירום נוספים להתקנת תקנות חירום, ובמיוחד במקבילה הבריטית לפקודת בריאות הציבור, ה־Public Health (Control of Diseases) Act 1984. חוק זה חל באנגליה ובווילס; בחלקיה האחרים של הממלכה המאוחדת, נעשה שימוש בחוקים מקבילים.¹⁰² חוק זה אינו כולל הליך מיוחד להכרזה על מצב חירום בריאותי, אך הוא מאפשר לקבוע "פרוצדורת חירום", שדרכה הממשלה יכולה

99 Cormacain, לעיל ה"ש 97, בעמ' 249.

100 Jeff King & Natale Byrom, *United Kingdom: Legal Response to Covid-19*, in THE OXFORD COMPENDIUM, לעיל ה"ש 93.

101 Amos, לעיל ה"ש 77, בעמ' 199, 200.

102 Cormacain, לעיל ה"ש 97, בעמ' 256.

לקבל החלטות בלי אישור מוקדם של הפרלמנט. עם זאת, תוקפם של הצעדים האלה פג אם הפרלמנט אינו מאשר אותם בתוך 28 יום.¹⁰³

גרמניה

בחוק היסוד הגרמני יש הוראה המקנה סמכויות חירום לממשל הפדרלי, בין היתר, במקרה של אסון טבע המשפיע על יותר ממדינה (Land) אחת בגרמניה.¹⁰⁴ הוראה זו לא הופעלה במשבר הקורונה. במקומה הפעילו הרשויות חוק להתמודדות עם מחלות משנת 2000, החוק להגנה מהידבקות (להלן: חוק המגפות).¹⁰⁵ חוק זה מתבסס על סעיף 74(1)(19) לחוק היסוד הגרמני, המעניק למחוקק הפדרלי סמכויות חקיקה בעניין מניעת מחלות. חוק המגפות הופעל ושימש את המדינות בגרמניה כדי לפרסם ולהפעיל תקנות למיניהן (רבות מהן זמניות, בעלות תאריך פקיעה בתוך שבועות ספורים) לשם המאבק במגפת הקורונה בתיאום עם הממשל הפדרלי.¹⁰⁶ בעקבות ביקורת על כך שהתגובה המבוזרת למגפה פוגעת באפקטיביות של התגובה, תוקן חוק המגפות ונקבע שכאשר בית הנבחרים הגרמני מכריז על מצב חירום אפידמי, משרד הבריאות הפדרלי יכול לרכז תחתיו סמכויות למאבק במגפה.¹⁰⁷ תיקון נוסף בחוק המגפות שנעשה בתקופת הקורונה, נעשה באמצעות חוק חדש, "החוק להגנה על האוכלוסייה במקרה של מגפה בעלת השלכה לאומית", והוא נועד לעגן בחוק זה הסמכה מפורשת לחייב אזרחים להישאר בבתיהם בעקבות המגפה (עד פרוץ מגפת הקורונה הייתה הוראה כללית המאפשרת לרשויות לנקוט "צעדים המתאימים" בעת התפרצות מגפה. בהוראה כללית זו נעשה שימוש עם פרוץ מגפת הקורונה, אך מלומדים

103 King & Byrom, לעיל ה"ש 100.

104 סעיף 35(3) לחוק היסוד הגרמני.

105 Infektionsschutzgesetz, מ־20.7.2000. ראו Hering, לעיל ה"ש 77, בעמ' 149, 150.

106 Johannes Saurer, *Covid-19 and Cooperative Administrative Federalism in Germany*, in THE REGULATORY REVIEW (May 13, 2020)

107 Hering, לעיל ה"ש 77, בעמ' 151.

טענו כי אין בה הסמכה מפורשת (דיה).¹⁰⁸ בתי המשפט בחנו את האמצעים שהמדינה עשתה בהם שימוש למאבק בקורונה (מניעת התכנסויות וכו') כמה פעמים. בתחילה אישר בית המשפט את האמצעים, אולם בהמשך נפסק כמה פעמים שאמצעים אלו של הממשלה פגעו בזכויות פגיעה בלתי מידתית.¹⁰⁹ עם זאת, בשלהי נובמבר 2021 דחה בית המשפט החוקתי הפדרלי של גרמניה עתירה נגד הגבלות תנועה והתקהלות שהוטלו בחוק באפריל 2021. הוא קבע כי ההגבלות היו מוצדקות ומידתיות בשל המצב המסוכן ששרר בעת המגפה, ולכן אישר את חוקיותן.¹¹⁰

בנובמבר 2020 תוקן תיקון לחוק המגפות שבו הוטלה חובה על הממשל הפדרלי לדווח לפרלמנט כל עוד מצב החירום האפידימי בתוקף. נוסף על כך, נקבעו פרוצדורות שהמדינות נדרשות ליישם כדי לפרסם צווים בעניין המגפה.¹¹¹

צרפת

צרפת חוקקה ב־23 במרץ 2020 את החוק למצב חירום בריאותי, שיצר מצב חירום מסוג חדש, מעבר להגדרות שכבר היו בחוקה.¹¹² חוק זה הסמיך את הממשלה בצרפת להתקין תקנות שונות מכוח חוק חירום זה, והן דברי החקיקה העיקריים

108 שם, בעמ' 154. ראו גם Saurer, לעיל ה"ש 106.

109 Hering, לעיל ה"ש 77, בעמ' 155-156.

The Federal Constitutional Court Press Release No 101/2021, *Unsuccessful constitutional complaints regarding curfews and contact restrictions in the Fourth Act to Protect the Population During an Epidemic Situation of National Significance ("federal pandemic emergency brake")* (30.11.2021)

Anna-Bettina Kaiser & Roman Hensel, *Federal Republic of Germany: Legal Response to Covid-19*, in THE OXFORD COMPENDIUM, לעיל ה"ש 93.

LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (1), JOURNAL OFFICIEL ÉLECTRONIQUE AUTHENTIFIÉ 0072 Anne Levade, *État d'urgence sanitaire: à nouveau*, du 24/03/2020 *peril, nouveau régime d'exception*, 369 (13) LA SEMAINE DU DROIT 613 (2020)

שנעשה בהם שימוש למאבק בהתפשטות המגפה.¹¹³ צעדי הממשלה עברו לפי חוק תחת שבט ביקורתם של האספה הלאומית ושל הסנאט.¹¹⁴ כך, החוק מורה כי ניתן להכריז על מצב חירום לתקופה של חודש, ולאחריה רק הפרלמנט יכול להאריכו. נוסף על כך, הצעדים האלה של הממשלה עברו מדי פעם בפעם ביקורת שיפוטית של מערכת המשפט המינהלי, בראשות ה־Conseil d'État, ולדוגמה, בחודשים מאי ויוני 2020 חייב בית המשפט את הממשלה לתקן או להסיר כמה צעדים, כגון מגבלות על הפגנות, שימוש במצלמות מעקב תרמויות בבתי ספר ותיקון המגבלות על התכנסויות לתפילה.¹¹⁵

2. מדינות שהסתמכו על חקיקת חירום קיימת

אוסטרליה

באוסטרליה נעשה שימוש בעיקר בחקיקת הבריאות הקיימת (Biosecurity Act 2015), והוכרז על מצב חירום לפי חקיקה זו במרץ 2020.¹¹⁶ עיקר ההתמודדות עם המגפה היה דרך חקיקת הבריאות של המדינות המרכיבות את הפדרציה האוסטרלית, מתוך תיאום ביניהן באמצעות הממשל הפדרלי, וכן דרך הקמת הקבינט הלאומי, שנועד לתאם בין התגובה הפדרלית לתגובת המדינות למגפה.¹¹⁷ ביקורת ציבורית הובעה על כך שהממשלה עשתה שימוש רב בחקיקת

113 Fauvarque-Cosson, לעיל ה"ש 78.

114 Levade, לעיל ה"ש 112, בעמ' 614.

115 Fauvarque-Cosson, לעיל ה"ש 78.

116 Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) Declaration 2020

117 Selena Bateman & Adrienne Stone, *Australia: Covid-19 and Constitutional Law*, in COVID-19 AND CONSTITUTIONAL LAW, לעיל ה"ש 77, בעמ' 223, 226; Marco Rizzi & Tamara Tulich, *The Australian Response to COVID-19: A Year in Review*, VERFBLOG (22.2.2021)

משנה שהפרלמנט אינו יכול לבטל, במקום בחקיקה ראשית, וכן בהוראות "הנרי השמיני" המאפשרות לתקן או לשנות חקיקה ראשית בחקיקת משנה.¹¹⁸ מכיוון שהיה קושי בבקרה פרלמנטרית של התקנות שתוקנו לפי חקיקה זו, בגלל הצורך בריחוק חברתי שהקשה על כינוסי הפרלמנט, הקים הסנאט ועדה שנועדה לבחון את תגובת הממשל הפדרלי למגפה.¹¹⁹

איטליה

סעיף 77 לחוקה האיטלקית מאפשר לממשלה, במצב של כורח ודחיפות, לאמץ תקנות זמניות (decreto-legge) שהן בעלות תוקף של חוקים רגילים, אבל הן בטלות רטרואקטיבית אם הפרלמנט אינו הופך אותן לחוק רגיל בתוך 60 ימים מיום פרסומן.¹²⁰ לבית המשפט החוקתי סמכות לבטלן.¹²¹ מלבד החוקה, חוק ההגנה האזרחית מפרט את הסיבות המצדיקות הכרזה על מצב חירום ואת התגובות האפשריות למצב החירום, וקובע מגבלת זמן של שנה (עם אפשרות של הארכה אחת).¹²² בתגובה למגפת הקורונה הכריזה הממשלה בסוף ינואר 2020 על מצב חירום,¹²³ ונקטה סדרה של צעדים להתמודד עם המגפה באמצעות תקנה שהומרה על ידי הפרלמנט לחוק.¹²⁴ בעקבות זאת, ננקטו כמה צעדים נוספים להתמודדות עם המגפה, ובהם צעדים באמצעות תקנות שכאלה, באמצעות צווים ממשלתיים ובאמצעות צווים של ראשי מחוזות. הצווים האלה

118 Bateman and Stone, לעיל ה"ש 117, בעמ' 231.

119 שם, בעמ' 229.

120 חוקה איטליה, סעיף 77: Julinda Beqiraj, *Italy's Coronavirus Legislative Response: Adjusting Along the Way*, VERFBLOG (8.4.2020)

121 Michele Massa, *A General and Constitutional Outline of Italy's Efforts Against Covid-19: With the Best Face On*, in CORONAVIRUS AND THE LAW IN EUROPE (Ewoud Hondius, Marta Santos Silva, Andrea Nicolussi, Pablo Salvador Coderch, Christiane Wendehorst & Fryderyk Zoll eds., Intersentia Online 2020)

122 Beqiraj, לעיל ה"ש 120.

123 Massa, לעיל ה"ש 121.

124 Beqiraj, לעיל ה"ש 120; Massa, לעיל ה"ש 121.

היו כפופים לביקורת שיפוטית של בתי המשפט הרגילים.¹²⁵ בעקבות ביקורת על שלא היה די תיאום בין מגוון הצעדים האלה, שנקטו ברמות שונות (ארצית, אזוירית ומקומית), בסוף מרץ החליפה הממשלה את הצווים האלה בתקנה חדשה – שהומרה אחר כך לחוק.¹²⁶ כל הצעדים האלה, מההכרזה על מצב החירום ועד הצווים והתקנות למיניהם, הוגדרו זמניים.¹²⁷ בחלק מהמקרים נקבע שהם גוברים על חקיקה של האיחוד האירופי.¹²⁸ נוסף על כך, התקנות קובעות שהצעדים שהממשלה רשאית לנקוט כפופים לעקרון המידתיות, ולשם כך הוקמה ועדה מדעית שתייעץ לממשלה בדבר הנחיצות והמידתיות של הצעדים שהיא רוצה לנקוט.¹²⁹

ארצות הברית

בחוקת ארצות הברית אין הוראה בעניין מצב חירום, אבל החקיקה הפדרלית (National Emergencies Act, 1976) נוגעת במצבי חירום ובסמכויות הנשיא להכריז על מצב חירום.¹³⁰ נשיא ארצות הברית השתמש בחקיקה הפדרלית עם פרוץ מגפת הקורונה,¹³¹ והופעלו בהקשר זה כמה סמכויות פדרליות, כגון בקשר למרכיבי הביטוח הרפואי הפדרלי, כדי לאפשר למבטחים ולמבוטחים גמישות רגולטורית בהתמודדות עם הנגיף.¹³² נוסף על כך, על פי ה־Public Health Service Act of 1944, הכריז שר הבריאות על מצב חירום ציבורי. הכרזה

125 ש.ס.

126 Beqiraj, לעיל ה"ש 120; Massa, לעיל ה"ש 121.

127 Beqiraj, לעיל ה"ש 120.

128 Matthias Weller, *Italian Self-Proclaimed Overriding Mandatory Provisions to Fight Coronavirus*, CONFLICT OF LAWS. NET (19.3.2020)

129 Beqiraj, לעיל ה"ש 120; Massa, לעיל ה"ש 121.

130 בנדור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 451–452.

131 לדוגמה Proclamation No. 9994, 85 F.R. 15337 (March 13, 2020)

132 ש.ס.

זו, ואף הארכת ההכרזה לאחר 90 יום, אינן דורשות אישור של הקונגרס.¹³³ עם זאת, סמכויות חירום בהקשר של בריאות הציבור ניתנו בעיקר למדינות בארצות הברית, ואכן, מושלי המדינות הם שעמדו בחזית המאבק בקורונה והפעילו את סמכויות החירום שלהם בהתמודדות עם המגפה. החקיקה המדינתית הזאת מגבילה בדרך כלל את משכם של צעדי החירום, ובתי המחוקקים המדינתיים גם הם מפקחים על הפעלת הסמכויות האלה.¹³⁴ כך, במדינות רבות בתי המחוקקים מוסמכים להורות על סיום מצב החירום שעליו הורו המושלים, או על הפסקה של חלק מצעדי החירום שנקטה הרשות המבצעת במצב החירום. אחרי התקופה הראשונית הזאת האריכו המושלים את תוקף הצעדים. הביקורת השיפוטית על הצעדים האלה בוחנת אותם על פי אמת המידה של בסיס רציונלי לצעדים. אמת מידה זו מקובלת אך היא נחשבת מקלה עם הממשל.¹³⁵

ספרד

סעיף 116 לחוקת ספרד מאפשר להכריז על מצב חירום בשלוש דרגות: מצב כוננות (state of alarm), מצב חירום (state of emergency) ומצב מצור (state of siege). לפי סעיף 155(1) לחוקה, במצב כוננות, בניגוד למצבי החירום האחרים, אי אפשר לשלול זכויות חוקתיות.

ב־14 במרץ 2020 הכריזה מועצת השרים בספרד על מצב כוננות ב־Royal Decree No. 463/2020, כדי להתמודד עם משבר הקורונה. במסגרת זו הוכרז על סגר כללי בספרד, וסמכויות שונות במדינה רוכזו בשלטון המרכזי. כפי שדורש ההליך המצוין בחוקה האריך הבית התחתון בפרלמנט את מצב הכוננות במדינה ב־15 ימים שש פעמים, לתקופה כוללת של שלושה חודשים.¹³⁶ אחר כך, בשלהי

Lindsay F. Wiley, Ruqaiijah Yearby & Andrew Hammond, *United States: Legal Response to Covid-19*, in THE OXFORD COMPANION TO COVID-19, 133 (2020), לעיל ה"ש 93.

134 לחקיקה זו ראו באתר NCSL.

Tom Ginsburg, *Covid-19 and the US Constitution*, in COVID-19 AND THE US CONSTITUTION, 135 (2020), לעיל ה"ש 77, בעמ' 69, 72-70.

Susana de la Sierra, *Old Norms and New Challenges in Spain's Response to COVID-19*, THE REGULATORY REVIEW (20.5.2020), 136.

אוקטובר 2020, לפי בקשה של כמה מחוזות, הכריזה ממשלת ספרד שוב על מצב כוננות במדינה ל-15 ימים, אך כעבור ימים ספורים הורה הפרלמנט על הארכת מצב הכוננות במדינה לשישה חודשים. הארכה מראש לתקופה ארוכה כל כך נחשבת תקדימית.¹³⁷

ב-14 ביולי 2021 פסל בית המשפט החוקתי בספרד את הסגר שהוטל במדינה ברוב של שישה מול חמישה שופטים. בית המשפט אומנם ציין כי הצעדים שהממשלה נקטה במסגרת מצב הכוננות בחודשים מרץ-יוני 2020 היו סבירים ותאמו את הצעדים שננקטו במדינות אחרות באיחוד האירופי. עם זאת, מכיוון שהצעדים האלה הביאו לשלילה של זכויות חוקתיות לא היה די בהכרזה על מצב כוננות, אלא היה נדרש להכריז על מצב חירום.¹³⁸ ממשלת ספרד הודיעה אפוא כי היא תשיב את כל הקנסות ששולמו בגין אי-ציות למצב הכוננות, בהיקף כולל של כמיליון אירו.¹³⁹ ב-27 באוקטובר 2021 קבע בית המשפט החוקתי בספרד כי גם ההכרזה השנייה על מצב הכוננות (שעמד בתוקף מנובמבר 2020 ועד מאי 2021) אינה חוקתית, שכן הממשלה נדרשה להכריז על מצב חירום כדי לשלול זכויות חוקתיות.¹⁴⁰

ככלל, לא חוקקו חוקים חדשים המספקים למדינה סמכויות חירום להתמודד עם המגפה, אלא הממשלה נסמכה על שלושה חוקים קיימים (The Public Health Special Measures Act; Art. 26 of the General Healthcare Act; Art. 54 of the General Public Health Act) המאפשרים לרשויות הבריאות לנקוט כל

Dolores Utrilla, Manuel Antonio Garcia-Munoz & Teresa Pareja 137
,Sanchez, Spain: Legal Response to Covid-19, in THE OXFORD COMPENDIUM
 לעיל ה"ש 93.

Carlos Berbell, *TC, por 6 a 5: El primer decreto de estado de alarma por la pandemia es inconstitucional*, CONFILLEGAL (25.6.2021) 138

Majorca Daily Bulletin Reporter, *Over a million euros of state of alarm fines to be refunded*, MAJORCA DAILY BULLETIN (23.10.2021) 139

Fernando Heller, *Second State of Alarm Also Unconstitutional, Says Spain's Highest Court*, EURACTIV (28.10.2021) 140

”צעד נחוץ” כדי להתמודד עם מצבי חירום בריאותיים. הצעדים האלה דורשים אישור מראש של הרשות השופטת.¹⁴¹

הפרלמנט הספרדי הפעיל פיקוח על הממשלה בדרך של הפניית שאלות לרשות המבצעת; בפיקוח של ועדות הפרלמנט, שערכו שימועים פומביים בהשתתפות שרי הממשלה; ובדרך של הקמת ועדה מיוחדת שהתמקדה בהשלכות ארוכות הטווח של המשבר על המצב הכלכלי-חברתי במדינה.¹⁴²

פורטוגל

סעיף 138 לחוקת פורטוגל קובע כי הנשיא יכול להכריז על מצב חירום לאחר שהתייעץ עם הממשלה וקיבל את אישור הפרלמנט. ניתן להכריז על מצב חירום ל-15 יום בלבד, וכל הארכה דורשת התייעצות מיוחדת עם הממשלה וקבלת אישור מהפרלמנט. מעת ההכרזה על מצב חירום הממשלה היא שאמונה על נקיטת צעדים במסגרת מצב החירום, אך עליה ליידע את הפרלמנט על הצעדים האלה באמצעות הגשת דוח בנושא. דוח זה נועד לאפשר לפרלמנט לפקח על ההוצאה לפועל של מצב החירום. נוסף על כך, הצעדים הננקטים בתקופת החירום נתונים גם לביקורת שיפוטית, וכך כל רשויות השלטון מעורבות במצב החירום.¹⁴³ סעיף 19 לחוקה מונה רשימה של זכויות שאינן ניתנות לשלילה במצב החירום, כגון הזכות לחיים ולשלמות הגוף, וכן חופש הדת והמצפון.¹⁴⁴

141 Utrilla et al., לעיל ה"ש 137.

142 ש.ס.

143 Teresa Violante & Rui Lancelo, *Coping with Covid-19 in Portugal: From Constitutional Normality to the State of Emergency*, VERFBLOG (12.4.2020)

144 Rui Lancelo, Teresa Violante & Mariana Melo Egideo, *Portugal: Legal Response to Covid-19*, in THE OXFORD COMPENDIUM Vera; 93: לעיל ה"ש 93; Lucia Raposo, *Portugal, Fighting Covid-19 in the Edge of Europe*, 1 BIOLAW JOURNAL 723 (2020)

מצב החירום בפורטוגל הוכרז בפעם הראשונה ב־18 במרץ 2020, הוארך כמה פעמים עד 2 במאי 2020, והוכרז בשנית ב־9 בנובמבר 2020. נוסף על כך, במאבק בנגיף הקורונה נסמכה הממשלה על חקיקה קיימת, וכן עשתה שימוש רב בצווים מטעמה, ואילו הפרלמנט לא חוקק שום חוק כללי המעניק סמכויות חירום כלליות להתמודדות עם המגפה.¹⁴⁵

צינייה

לפי סעיפים 5 ו־6 לחוק הצ'כי לביטחון המדינה (Constitutional Act of 22 April on the Security of the Czech Republic (110/1998 Sb.), הממשלה יכולה להכריז על מצב חירום במקרה של סכנה המאיימת משמעותית על החיים, על הבריאות, על הרכוש, על הסדר הציבורי או על הביטחון. על הממשלה להודיע לבית התחתון בפרלמנט "ללא דיחוי בלתי נדרש" על הכרזה זו, והוא מצידו יכול לבטל את ההכרזה. ניתן להכריז על מצב חירום לתקופה מרבית של 30 ימים, וכל הארכה דורשת את אישור הבית התחתון של הפרלמנט.

ב־12 במרץ 2020 הודיעה הממשלה בצ'כיה על מצב חירום, ובעקבות זאת פרסמה עשרות הגבלות – כגון סגירת הגבולות, איסור על יציאה לא הכרחית ממקום המגורים והחובה לעטות מסכה. לאחר 30 יום נדרש אישורו של הבית התחתון של הפרלמנט להארכת מצב החירום, אך הוא אישר רק הארכה חלקית.¹⁴⁶ כמו כן הודיעה הממשלה על ביטול בחירות המשנה לבית העליון של הפרלמנט שהיו אמורות להיערך בסוף מרץ 2020, אך לאחר מכן קבע בית המשפט המינהלי העליון במדינה כי הממשלה חרגה מסמכותה בהודעתה על ביטול הבחירות.¹⁴⁷

145. Lanceiro et al., לעיל ה"ש 144.

146. Petrov, לעיל ה"ש 82, בעמ' 87.

147. Zuzana Vikarska, *Czechs and Balances – If the Epidemiological Situation Allows...*, VERFBLOG (20.5.2020)

שוודיה

מצב חירום אפשרי בשוודיה רק במקרה של מלחמה.¹⁴⁸ עם זאת, אחד מחוקי היסוד (Regeringsformen) מסדיר (בפרק 8 לחוק) את אפשרותו של הפרלמנט להסמיך את הממשלה לקבוע בתקנות הוראות בעניינים שבדרך כלל חוק היסוד קובע שצריך להסדירם בחוק.¹⁴⁹

לפני פרוץ מגפת הקורונה היו שני תחומים שבהם הסמיך הפרלמנט את הממשלה להתקין תקנות רלוונטיות להתמודדות עם המגפה: תחום הסדר הציבורי, שבמסגרתו יכלה הממשלה למנוע התקהלויות כדי לעצור מגפה, ותחום בריאות הציבור, שבמסגרתו, לדוגמה, רשאי רופא מוסמך במחוז להורות על בידוד של אנשים שנדבקו.¹⁵⁰ הצעדים הראשונים של ממשלת שוודיה (הגבלת התקהלויות) נעשו על סמך הסמכויות הקיימות האלה או, במקרה של המעבר של אוניברסיטאות ותיכונים ללמידה מרחוק, על בסיס חקיקה פרלמנטרית מסמיכה חדשה לעניין זה. נוסף על כך, הממשלה פרסמה צווים שונים לתקופת זמן מוגבלת (בדרך כלל של שלושה חודשים), שאפשר להאריכם רק באישור הפרלמנט.¹⁵¹

באפריל 2020, עם הימשכותה של המגפה, נחקק חוק מסמיך חדש לממשלה, חוק בעל אופי כללי יותר להגנה מפני מחלות מדבקות, שהסמיך אותה להתקין תקנות חירום.¹⁵² הוועדה הרלוונטית בפרלמנט העירה כמה הערות לטיוטת החקיקה הממשלתית בנושא, ובמיוחד דרשה להדגיש את חובת הממשלה לפעול

148 מרגלית, לעיל ה"ש 97.

149 Mark Klamberg, *Between Normalcy and State of Emergency: The Legal Framework for Sweden's Coronavirus Strategy*, THE LOCAL (9.4.2020); Iain Cameron & Anna Jonsson-Cornell, *Sweden and COVID 19: A Constitutional Perspective*, VERFBLOG (7.5.2020)

150 Cameron and Jonsson-Cornell, לעיל ה"ש 149.

151 Titti Mattson, Ana Nordberg & Martina Axmin, *Sweden: Legal Response to Covid-19*, in THE OXFORD COMPENDIUM, לעיל ה"ש 93.

152 Cameron and Jonsson-Cornell, לעיל ה"ש 149.

במידתיות בתקנותיה.¹⁵³ חקיקה זו נקבעה כחקיקה זמנית לפחות משלושה חודשים. חקיקה זו אכן פקעה בתום התקופה, בתחילת יולי 2020, אבל חוק מסמיק בעל מטרות דומה נחקק בראשית ינואר 2021 – גם הוא זמני.¹⁵⁴ בעקבות החקיקה הזאת קבעה ממשלת שוודיה תקנות שהגבילו התקהלויות, עסקים וכדומה.¹⁵⁵

ועדת החוקה בפרלמנט השוודי פיקחה על הממשלה במהלך משבר הקורונה. כך, לדוגמה, היא זיהתה כי מערך הטיפול באוכלוסייה הקשישה לא היה ערוך להתפרצות המגפה, ומצאה כי הממשלה הנוכחית והממשלה הקודמת אשמות במחדל הזה.¹⁵⁶

3. סיכום ביניים

כפי שעולה מפרק זה, בהתמודדות עם מגפת הקורונה ניסו מדינות לשמור על שלטון החוק. לא פעם סייעו בתי המשפט בכך והפעילו ביקורת שיפוטית, שהייתה יעילה יותר משהניחו הנחות המוצא של ספרות המחקר בנושא (כאמור בפרק ג לעיל). אבל מעבר לכך, במדינות לא מעטות נעשה ניסיון לשמר את הבקרה הפרלמנטרית על צעדי החירום הממשלתיים. בקרה זו נעשתה לעיתים על ידי דרישה של הפרלמנט לאשר מראש או בתוך ימים אחדים את צעדי החירום של הממשלה, או באמצעות סמכותו לבטל או לתקן את הצעדים הממשלתיים האלה. מעניינים במיוחד ניסיונותיהם של בתי נבחרים לפיקוח בדיעבד, על ידי הקמת ועדה ייעודית או על ידי בקרה פרלמנטרית על תפקוד הממשלה בשעת החירום.

153 ש.ס.

Elin Hofverberg, *Sweden: New Covid-19 Act Enters into Force*, 154 LIBRARY OF CONGRESS WEBSITE (21.1.2021)

155 ש.ס.

156 Mattson et al., לעיל ה"ש 151.

לוח 1

פיקוח פרלמנטרי על תקנות שעת חירום ממשלתיות בעת משבר הקורונה

פיקוח פרלמנטרי	פיקוח פרלמנטרי	פיקוח פרלמנטרי	המדינה
פיקוח פרלמנטרי	פיקוח פרלמנטרי	פיקוח פרלמנטרי	
בדיעבד:	בדיעבד:	מראש:	
בדיעבד:	הפרלמנט יכול	הפרלמנט צריך	
הפרלמנט מקים	לבטל או לתקן את	לאשר מראש או בחוץ	
ועדה או חוקר	צעדי החירום של	ימים אחדים את	
את תפקוד	הממשלה	צעדי החירום של	
הממשלה בשעת		הממשלה	
החירום			
✓		✓	ברזיל
✓	✓	✓	בריטניה
			גרמניה
		✓	צרפת
✓			אוסטרליה
	✓		איטליה
	✓		ארצות הברית
✓			ספרד
			פורטוגל
			צ'כיה
✓			שוודיה

פרק ה

מקרה מבחן:

התמודדות הממשל בישראל עם מגפת הקורונה באמצעות תקנות שעת חירום

1. תיאור חקיקת החירום

תקופה ראשונה – תקנות שעת חירום

עם פרוץ מגפת הקורונה נקטה ממשלת ישראל – שהייתה ממשלת מעבר – שתי דרכים משפטיות עיקריות להתמודדות עם נגיף הקורונה: תקנות שעת חירום וצווים מכוח פקודת בריאות העם. בפברואר 2020 נכנסו לתוקף כמה צווים שהוציא מנכ"ל משרד הבריאות, מתוקף סמכותו לפי סעיפים 20(ב), 20(ג) ו-20(א) לפקודת בריאות העם, 1940.¹⁵⁷ כך, ב־2 בפברואר 2020 הוצא צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: צו בריאות העם) שהטיל חובת בידוד על השבים מחו"ל, על מי שנשא של הנגיף, על מי שחום גופו עלה ל־38 מעלות צלזיוס ועוד. כן הוטלה חובה על עטיית מסכה בשטחים שאינם פתוחים. עם פרסומו היה צו בריאות העם

157 יוער כי כדי לעשות שימוש בסעיף 20 לפקודת בריאות העם (המאפשר לנקוט צעדים למניעת התפשטות המחלה, כולל הטלת חובת בידוד), ב־27.1.2020 הוסיף שר הבריאות דאז, יעקב ליצמן, את נגיף הקורונה לתוספת השנייה לפקודה, כלומר לרשימת המחלות בעלות החשיבות הבינלאומית המחייבות הודעה מיידית, לעניין תקנות הבריאות הבינלאומיות של ארגון הבריאות הלאומי.

בתוקף 30 יום, אך תוקפו הוארך מעת לעת.¹⁵⁸ כדי לאכוף את הצו ב־15 במרץ 2020 הותקנו תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"ף-2020 מכוח סעיף 39 לחוק־יסוד: הממשלה. תקנות אלו קבעו את העונשים על העוברים על הוראות צו בריאות העם. יוער כי תקנות אלו הותקנו על ידי ממשלת המעבר ובטרם הוקמו ועדות הכנסת.¹⁵⁹

השימוש בתקנות שעת חירום המשיך גם לאחר הקמת ועדות הכנסת, ואף לאחר הקמת הממשלה ה־35. כפי שמראה ניר קוסטי, עיקר התקנות שהותקנו במרץ 2020 היו תקנות חדשות, ומאפריל 2020 נערכו בעיקר תיקונים לתקנות הקיימות.¹⁶⁰

תקנות שעת החירום עסקו במגוון רחב של נושאים, ובהם הגבלות תנועה של אזרחים, וכן מתן אפשרות למשטרה לערוך איכון של חולים בנגיף הקורונה ללא צו של בית משפט,¹⁶¹ ובהמשך היתר לשב"כ לפעול לאיתור מסלולם של נשאים של נגיף הקורונה;¹⁶² ניהול מערכת המשפט לנוכח התפשטות נגיף הקורונה, בין היתר דרך חובת עטיית מסכות בשטחי בתי משפט, ואף מתן אפשרות להגביל את מספר האנשים השוהים בבתי המשפט, לרבות באולמות הדיונים;¹⁶³ וניהול שוק העבודה, בדרך של צמצום מספר העובדים במקומות העבודה, שינוי כללי הזכאות לדמי אבטלה ועוד. מרבית תקנות שעת החירום עמדו בתוקף למשך שלושה חודשים, שהיא התקופה המרבית המנויה בחוק היסוד.¹⁶⁴

158 יש לציין כי גם בהמשך נבעה תקפותן של חובת עטיית המסכה ושל כל ההנחיות הקשורות לבידוד מכוח פקודת בריאות העם, ולא מכוח חוק הקורונה.

159 קוסטי, לעיל ה"ש 11.

160 שם.

161 תקנות שעת חירום (נחוני מיקום), התש"ף-2020.

162 תקנות שעת חירום (הסמכת שירותי הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020.

163 ראו לדוגמה תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הגבלות במערכת בתי המשפט) (הוראת שעה) (מס' 2), תשפ"א-2021.

164 קוסטי, לעיל ה"ש 11.

יוער כי על כמה מהתקנות הוגשו עתירות לבג"ץ. חלקן נדחו, כמו בפרשת **עדאלה**, כאמור לעיל, בטענה שהסיטואציה שנוצרה בזמן ממשלת המעבר והזמן שלקח עד הקמת הוועדות בכנסת הצדיקו את השימוש בתקנות שעת החירום.¹⁶⁵ כמו כן, הוגשו כמה עתירות נגד השימוש באמצעים טכנולוגיים של השב"כ כדי לאכן מסלולים של חולי קורונה, ובהן קבע בג"ץ כי יש לקבוע בחקיקה ראשית את סמכות שב"כ להסתייע באמצעים טכנולוגיים כדי להתמודד עם המאבק בקורונה.¹⁶⁶

תקופה שנייה - חוק מעבר

כאשר עמדו תקנות שעת החירום לפוג ו"חוק הקורונה הגדול" טרם נחקק, נחקק "חוק מעבר" זמני שנכנס לתוקפו ב־23 ביוני 2020 והעניק ל"ועדת הקורונה" את הסמכות לאשר את תקנות הממשלה.¹⁶⁷ החוק האריך את תוקפן של תקנות שעת החירום עד אוגוסט, ואת סמכותה של הממשלה לתקן ולהוסיף על המגבלות, הטעונות אישור של "ועדת הקורונה" בתוך שבעה ימים. בזמן שחוק זה היה

165 כפי שנכתב בפסק הדין בפרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 15:

התפרצות נגיף הקורונה בישראל פגשה מציאות של ערב בחירות לכנסת ה־23 וכהונה של ממשלת מעבר. כחוצאה מכך נוצר, למצער עד יום 23.3.2020, צירוף נסיבות סבוך במיוחד שלא איפשר מהלך סדור של חקיקה בכנסת גם בהיבט זה, ולא רק בשל נסיבות החירום שנבעו מהתפרצות הנגיף ושהצריכו פעולות הסדרה שלטוניות שאינן סובלות דיחוי. האמת צריכה להיאמר – ועמדו על כך היועץ המשפטי בפניותיו לממשלה והכנסת בחגובתה המקדמית מיום 21.4.2020 – ניתן היה לצפות כי לאחר השבעת הכנסת ה־23 והקמתה של הוועדה המסדרת, הצעות חוק ממשלתיות שנועדו להחליף את תקנות שעת החירום תונחנה על שולחן הכנסת בלוח זמנים מהיר יותר. אך כפי שכבר צוין, לעת הזו, פקע תוקפן של כל תקנות שעת החירום שהותקנו והנוגעות להתפרצות נגיף הקורונה והוחלפו בדברי חקיקה של הכנסת.

166 בג"ץ 2109/20 בן מאיר ואחי' נ' ראש הממשלה ואחי' (נבו 26.4.2020).

167 חוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), תש"ף-2020. על סמכויות ועדת הקורונה, על פעילותה ועל השינויים שנערכו בסמכויותיה לאורך תקופת פעילותה, ראו חן פרידברג ואביטל פרידמן, **הוועדה המיוחדת לעניין נגיף הקורונה: מקרה בוחן לפיקוח הכנסת על הממשלה** (הצעה לסדר 49, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2023).

בתוקפו התקיימו דיונים ארוכים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, ובעקבותיהם נחקק "חוק הקורונה הגדול".

תקופה שלישית - חוק הקורונה

ב־23 ביולי 2020 עבר בכנסת חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הקורונה). החוק הסמיך את הממשלה להכריז על מצב חירום בשל נגיף הקורונה (אם שוכנעה כי יש סיכון ממשי להתפשטות רחבה של נגיף הקורונה ולפגיעה משמעותית בבריאות הציבור ובשל כך מתחייב לנקוט פעולות מכוח החוק (סעיף 2(א) לחוק). הכרזה כזאת יש להניח על שולחן הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר קבלת ההחלטה. תוקפה של ההכרזה הראשונית הוא 45 יום, ולאחר מכן ניתן להאריכה ב־60 יום בכל פעם באישור ועדת החוקה.

שינוי חשוב שהוסיף החוק הוא הפיקוח הפרלמנטרי על תקנות הממשלה. סעיף 4(ד) לחוק קבע את הפרוצדורה לאישור התקנות: הממשלה תביא כל תקנה לוועדה הרלוונטית בכנסת (ועדת החוקה, ועדת החינוך או ועדת הרווחה) בצירוף התשתית העובדתית ודברי ההסבר, והוועדה רשאית לאשר את התקנות או לבטלן.

עם זאת, החוק הקציב לוועדה 24 שעות בלבד לדון בתקנות, ובסיומן הן נכנסות לתוקף מאליהן. הוועדה רשאית להמשיך לדון בתקנות, לאשר או לבטל אותן עוד 7 ימים או 14 ימים (בהתאם לחומרת המגבלות בתקנות), ובהיעדר החלטה של הוועדה יובאו התקנות לאישור מליאת הכנסת בתוך שלושה ימים או שבוע, בהתאמה. אם לא תאשר הכנסת את התקנות בדיעבד, הן תפקענה.

יש לציין עוד, כי "בהתקיים דחיפות מיוחדת", לפי חוק הקורונה (סעיף 4 (ד)(3)), הייתה הממשלה יכולה גם להתקין תקנות שיכנסו לתוקפן מייד (ללא המתנה של 24 שעות), ויובאו לאישור בדיעבד, כמו התקנות הרגילות.

2. השוואה וניתוח

מבחינת השימוש בחקיקת חירום נחלקה אפוא ההתמודדות עם מגפת הקורונה לשתי תקופות. התקופה הראשונה נמשכה מתחילת משבר הקורונה (מפברואר 2020 עד יולי 2020), ובה נעשה שימוש בתקנות שעת חירום לפי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, והתקופה השנייה, שבה נחקק "חוק הקורונה" והותקנו תקנות מכוח החוק הזה.

אף כי מובן שלמצבי חירום מסוגים שונים יכול להיות אופי שונה, אנו סבורים שאפשר ללמוד לקחים כלליים מההתמודדות עם משבר הקורונה. כפי שנפרט עתה, מההשוואה בין שתי התקופות אפשר ללמוד על עדיפות המודל חוק הקורונה (התקופה השנייה), שלפיו הממשלה מתקינה תקנות הנכנסות לתוקף לאחר 24 שעות ומאפשרות בתוך כמה ימים (בהתאם לתוכן) על ידי הוועדות הרלוונטיות בכנסת, על פני המודל הקיים של תקנות שעת חירום (התקופה הראשונה).¹⁶⁸

1. קבלת החלטות מושכלת יותר מהמודל הקיים של תקנות שעת חירום. בניגוד לדיוני הממשלה, הדיונים בכנסת, בדגש על הדיונים בוועדותיה, פתוחים לציבור ומאפשרים דיון מעמיק ופתוח שיש בו ייצוג לכלל הציבור ולא רק לעמדות המיוצגות בממשלה. נוסף על כך, דיוני הוועדות מאפשרים שיח פומבי בין נבחרי הציבור, עובדי המדינה הרלוונטיים, מומחים, נציגי ארגונים המעורבים בנושא ואזרחים המבקשים להביע את עמדתם. כל זאת בניגוד לדיוני הממשלה המתנהלים בדלתיים סגורות ובלי גישה לגורמים נוספים מלבד מומחי הממשלה. כמו כן, לרשות הוועדות עומדים גורמים מקצועיים של הכנסת ובסמכותן לדרוש מעובדי המדינה להציג בפניהן מידע ונתונים. התהליך בכנסת, בניגוד לזה המתקיים בממשלה בלבד, מאפשר לציבור להיות מעורב, ומאפשר למומחים החושבים אחרת ממומחי הממשלה להביע את דעתם. חברי הכנסת מייצגים גם

168 לניתוח מאפיינים חשובים אחרים של הבקרה הפרלמנטרית בחקופות אלו, ראו פרידברג ופרידמן, לעיל ה"ש 167.

הם אינטרסים של מגוון גורמים בציבור, ומשקפים את העדפויותיהם וטענותיהם באמצעות הדיון בכנסת. אין ספק, למשל, כי השתתפותם של גורמים כמו איגוד רופאי בריאות הציבור, ארגוני חברה אזרחית וראשי איגודים מקצועיים הייתה גורם מאזן לכוח המוחלט כמעט שהיה למומחי משרד הבריאות בזמן הדיונים ב"תקופת" תקנות שעת החירום. גם בוועדת החינוך, נוכחותם של גורמים רבים, כגון ארגוני הורים ומורים, תרמה לגיבוש החלטות המביאות בחשבון אינטרסים של קולות שונים בציבור.

2. **שלטון החוק, בקרה וריסון.** אף שאי אפשר להשוות השוואה מלאה בין כל מצב ומצב, ומוכן שכלל שהמשבר התקדם שינה הידע הרב יותר שהיה בידי מערכת הבריאות את התמונה, בכל זאת אפשר להיווכח כי היה ריסון רב יותר בתקנות שהתקינה הממשלה כאשר עמדו התקנות האלה לפיקוח פרלמנטרי. ראשי משרד הבריאות נאלצו להגיע לוועדות שבוע אחר שבוע, לענות לשאלות קשות של חברי הכנסת ומומחים חיצוניים ולהגן על עמדתם. בכך הגן הפיקוח הפרלמנטרי על שלטון החוק המהותי טוב יותר מתקנות שעת החירום, גם אם ברוב המקרים אישר בסופו של דבר את התקנות שהתקינה הממשלה, שהרי כל התקנת תקנות הפוגעות בעקרונות חוקתיים, בהסדרים ראשוניים ובזכויות היא פגיעה בשלטון החוק. ועדת החינוך פעלה בכמה מקרים לביטול הסגרים במערכת החינוך, גם בתקופתו של יו"ר הוועדה רם שפע (דצמבר 2020), ובתקופת היו"ר שרן השכל (דצמבר 2021) היא פעלה נגד הניסיון לביטול הלימודים בכיתות שבהן היה שיעור ההתחסנות נמוך. בוועדת החוקה, שבה אושרו רוב התקנות, נערכו תיקונים ושינויים בתקנות שהביאה הממשלה לאישור, לדוגמה באשר ל"הידוק הסגרים" (מרחק מהבית, תיקון החריגים), פתיחת בריכות שחייה,¹⁶⁹ וביטול מגבלת התו הירוק בקניונים,¹⁷⁰ גם אם לעיתים נעשה שימוש בכוח "רך" של הוועדה. בלשונו של יו"ר הוועדה בין מאי 2020 לאפריל 2021, ח"כ יעקב אשר:

169 ראו פרוטוקול ועדת חוקה (14.9.2021), בעמ' 14.

170 תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות של מקום ציבורי או עסקי והוראות נוספות) (תיקון מס' 18), התשפ"ב-2022. ראו פרוטוקול ועדת חוקה (10.1.2022).

כשיו"ר ועדת הרווחה מבקש להפעיל את סמכותו, יש באפשרותו לומר לשר הרלוונטי שאם שורה מסוימת לא תופיע בחקיקת המשנה, היא פשוט לא תעבור. וזה עובד. זה הכוח שלנו, זה פיקוח פרלמנטרי. אבל בקורונה נדרשנו לגלות כוחנות עם אחריות. היו לי הרבה טענות על החלטות הממשלה ולחצים מכל כיוון, גם מהציבור שאני מגיע ממנו. אבל הצלחנו ליצור כלי בקרה שווידאו שהממשלה עובדת באופן נכון יותר, וכל זה כשאנחנו לא שורפים את המועדון. [...] יש בה [בוועדה] הרבה מאוד יתרונות. בנינו מנגנון לא רשמי בעבודה מול משרד הבריאות, שהביא להבנה שאם לא יתקנו כל מיני דברים נתערב גם בדיעבד, לאחר שתקנות נכנסו כבר לתוקף. ניהלתי מאזן אימה, אני אומר זאת במפורש. איימנו על משרד הבריאות כשראינו לקונות. משרד הבריאות לא ניהל סיכונים, היה פחד גדול, והביצוע היה לוקה בחסר. אז אמנם לא יכולנו לעצור תקנות, אבל קיצרנו את תוקפן, למשל משבוע לשלושה ימים. זה הביא את המשרד לחשיבה נוספת ולבסוף לשינוי התקנות.¹⁷¹

3. **לגיטימציה ציבורית.** תקנות שעת חירום פוגעות פגיעה קשה בזכויות האדם, ובהיקפים משמעותיים. כדי להניע את הציבור לציית להן לא תמיד מספיקים איומים בקנסות או בסנקציות אחרות, ולא ניתן כלל להפעיל איכפה יעילה, אלא יש צורך בשכנוע ובלגיטימציה ציבורית (יותר מבכל חוק אחר). לטעמנו, ההליך בכנסת, השקיפות שלו ושיתוף הציבור ונציגיו הגלומים בו, עשויים לחזק מאוד את הלגיטימציה הציבורית של התקנות לעומת ההליך בממשלה (למשל, נימוק מרכזי של אנשים המתנגדים לחיסונים או להטלת סגרים היה החיסיון על הדיונים שהיו בממשלה). אם כן, ההליך בכנסת מאפשר מתן לגיטימציה רחבה יותר להחלטות הפוגעות בזכויות אדם, אך יש להן תכלית חשובה והן מותקנות במידתיות. הלגיטימציה הזאת חיונית כדי להבטיח את כיבוד הדינים.

171 אילח כהנא "עד כמה פיקחו הכנסת ובג"ץ על המגבלות שהטילה הממשלה?" מקור ראשון 13.4.2021.

מובן שמודל חוק הקורונה מסורבל יותר ושהחקיקה לפיו עלולה לעכב את יישום התקנות. אך יש לזכור שגם בחוק הקורונה ישנו חריג של דחיפות המכניס מיידית את התקנה לתוקף (ולא לאחר 24 שעות), וההבדל העיקרי הוא הטלת חובה על הכנסת לדון ולאשר, או שלא לאשר, את התקנות. גם לפי המודל הקיים בתקנות שעת החירום הכנסת יכולה לבטלן. ההבדל העיקרי בין המודלים הוא ברירת המחדל: לפי מודל חוק הקורונה, אם הכנסת לא תאשר את התקנות הן תפוגנה, ולכן חייב להתקיים בהן דיון. זהו הבדל חשוב, משום שהמחקר מראה כי קל להתרגל לפגיעה של אמצעי חירום המגבילים את זכויות האדם,¹⁷² ואפילו שהיא אינה נחוצה, או כבר אינה נחוצה, משעה שהמדינה אימצה את התקנות קשה לבטלן.

כאמור, ייתכן שמצב זה אכן יגרום לסרבול מסוים בשל הצורך להסביר בשקיפות כל תקנת שעת חירום, ומשום שצריך לגייס את הרוב הפוליטי לתמוך בה. ייתכן גם ששקיפות החושפת כשלים בהליך (הצצה אל תוך "מפעל הנקניקיות"), או החלטת ממשלה המבוטלת בוועדת הכנסת, עשויות לפגוע באמון הציבור בהצלחת רשויות השלטון להגן על אזרחיהן בדרך הטובה ביותר. אולם אנו סבורים שלמעט נסיבות קיצוניות מאוד שבהן לא ניתן לכנס ועדה של הכנסת, אפילו לא לדיון חפוז, או שהדחיפות מחייבת פעולה מהירה מאוד, ברוב המצבים היתרונות שפורטו לעיל מתגברים ומתעלים מעל החסרונות. כפי שעלה בספרות המחקר המעודכנת בעקבות מגפת הקורונה (פרק ג), גם במקרה המבחן שלנו ראינו שהיכולת לפעול בלי מתן דין וחשבון ובלא שקיפות פוגמת גם בקבלת ההחלטות עצמן וגם בלגיטימציה שלהן. למעט במקרים חריפים ונדירים, יש לאמץ גם לתקנות שעת החירום מודל דומה של אישור חובה של ועדה של הכנסת, בוועדת הכנסת המתאימה (לאו דווקא בוועדת החוץ והביטחון). מוצע לפתח מודל שיחזק אף יותר את הכנסת, כך שהתקנות ייכנסו לתוקף רק עם אישור מראש של הכנסת, ולא בדיעבד לאחר 24 שעות, אלא אם כן יש לכך דחיפות מיוחדת. מודל זה יביא לידי ביטוי מפורש עוד יותר את היתרונות של הכנסת כגורם מאשר

Marina Motsenok, Talya Steiner, Liat Netzer, Yuval Feldman & 172
Raanan Sulitzeanu-Kenan, *The Slippery Slope of Rights-Restricting
Temporary Measures: An Experimental Analysis*, BEHAVIOURAL PUBLIC POLICY
(3.8.2020)

מראש, ולא רק מפקח בדיעבד, כאשר מדובר בפגיעה קשה בזכויות האדם. עם זאת, יש לציין כי גם אימוץ מודל הדומה לזה של חוק הקורונה כפי שהוא יהיה שיפור גדול לעומת המצב הקיים בנוגע לתקנות שעת החירום.

על כן, מוצע אפוא לאמץ בחוק היסוד את דגם חוק הקורונה בשינויים מסוימים לעניין הפיקוח הפרלמנטרי לשם אישור התקנות בוועדות הכנסת המתאימות, במקום להניחן בלבד על שולחן ועדת החוץ והביטחון. התקנות יכנסו לתוקף רק לאחר אישור ועדה רלוונטית של הכנסת. רק במקרים דחופים תוכל הממשלה להתקין תקנות שעת חירום בלא אישור זה, אך תוקפן של התקנות האלה יפקע מאליו בתוך שבעה ימים.

בעניין הצעתנו זו נבקש להעיר שש הערות.

א. הכרזה על מצב חירום: המציאות אל מול הדגם האידיאלי. הדגם החוקתי בסעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה אינו כולל, למעשה, פיקוח פרלמנטרי מראש על התקנת תקנות שעת חירום מצד הממשלה, משום שהוא מבוסס על העובדה שהכנסת היא המכריזה מלכתחילה על מצב החירום לפי סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה. אנו סבורים שיש טעם להצעתנו גם במצב דברים תאורטי שבו הכנסת מסמיכה מראש את הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להתמודד עם משבר נתון על ידי הכרזה על מצב חירום. כלומר, גם בלי קשר למציאות הישראלית שבה קיים מצב חירום קבוע מאז קום המדינה, מוצדק לחזק את הבקרה הפרלמנטרית על הפעלת סמכויות חקיקת החירום של הממשלה. אולם אנו סבורים שלהצעתנו הצדקה רבה במיוחד על הרקע הזה, לנוכח ההכרזה החוזרת ונשנית על מצב חירום בישראל משנת 1948, שטרם בוטלה אף שבשנים האחרונות נעשים מאמצים לבטלה.¹⁷³ כפי שהוסבר לעיל בפרק ג, בישראל, כמו במקומות אחרים בעולם שבהם מצב החירום נהפך לשגרה, אין למעשה ערך לריסון הפרלמנטרי על סמכויות החירום של הממשלה הגלום בסמכות הכנסת להכריז על מצב חירום, ולכן ההחלטה לוותר על הבקרה הפרלמנטרית על הפעלת הסמכויות

173 ראו בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (אחר בית המשפט העליון, 8.5.2012).

האלה תוך כדי מצב החירום נעשית בעייתית עוד יותר. אדרבה, בישראל, כמו במקומות אחרים בעולם, יש נטייה לעבור לפרדיגמה של מצב חירום קבוע (כגון, כאמור בפרק ג, על רקע השאיפה להכריז על מצב חירום אקלימי), והיא מחזקת את ההצדקה לחיזוק הבקרה הפרלמנטרית. אפקטיביות הפיקוח הפרלמנטרי באמצעות ההכרזה על מצב חירום מתערערת עוד יותר על רקע פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **עדאלה** הראשונה, מאוגוסט 2020, כי לא נדרשת הכרזה נפרדת וספציפית על מצב חירום כדי להתקין תקנות לשעת חירום, אלא די בהכרזה המתמדת.¹⁷⁴

ב. ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכויות החירום. אחת הטענות נגד הצעתנו עשויה להיות שהביקורת השיפוטית בישראל בתקופת המגפה הייתה אפקטיבית יחסית, כפי שצוין בפרק ג. לכך נענה: ראשית, כאמור לעיל, יש המערערים על אפקטיביות הביקורת השיפוטית הזאת.¹⁷⁵ שנית, גם אם הביקורת השיפוטית הייתה אפקטיבית יחסית בתקופת הקורונה, מדובר במקרה חריג יחסית לכשלי הביקורת השיפוטית במצבי חירום. שלישית, האפקטיביות של הביקורת השיפוטית על הוצאתן לפועל של סמכויות החירום מבחינה ביצועית אין משמעה שהיא אפקטיבית גם בשלב חקיקת החירום, הראוי לבקרה מיוחדת (על השלבים השונים האלה, ראו לעיל בפרק ג).

ג. הצעתנו והלכות פורז ופריצקי. לכאורה ניתן לראות מתח מסוים בין הצעתנו, שלפיה יש לדרוש פיקוח פרלמנטרי לשם אישור התקנות תקנות שעת חירום, לבין פסיקת בית המשפט העליון, שלפיה הממשלה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום רק כאשר הכנסת משותקת, או לכל הפחות כאשר דוחק הזמן אינו מאפשר לקדם הליכי חקיקה ראשית (לחוסר הבהירות של הלכת פריצקי ראו לעיל, פרק א). אולם אין בכוונתנו לצמצם את הלכות בית המשפט העליון לעניין זה או לבטלן. גם אם בשל דוחק הנסיבות הכנסת אינה מסוגלת לקיים את הליכי החקיקה המהירים הדרושים, אין זה אומר שלא ניתן לכנס ועדה של הכנסת

174 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 15. ראו גם פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 47; מרגלית, לעיל ה"ש 7.

175 גרוס, לעיל ה"ש 73; מיאסאנה, לעיל ה"ש 82.

לדיון באישור תקנות שעת חירום (כך גם בתקופת הקורונה, הממשלה הוסיפה להתקין תקנות שעת חירום לאחר שהוקמה כבר הוועדה המסדרת, והיה ניתן לקיים הליך כמו זה שאנו מציעים כאן). אין מדובר בדיון בהיקף ובמתכונת של הליכי חקיקה ראשית. אם אפילו דיון מעין זה לא יהיה אפשר לקיים, ייקבע לשם כך חריג של דחיפות שיאפשר את התקנת התקנות גם ללא אישור ועדה של הכנסת – למשך שבעה ימים – דומה להסדר הקבוע בסעיף 38(ג) לחוק יסוד: הממשלה, המאפשר לממשלה להכריז על מצב חירום אם עקב דחיפות יש לעשות זאת לפני שניתן לכנס את הכנסת (במצב שעד כה הוא תאורטי, שבו אין כבר מצב חירום מוכרז). גם בהסדר זה תוקפה של ההכרזה פוקע כעבור שבעה ימים. יתרה מכך, כפי שמלמדת אותנו, לדוגמה, פרשת **עדאלה** השנייה (מינואר 2021), שבה החליט בית המשפט העליון כי הממשלה הייתה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום בראשית משבר הקורונה, בפועל בית המשפט אינו דורש שחוסר היכולת לכנס את הכנסת ולפנות לדרך של חקיקה ראשית במקום להתקין תקנות שעת חירום הוא בשל מצב החירום, בית המשפט אפילו אינו דורש שיתוק של ממש של הכנסת. די בכך שבדוחק הזמן אי אפשר לחוקק חקיקה ראשית.¹⁷⁶ נתון זה מחזק את ההצדקה לבקרה פרלמנטרית למרות הלכות **פורז ופריצקי**.

ד. המתח בין אפקטיביות המענה למשבר לבין שלטון החוק וייצוגיות דמוקרטיות. אין אנו דוגלים כאן בקידום ההצעה שהוצעה בעבר במכון הישראלי לדמוקרטיה שהתקנת תקנות שעת חירום תעשה מלכתחילה בוועדה מיוחדת של הכנסת הכוללת את נציגי האופוזיציה ("כנסת זוטא"), אף שאיננו שוללים אותה. יש בהצעה זו יתרונות על פני הצעתנו מבחינת הייצוגיות ושיתוף המיעוט בהליכי קבלת החלטות בשעת חירום, והיא שומרת טוב יותר על עקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק. אפשר להציב את הדגם הקיים של התקנת תקנות שעת חירום בידי הממשלה, הדגם שאנו מציעים (בקרה פרלמנטרית), ואת הדגם של כנסת זוטא, על רצף של הגשמת המתח שבין אפקטיביות המענה למצב החירום לבין הייצוגיות הדמוקרטית של הרשות המפעילה את סמכויות החירום (ראו להלן תרשים 1 ופרק ג לעיל).

תרשים 1

הרצף שבין אפקטיביות לבין ייצוגיות דמוקרטית

אפקטיביות ↔ ייצוגיות דמוקרטית		
הדגם הקיים	הדגם שאנו מציעים	כנסת זוטא
הממשלה מתקינה את התקנות והבקרה הפרלמנטרית היא בדיעבד	הממשלה מתקינה את התקנות והבקרה הפרלמנטרית היא מראש	ועדה מיוחדת של הכנסת מתקינה את התקנות בעצמה

על הרצף הזה, הדגם שאנו מציעים הוא דגם ביניים המאזן, לדעתנו, בין אפקטיביות המענה למשבר לבין ייצוגיות דמוקרטית ושמירה על שלטון החוק. הדגם הממשלתי לוקה בחסר לדעתנו מבחינת השמירה על שלטון החוק והייצוגיות הדמוקרטית, והדגם כנסת זוטא טוב מהדגם שלנו מבחינת ההגנה על שלטון החוק ומבחינת הייצוגיות הדמוקרטית, אולם לא ברור אם הדגם של כנסת זוטא ישים בשעת חירום שבה הכנסת משותקת עד כדי כך שלא ניתן לקיים הליכי חקיקה ראשית, וגם לא ברור אם פורום שאינו מקבל באופן שוטף החלטות ביצועיות מסוגל להתמודד עם משברים באפקטיביות וביעילות זהות לממשלה, שהיא בעלת הכלים, היכולת והידע להתמודדות מהירה, אפקטיבית ונחושה עם מצבי חירום.

ה. האם מגפת הקורונה היא מצב חירום מייצג? אחת הטענות נגד מקרה המבחן שתיארנו כאן עשויה להיות שלא ניתן ללמוד ממשבר מגפת הקורונה על מצבי חירום אחרים, ויתר על כן, שהמשבר בישראל היה מיוחד גם משום שמי שהתמודדה עימו בתחילה הייתה ממשלת מעבר.¹⁷⁷ אכן, היו קולות בספרות המחקר שסברו שיתכן שחלק מהתופעות שנתגלו במשבר הזה (כגון אפקטיביות הביקורת השיפוטית), הן ייחודיות למשבר מסוג זה ואי אפשר ללמוד מהן על מצבי חירום אחרים, כגון מלחמות (ראו פרק ג). כך, עשויה להישמע ביקורת

177 ראו גולן ופרבר, לעיל ה"ש 48.

שהדגם שאנו מציעים כאן אינו מאפשר די גמישות לממשלה במצב חירום שבו לא ניתן באמת לפנות לוועדה של הכנסת ולקבל את אישורה לשם כניסתן לתוקף של תקנות שעת חירום. תשובתנו לכך כפולה: ראשית, זה שני עשורים לפחות שהממשלה כמעט שאינה עושה שימוש באמצעי זה של תקנות שעת חירום, אף שבתקופה זו לא חסרו מצבי חירום – כך לפחות לפי נציגי הממשלה¹⁷⁸ (להבדיל משימוש רחב היקף הנעשה בחקיקה קיימת, הנשענת לשם המשך תוקפה על ההכרזה על מצב חירום. ראו פרק א). שנית, מתוך הכרה בכך שעשויים להיות מצבי חירום שאכן יחייבו תגובה ממשלתית מהירה בטרם יהיה ניתן לקבל אישור של ועדה של הכנסת, כללנו בהצעתנו חריג של דחיפות – רחב מהיקפו של חריג זה בחוק הקורונה (תקנות שתוקפן למשך שבעה ימים אינו תלוי באישור הכנסת).

ו. **התמודדות עם מצב חירום על ציר הזמן.** ביטוי נוסף של המתח בין אפקטיביות המענה למשבר לבין הגנה על שלטון החוק ועל הייצוגיות הדמוקרטית הוא מרכיב הזמן בהתמודדות המדינתית עם המשבר. גם אנו סבורים שיייתכן שבראשית ימיו של משבר חדש, אם בשל הדחיפות אי אפשר לפנות לכנסת להליכי חקיקה ראשית, נחוץ שהממשלה (לאחר שתוסמך לכך באמצעות ההכרזה על מצב החירום) תוכל להתקין תקנות שעת חירום בלא בקרה פרלמנטרית מראש. אולם בעוד ההסדר הקיים מקנה לממשלה גמישות רבה מאוד על ציר הזמן – תוקפן של תקנות שעת חירום הוא עד שלושה חודשים מהתקנתן – אנו סבורים שאין צורך בגמישות רבה כל כך, וחריג הדחיפות צריך להיות צר הרבה יותר: שבעה ימים (העשויים להתחדש אם הדחיפות נותרת ולא ניתן אפילו לכנס ועדה של הכנסת לשם קבלת אישורה). אולם דרך המלך, לדעתנו, היא אישור פרלמנטרי מראש, שיאפשר לתקנות שעת חירום לעמוד בתוקף שלושה חודשים לכל היותר, או עד שניתן לפנות להליכי חקיקה ראשית.

מאפיין נוסף של מרכיב הזמן בהתמודדות עם משבר הוא המתח בין חוקת החירום לבין חקיקת חירום פרטנית. ניתן לטעון כי רצוי שהמדינה תעבור כמה שיותר מהר מהתמודדות עם משבר באמצעות תקנות שעת חירום לפי חוק

178 ראו בג"ץ האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 173, פסקה ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

יסוד: הממשלה להתמודדות עימו באמצעות חקיקה ייעודית של הכנסת. תקנות שעת חירום מותקנות בתחילת משבר, בנקודת זמן המאופיינת לא פעם בחוסר בהירות באשר לדרכי הפעולה הטובות ביותר להתמודדות עימו. אולם לאחר מכן, בחלוף הזמן, ניתן לחוקק חוק המתמודד טוב יותר עם המשבר, ויש אינטרס להגיע לנקודת זמן זו כמה שיותר מהר. אפשר לטעון נגד הצעתנו כי היא תפגע באינטרס הזה – חקיקה פרטנית (כמו חוק הקורונה) דורשת הקדשת זמן, והליכי אישור התקנות יכרסמו במשאבי הזמן הפנויים של הכנסת.¹⁷⁹ אנו חולקים על הטענה הזאת. כל מנגנון להתקנת תקנות שעת החירום נועד לראשית משבר, לשלב של "ערפל הקרב", עד שתהיה לכנסת שהות לחוקק חקיקה ראשית. הליך אישורן בכנסת של תקנות שעת חירום המוצע כאן אינו בא על חשבון הליכי חקיקה ראשית, אלא רק מסרבל את הליך התקנתן של התקנות – אך החסרונות של סרבול ההליך הזה מבחינת אפקטיביות המענה הממשלתי למצב החירום, כאמור לעיל, פחותים מיתרונותיו מבחינת שמירה על שלטון החוק.

אנו סבורים שיש מקום להגביר את הפיקוח הפרלמנטרי על תקנות שעת חירום גם על ידי חיזוק הפיקוח הפרלמנטרי בדיעבד. כאמור לעיל, ספרות המחקר על דיני חירום בכלל (פרק ג), והבחינה ההשוואתית שערכנו בעניין ההתמודדות המשפטית עם מגפת הקורונה בפרט (פרק ד), עומדות על כך שאחת הדרכים להבטיח ריסון ובקרה של פעולות השלטון בשעת חירום עשויה להיות לא רק בקרה פרלמנטרית ושיפוטית במהלך המשבר, אלא גם פיקוח פרלמנטרי שיבוא לאחר המשבר. לדברים אלו משנה תוקף אם הכנסת משותקת בשעת המשבר ואינה יכולה לפקח פיקוח פרלמנטרי משמעותי על הממשלה במהלכו. לדוגמה, אחד היתרונות של הפיקוח הפרלמנטרי בתקופה הראשונה שבה התמודדה ישראל עם מגפת הקורונה (תקופת תקנות שעת החירום) על פני התקופה השנייה (תקנות חוק הקורונה), היה פעילותה של ועדת הקורונה, שפעלה בעיקרה על פי

179 למחקר הבוחן את משאביה המוגבלים של הכנסת לחקיקה ממשלתית, ראו נועה קברטץ-אברהם, **הממשק בין הכנסת לממשלה בתהליכי חקיקה ממשלתית** (מחקר מדיניות 147, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2020).

דגם זה, של פיקוח בדיעבד, באמצעות פרסום דוח בנושא.¹⁸⁰ כפי שהראינו בפרק ד, יש דוגמאות נוספות לפיקוח פרלמנטרי מסוג זה גם במדינות אחרות.

על כן מוצע שעם תום מצב החירום על הכנסת, באמצעות ועדת הכנסת המתאימה לנסיבות, לקיים הליך של פיקוח פרלמנטרי על התקנת תקנות שעת החירום. הליך זה ייערך באמצעות מנגנון של שימועים נושאים, כפי שפיתח המכון הישראלי לדמוקרטיה.¹⁸¹

סיכום ומסקנות

מחקר זה התמקד בהתמודדות המשפטית של רשויות השלטון עם מגפת הקורונה, והשווה בין התקופה שבה התמודדות זו נעשתה באמצעות התקנת תקנות שעת חירום, לבין התקופה שבה נעשתה באמצעות התקנת תקנות מכוח חוק הקורונה. עשינו זאת כדי לבדוק אם יש צורך לתקן את המגבלות שקובעת חוקת החירום של ישראל על התקנת תקנות שעת חירום. לאחר שנים שבהן

היה נדמה שהתקנת תקנות שעת חירום רלוונטית פחות, בעקבות הלכות בית המשפט העליון שהגבילו הלכה למעשה את האפשרות המעשית של הממשלה להתקיין, זימנה לנו מגפת הקורונה מקרה מבחן חשוב, משום שבמהלכה עשתה הממשלה שימוש רחב היקף בתקנות שעת חירום.

ערכנו את המחקר לנוכח ההיסטוריה החקיקתית של ישראל בתחום זה ולנוכח דיונים קודמים בתקנות שעת חירום, שהצביעו בחלקם על החשיבות של הוספת גורם פרלמנטרי שיאשר את תקנות שעת החירום שמתקינה הממשלה. כמו כן,

180 ראו פרידברג ופרידמן, לעיל ה"ש 167.

181 אביטל פרידמן וכן פרידברג שימועים נושאים בוועדות הכנסת: סקירה והמלצות (הצעה לסדר 15, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018).

הצבענו על כך שאחת התובנות של ספרות המחקר בנושא שעת חירום היא שיש חשיבות רבה לבקרה פרלמנטרית על הפעלת סמכויות שעת חירום (כמו תקנות שעת חירום). במיוחד הראנו שחוקרים נוספים בעולם טוענים, כחלק מלקחי ההתמודדות המשפטית עם השלכות מגפת הקורונה, כי אישור פרלמנטרי לצעדים ממשלתיים תורם לאפקטיביות וללגיטימציה שלהם. ראינו שאכן נעשו ניסיונות, גם במדינות אחרות, להבטיח בקרה פרלמנטרית על צעדי החירום הממשלתיים בהתמודדות עם מגפת הקורונה.

אנו ממליצים אפוא על חיזוק הבקרה הפרלמנטרית בשתי דרכים שאינן מוציאות זו את זו:

ראשית, אנו ממליצים כי הממשלה תזדקק לאישור הכנסת בהתקנת תקנות שעת חירום. מלבד מקרים דחופים שבהם תוכל הממשלה להתקין תקנות שעת חירום למשך שבעה ימים גם בלא אישור הכנסת, כניסתן של התקנות לתוקף יותנה באישור ועדה רלוונטית של הכנסת.

שנית, אנו ממליצים כי הכנסת תסדיר – אפשר בתקנון הכנסת – כי בעקבות כל משבר שבו מתקנה הממשלה תקנות שעת חירום, תערוך ועדה רלוונטית של הכנסת הליך של פיקוח פרלמנטרי על התקנת תקנות שעת החירום. הליך זה ייערך באמצעות מנגנון של שימועים נושאים, כפי שפותח במכון הישראלי לדמוקרטיה.

חשוב להדגיש: התמקדנו כאן בהידוק הבקרה הפרלמנטרית על התקנת תקנות שעת חירום, אך לא מיצינו את הדיון בכל הרפורמות הנחוצות בחוקת החירום של ישראל. רפורמות נוספות נחוצות בהכרזה של הכנסת על מצב החירום,¹⁸² בהגדרה של תנאי חירום המאפשרים הכרזה זו ועוד.¹⁸³

182 להצעה לרפורמה בתחום זה ראו מרגלית, לעיל ה"ש 7.

183 ראו קרמניצר ומרדכי, לעיל ה"ש 6.

ולבסוף: ערכנו את מחקרנו על רקע ניסיונות של הכנסת להפסיק להכריז על מצב חירום מדי שנה בשנה, מהלך שאם יצליח יצמצם את סמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, משום שתירש קודם לכן הכרזה על מצב חירום. כפי שפירטנו בפרק ה, אנו סבורים שגם אם מהלך זה יצליח רצוי לאמץ את הדגם שהצענו לבקרה פרלמנטרית מראש על התקנות שעת חירום. המעבר בעתיד מהכרזה מתמדת על מצב חירום לשגרה חדשה אכן דורש מחשבה מחודשת על הסדרי החירום של ישראל. לדעתנו, גם במצב דברים חדש כזה חשובה בקרה פרלמנטרית מראש על התקנות שעת חירום. אישור מראש מאפשר לדעתנו איזון טוב בין אפקטיביות ממשלתית במענה למשבר לבין שמירה על שלטון החוק. מעבר לכך, כאמור בפרק ג, איזון זה נחוץ גם משום שמצבי החירום היום אינם ניתנים לתיחום ברור כבעבר. שעות חירום, כגון מאבק בטרור או משבר אקלים, עלולות להתמשך גם בעתיד ולהפוך למצבי קבע. במצב דברים כזה לא ניתן לסמוך רק על הכרזת הכנסת על מצב חירום כדי להגביל את סמכויות הממשלה ולשמור על שלטון החוק.

נוסח מוצע לתיקון חוק היסוד: הממשלה

1. בחוק היסוד: הממשלה, בסעיף 39(א) לחוק היסוד, במקום המילים "יונחו על שולחן ועדת החוק והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן" יבוא: "יוגשו ליושב ראש הכנסת אשר יעבירן לוועדה שהתקנות מצויות בתחום עניינה, כפי שייקבע בחוק, והוועדה תהיה רשאית לאשר את התקנות, כולן או חלקן, לא לאשרן, או להתנות את אישורן בתנאים שתקבע, ואם החליטה הוועדה לאשר את התקנות – הן יפורסמו ברשומות סמוך לאחר מכן ויכנסו לתוקף במועד פרסומן."

2. בחוק היסוד: הממשלה, לאחר סעיף 39(א) לחוק היסוד, יבוא –

"א1. על אף האמור בסעיף קטן (א), ראתה הממשלה שדחיפות העניין מחייבת כי תקנות שעת חירום ייכנסו לתוקף עוד לפני שניתן לכנס

ועדה של הכנסת שתוכל לתת עליהן את אישורה כאמור בסעיף קטן (א), רשאית הממשלה להתקין בלי אישור של הוועדה; התקנות יוגשו ליושב ראש הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן ויחולו הוראות סעיף קטן (א) בשינויים המחויבים, אך אם לא אישרה הוועדה את התקנות בתוך שבעה ימים ממועד התקנתן, יפקע תוקפן, על אף האמור בסעיף קטן (ו)."

ד"ר גיא לוריא הוא עמית מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם הרשות השופטת, היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה, דיני תעמולת בחירות וצנזורה, היסטוריה של המשפט הציבורי והיסטוריה של המחשבה המדינית והאזרחות.

ד"ר עמיר פוקס הוא חוקר בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם ערכים דמוקרטיים וחקיקה אנטי־דמוקרטית, משפט פלילי, הגות ליברלית ותהליכי חקיקה.

דפני בנבניסטי היא עוזרת מחקר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה וסטודנטית לתואר שני במשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מסת"ב:

978-965-519-432-6