

עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל בעניין :

ע"י עוה"ד פאדי ח'ורי ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או
סאוסן זהר ו/או מאיסאנה מוראני ו/או נארימאן שחאדה-זועבי
ו/או סארי עראף ו/או איה חאג'י-עודה
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 94, חיפה; טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140
דוא"ל: Adalah@adalah.org

העותר

- נ ג ד -

1. הכנסת

ע"י היועץ המשפטי של הכנסת, הכנסת

2. ראש הממשלה

3. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רחוב צלאח אלדין 29, ירושלים
טל: 073-39253542 פקס: 02-6467011
דואר אלקטרוני: HCJ-dep@justice.gov.il

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטלו סעיפים 2(ב) ו-1(ג) לחוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020 המאפשרים לצווים שתתקין הממשלה להיכנס לתוקף מייד ולפני אישורה של ועדה של הכנסת.

בקשה למתן צו ביניים ולקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים האוסר על המשיב מס' 2 לאכוף צווים מכוח סמכותו לפי סעיף 2(ב) לחוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020 עובר לקבלת אישור הוועדה המוסמכת בכנסת, וזאת עד להכרעה סופית בעתירה דנן.

הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מיישום ואכיפה מיידיים של צווי הממשלה המותקנים מכוח החוק האמור, הן לזכויות היסוד של הפרט, הן לעקרון שלטון החוק והן לעקרון הפרדת הרשויות הוא בלתי הפיך. במקביל, קביעה כי הצווים ייכנסו לתוקף עם אישורן בכנסת לא תגרום נזק לאינטרס הציבורי כי המשיבה מס' 1 יכולה לפעול במהירות הנדרשת לצורך דיון והכרעה אודות הצווים בעת הצורך.

לחילופין, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו ביניים האוסר על המשיב 2 לאכוף את הצווים שיכללו איסורים פליליים עובר לאישורם על ידי ועדה של הכנסת.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקיים דיון דחוף בעתירה זו וזאת לאור דחיפות הנושא הנוגע לפיקוח לקוי על חקיקת המשנה של הרשות המבצעת, ואשר נקבע בניגוד לעקרונות מוסדיים חוקתיים המחייבים בנסיבות העניין.

עתירה זו על כל חלקיה ונספחיה הינה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

ואלה הם נימוקי העתירה

מבוא

1. עניינה של עתירה זו הוא במנגנון הפיקוח שאומץ בחוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות) (תיקון), התש"ף-2020 (להלן: **התיקון** או **התיקון לחוק הארכת תקש"ח הגבלת פעילות**) שהתקבל בכנסת ביום 07.07.2020. תיקון זה ביצע שינויים בחוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020 (להלן: **החוק העיקרי** או **החוק להארכת תקש"ח הגבלת פעילות**) שהתקבל בכנסת ביום 23.06.2020 (החוק לאחר התיקון ייקרא להלן: **החוק המתוקן**). בין היתר, הרחיב התיקון את קשת העניינים שבהם מוסמכת הממשלה להתקין צווים שמשנים את או חורגים מהוראות החוק (להלן: **צווים חורגים**). כמו כן, הוא שינה את התנאי לפיו צווים חורגים כאמור יהיו טעונים אישור ועדה של הכנסת, וקבע תחתיו מנגנון אישור מאוחר, כך שצוויה החורגים של הממשלה יהיו תקפים מרגע התקנתם. תיקון זה גם החריג את העבירות הפליליות אותן קובעת הממשלה בצווים חורגים כאמור מחובת האישור המוקדמת על ידי הכנסת הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

== העתק מהתיקון לחוק הארכת תקש"ח הגבלת פעילות מצורף ומסומן כנספח ע/1.

2. כפי שיובהר להלן, אישור מאוחר ובדיעבד על ידי הכנסת לצווי הממשלה פוגע בשורה ארוכה של זכויות, ערכים ועקרונות חוקתיים באופן שמחייב את ביטולו והחזרת מנגנון האישור מראש על קנו. הסמכויות הנתונות לממשלה במסגרת החוק המתוקן מאפשרות קביעת הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה.
3. התיקון אינו עומד באמות המידה של הפסיקה המחייבות קביעת הסדרים ראשוניים על ידי הרשות המחוקקת. לפי התיקון דנן, שיקול הדעת הנתון לממשלה אינו מוגבל, ואין בחוק כל קריטריונים או מבחנים להפעלתו. לכן, בהיעדרו של מנגנון אישור מראש, סמכויות אלה, לנוכח היקפן והיעדר כל מנגנון בקרה אפקטיבי עליהן, מפרות עקרונות יסוד חוקתיים ראשוניים במעלה, לרבות עיקרון הפרדת הרשויות, עיקרון שלטון החוק, עיקרון הוודאות במשפט, ועיקרון ההשתתפות בהליכי החקיקה.
4. כמו כן, החוק המתוקן פוגע בזכויות יסוד חוקתיות, לרבות הזכות לחירות, חופש התנועה, חופש העיסוק, חופש הדת והפולחן, הזכות לקניין, והזכות לכבוד האדם, וזאת שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה. תכליתו של התיקון איננה ראויה שכן הוא נועד לעקוף את הליכי האישור הראויים של הכנסת והיא מתייחסת להליכי הבקרה בכנסת כמכשול בפני ניהול יעיל של משבר הבריאותי שנגרם עקב התפשטות נגיף הקורונה.
5. נסביר כי גם אם תכלית החוק המתוקן היא להעניק סמכויות לממשלה להגיב בדחיפות על מקרים דינמיים הנוגעים למאבק נגד התפשטות נגיף קורונה, אין בתכלית מוצהרת זו כדי להצדיק השעייה או השהייה של הפיקוח הפרלמנטארי במיוחד כאשר מדובר בהענקת סמכות כה רחבה לממשלה, הכוללת סמכויות חקיקה במישור הדין הפלילי בניגוד להוראת סעיף 2(ב) לחוק הענושין הקובעת כי: "תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת."
6. התיקון הוא קיצוני עד כדי שהוא מנוגד להוראות חוקי יסוד הרלבנטיים למצב חירום מיוחד. כידוע, ולפי הדין, נורמות חירום רשאיות במצבים מסוימים לפגוע בחקיקה קיימת אך בשום פנים ואופן אסור להן לעמוד בניגוד להוראות חוקי יסוד. התיקון דנן עומד בניגוד להוראה הקבועה בסעיף 39(ה) לחוק יסוד: הממשלה המחייב כי הכנסת תהיה זו שתקבע הסדרים ראשוניים גם במצב של חירום. ומשהעניקה הכנסת סמכויות רחבות לממשלה לקבוע הסדרים כאמור, היא מחויבת לכל הפחות להפעיל מנגנון פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי שימנע שימוש לרעה בסמכויות שהעניקה לממשלה ויבטיח כי זכויות הפרט לא ייפגעו מעבר לנדרש, ובמיוחד כאשר הדרישה לפיקוח פרלמנטרי כאמור מעוגנת בחקיקה ראשית הנוגעת לתחום הפלילי.
7. החוק פוגע בעקרון הוודאות והיציבות בפלילים שהוא למעשה עקרון חוקתי עליון בפלילים והנוגע לזכות החוקתית להליך הוגן שהוכרה כזכות חוקתית (לעניין עיקרון הוודאות בפלילים ראו: גבריאלי הלוי, "עיקרון החוקיות והחוקתיות בדיני העונשין", **קריית המשפט** ח (התשס"ט)). במצב הנוכחי, צווים שתתקין הממשלה מכוח סמכותה בחוק ייכנסו לתוקף מייד ויהם יכולים להתבטל על ידי הוועדה המוסמכת או על ידי הכנסת. אולם, בתקופת הביניים, הצווים יחייבו את הציבור שיצופה ממנו לנהוג על פיהם, לרבות לעניין האיסורים הפליליים שתקבע הממשלה. אומנם נקבע בסעיף 2(ג) לחוק המתוקן כי האחריות בגין עבירות שנקבעו בצווים שבטלו או לא אושרו על ידי הכנסת תתבטל רטרואקטיבית, ואולם, הסדר זה מתעלם מהנזקים העצומים שיכולים להיגרם לציבור מכוח שימוש בסמכויות האכיפה על ידי המשטרה, לרבות עיכוב, מעצר ושימוש בכוח, וזאת כאשר מדובר בצווים שיתברר בדיעבד כי לא זכו לאישור הנדרש הכנסת באופן שיביא לבטלותן.

8. לפיכך, הממשלה עלולה להטיל אחריות פלילית על אזרחים כאשר קיימת אפשרות שיתברר בדיעבד שהאחריות הפלילית שהוטלה אינה תקפה. לכל הדעות, תמונת מצב זו שוללת את העיקרון הפלילי היסודי שלפיו אין מטילים אחריות פלילית בהעדר הוראה ברורה, נהירה וודאית.
9. הפיקוח הפרלמנטרי שאומץ בתיקון פוגע בשורה של זכויות ועקרונות חוקתיים שמצטרפות לפגיעות הנגרמות מעצם ההוראות של החוק העיקרי. במישור המוסדי, החוק פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, בעיקרון שלטון החוק, בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה הייצוגית, בעיקרון הוודאות במשפט, ובפרט הוודאות בפלילים, ובעיקרון ההבחנה בין הסדרים ראשוניים למשניים.
10. הפגיעות הנגרמות באמצעותו אינן עומדות במבחני המידתיות. בהקשר זה, ראוי לציין כי לעניין מבחן המידתיות במובן הצר, בעוד שהנוק הנגרם לנוכח הפגיעות בזכויות ובעקרונות חוקתיים הינו ודאי ועצום, התועלת הינה שולית ביותר. זאת שכן, התועלת היחידה שניתן להפיק מאימוץ מנגנון אישור מאוחר הוא במצב בו האישור ניתן בדיעבד כאשר ה-"רווח" מתבטא בכך שהצו נכנס לתוקף שעות או יום לפני הבאתו לאישור הכנסת. ואולם, תחת התרחיש שבו מבוטל הצו או אינו מאושר, יקשה לדבר על קיומה של תועלת, במובן של קידום היעילות או החיסכון בזמן, כאשר נקבע בדיעבד כי הצו אינו ראוי לאישור בשל פגמים שמנעו את אישורו. במצב שכזה, כל הצעדים שנקטים מכוח הצו לפני אישורו נמנים על שכלול הנוק שנגרם לציבור מיישום הוראה נורמטיבית שבדיעבד נקבע לגביה כי אינה מחייבת.
11. חשוב לציין כאן כי החוק דן מנוגד לתכלית המוצהרת שלמענה הוא נחקק, שכן דווקא בגלל שמדובר במאבק נגד התפשטות נגיף קורונה המחייב אמון ציבורי וסקיפות בקבלת החלטות שלטוניות בהיותו מאבק אזרחי שהצלחתו תלויה במימוש עקרון ההדדיות האזרחית, תיקון החוק יוצא נגד כל הערכים האלה. לא במקרה על כן נמתחה ביקורת ציבורית רחבה ומקיפה נגד תיקון החוק הנדון אשר הופל את היוצרות ומייצר מצב קבוע של העדר וודאות בכל הקשור להוראות המחייבות את הציבור, לרבות באלה הנוגעות לאיסורים הפליליים.
12. אכן נסיבותיו של מצב החירום עשויות להצדיק סטייה מסוימת מדרך המלך על ידי הענקת סמכויות רחבות יחסית לממשלה כדי להגיב על מצבים חריגים ודינמיים, ואולם, אין בכך כדי להצדיק את החלשתם הטוטאלית של מנגנוני הפיקוח על סמכויות אלה על ידי בית המחוקקים. ככל שהסמכויות המוענקות לרשות המבצעת רחבות יותר, מידת הפיקוח הפרלמנטרי עליה תהיה הדוקה יותר. כפי שנראה להלן, איזונים אלה מופרים באופן קיצוני על ידי התיקון מושא עתירה זו.
13. יודגש כי אמנם מדובר בחוק שתחולתו מוגבלת בזמן, אך אין בזמניות זו כדי לאיין או להקל את הפגיעה בזכויות יסוד ובערכים מוסדיים חוקתיים, במיוחד כאשר מדובר בסמכויות רחבות הנוגעות בין היתר לאכיפה פלילית. לכן, חובתו של בית משפט נכבד זה לקיים דיון דחוף ביותר אודות חוקתיות החוק הנדון דווקא בימים אלה כאשר אין למשיבים שום אמות מידה ברורות בענין חקיקת חירום ולא במקרה נוצר סרבול קיצוני בנושא כפי שיוסבר בהמשך. חובתו של בית משפט נכבד זה לקובע, על כן, ודווקא בשלב זה, את אמות המידה החקיקתיים המחייבים את המשיבים בעת חירום.
14. **העותר**, עדאלה, הינו עמותה רשומה בישראל והוא מרכז משפטי הפועל למען ההגנה וקידום זכויות אדם בכלל וזכויות אזרחי המדינה הערבים בפרט.

החלק עובדתי

1. עקב המשבר הבריאותי הגלובאלי שאירע נוכח התפשטות נגיף הקורונה, הכריז ארגון הבריאות העולמי ביום 11.3.2020 על התפרצות הנגיף כפנדמיה עולמית. בסמוך לאחר הכרזה זו, הכריז שר הבריאות על המחלה כ"מחלה מידבקת מסוכנת" על פי סעיף 120(1) לפקודת בריאות העם מס' 40 לש' 1940.
2. כתוצאה מכך, החלה ממשלת המעבר דאז בראשות ראש הממשלה בנימין נתניהו לפעול במתכונת חירום שבמסגרתה הותקנו תקנות שעת חירום (להלן: **תקש"ח**). החל מיום 15.3.2020, ועד לכתובת שורות אלה, הותקנו 38 תקש"ח, והותקנו בהן 59 תיקונים.
3. תקש"ח אלה השעו חלק ניכר מהחוקים והטילו מגבלות רחבות על זכויות יסוד חוקיות, לרבות חופש התנועה, חופש הביטוי, חופש הפולחן, הזכות לפרטיות, חופש העיסוק, זכויות העצורים והאסירים, זכות הגישה לערכאות, ושורה של זכויות חברתיות וכלכליות; כמו כן הן עסקו בכלל היבטי ותחומי החיים של האזרחים והתושבים.
4. כאמור לעיל, הממשלה ראתה בסעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה את המקור הנורמטיבי לסמכותה להתקין התקש"ח למאבק בהתפשטות נגיף הקורונה. ואולם, יש לציין, וכפי שנטען בעתירה שהוגשה על ידי עדאלה בבג"ץ 2399/20 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה, בנימין נתניהו** (תלויה ועומדת, הוגשה ביום 05.04.2020) (להלן: **עתירת עדאלה**), התקנת התקנות על ידי הממשלה באופן שבו זה נעשה העלה שורה של קשיים חוקתיים. בלב העתירה עמדה הטענה כי משהתכנסה הכנסת ה-23 והחלה לפעול באורח שוטף, הרי שאין עוד מקום להסדיר את המאבק בהתפשטות הנגיף באמצעות חקיקת משנה.
5. משהתקרב מועד פקיעת תוקפן של התקש"ח שהתקינה הממשלה, החלה הכנסת להעביר שורה של חוקים להארכתן כמצווה בסעיף 39(ו) לחוק יסוד: הממשלה. בין היתר, עבר בכנסת ביום 23.06.2020 החוק להארכת תקש"ח הגבלת פעילות. התקנות מושא חוק זה, שצורפו בתוספת, הוארכו עד ליום 06.08.2020 (סעיף 1 לחוק העיקרי). כמו כן, חוק זה הסמיך את הממשלה, בסעיף 2, להתקין צווים חורגים שמשנים או חורגים בעניינים מסוימים (המנויים בסעיף) מההגבלות הקבועות בתקנות המנויות בתוספת, ואולם התנה זאת באישור מוקדם של ועדה של הכנסת שנקבעה לכך.
6. אך הדברים השתנו ובמפתיע. ביום 07.07.2020 לפנות בוקר ובהליך מזורז ומהיר עבר בכנסת התיקון לחוק להארכת תקש"ח הגבלת פעילות, שבמסגרתו הוחלף סעיף 2 בחוק המקורי בסעיף חדש שהרחיב את רשימת העניינים שלגביהם רשאית הממשלה להתקין צווים חורגים, ושינה את מנגנון הפיקוח הפרלמנטרי על צווים אלה מאישור מראש לאישור בדיעבד, כך שהצווים החורגים ייכנסו לתוקף מידי בתקופה שבין התקנתם ועד לאישורם על ידי ועדה של הכנסת.
7. בסעיף החדש, סעיף קטן (א) קובע רשימה רחבה יותר של העניינים שהממשלה רשאית לשנות בצו, ואילו סעיף קטן (ב) קובע מנגנון של פיקוח פרלמנטרי בדיעבד על הצווים שתוציא הממשלה מכוח הסמכות הניתנת לה בסעיף, וסעיף קטן (ג) מחיל את אותו מנגנון פיקוח על עבירות שייקבעו בצווי הממשלה, תוך החרגת תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. וזהו לשונם של הסעיפים האמורים:

- (ב) (1) צו שהותקן לפי סעיף קטן (א) יונח בסמוך, ככל האפשר, לאחר פרסומו ברשומות על שולחן הוועדה בליווי דברי הסבר.
- (2) הוועדה תקיים דיון בצו האמור בפסקה (1) ותחליט אם לאשרו, כולו או חלקו, בתוך 7 ימים מהמועד שהונח על שולחנה; ועדת הכנסת רשאית, במהלך התקופה האמורה, להאריכה לעניין דיון מסוים, לפרק זמן שלא יעלה על 3 ימים.
- (3) לא קיבלה הוועדה החלטה עד תום התקופה האמורה בפסקה (2) ואם הוחלט על הארכתה – עד תום תקופת ההארכה (בפסקה זו – המועד האחרון להחלטת הוועדה), יביא יושב ראש הכנסת את אישור הצו להצבעה בכנסת, בהקדם האפשרי, ולכל המאוחר עד תום 3 ימים מהמועד האחרון להחלטת הוועדה.
- (4) החליטה הוועדה לפי פסקה (2) שלא לאשר את הצו, ואם הובא הצו לאישור הכנסת – החליטה הכנסת כאמור או לא קיבלה החלטה בעניין – יפקע תוקף הצו; הודעה על פקיעת הצו תפורסם ברשומות.
- (ג) על אף הוראת סעיף 2(ב) לחוק העונשין, אישור לעבירות שנקבעו בצו כאמור בסעיף קטן (א) (5) יינתן בידי הוועדה בהתאם לאמור בסעיף קטן (ב); לא אושר הצו בידי הוועדה או הכנסת, לפי העניין, בהתאם להוראות סעיף קטן (ב), תתבטל האחריות הפלילית לעשיית העבירות שנקבעו בצו, לפי סעיף 4 לחוק העונשין.

8. כאמור, התיקון האמור עבר בכנסת בהליך חקיקה זריז: הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת ביום 06.07.2020 בשעות אחה"צ, עברה בקריאה ראשונה, הועברה לדיון בוועדה המיוחדת לעניין נגיף הקורונה החדש ולבחינת היערכות המדינה למגפות ולרעידות אדמה (להלן: ועדת הקורונה), אושרה בוועדה, הועברה למליאה ועברה קריאה שנייה ושלישית – והכול, תוך שעות ספורות.
9. במהלך הדיון בכנסת לקראת ההצבעה על החוק בקריאה שנייה ושלישית, השמיעו מספר חברי כנסת דברי ביקורת על החוק. כך, למשל, ח"כ מירב מיכאלי, מסיעת העבודה הנמנית על הקואליציה, עמדה על כך כי החוק הופך את היוצרות:

"אומרת הממשלה: החוק הזה הוא לא כזה נורא, בסך הכול הממשלה קודם תוציא צו ואז הכנסת תאשר, ואם הכנסת לא תאשר אז יתבטל. קודם כול, זה היפוך היוצרות, ואין הצדקה להיפוך היוצרות הזה. אבל מעל הכול זה מצטרף לעוד ועוד צעד שמצר את הסמכות ואת המקום של הנציגות הנבחרת של האזרחיות והאזרחים בישראל, שזאת הכנסת. זה עוד צעד שפוגע בזכויות הכי בסיסיות של האזרחיות והאזרחים כאן, לקבל את מה שמגיע להם במדינת ישראל. וכל זה, בשם מה? בשם יכולת הביצוע, בשם המשילות" (פרוטוקול ישיבה מס' 50 של הכנסת ה-23, 119 (06.07.2020)).

10. ח"כ מיקי לוי, מסיעת יש עתיד-תל"ם התלונן על כך שהחוק "מאפשר לראש הממשלה ולממשלה להביא חוקים ללא אישור הכנסת" וכי הוא "מבטל את הצורך בקיום הכנסת. הכנסת אינה קיימת עוד", ואף הדגיש את הבעייתיות שבקביעת עבירות פליליות בצווים חורגים ללא אישור הכנסת:

"בדברי ההסבר של החוק הנורא הזה מאפשרים לראש הממשלה לקבוע עבירות פליליות בהתאם להגבלות והאיסורים שיקבעו – תקראו, אפילו לא קראתם – ואלה לא יהיו זקוקים לאישור הוועדה. דהיינו, הממשלה עושה מה שהיא רוצה ללא פיקוח של הכנסת. [...] אני שואל את הממשלה: הכנסת היא שמפריעה לכם לפעול? לפני כן האשמתם את התנהגות הציבור. כשלתם במשימה, התנהלתם בפזיזות וחושמיות, ועתה נמצא אשם חדש – הכנסת. [...] הכנסת אינה חותמת גומי, לא ייתכן שימנעו מאיתנו לשנות תקנות רעות כנגד הציבור. החוק ייכנס לתוקף ללא פרסום ואפשרות תגובה של הציבור. " (שם, בעמ' 121).

11. חבר הכנסת עופר כסיף מהרשימה המשותפת התייחס לפגיעה בדמוקרטיה ובעיקרון הפרדת הרשויות:

"דמוקרטיה זה לא שלטון הרוב – דמוקרטיה זה הגנה על המיעוט; דמוקרטיה זה שיש חירויות; דמוקרטיה זה שיש גם הפרדת רשויות כך שהעוצמה לא תהיה מרוכזת בידי אדם אחד או בידי מפלגה אחת או בידי רשות אחת. ומה שאתם עושים זה בדיוק ההפך מדמוקרטיה, כי אתם מרכזים את כל העוצמה, בנוסף לנוק הכלכלי, בנוסף לכך שאתם עושים צחוק מהאזרחים ולא עושים כלום למענם, בנוסף לכל זה אתם גם מרכזים את כל

העוצמה בידיים של אדם אחד ונותנים לו לעשות מה שהוא רוצה. [...] כלומר ביטול מוחלט של הכנסת. הכנסת תוכל לדון בדברים רק בדיעבד ולבטל בדיעבד דברים שכבר קורים בפועל: מעצרים, חקירות, סגר, איכונים, עצירת הפגנות. [...] בסעיף 2(א)(3) כתוב שהממשלה תקבע איסור שהייה בגינות, גני שעשועים, פארקים, חופים – כלומר לא יאפשרו לעשות הפגנות" (שם, בעמ' 128-129).

12. ובנימה דומה, ציין ח"כ בועז טופורובסקי מסיעת יש עתיד-תל"ם כי "בעצם אנחנו מיייתרים את הכנסת מתפקידה. בעצם החוק הזה אומר: בוא נוציא את חברי הכנסת לחל"ת. לא צריך אותם. הם מפריעים לנו, לממשלה, להתמודד עם זה." (שם, בעמ' 135).

13. וח"כ יאיר גולן מסיעת מרצ עמד על היעדר הנחיצות של החוק:

"החוק הזה שאנחנו נדרשים לאשר הוא פשוט חוק מיותר. ואני אסביר למה הוא מיותר, כי חקיקת חירום צריכה להתחשב באופי המצב. אנחנו כבר חיים במצב חירום חודשים. ממד הזמן אינו משמעותי כאן. אפשר לנהל חקיקה מסודרת בכנסת כדי שיישמר האיזון הנכון בין דמוקרטיה מצד אחד לבין יכולת הרשות המבצעת לטפל במצב החירום מן הצד השני. החוק הזה מבטל את כנסת ישראל. החוק הזה מאפשר לממשלה, בלי שום שיקול דעת, בלי שום בקרה, לפעול שבעה ימים בחופש מוחלט, ואחרי זה לקבל עוד שלושה ימים. אם הוועדה התורנית לא הצליחה להגיע לכדי איזושהי בקרה על החוק, ועם הרוב שיש פה בכנסת, ותחת יצירת אווירת החירום המזויפת, אפשר לומר: זהו זה, אישרנו חקיקת חירום

אנחנו בתוך מצב חירום שהתחיל לפני חודשים ויימשך עוד חודשים ארוכים. אין שום סיבה לחוקק פה איזושהו חוק בנוהל חפז. להפך, דווקא בעת הזאת, דווקא מתוך הבנת טבעו של מצב החירום, צריך לנהל תהליך חקיקה סדור, שיטתי, אחראי, לשמוע את הדעות, לשמוע את ההסתייגויות, לשמוע מומחים, ודרך זה לטפל באופן אפקטיבי במשבר הקורונה, במשבר הכלכלי, ולשמור על הדמוקרטיה היקרה שלנו ועל האזרחים החופשיים שלנו" (שם, בעמ' 146).

== העתק מהעמודים הרלבנטיים מפרוטוקול ישיבה מס' 50 של הכנסת ה-23 (06.07.2020) מצורף ומסומן כנספח ע/2.

14. יצוין כי מנגנון הפיקוח הפרלמנטרי שעבר במסגרת התיקון, וכן החרגת תקנות/צווי הממשלה מתחולתו של סעיף 2(ב) לחוק העונשין, המחייב אישור מראש של תקנות עונשיות, נכללו בסעיפים 4(ד) ו-23 בהתאמה, להצעת חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: **הצעת חוק הקורונה הגדול**), המצוי כעת בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהכנה לקריאה שנייה ושלישית, וזו לשונם:

4. (ג) תקנות שהותקנו לפי סעיף קטן (א) יונחו בסמוך ככל האפשר לאחר פרסומן ברשומות על שולחן הוועדה בליווי דברי הסבר; הוועדה תקיים דיון בתקנות האמורות ותחליט אם לאשרן, כולן או חלקן, בתוך 14 ימים מהמועד שהונחו על שולחנה, ולעניין תקנות בסעיפים 6 ו-7 – בתוך 7 ימים מהמועד האמור; ועדת הכנסת רשאית במהלך התקופות האמורות, להאריך, לעניין דיון ממוסד, לפרק זמן שלא יעלה על 3 ימים; לא קיבלה הוועדה החלטה עד תום התקופות האמורות, לפי העניין, ואם הוחלט על הארכתן – עד תום תקופת **ההארכה** [...], יביא יושב ראש הכנסת את אישור התקנות להצבעה בכנסת בהקדם האפשרי ולכל המאוחר עד תום 7 ימים מהמועד האחרון להחלטת הוועדה ולעניין תקנות כאמור בסעיפים 6 ו-7 – עד תום 3 ימים מהמועד האמור; החליטה הוועדה שלא לאשר את התקנות, ואם הובאו התקנות לאישור הכנסת – החליטה הכנסת כאמור או לא קיבלה החלטה בעניין – יפקע תוקפן של התקנות; הודעה על פקיעת תוקף התקנות כאמור תפורסם ברשומות."

23. על אף הוראות סעיף 2 לחוק העונשין – [...]

(2) אישור לעבירות ועונשים שקובעת הממשלה בתקנות כאמור בסעיפים 6 עד 12, יינתן בידי הוועדה בהתאם לאמור בסעיף 4(ד); לא אושרו התקנות בידי הוועדה או הכנסת, לפי העניין, בהתאם להוראות סעיף 4(ד), תבטל האחריות הפלילית לעשיית העבירות בתקנות האמורות, לפי סעיף 4 לחוק העונשין, אלא אם כן החליטה הוועדה כי העבירות יעמדו בתוקפן, לפי סעיף 6 לחוק העונשין, בתקופה שמיום פרסום התקנות עד לפרסום הודעה ברשומות על פקיעת תוקפן לפי סעיף 4(ד), כולה או חלקה.

== העתק מהצעת חוק הקורונה הגדול מצורף ומסומן כנספח ע/3.

15. התיקון הנדון לא עומד במבחן ההסדרים הראשוניים. הוא מרחיב את סמכויות הממשלה מעבר לאלה שניתנו לה בנוסח החוק שלפני התיקון. לממשלה ניתנת סמכות רחבה לשנות הגבלות שאישר המחוקק ולקבוע הגבלות חדשות, וזאת מבלי לעגן אמות מידה כלשהן שעל פיהן תפעיל הממשלה סמכויות אלה. כך למשל, סעיף 2 בחוק שלאחר התיקון קובע כי "רשאית הממשלה, בצו, לשנות את התקנות שבתוספת..." בעניינים המפורטים בו. אין בסעיף כל מדרג שיצדיק הטלת מגבלות על פי מבחני חומרה כלשהם, לרבות מבחנים הקשורים בהיקף התפשטות הנגיף בזמן נתון, וההכרעות לעניין זה נתונות כל כולן לשיקול דעתה הבלעדי של הממשלה. כן, אין כל קביעה ביחס לאופן קבלת ההחלטות על ידי הממשלה, לרבות קיומה של חובה כשלהי להתייעץ עם גורמים מקצועיים, ואין כל דרישה להתאמה בין היקף התפשטות הנגיף לבין היקף וחומרת האמצעים שיינקטו על ידי הממשלה בצווים החורגים שתתקין. משמעות הדברים היא שהסמכות הניתנת לממשלה להתקין צווים הינה רחבה ביותר שנעדרת מגבלות ממשיות.

16. הצווים החורגים אותם רשאית הממשלה להתקין על פי סעיף 2(א) לחוק להארכת תקש"ח הגבלת פעילות המתוקן כוללים את העניינים הבאים: (א) לקבוע תנאים, לחומרא או לקולא, לעניין הפעלת עסק מסוים ולקבוע הוראות שונות לעניין מספר השוהים באותו מקום או עסק (סעיפים קטנים (1) ו-2); (ב) לקבוע איסור שהייה בגינות, בגני שעשועים, במיתקני ספורט, בחופים או בפארקים, שבמרחב הציבורי, וכן לקבוע הגבלות לעניין הגישה אליהם ולעניין קיום פעילות, שהייה או שימוש בהם (סעיף קטן (3)); (ג) לקבוע הגבלות או איסורים לעניין תפילה במבנה (למעט תפילת אדם במקום מגוריו – סעיף קטן (4)); (ד) לקבוע עבירות לעניין האיסורים ולהגבלות שנקבעו בהתאם לסמכויות אלו (סעיף קטן (5)).

17. תוצאתו המעשית של התיקון מושא העתירה היא כי צווי הממשלה החורגים ייכנסו לתוקף עובר לאישורם על ידי הוועדה המוסמכת בכנסת. כך ייווצר מצב שבו הצווים יהפכו למחייבים ויוחל השימוש בהם. בין לבין, הם יונחו על שולחן הוועדה לאישור, והיא רשאית לאשרם או לבטלם, באופן מלא או חלקי (וככל שהוועדה לא תכריע, הם יובאו לאישור בפני המליאה).

18. כך יוצא כי על פי ההסדר המוצע, הצווים החורגים יכולים להיות בתוקף עד לתקופה של 13 ימים אם הכנסת לא תקבל הכרעה, שמשמעותה פקיעת תוקפם, או לתקופה קצרה יותר אם הם יבוטלו על ידי הוועדה המוסמכת או על ידי הכנסת. כן, הוועדה או הכנסת רשאיות לאשר את הצווים בחלקם, באופן שעלול להביא לביטול חלקים מסוימים בהם. כל זאת כאשר הממשלה החלה ביישום הוראותיהם והציבור החל לפעול על פיהם.

19. נוסף על כן, ולצד הפגיעות בזכות לחירות, בחופש העיסוק, בחופש התנועה, בחופש הדת והפולחן, ובזכות לקניין, שמתעצמות לנוכח מתן הסמכות לממשלה להרחיב על ההגבלות הנתונות בחוק המקורי, נפגעות

גם זכויותיהם הפרלמנטריות של חברי הכנסת מטעם האופוזיציה להשתתפות אפקטיבית בעיצוב הנורמות העקרוניות שחלות על הציבור.

20. במצב הדברים הקודם, בו צויה החורגים של הממשלה על פי החוק להארכת תקש"ח הגבלת פעילות היו טעונים אישור מראש של הוועדה המוסמכת בכנסת, ניתן היה לשמוע את קולותיהם של חברי הכנסת מטעם האופוזיציה, ולהגשים בכך את עיקרון ההשתתפות עובר להחלתם בשטח. ואילו, על פי המצב שלאחר התיקון, קולם זה נעדר כליל מהצווים שתתקין הממשלה, שייושמו בשטח ויחייבו את הציבור במשך ימים ארוכים לפני שתכריע בהם הכנסת.

21. בהינתן העובדה כי בצווים אלה כרוכה פגיעה כה קשה בזכויות יסוד חוקתיות, ובעקרונות חוקתיים ראשוניים במעלה, אין זה ראוי כלל ועיקר כי אמצעים גורפים יאומצו בלא שדעתם של ציבורים שלמים תישמע, במיוחד לאור העובדה כי התפשטות נגיף הקורונה מציבות אתגרים וסיכונים לכלל הציבור באותה מידה.

מיצוי הליכים :

22. עם פרסום דבר ההחלטה לתקן את החוק להארכת תקש"ח הגבלת פעילות, פנה העותר אל ראש הממשלה, ליועץ המשפטי לממשלה ולמ"מ יועמ"ש הכנסת, והפציר בהם להימנע מקביעת מנגנון של אישור בדיעבד על צווי הממשלה שיותקנו מכוח החוק. בפנייה זו הודגש כי התיקון מפר את עיקרון הפרדת הרשויות והוא פותח פתח לפגיעה בעיקרון הוודאות ביחס להתנהגות הצפויה מהציבור בנקודת זמן נתונה. כן צוין כי מנגנון זה מקדם הסדר שעלול ליצור בלבול נוסף בקרב הציבור ביחס להתנהגות הצפויה ממנו, וזאת מעבר לאי הוודאות והשינויים התכופים המלווים מצבי חירום. עוד נטען כי דברים אלה מקבלים משנה חשיבות בכל הנוגע להחלטות ממשלה שיכללו עבירות פליליות או מינהליות וכן בנוגע להחלטות שמטיבן מחייבות את הציבור לפעול או שלא לפעול באופן מסוים, שכן "מצב דברים זה יאפשר קביעת נורמות התנהגות, הטלת אחריות פלילית או קנס מינהלי בתקופת הביניים שבין קביעתם למועד אישורם או ביטולם על ידי הכנסת – תקופה שיכולה להימשך יותר מעשרה ימים. בטווח זמן זה ההחלטות יהיו בתוקף, יחייבו את הציבור וינחו את התנהגותו, וכל זאת כאשר מרחף מעליהן סימן שאלה ביחס לאפשרות של אי אישורן על ידי הכנסת. וככל שמדובר בעבירות פליליות או קנסות מינהליים, והם לא יאושרו, הרי שהתבטלותם תשמיע ביטול רטרואקטיבי של האחריות בגינם".

== העתק מפניית העותר מיום 06.07.2020 מצורף ומסומן כנספח 4/ע ==

23. מטבע הדברים, ומפאת חקיקתו המזורזת של התיקון מושא עתירה זו, לא ניתן כל מענה לפנייה זו של העותר.

24. בהקשר זה לא למותר גם לציין כי העותר אף שלח לוועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 30.06.2020 נייר עמדה בעניין חוק הקורונה הגדול, שבו נטען, בין היתר, כי מנגנון הפיקוח הפרלמנטרי המוצע בו אינו ראוי וכי יש להחליפו במנגנון אישור מראש של התקנות שתתקין הממשלה מכוח החוק. על פי הרישומים באתר האינטרנט של הוועדה, נייר העמדה הועבר לעיונם של משתתפי הוועדה לקראת ישיבתה שהתקיימה ביום 02.07.2020.

== העתק מנייר העמדה שנשלח לוועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 30.06.2020 מצורף ומסומן כנספח 5/ע ==

הטיעון המשפטי

25. התיקון לחוק להארכת תקש"ח הגבלת פעילות אינו חוקתי. וזאת ממספר טעמים: ראשית, וכפי שיובהר להלן, סעיפים 2(ב) ו-3(ג) אינם עומדים באמות המידה הקבועות בסעיפים 38-39 לחוק יסוד: הממשלה. שנית, סעיפים אלו מפריים עקרונות יסוד חוקתיים, הן בכלל והן במישור המשפט הפלילי, ופותרים פתח לפגיעה רצינית בזכויות אדם בסיסיות שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שעניינה הוא מצב החירום.

26. בטרם נעבור לניתוח הסעיפים מושא עתירה זו, נעמוד בקצרה על המסגרת החוקתית שבעטייה יש לבחון את המטריה בה עסקינן. המטרה כאן היא להראות קודם כל שהתיקון דגן מתנגש עם הוראות חוק יסוד שמסדירות את מצב החירום ואשר מעניקות עליונות למחוקק על פני הרשות המבצעת.

הסדרי חירום – תחולתו הנורמטיבית של חוק יסוד: הממשלה:

27. נבקש כאן להסביר כי החוק דגן מתנגש עם הרציונל של חוק יסוד: הממשלה המחייב עליונות של הכנסת גם במצב חירום. התיקון מושא עתירה מנוגד למגבלות המעוגנות בסעיפים 38-39 לחוק יסוד: הממשלה המסדירים את היחסים המוסדיים בין המחוקק לבין הרשות המבצעת בעת חירום. סעיפים אלה קובעים כדלקמן:

38. הכרזת מצב חירום

(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.

39. התקנת תקנות שעת חירום

(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.

28. הרקע להוספת סעיפים אלו בחוק היסוד משנת 1992 היה פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990) (להלן: **בג"ץ פורז**) שבו בוטלו תקש"ח שהתקין שר השיכון בזמנו ובית המשפט קבע כי "באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת" (שם, בעמ' 326-327).

29. ואכן, במהלך הדיון בהצעת חוק היסוד בוועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 01.01.1991, הבהיר יושב ראש הוועדה, א' לין, ש-"כדי למנוע ניצול לרעה של מצב החירום קבענו את סעיף קטן (ד), בהשראת בית המשפט העליון. היו תקנות שעת חירום, והוא פסל אותן, ואנחנו באים לחזק את הביקורת השיפוטית" (פרוטוקול ישיבה מס' 209 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 14 (01.01.1991)).

== **העתק מפרוטוקול הדיון של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 01.01.1991 מצורף ומסומן כנספח ע/6.**

30. לעניין הסמכות להכריז על מצב חירום, התעורר בוועדה דיון ער בזמנו שניסב סביב השאלה אם ההכרזה של הכנסת תהיה ביוזמתה שלה או ביוזמה של הממשלה, ובדבריו הבהיר חבר הוועדה, י' צידון, כי "ביסודו של דבר המטרה כאן היתה להכניס אלמנט של בקרה של הכנסת על זכויות הממשלה להכריז על מצב חירום" (פרוטוקול ישיבה מס' 264 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 11 (04.06.1991)). והדברים שהובאו על ידי יו"ר הוועדה, א' לין, מבהירים את האיזון הראוי אותו ביקש חוק היסוד לקדם: "הכרזת מצב חירום על ידי הממשלה היא לא הכלל, אלא החריג. הממשלה עושה זאת רק כשאי אפשר לכנס את הכנסת [...] סמכות הממשלה היא סמכות מקבילה, אבל היא לא סמכות דומה. כתוב כאן שהיא רשאית לעשות כן אם אי אפשר לכנס את הכנסת" (שם, בעמ' 7). זאת ועוד, "... הנורמה היא שהכנסת – לא הממשלה – סוברנית להכריז על מצב חירום ברוב של 61 מחבריה. בסיטואציות מיוחדות בהן אי אפשר לכנס את הכנסת אנחנו מאפשרים לממשלה להכריז על מצב חירום, וזאת לתקופה קצרה של שבעה ימים..." (שם, בעמ' 12). מדברים אלה ברור הוא כי הסדר החירום שנקבע בחוק יסוד: הממשלה ביקש להטיל את האחריות העקרונית של ההכרזה על מצב חירום על הרשות המחוקקת.

== **העתק מפרוטוקול הדיון של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 04.06.1991 מצורף ומסומן כנספח ע/7.**

31. בעת הדיון בהצעת חוק היסוד בהסדר החירום המעוגן היום בסעיפים 38-39, ראתה לנגד עיניה הוועדה את האפשרות של קיום סוגים שונים של מצבי חירום שהרשות המופקדת על ההכרזה בגינם על מצב חירום היא הרשות המחוקקת (ראו לעניין זה את הדיון שהתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 04.06.1991 סביב השאלה אם לפרט את המצבי החירום, אם לאו – נספח ע/7). לפיכך, **ההסדר האמור לא יועד לחול על חלק ממצבי החירום האפשריים, בבחינת הסדר חלקי או שיורי, שייסוג מפני חקיקה סותרת של הכנסת. נהפוך הוא, מדובר בתשתית הנורמטיבית החוקתית היחידה שנועדה להסדיר את התנהלות הרשויות עם היארעות מצב חירום במדינה.**

32. מדובר, אפוא, בהסדר החוקתי שקובע את עקרונות היסוד המנחים בתקופת חירום. ברגע שניתנה הכרזה על מצב חירום כדין בהתאם לתנאים הקבועים בסעיף 38 הנ"ל, נכנס לתוקף סעיף 39 שמסדיר את הסמכות להתקין תקנות שעת חירום מכוח ההכרזה, ואת מגבלותיה. שתי מגבלות מהותיות נקבעו ביחס לסמכותה של הממשלה לפי סעיף 39(א) להתקין תקש"ח ועוגנו בסעיפים 39(ד) ו-39(ה). המגבלה הראשונה היא תוכנית, והיא קובעת כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם" (סעיף 39(ד)). בהקשר זה יצוין כי המגבלות המופיעות בחוקי יסוד אחרים, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק אף הן ממשיכות לחול במצבי חירום, המגבלה השנייה היא מוסדית, והיא קובעת כי "לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת" (סעיף 39(ה)).

33. שתי מגבלות אלה נידונו בבג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999) (להלן: **בג"ץ פריצקי**). השופט חשין קבע כי "הסמכות להתקין תקנות-שעת-חירום הוגבלה למטרות מסוימות בלבד [...], ולעתות שהכנסת הכריזה עליהן כעתות חירום [...]"; לא עוד, אלא שחייב שיהא קשר ישיר, קשר בלתי אמצעי, בין מצב החירום לבין הצורך בהתקנתן של תקנות-שעת-חירום" (שם, בעמ' 805), ועוד כי "תנאי מוקדם הוא להתקנתן של תקנות-שעת-חירום, שדרכי חקיקה אחרות נחסמו – למעשה אם לא להלכה – וכי אי-שימוש בכלי חד זה של תקנות-שעת-חירום עלול להזיק באורח ממשי ומהותי, יותר מאשר שימוש בו עלול לפגוע בעיקר-יסוד של החברה בישראל" (שם, בעמ' 808).

34. ובהקשר זה, הוסיפה השופטת דורנר כי "נדרש, כי חסימתה של האפשרות לחקיקת חוק תיגרם עקב מצב החירום הקיים במדינה. כלומר, ניתן להתקין תקנות שעת חירום רק כאשר כתוצאה ממצב החירום הכנסת משותקת, ואין ביכולתה לקיים הליכי חקיקה" (שם, בעמ' 832).

35. הנה כי כן, על פי העקרונות החוקתיים המנחים, הרשות המחוקקת היא הגוף המוסמך לפעול במצבי חירום, והרשות המבצעת נוטלת לעצמה סמכויות מיוחדות רק כאשר נסיבות מצב החירום מאיינות את יכולתה של הרשות המחוקקת לבצע את התפקיד החוקתי המוטל עליה. עקרונות אלה תקפים הם, הן לעניין ההכרזה הראשונית על קיומו של מצב חירום, והן לעניין ההחלטה העקרונית ביחס לסוג והיקף האמצעים שיש לנקוט בהם לשם ההתמודדות עם האתגרים אותם מעמיד מצב החירום.

היקף סמכויות הממשלה ואישור הכנסת בדיעבד – הפרה של סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה:

36. הקביעה כי אישור ועדה של הכנסת לצווים החורגים של הממשלה בדיעבד עולה כדי הפרה של סעיף 39(ה) לחוק יסוד: הממשלה.

37. ודוק; המעבר ממצב של התקנת תקש"ח על ידי הממשלה, שהוא בבחינת החריג, למצב שבו הכנסת קובעת את ההסדרים הראשוניים במצב חירום (סעיף 39(ה)), והוא הכלל, חייב לסמן נקודת מעבר איכותנית ולא צורנית. העמידה על כך שהכנסת לא תתפרק מתפקידיה החוקתיים אינה יכולה להסתפק בכך שהכנסת תסמיך את הממשלה, בהסמכה פורמאלית, להפעיל אמצעים כאלה או אחרים לשם ההתמודדות עם מצב חירום כלשהו. הכנסת מחויבת להמשיך ולשחק תפקיד מרכזי לא רק בעיצוב הסמכויות אותן היא מעבירה לממשלה, אלא גם בפיקוח על אופן הוצאתן מן הכוח אל הפועל.

38. במילים אחרות: הכנסת והממשלה אינן יכולות להתגבר על המגבלות שבחוק יסוד: הממשלה, ובמיוחד זו המופיעה בסעיף 39(ה), על ידי חקיקת חוק שמשמעותו המעשית היא הענקת סמכות למחוקק המשנה הזהה לזו שנתונה לו בסעיף 39(א), השמורה למצבים חריגים שבהם הכנסת עצמה אינה מסוגלת לבצע את תפקידה מפאת הנסיבות שיצר מצב החירום. פועל יוצא הוא, שבבוא הכנסת להעניק סמכויות מיוחדות בחקיקה ראשית למחוקק המשנה, עליה להקפיד כי סמכויות אלה תוכפנה למנגנון פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי שיבטיח כי לא ייעשה שימוש בלתי ראוי בהן, ולא תתרחש בעטיין פגיעה מיותרת בזכויות ובחירויות יסוד. כן, חשיבותם של מנגנוני הפיקוח והבקרה על פעולות הרשות המבצעת, וביתר שאת על חקיקת המשנה שיוצאת תחתיה, נעוצה באינטרס להבטיח כי החלטות שתקבלנה על ידי הרשות המבצעת תישענה על תשתית מוצקה וכי הן נדרשות לשם השגת המטרות שלמען הן ניתנו.

39. הכנסת היא זו שאמונה חוקתית על קביעת ההסדרים הראשוניים בעת חירום, וככל שמצב החירום מצדיק הענקת סמכויות רחבות לממשלה לפעול, תפקידה של הכנסת מיתרגם, לכל הפחות, לתפקיד פיקוחי שיגשים, ככל האפשר, את עיקרון הפרדת הרשויות ואת תפקידה במערך האיזונים והבלמים. את סוג הפיקוח הפרלמנטרי על פעולות הממשלה מכוח סמכויות שהוענקו לה על ידי הכנסת יש לקבוע בהתאם להיקף הסמכויות שהועברו, בנסיבות העניין, והיקף הפגיעה בזכויות וחירויות היסוד הצפויה מהפעלתן של סמכויות אלו.

40. ואכן, עלולים להתעורר מצבי קיצון שידרשו הכרעות מיידיות, והשאלה האם מצבי קיצון אלה צריכים להכריע את הכף ביחס לכלל הראוי באופן שוטף או שמא ראוי כי יינתן מענה ספציפי למצבים אלו, בצורה של חריג לכלל?

41. בהקשר זה, מעניין דווקא לראות כי העברת תיקון החוק להארכת תקש"ח הגבלת פעילות בהליך מזורז מעיד על יכולת הכנסת לפעול במהירות הנדרשת ובטווח זמן של שעות ספורות. ייתכן שבעניינים מסוימים זירוז ההליכים לא יהיה ראוי, ואכן בחקיקה מורכבת תידרש עבודה רצינית במליאה ובוועדות כדי לעצבה. ואולם, יש במנגנון האישור של ועדה של הכנסת חשיבות בלתי מבוטלת בהצגת שאלות לנציגי הממשלה שיבהירו את מידת הנחיצות של האמצעי המבוקש על ידי הממשלה ואת התשתית העובדתית שמצדיקה נקיטה דווקא בו ולא באחר (לדוגמאות נוספות ביחס ליכולתה של הכנסת לפעול בתנאי לחץ זמן, ראו את פסק דינו של השופט חשין בבג"ץ פריצקי, בעמ' 814-820).

42. ואולם, הליך האישור בכנסת אינו בבחינת חותמת גומי פורמאלית שמכשירה באופן טכני את פעולות הממשלה, ובהחלט יכול להיווצר מצב שבו הכנסת תאתגר, לא תאשר או אף תמנע קידום עניינים מסוימים שתבקש הממשלה לקדם. דוגמא לכך הובאה בחוות דעתה של הנשיאה חיות בבג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם, ניתן ביום 26.04.2020) (להלן: **עניין איכוני השב"כ**), שבו דנה הנשיאה, בין היתר, בשאלת המסלול הראוי להסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע למשרד הבריאות בחקירותיו האפידמיולוגיות. שם, הצביעה הנשיאה על חשיבות המסלול בפני הכנסת שמגשים את העיקרון לפיו הכרעות עקרוניות צריכות להתקבל על ידי הרשות המחוקקת, עיקרון שנודעת לו "חשיבות גדולה בפרט בישראל, שבה חל תהליך מתמשך של התחזקות הרשות המבצעת על חשבון הרשות המחוקקת. כן הצביעה הנשיאה על יתרון נוסף לפיו ההליכים בפני הכנסת "מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר נדרש" (שם פס' 31). ועל מנת להמחיש נקודות אלו, הביאה הנשיאה את דוגמא עדכנית, שזו לשונה:

"דוגמה עדכנית לכך ניתן למצוא בהתפתחויות המתוארות בפתח הדברים בכל הנוגע להליכי החקיקה שהתקיימו על מנת לעגן בחוק את סמכויות המשטרה בתקנות שעת חירום שהתקינה הממשלה ולפיהן הוסמכה לקבל מחברות תקשורת נתוני מיקום של חבי הבידוד. הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה, אך בהתאם לעמדת הייעוץ המשפטי לכנסת הוועדה המסדרת לא אפשרה לקדם את כל שלוש הקריאות באותו היום ובמסגרת הכנת ההצעה לקריאה שנייה ושלישית התקיימו ארבעה דיונים מעמיקים בוועדת החוץ והביטחון, אליהם הוזמנו גם מומחים בתחום הגנת הפרטיות, גורמי מקצוע בתחום בריאות הציבור וכן ארגוני חברה אזרחית. לנוכח הסתייגויות שהועלו בדיונים, ביקשה הממשלה שלא להמשיך לקדם את הצעת החוק בשלב זה, תוקפן של תקנות המשטרה פקע בינתיים ונפסקו איכוני המשטרה של חייבי הבידוד. **התפתחויות אלה ממחישות את היתרון הברור בקיום הליך חקיקה מלא בכנסת, גם בתקופות חירום, ובפרט כאשר מדובר בפגיעה בזכויות הפרט" (שם). ההגשה הוספה).**

43. טיב הפיקוח ומידת הידוק הם פועל יוצא של שיקולים מספר שכוללים: היקף הסמכויות הניתנות לממשלה, לרבות לעניין ההבחנה בין הסדרים ראשוניים להסדרים משניים; פוטנציאל הפגיעה באינטרסים חוקתיים ראשוניים במעלה, לרבות זכויות וחוקיות יסוד חוקתיות; האינטרס ליצור ודאות בקרב הציבור ביחס לנורמות הכוללות חובת ציות והתנהגות; וכיוצא באלה. ככל שההסדר המאפשר לממשלה לקבוע הסדרים בעלי פוטנציאל פגיעה כאמור, הרי שמידת הפיקוח הנדרשת מהרשות המחוקקת, שמאצילה לידי הממשלה סמכויות אלה, צריכה להיות קפדנית יותר.

44. **לסיכום נקודה זו ייטען כי, בעוד ייתכנו מקרים בהם נדרשת מידת מה של גמישות לרשות המבצעת, הרי שחוק יסוד: הממשלה קובע כלל לפיו הרשות המוסמכת לפעול במצבי חירום היא הרשות המחוקקת, וזאת על פי ההיסטוריה החקיקתית של סעיפים 38-39 לחוק יסוד הממשלה והלכות בית המשפט הנכבד בבג"ץ פורז ובג"ץ פריצקי. הפיקוח הפרלמנטרי אינו בבחינת מכשול בפני הרשות המבצעת לפעול, אלא, וכפי שהובא לעיל, ובשינויים המחויבים, למעבר ברשות המחוקקת ישנם יתרונות חשובים שמבטיחים כי האיזון הראוי בין הרשויות יישמר וכי פונקציית האיזונים והבלמים נשמרת גם במצב של חירום.**

פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה:

45. האם נפל גם פגם בקביעה לאפשר כניסה לתוקף של הצווים החורגים שתתקין הממשלה עובר לאישורן על ידי הכנסת, או שמא די במסלול אישור מאוחר כדי לספק את הדרישה לפיקוח פרלמנטרי אפקטיבי על ידי הכנסת? בחלק זה, נבקש לטעון כי ההבדל בין שני המסלולים אינו עניין של מה בכך. בנסיבות העניין, וכפי שיובהר להלן, המסלול של האישור בדיעבד כרוך בפוטנציאל פגיעה משמעותית בזכויות וחירויות הפרט, לרבות הזכות לכבוד, ובתכליות אובייקטיביות העולות כדי עקרונות יסוד חוקתיות בשיטת המשפט בישראל.

הפגיעה בזכויות חוקתיות ובערכי יסוד דמוקרטיים:

46. ברי כי הצווים החורגים אותם רשאית הממשלה להתקין גורמים לפגיעה רצינית וממשית בזכויות וחירויות פרט רבות שזכו להגנה חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק.

47. **פגיעה בחופש העיסוק:** החוק מאפשר פגיעה בחופש העיסוק על ידי מתן הסמכות לממשלה לקבוע תנאים מגבילים לעניין הפעלת עסק מסוים ולקבוע מגבלות על מספר הלקוחות שיוכלו להיכנס בשערי.

48. **פגיעה בחופש התנועה**: החוק מאפשר פגיעה בחופש התנועה על ידי הסמכת הממשלה לקבוע איסורים על שהייה במרחב הציבורי וקיום פעילות בשטחים ציבוריים.

49. **פגיעה בחופש הדת והפולחן**: החוק מאפשר פגיעה בחופש הדת והפולחן על ידי הסמכת הממשלה לאסור על קיום טקסים דתיים לקבוע תנאים לעניין תפילה במבנים.

50. **הפגיעה בזכות לקניין**: החוק פוגע בזכות לקניין על ידי מתן הסמכות לממשלה לקבוע עבירות וקנסות בגין הפרת האיסורים שהיא קובעת.

51. **הפגיעה בחירות**: מתן הסמכות לממשלה לקבוע עבירות פליליות מאפשר נקיטה בשורה של אמצעי אכיפה שמעצם טיבם עלולים הם להוביל לפגיעה בזכות לחירות. זאת במיוחד לנוכח סעיף 6(א) לחוק העיקרי העוסק בסמכויות האכיפה הנתונות למשטרה, שקובע בסעיף קטן (ב) כי "אין באמור בתקנה זו כדי לגרוע מסמכויות שוטר לפי כל דין". סמכויות אלה יכולות לכלול סמכויות בדמות דרישת הזדהות, עיכוב, שימוש בכוח ואף מעצר ככל שעולה חשד כי אדם מסוים עבר על איסור שהוגדר כעברה בצו חורג.

52. **הפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות ועיקרון שלטון החוק**: בנוסף, התיקון מפר את עיקרון הפרדת הרשויות ועיקרון שלטון החוק. כאמור לעיל, החוק נותן לממשלה סמכות לחרוג מהסדרים שקבעה הכנסת ולהוסיף על הפגיעות בזכויות יסוד חוקתיות. המדובר הוא בסמכות לשנות ולחרוג מההסדרים הראשוניים אותם קבעה הכנסת, אותה התיקון, כאמור, מרחיב. משכך ענייננו בהסמכת מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים בשורה של עניינים הקשורים בחיי היומיום של תושבי ואזרחי המדינה ושמשליכות על זכויותיהם, וכל זאת ללא הבניית שיקול דעתו וללא קביעת אמות מידה כלשהן שעל פיהן ייעשה שימוש באותן סמכויות.

53. לענין קביעת הסדרים ראשוניים כסוגייה הנוגעת לשלטון החוק קבע בית המשפט העליון בבג"ץ **וועדת המעקב העליונה**, אודות האיסור לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק המובילים ביחד ולחוד לפגיעה בערכים הדמוקרטים (ראו: בג"ץ 11163/03 **וועדת המעקב העליונה נגד ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1, 45-53 (2006); ראו עוד: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שמריהו**, פ"ד מט(4) 221, 421 (1995);

54. משמעותם של עיקרון הפרדת הרשויות ועיקרון שלטון החוק כמציבים מגבלות על היקף ההסמכה שניתן להעניק למחוקק המשנה מתוקף עיקרון ההסדרים הראשוניים, הובעו זה מכבר על ידי פורפי י' ה' קלינגהופר באופן הבא:

"יש להבחין בין המושג העיוני של חוקיות המינהל, המסתפק בכבילה פורמלית בלבד של המינהל ע"י החוק, לבין מושג הליגאליות הספציפית, הדרושה להגשמת שלטון החוק, מושג שמשמעותו כבילה מכסימלית של המינהל ע"י החוק. וכבילה מכסימלית פירושה שכל אקט מינהלי, בין אם הוא דבר חקיקת משנה ובין אם הוא אקט אינדיבידואלי, צריך להיקבע, מבחינת תכנון על כל חלקיו העיקריים, ע"י נורמה שצורתה צורה של חוק. במובן זה אפשר לומר כי במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק.

מן האמור יוצא כי שלטון החוק אף אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, דהיינו, להעביר אליו סמכות זו. כל מסירה של הסמכות האמורה לרשות מינהלית מנוגדת לשלטון החוק. מקום בו שורר שלטון החוק, אין המחוקק

חפשי לבחור בין שתי הדרכים, דהיינו לכבול בעצמו את המינהל ע"י חקיקת הסדרים ראשוניים, או להסמיך את המינהל לעשות תחתיו מלאכה תחקיקתית זו; אלא שומה עליו לקבוע הסדרים אלה בכבודו ובעצמו. עקרון שלטון החוק דורש כי כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי, וכי קביעת אותם הסדרים תהא בסמכותו היחודית של המחוקק ולא תועבר אל שלטונות מינהליים. לשון אחרת: **שלטון החוק אינו מתיישב עם שיטה תחקיקתית של הסמכת המינהל בדרך של דלגציות 'פורמליות' גרידא. על מנת שדלגציה של המינהל לא תפגע בשלטון החוק, צריך שהיא תהיה 'מטריאלית', כלומר, מוגבלת להסדרים משניים, מאחר שהמחוקק קבע את ההסדרים הראשוניים הנוגעים לענין" (י' ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 105, 108 (י' זמיר עורך, 1993) (ההדגשה אינה במקור).**

55. פרופ' א' ברק עמד על חשיבותו של העיקרון המבחין בין הסדרים ראשוניים למשניים, וכי הסדרים ראשוניים ייקבעו בחוק של הכנסת, תוך שמירה על מעמדה של הרשות המחוקקת (ראו: אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 318 (2004). לפי פרופ' ברק, עיקרון הפרדת הרשויות, עיקרון שלטון החוק ותפיסתה של הדמוקרטיה עצמה עומדים בבסיס ההבחנה האמורה, והבהיר כי עם התגברות סמכויות החקיקה של הרשות המבצעת, מתגבר במקביל אף תפקידה הפיקוחי של הרשות המחוקקת:

"אכן, הגישה הדווקנית של הפרדת רשויות הייתה אוסרת על סמכות החקיקה של המינהל. גישה זו אינה מקובלת כלל. 'המציאות המודרנית – בעיקר זו של מדינת הסעד – חייבת הסמכה נרחבת של הרשות המבצעת לביצוע פעולות חקיקה'. עם זאת בצד אצילת סמכות חקיקה למינהל באה הגברת הפיקוח של הרשות המחוקקת על חקיקת משנה זו. 'במסגרת זו התפתחה הגישה, שלפיה הענקת סמכויות חקיקה לרשות המבצעת מותרת היא, ובלבד שהרשות המחוקקת קובעת את הפרמטרים העקרוניים שבמסגרתם מוסמכת הרשות המבצעת לחוקק" (שם, שם).

56. יש לזכור, כי אנו מצויים חודשים רבים לאחר התפרצות והתפשטות נגיף הקורונה, כי למימד הזמן השלכה גם על החוקיות והלגיטימיות של האמצעים המשמשים את הממשלה בתגובתה למצב החירום. בבג"ץ **איכוני השב"כ**, עמדה הנשיאה חיות על הנפקות שיש ליתן למימד הזמן, באומרה כי:

"בשל מימד הזמן המהווה כאמור רכיב משמעותי במסגרת האפשרות להרחיב את תפקידי השב"כ באמצעות סעיף 7(ב)(6) הני"ל, ובשל היותו של ההסדר הקבוע בהחלטת ההסמכה הסדר ראשוני במהותו, אין מנוס מן המסקנה כי ככל שיידרש המשך מעורבות השב"כ לצורך בלימת המגפה גם מעבר לתום תקופת תוקפה של החלטת ההסמכה ביום 30.4.2020, על הממשלה לפעול לעיגון הבסיס למעורבות כזו בחקיקה ראשית, על מנת לאפשר את השתתפותם של חברי הכנסת מכלל סיעות הבית בהכרעות הנוגעות לסוגיה חשובה זו. חקיקה כזו, מן הראוי כי תהיה זמנית במהותה ותיחקק כהוראת שעה" (בג"ץ **איכוני השב"כ**, פס"כ 33 לחוות דעתה של הנשיאה חיות)

57. **הפגיעה בעיקרון הוודאות**: התיקון פוגע אף בעיקרון-העל בדבר הבטחת הוודאות בדין בכלל ובדיני העונשין בפרט. עיקרון הוודאות המשפטית הוא אחד מביטויי שלטון החוק (ראו: רוד דשא **מערכת המשפט בישראל** 291 (2019) (להלן: **דשא, מערכת המשפט בישראל**)). הוא נותן ביטוי לעיקרון "ההסתמכות בכל הקשור לציפיות לגיטימיות של הפרט" ויש לו "תפקיד חברתי שדומה למנגנון תיאום ציפיות" (שם, בעמ' 295). אמנם עיקרון הוודאות במשפט אינו שמור אך ורק לדיני העונשין (ראו: ע"א 674/89 **טורטן נ' ההתאחדות לספורט בישראל**, פ"ד מה(2) 718, 745 (1991)), ואולם דווקא בתחום זה נודעת לו משמעות מיוחדת. המובן האינטואיטיבי ביותר של עיקרון הוודאות התקבע בדמות הכלל האוסר על חקיקה רטרואקטיביות (ראו: שם, שם). בהקשרים מסוימים, כך נקבע, אף קביעת תחולה מיידית של החלטות פוגעניות מטעם המינהל עלולות לעלות לכדי הפרה של עיקרון הוודאות במשפט (ראו: בג"ץ 2832/96 **בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין**, פ"ד נ(2) 582, 594 (1996)).

58. מימד נוסף של עיקרון הוודאות נוגע ליציבות החוק ותכיפות השינויים הנערכים בו (ראו: Lon Fuller, *The Morality of Law – Revised Edition*, 79-81 (1969)). הפילוסוף המשפטי פולר עומד על חשיבות יציבות החוק, ומדגיש כי שינויים תכופים בו (the evil of frequent change) מייצרים אי-ודאות הדומה במהותה לאי-הוודאות הנגרמת מחקיקה רטרואקטיבית. אכן, "חוק המשתנה לעיתים תכופות מקשה על האזרח להדריך את עצמו על פיו ויוצר לכן, קושי לציית לו" (דשא, **מערכת המשפט בישראל**, בעמ' 294).

59. הפגיעה בעיקרון הוודאות בכל הנוגע להיבט העונשי של החוק (והצווים המותקנים מכוחו) מגיעה לכדי אבסורד ממש. כך למשל, אם הכנסת מבטלת את צו חורג שהתקינה הממשלה, תוצאת הביטול האמור היא ביטול "האחריות הפלילית לעשיית העבירות שנקבעו בצו" (סעיף 2(ג) לחוק המתוקן). כך יוצא אפוא, כי הציבור נדרש לציית לנורמה פלילית לתקופה מסוימת על אף שבדיעבד נפל בה פגם שמנע את אישורה על ידי הוועדה המוסמכת או הכנסת. לא רק זאת, אלא שבתקופת הביניים שבין כניסת הצו החורג לתוקף ועד ביטולו מפאת אי-אישורו על ידי הכנסת (למשל), וכפי שהובא לעיל, יינתנו בידי למשטרה כל הסמכויות הנתונות לה בדין לאכוף את העבירות אותן קבעה הממשלה, לרבות סמכויות עיכוב, מעצר ושימוש בכוח, כשבפועל משמעות אי-האישור היא היעדר אחריות רטרואקטיבית. ובעוד שניתן להחזיר את הגלגל לאחור בעניינים מסוימים, ולבטל קנסות בין אם שולמו ובין אם לאו; אין אפשרות למחוק את החווייה שעבר אדם שעוכב, נעצר או הופעל נגדו כוח בכל מידה ולבטל את עוגמת הנפש והפגיעה בזכויות הכרוכות בכך.

60. מנגנון האישור בדיעבד, שאומץ בתיקון מושא העתירה, משמיע לא רק פגיעה בעיקרון הוודאות, אלא יוצר מעצם מהותו **פגיעה בהליך הוגן שהיא זכות חוקתית, שבעצמה מהווה פגיעה בזכות לכבוד האדם**: הציבור מושם במעין אזור דמדומים שבו לא ידוע אם צו חורג שקבעה הממשלה יאושר, אם לאו. בתקופת הביניים האמורה הצו הוא למעשה בו זמנית חוק ולא-חוק. הוא פורמאלית מחייב אך מהותית עשוי שלא לחייב אחורה בזמן. הציבור יידרש להתנהל על פיו, שאם לא כן, יספוג את כובד משקלה של מערכת אכיפת החוק בגין הפרתו וישלם מחירים שאינם ניתנים לשיפוי, וכל זאת כאשר מתנוסס מעל תוקפו סימן שאלה במשך ימים ארוכים. אין להשכיח עם מנגנון פיקוח פרלמנטרי שמאפשר יצירת מצבים כאמור.

61. **הפגיעה בעיקרון ההשתתפות האפקטיבית של חברי הכנסת**: לצד הפגיעה בזכויות ובעקרונות היסוד החוקתיים שעליהם עמדנו לעיל, מצטרפת גם פגיעה בזכויות פרלמנטריות ראשונות במעלה, בעיקרון החוקתי בדבר הבטחת השתתפות חברי הכנסת כולם, לרבות חברי הכנסת מטעם האופוזיציה, בקביעת ועיצוב ההסדרים ראשוניים. בהקשר זה, לא למותר להזכיר כי הליכי חקיקת המשנה אינם מערבים, מעצם טיבם, את חברי הכנסת שבאופוזיציה, שמייצגים קבוצות אזרחים שונות ויכולים להביא פרספקטיבה שאינה עומדת לרשות מחוקק המשנה, המייצג בעיקרו את נקודות המבט של הנמנים על הקואליציה.

62. בבג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004) עמד בית המשפט בהרחבה על משמעותו של עיקרון ההשתתפות בהקשר של חקיקה רגילה (ראו: שם, בעמ' 47-52). בין היתר, הבהיר בית המשפט כי "על-מנת שהכנסת תוכל למלא את תפקידיה מכוח עקרון הייצוג הדמוקרטי יש לאפשר לכל חברי-הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטריים הנדרשים לשם מילוי תפקידים אלה" (שם, בעמ' 47). כאשר מוענקת למחוקק המשנה

הסמכות לקבוע, או כבמקרה דנן, לשנות הסדרים ראשוניים, ניטלת מידי חברי הכנסת אחת מהפונקציות המרכזיות של תפקידם. השאלה אם נטילה כזו היא ראויה, אם לאו, תוכרע על פי הנסיבות. אך מנגנון פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי על חקיקת המשנה שקובעת הסדרים ראשוניים כאמור יכול "לפצות", ולו חלקית, על כך שקולם של חברי הכנסת מהאופוזיציה אינו נשמע בהליכים חקיקתה.

הפגיעה אינה לתכלית ראויה:

63. התכלית המוצהרת של התיקון המאפשר כניסה לתוקף מיידית של צווי הממשלה החורגים היא לכאורה לאפשר לממשלה לפעול במהירות הדרושה לצורך המאבק בהתפשטות נגיף הקורונה. ואכן, אין להפריז בחשיבות האינטרס הציבורי של המאבק בהתפשטות הנגיף. ואולם, תכלית מוצהרת זו אינה חזות הכל. תכליתו סמויה מבצבצת לה מבעד לשורות, והיא נלמדת מן האמצעי שאומץ בתיקון. ואכן, כדברי השופט עמית בבג"ץ 2293/17 **אסתר צגיי גרסגהר נ' כנסת** (פורסם בנבו, 23.04.2020) (להלן: **בג"ץ גרסגהר נ' כנסת**) "יכול הטוען לטעון כי כאשר התכלית המוצהרת היא ראויה, יש לעבור ולבחון את האמצעים שנקטו להגשמתה במסגרת רכיב המידתיות, כפי שנעשה על ידי הנשיאה בפסק דינה. איני סבור כך. לדידי, מתוך האמצעי הבלתי מידתי שנקט בו המחוקק ניתן לעיתים לזהות את התכלית הבלתי ראויה" (שם, בפס' 6 לחוות דעתו של השופט עמית). תכלית זו היא לאפשר לממשלה לעקוף את הרשות המחוקקת ולהעניק לממשלה אור ירוק לאמץ אמצעים ללא פיקוח אפקטיבי, ולו לתקופה מוגבלת. הגישה המונחת ביסוד התיקון נשענת על תפיסת הליכי האישור של חקיקת המשנה בכנסת משום מכשול בפני הרשויות המינהליות במאבק בהתפשטות הנגיף.

64. הכנסת הוכיחה כי ביכולתה לדון ולהעביר חקיקה ראשית בטווח זמן של שעות ספורות. בהחלט, התיקון מושא עתירה זו הוא דוגמא מובהקת לכך, כמו גם רבות אחרות אותן מנה השופט חשין בבג"ץ **פריצקר**. בהינתן יכולתה של הכנסת לפעול במהירות המתחייבת מהנסיבות, הרי שעיקובים, ככל שהם יתרחשו, יכולים להיות תולדה של הקשיים המתעוררים מהצו החורג המובא לאישור. ככל שהצו כולל היבטים המצריכים דיון ארוך ומדוקדק יותר, הרי שיש בכך משום אינדיקציה לפגמים לגופו של הצו, וניתן להניח כי צו שלא יעלה אתגרים כאמור יאושר ללא כל דיחוי.

65. התפיסה שבבסיס התיקון הרואה בהליך האישור בכנסת כאבן נגף המונחת בפני הממשלה בבואה לקבוע מדיניות לצורך המאבק בהתפשטות הנגיף אינה ראויה, והניסיון לעקוף את המסלול הראוי משמיע תכלית פסולה שאינה יכולה להצדיק את פגיעה בזכויות ובעקרונות היסוד עליהם עמדנו לעיל. וכדברי השופט עמית בבג"ץ **גרסגהר נ' כנסת**, אין די בבחינת תוכנה של המטרה שתכלית מסוימת מבקשת להגשים, אלא יש לבחון אם קידומה של המטרה [...] בדרך של פגיעה בזכות חוקתית [...] היא בעלת נחיצות וחיוניות משמעותית" (שם, בפס' 7), וכן "התכלית של החוק אינה נבחנת אפוא בבדידותה, במנותק מהפגיעה בזכות החוקתית ומעוצמת הפגיעה. כעומק הזכות הנפגעת כך נדרשת תכלית חברתית חשובה וחיונית יותר להצדקתה" (שם, בפס' 9).

66. לכן, יש לבחון אם המטרה שמבקשת להגשים הקביעה כי הצווים החורגים ייכנסו לתוקף מיידית בדרך של פגיעה בכלל הזכויות והעקרונות עליהם עמדנו לעיל היא בעלת נחיצות וחיוניות משמעותית. לגישתנו התשובה על כך היא בשלילה, במיוחד לנוכח העובדה כי מטרה זו ניתנת להגשמה גם באימוץ מנגנון אישור מראש. כל שמושג באמצעות המנגנון שאומץ הוא מתן האפשרות לפעול למספר ימים על יסוד צווים שאישורם מתארך או שיבוטלו לנוכח פגמים ובעיות שנפלו בהם שמצריכים ביאור והבהרות.

עקיפה זו של הכנסת, ולו למספר ימים, לצד ההדרה בפועל של חברי הכנסת מטעם האופוזיציה מההליך, אינה ראויה, שבהצטרפותה להיקף הפגיעות בזכויות ובעקרונות שנמנו לעיל מובילה למסקנה כי יש לבטל את הליך האישור המאוחר שאומץ בתיקון ולהחזיר את הליך האישור מראש שהיה קיים בגרסתו הקודמת של החוק.

67. בהקשר זה, תהייתו של השופט לויין בבג"ץ פורז לקראת סוף חוות דעתו יפה אף לעניינו. השופט לויין אומר כך: "אם הייתה הכנסת נעתרת לבקשתו [של השר, פ.ח.], הייתה חקיקת התקנות הופכת למיותרת, ואם לא הייתה נעתרת, משמע שעמדת הרשות המחוקקת היא נגד התקנתן ושוב לא היה מקום להתקין" (בג"ץ פורז, בעמ' 327). ובהתאמה לעניינו, אם הכנסת מאשרת את צווי הממשלה, הרי שלא ניתן לצפות לעיכובים מיוחדים, ואם הם אינם מאושרים, משמע שעמדת הרשות המחוקקת היא נגד התקנתם ושוב לא היה מקום להתקנם. שם, עוד מבהיר השופט לויין כי "אילו השתמע מדברי השר, שהתקנות היו מיועדות לעקוף את הליכי החקיקה של הכנסת, כי אז היה מקום לפוסלן מחמת היותן נגועות בשיקול זר" (שם, בעמ' 325). ללמדך כי ניסיון לעקוף את ההליכים בפני המחוקק, גם במצב של חירום, אינה ראויה. כך לגבי החלטה מינהלית, בה הדברים ייתפסו כשיקול פסול, אך כך לגבי חוק שמיועד להגשים תכלית כאמור, כבתיקון מושא העתירה, שאז לפנינו תהיה תכלית פסולה.

הפגיעה בזכויות אינה מידתית:

68. בנוסף, הפגיעה בזכויות על ידי התיקון גם אינה עומדת במבחני המידתיות. לעניין זה חשוב להבהיר כי חוק הארכת תקש"ח הגבלת פעילות עוד בגרסתו המקורית גורם לפגיעות רחבות היקף בזכויות יסוד, אך התיקון שמאפשר כניסה לתוקף מיידי של צווים חורגים שהממשלה מוסמכת להתקין, גורם לפגיעות נוספות מעבר לנדרש.

69. **מבחן האמצעי הרציונלי:** כפי שנקבע בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו 2006.06.26) "הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון" (פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). לכן גם אם נניח שתכליתו המוצהרת של התיקון, לייעל את תגובת הרשויות במאבק נגד התפשטות הנגיף, היא הדומיננטית, הרי שאימוץ האמצעי של אישור מאוחר לצו חורג על ידי הכנסת לא רק שאינו מגשים אותה, אלא אף מגשים את התכלית ההפוכה של יצירת בלבול וכאוס במצבים בהם הצווים מבוטלים על ידי הכנסת ימים ספורים לאחר החלתם על הציבור. דברים אלה נכונים הם, ביתר שאת, ביחס לצווים המגדירים עבירות פליליות. בנסיבות שבהן הצווים לא מאושרים, כל הפעולות שנקטו תתבטלנה, למעט אלה שמעצם טיבן אינן נתונות לביטול, כפי שהובהר בדיון לעיל ביחס לעיקרון הוודאות. זאת כאשר הוכח כי הכנסת מסוגלת לפעול במהירות הנדרשת שהנסיבות מחייבות זאת.

70. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה:** מנגנון האישור בדיעבד אינו עומד במבחן זה. זירוז הליכי האישור בכנסת היא בבחינת אלטרנטיבה ריאלית שאינה כרוכה בתוספת הפגיעה הנגרמת מהמעבר ממנגנון של אישור מראש למנגנון של אישור בדיעבד. ככל שהליך האישור מתעכב לנוכח קשיים שעולים מתוכן הצווים, הרי שזו בפני עצמה סיבה לחשש שמא תוכנן אינו ראוי או מוצדק. בנסיבות כאלה, אין לראות בהתמשכות הליכי האישור בכנסת כמכשול בפני נקיטת צעדים ביעילות, אלא דווקא כערובה לכך שצעדים בעייתיים או בלתי נחוצים לא יינקטו.

71. בהקשר הזה נחזור ונדגיש כי גם בעת עיצומו של המאבק הציבורי נגד התפשטות נגיף קורונה, בית משפט נכבד זה הוציא ביום 19.03.2020 צו ביניים המחייב פיקוח פרלמנטרי בכל הקשור לעניין איכוני השב"כ ואיכוני המשטרה (ראו: החלטה מיום 19.03.2020 בבג"ץ איכוני השב"כ). כתוצאה מכך התכנסה הכנסת באופן מיידי ודנה בנושא. זוהי דוגמה מאלפת המעידה על חשיבות הפיקוח הפרלמנטרי גם בשיאו של מצב חירום מיוחד. למותר לציין כי הכנסת שיתקה את עצמה בכל המישורים בתקופה ההיא ורק הוצאת צו הביניים החזיר אותה לשגרה.

72. **מבחן המידתיות במובן הצר**: לעניין מבחן זה יש לדמין שני תרחישים. תרחיש אחד שבסופו מאשרת הכנסת את הצווים שהניחה הממשלה על שולחנה של אחת הוועדות, ותרחיש שני שבו לא ניתן אישור כאמור. תחת התרחיש הראשון, ההנחה היא כי הגורם המאשר לא מצא כל בעיה בצווים שהובאו לאישור ועל כן ניתן להניח שהליך האישור יתבצע ללא עיכובים. תחת התרחיש השני, ניתן להניח כי נפל פגם כלשהו שמונע את אישור הצווים, או כי חסר מידע בתשתית העובדתית שעל יסודה הם הותקנו שמטיל ספק בנחיצותם. רק לגבי מצב הדברים תחת התרחיש הראשון (הצווים אושרו) ניתן לדבר בכלל על תועלת שתופק ממנגנון האישור בדיעבד, שמתבטאת בכך שהם מיושמים במועד מוקדם יותר (שעות או יום) מהמועד שבו הם היו נכנסים לתוקף אם תוקפם היה מותנה באישור מראש. מצד שני, אין מקום לדבר על תועלת כלשהי תחת מצב הדברים שבו התקנות מבוטלות. זאת מאחר שביטול צווים משמעותו היא כי לא היה מקום לקבלם מלכתחילה. "התועלת" תחת תרחיש היא למעשה אינה קיימת, משהתברר בדיעבד כי לא היה מקום להתקנם – זאת משאין מקום לדבר על תועלת שתצמח מנורמה שבשלב מאוחר נקבע כי אינה נורמה, וכי תוצאותיה בשטח מתבטלות אף הן רטרואקטיבית.

73. לעומת זאת, הנזק שנגרם לציבור ולזכויות ולעקרונות יסוד חוקתיים הינו מוחשי תחת שני התרחישים. תחת התרחיש הראשון, שבו הצווים מאושרים, הרי שעד לאישור עיקרון הוודאות מעורער לנוכח העובדה שאין בידי הציבור לדעת אם אכן אישור כאמור יינתן. סימן השאלה שירחף מעל הצווים עד לאישורם יזרע עוד בלבול ואי בהירות במצב דברים שמלכתחילה מעורר תחושות אלה בקרב הציבור. ותחת התרחיש השני, של ביטול התקנות, שמשמעותו שינוי המצב המשפטי המחייב בשנית, וביטול תוצאותיהם המעשיות של הצווים, תחושות הבלבול ואי הבהירות מעצמות. אך לא רק זאת; אלא שבמקרים מסוימים, ובמיוחד לעניין צווים הכוללים מרכיב עונשי, הנזק מנקיטה באמצעי אכיפה ביחס לצווים שיבוטלו בדיעבד אינו ניתן לתיקון על ידי הקביעה כי העבירות עצמן בטלות. שורה של זכויות יכולות להיפגע בתקופת הביניים שבין התקנת הצווים לביטולם על ידי הוועדה המוסמכת, שיתברר בדיעבד שלא רק זכויות אלה נפגעו על ידי דבר דין שאינו דין ושלא לצורך.

74. כן, אין להפריז בהיקף הנזק שנגרם מהעובדה כי צויה החורגים של הממשלה מתקבלים בלא שנשמעת דעתם של חברי הכנסת הנמנים על האופוזיציה, שכאמור, ובמיוחד במצבי חירום, יכולים להשליך אור על מצב הדברים הנוגע לציבורים אותם הם מייצגים.

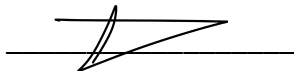
75. המאזן בין התועלת הצפויה מהתיקון לנזק שייגרם לזכויות ציבור ולאיינטרס הציבורי מוביל למסקנה כי התיקון אינו מקיים אף את מבחן המידתיות במובנו הצר.

76. הנה כי כן, התיקון לחוק הארכת תקש"ח הגבלת פעילות אינו חוקתי, וזאת משום שהוא מפר עקרונות יסוד חוקתיים ראשוניים במעלה, לרבות עיקרון הפרדת הרשויות, שלטון החוק, הוודאות וההשתתפות בהליכי החקיקה; הוא מפר את הוראות חוק יסוד: הממשלה, ובעיקר סעיף 39(ה); והוא פוגע בזכויות

יסוד על פי חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד : חופש העיסוק, לרבות הזכות לחירות, זכות קניין, חופש העיסוק, חופש התנועה, חופש הדת הפולחן, וכל זאת באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה.

על רקע כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בעתירה, ולאחר קבלת תשובות המשיבים להפכו למוחלט.

חיפה, 13 ביולי 2020


פאדי ח'ורי, עו"ד
ב"כ העותרים