

4 ביוני 2020

לכבוד  
גבי שלומית ברנע פרגו  
היועצת המשפטית  
משרד ראש הממשלה  
ירושלים  
שלום רב,

הנדון: **תזכיר חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם  
נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020**

1. אנו מברכים על היוזמה לקדם חקיקה "רגילה" חלף תקנות שעת חירום, שהותקנו עם פרוץ משבר הקורונה, גם אם "בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון ולהנחיות היועץ המשפטי לממשלה" ראוי היה להקדים ולעשות זאת זה מכבר ולא להמתין ל"פקיעת תוקפן המתקרב של תקנות שעת החירום האמורות" (ר' פרק ב' לתזכיר החוק "מסרת החוק המוצע והצורך בו").
2. כזכור, האגודה לזכויות האזרח ניהלה התדיינות ארוכת שנים נגד מצב החירום "השיגרתי" שמתחדש כלאחר יד פעמיים בשנה, ובאחריתה, לפני שמונה שנים, הטעים בית המשפט העליון ואמר, כי "הגיעה העת להיפרד משארי חקיקת החירום המלווים אותנו מאז קום המדינה", כי "לא בשמים היא" (בג"ץ 3091/99 [האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת](#) (8.5.2012)).
3. בהקשר של משבר הקורונה, ההסתמכות על תקנות שעת חירום מכוח סעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה עוררה קושי גדול במיוחד, כיוון שהיא חורגת מהסמכות ומהתכלית של הוראות החוק האמורות (ראו בג"ץ 2399/20 עזאלה נ' ראש הממשלה (תלוי ועומד)). אלא שכפי שנראה בהמשך, תזכיר החוק שבנדון יכול **לכל היותר** לפתור את המחלוקת בעניין הסמכות, בכך שהוא קובע **במפורש** מקור סמכות עצמאי ונפרד להתקין תקנות שעת חירום לצורך התמודדות עם משבר הקורונה. הא ותו לא. במהותו, החוק המוצע אינו פותר את הבעיות שמאפיינות את חקיקת החרום "הישנה", ובדומה לה הוא פוגע באותם עקרונות יסוד.
4. כזכור, שימוש בתקנות שעת חירום מנוגד **לעקרון הפרדת הרשויות**, בכך שהוא מסמך את הממשלה לקבוע הסדרים שאינם עולים בקנה אחד ואף סותרים חקיקה של הכנסת, שעה ש"משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה בבית-המחוקקים" (בג"ץ 266/68 [עיריית פתח-תקוה נ' שר החקלאות](#), פ"ד (2) 824 831 (1968)). נוסף על כך, חקיקת חירום פוגעת **בעקרון שלטון החוק המהותי**, אשר לפיו הסדרים ראשוניים ובפרט הסדרים **שפוגעים בזכויות אדם** חייבים להיקבע **בחקיקה ראשית** (בג"ץ 6971/98 [פריצקי נ' ממשלת ישראל](#) פ"ד נג(1) 763 (18.3.1999)).
5. החוק המוצע מנוסח בשפה דלה ומותיר לממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים ולפגוע בזכויות אדם. אכן, ההסמכה שבתזכיר החוק תחומה לטווח מסויים של פגיעות והסדרים, ואף נקבעו בתזכיר אמות מידה ותנאים להפעלת הסמכות, אך הגבלות אלו הן דלות וכלליות בשים לב

לחומרה היתרה של הפגיעה שהוא מאפשר בזכויות היסוד. ההסדר המוצע בתזכיר החוק דומה במהותו להסדר שבסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד הממשלה, שעליו נאמר:

"אמת, עקרון שלטון החוק הפורמאלי מתקיים, שכן מחוקק המשנה פועל מכוח ההסמכה הנתונה לו בחוק... אך אין בהסמכה זו כדי לרפא את הפגיעה בעקרון שלטון החוק המהותי הנגרמת מכוחה של חקיקת משנה לשנות תנאים בחוק, להפקיעם זמנית או לקובעם" (בג"ץ [פריצקי](#) הנ"ל בעמוד 777).

6. חמור מכך. תקנות שעת חירום "רגילות" פוקעות מקץ 3 חודשים, אבל "**תקנות שעת קורונה**", שיתוקנו מכוח החוק המוצע, יוכלו להתקיים עד לתום הוראת השעה – עד סוף מרץ 2021.

7. החוק המוצע מאפשר להמשיך ולהתקין **תקנות שעת קורונה** אפילו בנסיבות שבהן "לא ניתן לקבוע הסדרים חקיקתיים חדשים באמצעות התקנת תקנות שעת חירום [לפי חוק יסוד הממשלה, דהיינו...], **מקום בו ניתן לעשות כן באמצעות חקיקה ראשית של הכנסת**" (מכתב היועץ המשפטי לממשלה לראש הממשלה מיום 6.4.2020). מן הראוי שהיכולת להתקין תקנות מכוחו של החוק המוצע תוגבל בדומה להגבלה על חקיקת חירום "רגילה":

"ניתן להניח שלאורך משבר הקורונה התעוררו מצבים דחופים וחיוניים שהצריכו מתן מענה חקיקתי, ולא ניתן היה לפעול באמצעות הליכי חקיקה בכנסת. הדברים נכונים בעיקר לימי פרוץ משבר הקורונה כאשר טרם הוקמה הוועדה המסדרת ויתר הוועדות הזמניות בכנסת ה-23. אין חולק כי בהעדר ועדות הייתה קיימת מניעה מקידום הליכי חקיקה בכנסת. ואולם, משהחלה הכנסת לפעול גם במישור החקיקתי, **מצטמצם עד מאד המרווח העומד בפני הממשלה להתקנת תקנות שעת חירום**. עתה, על הממשלה להצביע על צורך חיוני ודחוף ביותר לקביעת הסדרה אד-הוק, עד שלא ניתן להמתין להסדרתה בהליך חקיקה רגיל. בכל מקרה, מדובר בחריג שאינו מעיד על הכלל. גם במהלך תקופת משבר הקורונה, הכלל צריך להיות שכלל שהממשלה מבקשת לשנות מדבר חקיקה, המסלול שעליה ללכת בו הוא הנחת הצעת חוק ממשלתית על שולחן הכנסת. (תגובת הכנסת מיום 21.4.2020 בג"ץ 2399/20 ענדאלה נ' ראש הממשלה (תלוי ועומד)).

8. לא נעלמו מעינינו ההסדרים, שמאפשרים לכנסת **לבטל את ההכרזה** על שעת חרום בריאותית על פי החוק המוצע, או **לבטל את התקנות** שהותקנו בחסות ההכרזה. אבל דומה שמי שאמונים על הליכי החקיקה ועד עבודת הוועדות אינם נדרשים להסברים כדי לעמוד על ההבדל שקיים, להלכה ועוד יותר מכך – למעשה, בין ביטול מעשה עשוי של הממשלה לבין התהליך הדמוקרטי של מלאכת החקיקה. נכון שבשני המקרים עלול המכבש הקואליציוני לרסק התנגדויות והסתייגויות, אבל ניסיון החיים מלמד שהדיון הפרלמנטרי והציבורי שנלווה למעשה החקיקה מאפשר ביקורת אפקטיבית יותר של הכנסת, וממילא גם של הציבור.

9. כך היה, למשל, שעה שהממשלה ניסתה לקדם חקיקה שתחליף תקנות שעת חירום, שהסמיכו את המשטרה לקבל נתוני מיקום ולאכן מיקום של חייבים בבידוד ([תקנות שעת חירום \(נתוני מיקום\)](#), התש"פ-2020). הצעת החוק הוצגה **כפיתרון הכרחי** שבלעדיו אנו עלולים לחוות התפרצות נוראה. אבל בדיון שקיימה וועדת החוץ והביטחון של הכנסת **הוברר שלא כצעקתה**: שבמשך שבועות נעשה שימוש מינימלי בכלי "ההכרחי" כביכול, ושהמעקב ההמוני חשף רק שלושה חולי קורונה שהפרו את חובת הבידוד. בסופו של דבר "לנוכח הסתייגויות שהועלו בדיונים, ביקשה הממשלה שלא להמשיך לקדם את הצעת החוק... ונפסקו איכוני המשטרה של חייבי הבידוד" (בג"ץ 2109 [בן מאיר נ' ראש הממשלה](#) (26.4.2020), 31).

10. הצורך להגביל ככל האפשר את כוחה של הממשלה להתקין תקנות, שיפגעו בזכויות אדם מקבל משנה תוקף דווקא בימים אלה, ימים שאין להם אח ורע בהיסטוריה השלטונית שלנו. היועץ המשפטי לממשלה והיועצים הפועלים מכוחו בכל שדרות הרשות המבצעת הם שמנחים את הממשלה על מנת שתפעל בגדרי החוק וכדי שלא תיכשל בפגיעה בלתי מדתית בזכויות אדם. גם בענייננו, הם שיפרשו את הוראות החוק המוצע, ובפרט את "**התנאים והכללים הבסיסיים**...". שקבועים בו כדי "**להבטיח כי הממשלה תעשה שימוש מידתי, ממוקד וזהיר בסמכויות שמעניק לה החוק**" (דברי ההסבר לסעיף 3). אבל כוחה של ערובה מוסדית זו עלול להישחק בימים, שבהם אנו עדים למתקפות מעוררות הפלצות של בכירים ברשות המבצעת על שלטון החוק, על "הפרקליטות שבתוך הפרקליטות" ואפילו על היועץ המשפטי לממשלה (וודאו גם [הצעת חוק שירות המדינה \(מינויים\) \(מינוי היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה\)](#), התשע"ז-2017).
11. **הכרזה על מצב חירום** – על רקע הדברים שלעיל יש להעביר את מרכז הכובד שבחוק המוצע אל הרשות המחוקקת. על פי המוצע תוכל הממשלה להכריז על מצב חירום בריאותי "אם שוכנעה שקיימת סבירות גבוהה להתפשטות הנגיף לרמה המסכנת את בריאות הציבור" (סעיף 2).
12. מן הראוי לקבוע כי הכרזה על מצב חירום-קורונה טעונה אישור מראש של הכנסת ולא די בהכרזה של הממשלה המונחת על שולחן הוועדה. מדובר בהחלטה מכוננת המעבירה סמכויות ניכרות מהמחוקק לידי הממשלה, והכנסת היא זו שצריכה להכריז על מצב החירום, על משכו ועל הארכתו.
13. לכל הפחות יש לאמץ את ההסדר הקבוע לעניין זה בסעיף 38 לחוק יסוד הממשלה: ברירת המחלף היא שהכנסת מכריזה, וככל שהממשלה היא שעושה זאת - במקרה של דחיפות המחייבת הכרזה עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת - כי אז תפקע ההכרזה בתוך 7 ימים אם לא אושרה על ידי הכנסת.
14. החשש המתעורר לנוכח העדרן של אמות מידה ברורות ומחמירות יותר להכרזה על מצב חירום, הוא גדול במיוחד לנוכח העובדה שהחוק המוצע כבר כולל הכרזה "built in" על קיומו של מצב חירום (סעיף 18). אנו נמצאים כבר אחרי הגל הראשון – ויש לקוות היחיד – של התפרצות המחלה. לא ברור מהן הנסיבות הקיימות היום, שבגינן מבקשת הממשלה מהכנסת להתפרק מסמכויותיה וכוחותיה והעבירם לידי הממשלה.
15. **הסמכות להתקין תקנות** – בדומה להכרזה גם חקיקת החרום עצמה צריכה להיקבע, לפחות כברירת מחלף, על ידי הכנסת ולא על ידי הממשלה. למצער, ככל שהממשלה סבורה שיש דחיפות שאינה מאפשרת כל שיהוי, יש לאפשר לה להתקין את תקנות החרום ההכרחיות, ותוקפן של אלו יפקע ככל שהכנסת לא תאשר אותן.
- לאורך כל התזכיר נקבע, כי הממשלה היא המוסמכת להתקין תקנות. יחד עם זאת בסעיף 3(ה) לתזכיר יש התייחסות לתקנות שהתקין ראש הממשלה וסעיף 15 לתזכיר קובע שראש הממשלה ממונה על ביצוע החוק. מקביעות אלה בצירוף האמור בסעיף 37(א) לחוק יסוד: הממשלה עולה, כאילו ראש הממשלה לבדו מוסמך להתקין תקנות (ראו גם סעיף 5 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 "[חקיקת משנה: נוהל והנחיות](#)"). לא בכדי נקבעה בתזכיר הסמכה חריגה לממשלה כולה להתקין תקנות, לאור הסמכויות מרחיקות הלכת שנקבעו בתזכיר. **אין לאפשר לראש הממשלה לעקוף את הממשלה ולהתקין תקנות לבדו**. לפיכך יש לקבוע בסעיף 15 לתזכיר, כי הממשלה היא הממונה על ביצוע החוק, ולמחוקק את המילים "או התקין ראש הממשלה" מסעיף 3(ה) לתזכיר.

16. **הנגשה של התקנות** – סעיף 3(ה) קובע שיש להביא את התקנות החדשות "לידיעת הציבור באופן בהיר ונגיש לקבוצות השונות באוכלוסייה... לרבות באופן המותאם לצרכיהם של אנשים עם מוגבלות". אכן, מן הראוי להבטיח שהתקנות יגיעו לידיעתו של כל אדם ואף יהיו נהירים לו, במיוחד בשים לב לכך ש"טעות במצב משפטי" גם אם היא "בלתי נמנעת באורח סביר" אמנם פוטרת מאחריות פלילית (ר' סיפא [לסעיף 34](#) לחוק העונשין) אך לא מעושה של מגיפה. מאותו טעם יש לפרט במפורש גם הנגשה לשונית ובפרט לשפה הערבית, ובמקומות שבהם מרוכזים דוברי אמהרית, טיגרינית, רוסית וקהילות לשוניות אחרות – גם בשפות אלו.
17. **הנגשה של דברי ההסבר** – הצורך בהנגשה מרבית חל, גם אם במידה פחותה במקצת, גם על דברי ההסבר שנלווים לתקנות (ר' סעיף 3(ד) לתזכיר). הסברים והסברה יקדמו ציות להוראות טוב יותר מאשר פיקוח וסנקציות פליליות. פיקוח אכיפה ואפילו קנסות לא יקדמו ציות להוראות כפי שתעשה זאת ידיעה והבנה לרציונאל שעומד ביסוד
18. **עונשין** – תזכיר החוק מותיר את שיקול הדעת באשר לקביעת העבירות הפליליות לידי הממשלה במסגרת התקנות. נוכח אופיין והיקפן של ההגבלות שניתן להטיל על זכויות הפרט בתקנות, ההחלטה בשאלה אילו הפרות של ההגבלות יוגדרו כעבירות פליליות שבגינן ניתן להטיל קנס, הינה הסדר ראשוני מובהק שצריך להיקבע בידי הרשות המחוקקת ולא בתקנות. אמנם הסמכות להתקין תקנות לביצוע חוק כוללת גם את הסמכות לקבוע עבירות על התקנות ועונשים לפי [סעיף 2\(א\) לחוק העונשין](#), תשל"ז-1977, אלא שבמקרה שלפנינו התקנות משקפות את ההסדרים הראשוניים עצמם ומשכך – כפי שאת התקנות עצמן ראוי להותיר ככל הניתן בידי הכנסת, מקל וחומר שגם סעיף העונשין צריך להיקבע על ידי הכנסת.
19. לחלופין ובכפוף לאמור לעיל, יש להכפיף את תוקפן של עבירות חדשות שיקבעו על ידי הממשלה באישור ועדה של הכנסת, כנהוג וכמתחייב בחוק (סעיף 2(ב) לחוק העונשין).
20. יודגש, כי כלל לא ברור מה ההצדקה להותרת סעיף העונשין מחוץ לחוק שכן ההצעה מפרטת את סוגי ההגבלות שניתן יהיה להטיל במקרה הצורך. אף אם צפויים שינויים תכופים בסוגי ההגבלות שיוטלו, הניסיון מלמד כי העבירות הפליליות לא צפויות להשתנות תדיר.
21. **סמכויות האכיפה** – סעיף הסמכויות (סעיף 12) מנוסח באופן כוללני ומופשט מבלי שניתן להעריך האם מדובר בהסדר מידתי וסביר. תזכיר החוק אינו קובע מהן הסמכויות הדרושות לאכיפת הגבלה כזו או אחרת אלא מעניק לממשלה את האפשרות לבחור מבין רשימה של סמכויות את הדרושות לה. העקרון המנחה בחקיקה הכוללת סמכויות אכיפה או פיקוח הוא שהסמכויות "צמודות" להוראות חוק באופן ספציפי על מנת להבטיח כי רק אותן סמכויות שנדרשות לגורם האכיפה יוקנו בידי ורק בהתקיים עילה ספציפית.
22. באשר להיקף הסמכויות המוקנות לגורמי האכיפה, אין להתיר לגורמי האכיפה להיכנס לבתי מגורים ללא צו נוכח הפגיעה הקיצונית בזכויות הפרט. גם סמכות השימוש בכוח שנקבעה בסעיפים 12(ו) ו-12(ז) אינה מידתית בדרך שבה היא מנוסחת. כך, לדוגמה, שוטר יהיה מוסמך להפעיל כוח כלפי אדם שמבקש להיכנס למקום שהוכרז כ"איזור מוגבל" לפי סעיף 10 אם אותו אדם סירב לדרישת ההזדהות (סעיף 12(ו) ו-12(ד)). ברור, כי במקרה כזה שימוש בכוח כדי לאלץ את האדם להזדהות איננו מידתי ואין לו כל הצדקה שכן ניתן להסתפק במניעת כניסתו ל"איזור המוגבל".
23. **סמכויות פיקוח לעומת אכיפה** – סעיף הסמכויות נוקט באופן בלתי מובחן בלשון של "פיקוח" ו"אכיפה" (סעיף 12(א) ו-12(ד)). ראשית, יש להבחין באופן ברור בין סמכויות הדרושות לפיקוח

על הוראה מסוימת לבין אכיפה של עבירות במקרה שקיים חשד להפרה. שנית, אין זה ראוי כי שוטר יידרש לפקח על תקנות הנוגעות לשמירה על בריאות הציבור. באופן שגרת, תפקידה של המשטרה להפעיל את סמכויותיה כלפי מי שיש **חשש שהפרו את החוק** והיא אינה מבצעת פעולות פיקוח כלפי אזרחים. משכך, לא ראוי להעניק בידי שוטרים סמכויות כלליות לפקח על קיום ההוראות מבלי שקיים חשד לביצוע עבירה.

24. **הרחבת סמכויות האכיפה על ידי הממשלה באמצעות "סעיף סל"** – נוכח הפגיעה בזכויות יסוד בעת הפעלת סמכויות האכיפה, הגדרתן של אלו צריכה להיעשות באופן מפורט וברור בחוק עצמו ואין לפתוח פתח להרחבת היקף הסמכויות באמצעות התקנות כפי שמוצע ב"סעיף הסל" (סעיף 12(ז)(6)).

25. הניסיון שהצטבר בחודשים האחרונים מחייב הטלת חובות מוגברים על שוטרים בבואם לאכוף את הגבלות הקורונה לאור האופי הייחודי של איסורים פליליים אלו ואי הוודאות הגדולה באשר להגבלות המעודכנות לאור השינויים התכופים שמוכנסים בהן. משכך, יש להרחיב את ההסדר שבסעיף 12(ח) ולקבוע חובת הזדהות של כל גורם מוסמך, גם **מבלי שהאזרח דרש זאת**, כמו גם חובה להבהיר את סיבת הדרישה המופנית לאזרח ואף לאפשר לו להגיב.

26. **הצורך ברשת ביטחון חברתית וכלכלית לנפגעים מההסדרים שייקבעו בחקיקת החרום.** הניסיון שרכשנו, שלא בטובתנו, במרוצת החודשים האחרונים מורה שההגבלות שהוטלו על כלל האוכלוסייה – גם אם היו הכרחיות – הסבו פגיעות קשות בתנאי החיים והקיום של רבים. גם ניכר היה שוני גדול מאוד בין תושבים ותושבות מבחינת היקף הפגיעות וחומרתן. פגיעות קשות במיוחד נגרמו למשפחות מרובות ילדים, לאנשים שחיים בעוני, לאלה שנאלצו להעביר את הסגר בדירות קטנטנות וצפופות ובתנאים מחיה קשים, לאנשים ונשים שאיבדו באחת את מטה לחמם, ולקשישים שלא בורכו במשפחה מסורה ודואגת. כולנו סבלנו בחודשים האחרונים מהגבלות וממצוקות, אך יש מי שחוו פגיעות קשות במיוחד, שלא פעם עלו כדי "פגיעה בכבוד האדם" (והשוו סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה).

27. מן הראוי שכל גזירה וכל הגבלה שיושתו בחקיקת החרום **יגובשו וייקבעו ביחד עם הסדרים שיבטיחו מענה בסיסי למצוקה הקשה שכרוכה בהם**, כפי שנהגו המדינות הדמוקרטיות שנדרשו להטיל גזירות והגבלות על האזרחים והאזרחיות. כל דבר חקיקה שקובע סמכות להטיל הגבלות וגזירות, ראוי שגם יכרוך סמכות זו בחובה מקבילה לייצר רשת ביטחון כלכלית וחברתית, שתבטיח שאיש לא יופקר לגורלו ושתמנע פגיעה בכבוד האדם.

בכבוד רב ובברכה,

אן סוצ'יו ואבנר פינצ'וק, עו"ד

#### העתקים:

מר רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי - חוקתי)  
גב' דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-מנהלי)  
גב' עמית מררי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי)  
מר אייל זנדברג, יועץ וחקיקה, משרד המשפטים