

# מדינת ישראל<sup>1</sup>

## משרד המשפטים

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-חוקתי)

ירושלים: ט"ו באלול התש"ף  
4 בספטמבר 2020  
תיקנו: 803-04-2020-001380  
סימוכין: 803-99-2020-063270

לכבוד,  
פאדי ח'ורי, עו"ד  
מרכז עדאלה

שלום רב,

הנדון: מענה לפנייתך בעניין חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש  
(הוראת שעה) התש"ף-2020  
סמך: מכתבך מיום 24.8.20

1. בפנייתך שבנדון הועלו מספר טענות הנוגעות לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן גם: "חוק הסמכויות המיוחדות" או "החוק").

2. בבסיס פנייתך עומדות טענות בדבר אי-חוקתיות חוק הסמכויות המיוחדות הנסמכות על שני אדנים. ראשית, לפי הנטען, אי החוקתיות נובע הן מעובדת התנגשותו עם סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה והן מפגיעתו הלא מידתית בזכויות חוקתיות ועקרונות יסוד חוקתיים מבלי שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה; שנית, הליך החקיקה של החוק נגוע בפגם היורד לשורש ההליך באופן אשר מצדיק, כנטען, את פסילת החוק. להלן נעמוד בקצרה על טענות אלה ונסביר מדוע אנו סבורים כי אין בהן ממש. נבהיר כבר עתה כי עמדתנו היא כי לא נפלו בחוק או בהליך קבלתו פגמים המצדיקים פסילתו, או הימנעות מיישומו לרבות התקנת תקנות לפיו.

3. כידוע חוק הסמכויות המיוחדות נחקק ביום 23 ביולי 2020 כחלק ממכלול המאמצים להתמודדות עם התפשטות נגיף הקורונה בישראל. יצוין כי ראשיתו של החוק בהצעת חוק ממשלתית, שנועדה לעגן בדרך המלך, קרי בחקיקה ראשית של הכנסת, הסדרים מהסוג שנקבע קודם לכן בארבעה סטים של תקנות שעת חירום שהתקינה הממשלה מכוח סמכותה לפי סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה. למעשה בעת שנחקק, היו עיקר ההסדרים האמורים קבועים בארבעה חוקים שהאריכו או קיימו, באופן זמני, את תוקפן של תקנות שעת החירום שפקעו בינתיים - החוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020; החוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020; החוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"ף-2020 והחוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), התש"ף-2020.

4. כפי שהודגש גם בדברי ההסבר להצעת החוק, ההסדרים שנקבעו בתקנות שעת החירום שתוקפן קוים או הוארך בחוקים המפורטים, נדרשו באופן מיידי וחיוני על מנת להתמודד עם התפשטות הנגיף בישראל. מהלך חקיקתי כולל זה, שתחילתו בהתקנת תקנות שעת חירום, כאשר לא נמצאה סמכות חוקית אחרת למתן ההוראות הנדרשות למניעת התפשטות מסוכנת של המגיפה והמשכו בהליך חקיקת החוק מושא פנייתך - נעשה במצב דברים חריג בהיקפו ובאופיו של מאבק בינלאומי בהתפשטות חוצת הגבולות של נגיף הקורונה. נזכיר כי הנגיף הוכרז על ידי ארגון הבריאות הבינלאומי כפנדמיה, מגפה כלל עולמית שהתפשטה על פני אזורים רבים. מצב דברים זה, אשר הצריך יישומם של כללים לצמצום ולהגבלה של מפגשים בין אנשים ולשמירה על ריחוק פיזי בין בני אדם באופן שיאפשר את מניעת ההדבקה בנגיף, חייב הטלת מגבלות משמעותיות על הפעילות במגוון תחומי החיים של היחיד והחברה, בהן הגבלות על התנועה וההתקהלות במרחב הפרטי והציבורי, הגבלות בתחום העבודה והעסקים, הגבלות בתחום החינוך, התרבות והפנאי ועוד.

5. נציין בהקשר זה, כי נוכח ההכרה בתקדימיות של החוק וההבנה כי יהיה בסמכויות אלה כדי לפגוע בזכויות יסוד ובמרקם החיים הבסיסי של אוכלוסיית המדינה, נערכה עבודת מטה קפדנית בקשר למנגנוני האיזון והבקרה הכלולים בחוק – בריכוזם של עורכי הדין איל זנדברג וגאל אזריאל האמונים על התחום בייעוץ בחקיקה - והתקיימו גם דיונים רבים בנושא בראשות הח"מ, וכן בראשות היועץ המשפטי לממשלה ושר המשפטים. באופן מיוחד נדונו ברמה הבכירה ביותר סוגיות מורכבות כגון ההגנה על הזכות להפגין ומתווה הפיקוח הפרלמנטרי על התקנות שמכוח החוק.

6. אין חולק כי חוק זה העניק לממשלה סמכויות רחבות למדי להתקנת תקנות שיש בהן כדי להביא לפגיעה משמעותית בזכויות האדם. הענקת סמכויות אלה נבעה, ועודנה נובעת, באופן ישיר מהצורך שנוצר בעקבות התפשטות הנגיף ומחובתה של המדינה להגן על שלום הציבור ובריאותו.

7. עם זאת, בשונה מהנטען בפנייתכם, אנו סבורים כי בנסיבות המיוחדות שנוצרו, ההסדר שעוגן בחוק הוא מידתי ועומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. תכליתו הברורה של החוק, שנועד לעגן בדרך המלך בחקיקה ראשית את סמכויות הממשלה להתמודדות עם נגיף הקורונה וליתן בידיה כלים חיוניים להתמודדות עם התפשטותו תוך הגנה על חיי אדם, היא תכלית ראויה מאין כמותה. תכלית זו שימשה את הבסיס לחקיקה שהקנתה סמכויות דומות לממשלות במדינות דמוקרטיות שונות ברחבי העולם. כמו-כן, החוק עוצב בקפידה באופן הכולל מנגנונים שונים המבטיחים את השימוש המידתי בסמכויות המוקנות מכוחו ואת צמצום הפגיעה בזכויות למינימום ההכרחי.

8. מבלי שיהיה בכך כדי למצות את כלל מנגנוני האיזון והבקרה הקבועים בחוק, יפורטו להלן העיקריים שבהן.

א. **ראשית**, סמכות התקנת התקנות עצמה, כפי שהיא מעוגנת בחוק, כוללת בתוכה **איזונים הליכיים ומהותיים** שנועדו לתחם את סמכותה של הממשלה ולהתוות את שיקול דעתה. כך למשל קובע החוק כי הממשלה (בעצמה או באמצעות ועדת שרים) היא בעלת הסמכות להתקין תקנות מכוחו, זאת לאור היקפה הרחב של הסמכות והתפרסותה על מגוון תחומי החיים. כמו-כן החוק מחייב כי בטרם יותקנו התקנות תיבחן ותיבדק התשתית העובדתית המקימה את הצורך בהתקנתן וזו תוגש לבחינתה של הוועדה של הכנסת בליווי דברי הסבר המפרטים את הצורך בקביעת ההגבלות המבוקשות. גם בהיבט המהותי מבנה החוק את שיקול דעתה של הממשלה בשימוש בסמכויות מכוחו ומבטיח כי ההגבלות יוטלו רק אם שוכנעה כי הן נחוצות וחיוניות לצורך התמודדות עם המאבק במגפה. בדרך זו מעגן סעיף 4 לחוק את דרישת המידתיות וקובע בצורה מפורשת כי התקנת התקנות תיעשה רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת המטרות ולאחר שנשקלו החלופות להשגתן, פגיעתן בזכויות והשפעתן הצפויה על המשק.

ב. **שנית**, ההסדרים המעוגנים בחוק מבטיחים קיומו של **הליך פיקוח פרלמנטרי ראוי** אשר מהווה מנגנון פיקוח ובקרה על ההסדרים הנקבעים בידי הממשלה בתקנות, לרבות מידתיותן. בהקשר זה נציין את הנקודות הבאות:

1. חוק של הכנסת הוא זה שקבע את ההכרזה הראשונה על מצב חירום בשל נגיף הקורונה לפי החוק (ראו סעיף 51), שרק בהתקיימותה מוסמכת הממשלה להתקין תקנות לפיו.
2. החוק מחייב את הממשלה לקבל את אישורה של הכנסת או של ועדה מוועדותיה, כאשר היא מבקשת להאריך את ההכרזה האמורה וכן לערב גופים אלה בהליך האישור כאשר היא מבקשת להתקין תקנות מכוח סמכותה הקבועה בסעיף 4 לחוק.
3. בידי הכנסת הסמכות להחליט בכל עת על ביטול הכרזת הממשלה על מצב חירום כאמור.
4. המנגנון הקבוע בסעיף 4(ד)(1) לחוק, המחייב את הממשלה ככלל ליתן פרק זמן של 24 שעות בטרם יכנסו לתוקף התקנות עליהן החליטה ולהגישן לוועדה של הכנסת בליווי דברי הסבר, מהווה שכבת בקרה ופיקוח נוספת. מנגנון זה מאפשר לוועדה של הכנסת לקיים דיון פומבי ולהחליט שלא לאשר את ההסדרים שמבקשת הממשלה לעגן או לאשר את חלקם עוד בטרם ייכנסו התקנות לתוקף ויוצאו אל הפועל. הליך זה משקף היטב את האיזון בין הצורך הברור במתן מענה מהיר, יעיל ואפקטיבי להתמודדות עם המציאות המשתנה של התפשטות הנגיף והעליה בקצב התחלואה, לבין הצורך לאפשר לכנסת לפקח על שימוש הממשלה בסמכויותיה ואף להגבילו.

5. בחלוף המועד הקובע לאישור התקנות מראש בידי הוועדה ולאחר שפורסמו ברשומות ונכנסו לתוקף, בסמכות הוועדה לקיים דיון בתקנות ולהחליט בדבר אישורן, אישורן החלקי, ביטולן או שינוי תקופת תוקפן וזאת במסגרת הזמנים הקבועה בסעיף 4(ד)(2) לחוק. עוד קובע הסעיף כי ככל שלא תקבל הוועדה החלטה בעניין התקנות בתקופה הקבועה, אלו יובאו לאישור בהצבעה בכנסת. יודגש כי אם הוחלט בוועדה או במליאת הכנסת שלא לאשר את התקנות, או שלא התקבלה החלטה בעניין בחלוף המועדים הקבועים בסעיף, יפקע תוקפן של התקנות ובכך ניתן כוח משמעותי נוסף לפיקוח הפרלמנטרי להביא לביטול התקנות, גם אם בדיעבד.

ג. **שלישית**, ההסדרים המעוגנים בחוק הם **הסדרים זמניים** והדבר בא לידי ביטוי בכמה רבדים. המדובר בחוק אשר נחקק כהוראת שעה לתקופה של כאחד עשר חודשים בלבד. בנוסף, הפעלת הסמכויות לפי החוק מותנית בהכרזה על מצב חירום אשר אותה רשאית הממשלה להכריז לתקופה מוגבלת בזמן של 60 יום, שהארכותיה תחומות בזמן גם הן ומחייבות אישור ועדה של הכנסת, כאמור. כך גם תקופת תוקפן של התקנות אותן מוסמכת הממשלה להתקין מכוח החוק מוגבלת בזמן לתקופות התואמות את מהות המגבלות שמבקשים להטיל, חומרתן ופוטנציאל הפגיעה בזכויות מכוחן – תקופת תוקפן של מרבית התקנות מוגבלת ל-28 ימים, ותקופת תוקפן של התקנות המטילות הגבלות במרחב הפרטי והציבורי שפוטנציאל פגיעתן בזכויות יסוד גדול יותר מוגבלת ל-14 ימים בלבד.

9. אלה הן רק דוגמאות מרכזיות לדרכים שבהן מבטיח החוק את המידתיות של הפגיעה בזכויות היסוד, בצד ההליכי ובצד המהותי גם יחד. עיון מדוקדק בחוק עצמו יגלה דוגמאות נוספות, שלא כאן המקום והשעה לפרטן.

10. טענה נוספת שעלתה בפנייתך היא כי החוק אינו תואם עקרונות יסוד במשפט הפלילי בשני היבטים. באשר לעיקרון המעוגן בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, לפיו לשם חקיקת עבירות יש צורך באישור וועדה מוועדות הכנסת - יוסבר כי אכן בשל הנסיבות המיוחדות של מצב החירום והצורך הנובע ממנו לקבוע הגבלות שייכנסו לתוקף באופן מיידי, נקבע בחוק באופן חריג מנגנון אישור פרלמנטרי בדיעבד, השונה מהאמור בסעיף 2(ב) לחוק העונשין. סעיף זה נועד לאפשר ביקורת פרלמנטרית על קביעת עבירות ועונשים בחקיקת משנה, נוכח פוטנציאל הפגיעה המשמעותי שלהם בזכויות יסוד, כגון הזכות לחירות וזכות הקניין. עם זאת, במצב החירום שנוצר בישראל עקב התפשטות נגיף הקורונה, נוצר צורך מיוחד, כאמור, לקבוע מגבלות מיידיות כמענה להתפשטות המחלה, לעיתים בן לילה. כך הראה גם הניסיון שנצבר מהתמודדות עם משבר הקורונה בחודשים שקדמו לחקיקת החוק.

לפיכך נקבע מנגנון אישור שונה, המאזן בין הצורך הדחוף והמיידי בהטלת מגבלות אכיפות, ובין הדרישה בחקיקה להעביר בכור ההיתוך של הדיון הפרלמנטרי. איזון זה בא לידי ביטוי בשני תנאים מרכזיים להתקנת התקנות לפי חוק הסמכויות המיוחדות: ראשית, העונש בצד העבירות הוגבל לעונש קנס בלבד ולא כולל רכיב של עונש מאסר; שנית, נקבע מנגנון העברת התקנות לוועדה של הכנסת 24 שעות טרם כניסתן לתוקף כפי שפורט לעיל, אשר מאפשר לוועדה לדון באופן דחוף בתקנות בפרק זמן זה ולמנוע מראש את כניסתן לתוקף, או לדון בתקנות גם לאחר כניסתן לתוקף ולהביא לביטולן בדיעבד. תנאים אלו מבטיחים דיון ציבורי בעבירות שייקבעו וביקורת הרשות המחוקקת, כפי שאכן נעשה בפועל.

11. ההיבט השני לגביו הלנתם בהקשר זה נוגע לעיקרון החוקיות המעוגן בסעיף 1 לחוק העונשין, אשר לפיו על העבירות להיות ברורות ובהירות וליצור וודאות לגבי האסור והמותר. יובהר כי מנגנון הביקורת הפרלמנטרית בחוק מאפשר ביטול של עבירה פלילית שנכנסה לתוקף בהחלטה של וועדה מוועדות הכנסת או הכנסת. יודגש כי אם הוועדה או הכנסת לא אישרו את התקנות – התקנות יפקעו בתום התקופה הקבועה בחוק לאישור כאמור. מצב זה אמנם חריג אך הוא אינו נדיר. גם כאשר הכנסת מבטלת תקנות שעת חירום לפי סמכותה מכוח סעיף 39(ו) לחוק-יסוד: הממשלה, נוצר חוסר וודאות דומה. חוסר וודאות זה, כפי שצוין לעיל, הינו תוצאה של האיזון שנקבע בחוק בין הצורך ליצור נורמות פליליות מיידיות שיהיו ברורות אכיפה, ובין הדרישה לביקורת פרלמנטרית. יודגש עוד כי משמעות אי-אישור העבירות היא כי לא יהיו השלכות פליליות כלשהן לאותן עבירות, אלא אם הוועדה החליטה להותיר את העבירות בתוקף עד הביטול, ובעניין זה הוחלו הוראות סעיף 4 לחוק העונשין. ביטול כל התוצאות הפליליות של העבירה מאפשר להשיב את המצב לקדמותו ומתמודד עם השלכות חוסר הודאות בתקופת הביניים ועד להחלטת הוועדה או הכנסת, או עד סיום התקופות הנקובות בחוק.

12. בפנייתך נטען עוד כי חוק הסמכויות המיוחדות אינו חוקתי אף מן הטעם שהוא מתנגש עם סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה. טענה זו מתבססת על עמדתך לפיה הסדרי החירום הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה מהווים את המסגרת הנורמטיבית-חוקתית של דיני החירום. בכל הכבוד, אנו סבורים כי ביסוד עמדה זו עומדת הבנה מוטעית של העקרונות החוקתיים הנוהגים בקשר לדיני החירום. אכן, חוק-יסוד: הממשלה מסמיך את הממשלה, בעת שהוכרז על מצב חירום, להפעיל סמכויות נרחבות עד מאד (כפוף למגבלות המנויות בסעיף 39) ואף לגבור על הוראות של חקיקה ראשית. ואולם, זהו הסדר כללי ורחב שמעוצב באופן זה כדי לאפשר התמודדות עם מצב חירום שסיבותיו לא ידועות מראש ובתנאים שבהן הכנסת עצמה אינה יכולה להתכנס ולחוקק את הסמכויות הנדרשות להגנת המדינה והאינטרסים החיוניים שלה. הסדר חריג זה נועד לעגן אך את מצב החירום הכללי הקבוע בו, ואותו בלבד, ואין הוא הסדר ממצה. בוודאי שאין הוא שולל מהכנסת את כוחה, כרשות המחוקקת הפועלת במסגרת המגבלות של חוק-יסוד:

כבוד האדם וחירותו, להקנות לממשלה סמכויות פרטניות בהקשר מסוים שבו הן נדרשות, גם אם מדובר במצב שאותו ניתן לכנות "מצב חירום".

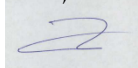
זאת ועוד, אנו סבורים כי דווקא מנקודת המבט של המשפט החוקתי יש להעדיף ככל הניתן כי הכנסת היא שתחוקק הסדרים ראשוניים והיא שתעניק לממשלה את סמכויותיה לפגוע בזכויות יסוד, גם בשעת חירום, ככל שהדבר אפשרי. הכנסת מוסמכת לקבוע, בחקיקה ספציפית, מנגנונים יעודיים של הכרזה על מצב חירום לצורך מסוים והקמת סמכויות חירום המותנות באותה הכרזה, ללא זיקה למנגנון הקבוע בחוק-יסוד: הממשלה. התניית הסמכויות בהכרזה דווקא מוסיפה משוכה בדרכה של הממשלה ובכך יש בה כדי לצמצם את השימוש בסמכויות הפוגעניות. אכן, דרך המלך היא חקיקה בידי הכנסת, בשגרה כבחירום. כך נעשה אף במקרה של חוק סמכויות מיוחדות למאבק בנגיף הקורונה. נוכח האמור, ברי לטעמנו כי החוק הנדון עולה בקנה אחד עם ההסדר שבסעיפים 38 ו-39 לחוק-יסוד: הממשלה ועם העקרונות החוקתיים העומדים ביסודו.

13. לבסוף, באשר להליך חקיקת החוק, יצוין כי מטבע הדברים, בשל ההתמודדות הבלתי צפויה עם התפשטות נגיף הקורונה בישראל, והצורך בהחלפת ההסדרים שעוגנו בתקנות שעת חירום ובמתן כלים חוקיים בידי הממשלה להתמודד עם מצב החירום, קצב הדיונים בכנסת היה מהיר יחסית, אך עדיין החוק נדון במשך דיונים ארוכים ומקיפים שהתנהלו על פני ימים לא מעטים. מכל מקום, יודגש כי כלל ההסדרים שעוגנו בחוק נדונו בצורה מפורטת בכנסת תוך שנתקיימו אודותיהם כאמור דיונים רבים וממושכים, בהם נטלו חלק נציגים ממשרדי הממשלה הנוגעים בדבר (שסיפקו הסברים לחברי הוועדה) ונשמעו גם עמדותיהם של נציגים מן הציבור. על-כן, עמדתנו היא כי לא נפל פגם בהקשר זה, ודאי לא פגם "היורד לשורש ההליך" בחקיקת החוק שבנדון.

14. לסיכומם של דברים, ונוכח כל המפורט לעיל לא מצאנו בסיס לקבלת טענותיכם באשר לפגמים שנפלו בחוק או בהליך קבלתו.

ב ב ר כ ה,

רז נזרי, עו"ד



המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-חוקתי)

העתק:

ראש הממשלה

שר המשפטים

שר הבריאות

היועץ המשפטי לממשלה

מזכיר הממשלה

יושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט

ממלאת מקום היועץ המשפטי לכנסת