חקיקה זמנית בימי קורונה

דניאל שטאובר, גאיה הררי־הייט ואיתי בר־סימן־טוב*

במאמר זה מוצגת תמונה אמפירית על השימוש הנרחב בחקיקה זמנית (המכונה גם "הוראת שעה") ככלי להתמודדות עם אתגרי נגיף הקורונה בישראל. בחלקו הראשון של המאמר מוצגת מגמת העלייה הדרמטית של החקיקה הזמנית בעת הקורונה תוך התחקות אחר התכליות והרציונלים שהובילו את המחוקקים לעשות שימוש דווקא בכלי חקיקתי זה. בחלקו השני של המאמר נבחן השימוש בחקיקה זמנית מול חלופות אחרות לקביעת הסדרים זמניים ודחופים – תקנות שעת חירום ותקנות הקורונה. לאחר מכן, נסקרים הקשיים והכשלים שהתעוררו ושעלולים להתעורר בשל השימוש הנרחב בהוראות שעה בזמני משבר בכלל ובתקופת הקורונה בפרט. לבסוף, ומתוך ההנחה שלפיה החקיקה הזמנית היא ה"רע במיעוטו" בתקופות משבר, מוצעות במאמר כמה הצעות נורמטיביות לטיוב החקיקה הזמנית בתקופה זו ולהתגברות על הקשיים שהשימוש בה מעורר.

א. מבוא. ב. עלייתה של החקיקה הזמנית בעידן הקורונה. ג. תכליותיהן של הוראות שעה בעידן הקורונה: 1. מענה זמני לצורכי השעה ומענה למצבי חירום או משבר; 2. חקיקה זמנית כסטייה נקודתית מהנורמה מבלי לשנות את הנורמה הכללית; 3. זמניות כאמצעי לריכוך עוצמתה של הפגיעה החוקתית; 4. חקיקה זמנית כאמצעי להקל את קבלת החוק. **ד. בין הוראות שעה לתקנות שעת חירום ותקנות הקורונה. ה. התמודדות עם קשיים וכשלים בשימוש בחקיקה זמנית בעידן הקורונה. ו. סיכום: שעת כושר לשימוש ראוי בהוראות שעה.**

---

* עו"ד דניאל שטאובר הוא דוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן; עו"ד גאיה הררי־הייט היא בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן ועו"ד במשרד עו"ד קלעי־רוזן; ד"ר איתי בר־סימן־טוב הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן ויושב ראש משותף של האגודה הישראלית לחקיקה.

על ההערות המועילות אנו מודים לעורכים של **משפט וממשל**, לשופטים האנונימיים, לאייל גרוס, לריבי וייל ולמשתתפי הכנס השנתי של האגודה הישראלית לחקיקה בנושא מחוקקים וחקיקה בקורונה והסדנה למשפט ציבורי במרכז הבינתחומי. על העזרה במחקר אנו מודים לטל אייל־ליפשיץ, ליהונתן דיין, לאיתי כהן ולחני קוט. כמו כן, אנו מודים למרכז מינרבה לחקר שלטון החוק במצבי קיצון, שבאוניברסיטת חיפה, וכן למכון הלאומי לחקר שרותי הבריאות ומדיניות הבריאות (#2020/553) על תמיכתם במחקר זה. © 2020, Daniel Shtauber, Gaya Harari-Heit & Ittai Bar-Siman-Tov.

א. מבוא

נגיף הקורונה שינה את מציאות החיים לבלי הכר. בתוך מצב מתמשך של חוסר ודאות ואווירת חירום פועלות הממשלה והכנסת לאסדרת הטיפול במגפה – הן יוצרות נורמות חדשות, מחוקקות חוקים ומתקינות תקנות. התבוננות על פעולות הרשויות חושפת את הכוכבת העולה של חקיקת הקורונה – החקיקה הזמנית.

חקיקה זמנית, המכונה גם ״הוראות שעה״, היא חקיקה שבה נקבע בחוק עצמו כי תוקפו (או תוקפם של חלקים ממנו) יפוג בתוך זמן מסוים.[1] על אף השם המטעה מעט, חוק שנחקק כהוראת שעה הוא חוק לכל דבר ועניין, כלומר חקיקה ראשית של הכנסת שמתקבלת באותה פרוצדורה פורמלית של שלוש קריאות במליאה (וקריאה טרומית כאשר מדובר בהצעת חוק פרטית) ודיונים בוועדות הכנסת, ככל חוק אחר.

ההבדל המרכזי בין הוראות השעה לחקיקה ״רגילה״ הוא אותו ״תאריך תפוגה״ שמוצמד לחקיקה, מנגנון הגורם לחוק לפקוע ללא צורך בביטולו האקטיבי על ידי הכנסת. נוסף על כך, בחלק מהוראות השעה נקבע סעיף ״הארכה״ שמאפשר להאריך את תוקפו של החוק לתקופות נוספות ובמנגנונים השונים מבררת המחדל בהליך החקיקה (באמצעות צווים ממשלתיים, למשל), זאת בניגוד לשינויים הנערכים בחקיקה ״רגילה״, הנדרשים לעבור הליך חקיקה מלא.

במחקר קודם חשפנו מגמת עלייה ניכרת בהיקף השימוש שנעשה בחקיקה הזמנית בישראל בעשורים האחרונים.[2] במאמר המשך זה נחשוף כי מגמה זו הואצה באופן דרמטי בעידן הקורונה. כך, עד לאחרונה, הכנסת ה־20 הייתה שיאנית השימוש בחקיקה זמנית, שכן 16% מכלל החוקים סווגו כהוראות שעה. לעומת זאת, בכנסת הנוכחית (נכון ליום 22.11.2020), למעלה מ־68% מהחוקים שהתקבלו סווגו כהוראות שעה.

לצד החידוש האמפירי המובא בו, מטרתו המרכזית של המאמר הנוכחי היא להציג עמדה נורמטיבית ביחס למגמת עלייה דרמטית זו. אף שניתן להסביר עלייה זו בהתמודדות עם נגיף הקורונה (שמִשכהּ אינו ידוע וסופה אינו נראה באופק), במאמרנו הקודם עמדנו על כך שלשימוש בחקיקה זמנית, שנועדה כביכול לזמן מוגבל, עשויות להיות השפעות ארוכות טווח שיש ליתן עליהן את הדעת. במאמר זה נבקש אפוא לבחון את חקיקת הכנסת במשבר הנוכחי אל מול מסקנות המאמר הקודם, לבחון את התכליות לשימוש בהוראות שעה בחקיקת הקורונה, לעמוד על ההשוואה בין הוראות שעה לתקנות שעת חירום בזמן הקורונה ולדון בקשיים הנלווים לשימוש תדיר בכלי ה״זמני״ של הוראות השעה.

השימוש האינטנסיבי שעושה הכנסת בהוראות שעה בהתמודדות עם משבר הקורונה מלמד כי השאלות הללו רלוונטיות מתמיד. לעמדתנו, זוהי שעת מבחן עבור המחוקק הישראלי, וטוב יעשה אם ישכיל לנצלהּ כדי לחזק ולהיטיב את השימוש העתידי בהוראות השעה, הן בשעת חירום, הן בימי שגרה.

---

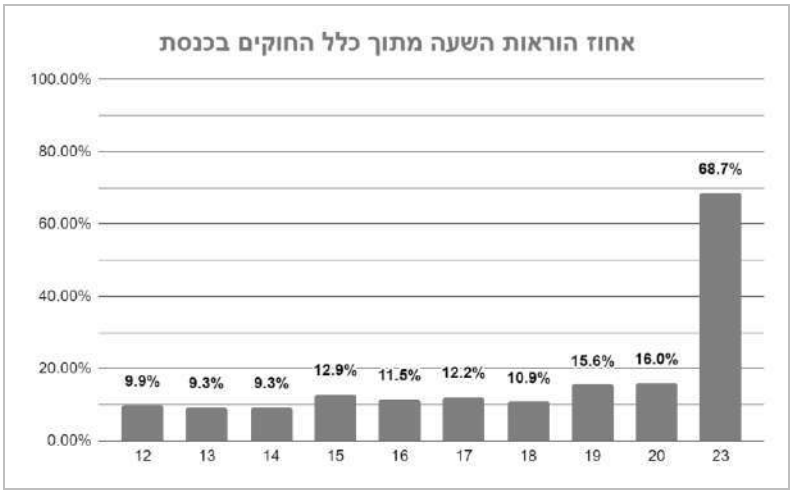
1 Jacob E. Gersen, *Temporary Legislation*, 74 U. CHI. L. REV. 247, 247 (2007): "[T]emporary legislation – statutes containing clauses limiting the duration of their own validity. […] [T]hese provisions are often termed 'sunset' clauses [or] 'duration' clauses."

2 איתי בר־סימן־טוב וגאיה הררי-הייט ״שעתן היפה של הוראות השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה״ **עיוני משפט** מא 539 (2019).

ב. עלייתה של החקיקה הזמנית בעידן הקורונה

החקיקה הזמנית אינה תופעה חדשה בכנסת הישראלית; הוראת השעה הראשונה נחקקה עוד באפריל 1949 ועסקה במילוי מקומו של נשיא המדינה בעת נסיעותיו לחו״ל.[3] כאמור, במחקר קודם הראינו כי קיימת מגמת עלייה ניכרת בכמות ובהיקף השימוש שנעשה בה: בעוד ב־30 השנים הראשונות נחקקו עשרות בודדות של הוראות שעה, שהיוו כ־3.5% מסך כל החוקים באותה תקופה, הרי שבכנסת ה־20 לבדה נחקקו 100 חוקים זמניים, שהיוו 16% מסך החוקים שנחקקו.[4]

השימוש הנרחב של הכנסת בחקיקה זמנית בימים כתיקונם הפך בתקופת הקורונה לתופעה כה רחבה, עד כדי היפוך היוצרות בין החקיקה הזמנית לחקיקה ה״רגילה״. הכנסת ה־23 הושבעה באמצע מרץ 2020, כחודש לאחר התפשטות נגיף הקורונה בישראל ולאחר שלוש מערכות בחירות רצופות, שהובילו לשיתוק חקיקתי כמעט מוחלט לאורך שנה וחצי.[5] ניתוח של 80 החוקים שנחקקו עד כה בכנסת ה־23 (נכון ליום 22.11.2020) מעלה כי למעלה מ־68% מתוכם נחקקו כהוראות שעה.[6] כדי להמחיש עד כמה תופעה זו יוצאת דופן, הגרף שלהלן מציג את היקף החקיקה הזמנית מתוך כלל החקיקה שהתקבלה בכל אחת מהכנסות ב־30 השנים האחרונות, החל מהכנסת ה־12, שכיהנה בשנים 1988–1992 (למעט הכנסות ה־21 וה־22, שלא היו פעילות אלא התפזרו במסגרת שלושת סבבי הבחירות שהתקיימו עד שהושבעה הכנסת ה־23).



3 חוק המעבר (הוראת שעה), התש״ט–1949, ס״ח 8.

4 בר-סימן-טוב והררי-הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 546 עם עדכון שלנו בנוגע לכנסת ה־20.

5 Ittai Bar-Siman-Tov, *COVID-19 Meets Politics: The Novel Coronavirus as a Novel Challenge for Legislatures*, 8 THEORY & PRAC. LEG. 11, 30–31 (2020).

6 בניתוח זה עשינו שימוש באותה מתודולוגיה שבאמצעותה בחנו את היקף החקיקה הזמנית במחקרנו הקודם, קרי הגדרנו חקיקה זמנית כחוקים שבכותרתם הופיעו המילים ״הוראת שעה״ או ״הוראות שעה״. להסבר על מתודולוגיה זו והנימוקים בבחירתה ראו בר-סימן-טוב והררי הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 545–546.

רובן המוחלט של הוראות השעה החדשות בספר החוקים הישראלי (כ־84.8%) נוגעות להתמודדות עם נגיף הקורונה – החל מסוגיות כלכליות וסוציאליות ועד לשינוי זמני של נוהלי המעצרים וזכויות עצורים בישראל.[7] יתר הוראות השעה עוסקות בהסדרים שונים שנועדו לקיים את ההסכמים הפוליטיים שהביאו להקמת הממשלה ה־35 ולהמשך פעולתה ללא תקציב מסודר (בשיטה המכונה ״שיטת הקופסאות״). באופן אירוני מעט, גם תאריך פיזורה של הכנסת ה־23 נקבע בהוראת שעה.[8]

לצד הפופולריות הגוברת של החקיקה הזמנית בעידן הקורונה בכנסת, דומה שגם בית המשפט העליון מעודד שימוש בהוראות שעה להתמודדות עם אתגרי הקורונה. כך, בבג״ץ **בן מאיר**,[9] שעסק בהסמכת השב״כ לבצע מעקב אחר אזרחים במסגרת המאבק בקורונה, קבעה הנשיאה חיות:

> המשיבים כולם עמדו על כך שלחקיקה ראשית חסרונות בנסיבות העניין, בעיקר מן הטעם שיש בה כדי לעגן באופן קבוע סמכות חריגה וליצור בכך תקדים בעייתי לעתיד. ואולם, יש לזכור כי חקיקה ראשית יכולה להתבצע גם על דרך של הוראת שעה התחומה בזמן והיפה לשעתה. בנסיבות המתאימות, יכולה, אפוא, הוראת שעה – המהווה חקיקה ראשית שהיא זמנית במהותה – להוות פתרון ראוי המתאים, ככלל, לחקיקה בסביבה המאופיינת בחוסר מידע ובשינויים תכופים.[10]

השימוש הנרחב בהוראות שעה במסגרת חקיקת הקורונה אינו מוגבל לישראל, ומדינות רבות בעולם עושות בו שימוש בהתמודדות עם המשבר. כך, Ginsburg & Versteeg מצאו כי רוב המדינות (72%) חוקקו את החקיקה החדשה להתמודדות עם משבר הקורונה כחקיקה זמנית.[11] סקירה השוואתית מקיפה חורגת מגדרו של מאמר זה, אך לשם ההמחשה, נסקור כמה דוגמאות מובילות.

---

7 ההתמודדות עם נגיף הקורונה תפסה נתח נרחב בכלל החקיקה בכנסת ה־23: למעלה מ־63% מהחקיקה בתקופה זו עסקה בכך, לרבות חקיקה ״רגילה״ והארכת תוקף תקנות שעת חירום, שעליהן נרחיב דברים להלן. חשוב לציין שהעובדה שמרבית החקיקה בכנסת ה־23 עוסקת בהתמודדות עם נגיף הקורונה אינה מפתיעה, הן נוכח כהונת הכנסת בעיצומו של משבר הקורונה והשלכותיו, הן לנוכח סעיף 3(ג) להסכם הקואליציוני בין שתי המפלגות הגדולות, הליכוד וכחול־לבן, ושהוביל להקמת הממשלה, ולפיו ״בתקופת החירום, לא תבוצע, לא תידון ולא תקודם כל חקיקה ראשית ו/או משנית שאינה קשורה להתמודדות עם משבר הקורונה על כל היבטיו, לרבות ההיבט הרפואי, ההיבט החברתי וההיבט הכלכלי, וכן חקיקה הנדרשת לצורך כך. על אף האמור בסעיף קטן זה, ניתן יהיה לקדם בתקופת החירום חקיקה ראשית ו/או חקיקת משנה בהסכמה בין ראש הממשלה לראש הממשלה החלופי״.

8 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס׳ 8 והוראת שעה), ס״ח התש״ף 34.

9 בג״ץ 2109/20 **בן מאיר נ׳ ראש הממשלה** (נבו 26.4.2020).

10 שם, פס׳ 31, 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות. אמירות דומות ניתן למצוא גם בחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר, שם, פס׳ 4–5.

11 Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *Binding the Unbound Executive: Emergency Power During the Pandemic* 26 (U. Chi., Pub. Law, Working Paper No. 747, 2020) https://www.ssrn.com/abstract=3608974 (last visited Feb. 28, 2021).

כך למשל, עם פרוץ המשבר עמדה לממשלת בריטניה האפשרות להתמודד עם וירוס הקורונה באמצעות ה־Civil Contingencies Act 2004, הקובע כי במצב שבו מתקיים או עומד להתקיים אירוע חירום, הממשלה רשאית להתקין תקנות הפוגעות באזרחים ומגבילות זכויות.[12] חוק נוסף שעמד לרשות הממשלה הבריטית להתמודדות עם המשבר היה Public Health (Control of Disease) Act 1984, המאפשר לממשלה להתקין תקנות במקרה של מצב חירום בריאותי כדי להבטיח את בריאות הציבור.

על אף אפשרויות אלו, ב־25.3.2020 חוקק הפרלמנט הבריטי בחקיקה ראשית את ה־Coronavirus Act 2020, המקנה לממשלה שורה רחבה של סמכויות, כמו האפשרות להורות על סגירת עסקים ומוסדות חינוך, מינוי זמני של נציבים שיפוטיים בעלי סמכות לאשר צווי מעקב דיגיטליים ועוד. לצד זאת, ועל אף הסמכויות הרבות שניתנו לממשלה הבריטית במסגרת חוק הקורונה הבריטי, לא ניתן לפגוע מכוחו בהסדרים שנקבעו ב־Human Rights Act 1998, וחוק הקורונה הבריטי כפוף גם למגבלות האמנה האירופית לזכויות אדם. חוק הקורונה הבריטי נחקק כהוראת שעה למשך שנתיים, ולאחר שישה חודשים יש לערוך דיון מחודש בפרלמנט באשר למועד פקיעתו.[13] מעניין לציין כי הדרישה לבחינה מחודשת של הפרלמנט לאחר חצי שנה לא הופיעה בהצעת החוק המקורית שהונחה על ידי הממשלה, אלא נוספה על ידי הפרלמנט תוך כדי הליך החקיקה, זאת מתוך הבנה שחוק שמעניק סמכויות כה נרחבות לממשלה מחייב פיקוח פרלמנטרי רציף.[14]

גם הפרלמנט האירי חוקק שתי הוראות שעה מרכזיות במטרה להתמודד עם משבר הקורונה.[15] החוק הראשון שנחקק הוא Health (Preservation and Protection and other Emergency Measures in the Public Interest) Act 2020, המכונה The Health Act 2020. חוק זה הוא תיקון ל־The Health Act 1947, ומקנה לשר הבריאות סמכויות להתקין תקנות במטרה להתמודד עם נגיף הקורונה. סמכויות השר רחבות מאוד וכוללות את היכולת לאסור על התאספויות, להגביל את חופש התנועה, לחייב אנשים לשהות בבתיהם וכל צעד אחר הנצרך לדעת השר במטרה להגביל, למזער או להאט את התפשטות נגיף הקורונה.[16] החוק השני שנחקק הוא The Emergency Measures in the Public Interest (Covid-19) Act 2020, המכונה The Emergency Act 2020 אשר מאגד את עיקרי פעולותיה של המדינה בהיבט הכלכלי, לצד העסקת אנשי מקצוע הכרחיים בתחום הבריאות.[17]

---

12 Ronan Cormacain, *Keeping COVID-19 Emergency Legislation Socially Distant from Ordinary Legislation: Principles for the Structure of Emergency Legislation*, 8 THEORY & PRAC. LEGIS. 245 (2020); Paul F. Scott, *Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: The United Kingdom*, VERFASSUNGSBLOG (Mar. 21, 2020), vhttps://bit.ly/3FmoCdQ.

13 Joelle Grogan, *Right Restriction or Restricting Rights? The UK Acts to Address COVID-19*, VERFASSUNGSBLOG (Apr. 17, 2020), https://bit.ly/3tlXzNK.

14 Cormacain, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 254.

15 Alan Greene, *Ireland's Response to the COVID-19 Pandemic*, VERFASSUNGSBLOG (Apr. 11, 2020), https://bit.ly/3FeYzWd.

16 שם.

17 שם.

לנוכח הסמכויות הרבות הנתונות לשר הבריאות, המשפיעות במישרין על זכויות האדם של תושבי אירלנד, הוראות השר נדרשות להיות מידתיות וסבירות ולהלום את מצב התחלואה. כן נקבע כי תוקפם של חוקים אלו יפוג בחודש נובמבר, ועל הפרלמנט לבחון מחדש את החוק עוד בטרם פקיעתו; ואכן, הפרלמנט האירי בחן את החוקים בחודש ספטמבר ודן מחדש בהוראותיהם.[18] חרף תחושת החירום בצורך להתמודד עם נגיף הקורונה בעת חקיקת החוקים הללו, שלוותה בדחיפות פוליטית (בשל בחירות שעמדו להביא לסיום המנדט של חברי הפרלמנט היוצא), קיים הפרלמנט דיון מעמיק ומדוקדק, הוסיף להצעות החוק הסדרים שצמצמו את הפגיעה בזכויות ובאוכלוסיות מוחלשות ואף הוסיף כאמור את הסעיף לביקורת פרלמנטרית על החוק.[19]

בשוודיה אימץ הפרלמנט ביום 16.4.2020 הוראת שעה מיוחדת בהתאם לחוק היסוד, שנועדה לאפשר תגובה ממשלתית מהירה יותר להשפעות הנגיף במידת הצורך. הוראת השעה הסמיכה במפורש את הממשלה להתקין תקנות הנוגעות לניהול משבר הקורונה וצמצום התפשטותו של הנגיף באמצעות מתן הנחיות לסגירת בתי ספר, מכוני כושר ועסקים, ללא צורך להידרש להליך החקיקה הרגיל. ברם, חקיקה ממשלתית זו צריכה להיות מוגשת לבחינת הפרלמנט בכל עת ולפי דרישתו, כך שביקורת פרלמנטרית מתאפשרת בדיעבד.[20] נוסף על כך, אין בכוחה של חקיקה זמנית זו לאפשר הטלת מגבלות תנועה גורפות דוגמת עוצר; מגבלות אלו עדיין מחייבות חקיקה ראשית של הפרלמנט.[21] החוק הזמני נחקק לזמן קצר ומועד פקיעתו נקבע ל־30.6.2020. לקראת פקיעתו התברר כי הממשלה השוודית נמנעה מלהשתמש במגוון סמכויותיה לפי החוק, והודיעה כי לא תפעל להארכת תוקפו.[22]

גם בצרפת נחקק החוק The Emergency Response to the Covid-19 Epidemic Act (2020-290) כהוראת שעה עד ליום 1.4.2021.[23] בסקוטלנד, ה־Coronavirus (Scotland) Act נחקק כהוראת שעה לחצי שנה, והוא כולל את האפשרות להאריכו לשתי תקופות נוספות בנות שישה חודשים כל אחת, כך שהחוק יעמוד בתוקפו לכל היותר במשך 18 חודשים.[24]

על דוגמאות אלו ניתן להוסיף כי המלצה כללית להשתמש בהוראות שעה להתמודדות עם הקורונה היא מוטיב חוזר גם בהנחיות ובהמלצות שפרסמו ארגוני פרלמנטים בין־לאומיים. כך למשל, המליץ ה־Commonwealth Parliamentary Association:

---

18 שם; JONATHAN MURPHY, PARLIAMENTS AND CRISIS: CHALLENGES AND INNOVATIONS 28 (2020) https://bit.ly/33uvAQI.

19 שם.

20 Catherine Edwards, *What Sweden's Coronavirus Crisis Law Means (and Doesn't Mean)*, THE LOCAL (Apr. 8, 2020), https://bit.ly/3FkeVg4.

21 שם.

22 *Sweden's Coronavirus 'Crisis Law' Expires without Ever Being Used*, THE LOCAL (July 1, 2020), https://bit.ly/3tlw5rp.

23 Sébastien Platon, *Reinventing the Wheel… and Rolling Over Fundamental Freedoms? The COVID-19 Epidemic in France and the 'State of Health Emergency'*, 8 THEORY & PRAC. LEGIS. 293, 309 (2020).

24 Sean Molloy, *COVID-19, Emergency Legislation and Sunset Clauses*, U.K. CONST. L. BLOG (Apr. 8, 2020), https://bit.ly/33x91eA (last visited May 19, 2020).

> Parliamentarians can push for time-bound provisions within a bill through sunset clauses. With emergency measures potentially limiting civil liberties on an unprecedented scale and centralising power in the Executive and government authorities, it is crucial that Emergency Legislation does not continue indefinitely and beyond necessity.[25]

גם ארגונים בין־לאומיים לחיזוק הדמוקרטיה, אשר עסקו בסיכונים להתדרדרות דמוקרטיות עקב מגפת הקורונה, הביעו את דעתם כי —

> it is considered best practice that emergency provisions have a fixed time limit and are lifted when the situation improves. We consider a country at medium risk if no such sunset clause exists and the legislature […] cannot force the executive to relinquish expanded powers.[26]

עם זאת, חשוב להדגיש כי ההמלצה להשתמש בהוראות שעה נסמכת בדרך כלל על המלצות לקביעת מגבלות ואמצעי בקרה נוספים במסגרת החקיקה, ואינה מוצגת כפתרון בלעדי. דוגמה טובה לכך ניתן למצוא בהמלצות להתמודדות עם משבר הקורונה מטעם ה־ INTER PARES: Parliaments in Partnership[27]:

> The examples of approaches to emergency measures to deal with crises demonstrate the importance of: (a) limitation of emergency powers provisions to the minimum necessary to safeguard public health without infringing unnecessarily on other human rights, such as freedom of speech; (b) time-limitation of emergency powers and automatic expiry unless explicitly renewed by vote of parliament; and (c) careful parliamentary consideration of the powers required, with willingness to reduce or restrict government-requested powers where these are considered excessive or potentially unjust to certain citizens.

מבט אל העולם מלמדנו אפוא כי השימוש בהוראות שעה להתמודדות עם משבר הקורונה הוא תופעה רווחת. לצד זאת, נראה כי מדינות מערביות אחרות שמו דגש רב יותר במנגנוני פיקוח פרלמנטרי ובהגבלת השימוש הממשלתי בכלי זה, לצד בחינה מחודשת של החוק מעת לעת.

---

25 COMMONWEALTH PARLIAMENTARY ASS'N, COVID-19: CPA TOOLKIT FOR COMMONWEALTH PARLIAMENTS 17 (2020), https://bit.ly/3zQhm96 (last visited Apr 14, 2020).

26 Anna Lührmann, Amanda B. Edgell & Seraphine F. Maerz, *Pandemic Backsliding: Does COVID-19 Put Democracy at Risk?* (2020), https://bit.ly/3zSew3B (last visited May 26, 2020).

27 MURPHY, לעיל ה״ש 18, בעמ׳ 35. INTER PARES | Parliaments in Partnership – EU Global Project to Strengthen the Capacity of Parliaments הוא פרויקט של האיחוד האירופי ושל ה־ International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

לעמדתנו, כפי שתוצג בהרחבה בהמשך הדברים, הלגיטימיות של כלי חקיקתי זה תלויה בהיקף השימוש במנגנונים האמורים.

ג. תכליותיהן של הוראות שעה בעידן הקורונה

במאמר קודם עמדנו על המאפיינים השונים של החקיקה הזמנית והתחקינו אחר הסיבות לשימוש הנרחב בה והתכליות העומדות ביסודה. הראינו כי השימוש בחקיקה זמנית בישראל נעשה למטרות מגוונות. כך למשל, לשם מילוי זמני של חלל חקיקתי, או במקרה של חקיקה אקספרימנטלית (חקיקה ״ניסויית״), שבה המחוקק מחיל הסדר חדש כמעין ״ניסוי״ וחוזר לאחר זמן מה כדי לבצע הערכה מיודעת על בסיס הניסיון שנצבר, לפני קבלת ההחלטה אם להותיר את החוק בתוקף, לשנותו או לבטלו.[28]

מבין אלו, בדיוני הכנסת בהקשר של חקיקת הקורונה בלטו שלושה טיעונים מרכזיים לבחירה בהוראות שעה בחקיקת הקורונה: (1) מענה זמני לצורכי השעה ומענה למצבי חירום או משבר; (2) חקיקה זמנית כסטייה נקודתית מהנורמה מבלי לשנות את הנורמה הכללית; (3) זמניות כאמצעי לריכוך עוצמתה של הפגיעה החוקתית. נוסף על כך, נוכחנו כי הוראות שעה משמשות כאמצעי המקל את העברת החוק.

בחלק זה נציג את האופן שבו הכנסת תופסת את שלושת השיקולים האמורים, כפי שהוא נלמד מהדיונים בהליכי חקיקתם של חוקי הקורונה.

1. מענה זמני לצורכי השעה ומענה למצבי חירום או משבר

אחד השימושים המרכזיים בהוראות השעה בישראל הוא כאשר יש צורך במתן מענה לצורכי השעה, לרבות מצבי חירום ומשברים הנתפסים כזמניים. יש בכך כמובן היגיון רב; ברי כי מקום שבו מושא החקיקה עצמו הוא זמני וחולף, ההסדרים להתמודדות עימו ייקבעו כחקיקה זמנית.

תכלית זו רלוונטית במיוחד למגפת הקורונה, אשר נתפסת בישראל ובעולם כמצב חירום. כבר ב־30.1.2020 הכריז ארגון הבריאות העולמי על מגפת הקורונה כ־"public health emergency of international concern"[29]; נכון ל־28.2.2021, 103 מדינות הכריזו על מצב חירום בעקבות מגפת הקורונה,[30] ומדינות נוספות מתייחסות להתמודדות עם הנגיף כמצב

---

28 בר-סימן-טוב והררי הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 556–557. להרחבה ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study*, 12 REG. & GOVERNANCE 192 (2018).

29 WHO, COVID-19 PUBLIC HEALTH EMERGENCY OF INTERNATIONAL CONCERN (PHEIC) GLOBAL RESEARCH AND INNOVATION FORUM (Feb. 12, 2020), https://bit.ly/3r4jUMU (last visited Aug 11, 2020).

30 COVID-19 Civic Freedom Tracker, ICNL, https://www.icnl.org/covid19tracker/ (last visited Feb. 28, 2021).

חירום גם ללא הכרזה פורמלית.[31] בסיטואציה מעין זו מתגבר הצורך בתגובה מדינתית אפקטיבית ומהירה, לרבות הסדרה נורמטיבית מהירה של הפעולות שאותן יש לנקוט במסגרת המאבק בנגיף.

ואכן, רציונל זה שזור בדיונים לא מעטים שנערכו בהוראות השעה בעניין זה. כך, ב[חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש״ף–2020] (להלן: חוק איכוני השב״כ) נאמר בסעיף המטרה:

> מטרתו של חוק זה היא מתן אפשרות להסמיך את שירות הביטחון הכללי לסייע למשרד הבריאות בביצוע חקירה אפידמיולוגית לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש, כדי להגן על שלומו ובריאותו של הציבור, כחלק ממאמצי מדינת ישראל להתמודד עם ההתפשטות המהירה של הנגיף ולנוכח הדחיפות הנובעת מהעלייה בשיעורי התחלואה המהווה סכנה חמורה ומיידית לאזרחי ישראל ותושביה והמחייבת שימוש באמצעים חריגים, והכול לתקופה מוגבלת.[32]

תחושת הדחיפות בלטה גם בדיונים על חוקים זמניים נוספים. כך למשל, בדיון שעסק בחלוקת מענקים לעסקים שנפגעו כתוצאה של ההשלכות הכלכליות של ההתמודדות עם נגיף הקורונה, אמר ח״כ בצלאל סמוטריץ׳: ״אני חושב שהדחיפות [של קבלת הוראת השעה] היא ברורה [...] **בסוף זה דחוף**״.[33]

מעניין לציין כי אף על פי שהרציונל של מענה מיידי וזמני למצב חירום ניכר בדיוני הכנסת, מתחילה בד בבד עימו גם הכרה בכך שאין מדובר בהכרח במצב חירום קצר מועד שצפוי לחלוף בקרוב. כך למשל, בדיונים בחוק איכוני השב״כ אמר יו״ר הוועדה:

> אנחנו מסדירים פה הסדר אולי בסיסי בתוך הוראת שעה שהיא לשלושה חודשים פלוס שלושה חודשים. אני מרשה לעצמי להציג גם תרחיש פסימי שאומר שסיפור הקורונה יימשך גם מעבר לשישה חודשים, כפי שהמדינה מניחה כהנחת עבודה באותה הצעת חוק. [...] מדובר פה בסיטואציה שמעולם לא התמודדנו איתה, גם מגפה בהיקף כזה, וגם החקיקה שצריכה להתאים את עצמה. ראינו מה התרחש כאן בארבעת החודשים האחרונים, ואני מניח שאלה לא ההסדרים הקבועים האחרונים שיהיו ואני מניח שנראה פה עוד פעולה של חקיקה.[34]

---

31 Ginsburg & Versteeg , לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 41–42; Bar-Siman-Tov, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 25.

32 ס׳ 1 ל[חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש״ף–2020], ס״ח 166 (להלן: חוק איכוני השב״כ).

33 פרוטוקול ישיבה מס׳ 59 של ועדת הכספים, הכנסת ה־23, 49 (1.6.2020) (ההדגשה הוספה).

34 דבריו של ח״כ צבי האוזר, יו״ר ועדת החוץ והביטחון, בפרוטוקול ישיבה מס׳ 25 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה־23, 39 (16.7.2020).

2. חקיקה זמנית כסטייה נקודתית מהנורמה מבלי לשנות את הנורמה הכללית

שימוש נוסף בחקיקה זמנית, השלוב בתכלית הקודמת שהוזכרה, נעשה במקום שבו מבקש המחוקק לקבוע הסדר נקודתי שלא יהיה בעל השפעה רחבה על ההסדרים הנוהגים בתחום מסוים או על מערכת המשפט בכללותה. שימוש זה נובע מהתפיסה שלפיה התמודדות עם מצב חירום דורשת סטייה מהנורמה הקבועה, אך המחוקק רוצה להבטיח באמצעות השימוש בהוראת שעה כי סטייה זו לא תיהפך לנורמה קבועה. המחוקק מבקש לאותת באמצעות הוראת השעה כי מדובר רק בסטייה זמנית ונקודתית מהעקרונות הרגילים של מערכת המשפט ("Temporary De-juridification")[35] וכי אין בדעתו לשנות את העקרונות החוקתיים הקבועים או לשרטט מחדש את גבולות ההסדרים המקובלים. יש בכך גם אמירה סמלית, שלפיה הוראת השעה מסמנת את ההסדרים שאינם זכאים להיכלל בספר החוקים באופן ״מלא״.[36]

רציונל זה מקבל ביטוי מובהק בעידן הקורונה. כפי שהוצג לעיל, ההתמודדות עם נגיף הקורונה הביאה לאוויר העולם הסדרים שונים הכוללים הגבלות משמעותיות על האוטונומיה של הפרט ופגיעה בזכויות היסוד של האזרחים. הדעת אינה נוחה מקיבוע של הסדרים כה פוגעניים בספר החוקים. לכן נראה כי אחת הסיבות לשימוש בהוראות השעה הוא רצון המחוקק להראות כי הוראות אלו אינן אלא עוברות אורח בספר החוקים הישראלי, העתידות לחלוף עם תום המשבר. בכך מבקש המחוקק לסמן את הוראת השעה כסטייה זמנית בלבד מהנורמה.[37] כפי שהיטיב לבטא זאת Cormacain ברוח עידן הקורונה: "A sunset clause is a structural way of keeping emergency legislation socially distant from the rest of the statute book. It marks it out for early expiry".[38]

דברים ברוח זו נאמרו על ידי עו״ד דודי קופל, סגן ליועץ המשפטי במשרד האוצר, בעת הדיון בקבלת הוראת שעה בחוק-יסוד: משק המדינה, שנועדה לאפשר לממשלה לעשות שימוש בתקציבים לשם התמודדות עם נגיף הקורונה:

> תיקון חוק יסוד: בהוראת שעה כמובן שהוא לא דרך המלך. אבל כאן יש שני טעמים טובים לעניין הזה. האחד – כמובן, המצב שבו אנחנו נמצאים בעת החירום שבו מדינת ישראל נמצאת – הדבר הזה הוכר כפסיקה. הדבר השני – כמובן שהדבר הזה עולה מסיבות של הוראת שעה. אנחנו מדברים כאן על

---

35 Antonios Kouroutakis & Sofia Ranchordás, *Snoozing Democracy: Sunset Clauses, De-Juridification, and Emergencies*, 25 MINN. J. INT'L L. 29 (2016).

36 בר-סימן-טוב והררי-הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 562.

37 John Ip, *Sunset Clauses and Counterterrorism Legislation*, 2013 PUB. L. 74, 82 (2012): "sunset clauses ensure against the normalisation of exceptional measures. On this view, by attaching a sunset clause to a particular provision or law, a legislature marks it out as a temporary deviation from the norm that, by default, will expire after a certain period of time".

38 Cormacain, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 254.

> סיבות ייחודיות, אני חושב שהיה נכון לא לקבע אותן כתיקון קבוע, אלא כתיקון זמני שמצדיק את הנסיבות.[39]

תפיסה דומה, שלפיה הוראת שעה נדרשת כדי להבטיח שהסדר מסוים לא יהפוך לחלק קבוע בספר החוקים, עלתה גם בדיוני ועדת החוץ והביטחון שעסקו בחוק איכוני השב״כ, אשר בה אמר יו״ר הוועדה, צבי האוזר: ״אנחנו מבקשים [...] לקבוע גם כאן בהסדר צופה פני עתיד – ובוא לא נשכח, אנחנו לא מדברים על הסדר לשנים, אנחנו מדברים על הוראת שעה לשלושה חודשים ועוד שלושה חודשים – את אותן מדרגות, כדי שאנחנו נהיה סמוכים ובטוחים שאם הגל שוכח [שוכך] אתם [משרד הבריאות] בראש ובראשונה נפטרים מהשימוש בשב״כ״.[40]

3. זמניות כאמצעי לריכוך עוצמתה של הפגיעה החוקתית

שימוש שלישי המוזכר בדיוני הכנסת כשיקול לבחירה בחקיקה זמנית הוא כאמצעי להפחתת הפגיעה החוקתית. ניתן לראות בבירור כי במסדרונות הכנסת רווחת תפיסה כללית שלפיה הוראת שעה היא אמצעי לאיזון ולריכוך הפגיעה בזכויות חוקתיות, מתוך הכרה שזמניות החוק תורמת למידתיות ההסדרים שנקבעו בו.[41]

גם רציונל זה בא לידי ביטוי בעידן הקורונה. בהתמודדות עם נגיף הקורונה ננקטו צעדים דרמטיים וחריגים ובהם הגבלת חופש התנועה, מגבלות נרחבות על פתיחת עסקים ואפילו הענקת סמכויות לשב״כ למעקב אחר אזרחים. צעדים אלה ננקטו לצד שינויים מרחיקי לכת שנעשו בחלוקת התפקידים בין הרשויות, עד כדי העברת סמכויות מן הרשות המחוקקת אל הרשות המבצעת, במטרה לאפשר לזו האחרונה לנקוט תגובה מהירה להתפתחויות בזירת המאבק בנגיף הקורונה. בדיוני הכנסת עלה כי הוראת השעה נתפסת כאמצעי מידתי נוסף, שנועד לחזק את מידתיות החוק והסדריו הפוגעניים.

כך, לדוגמה, בדיון שנערך לקראת חקיקת חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש״ף–2020 (להלן: חוק המסגרת) ציין עו״ד איל זנדברג, ראש תחום משפט ציבורי במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, כי הוראת שעה היא אחת הדרכים לשמירה על מידתיות החוק, לצד מנגנונים נוספים שנקבעו בו:

> הכלי הזה [חוק המסגרת] צריך להתאים לתכלית [...] אם הכלי הזה ייתן מענה שפוגע יותר מדי בזכויות אדם, הוא גם פספס את התכלית. אנחנו לא חושבים שצריך לשנות את יחסי הכוחות בין הרשויות או לשנות את התפקידים, אבל כלי חייב להתאים למטרה שלו. אם הוא לא יתאים למטרה שלו, אין בו טעם. לפי הרעיון הזה ותחת התפיסה שהכנסת היא המחוקקת וכדומה – העקרונות

---

39 פרוטוקול ישיבה מס׳ 59 של ועדת הכספים, הכנסת ה־23, 33 (1.6.2020).

40 פרוטוקול ישיבה מס׳ 25 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה־23, 12 (16.7.2020).

41 בר-סימן-טוב והררי-הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 563; סוזי נבות ״הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים״ **משפטים על אתר** יב 99, 116–121 (התשע״ט).

החוקתיים – עיצבנו את ההסדר. בנינו מנגנון שבו ההכרזה היא מתג נורמטיבי **נוסף על כך שזאת הוראת שעה**.[42]

יתרה מכך, דומה שזמניות החוק שימשה לעיתים כנימוק שלא לפתוח בדיון מעמיק על אמצעים מידתיים יותר, כלומר אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה. כך, למשל, ביקשה פרופ׳ קרין נהון לפרט בחוק איכוני השב״כ את סוג הטכנולוגיה האזרחית, שתפותח בד בבד עם איכוני השב״כ כדי למנוע שימוש בכלים דרקוניים. על כך השיב יו״ר הוועדה, ח״כ האוזר: ״פרופ׳ נהון, מדברים על הוראת שעה, על שלושה חודשים. אפשר לעשות פה דיונים טכנולוגיים רבים, אבל אנחנו רוצים להתקדם״.[43]

4. חקיקה זמנית כאמצעי להקל את קבלת החוק

לצד שלוש התכליות שנדונו עד כה, ניתן לזהות הסבר נוסף, פוליטי, לשימוש בחקיקה זמנית כאמצעי להקל את קבלת החוק ולהתגבר על התנגדויות לחוק. השימוש בהוראות שעה נעשה לעיתים כאמצעי מכוון לקידום חקיקה ולהפחתת התנגדות פרלמנטרית,[44] ואולי אף להתחמקות מביקורת ציבורית, תקשורתית וכן מביקורת שיפוטית.[45] אומנם, כפי שצוין לעיל,

---

42 פרוטוקול ישיבה מס׳ 44 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־23, 37–38 (6.7.2020) (ההדגשה הוספה).

43 פרוטוקול ישיבה מס׳ 24 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה־23, 27 (15.7.2020).

44 יתרונה של חקיקה זמנית ככלי להפחתת התנגדויות הוא בעובדה שהפחתה זו נעשית בדרך של הסכמות ופשרות בין חברי הכנסת. לקואליציה נתונות כמובן דרכים דרקוניות הרבה יותר כדי לדחות התנגדויות, דוגמת השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת, שכותרתו ״סדרי דיון מיוחדים״, בנימוק של ״מקרים יוצאים מן הכלל״. ועדת הכנסת עשתה שימוש מדוד ביותר בסעיף זה לאורך השנים, אך בתקופת הקורונה נעשה בו שימוש תכוף יותר ויותר. להרחבה ראו אוריאנה אלמסי **השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת שכותרתו: ׳סדרי דיון מיוחדים׳ בנימוק של ׳מקרים יוצאים מן הכלל׳** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020).

45 בר-סימן-טוב והררי-הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 552–556. להשערות שהועלו בספרות שלפיהן הוראות שעה משמשות את הכנסת כאמצעי להפחתת הסכנה של ביטול החוק על ידי בית המשפט, ראו למשל נבות, לעיל ה״ש 41, בעמ׳ 116–121; Yaniv Roznai, Book Review: *Sofia Ranchordás, Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: A Comparative Perspective*, 64 AM. J. COMP. L. 790 (2016); SUZIE NAVOT, THE CONSTITUTION OF ISRAEL: A CONTEXTUAL ANALYSIS (2014). עם זאת, נציין כי השאלה אם בפועל חקיקה זמנית זוכה להקלות בביקורת השיפוטית היא מורכבת וחורגת מגדרי מאמר זה. נציין בקצרה שבהחלט קיימים פסקי דין שתומכים במסקנה זו, כגון בג״ץ 24/01 **רסלר נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד נו(2) 699, פס׳ 15–18 לפסק דינו של השופט מצא (2002); בג״ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ שר הפנים**, פ״ד סא(2) 202, פס׳ 118 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין ופס׳ 17 לפסק דינו של השופט ריבלין (2006); בג״ץ 1548/07 **לשכת עורכי הדין נ׳ השר לביטחון פנים**, פס׳ 17–20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ׳יה (נבו 14.7.2008). ואולם, קיימים גם פסקי דין שאינם תומכים במסקנה זו, ואף היו שופטים שראו בשימוש בהוראת שעה דווקא אינדיקציה לחוסר מידתיות. ראו למשל בג״ץ 466/07 **גלאון נ׳ היועץ המשפטי לממשלה** פ״ד סה(2) 44, פס׳ 24–29 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס׳ 32–34 לפסק דינו של השופט לוי (2012). לכך ניתן להוסיף שלפחות בהקשר של שימוש בהוראות שעה לתיקון חוזר ונשנה של חוקי יסוד, בית המשפט כבר הוציא התראת בטלות המתייחסת לפרקטיקה זו כשימוש לרעה

חוק שנחקק כ״הוראת שעה״ הוא חוק לכל דבר ועניין, כלומר עליו לצלוח את אותה פרוצדורה פורמלית של שלוש קריאות במליאה (נוסף על קריאה טרומית כאשר מדובר בהצעת חוק פרטית) ודיון באחת מוועדות הכנסת, אך הניסיון (כמו גם הספרות המחקרית בתחום), מלמדים שלצמד המילים ״הוראת שעה״ יש מעין אפקט קסם שמסייע לה לצלוח בקלות ובמהירות את הליך החקיקה לעומת חקיקה ״רגילה״.[46] הידיעה שמדובר בהסדר שהוא ״רק״ זמני מגבירה את נכונותם של חברי הכנסת להסכים להסדרים שלא היו מסכימים להם אילו דובר בחוק קבוע, ומפחיתה את הביקורת על החוק.[47] ואכן, אמירה רווחת בספרות העולמית היא שהוראות שעה הן "spoonful of sugar that helps controversial legislation go down".[48]

גם בחקיקת הקורונה הוביל עיגון החקיקה כהוראת שעה לנכונות גדולה יותר של חברי הכנסת לדון בהסדרים חריגים ולעשות שימוש באמצעים והגבלות שכנראה לא היו עולים על הדעת בימי שגרה. כך, למשל, בפתח הדיון בהצעת חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול או שינוי בתנאיה) (הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש), אמר יו״ר ועדת הכלכלה ח״כ יעקב מרגי: ״אני חושב שזה על דעת חבריי וגם חבר הכנסת המציע, שאם זה לא היה הוראת שעה, זה לא היה עולה לדיון״.[49]

נוסף על כך, זמניות החוק גם הפחיתה ויכוחים ביחס לתוכן המדויק של ההסדרים או משכי הזמן הקבועים בהם. כך, כאשר בחן ח״כ מיקי לוי את האפשרות להגיש הצעת חוק מטעם ועדת הכספים בעניין דחיית הליכי מס (הכוללת הסדרים שונים מהצעת חוק ממשלתית דומה שהוגשה בעניין), הודיע ערן יעקב, מנהל רשות המיסים, ליו״ר הוועדה כי ח״כ לוי הסכים להמתין עם הצעתו נוכח העובדה ש״ממילא זו הוראת שעה״.[50]

מלבד סעיף התוקף של החקיקה הזמנית כשלעצמו, גם פרק הזמן של הוראת השעה עשוי לשמש כאמצעי להשגת הסכמות כאשר המחוקקים חלוקים על נחיצות החוק. כך, למשל, בעת

בחוקי יסוד. ראו **בג״ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ׳ כנסת ישראל** (נבו 6.9.2017). נבות מציעה את ההסבר הבא ליישב בין פסקי הדין הללו: בפעם הראשונה שבה מוגשת עתירה נגד הוראת שעה, בג״ץ נוטה שלא להתערב (למעט במקרים קיצוניים במיוחד), אך ככל שהכנסת מאריכה את הוראת השעה פעמים נוספות, כך הולכת ופוחתת החסינות מפני ביקורת שיפוטית. ראו נבות, שם, בעמ׳ 119. ראו גם Daphne Barak-Erez, *Constitutional Rights and 'State of Emergency'*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 429, 442–443 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

46 Ittai Bar-Siman-Tov & Gaya Harari-Heit, *The Legisprudential and Political Functions of Temporary Legislation*, *in* TIME, LAW AND CHANGE: AN INTERDISCIPLINARY STUDY 227 (Sofia Ranchordas & Yaniv Roznai eds., 2020); Frank Fagan & Fırat Bilgel, *Sunsets and federal lawmaking: Evidence from the 110th Congress*, 41 INT'L REV. L. & ECON. 1 (2015); Marina Motsenok et al., *The Slippery Slope of Rights-restricting Temporary Measures: An Experimental Analysis*, BEHAV. PUB. POL'Y 1 (2020).

47 שם.

48 John E. Finn, *Sunset Clauses and Democratic Deliberation: Assessing the Significance of Sunset Provisions in Antiterrorism Legislation*, 48 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 442, 485 (2010); Rebecca M. Kysar, *Lasting Legislation*, 159 U. PA. L. REV. 1007 (2011).

49 פרוטוקול ישיבה מס׳ 9 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה־23, 5 (17.6.2020).

50 פרוטוקול ישיבה מס׳ 74 של ועדת הכספים, הכנסת ה־23, 12 (22.6.2020).

הדיון על הוראת השעה המאפשרת להורות על מעצר חשוד גם במקרים שבהם לא ניתן לקדם את החקירה בשל נגיף הקורונה, עלתה הטענה שאין כלל צורך בקביעת הסדר מעין זה. לבסוף, כפשרה, החוק אושר, אך משך תוקפה של הוראת השעה קוצר ל־45 ימים בלבד (בניגוד לשלושה חודשים בהצעת החוק שהונחה בקריאה הראשונה).[51]

***

לסיכום חלק זה, ניתן לראות כי מנקודת מבטו של המחוקק, החקיקה הזמנית נתפסת ככלי מתאים יותר כאשר מושא החקיקה הוא כביכול זמני בעצמו וכאשר יש צורך דחוף בחקיקה. כמו כן, זמניות ההסדר כשלעצמה מקלה את קבלתו גם כאשר מדובר בצעדים לא שגרתיים שיש בהם משום פגיעה בזכויות הפרט, והתפיסה הרווחת בין כותלי הכנסת היא שזמניות החוק מעידה כשלעצמה על המידתיות שלו. בהתאמה, השימוש בהוראת שעה מקל את העברת החקיקה, בכך שהוא מפחית התנגדות פרלמנטרית, כמו גם ביקורת שיפוטית וציבורית.

ד. בין הוראות שעה לתקנות שעת חירום ותקנות הקורונה

בפרק הקודם הצגנו את התמריצים לשימוש בחקיקה זמנית בתקופת הקורונה מנקודת מבטה של הכנסת. טרם שנתפנה לחלקו הנורמטיבי של המאמר, שבמסגרתו נציע את עמדתנו ביחס לשימוש הראוי שיש לעשות בכלי זה, נבקש להתייחס לכלי זמני נוסף, שזכה לפופולריות גוברת בעת ההתמודדות עם נגיף הקורונה.

החקיקה הזמנית למעשה ״מתחרה״ עם כלי שלטוני אחר ש**הממשלה** עושה בו שימוש: תקנות שעת החירום.[52] לצד העלייה הדרמטית בהיקף השימוש של הכנסת בחקיקה זמנית בעידן הקורונה, ניכרת עלייה ממשית גם בשימוש של הממשלה בתקנות שעת חירום.[53] מאז אמצע מרץ 2020 ועד כתיבת שורות אלה, שמונה חודשים מאוחר יותר, התקינה הממשלה עשרות תקנות שעת חירום;[54] לאמיתו של דבר, מצאנו כי חלק נכבד נוסף (12.5%) מחקיקת הכנסת ה־23 שנסקרה (שהוא כמעט 20% מהחקיקה שעניינה התמודדות עם נגיף הקורונה) מוקדש לאפיק נוסף בהתמודדות עם הקורונה – חקיקתם ותיקונם של חוקים לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום שהתקבלו על ידי הממשלה ודרשו את אישור הכנסת לשם הארכתן, בהתאם להוראות סעיף 39(ו) לחוק-יסוד: הממשלה.

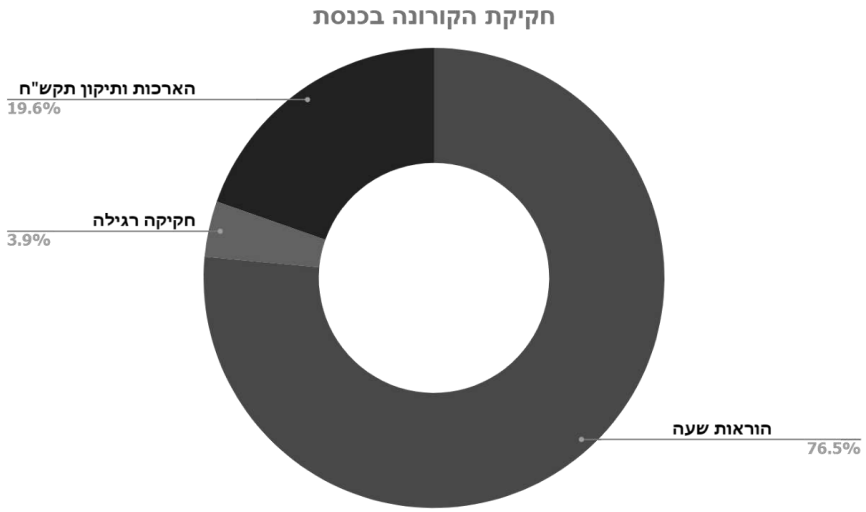
---

51 פרוטוקול ישיבה מס׳ 24 של הוועדה המיוחדת בעניין ההתמודדות עם נגיף הקורונה, הכנסת ה־23, 34 (19.4.2020); פרוטוקול ישיבה מס׳ 29 של הוועדה המיוחדת בעניין ההתמודדות עם נגיף הקורונה, הכנסת ה־23, 7 (22.4.2020).

52 לצד אלו קיימים כמובן כלים נוספים שבהם נעשה שימוש במסגרת ההתמודדות עם הנגיף, דוגמת חקיקת משנה וצווים מנהליים, אולם הדיון בהם חורג מעניינו של מאמר זה, מאחר שכלים אלו, מטבע הדברים, אינם מערבים את הכנסת באישורם או בדיון בהם.

53 ניר קוסטי ״תקנות שעת חירום: מבט עכשווי והיסטורי״ **ICON-S-IL Blog** (7.7.2020) https://israeliconstitutionalism.wordpress.com.

54 שם.



השימוש בחקיקה זמנית מחד גיסא ובתקנות שעת חירום מאידך גיסא הציף שיח משפטי ער בשאלה באיזה משני הכלים הללו יש לעשות שימוש בחקיקת הקורונה.[55] במבט ראשון, יש קווי דמיון לא מעטים בין תקנות שעת חירום להוראות שעה. שני מנגנונים אלה קובעים נורמות לזמן מוגבל, ושניהם גם משמשים לעיתים קרובות כמענה מקובל למצבי חירום. עם זאת, קיימים הבדלים ניכרים בין חקיקה זמנית לתקנות שעת חירום. ההבדל המרכזי ביניהן נוגע לחלוקת הסמכויות בין הכנסת לממשלה: הוראות השעה הן כאמור חקיקה ראשית של הכנסת, הנדרשת על דרך הכלל לעבור את כל ״מסלול המכשולים״ של הליך החקיקה; תקנות שעת חירום נקבעות על ידי הממשלה (ובמקרים מסוימים על ידי ראש הממשלה או שר שהוסמך לכך)[56] ללא מגבלות פרוצדורליות ייחודיות (למעט חובת הפרסום ברשומות),[57] והן מונחות לעיון ועדת החוץ והביטחון רק לאחר קבלתן.[58] לפיכך, תקנות שעת החירום מתקבלות מטבען בקלות ובמהירות רבות יותר.

---

55 להשוואה מקיפה בין ההסדרים הנוהגים בשעת חירום לבין אלו מכוח חוק המסגרת ראו: ניר קוסטי ואייל גרוס ״פרדוקס חוק הקורונה | ׳חירום בתוך חירום׳: סימפוזיון על חוק הקורונה, שלטון החוק וזכויות אדם״ **ICON-S-IL Blog** (12.1.2021) https://israeliconstitutionalism.wordpress.com.

56 ס׳ 39(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

57 שם, ס׳ 39(ז).

58 שם, ס׳ 39(א): ״תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן״.

עם זאת, על תקנות שעת חירום יש מגבלות שאינן חלות על חקיקה זמנית. ראשית, השימוש בתקנות שעת חירום אפשרי רק בעת שמוכרז מצב חירום בישראל.[59] שנית, חוק-יסוד: הממשלה מגביל במפורש את השימוש בתקנות חירום למצבים שבהם ״מצב החירום מחייב זאת״,[60] תנאי שפורש בפסיקה כמצב שבו הכנסת אינה יכולה לחוקק חוק בעצמה כתוצאה של מצב החירום.[61] גם ההסדר ביחס לפגיעה בזכויות אדם באמצעות תקנות שעת חירום שונה לעומת חקיקה זמנית: בעוד חקיקה זמנית, ככל חקיקה, נדרשת לעמוד במבחני פסקת ההגבלה כפי שנקבעו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפסיקת בית המשפט, הרי שבנוגע לתקנות שעת חירום יש בחוק־יסוד זה הסדר ספציפי שונה במקצת, המאפשר לשלול או להגביל זכויות יסוד ״לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש״, ובחוק-יסוד: הממשלה נקבע כי לא ניתן מכוח תקנות שעת חירום להגביל את הפנייה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או לפגוע בזכויות אדם.[62] יש גם חוקים שבהם נקבע הסדר ספציפי המגביל את האפשרות לשנותם, להפקיע זמנית את תוקפם או לקבוע בהם תנאים על ידי תקנות שעת חירום,[63] או את האפשרות לקבוע תקנות שעת חירום בתחומים המוסדרים מכוחם.[64]

הגבלה מהותית נוספת, הרלוונטית לענייננו, עניינה פרק הזמן שבו יכולות תקנות שעת החירום לעמוד בתוקפן באופן עצמאי. בניגוד לחקיקה זמנית, שבה שאלת תוקף החוק נתונה לשיקול דעתו של המחוקק, תקנות שעת החירום מוגבלות בחקיקת יסוד לפרק זמן של שלושה חודשים לכל היותר. לאחר פרק זמן זה יש להאריך את תוקף תקנות שעת החירום בחוק.[65]

---

59 אם כי מגבלה זו היא בעיקר פורמלית, שכן כידוע, מצב החירום בישראל עומד בתוקפו ברצף החל מיום 19.5.1948, והוא מתחדש בהחלטת הכנסת מדי שנה בהתאם להוראות ס׳ 38(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

60 שם, ס׳ 39(ה). אשר לשאלת הזיקה בין מצב החירום לבין התקנות המותקנות מכוחו, נקבע בפסיקה שקדמה לנוסח זה של חוק-יסוד: הממשלה כי הממשלה מנועה מלהשתמש בתקנות שעת חירום ״בעניינים שאינם קשורים קשר ישיר עם צרכי שעת־החירום״ (בג״ץ 2994/90 **פורז נ׳ ממשלת ישראל** פ״ד מד(3) 317 (1990)). מנגד, המינוח ״צורכי שעת חירום״ פורש בפסיקה באופן רחב יחסית (בג״ץ 6971/98 **פריצקי נ׳ ממשלת ישראל** פ״ד נג(1) 763 (1999)). להרחבה על אודות מגבלות אלה ראו אריאל בנדור ״מצבי חירום״ **ספר דורית ביניש** 447, 461–468 (קרן אזולאי, איתי בר־סימן־טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018).

61 עניין **פריצקי**, לעיל ה״ש 60, בעמ׳ 813.

62 ס׳ 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה. בספרות המשפטית יש כמה התייחסויות לסתירה הקיימת בין הוראות סעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המתיר לפגוע בזכויות אדם בתנאים מסוימים, לבין סעיף זה, השולל רשות זו מכול וכול. אחת האפשרויות שהוצעו ליישוב הסתירה היא לפרש את ״זכויות האדם״ האמורות בסעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה באופן מצומצם ביותר, בדומה למצב החוקתי בגרמניה. להרחבה ראו מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר **כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל?** (2011); בנדור, לעיל ה״ש 60, בעמ׳ 468 ובפרט ה״ש 98.

63 ס׳ 149 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ״ט–1969, ס״ח 103; ס׳ 20א לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי״ט–1959, ס״ח 138.

64 ס׳ 3 לחוק מסי מכס ובלו (שינוי התעריף), התש״ט–1949, ס״ח 154.

65 ס׳ 39(ו) לחוק-יסוד: הממשלה. יש להבחין כי חקיקה זו, חרף הדמיון במנגנון הקבוע בה, **אינה** חקיקה זמנית הכוללת הוראות שעה; זוהי חקיקה ״רגילה״ בעלת תוקף לא מוגבל, וסעיף התוקף הקבוע בה מתייחס לתוקף של תקנות שעת החירום ולא לתוקפו של דבר החקיקה עצמו.

ואכן, בתקופת הקורונה חוקקה הכנסת כמה חוקים שבהם הוארך תוקף התקנות לתקופה מוגבלת, וברוב החוקים אף נקבע מנגנון המאפשר להאריך את תוקף החוק באמצעות החלטות כנסת בלבד (ולא באמצעות הליך חקיקה מלא). ואכן, התוקף של יותר ממחצית החוקים הללו הוארך פעם נוספת, בין אם לימים בודדים באמצעות חוק המסגרת ובין אם לתקופות ארוכות יותר באמצעות החלטות הכנסת, בהתאם למנגנון שהוזכר.[66]

נוכח מגבלות אלו על תקנות שעת חירום ניתן לכאורה לחשוב שמנקודת המבט החוקתית של הבטחת שלטון מוגבל ומשיקולים של הגנה על זכויות יש לבכר תקנות שעת חירום על פני חקיקה זמנית. לטענה זו יש משקל, אך איננו חושבים כי היא מלמדת על עדיפותן של תקנות שעת חירום, אלא דווקא על הצורך לעשות שימוש מושכל ומבוקר יותר בחקיקה זמנית, כפי שיפורט להלן. שיקול מכריע נגד תקנות שעת חירום הוא הקושי החוקתי הרב שמתעורר נוכח העובדה שהן חותרות תחת הפרדת הרשויות וחלוקת הסמכויות ומותירות בידי הרשות המבצעת את תפקיד המחוקק וקובע הנורמות.[67] על כן, ככלל, באספקלריה חוקתית, הוראות השעה משמשות פתרון ראוי ונכון יותר מתקנות החירום. יפים לעניין זה דבריה של הנשיאה חיות, בעניין **בן מאיר**:

> ויודגש – שאלת ״המסלול הראוי״ להסדרת הסמכת השב״כ איננה עניין טכני שניתן להקל בו ראש. בדמוקרטיה ייצוגית, אשר בה הריבון הוא העם ״ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על־ידי הגוף שנבחר על־ידי העם לקבל הכרעות אלה״. לעיקרון בסיסי זה נודעת חשיבות גדולה בפרט בישראל, שבה חל תהליך מתמשך של התחזקות הרשות המבצעת על חשבון הרשות המחוקקת.[68]

דומה כי תהליך ההתחזקות של הרשות המבצעת, שעליו דיברה הנשיאה חיות, בא לידי ביטוי באופן מובהק בחקיקתו של חוק המסגרת, שהתקבל בקריאה שלישית ביום 22.7.2020. מדובר בהוראת השעה המשמעותית ביותר של תקופת הקורונה, שלמעשה מסדירה ומארגנת מחדש את חלוקת הסמכויות המסורתית בין רשויות השלטון בכל הנוגע להתמודדות עם הנגיף. הוראת שעה זו גרמה לשינויים מרחיקי לכת בהסדרים החוקתיים הנוהגים בישראל, אף אם אלה הם הסדרים זמניים וממוקדי נושא.

התבוננות בהסדרים שנקבעו בחוק המסגרת, כפי שיוצגו להלן, כמו גם ברציונלים שעמדו ביסודו, מלמדת כי חוק זה הינו מעין יצור כלאיים המשלב חקיקה זמנית יחד עם תקנות שעת החירום, אך זאת באופן שמותיר את החסרונות והקשיים משני העולמות: מדובר בחקיקה ראשית זמנית, המפקיעה את סמכויות הכנסת ומעבירה אותן לממשלה, בדומה לתקנות שעת

---

66 ראו למשל את חוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), תש״ף–2020, ס״ח 94, שקבע כי תקנות שעת החירום יעמדו בתוקף עד ליום 10.8.2020, ולאחר מכן הוארכה תקופה זו ב־21 ימים נוספים, עד ליום 31.8.2020. ראו החלטה בדבר הארכת תוקפו של חוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש״ף–2020, ק״ת 1966.

67 ס׳ 39(ג) לחוק-יסוד: הממשלה.

68 עניין **בן מאיר**, לעיל ה״ש 9, פס׳ 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

חירום. כמו כן, נראה כי העובדה שמדובר ״רק״ בהוראת שעה היא שאפשרה במידה רבה את העברתו של חוק המסגרת, אף על פי שהשפעתו על החלשת כוחה של הכנסת עלולה להיות ארוכת טווח.

כך, למשל, בניגוד להסדר הנהוג כיום בחוק-יסוד: הממשלה, המותיר את סמכות ההכרזה על מצב חירום באופן בלעדי בידי הכנסת, הרי שחוק המסגרת מעניק לממשלה את הסמכות להכריז על ״מצב חירום בשל נגיף הקורונה״,[69] תוך הגשת ההכרזה ונימוקיה לוועדת החוקה רק לאחר קבלתה. הכרזה זו אינה הצהרתית בלבד, אלא משמשת כמעין ״כפתור הפעלה״ של הענקת סמכויות מעין־חקיקתיות מרחיקות לכת לממשלה (להלן: תקנות הקורונה). גם לשם החלטה על הארכת תוקף ההכרזה לתקופות נוספות, נדרשת הממשלה לקבל את אישורה של ועדת החוקה בלבד ולא של מליאת הכנסת.[70] חוק המסגרת המקורי אומנם העניק סמכות למליאת הכנסת לבטל את ההכרזה, אך תיקון מאוחר יותר הוסיף הליך פרוצדורלי הדורש את המלצת ועדת החוקה לביטול ההכרזה, באופן המקשה מאוד על הכנסת לעשות זאת בפועל.[71] אומנם, בניגוד לתקנות שעת החירום המוסדרות מכוח חוק-יסוד: הממשלה אין בכוחן של תקנות הקורונה לבטל או להשהות הסדרים שנקבעו בחקיקה ראשית של הכנסת (ואף לשון החוק מונה כמה מגבלות על היקף התקנות ומידתיותן),[72] אך יש בהן כדי לפגוע בזכויות יסוד באופן נרחב למדי, בין היתר באפשרות להורות על הגבלת פעילויות במרחב הפרטי והציבורי (לרבות בתי עסק, בתי תפילה ומוסדות חינוך), כמו גם על הגבלות תנועה ותחבורה ברחבי המדינה או באזורים מסוימים. עוד הוסמכה הממשלה לקבוע בתקנות ענישה פלילית ומנהלית למפר הגבלות אלה. במילים אחרות, הממשלה קיבלה הן סמכויות מעין־חקיקתיות נרחבות והן את ״מתג ההפעלה״ לשם הפעלת סמכויות אלה, המצוי על דרך הכלל בידי הכנסת.[73] התיקון השני לחוק המסגרת הגדיל אף יותר את פערי הכוחות בין הרשות המבצעת למחוקקת והגביל את האפשרות לקיים במרחב הציבורי פעילויות שהוחרגו מגדר החוק המקורי, בהן פעילויות העומדות בליבת זכויות היסוד, דוגמת קיום הפגנות. הדבר נעשה באמצעות הכרזת ממשלה על

---

69 ס׳ 2(א) לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש״ף–2020, ס״ח 266 (להלן: חוק המסגרת). חשוב לציין שההכרזה הראשונה על מצב חירום בשל נגיף קורונה נעשתה במסגרת חוק המסגרת עצמו, בסעיף 51(א): ״ביום תחילתו של חוק זה יראו כאילו ניתנה הכרזה על מצב חירום בשל נגיף הקורונה לפי סעיף 2(א), שתוקפה 45 ימים״.

70 שם, ס׳ 2(ב).

71 שם, ס׳ 3(ב). לשם השוואה, ראו ס׳ 3 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (תיקון), התש״ף–2020, ס״ח 378.

72 ס׳ 4 לחוק המסגרת מציין, בין היתר, כי התקנות יותקנו ״אם שוכנעה [ועדת השרים] כי הדבר דרוש לשם מניעת הדבקה בנגיף הקורונה בקרב הציבור וצמצום התפשטותו, צמצום היקף התחלואה או הגנה על אוכלוסיות בסיכון, והכול רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת המטרות האמורות, לאחר שנשקלו חלופות להשגתן, הפגיעה בזכויות וההשפעות על המשק״.

73 אכן, הכרזה על מצבי חירום על ידי הממשלה או מי מטעמה אינה פרקטיקה ייחודית לחוק המסגרת. ס׳ 9ג(א) לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי״א–1951, מסמיך את הממשלה להכריז על מצב מיוחד בעורף. ס׳ 90ב לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל״א–1971, מאפשר לשר המשטרה להכריז על אירוע חירום אזרחי. ואולם, הכרזות אלו מצומצמות מאוד בהיקף הסמכויות המוענקות מכוחן לרשות המבצעת וזרועותיה ובעיקר הן מוגבלות ותחומות בזמן (48 שעות בלבד לאחר ההכרזה הראשונית, לעומת 45 ימים בחוק המסגרת).

״מצב חירום **מיוחד** בשל נגיף הקורונה״ לתקופה כוללת של עד 21 ימים,[74] ובאישור ועדת חוקה אף מעבר לכך.[75]

מלבד שינויים אלו החליש חוק המסגרת באופן ניכר את הכנסת בכובעה כמפקחת על פעילות הממשלה. בניגוד להסדרים הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה, הדורשים כי שינוי תקנות שעת חירום יקבל מלכתחילה את אישור הכנסת (או לכל הפחות את אישור אחת מוועדותיה), ההסדר בחוק המסגרת קבע ״מנגנון השהיה״, שלפיו תקנות הקורונה ייכנסו לתוקף בתוך 24 שעות לאחר אישור הממשלה (או מעט מאוחר יותר אם המועד המקורי נופל ביום מנוחה או שבתון), ולוועדה של הכנסת נתונה האפשרות לדון בהן בתוך פרק זמן זה, לבטלן או לשנותן עוד טרם כניסתן לתוקף. לא עשתה כן ועדה של הכנסת, יפורסמו התקנות ברשומות וייכנסו לתוקף עם פרסומן למשך פרק הזמן שנקבע להן, אלא אם כן יבוטלו או ישונו מאוחר יותר על ידי הכנסת או אחת מוועדותיה המוסמכות לכך.[76]

התבטאויות של שרים וחברי כנסת מן העת האחרונה מלמדות שהחלשה זו נובעת מחוסר הבנה של החשיבות שבפיקוח הפרלמנטרי דווקא בתקופות חירום רגישות, ואולי מתוך עמדה שקיבלה ביטוי בממשלה הנוכחית, שלפיה אל לה לכנסת להתערב בהחלטות הממשלה בעניין נגיף הקורונה.[77] עמדה זו באה לידי ביטוי בעת שעשתה ועדת הקורונה שימוש בסמכותה לפי החוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות) (תיקון), התש״ף–2020. חוק זה, שהתקבל בכנסת ביום 7.7.2020 (להלן: חוק הקורונה הקטן), קבע הסדר פיקוחי דומה לזה שנקבע בחוק המסגרת, כך שניתנה לוועדת הקורונה או למליאה סמכות לשנות או לבטל הגבלות שקבעה הממשלה בצווים על פעילות המשק. כאשר עשתה

---

74 ס׳ 3א(א), 3א(ה)(1) לחוק המסגרת.

75 שם, ס׳ 3א(ה)(2). יש לציין כי אומנם ס׳ 3א(ד) לחוק המסגרת מורה שהכרזה על מצב חירום מיוחד תיעשה ״לאחר שהובאו לפניה עמדת שר הבריאות לחוות דעת מקצועית מטעם משרד הבריאות המבססת את קיומו של המצב הבריאותי החמור״, אך פרוצדורה זו אינה כוללת את הרשות המחוקקת **בטרם** ההכרזה.

76 שם, ס׳ 4(ד).

77 בולטת בהקשר זה אמירתו של ראש הממשלה, בנימין נתניהו, שלפיה ״זה פשוט לא יאומן, אנחנו חייבים להעביר כל דבר לחקיקה [...] עכשיו החקיקה מכניסה אותך לכנסת, ויש כללים בחקיקה, כמה זמן לוקח. [...] אני מתכוון להעביר חוק קורונה שיאפשר לי להתגבר על כל הכללים הבירוקרטיים האלה״. יהונתן ליס, נעה לנדאו וברי פלג ״הכנסת אישרה: הממשלה תוכל לעקוף אותה ביישום ההגבלות במאבק הקורונה״ **הארץ** (6.7.2020) www.haaretz.co.il/health/corona/.premium-1.8973972. בקשר לשינוי של היקף ההגבלות שהטילה הממשלה על ידי ועדת הקורונה, בהתאם לסמכותה בחוק, אמר ח״כ מיקי זוהר: ״נורא קל לבקר, נורא קל לקבל החלטות בלי לקחת אחריות, כי בינתיים ראש הממשלה ושרי הממשלה הם אלו שנושאים באחריות, וליפעת שאשא ביטון אין איזו שהיא אחריות כזו. ״ח״כ מיקי זוהר: ״מנעתי את פיטורי שאשא ביטון, ואני מצטער שלא הדחתי אותה״ **מעריב** (22.9.2020) www.maariv.co.il/news/politics/Article-791400. גישה זו נתונה כמובן במחלוקת ציבורית עזה והיא יצרה תרעומת רבה בכנסת ומחוצה לה. כך למשל אמר ח״כ מיקי לוי במליאת הכנסת בעת הדיון על הצעת חוק־יסוד: משק המדינה (הוראת שעה לשנת 2020), שנועדה להוביל תוכנית כלכלית להתמודדות עם נגיף הקורונה: ״הכנסת חייבת להיות חלק מהמשחק, אסור לדרוס אותה, והצעת החוק, חבריי חברי הכנסת, דורסת אותה אם לא נשנה אותה״ (פרוטוקול ישיבה מס׳ 11 של הכנסת ה־23, 1, 29 (6.4.2020)). ראו גם ליס, לנדאו ופלג, שם.

ועדת הקורונה שימוש בסמכותה זו, והפקיעה את תוקפו של הצו לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות) (שינוי התוספת לחוק) (מספר 2), התש״ף–2020, בכל הנוגע להטלת מגבלות על פעילות בריכות שחייה וחדרי כושר,[78] גרם הדבר לסערה פוליטית, לאיומי פיטורין פומביים שהופנו אל יו״רית הוועדה[79] ובסופו של דבר להודעה מטעם יו״ר הקואליציה, ח״כ מיקי זוהר, שלפיה לא יובאו עוד החלטות לאישור הוועדה.[80] ואכן, בחוק המסגרת הופקעה הסמכות לדון בהכרזה על מצב החירום ובהכרזה על אזורים מוגבלים מוועדת הקורונה והועברה לכמה ועדות קבועות וספציפיות, הדנות במגבלות בהתאם לתחומי עיסוקן. התיקון הראשון לחוק המסגרת אף הגביל את האפשרות של העברת הפיקוח בין ועדות שונות וקבע במפורש כי הסמכות לדון בהכרזה על מצב החירום ובהכרזה על אזורים מוגבלים ניתנת לוועדת החוקה, למעט במקרים חריגים.[81] בכך נחלשה ועדת הקורונה באופן ניכר ורוקנה מחלק הארי של סמכות הפיקוח על הממשלה בכל הנוגע לאישור תקנות הקורונה.

לנוכח כל האמור, ובייחוד בשל מצב החירום הייחודי, הדורש מחד גיסא צעדים דרסטיים ומהירים ומאידך גיסא פיקוח צמוד ואפקטיבי, אנו שותפים לדעתה של נשיאת בית המשפט העליון, שלפיה הוראות שעה עדיפות מתקנות שעת חירום בכלל ותקנות הקורונה בפרט, וכי יש להשאיר בידי הכנסת, נבחרת הציבור, את הסמכות לפגוע בזכויות יסוד לצורך התמודדות עם נגיף הקורונה. הדבר יתאפשר, כמובן, אם החקיקה הזמנית אינה מפקיעה את הסמכות האמורה מידי הכנסת, ולכל הפחות יהפוך אותה לשותפה מלאה בקביעת ההסדרים במקרים שבהם עלולה להיגרם פגיעה קשה בזכויות היסוד.

עם זאת, השאלה בדבר ״סוג החקיקה״ שנעשה בו שימוש בהתמודדות עם נגיף הקורונה אינה זו שצריכה לעמוד במרכז הדיון החוקתי והציבורי. השימוש בחקיקה זמנית כשלעצמו אינו משמש כ״תעודת ביטוח״ מפני פגיעות חוקתיות או הסדרים פוגעניים, והוא טומן בחובו סכנות משלו. כפי שיפורט להלן, יש לעמדתנו מקרים שבהם אין הצדקה לקבל הסדרים מסוימים, גם אם בדרך של חקיקה זמנית. גם במקרים שבהם ההצדקה האמורה קיימת, השימוש בחקיקה זמנית יהא עדיף מחוק רגיל או תקנות חירום רק אם ייעשה בדרך הראויה ומהסיבות הנכונות, כפי שיוצג להלן.

ה. התמודדות עם קשיים וכשלים בשימוש בחקיקה זמנית בעידן הקורונה

כבר צוין לעיל כי השימוש בחקיקה זמנית בעידן הקורונה הוא טבעי ומובן ושותפות לו מדינות רבות. מדובר בהתמודדות חדשה עם איום בריאותי לא מוכר המתפשט במהירות, והזינוק

---

78 פרוטוקול ישיבה מס׳ 29 של הוועדה המיוחדת לעניין נגיף הקורונה החדש ולבחינת היערכות המדינה למגיפות ולרעידות אדמה, הכנסת ה־23, 10–11 (13.7.2020).

79 שם, בעמ׳ 9.

80 יהונתן ליס ״מיקי זוהר: שאשא ביטון לא תודח, אך לא יובאו החלטות לאישור ועדת הקורונה״ **הארץ** (13.7.2020) www.haaretz.co.il/health/corona/.premium-1.8991299.

81 ס׳ 1–2, 8–9 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה)(תיקון).

המהיר במספר חולי הקורונה, לצד הידע המדעי החלקי באשר להשלכות ההידבקות בנגיף, דרש נקיטת אמצעים חריפים ומיידיים כדי לנסות ולהתמודד עם שעת חירום לא מוכרת זו. הדבר אף מתיישב עם כך שמגפת הקורונה היא, בתקווה, זמנית ובת־חלוף.

על אף האמור, ההיסטוריה החקיקתית בישראל מלמדת כי השימוש בחקיקה זמנית בעיתות חירום טומן בחובו קשיים וסכנות לא מבוטלים. בראשם עומדת הסכנה שתתקבל חקיקה לא ראויה, ללא ביקורת פרלמנטרית, שיפוטית וציבורית מספקת, אשר השלכותיה ייוותרו גם זמן רב לאחר חלוף המאורע הזמני שבגינו באה לעולם. כדי שחקיקה זמנית תשמש אמצעי ראוי להתמודדות עם משבר הקורונה ראוי אפוא לקבוע כמה קווים מנחים לאופן השימוש בה.

נקודת המוצא הראשונה שיש לאמץ, לעמדתנו, בחקיקת הקורונה היא שאין די בסעיף תוקף כדי ״להכשיר״ את החקיקה הזמנית ללא סייגים. כך, יש להקפיד על הליך חקיקה נאות, על פיקוח פרלמנטרי, על ביקורת שיפוטית מהותית ועל דיון ציבורי מעמיק, כל זאת גם כאשר מדובר בהוראות שעה. עקב כך, יש להתנער מההנחה האוטומטית שלפיה זמניות החוק הופכת אותו בהכרח למידתי יותר או פוגעני פחות בהשוואה לחוקים ״רגילים״. התייחסה לכך השופטת ארבל בפסק הדין שניתן בעתירה השנייה נגד חוק איחוד משפחות:

> גם אם ניתן לסבור כי, לכאורה, עצם השימוש בהוראת שעה עשוי להוות אינדיקציה למידתיות ההסדר משום זמניותו, הרי שמצב הדברים [...] שבו הוראת השעה מוארכת פעם אחר פעם מעורר את החשש כי לפנינו דוגמה נוספת לשימוש באמצעי של הוראת שעה, על הגמישות היחסית הנלווית לו, לצורך הסדרת סוגיות מורכבות ורגישות. זאת, תוך ״דילוג״ על משוכת הדיון הציבורי בנושאים הנתונים במחלוקת ציבורית חריפה ותוך ״התחמקות״ מהנפקויות הנודעות לקיומה של חקיקה פוגענית שכזו לאורך זמן עלי ספר החוקים שלנו.[82]

גם להשקפתנו, אל לו למחוקק להקל ראש בחקיקה שנועדה להיאבק בהשלכות נגיף הקורונה אך בשל אופייה הזמני, ועליו לבחון באופן מושכל ופרטני בנוגע לכל הסדר זמני הפוגע בזכויות יסוד אם זמניותו אכן משפיעה על מידתיות הפגיעה הכרוכה בו: יש לזכור כי תיתכנה פגיעות קשות ובלתי מידתיות עד כדי כך שלא ניתן לקבל אותן אל ספר החוקים הישראלי, גם אם באופן זמני. אף במקרים שבהם הפגיעה בזכויות היסוד אינה כה קיצונית, יש לבחון אם ובאיזה אופן משפיעה זמניות החוק על מידתיות ההסדרים שנקבעו בו. נוסף על כך, יש לבחון את אפשרות השימוש באמצעים חלופיים, פוגעניים פחות.

דוגמה מובהקת לכך בחקיקת הקורונה היא חוק איכוני השב״כ, שהוזכר לעיל. במסגרת הדיון המהותי על הפגיעה העמוקה של החוק בזכויות היסוד ציין בית המשפט כי המנגנון שאומץ בישראל הוא חריג בנוף הבין־לאומי, ולא בכדי מעטות המדינות הדמוקרטיות שעשו שימוש בכלים ביטחוניים במעקב דיגיטלי רחב היקף לניטור חולי קורונה בשטחן, ואף לא

---

82 פרשת **גלאון**, לעיל ה״ש 45, פס׳ 27 לפסק דינה של השופטת ארבל.

אחת מהן עשתה שימוש בשירות החשאי לשם כך.[83] יתרה מזאת, במחקרים בין־לאומיים עדכניים אף צוין חוק זה כדוגמה לכך שמדינת ישראל מנצלת את מצב החירום כדי להרחיב את סמכויות הממשלה, והיא הוזכרה בהקשר זה בנשימה אחת יחד עם הונגריה, טורקיה ורוסיה.[84] בשל כך הזכיר בית המשפט את הצורך להעמיד ״אמצעי יעיל במהירות שיא״ כשיקול חשוב במסגרת האיזון החוקתי, ואף הדגיש כי ״המאמץ לאיתורה של חלופה יעילה אחרת חייב להימשך ללא לאות״.[85]

בדומה להסדר הקבוע בחוק המסגרת, גם חוק איכוני השב״כ מסמיך את הממשלה להכריז על הסמכת השב״כ לביצוע פעולות מעקב אחר חולים ומי שבא עימם במגע. הכרזה זו נכנסת לתוקף עם פרסומה ברשומות[86] ומובאת לאחר מכן לאישור ועדת החוץ והביטחון, וזו רשאית לאשר את ההכרזה, לא לאשרה או לאשרה לתקופה קצרה יותר.[87] חוק איכוני השב״כ מורה כי על הממשלה להכריז הכרזה כאמור רק אם ״שוכנעה כי אין חלופה מתאימה להסתייעות בשירות״,[88] וס׳ 12א לחוק אף מורה במפורש על העמדת חלופה אזרחית ראויה לשימוש בשב״כ ועל גיבוש תוכנית לאומית לעידוד השימוש בחלופה זו. ואולם, גם לאחר למעלה מחצי שנה מאז הסמכת השב״כ לבצע איכונים, ולאחר הסתגלותו של המשק הישראלי ל״שגרת קורונה״, טרם הועמדה חלופה אזרחית ראויה, וההחלטות על הארכת ההכרזה על הסמכת השב״כ מתקבלות פעם אחר פעם בממשלה ומאושרות בוועדת החוץ והביטחון ללא דיון מספק בחלופות וללא נתונים מסודרים אודות היקף האיכונים ומידת דיוקם.[89] כך, למשל, במהלך הדיון בוועדת החוץ והביטחון על אישור הכרזת הממשלה להסמכת שב״כ לבצע איכונים בפעם החמישית(!), העירו חברי הכנסת כי הדיון ביעילות האיכונים מחד גיסא ובחלופות ראויות יותר מאידך גיסא אינו מתבצע באופן מסודר ומעמיק. כך, ח״כ ברביבאי הלינה בפני יו״ר הוועדה כי ״לא באמת מתקיים דיון״, ואילו ח״כ בוסו אמר ״אנחנו מקיימים חודשיים דיון ואנחנו כל פעם אומרים: לא ולא ולא [...] ואנחנו אחר כך ממשיכים להיות חותמת גומי של ועדה שמאריכה פעם אחר פעם את האיכונים של השב״כ, ואני לא חושב שזה נכון״.[90] בהמשך הדברים הדגישה ח״כ ברביבאי את הזמן הרב שעבר מאז פרוץ המגפה, והיחלשותו של הצורך הדוחק באיכוני השב״כ לעומת חלופות האזרחיות הזמינות, או בפרק הזמן שבו ראוי לאשר איכונים אלה:

---

83 תהילה שוורץ אלטושלר ורחל ארידור הרשקוביץ ״מעקב אחר אזרחים – מה קורה בעולם?״ **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (25.3.2020) www.idi.org.il/parliaments/30997/31088.

84 Celia Berlin & Giovanna de Maio, *Democracy After Coronavirus: Five Challenges for the 2020*, FOREIGN POL'Y. 1, 6 (2020), https://brook.gs/3K6dBkI.

85 עניין **בן מאיר**, לעיל ה״ש 9, פס׳ 39–40 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

86 ס׳ 3(ה) לחוק איכוני השב״כ.

87 ס׳ 3א לחוק איכוני השב״כ.

88 ס׳ 3(ב) לחוק איכוני השב״כ.

89 אומנם, בשל המנגנונים שנקבעו בחוק איכוני השב״כ המצריכים את הארכת ההכרזה על הסמכת השב״כ ולא על תוקף החוק, עיקר הטענות של היעדר דיון נשמעות בהקשר זה; ואולם, כפי שיוצג להלן, חברי הכנסת ומשתתפי הדיון מתייחסים בדבריהם לאפשרות העקרונית להסמכת השב״כ לבצע מעקב, ולאו דווקא להכרזה הספציפית העומדת על הפרק.

90 פרוטוקול ישיבה מס׳ 43 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה־23, 19–20 (12.10.2020).

> עובדות ונתונים זה תמיד חשוב, אבל כשאנחנו כבר שבעה־שמונה חודשים בתוך הקורונה, מה שהיה מיידי, צורך היסטרי אז לקיים בהקשרים של אין לנו מידע ואנחנו חייבים לאכן אנשים וכו׳ עם השב״כ, ואמרנו אז: זה רק זמני, הופך להיות שיטה.[91]

ובהמשך הדברים:

> יש פה חובבנות באופן שבו הנתונים מוצגים כל פעם בצורה אחרת, לרבות העניין שיש המון מידע שהמדינה לא יודעת בכלל. אני שואלת אותך, כמי שדווקא בא מהארגון זה שנועד למגר טרור: כמה עוד אפשר לתת ביטוי לכלי שנועד למטרה אחרת לחלוטין להיות ככלי נגד אזרחים במדינה דמוקרטית?[92]

דחיקת הדיון בחלופות לאיכוני השב״כ היא דוגמה ברורה לטענה שהובאה בספרות המחקרית,[93] שלפיה החקיקה הזמנית יוצרת תקדים המביא לשינוי ארוך טווח של הנורמה, בכך שהיא מקהה את התפיסה הציבורית שמדובר בהסדר חריג ביחס לימי השגרה.

קושי נוסף נוגע למשך הזמן שבו עומדת הוראת השעה בתוקף בסופו של דבר, ולשאלה אם הוראות השעה הן זמניות בשמן אך קבועות באופיין. במאמרנו הקודם, למשל, הוצג חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס״ג–2003[94] – המונע איחוד משפחות של אזרחי ישראל עם בני משפחתם תושבי הרשות הפלסטינית – כדוגמה מובהקת לכשל מסוג זה: החוק, שהיה שנוי במחלוקת למן ההתחלה, נחקק בשנת 2003 כהוראת שעה לשנה אחת בלבד. מאז הוא הוארך בצווים לא פחות מ־19 פעמים (!). כך, חוק ״זמני״, שחברי כנסת רבים אמרו במפורש שהיו מתנגדים לו לולא זמניותו, עומד בתוקפו כבר 17 שנה.

אומנם משבר הקורונה הוא משבר ״צעיר״ מכדי לבחון תופעות מעין אלו, אך נראה כי בתחילת המשבר נקטה הכנסת זהירות רבה בנוגע למשך תוקפן של הוראות השעה העוסקות במשבר הקורונה. חרף זאת, עם התארכות המשבר והתמשכותו דומה כי תוקפה של החקיקה הזמנית הלך והתארך אף הוא. כך למשל, חוק איכוני השב״כ עמד תחילה בתוקף ל־21 יום בלבד, אך משתמה תקופת הזמן האמורה והחוק הוארך בשנית נקבעה תקופה ארוכה הרבה יותר, ולבסוף נקבע כי הוא יעמוד בתוקף עד ל־20 לינואר 2021.[95] כך היה גם בעניין הצעת חוק קיום דיונים באמצעים טכנולוגיים, שעוסק בזכויות עצירים, שהחל כחוק בעל תוקף קצר

---

91 שם.

92 שם, בעמ׳ 26.

93 להרחבה ראו בר־סימן־טוב והררי־הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 586.

94 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס״ג–2003, ס״ח 544.

95 עם התפזרות הכנסת ה־23 יעמוד חוק איכוני השב״כ בתוקף עד ליום 6.7.2021, שלושה חודשים לאחר מועד תחילת כהונתה של הכנסת ה־24, בהתאם להוראות ס׳ 38 לחוק־יסוד: הכנסת. ראו גם ״בקשת הממשלה לאשר את הכרזת הממשלה על הסמכת השב״כ לבצע פעולות סיוע במסגרת המאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש – סקירה משפטית״ (חוות דעת של עו״ד מירי פרנקל־שור, היועצת המשפטית לוועדת החוץ והביטחון, 11.1.2021).

של שבועות בודדים, אך עם תום התקופה ביקשה הממשלה להאריכו בשנה נוספת. בדיון שהתקיים ב־23.6.2020 בוועדת החוקה, חוק ומשפט התייחס לכך ח״כ יוסף ג׳אברין:

> כבוד היושב־ראש, אתה יודע שאחד הסיכונים שאנחנו לוקחים כשיש הוראת שעה הוא בכך שההסדר הזה מוצא חן בעיני הרשויות והופכים את מה שהיה בהוראת שעה למשהו קבוע. אין כאן שום התאמה בין עוצמת הפגיעה בזכויות אדם, בזכויות העצור והנאשם, לבין ההסדר הקיצוני שמוצע כאן, גם מבחינת לוח הזמנים כשמדברים על שנה, גם מבחינת השארת סמכות ההכרזה רק בידי הרשות המבצעת. זה פשוט מדהים, בלי שום ביקורת, שהממשלה יכולה להחליט על תקופה כזו באופן כמעט בלעדי.[96]

על כן, לעמדתנו, חשוב לוודא כי החקיקה הזמנית אכן תישמר זמנית, וזאת באמצעות ניסוח ראוי של סעיף התוקף, שקובע מתי יפוג תוקפו של החוק: על חוק זמני להגדיר מראש ובצורה בהירה מהי התקופה שבה החוק יהיה בתוקף,[97] ויש חשיבות גבוהה לקביעה מושכלת של אורך חיי החוק ולהחלטה ברורה בשאלה מתי יובא החוק לבחינה מחודשת של המחוקק. להשקפתנו, ככל שההסדר המוצע בחקיקה הזמנית פוגע יותר בזכויות הפרט, יש לקבוע תקופה קצרה יותר מלכתחילה לתוקפו של החוק וכך להבטיח את בחינתו המחודשות באופן תדיר יותר.

מנגנון דומה נקבע, למשל, בבריטניה, שם קיים חוק נוסף על אלו שהוזכרו לעיל – Public Health (Control of Disease) Act 1984. החוק מאפשר לממשלה להתקין תקנות במקרה של מצב חירום בריאותי על מנת להבטיח את בריאות הציבור; ואולם, נקבע כי התקנות יעמדו בתוקפן עד שישה חודשים, כאשר בכל 28 יום נדרשים שני בתי הפרלמנט הבריטי לבחון את מידת ההזדקקות לתקנות ולאשרן.[98] באופן דומה, גם התקנות המגבילות את חופש התנועה שהתקבלו במסגרת החוק נזקקו לאישור שני בתי הפרלמנט אחת ל־28 יום.[99]

סוגיה חשובה נוספת בהקשר זה היא קיומו של מנגנון הארכה (extension mechanism). בחקיקת הקורונה נעשה פעמים מספר שימוש במנגנון שקובע כי הארכת החקיקה תיעשה על ידי הממשלה או שר בממשלה, במעורבות מינימלית בלבד של ועדה של הכנסת.[100] לעמדתנו,

---

96 פרוטוקול ישיבה מס׳ 24 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־23, 4 (23.6.2020).

97 Helen Xanthaki, Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation 188–190 (2014).

98 Cormacain, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 247–248; Scott, לעיל ה״ש 12.

99 שם.

100 למשל ס׳ 3 לחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה) (נגיף הקורונה החדש – הוראת שעה – תיקון) התש״ף–2020, ס״ח 224: ״שר התחבורה והבטיחות בדרכים, בהתייעצות עם שר הכלכלה והתעשייה ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי, בצו, להאריך את התקופה הקובעת בתקופות נוספות, ובלבד שסך תקופות ההארכה לא יעלה במצטבר על תשעה חודשים, והכול כל עוד קיימות מגבלות שהטילו מדינות על כניסת בני אדם לשטחן או על טיסות לשטחן, לשם התגוננות מפני נגיף הקורונה החדש, המשפיעות באופן משמעותי על תנועת נוסעים מישראל ואליה״; ס׳ 2 לחוק קליטת חיילים משוחררים (נגיף הקורונה החדש – הוראת שעה – תיקון מס׳ 20) (מימוש חלק מהפיקדון לכל מטרה), התש״ף–2020, ס״ח 220: ״שר

ראוי להותיר את האפשרות להארכת החוקים בידי המחוקק בלבד ולקבוע כי הארכת החקיקה הזמנית תיעשה אך ורק בכנסת, ורק באמצעות הליך חקיקה מלא. הותרת ההתמודדות עם נגיף הקורונה בידי הממשלה ללא פיקוח של ממש מצד הכנסת היא בעייתית מאוד בהיבט של הפרדת רשויות, לגיטימיות דמוקרטית וטיוב חקיקה.[101] כפי שציין השופט לוי בפרשת **גלאון**, שעסקה בחוק האזרחות והכניסה לישראל, את תמיהתו: ״כלום הולם הוא כי תוקף חוקיה של הכנסת, ובפרט של חוק שהשפעתו כה ניכרת, יוארך בצו ממשלתי, שאותו מאשר בית המחוקקים בהליך קצר ובהצבעה יחידה אשר ספק אם היא מבוססת על תמונת נתונים מלאה״.[102] אומנם, בתחילת משבר הקורונה עלה החשש בישראל (ובפרלמנטים נוספים בעולם)[103] שבשל נגיף הקורונה לא תוכל הכנסת להתכנס ולא ניתן יהיה לקיים את ההצבעות במליאת הכנסת;[104] ואולם, מאז נמצאו פתרונות שמאפשרים את תפקודה התקין ועבודתה הסדירה של הכנסת,[105] והחשש כי זו לא תוכל לקבל את ההחלטות במועדן פחת באופן ניכר.

גם במקרים שבהם נקבע מנגנון הארכה במסגרת החקיקה הזמנית, דיני החקיקה בישראל אינם מגבילים את מספר ההארכות האפשריות להוראות השעה, ולאמיתו של דבר אין כל מניעה שתוארכנה שוב ושוב לאורך שנים, כפי שאכן קרה כאמור לכמה חוקים בחקיקה הישראלית. באופן דומה, חקיקת הקורונה הזמנית שמכילה מנגנון של הארכת החוק שלא באמצעות הכנסת אינה מגבילה את מספר ההארכות האפשריות במסגרת זו. לדעתנו, כאמור, ראוי לדרוש הליך חקיקה מלא בכל הארכה של החוק, ולכל הפחות יש להגביל מראש את מספר ההארכות האפשרי כשמדובר בהארכה בצו ממשלתי בלבד. הדברים נכונים במיוחד בחוקים שבהם זמניות החקיקה אמורה הייתה לרכך את הפגיעה החוקתית או לסמן סטייה מהנורמה הכללית. עוד ניתן להציע להשית קביעת רוב מיוחד או קוורום מינימלי לשם הארכת החוק, אולי אף כזה שילך ויגדל בד בבד עם מספר הפעמים שבהן כבר הוארכה הוראת השעה,

---

הביטחון, בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת העלייה, הקליטה והתפוצות של הכנסת, רשאי להאריך, בצו, את התקופה האמורה בסעיף 1, בתקופה אחת נוספת של שלושה חודשים״.

101 Nicola McGarrity, Rishi Gulati & George Williams, *Sunset Clauses in Australian Anti-Terror Laws*, 33 ADEL. L. REV. 307, 329–330 (2012). ; Bar-Siman-Tov, לעיל ה״ש 1 ; Gersen, לעיל ה״ש 28.

102 פרשת **גלאון**, לעיל ה״ש 45, פס׳ 33 לפסק דינו של השופט לוי.

103 Ittai Bar-Siman-Tov, *Parliamentary Activity and Legislative Oversight During the Coronavirus Pandemic – A Comparative Overview* (Bar Ilan U. L. Fac., Research Paper No. 20-06, 2020), www.researchgate.net/publication/340091555; Israel Waismel-Manor et al., *Covid-19 and Legislative Activity: A Cross-National Study* (Bar Ilan U. L. Fac., Research Paper No. 20-12 2020), www.researchgate.net/publication/342514148.

104 ס׳ 26 לחוק-יסוד: הכנסת מורה כי ״ישיבות הכנסת יהיו במקום מושבה, אולם בנסיבות מיוחדות רשאי יושב ראש הכנסת, בהתייעצות עם הסגנים, לכנס את הכנסת במקום אחר״. אשר להצבעה, ס׳ 36(א)(1) לתקנון הכנסת מורה כי על דרך הכלל ״חבר הכנסת יצביע באמצעות מערכת ההצבעה האלקטרונית, ממקום מושבו הקבוע בלבד״. אומנם, אין בחקיקה הסדר מפורש המונע את ההצבעות שלא במליאת הכנסת, אך גם לא בנמצא התייחסות באשר לפעילות הכנסת בעתות חירום. להרחבה ראו: אביטל פרידמן ואסף שפירא ״תפקוד הכנסת בתקופת חירום – לקחי משבר הקורונה״ **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (17.6.2020) www.idi.org.il/parliaments/31835/31845.

105 Bar-Siman-Tov, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 34–40.

באופן שיבטיח את נוכחות חברי הכנסת בדיון, ובכך ישפר את הפיקוח של הכנסת על אותן הארכות. עם זאת, יש להניח שהצעה זו אינה מעשית בעת הזו, בשים לב לכך שהכנסת נמנעה עד כה מלקבוע דרישת קוורום בהקשרים חשובים רבים אחרים.[106]

קושי נוסף בהארכות החוזרות והנשנות של החקיקה הזמנית מתעורר נוכח העובדה כי פעמים רבות הן נעשות ללא הליך קבלת החלטות מושכל. פעמים לא מעטות כלל לא מונח בפני חברי הכנסת מידע רלוונטי, ולחלופין מידע זה מובא בפניהם ברגע האחרון לפני פקיעת החוק, תוך הפעלת לחץ לאשר את החקיקה במהירות, באופן שהופך את הכנסת ל״חותמת גומי״.[107] כך, למשל, הלינה ח״כ קארין אלהרר על הקושי בקבלת נתונים מהממשלה בדיון להארכת תוקפה של הוראת השעה שעסקה בזכויות עצירים תקופת הקורונה: ״גם קבלת נתונים – מתייחסים לזה בביטול בממשלה. אני מציעה לנו להיות אחראים, לא לבטל את קבלת הנתונים – זה דבר מאוד מאוד חשוב. בסוף כדי לקבל את ההחלטה הטובה ביותר, היא צריכה להיות מושכלת. אני לא מרגישה שיש לנו יכולת לקבל החלטה מושכלת כרגע בלי נתונים״.[108] בתגובה לכך ציין היו״ר יעקב אשר כי ״יש נתונים. נשמע אותם״, וח״כ אלהרר השיבה כי ״קיבלנו אותם הבוקר, להזכירך״.[109]

דווקא בשל העובדה שחקיקה זמנית מתקבלת פעמים רבות בתחילתו של משבר, מתוך תחושת חירום ודחיפות ולפני שהתבררה למחוקק מלוא התמונה העובדתית הרלוונטית, נודעת חשיבות עליונה לקיומם של דיון מעמיק ובחינה מחודשת לפני כל הארכה נוספת של החוק. לשם כך ניתן לעשות שימוש בתוצריו של מנגנון דיווח והערכה (evaluation clause). תפקידו של מנגנון זה הוא להפוך את ההחלטה של המחוקק בשאלה אם לבטל את דבר החקיקה או להאריכו להחלטה מבוססת מידע וראיות.[110] במסגרת הבחינה המחודשת יש לבדוק אם מצב החירום חלף, השתנה או פחת, אילו זכויות נפגעו ובאיזה היקף, ובהתאמה – לשקול מחדש חלופות אחרות שפגיעתן בזכויות פחותה.[111]

בחקיקה בעניין הקורונה ניתן למצוא כמה מנגנוני דיווח שמטילים חובה על רשות או שר לדווח לאחת מוועדות הכנסת.[112] כך, בחוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש-דיונים בהשתתפות עצורים, אסירים וכלואים) (התש״ף–2020), שאינו חוק זמני, מוטלת על כמה גופים חובה להעביר לכנסת מידע רלוונטי. החוק קובע מהם הנתונים שיועברו ודורש את העברתם בכתב, אחת לשבוע, לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. פרק ד׳ בחוק איכוני השב״כ עוסק גם הוא בהטלת חובות דיווח על גורמים מקצועיים

---

106 לדיון בסוגיה של קביעת רוב מיוחד בהיבטים חוקתיים מובהקים ראו הלל סומר ״תרופת פלא או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות״ **חוקים** יב 55 (2018).

107 בר-סימן-טוב והררי-הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 576–577.

108 פרוטוקול ישיבה מס׳ 24 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־23, 5 (23.6.2020).

109 שם.

110 בר-סימן-טוב והררי-הייט, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 570.

111 להרחבה על אודות הדרך הראויה לדעתנו לעיצוב מנגנון הערכה ראו שם, בעמ׳ 596–599.

112 דוגמה מפורטת במיוחד היא ס׳ 19 ל**חוק איכוני השב״כ**, הכולל שורה ארוכה של חובות דיווח על ראש שירות הביטחון הכללי ונציגי משרד הבריאות בנושאים מקיפים לוועדת החוץ והביטחון וליועץ המשפטי לממשלה.

שונים לוועדות הכנסת וליועץ המשפטי לממשלה.[113] ואולם, מנגנון זה עודנו נדיר והשימוש בו אינו משוכלל דיו. מנגנון ההערכה בולט בדלותו בחוק המסגרת, המטיל חובות דיווח לוועדות הכנסת; מרבית חובות אלו עוסקות בדיווח על פעולות הממשלה, אך לא קיימת חובה להביא בפני הכנסת מידע ונתונים בנוגע לשאלה אם עדיין קיימת הצדקה להותרת החוק על כנו (כפי שנעשה במדינות אחרות בעולם). נראה כי דווקא בחוק מעין זה ראוי היה לחוקק מנגנון הערכה מושכל, שיבטיח צמצום של הפגיעה בזכויות הפרט או בסדרי השלטון המקובלים בישראל ככל הניתן ויוודא כי מתקיימת בחינה מחודשת מעת לעת בשאלה אם יש להותיר את דבר החקיקה החריג על כנו.

יתרה מכך, גם כאשר קיים מנגנון דיווח, אין כל ערובה לכך שהמידע האמור אכן מגיע לחברי הכנסת ולמקבלי ההחלטות. יש לדאוג שהמידע האמור מגיע לידיהם בזמן המאפשר לעשות בו שימוש, ולא בבוקר הדיון, כפי שתואר בדבריהן של ח״כ אלהרר וח״כ ברביבאי שהובאו לעיל.

הצעות אלו הינן המשך ישיר למסקנות שהובאו במסגרת מאמרנו הקודם. משבר הקורונה והשימוש הנרחב בחקיקה הזמנית ככלי להתמודדות עימו הוכיח כי חלק נרחב מהתחזיות שהועלו במאמרנו הקודם אכן התממשו: הוראות השעה הטבועות בחקיקה שנועדה להתמודד עם נגיף הקורונה אינן בהכרח מקהות את הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בהן, ומנגד הן תורמות תרומה נכבדה להעברת הסדרים שנויים במחלוקת ומפחיתות את הביקורת השיפוטית המופעלת עליהם – כל זאת ללא כל מנגנון שיבטיח כי החקיקה זמנית אכן תישאר זמנית.

לעמדתנו, הגיעה העת להסדיר את השימוש בחקיקה זמנית בישראל – הן בזמני משבר, הן בימי שגרה. מבלי להרחיב יתר על המידה בשאלה כיצד יש לעגן את העקרונות המוצעים לטיוב השימוש בחקיקה זמנית, נציין כי העקרונות האמורים יכולים להיות מעוגנים במגוון של נורמות, החל מהסדרה בחוק־יסוד: החקיקה, לכשיחוקק, דרך חוק מסגרת או תקנון הכנסת וכלה במקורות בעלי אוריינטציה מנחה, כמו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (באשר לחקיקה זמנית ממשלתית) ומדריכי עבודה פנימיים של הלשכה המשפטית בכנסת ושל מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים.

ו. סיכום: שעת כושר לשימוש ראוי בהוראות שעה

ההתמודדות עם נגיף הקורונה הפכה את השימוש בהוראות שעה לתופעה רחבת היקף בישראל ובעולם, ואך מובן כי ההתמודדות עם משבר שנתפס זמני במהותו תיעשה באמצעות חקיקה זמנית, לרבות כזו הקובעת אמצעים חריגים ופוגעת בזכויות הפרט. חקיקה זמנית, הנעשית על ידי הכנסת, עדיפה אף ממנגנונים אחרים הזמינים למצבי חירום, דוגמת תקנות שעת חירום, שהתקנתן נעשית בידי הממשלה.

עם זאת, אין להקל ראש בהשפעותיה של חקיקה זו: ההיסטוריה החקיקתית בישראל מלמדת כי השימוש בחקיקה זמנית בעיתות חירום טומן בחובו קשיים וסכנות לא מבוטלים,

---

113 ס׳ 19 לחוק איכוני השב״כ.

ובראשם הסכנה שלפיה תתקבל חקיקה לא ראויה, ללא ביקורת פרלמנטרית, שיפוטית וציבורית מספקת, אשר השלכותיה עלולות להיוותר גם זמן רב לאחר חלוף המאורע הזמני שבגינו באה לעולם. חקיקה זמנית היא אפוא כלי ראוי יותר **רק** אם עושים בה שימוש נכון, והיא אינה יכולה לשמש כמס שפתיים למידתיות או כביטוח משלים לחוקתיות. משבר הקורונה הראה כי רבים מהחששות שהוצגו במאמרנו הקודם ביחס לשימוש בחקיקה זמנית בעיתות משבר אכן התממשו, והדגיש ביתר שאת את הצורך בהסדרה ראויה של חקיקה זמנית בישראל.

נגיף הקורונה הביא עימו אתגרים חקיקתיים רבים, אך יחד עימם הגיעה אף הזדמנות: להסדיר ולהבטיח עיצוב ראוי של חקיקה זמנית בישראל. טוב יהיה אם ישכיל המחוקק לנצל את ההזדמנות הזו כדי לעצב ולבסס מנגנון לשימוש ראוי בחקיקה זמנית, שישמש את הכנסת גם לימים שלאחר המשבר.