

מר אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר
נשיא

מר ברנרד מרכוס
יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר
יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ
יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי
מר חן ליכטנשטיין
גב' מול מועלם
מר טלי מרידור
עו"ד אבי פישר
מר אביעד פרידמן
ד"ר מיכל צור
מר יוסי קוצ'יק
מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה
מר אליזאבט אברמס, ארה"ב
ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
גב' אן אפלבוט, ארה"ב
פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה
השופטת דורית בניש, ישראל
השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
השופט סלים ג'ובראן, ישראל
ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
מר ברט סטפנס, ארה"ב
פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי (ג'סי) פרס, אסטרטגיה
פרופ' קרנית פלוג, מחקר
פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

פרופ' תמר הרמן
פרופ' מוסטפא כבהא
פרופ' עמיהו כהן
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' עליה פישר
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' מרדכי קרמניצר
פרופ' גדעון רהט
ד"ר תהילה שורץ אלטשולר
פרופ' ידידיה צ' שטרן
פרופ' איתן ששינסקי

מייסד ונשיא לשעבר
ד"ר אריק ברמון

לכבוד: ח"כ יעקב אשר, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט

הנדון: הצעת חוק חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת

שעה) התש"ף - 2020

אנו מבקשים להעיר על הצעת החוק.

ברצוננו להתייחס בעיקר למודל המוצע בהצעת החוק, לתהליך התקנת התקנות בכללותו, וכן להתייחס בפירוט לסוגיית האכיפה.

באופן עקרוני, אנו מברכים על ההצעה, שנועדה להעביר את מדינת ישראל ממשטר של תקנות לשעת חירום המותקנות על ידי הממשלה מתוקף סעיף 39 לחוק יסוד הממשלה, לחקיקה ראשית, בה הכנסת היא הקובעת "הסדרים ראשוניים". ראינו גם בברכה, שינויים שנעשו בהצעה, לעומת תזכיר החוק שפורסם בנדון.

עם זאת, אנו סבורים שההצעה לוקה בפגמים רבים. הבעיה העיקרית היא שעדיין מדובר בהסמכת הממשלה להתקין תקנות באופן רחב, שאינו דורש אישור בכנסת למצב החירום המיוחד, ואין דרישה לאישור מראש בכנסת של התקנות, אלא רק **בדיעבד**. לשיטתנו ההצעה עדיין לא משיגה את תכליתה, שהיא החלפת משטר תקנות שעת החירום ב"חקיקה ראשית", במובנה האמיתי. גם לפי המודל המוצע בהצעת החוק הנוכחית, עדיין החקיקה מוסרת בידי הממשלה שקול דעת רחב ביותר באשר להפעלת שעת החירום ולקביעת היקף הפגיעה בזכויות האדם בשעה שכזו. אין בהצעה ביטוי מספק ללקחים שנלמדו או לליקויים שעלו מתהליך התקנת התקנות בחודשים אלה ולצורך לתקנם. יש לאפשר לכנסת חלק מהותי יותר בהסדרת הסמכויות, כפי שנפרט בהמשך. כך מתחייב מאופיין החמור של הפגיעות בזכויות האדם שהחוק מאפשר.

חיוני גם שהכנסת לא תתייחס להצעה כאל "כזה ראה וקדש" ותבחן באופן עצמאי את מה שניתן ללמוד מן האמצעים שננקטו ומה צריכות להיות סמכויותיה וגם **חובותיה** של הממשלה בהיערכות להמשך הטיפול בקורונה, בין אם בחוק זה ובין אם **בחקיקה משלימה אחרת**. דוגמאות לרפורמות אפשריות - הקמת מערך לחקירות אפידמיולוגיות והפעלתו היעילה, חובת יידוע לאנשים בקבוצות סיכון מיוחדות על הימצאותם בסיכון, יצירת תנאים מיוחדים בשירותים חיוניים למי שמשתייכים לקבוצת סיכון כדי לצמצם את המגע שלהם עם אחרים, כללים מיוחדים במבנים בהם מתגוררים משתייכים לקבוצות סיכון, אספקת ציוד מגן למי שחייבים מכוח תפקידם לבוא במגע עם אחרים ועידוד הציבור להשתמש באפליקציות וולונטריות מתאימות לניטור מגע עם נשאים.

האם מדובר באמת בהסמכה בחקיקה ראשית?

1. אנו סבורים כי הסדרת הסמכויות המיוחדות שיוענקו לממשלה במצב חירום אפידמיולוגי עתידי שיתפתח ממשבר הקורונה באמצעות חקיקה ראשית היא מהלך מתבקש והכרחי בבחינה חוקתית. במשטר דמוקרטי מתפקד, שיש בו רשות מחוקקת שפועלת כסדרה, אין מקום להסתמך על תקנות שעת החירום לאורך זמן. מכאן, שנדרשת החלפת תקנות שעת החירום בחקיקה ראשית - לא רק משום שמגבלת שלושת החודשים של התקנות מכוח סעיף 39 לחוק יסוד הממשלה עומדת לפקוע, אלא גם מכוח ההגבלה המהותית על נחיצות השימוש באמצעי של תקנות שעת החירום בעת שניתן להעביר חקיקה לא בהולה בכנסת.

2. השאלה היא – האם הצעת החוק אכן עומדת בדרישה זאת? לשיטתנו, ההצעה, כפי שמנוסחת כעת, לא עומדת ברף הנדרש. היא למעשה מבקשת להעביר, שוב, **לממשלה** את הסמכות להתקין תקנות דומות לתקנות שעת החירום שתוקנו במסגרת ה"גל הראשון" של הקורונה, והפעם למשך מסגרת זמן של עד עשרה חודשים.

3. אכן, חוק המסגרת המוצע הוא מעשה חקיקה ראשית, ואכן מפורטים בו סוגי הסמכויות וההגבלות על הפעלתן. אך ההגבלות הקבועות על שיקול הדעת השלטוני הן עדיין מעטות ורזות ומאפשרות, בלשון כללית מאד, לפגוע פגיעות קשות, רחבות היקף בזכויות אדם יסודיות ככול תחומי החיים. מהלך שכזה, אף שקבוע בחקיקה ראשית, הוא למעשה "עקיפה" של החובה המהותית לעבור מתקנות שעת חירום לחקיקה ראשית. באופן אפקטיבי, **ההחלטה הקונסטיטוטיובית של הכרזת מצב החירום, הפעלת ההגבלות, היקפן, משכן, וכו' – יהיו בידי הממשלה (בכפוף לצורך לאישור התקנות על ידי הכנסת רק בדיעבד)**. בכך תתפרק הכנסת מחובה מרכזית שלה- הסמכות להסדיר בחקיקה את ההסדרים הראשוניים בנושא חשוב וחיוני, כלומר לערוך, בשם ציבור האזרחים, את האיזונים המורכבים והעדינים בין האינטרס הציבורי בבריאות הציבור לבין זכויות אדם, כמו חירות התנועה, חירות הפעולה, חופש הביטוי וחופש העיסוק.

4. ההצעה (בניגוד לתזכיר) אכן קובעת מודל של אישור התקנות, בדיעבד, על ידי ועדה בכנסת. לפי סעיף 4(ד) להצעת החוק:

"תקנות שהותקנו לפי סעיף קטן (א) יונחו סמוך 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 כאמור בסעיפים 6 ו-7 - בתוך 7 ימים מהמועד האמור; ועדת הכנסת רשאית, במהלך התקופות האמורות, להאריך, לעניין דיון מסוים, 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 (בסעיף קטן זה – המועד האחרון להחלטת הוועדה), 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.

5. מכאן, שאכן הכנסת מקבלת תפקיד של אישור בדיעבד של תקנות הממשלה, ובאם לא תפעיל את סמכותה, התקנות יפקעו. עם זאת, לשיטתנו, ראוי היה לקבוע הסדר המתנה את כניסתן לתוקף של התקנות באישור הוועדה מראש, לצד קביעה כי רק במקרים חריגים ודחופים במיוחד, יכנסו התקנות לתוקף מייד, ויעברו לאישור הוועדה בדיעבד בתוך פרק זמן קצר קצוב וקצר.

6. גם אם מקבלים את המודל של אישור בדיעבד, הנוסח המצורף לעיל בעייתי. באשר לחלק מהתקנות, הוא מאפשר זמן ארוך של 14 ימים עד לאישור הוועדה. מעבר לכך, במידה והוועדה לא החליטה בכך, ניתנים 7 ימים נוספים לאישור במליאה. אנו סבורים ש-3 שבועות שבהן התקנות אינן מאושרות על ידי הכנסת מקרבים אותנו למצב שבו הכנסת, שוב, מתפרקת מסמכותה לקבוע את הנורמות ואת האיזונים. מעבר לכך, הסמכת המליאה להחליט בנושא כזה בעייתית. גם אם במבט ראשון יש למליאה אפקט של לגיטימציה דמוקרטית רחבה יותר מאשר לוועדה – הרי שבישראל, מליאת הכנסת אינה עוסקת בניסוח דברי חקיקה באותה הרזולוציה של עבודת הוועדה. אין במליאה יכולת לנהל דיון אמיתי ואפקטיבי הנכנס לדקויות ולשקלול האינטרסים על אודות תקנות כאלה או אחרות. במליאה גם לא מופיעים מומחים ולא נשמעות עמדות הציבור. מכאן שעלול להיות במליאה אפקט של "חותמת גומי" בו הרוב הפוליטי מאשר את החלטת הממשלה. יוצא כי במקרים שהוועדה לא דנה בתקנה מסוימת, ניתן יהיה לאשר במליאה בהצבעה ותו לא. אם כך יהיה, לא תמלא הכנסת את התפקיד ההכרחי המוטל עליה – לא רק של פיקוח יעיל, אלא גם של אישור קונסטיטוטבי של התקנות.

7. מודל מוצלח הרבה יותר של אישור התקנות בדיעבד הופיע בטיט החוק שהופצה אך לפני שבוע. מודל זה קבע כי על התקנות להיות מאושרות בתוך שבוע על ידי הוועדה, ואם לא כן – הן יפקעו. לשיטתנו – באותם מקרים דחופים הדורשים אשרור בדיעבד – יש לעשות כן בהתאם להסדר שהופיע בטיט החוק. הסדר כזה של אישור בדיעבד¹ מאזן את הצורך בחקיקה ראשית במשמעותה

¹ ראו, למשל, ההסדר להכרזת מצב מיוחד בעורף לפי ס' 9 לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951 או ההסדר לקריאה לשירות מילואים בשעת חירום לפי ס' 8 לחוק שירות המילואים,



המכון הישראלי לדמוקרטיה

הרגילה מול הצורך בהיערכות ובתגובה מהירה למציאות משתנה. הוא מגשים לפחות באופן חלקי את תכלית הדרישה לחקיקה ראשית – שכן הכנסת היא שחוקקה את חוק המסגרת והיא (אמנם במתכונת חלקית) שמאשרת את הפעלתו הקונקרטי.

8. באותו הקשר, מוצע לקבוע בחוק כי בעת התקנת התקנות תפרסם הממשלה באתר האינטרנט שלה את השיקולים והמידע שעמדו בפני מקבלי ההחלטות כאשר עשו שימוש בסמכויות המיוחדות בחוק. כמו כן, מן הראוי לקבוע בחוק שבעת בקשת האישור מוועדת הכנסת, תציג הממשלה ותפרסם לציבור גם את החלופות השונות שנבחנו, העלויות והתועלות הקונקרטיות הצפויות מהמגבלות או מהסמכויות המוקנות בתקנות לממשלה והפגיעות בזכויות שהן מאפשרות. רק כך תוכל הכנסת לקבל החלטה מושכלת. רק כך יוכל הציבור לקיים דיון משמעותי בעניין ולהשתכנע בנחיצות ההגבלות. השקיפות הזו הכרחית כדי להבטיח את אמון הציבור ואת כיבוד ההגבלות. כל זאת לא נעשה בהצעה הנוכחית הדורשת אמנם שיופיעו בפני הוועדה "דברי הסבר". יש יסוד סביר להניח כי הם יהיו דומים לדברי ההסבר שנכתבים על ידי הממשלה בהצעות חוק שהיא מפרסמת בשגרה, אשר המידע המופיע בהן אינו מספיק לסיטואציה החריגה שבה הממשלה מתקינה תקנות מכוח החוק המוצע.

הכרזת מצב החירום

9. באופן עקרוני, העובדה כי התקנות החדשות יסתמכו על הכרזת מצב חירום ספציפית, ולא על סמך "מצב החירום" הביטחוני שבו מצויה ישראל מיום קיומה היא התפתחות חיובית. עם זאת, הכרזת מצב החירום הקבועה בסעיף 2 מותנית בכך ש"שוכנעה הממשלה כי קיים סיכון ממשי להתפשטות נגיף הקורונה ולפגיעה בבריאות הציבור". נקיטה בלשון של 'סיכון ממשי' מייצגת רף נמוך מדי להפעלת סמכויות מיוחדות והיא מאפשרת הרחבה של השימוש בחוק במידה שעולה על הנדרש. אנו סבורים שיש לאפיין את טיב וחומרת האיום בצורה מצומצמת יותר. דרך אפשרית היא הניסוח של הנשיאה חיות בפסק הדין בקשר להרחבת סמכויות השב"כ ("סכנה חמורה ומיידית" בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה). בהצעת "חוקה בהסכמה" (בהנהגת מאיר שמגר, בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה) מדובר באיום חמור ומידי על חיי התושבים. תנאי המיידיות הוא קריטי, שכן אחרת אין שום הצדקה להסדרה המגבילה באופן משמעותי וגורף זכויות יסוד בתקנות שתתקין הממשלה – ולא בחקיקה ראשית ספציפית (בוודאי, כזו שאינה מאושרת אפילו, מראש, על ידי ועדה בכנסת). גם החומרה נדרשת, שכן אחרת כול עוד הנגיף קיים וגם אחרי שיימצא לו חיסון, שכן בכל רגע נתון עשוי

התשס"ח-2008, בהם קבועים הסדרים המעניקים לכנסת כח רב יותר מאשר מעניקה לה ההצעה הנוכחית וקבועי הזמן לאישור קצרים יותר.

להיות סיכון ממשי להדבקה בהיקף כזה או אחר, ואז ניתן יהיה להכריז על מצב חירום. לשיטתנו, גם הכרזה זו, וכל הארכה שלה, חייבת להיות מאושרת בוועדת הכנסת- כחלק מהמהלך של העברת הסמכות מן המחוקק אל הרשות המבצעת. כמו כן, ראוי כי כל החלטה כזו תעשה לא רק לאחר שהועמדה בפניה עמדתו של שר הבריאות, שיגבש עמדתו לאחר התייעצות עם מומחים לדבר, אלא גם עמדתם של שר האוצר ושל היועץ המשפטי לממשלה.

10. אנו מתנגדים לכך שהארכת מצב החירום תהיה ל-45 ימים בכל פעם, **בניגוד להארכה ל-30 יום, כפי שהוצע בתזכיר החוק**. אנו סבורים שהארכתו פעם ב-30 יום מספיקה, בהתחשב בכך שמדובר במצב קיצוני הפוגע קשות בזכויות האדם. קבלת ההחלטה פעם בחודש לא תכביד על הממשלה.

11. בהצעה נכתב שביטול מצב החירום ייכנס לתוקף עם פרסומו. אנו סבורים שאין סיבה לכך, וראוי כי מרגע ההחלטה על ביטול שעת החירום, אין הצדקה להמשיך את קיומו עד פרסומו ברשומות. באופן דומה, אין מקום לקביעה בסעיף 14(ג) להצעה, לפיה ביטול הכרזה על אזור מוגבל ייכנס לתוקף עם פרסומו ברשומות. הערה זו מקבלת משנה תוקף לאור הקביעה בהצעה, כי בנסיבות חריגות ניתן להעניק תוקף להכרזה על אזור מוגבל עוד טרם הפרסום ברשומות.

12. הקביעה, בסעיף 41 ("הוראות מעבר"), כי בעצם חקיקת החוק יש משום הכרזה על מצב חירום בריאותי שנקבעה בסעיף 2, למשך 30 יום (מאז כניסת החוק לתוקף) תמוהה. היא מעידה לטעמנו על חוסר נכונותה של הממשלה לנהל הליך בחינה אמיתי של רמת הסיכון לפני הכרזה על מצב חירום לפי סעיף 2(א) להצעה. אם החוק נועד רק לאפשר את הפעלתו במצב חירום אמיתי, מדוע חקיקתו יוצרת חזקה חלוטה שאכן זה המצב? האופי המלאכותי של הוראה זו מביע יחס בלתי רציני לקיומו של מצב חירום כתנאי לסמכויות מיוחדות ולחשיבות ההכרזה המושכלת עליו. מתחייב שהכרזת מצב חירום תבוא אחרי בחינה מהותית ועדכנית של המצב, לאור הנתונים הרלבנטיים, ועל יסוד שכנוע שמידיות וחומרת האיום אינם מאפשרים להתמודד אתו באמצעים רגילים.

הסמכות להתקין תקנות ותהליך התקנתן

13. סעיף 4 עוסק בסמכות להתקנת התקנות. התנאי לסמכות הממשלה להתקין מנוסח בצורה רחבה ביותר "אם שוכנעה כי הדבר דרוש לשם מניעת ההדבקה בנגיף הקורונה, צמצום התפשטותו, צמצום היקף התחלואה או הגנה על אוכלוסיות הסיכון". גם כאן יש לצמצם את העילה להתקנת התקנות לכך שמדובר בהגנה על אוכלוסיות הסיכון, במניעת הדבקה נרחבת בנגיף, ובהגנה על המערכת הרפואית מפני שיבוש חמור בפעולתה כתוצאה מהתפשטות המגפה. קשה למצוא הצדקה לפגיעה כה קשה בכלכלה ובזכויות האדם, אם לא מדובר בתכליות מצומצמות אלה.

14. החוק לא קובע דבר על תהליך התקנת התקנות בממשלה. לפי ס' 33 לחוק יסוד: הממשלה, הממשלה רשאית לאצול לשר סמכות המוקנית לה, למעט סמכות שבחוק יסוד. ראשית, כדי למנוע תוצאה זו יש לכתוב בחוק זה בפירוש כי סמכויות הממשלה להתקין תקנות אינן ניתנו לאצילה. שנית, ובשים לב לכך שבהתקנת התקנות הממשלה פועלת במקום הכנסת, נראה שראוי לקבוע הסדר הנוגע להליך ההתקנה בממשלה. על פי פרסומים שונים, חלק מתקנות שעת החירום שעסקו בקורונה בתקופה האחרונה אומצו לאחר תהליך לא מיטבי, וזאת בלשון המעטה, של התקנה. תהליך ההתקנה משפיע גם על תהליך הבקרה הציבורית ועל יכולת תיווך אפקטיבי של התקנות לציבור. לשיטתנו, לא יתכן כי תהליך התקנת התקנות יכלול "סבב טלפוני" של שרים בשעות מאוחרות, ללא כל אפשרות לשקול חלופות, לקיים דיון ענייני וכדומה. ייתכן שתקנות שעת חירום, מכוח סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה מאפשרות תהליך שכזה. אך ראוי שהתקנת תקנות שעת חירום מכוח חוק המסגרת המוצע תיעשה בהליך קבלת החלטות מושכל ומסודר, המתבסס על תשתית עובדתית הכוללת שמיעת עמדתם של נציגי המשרדים הנוגעים לדבר ומומחים שונים בתחומים הרלבנטיים, כאשרכול השרים המחליטים נחשפים לעמדות אלה בטרם קבלת החלטה. יש לזכור שמדובר בחקיקה לכל דבר (גם אם חקיקת משנה), ועקרון ההשתתפות החל בחקיקה בכנסת (בג"ץ קוויטינסקי) חייב לחול, מקל וחומר, על חקיקת משנה מסוג זה, בממשלה. אין זה תקין שלמעשה ראש הממשלה ומספר שרים מצומצם הוא שמקבל את ההחלטה, ורק לאחר מכן מתבצעת "הצבעה" באישון ליל (שהיא כביכול קבלת ההחלטה) שלא יכולה באמת לבחון את מכלול רכיבי ההחלטה הקודמת (שרוב השרים לא היו שותפים לה). על החוק לקבוע הליך מוסדר להתקנת התקנות בממשלה, לרבות שלב ההתייעצות – הליך המאפשר לכל השרים שמצביעים על התקנות להיות מודעים לכל השלכותיהן ולהשתתף באופן פעיל בדיון - להעלות הסתייגויות וחלופות.

15. כמו כן, ראוי לשקול הקמת ועדה מלווה ציבורית, אשר תורכב מצוות מומחים כולל נציגי ציבור, שבראשה יעמוד רופא מומחה בבריאות הציבור בעל ניסיון בהחלטות מסוג זה, אשר תקבל נגישות בזמן אמת לכל המידע הרלוונטי ותוכל לשמש כגורם מבקר ומייעץ לצורך שמירה על אמון הציבור. ראוי כי כל החלטה תלווה בפרסום של חוות דעת מטעם מומחים, שתתייחס (בשפה קריאה ונגישה) הן לתועלת האפשרית של ההחלטה מבחינת מניעת ההדבקה והן לעלות האפשרית מבחינת השפעות הבריאותיות, החברתיות והכלכליות, תוך התייחסות לאוכלוסיות שונות. חוות הדעת תצורף לפני ההחלטה ותפורסם לציבור. הסדר שכזה יוסיף רכיב של רציונליות בקבלת החלטות, שיכול לאזן את הגירעון הדמוקרטי שבהפחתת הפיקוח של הכנסת על הממשלה, וזאת באמצעות הזרמת מידע בדוק לציבור.

16. בסעיף 4(ד) נקבע כי תקנות יונחו על שולחן הוועדה בליווי דברי הסבר "בסמוך ככל האפשר לאחר פרסומן ברשומות". אין כל סיבה שלא לדרוש שהתקנות יונחו על שולחן הוועדה **סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן** (השוו: סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, המחייב הנחת תקש"ח על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת "סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן").

17. מן הראוי להבהיר בנוסח החוק, שגם החלטה להאריך תוקפן של תקנות טעונה אישור של הוועדה. בסעיף 4(א) לחוק נקבע כי הממשלה רשאית "לשוב ולהתקין תקנות כאמור, לרבות בדרך של הארכת תוקפן" לתקופות נוספות. למען הסר ספק, יש להבהיר שהארכת התוקף כמוה כהתקנת התקנות לכל דבר ועניין; ויש בה גם היבט של החמרה (בשל התמשכות הפגיעה בזכויות), המצריך הקפדה מיוחדת על חיוניות ההארכה.

מגבלות

18. באשר לשיוריות תקנות, ראוי להבהיר בסעיף 4 לאחר " והכל רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת המטרות האמורות ולאחר שנשקלו חלופות להשגתן וההשפעות על המשק"; כי על הממשלה לבחור בחלופה יעילה הפוגעת במידה הפחותה ביותר בזכויות האדם, ותוך שקילת הפגיעה וההשפעה על המשק.

19. סעיף 6(1) להצעה, מאפשר להתקין תקנות ל-"הגבלת כניסה של אדם למקום מגורים של אחר או התקהלות במקום כאמור של מי שאינם מתגוררים בו...". עשויה להיות הצדקה לאסור על קיום התקהלויות במרחב הפרטי – חתונות, מסיבות גדולות וכו'. אולם, יש לתהות על הצורך להעניק לממשלה סמכות כללית להטיל מגבלות גורפות על כניסת אנשים לבתיהם של אחרים. האיסור הגורף על מי שאינם מתגוררים יחד להתראות זה עם זה גם במרחב הפרטי עלול להתעלם מחשיבותם של קשרים זוגיים, משפחתיים וחברתיים, של מי שאינם מתגוררים יחדיו, שאינה נופלת מזו של המתגוררים יחד. אפשר שבמקרים מסוימים כרוכה באיסור כזה גם פגיעה שאינה מידתית בכבוד האדם. בנוסף, נראה שהמדינה אינה מסוגלת להעמיד משטר היתרים חריגים שייתן מענה למקרים של פגיעה קשה במיוחד כתוצאה מאיסור גורף. ברור שריבוי מגעים חברתיים עלול להביא להדבקה ואולם, לאור הקשיים שפורטו, ראוי לשקול במקרה זה הסתפקות בהמלצות, חלף הסמכת הממשלה להתקין תקנות ואיסורים המתערבים התערבות בוטה בצנעת הפרט של האזרחים.

20. סעיף 7(1) להצעה מאפשר הטלת הגבלה על יציאה ממקום המגורים או על שהייה במרחב הציבורי – בכפוף לרשימה (סגורה) של חריגים שיש לעגן בתקנות – כגון קבלת שירותים חיוניים, השתתפות בהפגנות ועוד. מן הראוי לקבוע מפורשות –

כפי שנעשה ביחס למגבלות באזור מוגבל - כי יש לאפשר יציאה גם לצרכים חיוניים נוספים שלא נצפו מראש, ולקבוע מנגנון מתאים לכך.

21. באשר לשאלת ההפגנות: אנו סבורים שלסעיף 7(2) ראוי להוסיף סיפא, שתוודא כי לא נעשה שימוש חורג בתנאים האמורים בו למניעה, בפועל, של קיום הפגנות משמעותיות או טקסים דתיים. אנו מציעים להוסיף בו " **תוך בחינת דרכים שיאפשרו, ככול שניתן, מימוש מלא של הזכות להפגין והזכות לפולחן דתי.**"

22. לטעמנו, ההגדרה בסעיף 19, המגדירה "התקהלות" כשהייה בסמיכות של שני אנשים ומעלה, אינה סבירה וחוטאת למלה "התקהלות". בייחוד נוכח הקביעה בסעיף, כי ניתן למנוע התקהלות ב"מבנה" – הגדרה כה רחבה עלולה להעניק סמכות מרחיבה מדי לרשויות, למנוע מפגשים בין שני אנשים במרחב הפרטי. אם אכן יש צורך במניעת פגישתם של שני אנשים, יש להשתמש בלשון המתאימה לכך בברור, אחרת יש בכך מסר מבלבל עבור האזרחים אשר לא תמיד יקראו את "האותיות הקטנות". אם אכן רוצים למנוע התקהלות – אז אין צורך בהגדרה כל כך מרחיבה שלה. האיסור על התקהלות של ממש הוא מתבקש, וקל לציבור להבינו ולנהוג לפיו. הכללת מפגש בין שני אנשים בגדר הכלל, עלולה לפגוע בכוח המשכנע של האיסור ובתוקף המיוחס לו על ידי הציבור.

אכיפה

23. סעיף 23(2) קובע הסדר מיוחד, השונה מזה הקבוע בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, ומבקש לאפשר לממשלה לקבוע עבירות פליליות בתקנות מכח הצעת חוק זו. לפי ההסדר:

"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), תתבטל 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."

24. לטעמנו אין הצדקה, באופן רגיל, לחרוג מההגבלה בסעיף 2(ב) בחוק העונשין. **באשר להטלת סנקציה פלילית ומנהלית** – מובן מאליו שיש צורך במקרה זה באישור התקנות **מראש** בוועדה בכנסת. ממילא, כל מעשה חמור מספיק יכול במקרים המתאימים לעלות כדי הפצת מחלה לפי חוק העונשין (סעיף 218), וכל סירוב לפעול בהתאם להוראות שוטרים או פקחים יכול לעלות כדי הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287 לחוק העונשין.

25. ככל שמדובר באותם מקרים דחופים בהם נדרש אישור החקיקה אך בדיעבד, יש צורך בהבהרה בחוק לפיה עד אישור התקנה על ידי הוועדה, **המדינה לא תאכוף את העבירה הפלילית, אלא רק את זו המנהלית.** ההסדר שקיים בהצעה, יוצר מצב מוזר ביותר בו התקנה נכנסת לתוקף, אך בהעדר פעולה של הכנסת היא תבוטל, והאחריות עליה תתבטל רטרואקטיבית מכח סעיף 4 לחוק העונשין (אלא אם כן הכנסת תחליט כי האחריות תעמוד בתוקפה, אפילו שהתקנה בוטלה, מכח סעיף 6 לחוק העונשין). בכל הכבוד, אנו סבורים שזהו הסדר מופרך מן ההיבט של הנחיית התנהגות – הכנסת חייבת שלא ליצור מצבים כאלה של חוסר וודאות באשר לדין הפלילי. המצב בשטח באשר לתקנות המנהליות השונות מבלבל מספיק מבלי להוסיף את מימד הזמן, אישורים או ביטולים רטרואקטיביים. כיצד ניתן להנחות כך את התנהגות הציבור?

26. למען הסר ספק – יש לוודא כי בשום מקרה, החוק לא יאפשר שום סנקציה פלילית או מנהלית, לפני פרסום ברשומות. הצעת החוק קובעת, למשל, כי הכרזה על אזור מוגבל – על שלל השלכותיה – יכולה להיכנס לתוקף במקרים חריגים באופן מיידי, טרם הפרסום ברשומות (סעיף 13(ד)). גם אם עשויה להיות הצדקה להענקת תוקף מיידי להכרזה על אזור כאזור מוגבל (למשל – לעניין סמכות הרשויות להתחיל למנוע כניסה ויציאה מהאזור), יש לוודא שלא תוטל אחריות פלילית או מינהלית (בהתאם לסעיפים 29-30 לחוק) בגין מעשים, שבוצעו טרם הפרסום ברשומות.

סמכויות אכיפה

27. סמכויות האכיפה המעוגנות בחוק – הן אלה הקבועות בחוק עצמו, שיינתנו לגורמי האכיפה שהממשלה תקבע (סעיף 26), והן אלה המהוות חלק מה"ערכה" שהממשלה יכולה להעניק לשוטרים בתקנות (סעיפים 27-28), הינן, בחלקן, רחבות מדי.

סעיף 26 מעניק לגורמי האכיפה שייקבעו סמכות גורפת לדרוש מכל אדם למסור את שמו ומענו ולהציג ת"ז; לדרוש מכל אדם "הנוגע בדבר" למסור "כל ידיעה או מסמך שיש בהם כדי להבטיח או להקל את ביצוען של ההוראות בתחום סמכותו של הגורם המוסמך"; ולהיכנס ללא צו למקומות פרטיים שאינם בתי מגורים (לרבות, לכאורה, כלי רכב פרטיים). הסדר זה איננו מידתי. יש לבחון לגבי כל סמכות את העילות והנסיבות הספציפיות, המצדיקות את הפעלתה, ולקבוע בחוק מבחנים קונקרטיים שבכוחם להנחות את גורמי האכיפה ולהבטיח שימוש ראוי ומידתי בכוחות הניתנים להם. ככל שיש סמכויות ספציפיות שבנסיבות מסוימות אינן דורשות עילה קונקרטית, על הכנסת לציין זאת בפירוש, כדי להבדילן מאלה שדורשות גם-דורשות עילה. באשר לסמכות לפי סעיף 26(2) לדרוש מכל אדם הנוגע בדבר למסור "כל ידיעה או מסמך שיש בהם כדי להבטיח או להקל את

ביצוען של ההוראות בתחום סמכותו של הגורם המוסמך" - מדובר בסמכות רחבה ובעייתית במיוחד, בוודאי כאשר אינה מופעלת בידי שוטרים אלא בידי טווח רחב של עובדי ציבור שאינם מורגלים בביצוע חקירות של עדים. שוב – יש לקבוע את הנסיבות הספציפיות, העשויות להצדיק הפעלת הסמכות ולעגן בחוק. מובן מאלין שסמכות כזו לא אמורה להתגבר על זכותו של אדם שלא להפיל את עצמו, ועל חסיונות ראייתיים אחרים.

28. כך גם לגבי "ערכות" הסמכויות שהממשלה רשאית להעניק למשטרה בסעיפים 27-28 להצעה. גם אם קיים רצון לאפשר לממשלה לקבוע בתקנות את הסמכויות הספציפיות שיינתנו לשוטרים לצורך אכיפת המגבלות הקונקרטיות שיוטלו - עדיין על ה"ערכה" להיות הרבה יותר מפורטת וספציפית. בניגוד להחלטה אם יש צורך בהטלת מגבלות ספציפיות במועד מסוים – לגביה יש הצדקה לאפשר לממשלה גמישות מסוימת כדי להגיב במהירות להתפתחויות בשטח – אין כל סיבה שלא ניתן לקבוע מראש, בהליך חקיקה ראוי, את המתווה הספציפי של הסמכויות שיינתנו, ואת האיזון העקרוני הספציפי שיתקיים בין הצורך האכיפתי ובין הצורך בשמירה על זכויות האדם. כפי שלא היינו מעלים על דעתנו להעניק לממשלה "ערכת" סמכויות כללית לאכיפת הדין הפלילי – מבלי לקבוע בחקיקה ראשית את התנאים הספציפיים להפעלת הסמכויות - אין כל הצדקה לעשות זאת כאן. מדובר בהסדרים ראשוניים מובהקים, הפוגעים בצורה משמעותית בזכויות אדם (השוו: בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה). בהתאם לכך יש לעגן בחוק עצמו את **העילות** והנסיבות הקונקרטיות, המצדיקות הפעלתן של כל אחת מהסמכויות הספציפיות – ולא להותיר זאת לקביעה אד-הוקית של הממשלה, בלחץ הזמן של שעת החירום.

29. כך למשל, סעיף 28 לחוק מאפשר לממשלה להעניק לשוטרים סמכויות אכיפה רחבות נוספות אם יש "צורך חיוני" בכך לשם אכיפת מגבלות שהוטלו לפי סעיפים 6 ו-7 לחוק. סמכויות אלה כוללות בין היתר הסמכות הגורפת "לדרוש מכל אדם להזדהות לפניו ולמסור לו כל ידיעה או מסמך וכן לעכב אדם או כלי תחבורה לשם כך"; וכן הסמכות "להורות לאדם לבצע פעולה אחרת הנדרשת לצורך עמידה בהוראות התקנות." גם כאן יש לעגן בחוק עצמו את העילות והנסיבות הקונקרטיות המצדיקות הפעלת סמכויות אלה. באשר לסעיף 28(5) אנו סבורים שההסמכה "להורות לאדם לבצע פעולה אחרת הנדרשת לצורך עמידה בתקנות" אינה סבירה ונוגדת את עקרונ החוקיות, בהיותה כללית ועמומה לחלוטין. היא איננה יכולה להיחשב להסמכה מכוח חקיקה ראשית.

30. יש לקבוע בפירוש שאת כל סמכויותיהם אמורים השוטרים ובעלי הסמכות האחרים להפעיל לתכלית ראויה, בסבירות ומידתיות.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

31. באשר להפעלת כוח לפי החוק (בסעיפים 27(3), 28(6), 32(1)(ד)) ובכול הוראה נוספת שמסמיכה להפעיל כוח, יש לציין בפירוש כי לא יעשה שימוש בכח שיש בו כדי לגרום סכנה לחיים או לפגיעה בגוף או בבריאות.

32. לשיטתנו, החוק חייב לכלול הסדר הנוגע לסוגיית הכשרת המפקחים, ולא להסתפק ב-"הנחייה" שלהם כאמור בסעיף 25(ג). מסירת סמכויות רחבות למי שאינם שוטרים ואינם מיומנים בהפעלתן עלולה לגרום תקלות קשות.

33. לפני כל נקיטת סנקציה כלפי אדם או עסק, חובה לאפשר לו במפורש את זכות הטיעון. כך גם כאשר שוטר דורש או מבצע מעשים – חייבת להיות עליו חובה להסביר זאת, וראוי שהנושא יוסדר בחוק.

34. יש לקבוע בצורה ברורה כי המגבלות החלות על תקנות לשעת חירום (לפי סעיף 39 (ד) ו-39(ה) לחוק יסוד הממשלה יחולו גם על תקנות מכוח חוק זה. אין סיבה שדווקא לתקנות אלה יהיה כוח חזק יותר מאשר לתקנות שעת חירום רגילות. ככל שאין מנוס מחריגה מהגבלות אלה, הדבר חייב להיעשות בחקיקה רגילה.

סיכום

תכליתה של הצעת החוק הינה מבורכת: מעבר ממשטר של תקנות שעת חירום המבוססות על הסמכה כללית ביותר בחוק יסוד הממשלה, לסמכויות המוגדרות בחקיקה ראשית. עם זאת, לטעמנו גם באשר למודל המוצע וגם בפרטים, ובכל הקשור לסמכויות האכיפה, ההצעה אינה מגשימה את מטרתה. היא משאירה שיקול דעת רחב מדי בידי הממשלה וגורמי האכיפה, ומעט מדי הסדרה ראשונית ופיקוח בידי הכנסת. את הפגמים האלה יש לתקן.

עו"ד לילה מרגלית

ד"ר עמיר פוקס

פרופ' מרדכי קרמניצר

המכון הישראלי לדמוקרטיה