

מצבי חירום ושלטון החוק בישראל – מודל של משפט ושמיתת הדין במשבר הקורונה

נדב דגן *

מבוא. א. שני טיפוסים של מודלים: מודלים של משפט ומודלים של אי-חוקיות. 1.
נקודת המוצא: שלטון החוק; 2. סיווגים בולטים בספרות המחקרית; 3. הסיווג ההולם:
מודלים של משפט לעומת מודלים של אי-חוקיות. **ב. הגדרה מהו מצב חירום. ג. מסעף**
תורת-משפטי. 1. מערכת עקרונית או גבב כללים; 2. משפט, מוסר וחירום. **ד. נורמות**
משפטיות וביקורת שיפוטית. ה. שינוי נורמטיבי ושינוי נסיבתי. ו. תפקידו של
המשפט הציבורי. ז. חירום ודין בישראל: מודל של משפט. ח. תסמינים מסוכנים:
שמיתת הדין בתקופת הקורונה. ט. סיכום.

מבוא

משבר הקורונה הוא החולייה האחרונה בשרשרת ארוכה של משברים ואירועים קשים, אשר מחברת את הדמוקרטיה בנות זמננו עם הראשונות שבחברות האנושיות. דמוקרטיה מודרנית חשופה גם הן למשברים מהסוגים שחוו חברות משחר ההיסטוריה, לרבות מגפות, אסונות טבע ומלחמות. משברים רחבי-היקף וחריגים בעוצמתם עלולים להוות מצב חירום עבור החברה המאורגנת.

ישראל מצויה במצב חירום מוכרז כבר למעלה מ-73 שנים. כדמוקרטיה מודרנית מושתתת שיטת המשפט הישראלית על הגות ועל היגיון מובחנים, אשר מבדלים את הדמוקרטיה בנות זמננו, דמוקרטיה המונחות על אדנים ליברליים, ממשטרים אחרים. ככלל, שיטות משפט דמוקרטיות אלה מבוססות על שלטון החוק ודוחות כל רעיון של שלטון המחזיקים בכוח בלתי-מוסדר. לפיכך, שלטון החוק במדינה דמוקרטית עומד במרכז המאמר.

לצורך ניתוח המודלים הקיימים ובחינה ביקורתית של המודל הראוי ליחס בין משפט למצבי חירום נדונות במאמר כמה משאלות היסוד התורת-משפטיות בכל הנוגע לטבע המשפט ולמשמעותו של שלטון החוק. זאת, אף-על-פי שמטרת המאמר אינה גיבוש תורה שלמה וכללית בדבר טבע המשפט ומהותו של שלטון החוק. במאמר נעשה שימוש בספרות הקיימת בנושא כדי לעמוד על היחס הראוי בין משפט לחירום בישראל, וחירום הוא הציר שסביבו מאורגן הדיון. נקודת המוצא לניתוח היא כי שלטון החוק דורש הרשאה בדין לכל הפעלה של כוח על-ידי אורגן של המדינה, דהיינו הרשאה משפטית לשימוש בכוח שלטוני.¹ הן מבחינה

* עמית הוראה באוניברסיטת חיפה ובאוניברסיטה העברית בירושלים. תודת המחבר נתונה למערכת משפט וממשל על הערותיה המפורטות והטובות.

¹ ראו: Victor V. Ramraj, *Introduction, in EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY* (Victor V. Ramraj ed., 2008); Jeffrey Jowell, *The Rule of Law and its Underlying Values, in THE CHANGING CONSTITUTION* (Jeffrey Jowell and Dawn Oliver eds., 7th edn., 2011); Lord Bingham, *The Rule of Law*, 66 CAMBRIDGE L. J. 67 (2007); Lord Steyn, *Democracy, the Rule of Law and the Role of Judges*,

נורמטיבית והן מבחינה היסטורית מוקד הדיון בשלטון החוק במצבי חירום הוא הרשות המבצעת והכוח השלטוני המופעל על-ידיה.² לפיכך, במסגרת הדיון הכללי בשלטון החוק וביחס שבין חירום ומשפט ממוקדת העדשה במשפט הציבורי בישראל ובמדינות המשפט המקובל.

השאלה המרכזית במאמר היא האם ראוי שישראל, שיטת משפט דמוקרטית מבית המשפט המקובל, תתמודד עם משברים חמורים המקימים מצב חירום בתוך המסגרת העיונית והנורמטיבית של שלטון החוק.³ על כן, המאמר בוחן תורות ומודלים שונים של משפט וחירום. המכנה המשותף לתורות ולמודלים השונים שנבחנו במאמר הוא קבלת הרעיון הכללי של שלטון החוק, ולו ברמה העקרונית – לאו דווקא בעתות משבר, או, לכל הפחות, הבעת מחויבות של מפתחי מודלים אלה לרעיון הבסיסי של שלטון החוק.

כבסיס לניתוח חולקו המודלים המרכזיים המוכרים בספרות לשני אבות-סוג עיקריים.⁴ בשונה מהסיווגים העיקריים המוכרים בספרות, מוצע במאמר סיווג המחלק את העמדות השונות באופן ישיר לשתי משפחות של מודלים על-פי יחסן לשלטון החוק בחירום: מודלים של אי-חוקיות בחירום לעומת מודלים כוליים של משפט. בעוד שמודלים של משפט מאופיינים ברצף נורמטיבי של כפיפות לדין, מודלים של אי-חוקיות בנויים על גבי שני יסודות מרכזיים: שיבור (bifurcation) של העולם הנורמטיבי עם הבחנה בסיסית בין שגרה לחירום, ושחרור כזה או אחר מעול המשפט בחירום.

הגישה הטיפולוגית הישירה והמקורית שמוצעת במאמר, אשר נבנית על ניתוחם של הסיווגים הבולטים בספרות האקדמית ועל חולשותיהם, מהווה את הבסיס לדיון בשאלה כיצד ראוי שישראל תתמודד עם משברים חמורים כשיטת משפט דמוקרטית מבית המשפט המקובל, ובייחוד האם ראוי להכיר בפריצת המסגרת העיונית והנורמטיבית של שלטון החוק במצבי חירום. בשונה מסיווגים בולטים בספרות האקדמית, הסיווג המוצע למודלים של משפט לעומת מודלים של אי-חוקיות בחירום מניח יסודות יציבים לדיון לכיד, עקיב ובעל ערך בדבר תחולת שלטון החוק במצבי חירום.

על גבי הסיווג המוצע במאמר לשתי משפחות של מודלים מפותחות בחיבור זה ארבע טענות עיקריות באשר לתחולת שלטון החוק בחירום והבחירה בין משפחות המודלים בישראל. טענה עיקרית ראשונה היא שמודלים של אי-חוקיות נגועים בקשיים רבים, שחלק מהם נראים בלתי-פתירים. לעומתם, מודלים של משפט אינם סובלים מקשיים אלה, ולכן יש סיבות טובות להעדיפם. טענה עיקרית שנייה היא שמודלים של משפט, אשר נשענים על יסודות עיוניים מסוימים, מתאימים יותר לשיטות משפט דמוקרטיות מבית המשפט המקובל, ובכלל זה ישראל. טענה שלישית היא כי במדינת ישראל אכן השתרש מודל מובהק של משפט. הטענה הרביעית היא שתקופת הקורונה מציבה סימן שאלה סביב הדבקות במודל הישראלי של משפט בפרק הזמן הנדון במאמר. בפרק הזמן הנבחן במאמר – תקופת הקורונה המוקדמת – בולטות שתי מגמות מנוגדות: מחד, הנימוקים העקרוניים של בית-המשפט העליון משקפים מודל מושרש וותיק של משפט,

[2006] EUR. HUMAN RIGHTS L. REV 243; Paul P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework*, [1997] PUB. L. 467; John Laws, *Law and Democracy*, [1995] PUB. L. 72; RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE (1985); RONALD DWORIN, LAW'S EMPIRE (1986); Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, 93 L. Q. REV. 195 (1977); A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edn., 1968) Daniel B. Rodriguez, Mathew D. McCubbins & Barry R. Weingast, *The Rule of Law: Unplugged*, 59 EMORY L. J. 1455 (2010); Guillermo O'Donnell, *The Quality of Democracy: Why the Rule of Law Matters*, 15 J. DEMOCRACY 32 (2004)

² ראו: RYAN ALFORD, PERMANENT STATE OF EMERGENCY: UNCHECKED EXECUTIVE POWER AND THE DEMISE OF THE RULE OF LAW ch. 1 (2017).

³ על המתח בין שלטון החוק וממשל מוגבל לבין כוח בלתי מוגבל, בייחוד במצבי חירום, ועל גישות שונות לפתרונן ראו: Jules Lobel, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, 98 YALE L. J. 1385 (1989)

⁴ על האסכולות והמחנות השונים בספרות אודות משפט וחירום ראו גם: YOAV MEHOZAY, BETWEEN THE RULE OF LAW AND STATES OF EMERGENCY: THE FLUID JURISPRUDENCE OF THE ISRAELI REGIME 5-8 (2016)

תומכים בו ולכאורה, אף מבוססים עליו; מאידך, ספק אם הפעילות השלטונית והמעשה השיפוטי, כפי שהוא משתקף בפסקי הדין, אכן עומדים באמות המידה שמציב המודל הישראלי של משפט.

המאמר נפתח (פרק א) בסיווג הגישות השונות המוכרות בספרות בדבר הסדרת הכוח השלטוני והשימוש בו במצבי חירום לשני אבות-סוג עיקריים: מודלים של משפט ומודלים של אי-חוקיות. בפרק מוסבר מדוע חלוקה זו לשני אבות-סוג עדיפה על סיווגים מרכזיים שהוצעו בספרות. בשונה מסיווגים אחרים שהוצעו בספרות, סיווג זה הוא בעל ערך לבחינה שיטתית ומושכלת של היחס בין חירום למשפט בישראל ובעולם הדמוקרטי.

פרק ב עוסק בהגדרה מהו מצב חירום. בפרק מוסבר, כי הגם ששאלת ההגדרה היא סוגיה מקדמית לדין העיקרי במאמר, יש לה חשיבות רבה גם לבחירה בין המודלים השונים. בין השאר, הגדרה כללית, מדויקת ובת-הגנה למצב חירום היא אתגר עצום, שספק אם ניתן לעמוד בו בהצלחה. בעוד שמודלים של אי-חוקיות – בייחוד יסוד השיבור הנורמטיבי – תלויים בהגדרה כזאת, מודלים של משפט אינם זקוקים לה כתשתית הכרחית למודל כולו.

פרק ג עוסק בשתי שאלות יסוד בתורת המשפט בהקשר של מצבי חירום: טיבן של נורמות משפטיות – כללים בלבד או מערכת של כללים ועקרונות – והיחס בין משפט ומוסר. בפרק מבואר, כי המענה של מודלים מסוג אי-חוקיות לשאלות אלה נתקל בקשיים משני סוגים עיקריים. ראשית, מודלים אלה מתקשים להציג עמדה יציבה, עקיבה ובהירה בשאלות אלה. שנית, עמדות אפשריות עבור מודלים של אי-חוקיות אינן מתיישבות עם מאפיינים יסודיים של שיטות מבית המשפט המקובל או שאינן תומכות בשיבור נורמטיבי.

פרק ד עוסק בהנחות ובעמדות של אבות-הסוג השונים באשר ליחס בין נורמות משפטיות לביקורת שיפוטית. בין היתר, מוסבר בפרק כי מודלים של אי-חוקיות נוטים לזהות בטעות את המשפט עם אכיפתו בנקודת זמן מסוימת, על-ידי מוסד מסוים בהליך מסוים. לעומתם, מודלים של משפט מכירים בערכן של נורמות משפטיות מחייבות המופנות לנמענים שונים, שבית המשפט הוא רק אחד מהם, ובכך מתבטא יתרון נוסף של מודלים אלה.

פרק ה מתמקד בהבדלי התפישות באשר למהות השינוי המשמעותי שמתחולל במצבי חירום. מודלים של אי-חוקיות מניחים כי שינוי נסיבות דרמטי מביא עמו שינוי נורמטיבי יסודי. לעומתם, מודלים של משפט מניחים כי השינוי הגדול שמתחולל הוא שינוי נסיבתי, בעוד שהמשפט אינו משתנה בהכרח, ויסודותיה של שיטת המשפט, הנטועים עמוק בקרקע העיונית והנורמטיבית, נותרים אותם יסודות.

פרק ו דן בתפקידו של המשפט הציבורי בחירום על-פי כל אחד מאבות-הסוג. בפרט נטען, כי בעוד שתפקידו של המשפט הציבורי בחירום, על-פי מודלים של משפט, הוא ברור או, לפחות, נשען על תורות מוכרות ועל דוקטרינה משפטית מפותחת, הרי שתפקיד המשפט הציבורי בחירום על-פי מודלים של אי-חוקיות אינו ברור ואינו מונח על תשתית תיאורטית מספקת. כמו כן, טענות של תומכי השיבור ואי-החוקיות בחירום כנגד מודלים של משפט, כגון טענת המדרון החלקלק, עשויות להיות מופנות בעוצמה יתרה נגד הצעתם לאי-חוקיות בחירום.

פרק ז בוחן מהו המודל המקובל בישראל. הטענה המרכזית בפרק היא שבישראל השתרש מודל מובהק של משפט, כפי שמצופה משיטת משפט דמוקרטית ממשפחת המשפט המקובל. מודל זה התקבל בישראל כבר משנותיה הראשונות של המדינה, והוא בא לידי ביטוי בשלושת המישורים של ההסדרה המשפטית של הפעילות השלטונית: סמכות, הליך ושיקול דעת.

פרק ח דן בתקופת הקורונה, בפרט בחודשים הראשונים שלאחר התפרצות המגפה, ומבקש לברר אם גם בתקופה זו נמשך הקו הברור של שיטת המשפט בישראל אשר אימצה גרסה מקומית למודל מובהק של משפט. הטענה המרכזית בפרק היא כי הרצף הנורמטיבי נשמר לכאורה, והנימוקים העקרוניים של בית-המשפט העליון מבטאים מודל מובהק של משפט שהשתרש בישראל ובא לידי ביטוי במשפט המקובל. לעומת זאת, הפעילות השלטונית והמעשה השיפוטי בתקופת הקורונה אינם עומדים באמות המידה שמציב המודל הישראלי של משפט; לאמיתו של דבר, ספק אם הם עומדים בתנאי הסף למודל (כלשהו) של משפט.

א. שני טיפוסים של מודלים: מודלים של משפט ומודלים של אי-חוקיות

בלב לבו של מאמר זה ניצבת שאלת היחס בין מצבי חירום ושלטון החוק בישראל. סוגיה זו היא שאלת מפתח לכל ניתוח נורמטיבי של משטרי חירום ושימוש בסמכויות חירום במדינה דמוקרטית. הסוגיה נבחנת במאמר זה מנקודת פנימית, אשר מאפיינת פרשנות משפטית, תיאורטיזציה או פילוסופיה של המשפט, הכרוכות במחויבות למערכת נורמטיבית מסוימת (או לרעיון אוניברסלי של משפט), בייחוס ערך למערכת נורמטיבית נתונה, בחיפוש היגיון מארגן למערכת כזו או בפילוסופיה של מוסר פוליטי.⁵

סוגיה זו של היחס בין מצבי חירום ושלטון החוק נחלקת לשתי שאלות-משנה. שאלת המשנה הראשונה היא מהותו של מצב חירום. שאלת-משנה זו חשובה כדי לעמוד על היקף הסוגיה הנדונה, וכפי שיבואר בהמשך הדברים, יש לה השפעה רבה על קביעת היחס הראוי בין שלטון החוק למשטר החירום בישראל ובעולם הדמוקרטי. בשאלה מהו מצב חירום עוסק פרק ב.

הפרק הנוכחי, כמו מרבית המאמר, מתמקד בשאלת-משנה שנייה, שעניינה ההסדרה הנורמטיבית של כוח שלטוני במצבי חירום. בשאלת-משנה זו – האם יש בכלל מקום או אפשרות להסדרה נורמטיבית של כוח שלטוני במצבי חירום, ואם כן, מה טיבה – ניתן למצוא מספר גישות שונות בספרות. מטרתו של פרק זה לתת סימנים בגישות השונות באמצעות ניתוח סיווגים מקובלים בספרות האקדמית, שבסיכומו מסקנה כי לצורך השאלה הניצבת במוקד מאמר זה, דהיינו היחס בין מצבי חירום לבין שלטון החוק בשיטת משפט דמוקרטית מבית המשפט המקובל, הניתוח הנדרש הוא של שתי קבוצות נבדלות של מודלים: מודלים של משפט ומודלים של אי-חוקיות.

בספרות האקדמית הוצעו סיווגים שונים לסמכויות חירום המופעלות על-ידי השלטון. מטרת הקטגוריזציה אינה להאחיד או לשלול קיומם של הבדלים בין גוונים שונים או גרסות שונות של מודלים הקיימים בכל אחד מאבות-הסוג. תכליתה היא – או על כל פנים, אמורה להיות – קידום העיון ביחס שבין חירום למשפט בעזרת הכללת הגוונים השונים באבות-סוג, שכל אחד מהם מבוסס על מהות משותפת, לאמור: לכל הגוונים באב-סוג מסוים מהות משותפת, אשר נבדלת מהמהות המשותפת לגוונים הכלולים באב-סוג אחר. סיווגים אלה המצויים בספרות מהדהדים רעיונות שפותחו על-ידי הוגים מרכזיים בעבר, אך מוקד הדיון הוא דמוקרטיה מודרנית המבוססת על שלטון החוק.⁶ בדרך כלל, מחולקים המודלים בספרות לשתיים או שלוש משפחות של מודלים, על-פי הגישה שהם מציגים בשאלת היחס בין שלטון החוק למצבי חירום.

⁵ על נקודת מבט פנימית לעומת נקודת מבט חיצונית למשפט ראו: T.R.S. ALLAN, THE SOVEREIGNTY OF LAW, e.g. 44-48 (2013) (להלן: ריבונות המשפט). ראו גם: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW (2nd edn., 1994).
⁶ לשני הוגים מרכזיים שפיתחו רעיונות שונים בעבר ראו, לדוגמה: CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY: FOUR CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY (first published 1922, George Schwab trans., 2006); JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT (first published in 1690, Peter Laslett ed., 1988).

1. נקודת המוצא: שלטון החוק

בספרות האקדמית הובעו תפישות שונות באשר למושג שלטון החוק. כאמור, דיון מקיף וממצה במהותו, במאפייניו ובביטוייו של שלטון החוק חורגים ממסגרת חיבור זה. עם זאת, מאמר זה מתבסס על יסודות איתנים לתפישתו של שלטון החוק בשיטות משפט דמוקרטיות כהסדרה נורמטיבית של הפעילות השלטונית.⁷ שלטון החוק, באופן בסיסי, משמעו שכל החלטה ומעשה של רשויות המדינה יהלמו את הדין ויהיו מוצדקים על-פיו.⁸ חובה בלתי-מסויגת המוטלת על השלטון לציית לנורמות המשפטיות כולן, בכל זמן ובמצבים שונים היא תנאי הכרחי לקיומו של שלטון החוק.

התגלמותו של שלטון החוק במשפט הציבורי, כפי שמפורט בפרק ו, פירושה כי ההסדרה של מעשים שלטוניים תהיה ממשית. מעטה מתעתע של נורמה משפטית הנוצר באמצעות חיקוק או בדרך אחרת, אינו עומד בתנאי המינימום של שלטון החוק. לפיכך, למשל, הוראה פורמלית בחוקה המשעה, לאמיתו של דבר, את שלטון החוק ומשחררת את רשויות השלטון, בייחוד את הרשות המבצעת על גופיה השונים, מכל כפיפות מהותית לנורמות משפטיות מחייבות אשר גודרות הפעלת כוח על-ידיהן איננה במסגרת שלטון החוק.⁹ אם כן, במאמר זה שלטון החוק כולל כתנאי הכרחי הסדרה נורמטיבית אמיתית ומחייבת של הפעילות השלטונית במדינה.

ככלל, כל הגישות הנסקרות במאמר זה מקבלות את שלטון החוק כאידיאל, מאמצות את ההצדקות המרכזיות לקיומו ומכירות בחשיבותו. שאלת המחקר בדבר היחס הראוי בין משפט למצבי חירום בישראל מחייבת לבחון באופן ישיר את יחסן של הגישות השונות למשפט ולשלטון החוק במקשת המצבים בחייה של אומה. הטיפולוגיה המוצעת בפרק זה מאפשרת דיון לכיד ובעל ערך בשאלות אלה. זאת, לעומת הקושי לבסס דיון כזה על הסיווגים המוכרים בספרות האקדמית. הטענה הביקורתית המרכזית שתוצג בפרק זה כלפי המודלים המוכרים בספרות האקדמית היא שאין הם מבוססים על מהות משותפת בכל הנוגע לשלטון החוק.

2. סיווגים בולטים בספרות המחקרית

בספרות האקדמית הוצעו מספר סיווגים של הגישות השונות בדבר היחס בין משפט וחירום בשיטות משפט דמוקרטיות המבוססות על שלטון החוק. מרבית הניתוחים הטיפולוגיים נעשו אגב אורחא במסגרת מחקר או מחקרים שמטרתם העיקרית הייתה בתחום קרוב, כגון ניתוח היסטורי או תיקון דיני החירום במדינות מסוימות. אף אחד מהסיווגים המרכזיים והבולטים בספרות לא הציע חלוקה ברורה למודלים של משפט מול מודלים של אי-חוקיות בחירום. להלן יסקרו בקצרה שלושה סיווגים מוכרים בספרות המחקרית הרלבנטית.

(א) החלוקה המשולשת מאת לובל

לובל הציע סיווג של גישות שונות במשפט האמריקני באשר ליחס שבין המסגרת החוקתית למצבי חירום כבר בסוף שנות השמונים של המאה העשרים.¹⁰ הניתוח הטיפולוגי של לובל דן בשלושה אבות-סוג של מודלים מתוך הגישות השונות שזוהו על-ידיו במשפט האמריקני: מוחלטנות (absolutism), יחסותנות (relativism) וליברליות. הנחת היסוד של לובל היא שקיים מתח בסיסי בכל מסגרת חוקתית בין נקודת

⁷ ראו לעיל הי"ש 1 והטקסט שמולה.

⁸ ראו: דיזנהאוס, **חוקת המשפט**, לעיל הי"ש 117; דוורקין, **לקחת זכויות ברצינות**, לעיל הי"ש 100; RONALD DWORCKIN, LAW'S EMPIRE (1986).

⁹ ראו לעיל הי"ש 61 והטקסט הסמוך אליה. דיזנהאוס מגדיר תופעה זו כריאליזם פנימי; ראו דיזנהאוס, **הכפייתיות**, לעיל הי"ש 61, בעמ' 39-40.

¹⁰ ראו לובל, לעיל הי"ש 3.

המוצא של ממשל המוגבל על-ידי הדין לבין "the perceived need for unfettered, discretionary power" ¹¹ מתח בסיסי זה מכונה במאמר בקיצור גם המתח בין משפט לצורך. ¹²

הגישה המוחלטנית, לפי ניתוחו של המחבר, מכפיפה את סמכויות החירום להסמכה ספציפית בחוקה ומתנה את קיומן של סמכויות חירום ואת השימוש בהן במקור סמכות חוקתי כזה. גישה זו מבוססת על תחולה רצופה של החוקה בכל עת, ובכלל זה הגנה על תושבי ארצות הברית בכל נקודת זמן ובכל מצב. לובל סבור כי גישה זו בנויה על הדחקת המתח הבסיסי בין משפט לצורך על דרך הכחשת קיומו של צורך בשעת חירום, ולכן אינה מחוברת למציאות. ¹³

לפי המחבר, הניתוק של הגישה המוחלטנית מן המציאות עשויה להביא להעדפתה של היחסותנית. הגישה היחסותנית איננה פורצת, לכאורה, את המסגרת החוקתית אך מפרשת את החוקה ביד רחבה שאינה מטילה, לאמיתו של דבר, מגבלות ממשיות על הנשיא ומתירה לו לנקוט בכל צעד נדרש במצבי משבר. ¹⁴ לובל סבור שלמוחלטנות וליחסותנות יסוד פילוסופי משותף, משום ששתי הגישות מרוקנות מתוכן את ההבחנה הדיכוטומית בין נורמליות חוקתית לבין מצבי חירום חוץ-חוקתיים. ¹⁵

לובל התמקד במה שהוא מכנה הגישה הליברלית, אשר מבוססת על הבחנה דיכוטומית בין כוח שלטוני רגיל לכוח שלטוני בחירום. לפי המחבר, הגישה הליברלית, בניגוד לשתי קודמותיה, לא התכחשה למתח הבסיסי בין משפט לצורך. הפתרון הליברלי הוא הפרדה וגידור של מצבי החירום באמצעות קו גבול המוצב בין שגרה לבין מצבי חירום ומגן על הסדר החוקתי הנורמלי מפני "the dark world of crisis government". ¹⁶ קו הגבול בין שגרה לחירום הוא גם קו הגבול בין שני משטרים משפטיים מובחנים. נורמליות מבוססת על משטר המאופיין בשלטון החוק, בהפרדת רשויות ובכיבוד חירויות האזרח. לעומת זאת, חירום מאופיין בשליטת הרשות המבצעת ביד חזקה במסגרת חוקתית שאינה מבוססת על שלטון החוק ועל זכויות יסוד, כי אם על שיקול דעת לפעול לשימור הממשל. ¹⁷

לובל לא הקדיש תשומת לב רבה לשאלת ההגדרה הראויה למצבי חירום, אשר מתעוררת למקרא הדברים, בשים לב לתכלית ההפרדה הדיכוטומית בין שגרה לחירום, שהיא, לדבריו, שימור היסודות הליברליים במצב הדברים הרגיל. שאלת ההגדרה תידון בהרחבה בפרק ב. לעומת זאת, לובל לא התעלם מקושי קרוב במה שהוא מכנה הגישה הליברלית, שניתן להגדירו כיסוד הזמניות. לובל מכיר בכך שאדני הגישה הליברלית הם מסגרות זמן חלופיות לשגרה ולחירום, כאשר מקטעי הזמן של מצבי החירום אמורים להיות קצרים ולאפשר את חיי השגרה תחת המסגרת הליברלית המושתתת על שלטון החוק. ¹⁸ אדנים אלה התמוססו כבר בתקופת המלחמה הקרה שהייתה ממושכת אך כללה גם שימוש בסמכויות חירום. ¹⁹ התארכותם של מצבי חירום וחוסר היכולת למתוח גבול בר-הגנה בין שגרה לחירום רבו והתעצמו בשנים שחלפו מאז פרסום מאמרו של לובל, והם מאפיינים ביתר שאת את העולם בן זמננו. ²⁰

¹¹ שם, בעמ' 1386.

¹² שם.

¹³ שם, בעמ' 1386-1388.

¹⁴ שם, בעמ' 1388.

¹⁵ שם.

¹⁶ שם.

¹⁷ שם, וכן בעמ' 1390.

¹⁸ שם, בעמ' 1389.

¹⁹ שם, בעמ' 1399-1400, 1404, 1406-1407 ו-1412.

²⁰ שם, ה"ש 79 והטקסט שמולה.

(ב) החלוקה הבינרית של פוזנר וורמיוול

פוזנר וורמיוול זיהו שתי תפישות בולטות, הנבדלות בגישתן ליחס שבין שלטון החוק למצבי חירום. הכותבים הנגידו את תפישת ההתאמה (accommodation) לתפישת האכיפה הקפדנית (strict enforcement).²¹ תפישת האכיפה הקפדנית שוללת התנסגות (deference) שיפוטית מפליגה במצבי חירום ועומדת על שימור הערובות החוקתיות.²² לפי משפחת מודלים זו – סבורים המחברים – אכיפה קפדנית מושתתת על טיבה של חוקה, לרבות היותה מחייבת, אשר אינו מאפשר, ככלל, את השעייתה או את דילולה ותובע שהנורמות החוקתיות יחולו בכל עת ומצב – בשגרה ובחירום.²³ תיאורם של פוזנר וורמיוול רומז להנחת העושר המשפטי העומדת בבסיס גישה זו. נראה כי גישה זו, כפי שהיא מתוארת על-ידי המחברים, אינה פוסלת את האפשרות שמעשים שלטוניים האסורים בשגרה יהיו מותרים בחירום לפי אמות המידה הקבועות בדין לבחינת חוקיותם של מעשים שלטוניים. משמעותה של האכיפה הקפדנית היא דבקות באמות המידה המשפטיות ובאיזון הנובע מהן בין חירויות האזרח לבין אינטרסים שלטוניים כגון ביטחון המדינה.²⁴

שני המלומדים הביעו תמיכה בתפישת ההתאמה באמצע נקודת מבט מוסדית דרך עדשת ההתנסגות השיפוטית בפני הרשות המבצעת במצבי משבר.²⁵ לפי משפחת מודלים זו של התאמה, במצבי חירום, יש להחליף את הסדר החוקתי במערכת נורמטיבית אחרת, להשעות את הסדר החוקתי הקבוע או, לכל הפחות, לדללו (relax) ולרכז כוח וסמכויות בידי הרשות המבצעת. הסיבה לדילול הסדר החוקתי היא שהפחתת ההגנה על הפרט מפני פגיעה בזכויותיו ושימוש לא הולם בכוח שלטוני מוצדקת לשם הגנה על אינטרס ציבורי כביטחון המדינה.²⁶ לפיכך, מציעים המחברים במפורש לשנות את אמות המידה המשפטיות לבחינת חוקיותו של מעשה שלטוני: אמת מידה אחת בשגרה ואמת מידה אחרת בחירום.²⁷

את אב-הסוג של התאמה חילקו פוזנר וורמיוול לשלושה גוונים.²⁸ הגוון הראשון הוא שהחוקה עצמה מעניקה לרשות המבצעת סמכויות רבות ורחבות יותר במצבי חירום, בין שבאופן מפורש ובין שבאופן משתמע. הגוון השני הוא התנסגות שיפוטית מוגברת בחירום בעזרת חסמים ומכשירים דינמיים אשר מונעים או מצמצמים קבלת עתירות ללא הכרה מפורשת בהרחבת סמכויותיה או כוחותיה של הרשות המבצעת בחירום. הגוון השלישי שפוזנר וורמיוול משייכים למשפחת ההתאמה הוא, בעצם, מודל האמצעים שמחוץ לדין (extra-legal measures) שפותח על-ידי המלומד אורן גרוס.²⁹

(ג) הסיווג המשולש של גרוס

גרוס עצמו, חוקר בולט בחקר מצבי חירום, השקיע תשומת לב מחקרית יוצאת דופן בטיפולוגיה של מודלים והקדיש לדיון הטיפולוגי מקום נכבד בכמה פרסומים אקדמיים. גרוס הציע חלוקה מעט שונה לשלושה

²¹ Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Accommodating Emergencies*, 56 STANFORD L REV. 605 (2003).

²² אהרן ברק הציע את המונח "הנסגת דעת" כתרגום למונח האנגלי deference בעקבות התייעצות עם משה בר-אשר, נשיא האקדמיה ללשון עברית. ראו אהרן ברק *מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 36 (2010). אך מונח זה רומז על פעולה אקטיבית, בעוד שdeference מבטא התבטלות עצמית של בית-המשפט או משיכת ידיים מעניין מסוים. מטען זה מקבל ביטוי מוצלח יותר במילה התנסגות.

²³ ראו פוזנר וורמיוול, לעיל ה"ש 21, בעמ' 608-609.

²⁴ שם, בעמ' 608.

²⁵ שם. המחברים מעירים שעיקר הדיון הציבורי עוסק גם הוא בשאלה עד כמה צריכים שופטים להתנסג בפני הרשות המבצעת. שם, בעמ' 609.

²⁶ שם, בעמ' 606-607. גרסה מוכרת אחת של מודל ההתאמה היא ה"דיקטטורה הרומית". ראו: CLINTON L. ROSSITER, CONSTITUTIONAL DICTATORSHIP: CRISIS GOVERNMENT IN THE MODERN DEMOCRACIES (1948). להרחבה על מודל זה של "דיקטטורה חוקתית" וסכנותיו ראו גם: Sanford Levinson and Jack M. Balkin, *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and its Design*, 94 MINN. L. REV. 1789 (2010).

²⁷ ראו פוזנר וורמיוול, לעיל ה"ש 21, בעמ' 608. הנימוק שעליו נסמכים המחברים בהעדיפם את גישת ההתאמה מוצג כנימוק אמפירי באופיו הבוחן את מאפייני הדיון המתקיים בבית המשפט בהליכים של ביקורת שיפוטית. שם, בעמ' 627.

²⁸ שם, לעיל בעמ' 606.

²⁹ Terry Nardin, *Emergency Logic: Prudence*, ראו: "extra-legal" המשגה שמעוררת ההמשגה "extra-legal" ראו: Terry Nardin, *Emergency Logic: Prudence*, in *Morality and the Rule of Law, in Emergencies and the Limits of Legality* 112-113 (Victor V. Ramraj ed., 2008).

אבות-סוג של מודלים: מודל של עולם כמנהגו נוהג (business as usual), מודל ההתאמה ומודל האמצעים שמחוץ לדיון, אשר הוא מבכר על פני המודלים האחרים.³⁰

גרוס הציג את מודל העולם כמנהגו נוהג כמודל המאופיין בשלילת האפשרות של שינויים בנורמות משפטיות בעתות חירום, וככלל, על-פי מודל זה אין המשפט משנה את פניו; בבסיסו מונח הרעיון שהמשפט נשאר זהה, ביסודו של דבר, בכל זמן ומצב. ביסודו של אב-סוג זה מקופלת ההנחה שהמשפט "הרגיל" כבר מכיל את כל התשובות המשפטיות ללא צורך בסמכויות נוספות לממשלה, ובכלל זה ללא צורך בחקיקה או במעשים שלטוניים המרחיבים את גבוליה של הרשות המבצעת. לא זו בלבד, אלא שלפי גרוס, מודלים של עולם כמנהגו נוהג כופרים באפשרות שיתקיים מתח בין האינטרס בביטחון המדינה לבין שימור ערכי היסוד הדמוקרטיים, ובייחוד שלטון החוק. על רקע זה, אין מודלים המשתייכים לאב-סוג זה אינם מכירים בכינונו של משטר חירום מיוחד במסגרת החוקה.³¹

גרוס, השולל מודלים של עולם כמנהגו נוהג כמודלים ראויים מפנה כלפיהם כמה ביקורות מרכזיות. לפי ביקורת מרכזית שהציג המחבר, מודלים מאב-סוג זה הם או נאיביים או צבועים, שכן הם מתעלמים מהמתח הבסיסי בין מצב החירום לערכים הדמוקרטיים ולשלטון החוק ומהסבירות הגבוהה שממשלות ינקטו בכל צעד שהן יראו כחיוני להתמודדות עם המשבר. יתר על כן, הניתוק מן המציאות, בין שהוא בלתי-מודע ובין שהוא מכוון כדי לשמר מעטה של נורמליות, עלול לגרום לאובדן רלבנטיות של נורמות משפטיות ואף לקריסת המערכת הנורמטיבית כולה. סכנה נוספת שגרוס רואה במודלים מסוג זה היא סכנה של זיהום, אשר נובעת מהזהות הנורמטיבית בין שגרה לחירום שתובעים מודלים של עולם כמנהגו נוהג. ההתעקשות על דין זהה במשפט ובחירום עלולה להסתיים במשפט המקנה לממשל סמכויות רחבות מדי גם בשגרה.³²

סכנה של זיהום מרחפת, לפי הניתוח של גרוס, גם מעל מודלים שהוא שייך לאב-סוג המכונה התאמה. אליבא דגרוס, מודלים של התאמה, בניגוד למודלים של עולם כמנהגו נוהג, מבוססים על שינויים יוצאי דופן בשיטת משפט מסוימת על מנת לעמוד באתגרים המיוחדים של מצב החירום ולתת מענה לצרכים הלוחצים שנוצרים במצבי משבר חמורים. מודלים מאב-סוג זה משקפים פשרה מובנית בין הכרה בצרכי השעה והענקת כלים הולמים לרשות המבצעת למען התמודדות עם משבר לבין השאיפה לשמור על ערכי היסוד של שיטת המשפט.³³

גרוס עצמו מבחין בין כמה טיפוסים משנה של מודלים שהוא מקבץ יחדיו תחת כנפי אב-הסוג של התאמה. טיפוס-המשנה הראשון הוא התאמה פרשנית. מודלים מטיפוס זה מאופיינים בפרשנות משפטית נדיבה של כללים משפטיים קיימים באופן שמקנה לרשות המבצעת חופש פעולה נרחב יותר מבעתות שגרה. בכך ניתן מענה, לכל הפחות – מענה מסוים, לצרכי השעה הלוחצים.³⁴ טיפוס-משנה שני הוא התאמה חקיקתית. מודלים של התאמה מטיפוס זה מתאפיינים בקביעת כללים חדשים המותאמים להתמודדות עם צרכי השעה הלוחצים באמצעות חוקים חדשים: תיקון חוקים "רגילים" או חקיקת חוקים מיוחדים לחירום.³⁵ התאמה עשויה להיות גם חוקתית. בהתאמה מסוג זה חוקת המדינה מכילה הוראות מיוחדות להסדרת הפעילות השלטונית בחירום.³⁶

³⁰ ראו: Oren Gross, *Chaos and Rules: Should responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, 112 Yale L. J. 1011 (2003).

³¹ שם, בעמ' 1043-1044.

³² שם, בעמ' 1044-1046.

³³ שם, בעמ' 1058-1068.

³⁴ שם, בעמ' 1059.

³⁵ שם, בעמ' 1064-1065.

³⁶ ראו גרוס וני-אוליון, לעיל ה"ש 45, בעמ' 35-45.

גם כלפי מודלים של התאמה מפנה גרוס כמה ביקורות מרכזיות. נראה כי הביקורת העיקרית כלפי מודלים אלה היא הגמישות המסוכנת הגלומה בהם. מודלים אלה, מעצם טיבם, מכירים בשינויים משמעותיים הנעשים במערכת הנורמטיבית עצמה, אשר עלולים למנוע מבתי המשפט ומהפרלמנט את ביצוע תפקידם כמגן משמעותי ותוצאי מפני שימוש בלתי ראוי בכוח הרב המופקד בידי הרשות המבצעת.³⁷ בקושי זה כרוך, אף ביתר שאת, איום הזיהום, משום שבהיעדר קו גבול ברור ובלתי-עביר בין שגרה לחירום, קמה סכנה של השתרשות נורמות מזמן החירום הנוטות להקנות לממשל סמכויות נרחבות ואף פוגעניות על חשבון ערכי יסוד,³⁸ לרבות זכויות היחיד.³⁹

המודל שגרוס מקדם נבדל, בעיניו, משני אבות-הסוג הראשונים. לדידו, מודל האמצעים שמחוץ לדין מספק הצדקה לפעולות שנקטות מחוץ לגדרי המשפט ואף לפעולות הסותרות נורמות משפטיות. כל זאת, כדי להגיב בצורה יעילה וראויה לאיומים חמורים הנשקפים למדינה. מודל האמצעים שמחוץ מצדיק פעולות נקודתיות מחוץ לדין ואף בניגוד לו כדי לפתור את בעיית המתח המובנה שגרוס מזהה בין אינטרס ציבורי כגון ביטחון המדינה לבין ערכי היסוד של שיטת משפט דמוקרטית, בייחוד שלטון החוק. גרוס סבור שיש להכיר בפעולה מחוץ לדין של רשות שלטונית בתנאים הבאים: הכרה כנה של החורג מסמכותו החוקית כי הוא פועל מחוץ לדין וחשיפתו לסנקציות הקבועות בחוק, אלא אם כן יוחלט לפטור אותו מסנקציות אלה בבחינת אישור בדיעבד למעשיו. כך, ניתנת לגופי השלטון אפשרות לנקוט בפעולות הדרושות לדעתם במקרים קיצוניים, ובו בזמן נשמרים, בסך הכל, ערכי היסוד של השיטה ללא הכנסת שינויים מסוכנים ובעלי יוכלת זליגה לתוככי המערכת הנורמטיבית המחייבת.⁴⁰

אם כן, לגבי הסטיות הנקודתיות משלטון החוק במצבי חירום שהמחבר מצדיק, נראה כי האחריותיות הפוליטית ודעת הקהל מחליפות במידה רבה את הכללים המשפטיים או גוברות עליהן, ואולם מטרת ההכרה בסטיות נקודתיות היא תיעול חריג של מתח יוצא דופן בעוצמתו ובנסיבות התגלעותו באופן שלא יסכן את המערכת הנורמטיבית כולה. פירוש הדבר הוא שעל-פי גרוס, מטרתו של מודל זה היא דווקא לשמר את שלטון החוק על-ידי הכשרת השתחררות מעולו במצבי חירום.⁴¹ אם כן, על-פי מודל זה, זניחה – ולו חלקית – של שלטון החוק בנקודת זמן מסוימת נועדה דווקא לקבעו.⁴²

3. הסיווג ההולם: מודלים של משפט לעומת מודלים של אי-חוקיות

כפי שבואר בשני תתי-הפרק הקודמים, כל המודלים הנדונים במאמר זה, אינם מתכחשים ליסודות העיוניים של שיטות משפט דמוקרטיות ואינם דוחים את שלטון החוק כרעיון או כאידיאל. אין הם כופרים בשלטון החוק או בתורת העומק החוקתית של שיטות המשפט המודרניות בעולם הדמוקרטי. בקרב החוקרים שמקדמים מודלים אלה או דנים בהם יש הסכמה רחבה כי מצבי חירום, ובייחוד סמכויות החירום שמופעלות לשם טיפול במשברים חמורים, הם בעלי אופי משמר, לאמור: מודלים אלה שואפים לשמר את

³⁷ ראו גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30, בעמ' 1068-1069.

³⁸ לניתוח מזווית אחרת הבוחנת את השימוש במצבי חירום ובסמכויות חירום כחלק מתהליכי אוטוקרטיזציה ראו: Anna Luhrman & Brian Rooney, *Autocratization by Decree: States of Emergency and Democratic Decline*, 53 COMP. POLITICS 617 (2021).

³⁹ גרוס אף בונה את מודל האמצעים שמחוץ לדין ומשעין את הצדקותיו על הנחה זאת. ראו, לדוגמה, גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30, בעמ' 1097. ראו עוד שם, בעמ' 1090.

⁴⁰ שם, בעמ' 1096-1100.

⁴¹ שם, בעמ' 1096-1102.

⁴² לטענה אפשרית של שותפות בין המודלים השונים במחויבותם להכלת איומים שונים על החברה המאורגנת במסגרת סדר משפטי ופוליטי מסוים ראו: KARIN LOEVY, *EMERGENCIES IN PUBLIC LAW: THE LEGAL POLITICS OF CONTAINMENT*, ch. 1 (2016).

הסדר החוקתי והמדיני.⁴³ תכלית ההכרזה על מצב חירום, כמו גם השימוש בסמכויות חירום, הוא התמודדות עם המשבר כדי לחזור למצב הנורמלי. פירוש הדבר הוא שמשטרי חירום נועדו להחזיר את הנורמליות ולהשיב את שלטון החוק על כנו.⁴⁴

יתר על כן, דווקא תומכי המודלים שמצדיקים פעילות שלטונית מחוץ לחוק או בניגוד לדין במצבי חירום נוטים לייחס למשפט קדושה וטהרה.⁴⁵ כך, למשל, שתי הצדקות נכרכות שמספקים כותבים אלה לסטייה משלטון החוק במצבי חירום הן קדושת החוק והבטחת הציות לנורמות משפטיות בטווח הארוך.⁴⁶ המהלך הכללי של טיעונם הוא שהשתמטות חריגה משלטון החוק עקב מצב החירום תאפשר תגובה יעילה למשבר חריף מבלי לזהם את משפט המדינה שחל בשגרה.⁴⁷

ברמה גבוהה של כלליות ושל הפשטה ניתן לסכם כי כל המודלים השונים הנסקרים במאמר, כמו גם עמדת החוקרים שערכו את הסיווגים הנדונים בו, מקבלים את שלטון החוק ויסודות עיוניים ראשוניים שעל כנם הוא מונח כאידיאל וכמערכת נורמטיבית המחייבת – ואשר ראוי שתחייב – את השלטון בשיטת משפט דמוקרטית. דומה שהמחלוקת העיקרית נסובה על אופן הגשתו ושימורו של שלטון החוק. המחלוקת מתנקזת לסוגיית תחולתו של שלטון החוק במצבי חירום. כך, למשל, הן גישות המסווגות על ידי לובל כמחלטיניות, הן גישות המסווגות על-ידיו כליברליות מבוססות על שלטון החוק בדמוקרטיה המושתתת על אדנים ליברליים, יונקות משלטון החוק, מקבלות אותו, מבוססות עליו, לשיטת המחברים, ומבקשות לשמרו. אף על פי כן, הן מציעות שתי תשובות שונות לשאלת תחולתו – או, לכל הפחות, תחולתו המלאה – של שלטון החוק במצבי חירום.

הואיל וכל טיפוס המודלים הנדונים במאמר מקבלים באופן עקרוני את שלטון החוק ואת ההצדקות התיאורטיות לשלטון החוק בדמוקרטיה המושתתת על אדנים ליברליים, יחולקו המודלים השונים במאמר זה לשני אבות-סוג העוסקים ישירות ביחס שבין מצבי חירום לשלטון החוק בעת קיומו של מצב חירום: מודלים של משפט ומודלים של אי-חוקיות. הקו המפריד בין שני אבות-הסוג הוא הדין. בפרט, ההבחנה במאמר זה מושתתת על עיקרי המשפט הציבורי: סמכות כדין, הליך כדין ושיקול דעת כדין. מודלים הדבקים בעיקרים אלה הם מודלים של משפט, ואילו מודלים המתכחשים לאחד (או יותר) מעיקרים אלה הם מודלים של אי-חוקיות. בדומה לסיווגים מרכזיים שהוצעו בספרות, אין חלוקה זו מכחישה קיומם של גוונים שונים בתוך כל אחד משני אבות-הסוג. תכליתה היא לשרת את הדיון התיאורטי ביחס שבין שלטון החוק למצבי חירום באמצעות הכללה הולמת, מבוססת ומדויקת יותר, אשר מושתתת על מהות משותפת לכל אחד מאבות-הסוג.

⁴³ ראו: John Ferejohn and Pasquale Pasquino, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers* 2 International Journal of Constitutional Law 210, 210 and 217 (2004).

⁴⁴ ראו: Andrej Zwitter, *The Rule of Law in Times of Crisis: A Legal Theory on State of Emergency in the Liberal Democracy* 98 Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy 95, 99-100 (2012).

⁴⁵ או, במילים אחרות, סכנה של זיהום משפט המדינה מחדירת נורמות שנוצרו בעת חירום. ראו, לדוגמה, OREN GROSS AND FIONNUALA NI AOLAIN, *LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE* 161 (2006): "What the Extra-Legal Measures model attempts to do is keep the ordinary legal system clean and distinct from the dirty and messy reality of emergency so as to prevent, or at least minimize, the perversion of that system in search for answers to hard, exceptional cases. ... In so far as exceptional measures are required to deal with the crisis, these measures are viewed precisely as such, 'exceptional'. They are not allowed to penetrate the ordinary 'legal system and 'contaminate' it

⁴⁶ ראו, לדוגמה: Oren Gross, *Extra-Legality and the Ethic of Political Responsibility*, in *EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY* 60, 62-63 (Victor V Ramraj ed., 2008); Oren Gross, *The Prohibition on Torture and the Limits of Law*, in *TORTURE: A COLLECTION* 240 (Sanford Levinson ed., 2004).

⁴⁷ ראו, לדוגמה: פרגיון ופסקווינו, לעיל ה"ש 43, בעמ' 234-235.

אב-הסוג הראשון – מודלים של משפט – בנוי סביב שלטון החוק. הוא מבוסס על מחויבות לשלטון החוק לאורכה ולרוחבה של מקשתת המצבים בחייה של אומה ועל דבקות בשיטת משפט דמוקרטית, אשר עומדת על אדנים ליברליים. אב-סוג זה שומר על המונופול של המשפט בחיים המדיניים כמערכת הנורמטיבית המחייבת, אשר קובעת אם מעשים מסוימים, בייחוד מעשיו של השלטון, הם מותרים או אסורים. מונופול זה נשמר גם במצבי חירום. מודלים מאב-סוג זה אינם שוללים מתן סמכויות מתאימות לממשלה, בחוקה או בחקיקה, כדי להתמודד עם מצבי חירום, אך סמכויות אלה ניתנות במסגרת החוקה ובכפוף לשלטון החוק, כאשר כל החוקים "דוברים אותה שפה – בשלום ובמלחמה".⁴⁸ אב-סוג זה מתאפיין בדבקות במשפט, ואין הוא מקבל שיקולים והליכים שאינם משפטיים, כדוגמת ההליך הפוליטי במובן האישי או המפלגתי, כתחליף למשפט.⁴⁹

בישראל פותחה גרסה מקומית השייכת למשפחת המודלים של משפט. אב-סוג זה – משפחת המודלים של משפט – כולל מודלים שונים, שטיעונים העומדים במרכז כמה מהם ייבחנו בהמשך המאמר. זיהוי מדויק של המודלים השונים הכלולים באב-הסוג של משפט ודיון מפורט בהם חורגים מהיקפו של המאמר הנוכחי. לשם הטיעון המפותח במאמר זה די לבאר כי אב-סוג זה, הכולל מסורות פסיקתיות מגוונות, דוקטרינות מתפתחות וכתבים של מלומדים שונים, אינו מונוליטי, אך הוא מאוחד בהתבססותו על הדין ובתפישה היסודית של שלטון החוק ותחולתו במקשתת המצבים בחייה של אומה.

למשל, בפרקים ז ו-ח מתבלט רכיב חשוב במודלים של משפט – ההסדרה המשפטית של הפעילות השלטונית בחירום. הסדרה זו עשויה להשתנות בין מודל אחד של משפט למשנהו. על גוני המודלים ניתן להשקיף מזוויות שונות. היבט אחד של גיוון, לדוגמה, הוא ההבחנה המוכרת בין הסדרה חוקתית של הפעילות השלטונית בחירום לבין הסדרה חקיקתית של פעילות זו. בשיטות משפט דמוקרטיות מסוימות, ההסדרה העיקרית של הפעילות השלטונית במצבי חירום נעשית בחוקה הכתובה, וסמכויות לשעת חירום מתבססות על החוקה באופן ישיר.

דוגמה אחת להסדרה חוקתית של הפעילות השלטונית בחירום היא גרמניה. מבלי למצות את הדיון בשיטה הגרמנית או לקבוע מסמרות בדבר במסגרת מאמר זה, נראה כי המודל הגרמני הוא מודל של משפט המבוסס על הסדרה חוקתית של הפעילות השלטונית. במסגרת ההסדרה החוקתית של הפעילות השלטונית בחירום קובע חוק היסוד הגרמני מספר מצבי חירום. ההסדרים המשמעותיים והמפורטים ביותר נקבעו באשר למצב הגנה (state of defence). חוק היסוד הגרמני מעניק אמנם לרשות המבצעת כלים נוספים להתמודדות עם מצב החירום אך שומר על עיקרי שלטון החוק, לרבות חלוקת סמכויות חוקתית והגנה על זכויות יסוד.⁵⁰ אם

⁴⁸ ראו: (appeal taken from eng.) 1941] 1 A.C. 206 (H.L., 1941) Liversidge v. Anderson, (להלן: פרשת **ליורסידיג**). פסק דינו הנודע של הלורד אטקין בפרשה זו, שניתן בעיצומה של מלחמת העולם השנייה, אינו חריג או פורץ דרך בעולם המשפט המקובל. כך, למשל, קביעות עקרוניות דומות נכללו בפסק דין קנדי מתקופת מלחמת העולם הראשונה. ראו: Re Gray, 57 S.C.R. 150. ראו, למשל, מתוך פסק הדין: "The several measures required to produce such results must be enacted by the Parliament of Canada in a due and lawful method according to our constitution and its entire powers thereunder cannot be by a single stroke of the pen surrendered or transferred to anybody" (Justice Idington); "The exercise of legislative functions such as those here in question by the Governor-in-council rather than by Parliament is no doubt something to be avoided as far as possible... A complete abdication by Parliament of its legislative functions is something so inconceivable that the constitutionality of an attempt to do anything of the kind need not be considered" (Justice Anglin). גישה זו השתרשה גם בישראל. ראו, לדוגמה, דנג"ץ 2161/96 **שריף נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד נ(4) 489, 485 (1996): "מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התנאים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מותר ואסור, חוקי ובלתי חוקי. ומשקיים משפט, קיים גם בית-משפט הקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי."

⁴⁹ ראו: 1753 (2004) Yale L. J. 113 David Cole, *The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*, 113 Yale L. J. 113.
⁵⁰ ראו: Basic Law for the Federal Republic of Germany, c. Xa.

כן, עצם ההסדרה של הפעילות השלטונית בחירום באמצעות חוקת המדינה, אינה קובעת בהכרח את סיווגו של מודל מסוים, וסיווגו של המודל הגרמני תלוי בתוכן ההסדרים החוקתיים שנקבעו בחוק היסוד.

באופן דומה יש לבחון את שיטת המשפט הבריטית, שגם בה, מבלי למצות את הדיון בשיטה הבריטית, בהחלט ניתן לראות מודל של משפט. שיטת המשפט הבריטית, מסדירה את הפעילות השלטונית במצבי חירום באופן שונה ממקבילתה הגרמנית. הגרסה הבריטית נשענת, בעיקרה, על הסדרה סטטוטורית של הפעילות השלטונית במצבי חירום, אשר מושלמת על-ידי עקרונות המשפט המקובל המגולמים בפסיקה והסמכות השיורית של הפרוגטיבה המלכותית.⁵¹ גם בחוקים השונים בבריטניה המסדירים את הפעילות השלטונית בזמן חירום אפשר לתת סימנים. כך, למשל, מרבית החוקים מקנים סמכויות לשרים או לגורמים אחרים ברשות מבצעת, שניתן לפעול מכוחם גם במצבי משבר. חוקים אחרים קובעים מסגרת לטיפול במשברים העשויים להיחשב למצבי חירום,⁵² ומוכרים אף חוקי מסגרת שנחקקו לצורך התמודדות עם מצב חירום מסוים וידוע.⁵³

במדינות רבות אין מקובלות צורות טהורות של הסדרה בחוקה הכתובה בלבד או הסדרה חקיקתית מלאה. ישראל היא דוגמה לשיטה מעורבת.⁵⁴ המהות המשותפת לשיטות משפט הנוקטות הסדרה חוקתית, לשיטות משפט המתבססות על הסדרה חקיקתית ולשיטות המשפט הנשענות על הסדרה מעורבת היא הרצף הנורמטיבי של שלטון החוק. בשיטות משפט דמוקרטיות המושגות על שלטון החוק, מגולם שלטון החוק בעיקרם הנורמטיביים של המשפט הציבורי. ככלל, לכל הפחות בעולם המשפט המקובל, מגולם שלטון החוק בהסדרה משפטית של סמכויות רשיות השלטון, הליכי עבודתן בהפעילן סמכויות המוקנות להן, ושיקול הדעת שלהן בהפעילן סמכות מסמכויותיהן.⁵⁵

לעומת זאת, מודלים של אי-חוקיות מתאפיינים בנכונות לנטוש, לכל הפחות – באופן זמני, את הסדר הדמוקרטי, שעומד על אדנים ליברליים.⁵⁶ תיאוריות מסוג זה מבוססות, כפי שיוסבר בהמשך, על שני יסודות מרכזיים המבדלים אותה ממודלים של משפט: שיבור נורמטיבי ואי-חוקיות במצבי חירום. היסוד הראשון של אב-סוג זה הוא שיבור (bifurcation) העולם הנורמטיבי לשניים: נורמליות, על-פי מודלים אלה היא ממלכתו של שלטון החוק, ואילו מצב חירום הוא ארץ אחרת שאין המשפט מושל בה. על כן, תיאוריות מאב-סוג זה תומכות בהפרת חוק בארץ החירום או בשחרורה של ארץ זו מעולו של דין – בין שבאופן כללי ובין שבמקרים מסוימים, בין ששחרור מהדין כולו ובין ששחרור, לכל הפחות, מאחד מעיקריו. על-פי מודלים כאלה, אין הממשל כפוף לשלטון החוק במצבי חירום.

חלוקה זו לשני אבות-סוג מתייחסת באופן ישיר ומועיל לשאלת היחס בין שלטון החוק למצבי חירום. היא חושפת את ההתלבטות היסודית כיצד יש לתפוס את ההסדרה המשפטית של פעילות השלטון: האם כמקשתת של נסיבות ומצבים אשר כפופה בשלמותה לשלטון החוק, או שמא כמקטע אחד במקשתת. עמדתם של המְשַׁבְּרים, תומכי המודלים של אי-חוקיות בחירום, מקדמת הפרדה בין ממלכת המשפט לממלכת החירום ומצמצמת את ההסדרה המשפטית של הפעילות השלטונית למקטע אחד במקשתת, קרי לעתות שלום או שגרה. לעומת זאת, לפי המשברים – תומכי המודלים של אי-חוקיות, מקטע אחר במקשתת

⁵¹ על הפרוגטיבה המלכותית ראו, לדוגמה: מרגית כהן **סמכויות כלליות של הרשות המבצעת** פרק ה (2002); Andrew Blick, *Emergency Powers and the Withering of the Royal Prerogative*, 18 INTERNATIONAL J. HUMAN RIGHTS 195 (2013).

⁵² E.g. Civil Contingencies Act, 2004.

⁵³ E.g. Coronavirus Act, 2020.

⁵⁴ ראו להלן, בפרק ז.

⁵⁵ על מבנה המשפט המנהלי בישראל ראו, לדוגמה: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א (2010); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב (2010).

⁵⁶ ראו: Karin Loevy, *The Legal Politics of Time in Emergencies: Ticking-Time in the Israeli High Court of Justice*, in, STUDIES IN LAW, POLITICS, AND SOCIETY 85, 89-90 (vol. 70, Austin Sarat ed., 2016).

המכונה מצב חירום, אינו נתון במלואו או שאינו נתון כלל להסדרה משפטית אמיתית של הפעילות השלטונית, אשר מגולמת בשלטון החוק.

בשונה מהסיווג המוצע במאמר זה, הסיווגים המרכזיים בספרות אינם משקפים בהכרח מהות משותפת לגישות שונות בדבר היחס שבין שלטון החוק למצבי חירום ואינם מתייחסים לסוגיה זו באופן ישיר. כך, למשל, לצורך הכרעה בשאלת ההסדרה הנורמטיבית של הפעילות השלטונית במצבי חירום אין תועלת בקיומו של אב-הסוג שכונה בספרות "התאמה", ונראה, כי אין משמעות לקיבוצם של מודלים שונים תחת הכותרת התאמה בהיעדר מכנה משותף שבכוחו לכוון קטגוריה. אב-סוג זה מתיימר לשכן תחת קורת גג עיונית אחת מודלים, שהם, במהותם, שלטון השליטים או שלטון בעלי השררה (לפחות, בשעת החירום), כגון הדיקטטורה הרומית, עם מודלים שאינם כופרים בשלטון החוק גם בעתות חירום, ואשר יסוד ההתאמה שבהם מסתכם בתגובה למציאות המשתנה במסגרת הנורמות המשפטיות המוכרות או, לכל היותר, בהתאמות נורמטיביות למצב החירום במסגרת החוקה, על-פי הוראותיה ובהתאם ליסודותיה.⁵⁷

לדוגמה, גישות שמסווגות על-ידי גרוס כמשתייכות לאב-סוג ההתאמה, כגון גישות המוגדרות על-ידי כהתאמה פרשנית וכהתאמה חקיקתית, עשויות להיחשב, וככלל ראוי שייחשבו, כל עוד "ההתאמות" משמרות הסדרה משפטית ממשית של הפעילות השלטונית, למודלים של משפט. לעומת זאת, לשם המחשה, "התאמה פרשנית" שמשמעותה פרשנות החוקה באופן שמתיר לרשות המבצעת לעשות בנקודת זמן מסוימת כראות עיניה ללא הסדרה משפטית ממשית של הפעלת הכוח השלטוני היא, לאמיתו של דבר, מודל של אי חוקיות. לפיכך, אין טעם או תועלת בשימוש בסיווג זה, ומודלים שונים שניתן לסווגם תחת אב-הסוג הרחב והעמום של התאמה נדונים במאמר זה על-פי מאפייניהם כשייכים לאב-סוג המשפט או לאב-הסוג של אי-חוקיות.

כמו כן, אין טעם או תועלת בהפרדה בין אותם מודלים במשפחת ההתאמה שיש לשייך לאב-הסוג של אי-חוקיות לבין מודל האמצעים שמחוץ לדין. כל המודלים הללו מקיימים את שני היסודות שמכוננים את אב-הסוג של אי-חוקיות: שיבור העולם הנורמטיבי לשתי ארצות נפרדות וזניחת שלטון החוק במצבי חירום. מודל האמצעים שמחוץ לדין מבקש לביית ולהבנות את אי-הציות לנורמות משפטיות, קרי הפרות של הדין, על-ידי שרטוט קווים מנחים בשאלות מדוע, מתי ואיך המחזיקים בכוח שלטוני רשאים – או אפילו נדרשים – לפעול מחוץ למשפט ובניגוד לשלטון החוק.⁵⁸ אף-על-פי שמודל האמצעים שמחוץ לדין אינו שולל לחלוטין או באופן גורף את שלטון החוק אף במצבי חירום,⁵⁹ הוא מתיר למחזיקים בכוח שלטוני – ובמקרים מסוימים אף מצפה מהם – לפעול כראות עיניהם כשהם משוחררים מרסן המשפט.

בדומה לכך, לפי כמה מהמודלים שקובצו תחת אב-הסוג שכונה בספרות "התאמה", אין המשפט מושל, הלכה למעשה, במעשי השלטון בנסיבות המקימות מצב חירום, לאמור: במצבי חירום אין הסדרה משפטית מחייבת של הפעילות השלטונית. לפי מודלים אלה, חירום מכונן משטר משפטי מיוחד או מפיה חיים במשטר משפטי רדום. משטר משפטי מיוחד זה, שכונה גם הדין ליוצא הדופן (the law of the exception), פוטר את הממשל מהסדרה משפטית ממשית של פעולותיו.⁶⁰

אם כן, כל המודלים המתאפיינים בשיבור נורמטיבי ובשחרור השלטון ממוסרות הדין במצבי חירום משתייכים לאב-סוג אי-החוקיות. המודלים השונים מגוונים ולובשים צורות שונות אך כולם מתאפיינים

⁵⁷ להרחבה ראו להלן, פרק ו.

⁵⁸ ראו גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30; גרוס וני-אולין, לעיל ה"ש 45.

⁵⁹ ראו גרוס "מחוץ לדין", לעיל ה"ש 46, בעמ' 63-64.

⁶⁰ ראו, למשל: פרגיון ופסקווינו, לעיל ה"ש 43, בעיקר הדיון בדיקטטורה הרומית. ראו עוד: פוזנר וורמיוול, לעיל ה"ש 21.

באי-חוקיות בחירום. ההתרחקות משלטון החוק עשויה לבוא לידי ביטוי בהצדקת פעילות שלטונית ללא הסמכה של ממש, בפריצת הגדרים ההליכיים, בהיעדר תחולה להסדרה נורמטיבית של שיקול הדעת השלטוני או בפטור גורף מכל מרכיבי שלטון החוק. לפיכך, כל המודלים המבוססים על שיבור ופריקת עול המשפט בחירום נדונים במאמר זה כמודלים של אי-חוקיות, בין אם סווגו בעבר בספרות כמודלים של התאמה ובין אם מדובר במודל האמצעים שמחוץ לדין, שגרוס מבקש לראות בו אב-סוג נבדל ממשפחת ההתאמה.

ניתן אמנם לטעון, כי מודל האמצעים שמחוץ לדין מקדם יציאה ממסגרת המשפט במקרים קיצוניים, ואילו מודלים אחרים תולים עצמם במשפט – הדין ליוצא הדופן – ורואים בדיני החירום את המקור לפריבילגיה של הרשויות לפעול כישר בעיניהן. פירוש הדבר הוא שמודל אחד מצדיק את נטישת שלטון החוק מנקודת מבט חיצונית – נקודת מבט שאינה מתוך המשפט, בעוד שמודלים אחרים מצדיקים את השחרור מרסן הדין מתוך המשפט, לכאורה.

לאמתו של דבר, מודלים אלה אולי שונים מעט בהופעתם אך זהים במהותם. הם מבצעים תמרונים שונים כדי להגיע לאותה נקודה. הם שני ביטויים של ביעור שלטון החוק (או, לכל הפחות, השעייתו) ושל התחמקות מפיתוח תיאוריה משפטית שלמה ובת-הגנה שעשויה לספק בסיס עיוני למהלך כזה, כפי שיתבהר בהמשך. במצבי חירום המודלים הללו מכשירים מעשים שלטוניים שאינם מבוססים על משפט ומותרים מכוחו; הם מאפשרים את ייסוד שלטון השליט.⁶¹ המחזיקים בסמכויות שלטוניות, שמקבלים החלטות ונוקטים צעדים, פועלים, בעצם, במצב של אנומיה או, לפחות, בריק משפטי.⁶²

ב. הגדרה מהו מצב חירום

כמוסבר בפרק הקודם, עוסק פרק זה בשאלת המשנה-הראשונה בדבר היחס בין מצבי חירום לשלטון החוק – מהותו של מצב חירום. בעצם, זוהי שאלה מקדמית של הגדרה מהו מצב חירום. ברם, שאלה מקדמית זו קובעת, במידה רבה, את היחס שבין שלטון החוק למצבי חירום ומשפיעה על ניתוח המודלים בשני מובנים מרכזיים. ראשית, להגדרה מהו מצב חירום השלכה על תחולת שלטון החוק במצב כזה. שנית, כפי שיוסבר להלן, הגדרה מדויקת היא חיונית למודלים של אי-חוקיות, ואילו חשיבותה למודלים של משפט פחותה בהרבה.

הגדרת מצב חירום היא הכרחית ויסודית למודלים של אי-חוקיות בשל השיבור הנורמטיבי שעליו הם מושתתים. מודלים של אי-חוקיות מבוססים כאמור על הפרדה חדה בין שני משטרים משפטיים: משטר משפטי אחד, ברירת המחדל, הוא המשפט במצב נורמלי; משטר אחר חל במצבי חירום. ההתנערות משלטון החוק בנסיבות קשות, אשר מאפיינות מצב חירום, היא יסוד רדיקלי במודלים של אי-חוקיות. יסוד זה הוא רדיקלי לדמוקרטיה מודרנית, המבוססת על שלטון החוק. ככלל, מודלים של אי-חוקיות אינם מתעלמים לחלוטין מיסוד רדיקלי זה, אלא מבקשים להסבירו בעזרת מציאת סיבות מספיקות לסטייה משלטון החוק ולהתכחשות לעיקרי התיאוריה המשפטית שבבסיס דמוקרטיה מודרנית, אשר המְשברים עצמם מקבלים כראויים לכל המצבים, למעט חירום.

⁶¹ ראו: Victor V. David Dyzenhaus, *The Compulsion of Legality, in* EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY (Victor V. Ramraj ed., 2008).

⁶² ראו: GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION particularly ch. 3 (Kevin Attell trans., 2005).

יסוד חשוב במודלים של אי-חוקיות הנדונים במאמר זה הוא ההבחנה בין משפט לחירום. חוקרים המקדמים מודלים של אי-חוקיות אינם טוענים להיעדר תחולה או לתחולה חלקית של שלטון החוק בשגרה או לפגם יסודי בשלטון החוק כמושג או כאידיאל. כך, למשל, מודלים של אי-חוקיות המבוססים על ההיגיון של הדיקטטורה הרומית וסבורים כי הרשות המבצעת רשאית לפעול בעתות חירום כשהיא משוחררת מהסדרה משפטית ממשית של פעילותה, מייחדים דפוס משטרי זה למצבי חירום בלבד, ואין הם סבורים כי הרשות המבצעת רשאית תמיד לפעול מחוץ לדין או בניגוד לו. בדומה לכך, מודלים המצדיקים סטיות נקודתיות משלטון החוק, למשל: הגישה המקודמת על-ידי גרוס, מייחדים סטיות מוצדקות אלה למצבי חירום או משבר יוצאי דופן בלבד. חיבוריהם של תומכי האי-חוקיות בנויים על שיבור נורמטיבי ועל היעדר תחולה או על תחולה חלקית של שלטון החוק במצבי חירום בלבד.

הגישה הרדיקלית, אשר מאפיינת מודלים של אי-חוקיות, דורשת הגדרה ברורה ומדויקת מהו מצב חירום. כדי להצדיק ויתור – ולו זמני – על שלטון החוק, שהמשברים עצמם מכירים בו ככך שעליו ניצבת המערכת הנורמטיבית המחייבת, על המשברים להיות מסוגלים, לכל הפחות, להגדיר את קטגוריית החריג לשלטון החוק ולהסביר מה מכונן קטגוריה זו. רק כך ניתן להצדיק את הסטייה משלטון החוק ולייחד אותה למצבי חירום בלבד. רק כך ניתן להצדיק החלטה של אדם או של מוסד לפעול באופן חריג שלא על-פי דין, משום שמדובר במצב חירום, כלומר: היות ומדובר במצב שמצדיק באופן ייחודי זניחה של שלטון החוק. בהיעדר הגדרה קורס השיבור הנורמטיבי ולא ברור מה נותר, אם בכלל, משלטון החוק.

לפיכך, הגדרה מוצקה, מדויקת ובת-הגנה למצב חירום היא תנאי-בלעדיו-אין לבניין מודלים של אי-חוקיות. הגדרה כזאת היא היסוד שעליו מונח השיבור, לאמור: הגדרה מדויקת של מצב חירום היא הבסיס למודלים של אי-חוקיות. ללא הגדרה כזאת, שהיא, למעשה, הגדרה ללא רבב, קורס כל המבנה של אב-סוג אי-חוקיות. זאת, משום שללא הגדרה כזאת אין ניתן לעמוד על טבעה של כל ארץ – ארץ הדין לעומת ארץ החירום – ועל המשברים נגזר להיכשל בניסיונם לספק הצדקה תקפה לקיומה של ממלכה חלופית, מקבילה או נוספת לזו של שלטון החוק, כמו גם בניסיון להצדיק את נטישת שיטת המשפט הראויה והמבוססת במצבים מסוימים או את המעבר בין הארצות.

ללא הגדרה ראויה מהו מצב חירום נדרשים המשברים לבחור בין שתי אפשרויות מרכזיות: התנערות גורפת משלטון החוק, אשר עומד בבסיס הדמוקרטיה המודרנית, או – בהיעדר אב-סוג מסוים ותחום של חריג – לקבל את תחולת שלטון החוק על כל קשת המצבים בחייה של אומה. לאמיתו של דבר, הואיל ושלטון החוק דורש מעצם טיבו מונופול על ההסדרה הנורמטיבית המחייבת של מעשי השלטון במדינה מסוימת, ספק רב אם למושג זה היה פשר, אילו הוכרה מקשתת פתוחה, בלתי-מוגדרת ומבוססת-בחירה של מצבים והחלטות, החופשיים מנורמות משפטיות ומהסדרה משפטית. לפיכך, היעדר הגדרה מוצקה ומדויקת היא פגם יסודי במודלים של שיבור ואי-חוקיות בחירום.

אף-על-פי-כן, המשברים לא פיתחו הגדרה מוצקה, מדויקת ובת-הגנה למצב חירום.⁶³ המודלים שהם מקדמים פשוט אינם מכילים את ההגדרה הדרושה לייצוב המבנה העיוני של מודל אי-חוקיות. נראה, שפגם זה מאפיין לא רק את המודלים בני-זמננו, אשר נדונים במאמר זה, כי אם גם חיבורים קדומים יותר. כך, למשל, התיאוריה של לוק באשר לפררוגטיבה המלכותית, אשר מתירה נקיטת פעולות על-ידי רשויות מנהליות מחוץ לחוק או בניגוד לו, היא בעלת אופי משבר.

⁶³ ראו צוויטר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 95. ראו עוד: Thomas Poole, *Constitutional Reason of State*, 16/2015 LSE LAW, SOCIETY AND ECONOMIC WORKING PAPERS 1, 2 (2015).

הפררוגטיבה של לוק, אשר משוחררת מעולו של דין, תחומה לקבוצה מיוחדת של מקרים, והיא נבדלת מהסדר הרגיל בשני אלמנטים עיקריים: חומרה וזמן. השימוש בפררוגטיבה המלכותית מוצדק רק במקרים של אירועים המתפתחים במהירות ובאופן בלתי-צפוי, אשר הופך את הציות לנורמות מסוימות, שאין אפשרות לשנותן במועד, למזיק. על הנזק הצפוי להיות חמור. למרות שלוק ייחד את השימוש בכוחות הפררוגטיבה לאירועים שיכולים להיחשב למצב חירום, הוא לא סיפק הגדרה ברורה לטיפוס זה של מצבים.⁶⁴ נראה, כי היעדרותה של הגדרה מתאימה, שהייתה אמורה לעמוד בבסיס ההרשאה התורתית לפררוגטיבה חופשית מדין מאת הוגה המעלה על נס את שלטון החוק, הביאה את לוק לחוסר-עקיבות תיאורטית.⁶⁵

בדומה לכך, הניתוח העדכני והמפורט יותר של חירום ומשפט מאת גרוס מבוסס על ההבחנה היסודית בין חירום לנורמליות. הגישה של גרוס היא דוגמה מובהקת לתיאוריות, שמבוססות על חריג, ומגבילות את עצמן למצבי קיצון או למשברים רחבי-היקף, ואשר מציבות נורמליות וחירום זו מול זה.⁶⁶ הבחנה זו בין חירום לנורמליות היא מרכזית בתיאוריה של גרוס, והיא עוברת כחוט השני בכל שלושת המודלים שהוא מציג, על-פי האפיון והחלוקה שמוצעים בכתביו. ככלל, גרוס וני-אוליין תופסים מצבי חירום כהפרעות קצרות לנורמליות.⁶⁷ זאת, אף-על-פי שהמחברים הודו, כי הבחנה ברורה וחדה בין חירום לנורמליות אינה אפשרית, ואף קיבלו את הקושי להגן על תפישה פשטנית, שלפיה חירום ונורמליות תחומים "מקטעי זמן חלופיים ובלעדיים המוציאים זה את זה".⁶⁸ יתר על כן, גרוס וני-אוליין אף הודו שהגדרה בהירה למצב חירום אינה בנמצא.⁶⁹ בעצם, המחברים הטילו ספק בהיתכנות של גיבוש הגדרה מהו מצב חירום וברציות של הגדרה כזאת.⁷⁰

ואולם, גרוס וני-אוליין, בדומה למשברים אחרים, אינם מספקים הסבר של ממש לסתירה השזורה במשנתם. מצד אחד, נקודת המוצא שלהם היא קבלת שלטון החוק ושאיהפא לשמרו. לפיכך, הם סבורים כי הסטיות משלטון החוק מוצדקות במצבי חירום (או במינוח אחר – משבר) בלבד.⁷¹ לא זו בלבד, אלא שהצדקה מרכזית לזניחת שלטון החוק בחירום או לסטייה ממנו היא שימורו והגנה עליו במצב הדברים הרגיל. מצד שני, אין הם מגדירים מהו מצב חירום שבו מוצדקת נטישת שלטון החוק או, לכל הפחות, סטייה ממנו. שני יסודות אלה בכתבתם הם תרתי דסתרי. פירוש הדבר הוא שהיעדר ההגדרה למצב חירום, שהמשברים עצמם מודים בה, אינה רק משקפת קושי תיאורטי או מעשי בגיבוש הגדרה מוסכמת, כי אם מהווה קושי היורד לשורש משנתם.

למרות חיוניות ההגדרה לביסוס טיעון בזכות מודל של אי-חוקיות, אכן אין זה מפתיע כי הגדרה מקיפה, ברורה ומדויקת למצב חירום לא פותחה על-ידי המשברים. האתגר שמציבה משימה זו לפתחם הוא אדיר, וספק אם ניתן לעמוד בו. מחד גיסא, הגדרה כזאת נדרשת להכיל את כל קשת הנסיבות והמצבים המצריכים (ומצדיקים) סטייה משלטון החוק ודחיית תורת העומק המשוקעת במשפט המקובל. נראה, כי אין המשברים יכולים להשלים עם תחולת-חסר של ההגדרה, היות וטענתם היא ששלטון החוק אינו מאפשר להתמודד עם

⁶⁴ ראו: CLEMENT FATOVIC, OUTSIDE THE LAW: EMERGENCY AND EXECUTIVE POWER, ch. 2 (2009).

⁶⁵ שם, בעמ' 39 ו-47.

⁶⁶ ראו: Margit Cohn, *Tension and Legality: Towards a Theory of the Executive Branch*, 29 CANADIAN J. L. & JURISPRUDENCE 321, 338 (2016).

⁶⁷ ראו גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58, בעמ' 171-204.

⁶⁸ שם, בעמ' 174-175: "Normalcy and emergency are often seen to occupy alternate, mutually exclusive, time-frames... However, this view of the temporal relationship between normalcy and emergency does not account adequately for the possibility that emergencies will become entrenched and prolonged."

⁶⁹ שם, בעמ' 156: "no clear definition of 'emergencies' is readily available."

⁷⁰ שם, בעמ' 5-6.

⁷¹ ראו לעיל בפרק א.

בעיות קריטיות ששומה על השלטון לפתור במהירות וביעילות. אם ההגדרה דוחקת בעיות חמורות מסוג זה אל מחוץ לאב-הסוג של מצב חירום, הרי שבעיות אלה לא יטופלו כראוי, וקטסטרופות לא יימנעו או שלא יטופלו ביעילות. למרות הפגיעה בדיוק ההגדרה ובשלמותה לא מן הנמנע שמשברים מסוימים ייטו להעדיף תחולת חסר על פני מודלים של משפט בטענה שהגדרה חסרה שכזאת נותנת מענה לפחות לחלק ממצבי החירום. טענה כזו נשענת על קבלת עמדתם בדבר הפגמים הקיימים במודלים של משפט ובאשר להצדקת מודלים של אי-חוקיות ויתרונותיהם. עם זאת, תחולת חסר נותרת בעייתית עבור המשברים, שכן ההכרח לטפל בבעיות מסוג זה במהירות וביעילות ללא מגבלות נורמטיביות של ממש הוא הטעם, לשיטתם, לעצם קיומה של ממלכת החירום. על כן, לשיטתם, הגדרה חסרה אינה פותרת את הבעיה היסודית של מצבי חירום ואינה מציעה לה מענה ראוי או אף נסבל, כי אם מצמצמת במידת מה את היקף המצבים הנותרים ללא מענה. ספק אם די בכך, גם לשיטת המשברים, להצדיק שיבור נורמטיבי ומודלים של אי-חוקיות בחירום. כמו כן, הגדרה חסרה נדרשת, בכל מקרה, להיות מספיק מדויקת למניעת מקרים של תחולת יותר.

ברי, כי אין בהגדרה, שעליה יכולים מודלים של אי-חוקיות להתבסס, מקום לתחולת-יתר. אם ההגדרה המיוחלת תהיה רחבה יתר על המידה ותביא לכך שמצבים ונסיבות שאינם הולמים את ממלכת החירום ייכללו בתחומיה, הדבר מהווה זניחה גורפת של שלטון החוק, שממנה המשברים עצמם מבקשים להימנע. אם ההגדרה שתאומץ תתיר הפרות של הדין גם במצבים ונסיבות, שעל-פי ההיגיון הפנימי של גישות המשברים עצמם, אמורות להיות מוסדרות על-ידי המשפט, לא ברור מה – אם בכלל – יכול להישאר מהרעיון של שלטון החוק.

פירושו של דבר הוא שלצורך הנחת יסודות עיוניים למודלים של אי-חוקיות, נדרשת הגדרה למצב חירום שאינה לוקה בתחולת-יתר או בתחולת-חסר. הגדרה זו מוכרחה להיות נכונה ומדויקת. נראה, כי פיתוח הגדרה נכונה, מוצקה ומדויקת למצב חירום הוא בגדר משימה בלתי אפשרית.⁷² למשל, גישה מקובלת אחת תופשת מצב חירום כאיום חמור על קיומו של הסדר המדיני.⁷³ הגדרה זו מציפה באופן ברור את שאלת היקפו של מצב חירום.

מגפה מסוגו של נגיף הקורונה החדש ממחישה היטב את הקושי בגישה זו, אך היא מהווה דוגמה אחת בלבד. ניתן לחשוב גם על אסונות טבע או מלחמות, אשר עלולות לגבות את חייהם של מיליונים ברחבי העולם או של שיעור ניכר מן האוכלוסייה במדינה מסוימת. כאמור, גם בקרב המשברים קיימות השקפות שונות על טיבם וטבעם של מצבי חירום, אולם דומה, כי מרבית המלומדים יסכימו כי מצבים מסוג זה, לדוגמה: מגפה המפילה חללים רבים בציבור או אסון טבע המביא למות שיעור ניכר מהאוכלוסייה ומחולל חורבן אדיר-ממדים, מהווים מצב חירום, אפילו אם הסדר המדיני עצמו אינו תחת איום חמור, באשר אין המדינה חדלה, המשטר הדמוקרטי צפוי לשרוד, וגם קיומם של המוסדות המרכזיים אינו תחת איום חמור בשל המגפה המשתוללת או אסון הטבע שמתחולל.

בניגוד להגדרה מצמצמת כזאת, ניתן לחשוב על הגדרה מרחיבה, שלפיה אובדן חיים או נזק חמור לבריאותם ולשלמות גופם של אזרחי המדינה מהווים מצב חירום. ברי, כי גישה רחבה כזאת היא מכת מוות לכל תיאוריה בעלת-משמעות של שלטון החוק. סיכונים ברמות חומרה שונות לחיי אדם הם בלתי-נמנעים. הם

⁷² השוו: Karin Loevy, *What is an Emergency? The legal Politics of Defining the "Un-Definable"*, 22 ILSA J. Int'l & Comp. L. 155 (2015). על הקושי לחזות את מצבי החירום ראו גם: The Federalist No. 23, 153 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).

⁷³ ראו, לדוגמה: Lord, 2 A.C. 68, [2005] U.K.H.L. 56, *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004]; Hoffmann's speech; פרגיון ופסקווינו, לעיל ה"ש 43, בעמ' 231. נראה, כי גם בישראל נפוצה גישה זו התופשת מצבי חירום כאיום על עצם קיום המדינה, אף על פי ששאלת ההגדרה לא נדונה בהרחבה בספרות הישראלית. ראו, לדוגמה, אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 936 (2005).

טבועים בכל חברה, וכל שיטת משפט דמוקרטית נדרשת להתמודד עמם. תחלואה היא דוגמה מובהקת לכך. בכל מדינה מתים אנשים כל העת ממחלות שונות: חלק מהן מידבקות, ואחרות אינן מועברות מאדם לאדם. אך ישראל ודמוקרטיה מודרניות אחרות התמודדו עם איומים רבים אחרים שגבו את חיי אזרחיהן ופגעו בגופם ובזכויותיהם. טרור, כמו גם פעילות פלילית אחרת, ממחיש את הדרישה מהמדינה למנוע את הסיכון לחיי אזרחיה, למזער או לצמצמו ככל האפשר.

הטרור מסכן דמוקרטיה רבות מזה זמן רב; מאפייניו ועצימותו משתנים לאורך השנים.⁷⁴ מאבקן של דמוקרטיה בטרור הפך לתופעה קבועה או, לכל הפחות, ממושכת מאוד.⁷⁵ ניתן לטעון שתופעה זו מצדיקה תשומת לב מיוחדת מצד רשויות השלטון ושהיא יוצרת אתגרים מיוחדים, אולם ספק רב אם הטרור מצדיק פטור גורף או חופש ממושך משלטון החוק.⁷⁶ על כן, הטרור המודרני – ממש כמו מגפת הקורונה – מציב סימני שאלה קשים בפני מודלים של אי-חוקיות, וקשיים אלה לא נעלמו מעיניהם של משברים מובילים.⁷⁷ קשיים אלה מדגישים את פריכותם של מודלים של אי-חוקיות.⁷⁸ קשיים אלה אף התעצמו בעשורים האחרונים המאופיינים בריבוי משברים, ובכלל זה שילוב של משברים ביטחוניים, בריאותיים, פוליטיים, חוקתיים או אחרים.⁷⁹ בהתעצמות הקשיים התיאורטיים והמעשיים הנוגעים באופיים, במשכם, בעצימותם ובריבויים של תופעות ואירועים הנתפשים כמשברים בעשורים האחרונים יש כדי להבליט עוד יותר את פריכות המודלים של אי-חוקיות ואת הצורך במחשבה מעמיקה על יסודותיהם.⁸⁰ פריכות זו של מודלים של אי-חוקיות, אשר כרוכה בחלוקה הבינרית שלהם, הופכות תיאוריות מסוג זה לפחות אטרקטיביות מתיאוריות מכילות וגמישות של רצף נורמטיבי.⁸¹

אם כן, מודלים של אי-חוקיות תלויים בהגדרה ברורה, מדויקת ויציבה למצב חירום. הגדרה כזאת טרם פותחה, ואין היא קיימת. היעדרה של ההגדרה הנדרשת מעיד שהבחנה חדה וברורה בין נורמליות לחריג, בין משפט לחירום, אינה בת-הגנה.⁸² הבחנה כזאת אינה בת-הגנה לא רק משום חדירותם או עמימותם של הגבולות או בשל היותם של מקרי גבול, אלא משום שהיא חסרת בסיס מהותי, ואין לה תוכן – ודאי לא תוכן שהוסבר או תואר בצורה משכנעת.

לעומת זאת, מודלים של משפט אינם נדרשים להתמודד עם שאלות קשות, וככל הנראה, בלתי-פתירות אלה. עבור מודלים של משפט שאלות אלה, במידה רבות, מתייתרות, וקשיים מסוג זה אינם מתעוררים. אם הדין אמנם מסדיר את סמכויות השלטון – כל הכוחות המסורים לשלטון, שאלות בדבר מעשי השלטון לשם

⁷⁴ על הקושי בהגדרת טרור, ראו, לדוגמה: Alan Greene, *Defining Terrorism: One Size Fits All?*, 66 Int'l & Comp. L. Quarterly 411 (2017); Clive Walker, *The Legal Definition of "Terrorism" in United Kingdom Law and Beyond*, [2007] Pub. L. 331; Gilbert Guillaume, *Terrorism and International Law*, 53 Int'l & Comp. L. Quarterly 537 (2004).
⁷⁵ להרחבה ראו: ALAN GREENE, PERMANENT STATES OF EMERGENCY AND THE RULE OF LAW: CONSTITUTIONS IN THE AGE OF CRISIS (2018).

⁷⁶ ראו: Mark Tushnet, *Defending Korematsu: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, Wisconsin L. Rev. 273, (2003) 279. לתחולתו של שלטון החוק אפילו בזמנים של מלחמה טוטלית, ראו: פרשת **ליורסידיג'**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 244.
⁷⁷ ראו, לדוגמה: גרוס "מחוץ למשפט", לעיל ה"ש 46; פרגיון ופסקווינו, לעיל ה"ש 43, בעמ' 233.
⁷⁸ אודות השפעת קושי זה על הדוקטרינה בארצות הברית עוד בתקופת המלחמה הקרה ראו לובל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1407-1404 ו-1412.

⁷⁹ ראו, לדוגמה: Martin Belov, *Rule of Law and Democracy in Times of Transitory Constitutionalism, Constitutional Polycrisis and Emergency Constitutionalism: Towards a Global Algorithmic Technocracy*, in RULE OF LAW IN CRISIS: CONSTITUTIONALISM IN A STATE OF FLUX 21 (Mertin Belov ed., 2023). יש המדברים אפילו על מצבי חירום כלכליים, אף על פי שמצבי חירום אלה נובעים מבעייה כרונית או משקפים אותה. ראו, לדוגמה, John Ferejohn, *Financial Emergencies*, in CONSTITUTIONS IN TIMES OF FINANCIAL CRISIS 18 (Tom Ginsburg, Mark D. Rosen and Georg Vanberg eds., 2019).

⁸⁰ גרוס עצמו תקף את מה שהוא מכנה "הנחת הפרדה" (assumption of separation) שאותה הוא מייחס לאבות-הסוג "המסורתיים" של מודלים, בטוענו שאין היא עומדת במבחן המציאות. ראו גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30, העמ' 1022-1021.

⁸¹ ראו פרגיון ופסקווינו, לעיל ה"ש 43, בעמ' 229.

⁸² ראו כהן "מתח וחוקיות", לעיל ה"ש 66, בעמ' 343.

התמודדות עם משברים חריפים אינן אלא שאלות פנימיות למשפט ובעלות אופי פרשני. לא מן הנמנע כי התשובות לשאלות אלה יהיו מורכבות, אולם אין כל הבדל בין לבין שאלות משפטיות אחרות, ובכלל זה שאלות משפטיות בדבר חוקיות פעולתן של רשויות המנהל. סימן ההיכר של מודלים של משפט הוא הסדרה משפטית ממשית של הפעילות השלטונית גם במצבי חירום,⁸³ אף אם פעולות מסוימות שהיו אסורות על השלטון במצבים מסוימים, פחות סוערים ולוחצים, אינן אסורות עוד על-פי אמות המידה הקבועות בדין במצבים שמקובל להגדירם כמשבר או כמצב חירום.⁸⁴

אם כן, במישור הנורמטיבי, מודלים של משפט, אשר מושתתים על רצף הדין ואחדותו, אינם נדרשים להגדרה כללית, מוצקה ובת הגנה למצב חירום. מודלים אלה חלים על כל מקשת המצבים בחייה של אומה. אין הם פטורים, כמובן, מהתמודדות עם שאלות כלליות בתורת המשפט, אולם, בניגוד למודלים של אי-חוקיות, אין הם מבוססים על שיבור נורמטיבי, ולכן אין הם נדרשים להגדרה כללית, נכונה ומדויקת מהו מצב חירום כתנאי יסודי לעצם קיומם כתיאוריה בת-הגנה. יתר על כן, שלטון החוק חל באופן רציף ומלא על כל מקשת המצבים בחיי האומה, לרבות מצבי חירום.

יתרון נורמטיבי זה בא לידי ביטוי גם בהיבט המוסדי.⁸⁵ מודלים של משפט מכילים מסגרת ברורה לפתרון מחלוקות משפטיות, לרבות מחלוקות בדבר מעשים של רשויות השלטון בעת משבר. מסגרת זו אינה מתירה שימוש בכוח מעצם ההחזקה בו או היכולת לעשות בו שימוש. הפעילות השלטונית בכללותה מוסדרת על-ידי המשפט, והתשובות לשאלות כגון ההגדרה מהו מצב חירום מקבלות מענה בתוך עולם המשפט על-ידי המוסדות הקבועים של שיטת המשפט: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. בדמוקרטיה מבית המשפט המקובל, תפקיד מרכזי שמור לבתי המשפט, המופקדים על פרשנות מוסמכת ומחייבת של הדין.⁸⁶

המסגרת הנורמטיבית האחודה והמערכת המוסדית המשלימה מהוות יתרון רב-ערך למודלים של משפט על פני מודלים של אי-חוקיות. מודלים אלה מתבססים על מערכת נורמטיבית שלמה בעלת עומק עיוני, היגיון מארגן ולכידות יחסית, המאפשרת הכרעה פרשנית בדרך מקובלת בשאלות העומדות על הפרק. נוסף על כך, מודלים אלה מופעלים על-ידי מוסדות מתפקדים ומוכרים, שבכוחם להכריע – על-פי מערכת נורמטיבית מפותחת – במחלוקות משפטיות, ובכלל זה אם מדובר במצב חירום כמשמעו בהוראה חוקתית מסוימת או בחוק מסוים אם לאו. כפי שיוסבר בהמשך, מודלים אלה אף מקדמים פעילות על-פי דין של רשויות השלטון והכרעה במחלוקות ספציפיות בדבר חוקיותו של מעשה שלטוני מסוים השנוי במחלוקת.

על רקע זה ניתן להבין מדוע, ברמה העיונית, נגרם נזק מוגבל בלבד מהימנעותם של בתי המשפט בישראל מגיבוש הגדרה ברורה, מדויקת ומחייבת מהו מצב חירום, ואין בהיעדר הגדרה כזו כדי לשלול את אופי השיטה הישראלית כמודל של משפט. מדינת ישראל נמצאת במצב חירום מוכרז מיום הקמתה. תחילה התבססה ההכרזה על פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948, והחל משנת 1996 הכריזה הכנסת מדי שנה על מצב חירום – לכאורה, מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה.⁸⁷ אף-על-פי שקיומו של מצב חירום

⁸³ ראו לעיל בפרק א, בעיקר תת-פרק 3.

⁸⁴ להרחבה ראו להלן בפרק ה.

⁸⁵ ראו גם להלן, פרק ד.

⁸⁶ להרחבה, ראו: T.R.S. ALLAN, CONSTITUTIONAL JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW (2001); T.R.S. ALLAN, LAW LIBERTY AND JUSTICE: THE LEGAL FOUNDATIONS OF BRITISH CONSTITUTIONALISM (1993).

⁸⁷ ראו גם אריאל בנדור "מצבי חירום" ספר דורית ביניש 456, 447 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

הוא תנאי הכרחי לסמכות הכנסת להכריז על מצב חירום במדינה,⁸⁸ נמנעו בתי המשפט מהגדרה מדויקת מהו מצב חירום.

התחמקותו של בית-המשפט העליון מהגדרה מחייבת למצב חירום בכלל, ומצב חירום כמשמעותו בחוק-יסוד הממשלה בפרט, הזדקרה בפרשת **האגודה לזכויות האזרח**.⁸⁹ עתירת האגודה הוגשה בשנת 1999 ונדונה בבית-המשפט העליון במשך כ-13 שנים. העותרים ביקשו במפורש סעד של ביטול הכרזת הכנסת על מצב חירום, אשר צפויה הייתה לעמוד בתוקפה למשך שנה.⁹⁰ לבסוף, בשנת 2012 קבע בית-המשפט העליון כי העתירה מיצתה את עצמה מבלי להכריע בחוקיות ההכרזה ומבלי להגדיר מהו מצב של חירום, שרק בהתקיימו מוסמכת הכנסת להכריז על מצב חירום במדינה. ייתכן שהתחמקותו של בית-המשפט העליון מהגדרה מהו מצב חירום ראויה לביקורת, אך אין היא חותרת תחת יסודות שלטון החוק.

כפי שיוסבר בהמשך, שיטת המשפט הישראלית נצמדה, ככלל, למודל של משפט. היות ובישראל אומץ מודל של משפט, והמדינה, ככלל, דבקה בשלטון החוק, אף-על-פי שלאורך כל שנות קיומה היה בישראל מצב חירום מוכרז, לא הייתה לכך השפעה מכרעת על שלטון החוק ועל אופי המשפט.⁹¹ הרצף המשפטי בשיטה הישראלית, שאינה מיוסדת על שיבור נורמטיבי, מפחית מאוד את חשיבותה של שאלת ההגדרה, שכן, בין השאר, הפעלת הכוח השלטוני מוסדרת בדין, וכל סמכויות החירום מוענקות ומופעלות לפי דין. הפרשנות החוקתית למושגים "מצב חירום" או "מצב של חירום" בחוק-יסוד: הממשלה חשובה ונדרשת, אולם, בשונה ממודלים של אי חוקיות, מדובר בשאלה משפטית מוגדרת המוכרעת בעזרת מערכת נורמטיבית שלמה ובאמצעות מוסדות המשרתים אותה. בהחלט ייתכן, כי נפלו פגמים – ואפילו פגמים חמורים – בהחלטות מסוימות, כגון חקיקת משנה, מעשים מנהליים או פסקי דין, לרבות פסקי דין שחמקו מהכרעה מהו מצב חירום. אולם פגמים אלה הם קשיים נקודתיים ובני-תיקון בתוך שיטות המשפט. אין הם מוציאים מן המשפט תחום שלם ורחב-ידיים, שקווי המתאר שלו (אם קיימים כאלה) אינם ברורים.

נראה, כי גם ניסיונות לפתח הגדרה למצב חירום בשיטות משפט זרות נעשו באופן פרשני במסגרת משפטית תחומה. דוגמה מובהקת ומוכרת לדין נרחב יחסית בשאלת ההגדרה של מצב חירום היא פסק דינו של בית הלורדים בפרשת **בלמארש**.⁹² הרקע לפרשה זו הוא עמדת ממשלת בריטניה, שלפיה איום הטרור לאחר פיגועי ספטמבר 2001 בארצות הברית, מהווה מצב חירום בבריטניה כמשמעו בסעיף 15 לאמנה האירופית לזכויות אדם.⁹³ מצב חירום זה שימש הצדקה לממשלה להחזיק נתינים זרים – בני אדם ללא אזרחות בריטית או אירופית – במעצר מנהלי. בריטניה ביקשה לגרוע מההגנה המוקנית לזכויות על-פי האמנה האירופית (וחוק זכויות האדם, שמכיל את האמנה בממלכה)⁹⁴ על יסוד חריג מצב החירום שבסעיף 15(1) לאמנה:

In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any high contracting party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the

⁸⁸ ראו ס' 38(א) לחוק-יסוד הממשלה: "ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום רשאית היא, ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום" [ההדגשות אינן במקור].

⁸⁹ בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 8.05.2012).

⁹⁰ שם, בפס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁹¹ במרבית השנים לא הייתה בישראל הלימה בין המצב העובדתי למצב החירום המוכרז, אשר תקף לכאורה מבחינה משפטית. ראו גם מרגית כהן "מעשי טלאים בדיני החירום" **משפטים** כט 623, 628-629 (1999).

⁹² A v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68 (HL) (appeal taken from Eng.).

⁹³ European Convention on Human Rights, Nov. 4 1950, Council of Europe, 213 U.N.T.S. 221.

⁹⁴ Human Rights Act 1998.

situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

בית הלורדים בחן אם אמנם קיים בבריטניה מצב חירום על-פי פסיקה קודמת של בית המשפט האירופי לזכויות אדם. בהקשר ספציפי זה של פרשנות האמנה האירופית התעכב בית הלורדים בפסק הדין על כמה תנאים להתקיימות מצב חירום כמשמעותו באמנה האירופית מבלי לספק הגדרה כללית מהו מצב חירום: מיידיות האיום (imminence)⁹⁵, זמניות מצב החירום.⁹⁶ ככלל, פסק הדין משקף הסדרה משפטית דו-רובדית, ברמה הלאומית וברמה האירופית, של הפעילות השלטונית בחירום, אשר מתבססת על מערכת נורמטיבית מגובשת ועל מוסדות מתפקדים, לרבות רשות שופטת עצמאית.⁹⁷ בית הלורדים לא שם לו למטרה לגבש הגדרה כללית למצב חירום, כי אם פירש בפסק הדין מהו מצב חירום מסוים לצורך תחום בשיטת המשפט הבריטית על רקע חברותה של בריטניה באמנה האירופית לזכויות אדם. ממילא, בדומה לפסקי דין אחרים בעולם הדמוקרטי, היה פסק דין זה נטול יומרה לגבש הגדרה עיונית או משפטית בעלת תחולה כללית שיש בכוחה להצדיק שיבור נורמטיבי וסטייה משלטון החוק בחירום.

ג. מסעף תורת-משפטי: כשירות המשפט להסדיר את הפעילות השלטונית בחירום

מודלים של אי-חוקיות מונחים על יסודות עיוניים מסוימים. נקודת המוצא של המשברים היא כי המשפט איננו מתאים להסדרת הפעילות השלטונית בחירום, ולכן סברתם היא שדבקות בשלטון החוק בעתות חירום תביא לתוצאות שליליות. לסברה זו מספר ביטויים באב-הסוג של אי חוקיות, כפי שהוא משתקף בחיבורי המשברים. כך, למשל, טוענים משברים כי דבקות בשלטון החוק בחירום תביא לאסונה (catastrophe) עד כדי חורבן המדינה; אם השלטון אמנם יציית לנורמות המשפטיות, אשר אינן הולמות התמודדות עם מצבי חירום (או מצבי חירום מסוימים), תעמוד המדינה בסכנה ממשית משום שהפרענות הפוקדת את המדינה לא תטופל באופן תוצאי בשל המגבלות המשפטיות. לעומת זאת, לשיטתם, סביר להניח כי הרשויות יחפשו כל דרך להתמודד כראוי עם מצב החירום, ולכן ההתעקשות לדבוק בשלטון החוק בחירום תמיט נזק כבד וארוך טווח לשלטון החוק עצמו. לפי גרוס, המקדם מודל מסוים של אי חוקיות בחירום, תרחיש מרכזי לנזק מסוג זה הוא שינויים במסגרת המשפטית עצמה, לכאורה, המזהמים את משפט המדינה.⁹⁸

בפרק זה נבחנת באופן ביקורתי נקודת המוצא של המשברים, שלפיה אין ביכולתו של המשפט להסדיר כראוי את הפעילות השלטונית בחירום. הנחת מוצא זו וביטוייה, שכמה מהם בולטים בכתיבת המשברים, ואחרים מוצנעים יותר, יידונו באמצעות בחינת טיעונים שעשויים לתמוך בנקודת המוצא של אי-החוקיות או בביטוייה ובמסקנות המוסקות ממנה. הניתוח המוצע בפרק זה ילמד כי נקודת המוצא למודלים של אי-חוקיות בדבר רזונו ומוגבלותו של המשפט סובלת מקשיים ניכרים. הניתוח מורכב משלוש טענות עיקריות. ראשית, נראה כי הגישות שמקדמות שיבור ואי-חוקיות נגועות בחוסר בהירות באשר לשאלות יסוד באשר

⁹⁵ פרשת **בלמארש**, לעיל הי"ש 92, בעמ' 98.

⁹⁶ שם, בעמ' 99.

⁹⁷ ראו, למשל: שם, בעמ' 102-112, 128-129, 130-132, 135-137, 146, 155-156, 160-161 וכן 172. נוקבים במיוחד דברי הפתיחה של הלורד הופמן בעמ' 129: "The power which the Home Secretary seeks to uphold is a power to detain people indefinitely without charge or trial. Nothing could be more antithetical to the instincts and traditions of the people of the United Kingdom." גם סיום חוות דעתו של הלורד הופמן משקף ביקורת חריפה על הפגיעה בחלוקת הסמכויות החוקתית ובתפקידו של בין המשפט: "In my opinion, such a power in any form is not compatible with our constitution. The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory". שם, בעמ' 132.

⁹⁸ ראו לעיל בפרק א, תת-פרק 2.

לטיב המשפט ומהותו של שלטון החוק, ואם הן מתבססות על טיעונים מסוימים הנדונים בפרק זה, הרי שהן סובלות גם מחוסר עקיבות.

שנית, נראה, כי השקפות תורת-משפטיות שעומדות בבסיס רעיונות של שיבור ואי-חוקיות או שבעזרתן אפשר להצדיק רעיונות אלה נסמכות על זרם תורת-משפטי מסוים מבית הפוזיטיביזם המשפטי. ככלל, זרם פוזיטיביסטי זה נדחה בעולם המשפט המקובל ואינו מקובל במשפט הציבורי הישראלי. לחלופין, אין בהשקפות המוצעות במודלים של אי-חוקיות או שבאמצעותן ניתן להגן על המודלים כדי להצדיק שיבור נורמטיבי ואי-חוקיות בחירום. שלישית, עמדות תיאורטיות מסוימות שאומצו על-ידי המשברים או שבאמצעותן ניתן להצדיק את נקודת המוצא של המודלים אינן בנות הגנה, משום שאין הן מתאימות למבנה הטיעון של שיבור העולם הנורמטיבי לשתי ממלכות שונות. לאמיתו של דבר, אם העמדות המבוקרות אכן מאומצות, הרי שאין הן מוגבלות למצבי חירום, ומשמעותן היא התקפה כוללת על שלטון החוק, לכל הפחות, כפי שהוא נתפש בשיטות מבית המשפט המקובל.

לשם הבהירות והנוחות, מפותח הניתוח בפרק זה במסגרתם של שני תתי-פרק משלימים. תת הפרק הראשון מוקדש לטבעם של המשפט ושל הנורמות שהוא מכיל; בפרט, הוא סובב סביב השאלה, האם המשפט אינו אלא גבב כללים, או שמא הוא מורכב גם מעקרונות, ובוחר את משמעות הגישות השונות בשאלה זו ביחס לשאלת המודל המועדף. תת-הפרק השני עוסק בהיבט משלים של אותה שאלה בדבר טבע המשפט, האם המשפט מבוסס על מוסר (או שיש קשר משמעותי בין השניים), או שמא המשפט מנותק לחלוטין ממוסר ואף עלול למנוע מרשויות השלטון לפעול באופן מוסרי במצבי חירום.

1. מערכת עקרונות או גבב כללים

מספר פילוסופים של המשפט תפשו את המשפט כאוסף של כללים או של פקודות, דהיינו כאוסף של הוראות הניתנות על-ידי הריבון לנתיניו לעשות דבר מה או להימנע מעשייתו.⁹⁹ תפישה זו של המשפט, אשר ספק אם שיקפה נאמנה את פסיקת בתי המשפט ואת הנמקותיהם גם בעת כתיבת הדברים, בוקרה בחריפות על-ידי רונלד דוורקין (Ronald Dworkin) כבר בשנות הששים והשבעים של המאה העשרים.¹⁰⁰ לפי הגותו הנודעת של דוורקין, המשפט אכן מכיל כללים אך מורכב גם מעקרונות.¹⁰¹

כללים מספקים תשובות פסקניות לשאלה מה על אדם (או רשות) לעשות או להימנע מעשות בנסיבות מסוימות. כללים הם מכריעים. הם פורטים השלכות משפטיות של התרחשויות הנופלות למסגרת הכלל. לפיכך, במצב עובדתי מסוים, כלל יכול להישמר או להיות מופר; בתחום התפרסותו של הכלל אין אפשרויות אחרות מלבד ציות לכלל או הפרתו. לעומת זאת, עקרונות מתאפיינים ביסוד של משקל. עיקרון הוא סיבה רלבנטית או שיקול רלבנטי, אך אין הוא בהכרח מספק תשובה סופית ומכרעת, שכן עליו להישקל אל מול עקרונות אחרים, שעשויים להיות עקרונות מתחרים המושכים לכיוון מנוגד. אם כן, עיקרון עשוי להישאר תקף ושלם – ללא הפרה כלשהי של העיקרון – גם אם אין הוא מכתוב תוצאה מסוימת בנסיבות מסוימות.¹⁰² ההכרה בקיומם של עקרונות במשפט קשורה בקשר הדוק לזכויות במשפט, וככלל, מלומדים שמכירים בעקרונות או מתבססים עליהם מעניקים מעמד מיוחד לזכויות, לרבות בעתות חירום.¹⁰³

⁹⁹ ראו, לדוגמה: John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Wilfrid E. Rumble ed., 1995). לניתוח תפישה זו בהקשר של חירום ראו: Kim Lane Scheppelle, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, 6 U. Pa. J. Const. L. 1001, 1012-1013 (2004).

¹⁰⁰ ראו: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977) (להלן: לקחת זכויות ברצינות).
¹⁰¹ לביקורת על משנתו של דוורקין ראו, לדוגמה: הארט, לעיל ה"ש 5; Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 Yale Law Journal 823 (1972); David Lyons, *Principles, Positivism and Legal Theory*, 97 Yale Law Journal 415 (1977).

¹⁰² ראו דוורקין, לעיל ה"ש 100.

¹⁰³ ראו, לדוגמה, רמרג', לעיל ה"ש 1.

כדי להצדיק את משנתם מנקודת מבט פנימית, שבבסיס מאמר זה ואשר מושתתת על פרשנות או על תיאוריה משפטית,¹⁰⁴ תומכי המודלים של שיבור ואי-חוקיות נדרשים להציג ניתוח עקיב בשאלה תורת-משפטית זו ולהבהיר האם, לשיטתם, המשפט אינו אלא גבב כללים או מערכת נורמטיבית של כללים ועקרונות.¹⁰⁵ הכרעה תורת-משפטית זו חשובה במיוחד למודלים של אי-חוקיות, וחשיבותה חורגת מהדיון הכללי בקרב פילוסופים של המשפט בדבר טבעו של המשפט. הבהרת עמדתם התורת-משפטית היא בעלת חשיבות רבה להגנה על מודלים של אי-חוקיות. כך, למשל, גבב כללים עלול להתייטר, לאבד את הרלבנטיות או להפוך להיות בלתי-ישים בשל שינוי עובדתי או נסיבתי קיצוני, ושינוי כזה בהחלט ייתכן (ואף צפוי) במצב חירום אמיתי. לעומת זאת, עקרונות מאפשרים גמישות וכן יוצרים בסיס רחב ואיתן ליצירת כללים חדשים, לרבות באמצעות תקדים מחייב והחלטות שיפוטיות, אשר הולמים את ההתמודדות עם מצב החירום ומותאמים לו.¹⁰⁶

מודלים של אי-חוקיות אינם עקיבים בתשובתם לשאלה תורת-משפטית זו או שאינם מספקים תשובה ברורה. כך, למשל, דומה, כי גרוס וני-אוליין אינם החלטיים או עקביים בגישתם. באופן כללי ומופשט, תופשים מלומדים אלה את המשפט כמערכת נורמטיבית המורכבת מערכים ועקרונות, כמו גם מכללים.¹⁰⁷ לעומת זאת, כאשר המחברים מבקשים להצדיק סטייה משלטון החוק ופעולה שלא על-פי המשפט, הם מתייחסים לכללים משפטיים, ונראה שמעלים במחשבתם כללים בלבד.¹⁰⁸

נראה, כי הסיבה לחוסר עקיבות זו של המשפטים נובעת מהצורך לבחור בין שתי אפשרויות, שכל אחת מהן מעוררת קשיים ניכרים להחזיק במודל של אי-חוקיות. האפשרות הראשונה – המשפט כמערכת נורמטיבית הכוללת עקרונות – מציבה משוכות קשות-מעבר בפני התומכים בשיבור נורמטיבי ובאי-חוקיות בעתות חירום, משום שמערכת נורמטיבית הכוללת עקרונות מאפשרת לטפל במשבר במסגרת שלטון החוק ולעצב כללים חדשים המתאימים למצב הדברים שנוצר. האפשרות השנייה – המשפט כגבב כללים – נגועה אף היא בקשיים ניכרים, שכמה מהם נדונים בפסקות הבאות.

ראשית, גישה זו – המשפט כגבב כללים – צועדת בדרך העיונית שהתוותה אסכולה מסוימת אחת בתורת המשפט. אסכולה זו היא פוזיטיביזם משפטי הנושא מאפיינים מסוימים, שלפיה נורמות משפטיות נובעות באופן בלעדי מהמקור להן, קרי הריבון, והן מסוג אחד בלבד – כללים משפטיים.¹⁰⁹ יודגש, כי הבחירה בפוזיטיביזם והעדפתו על פני זרמים אחרים בתורת-המשפט היא בהחלט לגיטימית. כשלעצמה, אין בחירה תורת-משפטית זו בגדר פגם מוכח במודלים של אי-חוקיות או טיעון נגד השיבור הנורמטיבי. השיבור ואי-חוקיות בחירום עשויים בהחלט לעמוד בהיגיון הפנימי של המאמינים בפוזיטיביזם משפטי מסוג זה. בחירה תורת-משפטית זו והשתתת מודלים של אי-חוקיות עליה מצמצמים את גודל הקהל ואת היקף הספרות והמחקר שעשויים לתמוך בשיבור נורמטיבי ובאי-חוקיות. בחירה תורת-משפטית זו מגבילה את השיבור, אם הוא אמנם מבוסס עליה, לזרם מחשבתי אחד.

¹⁰⁴ ראו לעיל ה"ש 5 והטקסט הסמוך אליה.

¹⁰⁵ כפי שיתבהר בהמשך, ניתן לאפיין את כתיבתם של חלק מהמשברים ככוללת יסודות של ריאליזם חיצוני. ראו, למשל, ה"ש 171 והטקסט הסמוך אליה. ריאליזם כזה מתכחש לערכה של תיאוריה משפטית. להרחבה ראו דיזנהאוס "הכפייתיות", לעיל ה"ש 61, בעיקר בעמ' 36-38.

¹⁰⁶ על כללים ותקדימים משפטיים ראו: Peter Jaffey, *Two Ways to Understand the Common Law*, 8 JURISPRUDENCE 435, 441-444 (2017).

¹⁰⁷ ראו גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58, למשל בפרק המבוא.

¹⁰⁸ ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 136-137.

¹⁰⁹ לניתוח אחר של פוזיטיביזם משפטי במדינה דמוקרטית ראו: David Dyzenhaus, *Humpty Dumpty Rules or the Rule of Law: Legal Theory and the Adjudication of National Security*, 28 AUSTRALIAN J. LEG. PHIL. 1 (2003).

שנית, ככלל, תפישה זו של המשפט כגבב כללים לא אומצה בעולם המשפט המקובל. שיטות ממשפחת המשפט המקובל, ובמסגרת זו גם שפיטה במשפט המקובל, מבוססות על עקרונות משפטיים המגולמים בפסקי דין קודמים. מאפיין זה של המשפט המקובל הודגש על-ידי בתי המשפט ואף יושם על ידם בפועל בהשתיתם פסקי דין על עקרונות.¹¹⁰ מאפיין זה בולט ונוכח גם בישראל, בייחוד במשפט הציבורי.¹¹¹ לפיכך, הטענה שהמשפט אינו אלא גבב כללים אינה בחירה תורת-משפטית מופשטת ומנותקת הנעשית בחלל ריק, אלא בחירה שאינה מתיישבת עם שיטות מבית המשפט המקובל, ובעצם, מנוגדת ליסוד מוסד בשיטות של משפט מקובל. עקב כך אימוץ טענה כזאת כחלק ממודל של אי-חוקיות בישראל היא בעייתית, ועל המבקש לעשות כן רובץ נטל כבד ביותר, שספק אם ניתן להרים.

שלישית, מאפיין זה של המשפט המקובל – הסתמכות על עקרונות – אינה ייחודית למצבי חירום. על כן, עמדה תורת משפטית המתכחשת לקיומם של עקרונות משפטיים, אינה מוגבלת לדיון על משפט וחירום, והשלכותיה מרחיקות לכת הרבה מעבר לטענה מסוימת על שלטון החוק במצבי חירום. עמדה זו היא מתקפה כוללת נגד מאפיין מרכזי של שיטות מבית המשפט המקובל. כאמור, נראה שגם גרוס וני-אוליין, מקבלים, באופן כללי ומופשט, את התיאוריה הדומיננטית שבבסיס המשפט המקובל. אם אמנם מקבלים תיאוריה דומיננטית זו, נדרש הסבר חדשני ומפתיע במיוחד כדי לבאר מהו השוני היסודי במצבי חירום, שעשוי להצדיק שינוי תורת-משפטי כה רדיקלי אשר מוגבל למצבי חירום בלבד. ספק רב אם ניתן למצוא הסבר כזה בספרם של גרוס וני-אוליין ובכתביהם של משברים מובילים.

ברם, ייתכן שניתן להציע פירוש חלופי לעמדת המשברים התולים את ההתכחשות לשלטון החוק בכללים משפטיים. על-פי פירוש זה, ניתן לתפוש את המשברים כמי שאינם מציגים בהכרח פוזיטיביזם הכופר כליל בקיומם של עקרונות במשפט, אלא כמי שמתמקדים בנורמות משפטיות מסוג כללים. הסבר חלופי זה עשוי גם הוא להלוים את כתיבתם של משברים דוגמת גרוס וני-אוליין, אשר אינם שוללים באופן גורף את קיומם של עקרונות במשפט אך מבקשים להצדיק אי-חוקיות בחירום בבעיות הטמונות בכללים בלבד.¹¹² על-פי פירוש חלופי זה, משברים בולטים מכירים בעקרונות משפטיים כנורמות ההולמות הסדרה של מצבי חירום, בייחוד של הפעילות השלטונית בחירום, אשר חלות בכל עת, ואינן מונעות תגובה שלטונית ראויה בחירום.

הכרה אפשרית זו של משברים, המבקשים לחבר משנה בת-הגנה במושגים מתחום תורת המשפט, התיאוריה של המשפט או הפילוסופיה של המשפט, בתחולתם של עקרונות משפטיים ובתפקידם בהסדרת מצבי חירום מתיישבת עם הגישה הדומיננטית בשיטות מבית המשפט המקובל, אולם אין היא פותרת את הקשיים שמעוררים מודלים של אי-חוקיות. הגישה הדומיננטית במשפט המקובל מתבססת על עקרונות, אשר מקנים גמישות בתגובה הנדרשת למצבים המשתנים באופן מהיר (ולעתים גם קיצוני). חשיבותם היחסית של עקרונות עשויה לנוע בהתאם לנסיבות המשתנות. העקרונות הכלולים בשיטת המשפט עומדים בבסיס פרשנותם המשפטית של כללים ואף ביסוד שכלולם של כללים חדשים והולמים, כשהדבר נדרש. נראה,

¹¹⁰ ראו, לדוגמה: R (Jackson) v. Attorney General, [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262; R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department, [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532; Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1985] AC 374 (HL); R (Prolife Alliance) v. British Broadcasting Corp., [2002] EWCA Civ 297, [2002] 2 WLR 1080. See also Anthony Gray, *The Common Law and the Constitution as Protectors of Rights in Australia*, 39 COMMON L. WORLD REV. 119 (2010); Mark D Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law*, 51 U. TORONTO L. J. 91 (2001).

¹¹¹ ראו, לדוגמה: בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820 (2010); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004); בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999); בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989).

¹¹² ראו לעיל הי"ש 107, 108 והטקסט שמומן.

שבשל כך, לשם בניין כוח שכנוע ממשי טיעונים של שיבור ואי-חוקיות זקוקים לשני רכיבים משלימים: (א) התמקדות בכללים משפטיים; (ב) הגדרת היקפם של כללים מסוימים באופן רחב, נוקשה ומנותק.¹¹³

פרשנותם של כללים וקביעת גדריהם היא בעלת משמעות רבה. זאת, משום שכללים, כעניין שבהגדרה, חלים בהכרח על מערכת עובדתית ונסיבתית מסוימת. על כן, פרשנותם של כללים והיקף פריסתם צריך להיקבע על-פי המצב שהם נועדו להסדיר, כלומר: המערכת העובדתית והנסיבתית שעליה הם אמורים לחול. טיעוני המְשברים תלויים בכך שהכללים המשפטיים הרלבנטיים יהיו נוקשים וגורפים, כלומר: יאסרו סטייה מהם או פעולה שלא במסגרתם למרות שינויים נסיבתיים דרמטיים. במילים אחרות, טיעוני המְשברים תלויים בתחולה של כללים משפטיים על מערכת נסיבתית, שעליה אין הם אמורים לחול. הנחה זו בדבר נוקשותם ותחולתם הבלתי-ראויה של כללים מעוררת קושי, שכן אם הפרשנות שמקנה תוקף לכלל גם במצב חירום מושתתת על עקרונות העומדים בבסיס הכלל, הרי שהשאלה הרלבנטית אינה נוקשותם של כללים מסוימים או חוסר התאמתם למצבי חירום, כי אם מה מחייב המשפט לעשות במצב חירום לאור התיאוריה החוקתית המקובלת. אם הכלל הוא הנורמה המשפטית הנכונה, על-פי תורת העומק של שיטת משפט מסוימת, הרי שזהו הכלל ההולם מצב מסוים באותה שיטת משפט.

לעומת זאת, אם כלל מסוים אינו מתאים, על-פי הטענה, למצבי חירום, על המְשברים (או המבקשים להצדיק שיבור ואי-חוקיות מנקודת מבט פנימית) להצביע על הבסיס לחוסר התאמתו ועל הצדקה מספקת להפר את הכלל במצבי חירום בלבד. אם הבסיס לחוסר התאמתו של הכלל למצבי חירום הוא ניתוקו מעקרונות משפטיים ומהתיאוריה המשפטית שעומדת, ככלל, בבסיס הנורמות המשפטיות, הרי שעל המְשברים להסביר ניתוק זה – אשר נוגד את התפישה הדומיננטית בעולם המשפט המקובל – וכן לתת תשובה לשאלה אם ניתוק זה בין הכלל לעקרונות מתקיים, לשיטתם, לכל אורכו ורוחבו של המשפט או במצבי חירום בלבד. נימוק זה לחוסר התאמתו של הכלל הוא, לאמיתו של דבר, חזרה לעמדת הפוזיטיביזם הטהרני.

לחלופין, אם חוסר התאמתו של הכלל למצבי חירום נובע מנוקשותו ומעיצובו השגוי של הכלל, מתעוררת שוב קושיית השיבור במלוא עוצמתה. כלל שלא ניתן לעמוד בו במצב חירום הוא כלל שחל באופן מוטעה על מערכת עובדתית ונסיבתית, שבה אסור שיחול. זהו כלל שמעוצב באופן כה נוקשה ושגוי עד שאינו מאפשר לקבוע לו היקף תחולה סביר אף בדרך של פרשנות משפטית.¹¹⁴ אם כן, הבעיה נעוצה בעיצובו של הכלל, וספק אם בעיה כזאת בעיצובו של כלל מסוים תומך במודלים של אי-חוקיות.

ראשית, עיצוב קלוקל של כלל משפטי באופן ובמידה שאינם מתירים לתת לו פרשנות מתקבלת על הדעת, מסייג את עמדת המְשברים ומגביל אותה לכללים בעייתיים בלבד, כלומר: לכללים שעוצבו באופן שמחייב להחילם על מערכת עובדתית או נסיבתית שאינה הולמת כללים אלה. במילים אחרות, טענה זו העשויה לשמש להגנה על משנת המְשברים אינה נגד כללים משפטיים בחירום או חוסר התאמתה של מערכת

¹¹³ על גישה יחידנית לעומת גישה הוליסטית לכללים ראו: ג'אפי, לעיל ה"ש 106. על unity of value ראו: RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS (2011).

¹¹⁴ שאלת עצם קיום הבעיה והיקפה תלויה בתפישה של פרשנות משפטית וגבולותיה. על גבולות הפרשנות ראו: ישי בלנק ואלון חספר "איך לפרש חוק-יסוד (רע)? על הדילמות האתיות בפרשנות חוק-יסוד: מדינת ישראל – מדינת הלאום של עם היהודי" **תרבות דמוקרטית** 20 (צפוי להתפרסם 2021); דפנה ברק-ארז "פרשנית, שוויון והעצמה" **ספר יורם דנציגר** 503 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019); אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** פרק 7: הפרשנות החוקתית התכליתית (2014); אהרן ברק "על הזמן בפרשנות המשפט" **ספר ברנזון** כרך שלישי: גולל 57 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2007); אהרן ברק "אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית (1994); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני: פרשנות החקיקה (1993); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית (1992); דוורקין **אימפריה של משפט**, לעיל ה"ש 1; דוורקין **לקחת זכויות ברצינות**, לעיל ה"ש 100; דוורקין **עניין של עיקרון**, לעיל ה"ש 1; דוורקין **צדק לקיפודים**, לעיל ה"ש 113; הארט, לעיל ה"ש 5; Richard H. Fallon, *The Meaning of Legal 'Meaning' and Its Implications for Theories of Legal Interpretation*, U. CHICAGO L. REV. 1235 (2015); ANDREI MARMOR, *INTERPRETATION AND LEGAL THEORY* (2nd edn., 2005); STANLEY FISH, *IS THERE A TEXT IN THIS CLASSROOM? THE AUTHORITY OF INTERPRETIVE COMMUNITY* (1980).

נורמטיבית הבנויה, לפחות בחלקה, מכללים להסדרת מצבי חירום, כי אם טענה נגד ציות לכללים פגומים בחירום. שנית, גם לפי הסבר זה לא ברור כלל ועיקר מדוע מצבי חירום מצדיקים זניחה ייחודית של שלטון החוק וחוסר ציות לכללים משפטיים במצבי חירום בלבד. להיפך, נראה כי כלל בעייתי עלול לעורר קשיים ניכרים גם במצבים שאינם מוגדרים כמצבי חירום. כלל נוקשה שאינו מאפשר סטייה ממנו גם במערכת עובדתית שעליה אין הוא אמור לחול, נגוע בפגם שמעורר קשיים ניכרים גם במצבים שאינם חירום. בהיעדר הגדרה ברורה, מדויקת ובת-הגנה מהו מצב חירום ומה מייחד אותו, נראה שאין קושי זה באשר לשיבור הנורמטיבי יכול לבוא על פתרונו.

קשיים אלה בהגנה על מודלים של אי-חוקיות אינם מאפיינים מודלים של משפט. מודלים של משפט אינם נאלצים לבחור בפוזיטיביזם משפטי מסוג שאינו מתאים לגישה המקובלת בישראל ובמדינות המשפט המקובל. מודלים מסוג זה מבוססים על רצף נורמטיבי, להבדיל משיבור. הם מבוססים על עקרונות במשפט, על פרשנות ראויה של כללים ועל מנגנונים לעיצובם של כללים ולשינויים באמצעות המוסדות המוכרים של המדינה, לרבות הרשות המחוקקת, הרשות השופטת והרשות המבצעת. מודלים של משפט מנפקים מערכת נורמטיבית שלמה לכל עת; הם נותנים מענה לימים השלווים ביותר, כמו גם לטרופים ביותר, בחייה של אומה.

2. משפט, מוסר וחירום

לא אחת מצדיקים תומכי מודלים של אי-חוקיות את אי-הציות של נושאי משרה ציבורית לנורמות משפטיות בעתות חירום במונחים של מוסר.¹¹⁵ לפי טיעונים מטיפוס זה, פעולה של רשויות המנהל בניגוד לנורמות משפטיות עשויה להיות הבחירה המוסרית במצבי חירום, לרוב בנסיבות קיצוניות. בנסיבות כאלה, נושאי משרה ציבורית רשאים לבחור במוסר על פני המשפט או אפילו נדרשים לעשות כן. במילים אחרות, המחזיקים בכוח שלטוני נדרשים, על-פי הטיעון, לפעול בניגוד לדין כדי לעשות את הדבר הנכון מבחינה מוסרית.

הצדקה זו קשורה קשר הדוק לתפישה רזה של המשפט בכלל או של המשפט בעתות חירום, אשר נדונה בפרק זה. אין היא אך משקפת תפישה של המשפט כמערכת צרה יחסית, החפה ממוסר, כי אם בנויה על ההנחה, אשר נדונה גם בתת-פרק 1, כי אין המשפט מסוגל להסדיר באופן מספק את הפעילות השלטונית במצבי חירום. ניתן להציג טיעון זה מאת המשברים עצמם או שעשוי לשמש לשם הצדקת משנתם כך: במצבי חירום ניצבת בפני המחזיקים בכוח שלטוני דילמה המאלצת אותם לבחור בין שתי אפשרויות רעות. אפשרות רעה אחת היא לפעול בניגוד לדין על מנת להתמודד עם המשבר באופן הנראה לבעלי הכוח השלטוני כמועיל ביותר. אפשרות רעה אחרת היא לציית לדין, לא לפרוק את עול שלטון החוק ולעשות לפתרון המשבר במסגרת החוק. ואולם, לפי הלוח מחשבתם של המשברים או תומכיהם, בשל חוסר התאמתו של המשפט להסדרת הפעילות השלטונית בחירום עלולה בחירה זו בפעולה לפי דין או אף צפויה להביא לתוצאות הרות אסון עד כדי חורבן המדינה. על רקע הלוח מחשבה זה, ניתן להבין את מקור הטיעון, אשר נבחן בפרק זה, שלפיו אי-ציות לחוק במצבי חירום עשוי להיות צו מוסרי או בעל ופי מוסרי.

קו הנמקה זה לתמיכה בגישת המשברים אינו משכנע. הוא מתבסס בהכרח על פוזיטיביזם מהסוג שתואר בתת פרק 1 או על שיבור נורמטיבי המנתק את המשפט מן המוסר בחירום או על שילוב של פוזיטיביזם טהרני עם שיבור נורמטיבי. קו הנמקה זה מבוסס על בידוד המשפט מן המוסר. יהיה זה הרי אבסורד לגרוס

¹¹⁵ ראו, לדוגמה: גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30, בעמ' 1023-1024, 1099-1101 ו-1105; גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58, בעמ' 134 ו-136. הפיצול בין המשפט למוסר במצבי חירום בא לידי ביטוי מובהק במשנתו של גרוס בהפרדה שהוא עורך, במסגרת מודל האמצעים שמחוץ לדין, בין שאלת החוקיות לבין שאלות המוסריות של הפעולה אשר מוכרעת (בערבוביה עם שיקולים נוספים) בשלב הבחירה האם לאשר בדיעבד מעשים בלתי-חוקיים של מי שאחז בכוח שלטוני בשעה המעשה.

שהפרת צו מוסרי (אי-ציות לצו מוסרי) היא הדבר המוסרי לעשות. לפיכך, אי-ציות לנורמה משפטית עשוי להיות הבחירה המוסרית רק אם הציות לנורמה משפטית מסוימת במצב מסוים אינו מוסרי כשלעצמו. וציות לנורמה משפטית עשוי להיות בלתי-מוסרי רק כאשר הנורמה המשפטית אינה עולה בקנה אחד עם צו מוסרי. אי-לכך, אם הדין מנותח ונתפש במונחים מוסריים, לא ניתן להצדיק פעולה בלתי חוקית בשם המוסר.¹¹⁶

אם כן, נראה כי גם בהיבט של הקשר בין משפט ומוסר, קו זה של טיעון מוגבל לאנשי הפוזיטיביזם המשפטי. קו טיעון זה אינו מתיישב היטב עם התפישה המקובלת של המשפט המקובל, שלפיה, מבוסס המשפט המקובל על עקרונות בעלי אופי מוסרי מובהק. יתר על כן, המשפט המקובל נתפש על-ידי מלומדים בולטים כהתגלמות תיאוריה משפטית צודקת (גם אם, במגבלות הקיימות, לא התגלמות מושלמת). התיאוריה החוקתית, אשר משקפת את טבע המשפט כתוכנית אחודה של צדק, היא הבסיס הראוי להחלטות שיפוטיות ולשיח מוסרי מתמשך. חוסר-צדק חמור מנופה משיטת המשפט ואינו חלק ממנה; הפרקטיקה המשפטית היא רדיפת מוסר.¹¹⁷

קו הנמקה להצדקת שיבור ואי-חוקיות זה רחב בהרבה משיח מצבי החירום והמסגרת הנורמטיבית הראויה לניהולם וההתנהלות במהלכם. אם המשפט אמנם מבודד ומנותק ממוסר, ואם ציות לנורמות משפטיות אכן עשוי להיות פסול מבחינה מוסרית, הרי שאי-ציות לחוק מטעמים מוסריים עשוי להיות מוצדק בכל עת, לא רק בחירום. לפי טיעון זה, נורמות משפטיות בהחלט עלולות להיות בלתי-מוסריות גם בעתות שלום, בריאות ושלווה. לא מן הנמנע שמצב חירום לאומי יסייע בהדגשה או בהמחשה של המתח בין משפט למוסר – אם מתח כזה אמנם קיים, אולם אין מצב החירום יוצר את ניגוד בין השניים או מחולל אותו. לפי תפישה כזאת של ניתוק המשפט מהמוסר, המתח ביניהם קיים כל העת באופן עצמאי לחלוטין משאלת מצב החירום.

נוסף על קשיים עקרוניים אלה, טיעון המבוסס על ניתוק כללי של המשפט מהמוסר יביא משברים מסוימים לכדי חוסר עקיבות בולט. לדוגמה, טיעון הזיהום של גרוס מייחס לשלטון החוק, למשפט המדינה בשגרה ולשמירה על טוהרו מפני חדירתן של נורמות בלתי-הולמות ערך רב.¹¹⁸ קשה ליישב טיעון זה עם ניתוק כללי של המשפט ממוסר ועם טענה שפעולה שלטונית בניגוד לחוק היא, במקרים מסוימים, הבחירה המוסרית.

ניסיון אפשרי של תומכי אי-חוקיות בחירום להתמודד עם קשיים אלה הקשורים לרוחב הטיעון עשוי להתבסס שוב על שיבור נורמטיבי. על-פי תמרון כזה, ניתן לשלוף טיעון, שלפיו בכל מצב שאינו חירום אין המוסר מצדיק הפרת חוק, וניתוק בין המשפט למוסר אשר מצדיק את זניחת שלטון החוק מאפיין מצבי חירום בלבד. ברם, ספק אם טיעון מעין זה אמנם פותר את בעיית ההיקף ונראה כי הוא מעורר בעיה נוספת הנעוצה ברעיון השיבור.

לאמיתו של דבר, שני המאפייני הללו של טיעון הפעולה המוסרית בניגוד לחוק: ניתוק המשפט מן המוסר והיקף ההיתר להפרת הדין, מציפים קושי נוסף במודלים של אי-חוקיות, אשר מבוססים על שיבור נורמטיבי. אם טעמים מוסריים אכן מצדיקים חוסר ציות לחוק ומצריכים התכחשות לשלטון החוק בדרך כלל או במצבים רבים, ההבחנה היסודית של המשברים בין חירום לנורמליות קורסת, ואינות הדין (או הצדקה

¹¹⁶ ראו, לדוגמה, נרדין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 103-97. להרחבה על אופיו המוסרי של המשפט ראו: NIGEL SIMMONDS, LAW AS A MORAL IDEA (2007); LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW (revised edn., 1969).

¹¹⁷ ראו: TRS Allan, Principle, Practice, and Precedent: Vindicating Justice, According to Law, 77 CAMBRIDGE L. J. 269 (2018).

DAVID DYZENHAUS, THE CONSTITUTION OF LAW: LEGALITY IN A TIME OF EMERGENCY: ראו עוד: (2006).

Alon Harel and Assaf Sharon, Necessity Knows No Law: on Extreme Cases and Uncodifiable Necessities, 61 U. TORONTO L. J. 845 (2011).

¹¹⁸ ראו לעיל הערות 32-39 ו-45-47 וכן הטקסט הסמוך אליהן.

מוסרית שלא לפעול על-פיו) פושה בכל. תוצאה או מסקנה כזאת מנוגדות לנקודת המוצא של המשברים ולתמיכתם בשלטון החוק בכל מצב, פרט לחירום.¹¹⁹ מסקנה כזאת סותרת את ההניעה לשיבור נורמטיבי ואת הרעיון הבסיסי שעומד מאחוריו.

לעומת זאת, אין המשברים מספקים הסבר משכנע האם ומדוע עשוי מוסר להצדיק אי-חוקיות במצבי חירום בלבד, ואיזה יסוד במצב חירום משחרר רשויות מנהליות ממוסרות הדין. פיתוח הסבר כזה הוא משימה קשה במיוחד, שהופכת בלתי-אפשרית על רקע היעדרה של הגדרה ברורה למצב חירום. ככלל, טיעון כזה צריך להתבסס, לכל הפחות, על שני יסודות: ייחודיות מצב החירום והצדקה מספקת לזנוח את שלטון החוק במצבי חירום בלבד. כך, למשל, לו ביקשו משברים להתבסס על טענה של היעדר צפיות במצבי חירום, אשר עלולה להפוך נורמות משפטיות לבלתי רלבנטיות,¹²⁰ היה עליהם, לכל הפחות, לבסס את עמדתם על שני יסודות אלה: (א) אי-צפיות קיימת במצבי חירום, על-פי הגדרתם, ואינה קיימת בכל מצב אחר; (ב) די באי-צפיות ייחודית זו כדי להצדיק שחרור מעול הדין במצבי חירום (בלבד). ואולם, בהיעדר הגדרה מוצקה למצב חירום, שאי-צפיות ייחודית הוא חלק ממאפייניה, לא ניתן להגן על טיעון של שיבור וניתוק.

מעבר לכך, אפילו אם יתקבלו רעיון השיבור הנורמטיבי ותזת ניתוק המשפט ממוסר במצבי חירום, הרי שהמוסר עלול להקים סיבה להפרת נורמות משפטיות מסוימות בלבד; המוסר עשוי להצמיח למחזיקים בכוח שלטוני שיקול בעד הפרת כללים משפטיים מסוג מסוים אחד – כללים התובעים מהם לעשות מעשים בלתי-מוסריים.¹²¹ אם כן, על-פי המשברים שגורסים ניתוק המשפט מהמוסר, תיתכן הצדקה מוסרית להפרת כללים משפטיים, בעיקר כללים שמקורם בחקיקה. לעומת זאת, פגיעותן של הלכות משפטיות למגרעת מוסרית אפשרית המצדיקה את הפרתן על-ידי המחזיקים בכוח שלטוני נמוכה ביותר. תקדימים, אשר מתבססים על המשפט המקובל, סמוכים, לפי הגישה המקובלת, על עקרונות משפטיים בעלי אופי מוסרי. אפילו לפי תיאוריות פוזיטיביסטיות מוכרות, כאשר החוק, במובן צר מאוד, אינו מספק תשובות ברורות, על השופטים להכריע בסוגיה המונחת לפנייהם על בסיס סטנדרטים חוץ משפטיים בעלי אופי מוסרי.¹²² אם כן, על-פי תיאוריות פוזיטיביסטיות אלה, עקרונות מוסריים ממלאים תפקיד חשוב של הקניית לגיטימציה, ובמידה מסוימת גם תפקיד של האחדה, אשר עקרונות משפטיים ממלאים בתורות מהסוג הדומיננטי בעולם המשפט המקובל.

פירוש הדבר הוא שלפי גישת השיבור והניתוק, המאגר המרכזי של כללים בלתי-מוסריים-בכוח הוא חוקי הכנסת. תוקפם של חוקי הכנסת והלגיטימיות שלהם נובעים בעיקר מהמקור שלהם, קרי הפרלמנט, ותלויים במידה פחותה בתוכנם. דומיננטיות של לגיטימיות מסוג זה, אשר מבוססת על מקור הנורמה, עשויה להיווצר בשיטות משפט מבית המשפט המקובל אשר נצמדות לפרשנויות מסוימות של עקרון ריבונות הפרלמנט.¹²³

¹¹⁹ כך, למשל, גרוס וני-אוליין ביקרו את שמיט והגותו מסיבות אלה ממש של היעדר חוק. ראו גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58, בעמ' 162-168.

¹²⁰ לטיעון כזה ראו, לדוגמה: שמיט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6-8. יודגש, כי שמיט, אשר דוחה את שלטון החוק ואת היסודות הליברליים של מדינת דמוקרטיה, אינו כלול באב-סוג אי-החוקיות שנדון במאמר זה.

¹²¹ להבחנה בין נורמות מוסריות לנורמות של זהירות (prudential) ולדיון על הסוגים השונים של נורמות בהקשר של מצבי-חירום ראו נרדין, לעיל ה"ש 29.

¹²² ראו, לדוגמה, הארט, לעיל ה"ש 5.

¹²³ על ריבונות הפרלמנט באנגליה ובוויילס ראו, לדוגמה: T.R.S. Allan, *Legislative Supremacy and Legislative Intent: A Reply to Professor Craig*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 563 (2004); Paul Craig, *The Common Law, Shared Power and Judicial Review*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 237 (2004); T.R.S. Allan, *Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 563 (2003); Christopher Forsyth and Mark Elliott, *The Legitimacy of Judicial Review*, [2003] PUB. L. 286; MARK ELLIOTT, *THE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF JUDICIAL REVIEW* (2001); Paul Craig & Nicholas Bamforth, *Constitutional Analysis, Constitutional Principle and Judicial Review*, [2001] PUB. L. 763; Mark Elliott, *The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law*, 58 CAMBRIDGE L. J. 129 (1999); Christopher Forsyth, *Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, The Sovereignty of Parliament and Judicial Review*, 55 CAMBRIDGE L. J. 122 (1996); A.V. DICEY, *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION* (10th edn., 1968).

אם הפוטנציאל העיקרי להתנגשות בין המשפט למוסר הוא אמנם כללים שבחוק החרות, המקימים אחריות או חובה משפטית לאנשים ולרשויות פשוט משום שכה אמרה הכנסת, מתחדדת שוב הקושיה המופנית אל המשברים. ככלל, אין כל יסוד להניח שסתירה כזו בין מוסר לבין כללים סטטוטוריים קמה במצבי חירום בלבד, ולכן מתעורר שוב ספק גדול אם קו טיעון זה תומך ברעיון השיבור הנורמטיבי. על רקע זה, נראה כי מודלים של משפט נהנים מיתרונות מובהקים גם בסוגיות תורת-משפטיות אלה. ראשית, מודלים של משפט אינם נדחקים לאמץ עמדות מסוימות מתוך הפוזיטיביזם המשפטי, אשר תופשות את המשפט והמוסר כתרתי כדסתרי, והם מאפשרים בחירה בהשגה אטרקטיבית בהרבה של המשפט. במסגרת השגה אטרקטיבית זו אפילו הימצאות כלל שגוי או בלתי-סביר במערכת הנורמטיבית אינה מערערת את המערכת בכללותה. השגה אטרקטיבית כזאת של המשפט מתיישבת היטב עם התפישה הדומיננטית בעולם המשפט המקובל, שאליו משתייכת ישראל. היא מתיישבת עם עולם המשפט הישראלי שנבנה והתפתח למן קום המדינה.

שנית, מודלים של משפט נושאים עמם יוכלת תפישה שלמה ועקיבה של המשפט, אשר בשונה ממודלים של אי-חוקיות, אינם תלויים בשיבור נורמטיבי שאינו עומד במבחן הביקורת. מודלים של משפט מציגים ניתוח עקיב של שלטון החוק לאורכה ולרוחבה של מקשתת האירועים והנסיבות בחייה של אומה. תורת העומק בדבר שלטון החוק, אשר עומדת ביסוד מודלים של משפט, חלה באופן לכיד ועקיב על מצבים שונים במקשתת המצבים הפוקדים אומה לאורך חייה, אשר מופרדים על-ידי המשברים למצבים נורמליים לעומת מצבי חירום.

ד. נורמות משפטיות וביקורת שיפוטית

מודלים של אי-חוקיות נוטים להתבסס על עירוב תוכן החוק עם האכיפה של נורמות משפטיות על-ידי מוסד מסוים, דהיינו בית-המשפט, בנקודת זמן ידועה – מצב חירום, ועל פי רוב, אפילו בהליך שיפוטי מסוים – עתירה לביקורת שיפוטית – אשר מפוצל בישראל לעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק ועתירה מנהלית בפני בתי המשפט לעניינים מנהליים.¹²⁴ נראה שזהו הילוכו של טיעון משמעותי בקרב משברים: אכיפה של נורמות משפטיות מסוימות על-ידי בתי המשפט באמצעות הליכים של ביקורת שיפוטית אינה תוצאת (effective) בעתות חירום (או שאינה רצויה או שאינה תוצאת ואינה רצויה); לפיכך, אין לדבוק בנורמות המשפטיות במצבי חירום.

ניתן לזהות בדפוס המחשבה של תומכי אי-חוקיות בחירום דמיון בין נקודת המוצא העיונית-נורמטיבית, שלפיה המשפט אינו מתאים להסדרת הפעילות השלטונית בחירום, ולכן נאמנות לשלטון החוק כפי שהוא מגולם בנורמות המשפטיות – סופה בפורענות,¹²⁵ לבין דפוס המחשבה של המשברים, שלפיו אי-התאמה של מוסדות המדינה הרלבנטיים (בעיקר בתי המשפט) ליישום קפדני ותוצאי של הנורמות המשפטיות במצבי חירום מביא למסקנה של דחיקת הרשות השופטת מהסדרת הפעילות השלטונית בחירום ועמה גם ויתור על הנורמות המשפטיות או, לכל הפחות, על יישומן ואכיפתן בפועל.

ההיחבאות העיונית מאחורי גבו של בית-המשפט, בייחוד בכל הנוגע להליכים של ביקורת שיפוטית על רשויות המנהל, בולטת במיוחד במספר ניתוחים, ואף מוצאת את ביטויה במערכת המושגים שחלחה לכתבים אקדמיים. כך, למשל, מודלים של אי-חוקיות הונגדו למה שכונה על-ידי המחברים מודלים של

¹²⁴ ראו ס' 15 לחוק-יסוד: השיפוט; חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000.
¹²⁵ ראו לעיל בפרק ג.

אכיפה קפדנית.¹²⁶ ניתנת האמת להיאמר, כי ניתוחים אחדים אינם מוגבלים לאכיפה שיפוטית בלבד, והללו נותנים ביטוי גם לשיח נורמטיבי ומשרטטים את קווי המתאר של המודלים גם בהתאם להשקפתם על נורמות משפטיות.¹²⁷ אף-על-פי-כן, חוסר האמון בבתי המשפט, ובפרט בהליכים של ביקורת שיפוטית, בעתות חירום, בעיקר בכל הנוגע להסדרת מעשים שלטוניים הנוגעים לטיפול במשבר, מאפיין גם משברים שאינם מתעלמים מקיומן של נורמות משפטיות וממוקדים באכיפה על-ידי בתי המשפט.¹²⁸

אי-אכיפה של נורמות משפטיות או, לכל הפחות, אכיפה חלקית היא יסוד מרכזי במודלים של אי-חוקיות. אפילו תיאוריות ממשפחה זו, אשר מבקשות לשמר צורה כלשהי של מסגרת חוקתית גם במצבי חירום, מקדמות רעיונות של היעדר אכיפה של נורמות משפטיות מסוימות או של אכיפה חלושה, רפה ומדוללת. כך, למשל, היו שסברו כי על בתי המשפט להתעקש על הסמכה בחוק גם בעתות חירום אך להימנע מביקורת של ממש על שיקול הדעת המנהלי, כלומר: לאכוף את דיני הסמכות ולהימנע מאכיפת דיני שיקול הדעת.¹²⁹ חוקרים אחרים הציעו להסתמך על רעיון ההתנסגות, אשר אומץ על-ידי שופטים ומלומדים מסוימים כרעיון כללי במשפט הציבורי – לאו דווקא בהקשר של חירום, ולעשות בו שימוש מוגבר.¹³⁰

בעיה מרכזית וחמורה באכיפה חלשה, רפה ומדוללת של נורמות משפטיות היא יצירתם של "חורים אפורים", אשר גורמים לאשליה של חוקיות בעזרת תעתוע של ביקורת שיפוטית על-פי דין. במובנים רבים, אשליה זו של חוקיות גרועה וחמורה אפילו מ"חורים שחורים", והיא מדרדרת את הרשות השופטת להשתתפות פעילה בהפרת שלטון החוק.¹³¹ כך, למשל, לא זו בלבד שגישה זו מתירה לרשות המבצעת לגרוס כי מערך של מעצרים שרירותיים פועל במסגרת שלטון החוק, היא אף דורשת מהרשות השופטת לאמץ טענה כזאת ולתת לה גושפנקה.¹³² בעצם, גישה זו של אכיפה חלקית, רפה ומדוללת הופכת את בתי המשפט לשותפים פעילים בזניחת שלטון החוק.

גרסה מסוימת של אי-חוקיות בחירום, מודל האמצעים שמחוץ לדין כפי שהוא מכונה על-ידי גרוס, מנסה לחמוק מקשיים אלה באמצעות פנייה לאי-חוקיות גלויה ומפורשת חלף תעתוע של ביקורת שיפוטית על-פי דין. הוא מבקש לחשוף את טיבה האמיתית של הפעולה: לא פעולה על-פי דין, כי אם פעולה הנעשית מחוץ לדין. נראה, כי לפי מודל זה, אין המשפט מתפוגג כליל או מפסיק לחול במצבי חירום, אך נושאי משרה ציבורית רשאים להתעלם מנורמות משפטיות מתוך ציפייה לאי-אכיפה של הנורמות ולפטור מסנקציות משפטיות.¹³³ לאמיתו של דבר, ניתן להבין את מודל האמצעים שמחוץ לדין או, לפחות, חלקים משמעותיים ממנו כמודל של אי-אכיפה. על-פי פרשנות כזאת של המודל, קיומן של נורמות משפטיות ותחולתן במצבי חירום אינה מוכחשת, אך התעלמות מהדין ואי-אכיפה של נורמות משפטיות מוצדקות או עשויות להיות

¹²⁶ ראו פוזנר וורמיוול, לעיל ה"ש 21, בעמ' 606.

¹²⁷ ראו, לדוגמה, גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30; גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58.

¹²⁸ ראו: Leonard C. Feldman, *Judging Necessity: Democracy and Extra-legalism*, 36 POLITICAL THEORY 550, 552 (2008).

¹²⁹ ראו: Cass R. Sunstein, *Minimalism at War*, [2004] SUP. CT. REV. 47.

¹³⁰ ראו פוזנר וורמיוול, לעיל ה"ש 21, בעמ' 606-609.

להרחבה על התנסגות והביקורת שנמתחה עליה ראו: Mark Elliott, *From Bifurcation to Calibration: Twin-Track Deference and the Culture of Justification*, in THE SCOPE AND INTENSITY OF SUBSTANTIVE REVIEW: TRAVERSING TAGGART'S RAINBOW (Hanna Wilberg & Mark Elliott eds., 2015); PAUL DALY, A THEORY OF DEFERENCE IN ADMINISTRATIVE LAW: BASIS, APPLICATION AND SCOPE (2012); T.R.S. Allan, *Judicial Deference and Judicial Review: Legal Doctrine and Legal Theory*, 127 L. QUARTERLY REV. 96 (2011); T.R.S. Allan, *Deference, Defiance and Doctrine: Defining the Limits of Judicial Review*, 60 U. TORONTO L. J. 41 (2010); Aileen Kavanagh, *Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory*, 126 L. QUARTERLY REV. 222 (2010); T.R.S. Allan, *Human Rights and Judicial Review: A Critique of 'Due Deference'*, 65 CAMBRIDGE L. J. 671 (2006); T.R.S. Allan, *Common Law Reason and the Limits of Judicial Deference* in THE UNITY OF PUBLIC LAW (David Dyzenhaus ed., 2004).

¹³¹ ראו: David Dyzenhaus, *The Rule of Law Project*, 129 HARVARD L. REV. FORUM 268 (2016).

¹³² David Dyzenhaus, *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, 27 CARDOZO L. REV. 2005, 2024 (2006).

¹³³ ראו גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58, פרק 3; גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30, בעמ' 1,133-1,096.

מוצדקות, ולכן מודל האמצעים שמחוץ לדין, אף אם ניתן היה להבינו כמודל של אי-אכיפה, מבטא התנגדות להסדרה משפטית ממשית של הפעילות השלטונית כולה במצבי חירום.

בהתאם לכך, נטען כי לא זו בלבד שביקורת שיפוטית אינה תוצאתית, אלא שאף אין היא רצויה. למשל, הועלתה טענה ששופטים ובתי משפט, וביקורת שיפוטית בפרט, תורמים מעט מאוד להגנה על הדמוקרטיה, על החירות ועל זכויות יסוד במצבי חירום.¹³⁴ על כן, לפי קו מחשבה זה, ניתן לסבור כי אין להפקיד בידי אלה את יישומן ואכיפתן של נורמות משמרות דמוקרטיה ושומרות אדם, וממילא אין טעם או ערך או תועלת בנורמות המשפטיות עצמן. במסגרת הפקפוק ברציות הביקורת השיפוטית, הועלתה טענה נוספת, שאינה מתיישבת היטב עם הטענה הקודמת, ולפיה ביקורת שיפוטית עלולה לכפות על הרשויות מכשולים ומגבלות מופרזות, שהופכים את הציות לנורמות ולבית-המשפט לכזה שנושאי משרה ציבורית עלולים להתקשות לעכל.¹³⁵ לפי קו מחשבה זה, ביקורת שיפוטית, ואולי גם הכרה בתחולתן של נורמות משפטיות המסדירות את הפעילות השלטונית בחירום, אינה רצויה משום שהיא עלולה לעמוד בדרכן של הרשויות להתמודדות עם המשבר המשתולל.

טענה שלישית היא שמאמץ שיפוטי לדבוק בשלטון החוק אך לאכוף נורמות משפטיות באופן שאינו הופך אותן לבלתי מתקבלות על הדעת במצבים של משבר חמור במיוחד צפוי לנפק הלכות בעייתיות ולזהם את המשפט.¹³⁶ לפי קו מחשבה זה, במצבי חירום יש סכנה ייחודית של זיהום המשפט, ולכן ניסיון לדבוק בשלטון החוק בעזרת מוסדות המדינה המופקדים על פרשנותו המחייבת ויישומו, יביא לפגיעה בטוהרו של המשפט בתחומים רחבים ובזמנים שאינם עתות חירום.

מעבר לצורך בהסברים מיישבים בדבר המתח הקיים, על פני הדברים, בין הטענות השונות שמאפיינות מודלים של אי-חוקיות,¹³⁷ נראה כי המסקנות שמסיקים המְשַׁבְּרִים מנקודות תורפה מסוימות של ביקורת ואכיפה על-ידי הרשות השופטת במצבי חירום, בייחוד בכל הנוגע למועילותה, הן שגויות. אכן, בתי המשפט אינם נוטרים מושלמים של הדמוקרטיה, שלטון החוק וזכויות היחיד, החסינים מכל פגם בשגרה או בחירום. מְשַׁבְּרִים נוטים להפריז בחולשות של ביקורת שיפוטית בעתות משברים קשים אשר מסווגים, ללא הגדרה מתאימה, כמצב חירום. לבתי המשפט מאפיינים מוסדיים, כגון עצמאות, מקצועיות ואי-תלות, אשר נועדו לתמוך בפסיקה על-פי דין גם במצבים קשים, יהיה סיווגם אשר יהיה, לרבות לחצים פוליטיים, דעת קהל בלתי-אוהדת, השפעות כלכליות ומשברים הנובעים ממלחמות, מגפות אסונות טבע, אירועים גרעיניים או כימיים או ביולוגיים וכדומה.¹³⁸ אך אפילו לו התקבלה הביקורת העיקרית של המְשַׁבְּרִים על אכיפה שיפוטית של נורמות משפטיות במצבי חירום, אין ביקורת זו, כלשעצמה, מספקת הצדקה לאוחזים בכוח שלטוני להתעלם מנורמות משפטיות ולפעול כראות עיניהם.

¹³⁴ ראו, לדוגמה: גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58; טשנט, לעיל ה"ש 76, בעמ' 281-282.
¹³⁵ ראו, לדוגמה: Amal Sethi, Judging Under Extreme Conditions: A Court's Role During a National Crisis, 3 KEELE L. REV. 65, 74-77 (2021). בחיבורי גרוס ושותפיו עוברת כחוט השני ההנחה כי בעלי הכוח ייטו לנקוט בצעדים שהם רואים כנדרשים, בין שיהיה זאת באמצעות התאמות או עיוותים של משפט המדינה ובין שיהיה זאת באמצעות פעולה מחוץ לדין.
¹³⁶ ראו גרוס "מחוץ לדין", לעיל ה"ש 46; גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58; גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30. עוד ראו פוזנר וורמיוול, לעיל ה"ש 21, בעמ' 627.
¹³⁷ הטענה האופיינית השלישית בדבר חילול המשפט ותקדימים בעייתיים נדונה בנפרד בהמשך המאמר. ראו בעיקר בפרק ו.
¹³⁸ לעיגון מאפיינים אלה בנורמות חוקתיות חרותות בישראל ראו, למשל: ס' 1(ג), 2, 4, 7 ו-10 לחוק יסוד: השפיטה. למאפיינים אלה בהלכה הפסוקה ראו, לדוגמה: בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' 1 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו 1.02.2017). להכרה בעצמאות הרשות השופטת כמאפיין גרעיני ומיינמלי "של הדיבור" מדינה דמוקרטית" ראו, לדוגמה: א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר-הכנסת אחמד טיבי, פ"ד נז(4) 1, בפס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, בפס' 70 לפסק דינה של השופטת (בדימי) ארבל, פס' 7 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 17.09.2014).

השגאה העיקרית בניתוח של תומכי אי-החוקיות נובעת מערבוב נקודת מבט מוסדית צרה עם תפישה נורמטיבית רחבה המתבססת על תיאוריה של משפט וחירום.¹³⁹ ניתוח זה משקף הבנה פגומה של שלטון החוק, ובעיקר של משפט ציבורי בדמוקרטיה מודרנית, אשר מתבססת, ככל הנראה, על הנחה של חפיפה מלאה בין המשפט לבין דבר בית-המשפט. אלמלא הנחה זו, הייתה ההסקה מבית המשפט ומביקורת שיפוטית למערכת הנורמטיבית כולה מוקשית. לאמיתו של דבר, תפישה כזאת מניחה זהות של צווים שיפוטיים עם תוכן הדין. מסתבר, כי על-פי תפישה זו, כל מה שלא ניתן לאכיפה מלאה ותוצאת על-ידי בתי המשפט (בהליכים של ביקורת שיפוטית) ברגע מסוים, אינו משפטי או, לכל הפחות, אין לראות בו חלק מהדין בנקודת זמן מסוימת.

ברם, אפילו אם ביקורת שיפוטית אינה תוצאת או שאינה תוצאת די הצורך במצבי חירום, אין נובעת מחוסר האפקטיביות מסקנה שנורמות משפטיות הופכות לחסרות ערך או שיש להתעלם מהן. הרשות השופטת אמנם ממלאת תפקיד מרכזי בהחלתן של נורמות משפטיות בהיותה הפרשנית המוסמכת של הדין והמכריעה במחלוקות משפטיות, אך אין היא הנמען היחיד של הדין. נהפוך הוא, תנאי מוקדם להפקדתו של כוח שלטוני בידי רשות מנהלית הוא כפיפותה לדין והילוכה בהתאם לדין בכל מעשיה. הכפיפות למשפט והחובה הכללית לפעול בהתאם לנורמות משפטיות הן יסודות מובנים באצילת סמכויות לרשויות המנהל ובעצם קיומו של שיקול דעת מנהלי.¹⁴⁰

בעצם, הכתובת הראשונה של המשפט הציבורי הוא הרשויות עצמן, ובראשן רשויות המנהל. על הרשויות לפעול למען הגשמת החוק ועל-פיו, ללא תלות במעורבות שיפוטית בפעולתן או בצו שיפוטי קונקרטי במקרה מסוים.¹⁴¹ גורמי פיקוח וייעוץ שונים נדרשים לוודא כי הרשויות אכן פועלות באופן סדיר וקבוע על-פי דין. כך, לדוגמה, מתפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה לדאוג שהרשות המבצעת פועלת על-פי דין, ויש לו כלים לעשות כן. סמכויותיו של הייעוץ המשפטי והכלים העומדים לרשותו אינם זהים גם במדינות המשפט המקובל, אך בכל המדינות תפקידו של הייעוץ המשפטי הוא להסביר לרשויות מה נדרש על-פי דין, ומצופה ממנו לפעול לכך שכל מעשה שלטוני יתבצע במסגרת החוק. בישראל חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את רשויות המנהל.¹⁴²

אכן, מודלים של משפט, ובכללם המודל הישראלי, אינם מתנים את קיומו של שלטון החוק ברף אחד ומסוים של אכיפת נורמות משפטיות מסוימות, על-ידי מוסד מסוים (בית-המשפט), בהליך מסוים בכל נקודה ונקודה בזמן. אי לכך, השיטה הישראלית לא נדחקה לבדוד את בתי המשפט ממוסדות אחרים של המדינה, כגון הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת (לרבות הייעוץ המשפטי לממשלה) או מבקר המדינה.¹⁴³ אין היא נדחקה להתעלם מסטנדרטים משפטיים, פרשנויות ותקדימים שנקבעו על-ידי בית-המשפט במקטעי זמן מגוונים: לפני מצב החירום או אחריו – הן תקדימים כלליים והן דיונים שהחלו בעת מצב החירום והסתיימו בפסיקה לאחריו. אף מדידת האפקטיביות של הביקורת השיפוטית בישראל אינה

¹³⁹ השו: William E. Scheuerman, Emergency Powers, [2006] ANNUAL REV. L. & SOCIAL SCIENCE 257.

¹⁴⁰ ראו אלן, **ריבונות המשפט**, לעיל ה"ש 5, בעיקר פרק 3.

¹⁴¹ לגישה דומה ראו דיזנהאוס "שמיט נגד דייסי", לעיל ה"ש 132.

¹⁴² ראו, לדוגמה: בג"ץ 5134/2014 **התנועה למען איכות השלטון נ' מועצת מקרקעי ישראל**, פס' 48-49 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 14.11.2016); בג"ץ 4247/97 **סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 241 (1998); בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441 (1993); בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 749 (1991). ראו גם אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והממשל" **הפרקליט** מד 423, 434-439 (1999).

¹⁴³ לדיון ביחסי רשויות בתקופת הקורונה הנדונה במאמר ראו, לדוגמה: Ronan Cormacain & Ittai Bar-Siman-Tov, *Legislatures in the Time of Covid-19*, 8 THEORY & PRAC. LEGIS. 3 (2020); Elena Griglio, *Parliamentary Oversight under the Covid-19 Emergency: Striving Against Executive Dominance*, 8 THEORY & PRAC. LEGIS. 49 (2020); Jan Petrov, *The Covid-19 Emergency in the Age of Executive Aggrandizement: What Role for Legislative and Judicial Checks*, 8 THEORY & PRAC. LEGIS. 71 (2020).

מנותקת באופן מלאכותי ומטעה מהמשפט המקובל, מכרכי הפסיקה כולם, ומהליכים משפטיים באופן כללי.

ה. שינוי נורמטיבי ושינוי נסיבתי

מצבים שונים דורשים מענים שונים; על המענה להלום את הסיטואציה. בכלל זה, מצבים שונים מצריכים החלטות שונות ומעשי מנהל נבדלים. משבר לאומי חריף עשוי להצדיק מעשים שלטוניים שאינם ראויים בהיעדר משבר מסוג זה. לפיכך, גם תוצאות הליכים משפטיים דוגמת ביקורת שיפוטית, כלומר: הצווים היוצאים מבית-המשפט במצבי חירום, צפויות להיות שונות מתוצאות הליכים משפטיים בתקופות שגרה. השינוי בתוצאות תואם לשונות העובדתית.¹⁴⁴ נראה שפרופוזיציה זו – תוצאות שונות בנסיבות שונות – אינה שנויה במחלוקת בין משפחת המודלים של משפט לבין מודלים של אי-חוקיות.

השאלה המרכזית היא מה בדיוק משתנה בסיטואציות משבריות, אשר ניתן להחשיבן למצבי חירום. השאלה היא האם מדובר בשינוי הנורמות המשפטיות בלבד, בשינוי נסיבתי בלבד או בשינוי כפול – הן שינוי נסיבתי, הן שינוי נורמטיבי.

בספרות המחקרית לא מוכרת טענה אמיתית, שלפיה הנורמות המשפטיות בלבד הן שמשתנות במצב חירום. למעשה, התרחשויות קיצוניות ויוצאות-דופן הן שמכוננות מצב חירום, וממילא מצב חירום אמיתי הוא כזה שמערב שינוי נסיבתי-עובדתי. ואולם, על רקע הניתוח המוצע במאמר זה, לרבות הדיון בהגדרת מצב חירום ובמאפייני השיבור הנורמטיבי, ניתן לנסח את מקצת הביקורת הנמתחת על מודלים של אי-חוקיות גם כך: מודלים של אי-חוקיות מבוססים על שיבור נורמטיבי, שמאופיין במערכת נורמטיבית אחת החלה בדרך כלל – שלטון החוק, ומערכת נורמטיבית אחרת החלה במצבי חירום בלבד; היות שאין מודלים אלה מבוססים על הגדרה בת-הגנה למצבי חירום, שיש בה כדי לקבוע מהו החריג – מצב חירום – ומהו הכלל שאינו חירום, משמעותם של מודלים אלה היא, לאמיתו של דבר, שינוי נורמטיבי ללא שינוי עובדתי מובחן שניתן להבין טיבו או לבקרו. אם כן, ניתן לטעון כי בעצם, משמעותם האמיתית של מודלים של שיבור ואי-חוקיות בחירום, היא שהנורמות המשפטיות בלבד הן שמשתנות תחת הכותרת מצב חירום, לכל הפחות, במקרים מסוימים.

בראייה פחות ביקורתית מודלים של שיבור ואי-חוקיות, בשונה ממודלים של משפט, מבוססים על הטענה שמצבי חירום אינם מהווים שינוי נסיבתי בלבד, אלא שינוי נורמטיבי יסודי, אשר משעה את שלטון החוק בדמוקרטיה הבנויות על אדנים ליברליים. לטענת המְשבריים, נורמות משפטיות – אבני הבניין של שלטון החוק – עוברות שינויים עמוקים או מאבדות את תוקפן בנסיבות יוצאות דופן.¹⁴⁵ לשם המחשת גדר המחלוקת, על-פי שני אבות הסוג פגיעה מסוימת – ולו קשה ונרחבת – בחופש התנועה עשויה להיות מוצדקת כאשר נשקפת סכנה חמורה ומיידית לעצם קיום המדינה. אלא שעל-פי מודלים של משפט הפגיעה בחופש התנועה מוצדקת בדין, מכוחו ועל-פי אמות המידה והמבחנים הקבועים בו, ואילו על-פי מודלים של אי-חוקיות אמות המידה המשפטיות והמבחנים הקבועים בדין אינם חלים כלל במצבי חירום או שאינם חלים בהכרח או שאינם חלים במלואם באופן שמשמר את ההסדרה המשפטית של הפעילות השלטונית במצבים אלה.

¹⁴⁴ ראו, לדוגמה, טשנט, לעיל ה"ש 76, בעמ' 281.

¹⁴⁵ ראו: גרוס "מחוץ לדין", לעיל ה"ש 46; גרוס וני-אוליין, לעיל ה"ש 58; גרוס "כאוס וכללים", לעיל ה"ש 30; פרגיון ופסקווינו, לעיל ה"ש 43; פוזנר וורמיל, לעיל ה"ש 21.

מחלוקת זו בין האסכולות עוברת כחוט השני בכתיבה המחקרית והמשפטית. מודלים של משפט, הבנויים על הסדרה משפטית של הפעילות השלטונית בכל זמן ומצב, רואים בשינויי העיתים והמצבים, גם אם חדים ומהירים המה, התפתחויות צפויות בחייה של אומה, אשר מוסדרות על-ידי המסגרת החוקתית הקיימת. המסגרת החוקתית הקיימת מאפשרת, כמובן, שינויים בנורמות המשפטיות על ידי המוסדות המוסמכים לכך מכוח החוקה ועל-פיה. כך, למשל, הרשות המחוקקת מוסמכת למלא את תפקידה ולחוקק חוקים המתאימים למצב מסוים שעשוי להיחשב למצב חירום.

לעומתם, מודלים של אי-חוקיות סבורים כי במצבי חירום משתנה דבר מה בסיסי ועמוק במערכת הנורמטיבית, ושלטון החוק אינו חל עוד כלל או שאינו חל בהכרח ובאופן מלא במצבי חירום. פירוש הדבר הוא שלפי מודלים של אי-חוקיות, התנאים ההכרחיים לקיומו של שלטון החוק מושלכים לצד הדרך במצבי חירום. זאת, משום שהשינוי הנורמטיבי שמקודם על-ידי המְשֻׁבְּרים בוחר בתועלת קצרת טווח על פני חוקיות, ומשמעותו היא זניחת שלטון החוק לטובת שלטון השליטים והמחזיקים בכוח. הכוח זוכה בבכורה תוך דחיקת המשפט, בכך שהמערכת הנורמטיבית נסוגה ומתירה לבעלי שררה לפעול כטוב בעיניהם.¹⁴⁶ גישה זו מתעלמת מטבען של נורמות משפטיות כביטוי למערכת משפטית המבוססת על עקרונות וערכים. שיטת משפט אכן כוללת, כפי שסבורים המְשֻׁבְּרים, כללים אמצעותיים (instrumental) במהותם. כללים מסוג זה הם מנגנוני קישור של נורמות כלליות למצבים מסוימים, ולכן בהחלט ייתכן שיתעוררו צורך והצדקה לשינויים או להיעדר תחולתם במצבי חירום.¹⁴⁷ אך כללים אמצעותיים נובעים מכללים שאינם אמצעותיים; הם תלויים בכללים שאינם אמצעותיים ונועדו לשרתם.¹⁴⁸ לפיכך, כללים אמצעותיים עשויים להיות, מעצם טיבם, תפורים למידותיה של מערכת נסיבתית מסוימת.

על מקדמי אי-החוקיות מוטל להסביר מדוע, לדעתם, הפרת נורמות משפטיות – כללים אמצעותיים אך גם כללים לא אמצעותיים – מוצדקת במצבי חירום. באופן מפתיע למדי, דומה כי המְשֻׁבְּרים אינם רואים זאת כחוליה חשובה בשרשרת הטיעון שלהם. תחת זאת, עולה מבין השיטין עמדה שאינה מבוססת די-צרכה כי מצבים מסוימים תחת אב-סוג מסוים – מצב חירום, אינם כפופים לשלטון החוק תוך הקלת ראש באפשרות שהמשפט מקיף קשת רחבה מאוד של נסיבות שונות.¹⁴⁹

בפרט נדרשים תומכי אי-החוקיות להתמודד עם מספר קשיים בגישתם. ראשית, בהמשך ישיר למסעפים התורת-משפטיים,¹⁵⁰ עליהם לעמוד מאחורי תיאוריה משפטית המונחת ביסוד הניתוחים המוצעים על-ידיהם. נראה, כי התיאוריה שלהם אינה בת-יישוב עם מוסר פוליטי שאינו אמצעותי. לכל הפחות, קשה מאוד לספק הסבר סביר במונחים שאינם אמצעותיים לשאלה מדוע מושגים כגון חירות, אוטונומיה, חיי אדם או שלמות גופו צריכים להיזנח או לזוז הצידה במצבי חירום.¹⁵¹

שנית, על התיאוריה שיבחרו המְשֻׁבְּרים להיות כזאת שאכן תומכת במודלים של אי-חוקיות. דומה, כי הקושי הבלתי-עביר כמעט להצדיק מודל של אי-חוקיות, שמשמעו כי שינוי נסיבות מסוים משנה מן היסוד את המערכת הנורמטיבית, במושגים בלתי אמצעותיים הוא סיבה ממשית לנטיית המְשֻׁבְּרים לתמוך את טיעוניהם ביתד התועלת. לפי טיעון טיפוסי מנקודת מבט של אי-חוקיות, הרווחים שצומחים משינוי נורמטיבי שמשמעותו ממשל חסר-רסן (או חלל משפטי) במצבי חירום, גבוהים יותר מהתועלת הצומחת מכך

¹⁴⁶ ראו נרדין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 99. רעו עוד: פטוביק, לעיל ה"ש 64, בעמ' 63.

¹⁴⁷ ראו נרדין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 101.

¹⁴⁸ שם. להבחנה דומה במהותה בין שלטון החוק לקובץ כללים ראו: Owen Fiss, 'Law is Everywhere' (2007) 117 Yale Law Journal 257, 259.

¹⁴⁹ ראו פרגיון ופסקווינו, לעיל ה"ש 43, בעמ' 219-228.

¹⁵⁰ לעיל, פרק ג.

¹⁵¹ ראו נרדין, לעיל ה"ש 29; דיזנהאוס "חוקת המשפט", לעיל ה"ש 117.

בעתות שגרה.¹⁵² עם זאת, תועלת לבדה אין מפיגה את הקשיים. תועלת אינה מילת קסם, שבהישמעה נעלם כל קושי תיאורטי. אפילו בתוך המסגרת התיאורטית של תועלתנות, טענות לאי-חוקיות נדרשות להתמודד עם מספר סוגיות.

כך, למשל, הגישה התועלתנית הוציאה מקרבה כמה מההצדקות הנפוצות לחירות, אשר נטועות במעמקי המשפט המקובל.¹⁵³ בפרט, זכויות היסוד של היחיד, כגון חופש הביטוי, מוסברים לא אחת בעזרת הנמקה תועלתנית. מְשברים תומכי מודלים של אי-חוקיות נדרשים לספק הסברים משכנעים מדוע הצדקות תועלתניות אלה לחירות ולהגנות משפטיות עליה אינן באות בכלל השיקולים הרלבנטיים במצבי חירום. במילים אחרות, מודלים של אי-חוקיות דרושים הסבר מה יש בו בשינוי נסיבות מסוים כדי להצדיק זניחה של המערכת הנורמטיבית הקיימת והראויה לשיטתם של מודלים אלה עצמם. בכלל זה, על תומכי השיבור הנורמטיבי ואי-החוקיות בחירום להסביר אם הצדקות אלה לא יבואו בקהל השיקולים הנשקלים במצבי חירום בכלל או שמא יפקדו רק מתת-קבוצה שלסיטואציות חריגות בתוך הקבוצה של מצבי חירום. כדי לפתח טיעון מוצק ובהיר, מוטל על המְשברים להבהיר אם הם תומכים בנטישת ההצדקות התועלתניות לחירות במצבי חירום או בטיעון מתוחכם יותר. נטל השכנוע הרובץ עליהם בשאלה מדוע הצדקות תועלתניות לחירות אינן חלות במצבי חירום אינו מן הקלים, והיעדר הגדרה כללית, איתנה ומספקת מהו מצב חירום מכבידה אותו עוד יותר.

תמרון אפשרי שעשויים לנקוט מְשברים כדי להגן על מודלים של אי-חוקיות הוא גיבוש טיעון המבוסס על כך שהמשפט אינו אלא גבב כללים המנותקים לחלוטין מן המוסר.¹⁵⁴ מטענה כזאת ניתן להתחיל מהלך של גזירת שינוי נורמטיבי מהשינוי הנסיבתי. זאת, משום שאם אמנם מקבלים את טענת הכללים המנותקים, הרי שכללים הקבועים לנסיבות מסוימות, לאמור: למצבים נורמליים או שגרתיים, אינם מכסים נסיבות אחרות – נסיבות חריגות המקימות מצב חירום. להשלמת מהלך הטיעון ניתן לגרוס, כי אם כללים משפטיים נעדרי תחולה במצבי חירום ולא קיימים עקרונות משפטיים, הרי שממלאי תפקיד ציבורי רשאים לפעול כשהם משוחררים מנורמות משפטיות ואף עשויים ליצור נורמות חדשות בעצמם עבור עצמם.

אך אפילו תמרון מחשבתי מעין זה אינו פותר את הקושי בטיעון, כי אם דוחק אותו צעד אחד לאחור. על-פי תמרון זה, נוקטיו אמנם לא יצטרכו להצדיק את עמדתם בדבר שינוי נורמטיבי יסודי מנקודת מבט משפטית, קרי פנים-משפטית, אך יהיה עליהם לספק הצדקות מוסריות לעמדתם, כלומר: להגן עליה במושגי פילוסופיה של מוסר פוליטי.¹⁵⁵ גם לאחר התמרון, המְשברים תומכי אי-החוקיות יצטרכו להסביר מדוע, במושגים של מוסר פוליטי, ההצדקות לשלטון החוק, לחירות ולזכויות יסוד, אינן תקפות במצבי חירום. במילים אחרות, תמרון זה אינו פותר את המְשברים מהסבר מדוע מוצדקת הכפפת המוסר לשיקולים של תועלת מעשית ומיידיית עבור המחזיקים בכוח שלטוני או בעיניהם. עדיין יהיה עליהם להסביר מדוע שינוי נסיבתי גורר או ראוי שיגרור שינוי נורמטיבי יסודי.

שלטון החוק ואידיאלים בסיסיים ומקובלים, דוגמת חירות, נדרסים כאשר בעלי כוח שלטוני מקבלים היתר או הצדקה לפעול מחוץ לדין ובניגוד לנורמות משפטיות, כפי שמציע, למשל, מודל האמצעים שמחוץ לדין, אשר פיתח גרוס. חירויות היסוד של האזרח נותרות חסרות הגנה אם הסדר הנורמטיבי משתנה באופן

¹⁵² ראו פוזנר וורמיוול, לעיל ה"ש 21, בעמ' 644.

¹⁵³ ראו, לדוגמה: JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (Elizabeth Rapaport ed., Hackett Publishing 1978, first published in 1859).

¹⁵⁴ על כך ועל הקשיים שבטיעון כזה ראו לעיל, בפרק ג.

¹⁵⁵ גיבוש הצדקה מוסרית כזאת עשוי לתרום ללכידותה ולעקיבותה של המשנה העומדת בבסיס שיבור ואי-חוקיות בחירום. עשוי להיות בה הסבר לטיעון אפשרי של המשברים בדבר הצדקה מוסרית לאי-ציות של השלטון לחוק. ראו לעיל בפרק ג(2).

שמשעה, הלכה למעשה, את תחולתן של נורמות משפטיות. התנסגות שיפוטית מופלגת היא מופע בולט של השעיית נורמות משפטיות, אשר סובב סביב הציר המוסדי של בתי המשפט והאכיפה השיפוטית של נורמות משפטיות.

יתר על כן, הרעיון של התנסגות שיפוטית מופלגת, אשר תומך בטיעוני אי-החוקיות, עלול לסמן לא רק את תבוסתו הגמורה של שלטון החוק, אלא גם את תבוסת המוסר הפוליטי. גם בקרב פוזיטיביסטים משפטיים, אשר מאמצים את העמדה כי החוק אינו אלא גבב כללים החף ממוסר, רווחת הטענה כי בתי המשפט משמשים כשער כניסה של המוסר אל המשפט. לפי גישה זו, בתי המשפט מסתמכים או צריכים להסתמך על עקרונות מוסריים ליצירת כללים משפטיים חדשים במקרים שבהם, לשיטתם, החוק אינו מספק תשובות.¹⁵⁶

על כן, דווקא לפי גישה זו, נראה, כי במצבי חירום תפקידם של בתי המשפט באסדרה נורמטיבית של הפעילות השלטונית חשוב ונכבד יותר מאשר בעתות שלום. אם אכן המשפט אינו אלא גבב כללים מנותק ממוסר, כטענת הפוזיטיביסטית אשר עשויה לעלות לשם הצדקת שיבור ואי-חוקיות בחירום, וכללים רבים חסרי תוקף או נעדרי תחולה במצבי חירום, ובתי המשפט אכן מזרימים מוסר פוליטי אל המשפט באמצעות פסיקה, הרי שבמצבי חירום בתי המשפט חשובים במיוחד עבור המאמינים בסוג כלשהו של הסדרה ערכית או מוסרית של התנהגות אנושית – בייחוד פעילות שלטונית – בין אם הסדרה זו היא משפטית בטבעה או הסדרה שיפוטית שמקורה אינו משפטי אך הוא מקבל אופי רשמי ומחייב בעקבות בחינה תבונית, מקצועית ועצמאית הנערכת על-ידי בית המשפט.

בשונה ממודלים של אי-חוקיות, מודלים של משפט דבקים בשלטון החוק. מודלים אלה אינם מקבלים את הטענה שמצב חירום מביא בהכרח ובאופן אוטומטי, מעצם טיבו, שינוי נורמטיבי יסודי או מצדיק, מעצם טיבו, שינוי כזה. יש להבין מודלים של משפט כמודלים כוליים של שלמות נורמטיבית, המכילה שינויים נסיבתיים. החלטות מנהליות בחירום עשויות להיות שונות מאוד בתוכן ממקבילותיהן בשגרה. גם תוצאותיה של התדיינות משפטית בעת משבר צפויה להיות שונה עד מאוד בתיקים רבים ממקבילותיה שבזמנים שלווים. אך המקור לשוני זה הוא השינוי הנסיבתי; שוני זה אינו נובע משינוי נורמטיבי יסודי, והוא חלק מרצף נורמטיבי.

נורמות משפטיות ספציפיות בהחלט עשויות להשתנות בשגרה או בחירום, ואפשר שבמצבי חירום השינויים יהיו רבים או מהירים מבשגרה. לאמיתו של דבר, מצופה מרשויות השלטון להגיב לשינויי נסיבות תוך זמן סביר, ובהתקיים תנאים מסוימים אף חלה עליהן חובה לעשות.¹⁵⁷ לפיכך, יש מקום לסברה כי לפי מודלים של משפט, על רשויות השלטון, לרבות המחוקק הראשי ומחוקק המשנה, לפעול במרץ וביעילות כדי לתת מענה ראוי למשברים המתחוללים במדינה.

אך לפי מודלים של המשפט, השינוי בנורמות מתבצע על-פי החוקה, כלומר: בצורה ובאופן שמכתיב משפט המדינה. לדוגמה, הרשות המחוקקת רשאית לחוקק, לתקן או לבטל חוקים, והגורמים המוסמכים בהחלט רשאים לתקן חקיקת-משנה או לקבוע חקיקת-משנה חדשה. ברם, שינוי נורמטיבי יסודי אינו טבוע במצב

¹⁵⁶ ראו הארט, לעיל ה"ש 5.

¹⁵⁷ כך, למשל, הכיר בית המשפט העליון בחשיבותה של חקיקה ראשית מיוחדת במצבים העשויים להיחשב למצבי חירום ובשימוש בחקיקה זמנית ובתיקוני חקיקה לצורך כך. ראו בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – הבית שלי נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 4.04.2021). כמו כן, ככלל, רשות מינהלית מוסמכת לשנות ולתקן את החלטותיה. ראו ס' 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; בג"ץ 7505/98 קורינאלדי נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד נג(1) 153 (1999). בין היתר, "אחד התנאים שיש בהם כדי להצדיק ביטול החלטה או שינויה הוא שינוי הנסיבות". ראו בג"ץ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 397, בפס' 11 לפסק דינו של השופט זמיר (1996). שינוי נסיבות מהותי אף עשוי להטיל על הרשות חובה לשנות את החלטותיה. ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב, 1383-1384 (מהדורה שניה, 2011); בג"ץ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (1987); בג"ץ 986/05 פלד נ' עיריית תל אביב-יפו, פס' 14 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 13.04.2005).

חירום ואינה נגזר ממצב חירום. נורמות משפטיות מוחלטות ומתפרשות בהתאם לתיאוריה החוקתית המקובלת ובמסגרת שלטון החוק – בימי מלחמה כבימי שלום.¹⁵⁸ גישה זו מבוססת וראויה, משום ששלטון החוק בדמוקרטיה המיוסדות על אדנים ליברליים מסוגל להסדיר ברמה הנורמטיבית את הפעילות השלטונית כולה, לרבות תגובה ממשלתית למצב חירום לאומי.

לפיכך, על-פי מודלים של משפט, כל החלטה מנהלית, ובכלל זה אמצעים לשעת חירום, נדרשת להיות חוקית, לאמור: בעלת הצדקה משפטית ההופכת אותה למותרת על-פי דין. החלטות של רשויות המנהל מאופיינות בדבקות מתמשכת בשלטון החוק, והן מעניקות הגנה מתמדת לחירות, שאינה מושג בינרי של הכל-או-כלום, גם בעיצומם של משברים חמורים.¹⁵⁹ הואיל והמשפט מקנה חשיבות משתנה לערכים מסוימים בהתאם לתורת העומק החוקתית ומעניק הגנה מיוחדת לעקרונות יסוד, אין הבדל בסיסי בין חירום לשגרה. הנסיבות לבטח משתנות, ועמן משתנה גם האיזון הנכון בין שיקולים רלבנטיים, אך הסדר החוקתי נותר על כנו.

ו. תפקידו של המשפט הציבורי

המשפט הציבורי הוא האיבר במערכת הנורמטיבית, אשר אחראי באופן מובהק לעיקר הסדרה המשפטית של הפעילות השלטונית ומעשי הממשל.¹⁶⁰ המשפט הציבורי מסדיר את מתן הכוחות לממלאי תפקיד ציבורי ולרשויות המנהל ואת השימוש שנעשה בכוחות אלה.¹⁶¹ כוח שמועבר על-פי דין ומוסדר על-ידיו מוגדר כסמכות.¹⁶² המשפט הציבורי נועד להכווין את הפעלת הסמכויות השלטוניות ולמנוע שימוש לא ראוי בסמכויות אלה, בייחוד ניצול לרעה שלהן.¹⁶³ לפיכך, ככלל, ניתן לקבוע ברמת הכללה גבוהה כי שימור עיקרו הנורמטיביים של המשפט הציבורי במצבים שונים, לרבות מצבי משבר, הוא סממן מובהק של מודלים של משפט. לעומת זאת, זניחת עיקרו הנורמטיביים של המשפט הציבורי בעתות חירום הוא תו היכר למודלים של אי-חוקיות.

כמה מהטענות המועלות על-ידי משברים מערבות שאלות שבדין עם מדיניות.¹⁶⁴ נראה, כי משברים אלה מניחים שתפקיד המשפט בעתות חירום הוא לשפר את המדיניות שאומצה על-ידי הממשלה או לחזקה. כך מתבקש להבין קיומה של נטייה בקרב משברים לתקוף את יכולתן של נורמות משפטיות ושל אכיפה קפדנית לשפר את קביעת המדיניות על-ידי הממשלה. לדוגמה, פוזנר וורמיול ממשיגים טענות לבחינה שיפוטית של החלטות שלטוניות כדי למנוע פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות היחיד כהתערבות בהחלטות מדיניות, שהיא, בסך הכל, מזיקה.¹⁶⁵

¹⁵⁸ ראו פרשת **ליוורסידג'**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 244. ראו גם צוויטר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 251.
¹⁵⁹ לתמיכה בטיעון העקרוני ראו: David Dyzenhaus, *The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be Normalized*, in THE SECURITY OF FREEDOM: ESSAYS ON CANADA'S ANTI-TERRORISM BILL (Ronald J Daniels, T.R.S. Allan, eds., 2001); Patrick Macklem and Kent Roach eds., 2001. ראו עוד: Christina Whitman, *Constitutional Torts*, 79 MICH. L. REV 5 (1981); *Principle, Practice, and Precedent: Vindicating Justice, According to Law*, 77 CAMBRIDGE L. J. 269 (2018).

¹⁶⁰ **ריבונות המשפט**, לעיל ה"ש 5; אלן, **צדק חוקתי**, לעיל ה"ש 86.
¹⁶¹ להסדרה עקיפה של הפעילות השלטונית באמצעות דיני הנזיקין, הנשענת במידה רבה על המשפט הציבורי ראו, לדוגמה: דפנה ברק ארז **משפט מינהלי: משפט מינהלי כלכלי** כרך ג, פרק 28 (2013); דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד **משפט וממשל** ט 103 (2006); Christina Whitman, *Constitutional Torts*, 79 MICH. L. REV 5 (1981).

¹⁶² ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 53-57 (מהדורה שנייה, 2010).
¹⁶³ נראה, כי המושג "סמכות", שהשתרש במשפט הציבורי הישראלי, מבטא תפישה של כוח (power) לגיטימי מבחינה נורמטיבית, לאמור: סמכות בישראל היא כוח שלטוני שמופעל על-פי דין.

¹⁶⁴ על כך ראו, באופן כללי: LORD WOOLF, JEFFREY JOWELL, CATHERINE DONNELLY AND IVAN HARE, DE SMITH'S JUDICIAL REVIEW (8th edn., 2018); PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW (8th edn., 2016); T.R.S. ALLAN, LAW, LIBERTY, AND JUSTICE: THE LEGAL FOUNDATIONS OF BRITISH CONSTITUTIONALISM (1993).
¹⁶⁵ ראו נרדין, לעיל ה"ש 29.

Eric A. Posner & Adrian Vermule, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, e.g. 12-15 & 49-53 (2007); 642-634, 626 בעמ' 21, לעיל ה"ש 21.

דומה, כי תקיפה זו מתיימרת לערער מודלים של משפט, אשר תומכים בתחולת משפט המדינה בעיצומו של מצב חירום אף-על-פי שאינם מועילים לשיפור מדיניות הממשלה.¹⁶⁶ אלא שבכך אין כדי לערער על ההצדקה למודלים של משפט או על הגיונם הפנימי. קשה להבין כיצד העובדה, שאין המשפט מחויב לשיפור המדיניות שנוקטת הממשלה או שאין בתי המשפט מתאימים לכך, פוגעת במודלים של משפט או בתיאוריה המשפטית שבבסיסם.

בתי המשפט הם הפרשנים המוסמכים של הדין. מכיוון שהמשפט תוחם את גזרת החלטות המדיניות המותרות, ובתי המשפט מופקדים על מלאכת פרשנות החוק והבהרתו, קביעת מדיניות מוגבלת, באופן טבעי ובלתי-נמנע, על-ידי החלטות שיפוטיות.¹⁶⁷ אף-על-פי כן, מדיניות נקבעת לצורך קידום מטרות קולקטיביות של קהילה פוליטית מסוימת.¹⁶⁸ קביעת מדיניות היא פונקציה טיפוסית ומובהקת של הרשויות הפוליטיות – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – ותפקיד זה מופקד בידיהן על-פי החוקה. הפונקציה שממלאים קובעי המדיניות ובסיס הלגיטימציה שלהם שונים באופן יסודי מבסיס הלגיטימציה של הרשות השופטת ומהפונקציות שהיא ממלאת.¹⁶⁹

על כן, מודלים של משפט מתגברים ללא קושי על טענות מסוג זה באשר לשיפור מדיניות הממשלה או חיזוקה, כשהם מוסיפים להישען על תיאוריה לכידה ועקיבה של שלטון החוק. לאמיתו של דבר, ביקורת עקרה מסוג זה מסייעת לחשוף דווקא את חולשתם התיאורטית של מודלים של אי-חוקיות. יש בכך כדי להדגיש את היעדרו של הסבר בדבר תפקידו של שלטון החוק, בייחוד בחירום, או, לכל הפחות, את חולשתן וחלקיותן של סברות המְשברים בעניין זה. זאת משום, שטיעון בדבר שוני ביחסים שבין משפט למדיניות בחירום, בהשוואה ליחסיהם בשגרה, נדרש להתבסס על השוני בפונקציות שמלא המשפט הציבורי בחירום בהשוואה לשגרה.

מודלים נוספים של אי-חוקיות סובלים מפגמים דומים בכל הנוגע לתפקיד המשפט, ובפרט לתפקיד המשפט הציבורי, במצבי חירום. כך, למשל, מודל האמצעים שמחוץ לדין, הגרסה של גרוס לאי-חוקיות בחירום, אינו מספק הסבר ברור לשאלה מה תפקידו של המשפט הציבורי בחירום. בכל הנוגע למצבי חירום אין הוא מקבל את הרעיון הבסיסי של שלטון החוק כפי שהוא מתגלם במשפט הציבורי: הסדרה משפטית מלאה ומחייבת של הפעילות השלטונית באמצעות קביעת המותר והאסור על-פי דין.¹⁷⁰ אלא שגרסתו של גרוס לאי-חוקיות בחירום דוחה את אופיו המחייב של משפט הציבורי בהצדקה פעולות "מחוץ לדין" ובניגוד לו.

היעדרו של הסבר ממשי לתפקיד המשפט במודל האמצעים שמחוץ לדין נובע, ככל הנראה, מהערפול או מהדו-ערכיות של מודל זה. מודל האמצעים שמחוץ לדין סובל מחוסר יציבות עיונית, משום שהוא משלב שתי עמדות תיאורטיות שאינן יכולות לדור בכפיפה אחת: חוקיות וריאליזם חיצוני למשפט.¹⁷¹ כך, בעת

¹⁶⁶ לטענה נוגדת בדבר תרומת המשפט והביקורת השיפוטית לגיבוש מדיניות ולשיפור ההתמודדות עם משברים ראו, לדוגמה: Lindsay F. Wiley & Stephen I. Vladeck, *Coronavirus, Civil Liberties and the Courts: The Case Against Jan Petrov, The COVID-19 Emergency in the Age of Executive Aggrandizement: What Role for Legislative and Judicial Checks?*, 8 THEORY & PRACTICE OF LEGISLATION 71 (2020).

¹⁶⁷ ראו, לדוגמה: *Anisimic Ltd v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.) (appeal taken from Eng.).

¹⁶⁸ ראו דוורקין, *לקחת זכויות ברצינות*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 82-83.

¹⁶⁹ ראו אלן, *ריבונות המשפט*, לעיל ה"ש 5, למשל: בעמ' 108; T.R.S. Allan, *Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity*, 8 OXFORD J. L. STUD. 266, 270-271 (1988).

¹⁷⁰ ראו והשוו: אלן *ריבונות המשפט*, לעיל ה"ש 5, בעיקר בפרקים 3, 5 ו-8.

¹⁷¹ מודל זה תואר על-ידי דיזנהאוס, בתמצית, כך:

Gross, despite his attempt to go further than Locke, in fact repeats the normative instability at the heart of Locke's theory of prerogative – a shuttle between external realism and legality. That same normative instability affects Gross's reliance on Dicey, with the result that Gross is not able fully to appreciate Dicey's claim that 'martial law is in England utterly unknown to the constitution'

ובעונה אחת, נבנה מודל האמצעים שמחוץ לדין על שלטון החוק, ולכן על פני הדברים הוא תומך את יתרו בפילוסופיה של משפט ציבורי שעליה לנבוע מניתוח תורת-משפטי סדור, אך גם על גישה שלמעשה ממתייחסת בביטול לדיונים מנקודת מבט פנימית בתורת המשפט ובפילוסופיה של המשפט.

לו היה מודל האמצעים שמחוץ לדין משתייך לאב-הסוג של משפט, היה בוודאי תפקיד המשפט הולם תיאוריה כללית של משפט ציבורי, אשר מתמקדת בהסדרה של פעילות שלטונית, לרבות שליטה בחלוקת הסמכויות ובהפעלתן. אלא שגרוס וני-אוליין עומדים על כך שהמודל שלהם אינו מודל של משפט, אלא מודל של יציאה מהדין. מודל האמצעים שמחוץ לדין שם לו למטרה להצדיק ולהסביר מעשים בלתי חוקיים על-ידי נושאי משרה ציבורית במצבי חירום.¹⁷² מודל זה מבקש לשחרר את הממשלה מהצדקה משפטית למעשה. בשיטות משפט דמוקרטיות, אין השימוש בכוח שלטוני מוצדק, אלא במושגים של משפט ובמסגרת שלטון החוק, בעוד שמודל האמצעים שמחוץ לדין מושתת, לכל היותר – אם יוצג באור הטוב ביותר, על אחריותיות פוליטית.¹⁷³ על-פי מודל זה, החלטותיהן של הרשויות במצבי חירום מאופיינות באינות המשפט, כלומר: בנסיגה מתפישה מוסדית בסיסית של רשות מנהלית אלי אנשים פרטיים האוחזים בכוח ובפוטנציאל גבוה של שרירות.¹⁷⁴

למעשה, מודל האמצעים שמחוץ לדין נגוע ממש באותה בעיה של השחתה שהוא מתיימר לפתור. מקדמי המודל מתריעים שממשלות מתרגלות לסמכויות חירום המוקנות להן על-ידי משטר חירום, אשר אמור להיות זמני בלבד. אך אין זה צפוי שממשלות יוותרו על חופש הפעולה והיעדר הרסן שמקנה להן משטר החירום.¹⁷⁵ מודל האמצעים שמחוץ לדין מחולל את אותה סכנה ממש של מדרון חלקלק, ואפשר שהסכנה במודל האמצעים שמחוץ לדין חמורה אף יותר. לאחר שממשלה או רשות מנהלית מסוימת מתנסה בחופש נורמטיבי מוחלט, מדוע שתחזור ברצון למגבלות הנובעות משלטון החוק? בהיעדר הסדרה משפטית של הפעילות השלטונית, אשר מספקת הגנה מפני תגובה מופרזת ובלתי-מוצדקת של הממשלה למשבר, הניצול לרעה של כוח מקבל ממדים מפלצתיים.¹⁷⁶

כך, למשל, בשגרה הסמכה בחוק וקביעת אמות המידה הבסיסיות לשימוש בכוח, לרבות הסדרה חקיקתית מפורשת ומפורטת של כוח שהפעלתו עלולה לפגוע בעקרונות יסוד.¹⁷⁷ שחרור האוחזים בכוח שלטוני מדרישה זו באופן שמתיר להם לעשות כראות עיניהם ללא דיון בפרלמנט המתגבש בהליך הולם לכדי הסמכה מתאימה בחוק וללא וידוא שיפוטי שכך אמנם נעשה, עשויה להרגיל את הרשויות הרלבנטיות לפעול ללא הרשאה מתאימה מבית המחוקקים. בדומה לכך, הקפדה פורמלית על הסמכה בחקיקה ללא כל בחינה של שיקול הדעת המינהלי עלולה להרגיל את הרשויות הרלבנטיות לפעול בשרירות, להביא בחשבון שיקולים זרים, לנהוג בחוסר סבירות, להפלות וכדומה.¹⁷⁸

ברי, כי נורמות אלה של המשפט הציבורי ניזונות מתפישות העומק של שיטת המשפט בדבר חלוקת הסמכויות הראויה בין המוסדות המרכזיים במערכת השלטונית. לדוגמה, דרישת הסמכות, אשר מפורשת

¹⁷² ראו גרוס וני-אוליין, לעיל הי"ש 58. ראו עוד: גרוס "מחוץ לדין", לעיל הי"ש 46; גרוס "כאוס וכללים", לעיל הי"ש 30.

¹⁷³ ראו, לדוגמה, גרוס וני-אוליין, לעיל הי"ש 58, בעמ' 112 ו-140.

¹⁷⁴ ראו דיזנהאוס "הכפייתיות", לעיל הי"ש 61, בעמ' 43-45.

¹⁷⁵ ראו גרוס וני-אוליין, לעיל הי"ש 58, פרקים 1 ו-4.

¹⁷⁶ ראו Johan Steyn, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, 53 INT'L. & COMP. L. Q. 1, 2 (2004).

¹⁷⁷ ראו להלן, הערות 194-197 והטקסט הסמוך אליהן.

¹⁷⁸ להצעה לעמוד על דרישת הסמכות ולוותר על דיני שיקול הדעת בחירום ראו סנסטין, לעיל הי"ש 129. לרכיבים עיקריים של דיני שיקול הדעת בישראל ראו להלן, הערות 203-207.

ומיושמת על-ידי הרשות השופטת, שומרת על חלוקת הסמכויות החוקתית בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, אשר פועלת מכוח הרשאתה של הרשות המחוקקת ובהתאם לתנאי ההרשאה.¹⁷⁹

אם כן, תיאוריות של שלטון החוק, אשר מושתתות על כפיפות ועל ציות של הרשויות לנורמות משפטיות, אינן תומכות במודל האמצעים שמחוץ לדין, וחיידת התפקיד שמייחס מודל זה למשפט הציבורי במצבי חירום, נותרת ללא פתרון. בשונה מההסדרה המשפטית של הפעילות השלטונית אשר קיימת בכל עת ומצב, לפי מודלים של משפט, ומתקיימת בכל עת שאינה מצב חירום גם לפי מודלים של שיבור ואי-חוקיות, התמונה המצטיירת מכתבתם של כותבים בולטים מאסכולת אי-החוקיות היא תפישה של המשפט הציבורי בעתות חירום כשיקולי כדאיות בחישוביהם האישיים והפוליטיים של המחזיקים בכוח בהתלבטותם האם לפעול לפי דין או שמא בניגוד לו.

כך הופך המשפט הציבורי בגרסת גרוס ממערכת נורמטיבית המסדירה באופן מחייב כל מעשה שלטונית במדינה לנתון נוסף בחישובים אישיים או פוליטיים של בעל שררה. לפי גרוס, המשפט חומק ממצבים לא נוחים שעלולים לגרוע מטהרו או להוליד נורמות שתוכן אינו מועדף על המחבר.¹⁸⁰ אכן, ציות לחוק, על-פי גרסתו של גרוס לאי-חוקיות בחירום, מצטייר כמשהו, שבדרך כלל, מומלץ או כדאי לאוחזים בכוח במדינה דמוקרטית לעשותו, וביכולתו להוסיף הדר לפוליטיקאים ולממלאי תפקידים ציבוריים. אולם הופעה מכובדת זו נתונה לפוליטיקאים ולבעלי כוח שיבחרו כטוב בעיניהם, לכל הפחות, בחירום.

אם אלה הם אמנם פני הדברים, הרי שלתפישת המשפט הציבורי כשיקולי כדאיות בשירות אינטרס אישי או פוליטי דרושה תיאוריה. כך, למשל, תידרש תיאוריה כזאת להסביר מה גורם לשינוי הצורה או המהות של החוק בחירום, איזה ערך יש לחוק במצבי חירום, ומהן הפונקציות המובחנות של החוק בהשוואה למערכות אחרות ולשיקולים מסוגים שונים. בוודאי נדרשת תיאוריה למיטוט ההבחנה בין אדם מסוים לרשות מינהלית ולהשתתת המודל על חישובים של אדם התפס כוח בשונה מרשות מינהלית ותפקידיה במארג המוסדי והנורמטיבי של המדינה.¹⁸¹ יסודות תורתיים כאלה לתפיסת המשפט כנימוסיות מתגוננת ומגוננת טרם הונחו, וללא תשתית תיאורטית, תפישות ומודלים מעין אלה אינם עומדים במבחן הביקורת.

לעומת זאת, בבסיס המשפט הציבורי בדמוקרטיה מודרנית מבית המשפט המקובל עומדת תיאוריה מגובשת של שלטון החוק. כללי המשפט הציבורי במודלים של משפט הם התגלמותו של שלטון החוק בשיטת המשפט הספציפית שבה הם חלים. תוכן הכללים והדוקטרינה המשפטית מנוסחים בצורה מעט שונה בכל אחת משיטות משפט אלה. בפרק ז מתוארים בקיצור שלושת נדבכי המשפט הציבורי בישראל ומרכיבים עיקריים בכל נדבך.

ככלל, המשפט הציבורי על מרכיביו השונים, אשר ניזונים כולם מתפישת העומק של שלטון החוק אשר משוקעת במשפט המקובל ובאת לידי ביטוי גם בהוראות חוקתיות חרותות, נועד להסדיר את הפעילות השלטונית במדינה. זוהי הפונקציה שעליו למלא בכל מצב ובכל עת. יסוד מוסד במודלים של משפט הוא התאמתו של הדין לתכליתו, לאמור: המשפט הציבורי נועד להסדיר את הפעילות השלטונית ומסוגל לעשות כן. לפיכך, לפי ההיגיון שבבסיס מודלים של משפט, טיעונים מסוגו של טיעון הזיהום אינם ביקורת תקפה

¹⁷⁹ לניתוח חריג וביקורתי של עקרון החוקיות במצבי חירום על רקע משבר הקורונה ראו: Hannah Wilberg, *Interpreting Pandemic Powers: Qualifications to the Principle of Legality*, 31 PUB. L. REV. 384 (2020).

¹⁸⁰ ראו, לדוגמה, גרוס "מחוץ לדין", לעיל ה"ש 46, בעמ' 92-93.

¹⁸¹ לחשיבות ההבחנה בין רשות לאדם בהסדרת הפעילות השלטונית בהקשר בטחוני ראו, למשל: נדב דגן "סמכות במשפט הציבורי – חוקיות המנהל ורישיון לייסר" **מאזני משפט** טו 43, 94-90 (2022) (להלן – סמכות במשפט הציבורי). על חשיבותה של הרשות המינהלית כמוסד ראו והשוו גם: Scot J. Shapiro, *The Planning Theory of Law*, 600 YALE L. SCHOOL PUB. LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES 1;

על אב-סוג זה. שינויים נורמטיביים שנעשים על-ידי המוסדות המוסמכים, בהתאם לחוקה ולתפישות העומק שבבסיסה הם התפתחות טבעית של המשפט. שינויים שאינם עומדים בתנאי החוקה אינם ראויים מבלי להיזקק לחלוקה ערטילאית של מקשת המצבים בחיי האומה לחירום לעומת שאינו חירום.¹⁸²

ז. חירום ודין בישראל: מודל של משפט

כאמור, מדינת ישראל מצויה במצב חירום מוכרז מקום המדינה ועד למועד כתיבת שורות אלה.¹⁸³ תחילה הוכרז מצב החירום מכוח פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948,¹⁸⁴ והחל משנות התשעים של המאה העשרים הוצאו ההכרזות על קיומו של מצב חירום במדינה, על-פי עמדת הממשלה והכנסת, מכוח חוק-יסוד: הממשלה.¹⁸⁵ כיום מעוגנות סמכויות הממשלה והכנסת להכריז על מצב חירום במדינה בסעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה. לפי לשונו ותכליתו של הסעיף המסמיך, ספק רב אם הכנסת מוסמכת להכריז על מצב חירום גם בהיעדרו של מצב חירום כמשמעותו בדין, ונראה כי רבות מהכרזות הכנסת על קיומו של מצב חירום במדינה ניתנו שלא כדין. עד כה בית המשפט העליון נמנע מהכרעה בשאלות אלה.¹⁸⁶

מצב חירום מוכרז כה ממושך, שקיימת חפיפה מלאה בין משכו לבין דברי ימיה של המדינה, מחדד את שאלת הבחירה בין המודלים ומבליט את הקשיים באב-הסוג של אי-חוקיות. בהיעדר הגדרה מהו, לשיטת התומכים בשיבור ובאי-חוקיות בחירום, מצב חירום, יש קושי ליישם באופן סדור ולכיד את משנתם על מצב החירום המוכרז בישראל, שאורך תקופותיו המצטברות כשנות קיומה של המדינה. לא ברור, למשל, מתי חל מצב חירום בישראל לשיטת המשברים, ואי-לכך לא ברור מתי, לפי גישתם, היה השלטון משוחרר מעולו של דין או כפוף לו באופן חלקי בלבד. נראה, שיש בכך כדי להמחיש את הקשיים בשיבור נורמטיבי, אשר עומד ביסוד מודלים של אי-חוקיות מבלי שהוא מבוסס על הגדרה התומכת בשיבור, שכן ניתן לסבור שבמשך כל שנות קיומה של המדינה רשאים המחזיקים בכוח שלטוני לפעול שלא כדין בדרך כלל או במקרים מסוימים. לכל הפחות, אין לדעת באלו תקופות היו רשאים בעלי השררה לפעול שלא כדין ומה הבסיס לקביעת פרקי הזמן הרלבנטיים. מודלים של משפט אינם סובלים מקשיים אלה.

כפי שיוסבר להלן, ככלל, שיטת המשפט הישראלית מבוססת על מודל מובהק של משפט.¹⁸⁷ שלטון החוק, חלוקת סמכויות חוקתית וזכויות מוגנות ליחיד נשמרו בישראל באופן רציף.¹⁸⁸ אין פירוש הדבר, כי ההקפדה

¹⁸² אודות מגבלות על שינויים בחוקה עצמה או בחקיקה ראשית במדינות ללא חוקה כתובה ראו, למשל: Dr. Bonham's Case (1610) 8 Co. Rep. 107a, 77 Eng. Rep. 638; *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262; YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017); Aharon Barak, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 44 ISRAEL L. REV. 321 (2011); D.E. EDLIN, JUDGES AND UNJUST LAWS – COMMON LAW CONSTITUTIONALISM AND THE FOUNDATIONS OF JUDICIAL REVIEW (2008); Steyn, 'Democracy, the rule of law and the role of judges', [2006] EUROPEAN HUMAN RIGHTS L. REV. 243; J. Laws, 'Law and Democracy', [1995] PUB. L. 72;

¹⁸³ לסקירה ולניתוח של מצב החירום התמידי בישראל ראו: Suzie Navot, *Emergency as a State of Mind – The Case of Israel*, in THE RULE OF CRISIS: TERRORISM, EMERGENCY LEGISLATION AND THE RULE OF LAW 185 (Pierre Auriel, Olivier Beaud & Carl Wellman, 2018).

¹⁸⁴ ע"ר מס' 2, תוס' א' 1.

¹⁸⁵ ראו ס' 49 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214.

¹⁸⁶ ראו לעיל הערות 87-90 והטקסט שלידן.

¹⁸⁷ דפנה ברק-ארוז סבורה שבישראל אומץ מודל של התאמה, שאותו היא משווה להסדר החוקתי הרגיל. ראו דפנה-ברק ארוז 'חוקה למצבי חירום' ספר שלמה לוי 671 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013). כאמור, סיווג זה אינו המועיל ביותר לבחינת היחס שבין משפט לחירום. על כך ראו לעיל, פרק א. ברק-ארוז עומדת על שכבות ההסדרה המשפטית של הפעילות השלטונית בישראל בעתות משבר העשויות להיחשב למצב חירום: חקיקה המסדירה מצבי חירום מסוימים או שימוש בסמכויות מסוימות אשר משולבת בהסדרה חוקתית שבמרכזה ניצבת הכרזה על מצב חירום. עיון במאמרה של ברק-ארוז מעלה כי אף על פי שיש בו תמיכה מסוימת ברעיון של ייחוד נורמות משפטיות בעייתיות לעתות חירום, נראה כי גישתה הולמת מודל ישראלי של משפט בהיותה משמרת הסדרה משפטית ממשית של הפעילות השלטונית במדינה: במישור הסמכות, במישור ההליך ובמישור שיקול הדעת.

¹⁸⁸ השוו: יופי תירוש 'תקופה מתקתקת': תפיסות שיפוטיות של הזמן הלאומי והשפעתן על זכויות האדם בישראל' משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 291 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017).

על שלטון החוק הייתה אחידה ומספקת בכל מקרה ובכל נקודת זמן. כבכל שיטת משפט, בשגרה ובחירום, ישנם דברי חקיקה, מעשי מנהל ופסקי דין אשר מעוררים קשיים וראויים לביקורת.¹⁸⁹ לא זו בלבד, אלא שהתארכות מצב החירום המוכרז והשימוש בסמכויות חירום לאורך השנים אינם נקיים מקשיים ואינם נטולי תקלות. כך, למשל, הותקנו תקנות לשעת חירום אף על פי שמצב חירום אמיתי לא חייב זאת, וראוי היה שנושאי תקנות-שעת-החירום הללו יוסדרו באופן בלעדי על-ידי חקיקה ראשית מאת הכנסת.¹⁹⁰

עם זאת, בקווים כלליים, מדינת ישראל הייתה דמוקרטיה המושתתת על שלטון החוק, שבה קיימת חלוקת סמכויות חוקתית וזכויות היסוד של היחיד נשמרו. באופן עקרוני, לא מוכרת במדינת ישראל פעילות שלטונית מחוץ לדין ובניגוד לו.¹⁹¹ עיקרי המשפט הציבורי הונחו ובוצרו על-ידי הכנסת, הממשלה ובית-המשפט העליון ממש מימיה הראשונים של המדינה ובמהלך השנים העוקבות. היה זה מפעל משותף של שלטון החוק בדמוקרטיה צעירה ומאוימת, שבמסגרתו נחקקו חוקים רבים וחשובים וכן ניתנו פסקי דין עקרוניים. כבר בשנותיה הראשונות של המדינה יוצבו שלושת עמודי התווך של המשפט הציבורי: סמכות כדן, הליך כדן, ושיקול דעת כדן.

במישור הסמכות, פרשת **בז'רנו** היא דוגמה מובהקת למאורעות מקום המדינה ממש שהגיעו לדיון שיפוטי תוך כדי מלחמת העצמאות של ישראל, דהיינו במצב חירום לאומי אמיתי, וסופם בפסק דין עקרוני העומד בלשון כללית על אחד מעיקרי שלטון החוק בדמוקרטיה.¹⁹² בפרשת **בז'רנו** עמד בית-המשפט העליון על עקרון החוקיות בישראל, לרבות הסמכה בחקיקה ראשית כתנאי לקניית סמכות, ובייחוד לפגיעה בזכות מזכויות היחיד. במילות הסיכום של בית-המשפט, מפי השופט חשין, נכתב:

מסקנתנו היא, איפוא, כי את האיסור שאסרו המשיבים על המבקשים אין לראותו כפעולה משטרתית רגילה, אלא כמעשה שיש בו משום קיפוח אחת מזכויות היסוד של אזרח, וכי בהיעדר סמכות מפורשת או מכללא בחוק, אין לו, לאיסור, צידוק כלשהו. אם אמנם אין דרך אחרת לתיקון המצב, אלא הדרך שבה אמרו המשיבים ללכת, על המחוקק להגיד את דברו.¹⁹³

דרישת הסמכות פותחה במשפט הישראלי לאורך השנים, והיא נחשבת לאבן הפינה של המשפט המנהלי. ככלל, דרישת הסמכות מורכבת משני רכיבים עיקריים: הרשאה בחוק לפעול בתחום עניינים מסויים וקביעת אמות המידה העקרוניות לפעולה בחקיקה ראשית.¹⁹⁴ שני הרכיבים מיתרגמים לדרישות מחמירות יחסית, כאשר מדובר בפגיעה בזכות-יסוד או בעיקרון-יסוד משטרי.¹⁹⁵ במקרים אלה, חוקיות המעשה של רשות

¹⁸⁹ תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 ספגו ביקורת נרחבת ונוקבת לאורך השנים, ובית המשפט אף עשה להתאמתן למשפט המינהלי הישראלי בדרך של פרשנות גם במקרים שעסקו בהפעלת סמכויות אלה מחוץ לגבולות מדינת ישראל. ראו, למשל: דג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון נ' עליאן** (פורסם בנבו, 09.09.2019); ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, פסי' 33 לפסק דינו של השופט גולדברג (1997); בג"ץ 4772/91 **חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד מו(2) 150, פסק דינו של השופט חשין (1992); זמיר כרך א, לעיל ה"ש 161, בעמ' 175-176 וכן 198-199; אמנון רובינשטיין "תקנות ההגנה המנדטוריות: הדין והצורך בשינוי" **הפרקליט** כח 487 (1973).

¹⁹⁰ ראו כהן "מעשי טלאים", לעיל ה"ש 91, בעמ' 647-650. עוד ראו מנחם הופנונג **ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 1948-1991** 53-62 (מהדורה שנייה, 2001). יושם אל לב כי המערכת הנורמטיבית ודפוסי הפעולה השלטוניים המתוארים במאמר זה כמודל של משפט לא נעלמו מעיניו של הופנונג: "עד כה היה השימוש בסמכויות שלטוניות מרוסן למדי. הסמכויות הרבות הניתנות לרשויות הביצוע נוצלו אמנם לא אחת לתכליות שהקשר בינן לבין בטחון הינו, בלשון המעטה, קשר רחוק; ברם, במבט כולל לאחור, ניתן לקבוע ככלל כי ניכר ריסון רב בהפעלת סמכויות-החירום כלפי אזרחי המדינה – בפרט מתחילת שנות ה-60 ואילך – וכי הפיקוח והבקרה המערכתיים הלכו ונעשו הדוקים יותר במהלך השנים." שם, בעמ' 103.

¹⁹¹ לניתוח כללי, שאף הוא מבוסס על כפיפות הפעילות השלטונית למשפט המדינה, ראו אריאל בנדור "מצבי חירום" **ספר דורית ביניש** 447 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

¹⁹² בג"ץ 49/1 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80 (1949).

¹⁹³ שם, בעמ' 84.

¹⁹⁴ ראו, לדוגמה: בג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד מז(1) 749, פסי' 18-19 לפסק דינו של השופט ברק (1993); בג"ץ 252/77 **בבג'אני נ' עיריית תל אביב-יפו**, פ"ד לב(1) 404, פסי' 10 לפסק דינו של השופט שמגר (1977); בג"ץ 36/51 **חת נ' מועצת עיריית חיפה**, פ"ד ה 1553, פסי' 5 לפסק דינו של השופט ויתקון (1951); בג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הביטחון**, פ"ד ה 399 (1951); דגן "סמכות המשפט הציבורי, לעיל ה"ש 181.

¹⁹⁵ שלטון החוק, האידיאלים של חירות ושוויון, ובייחוד הגנה על זכויות יסוד, מעצבים את דרישת ההסמכה. על כך ראו, למשל: דפנה ברק-ארז כרך א, לעיל ה"ש 55, בעמ' 97; זמיר, כרך א, לעיל ה"ש 161, בעמ' 73-82; ברוך ברכה **משפט מנהלי** כרך ראשון,

מנהלית מותנית בהסמכה מפורשת בחוק ובקביעה מפורטת יחסית של ההסדרים הראשוניים בחקיקה ראשית.¹⁹⁶ בכל הנוגע לפעילות שלטונית הכרוכה בפגיעה בזכות מן הזכויות שמעוגנות בחוק-יסוד, עוגנה דרישת ההסמכה המפורשת בשנות התשעים של המאה העשרים גם בהוראה חוקתית כתובה.¹⁹⁷ כך, במסגרת התמורות החוקתיות בישראל, אשר חלו למן אישור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992, הרחיבו את הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית והשפיעו אף על המשפט המינהלי, זכתה דרישת ההסמכה לחיזוק נוסף.¹⁹⁸

כללי ההליך המנהלי פותחו גם הם בפסיקה החל מקום המדינה ממש, ויושמו, ככלל, על-ידי הרשויות ובתי המשפט לאורך שנות החירום, אפילו בעת משבר ובהקשרים ביטחוניים. בין כללי ההליך החשובים, ראויים לציון האיסור על ניגוד עניינים,¹⁹⁹ זכות הטיעון,²⁰⁰ והחובה לבסס החלטה על תשתית עובדתית נאותה.²⁰¹ כללי ההליך מעוצבים גם הם באופן שמגן על עקרונות-יסוד של השיטה. כך, למשל, כללי התשתית העובדתית מחמירים יותר עם הרשות בכל הנוגע להחלטה הפוגעת בזכות מזכויות היחיד.²⁰²

בפסגת המשפט המנהלי, על גבי דרישות הסמכות וההליך, נבנו דיני שיקול הדעת. דיני שיקול הדעת מבטיחים כי הרשות שבידיה הופקדה הסמכות אכן מפעילה אותה כדין בכל עת. פירוש הדבר הוא שאין היא מקפידה רק על הליך ראוי, כי אם מגבשת החלטה חוקית על-פי שיקולים שהדין קָבֵעַם. בין הכללים

Margit Cohn, *Tension and Legality: Towards a Theory of*; 35-32 בעמ' 86, לעיל ה"ש 86, אלק, **צדק חוקתי**, לעיל ה"ש 86, בעמ' 35-32 (1997); 36-35 (2016) *the Executive Branch*, 29 CANADIAN J. L. & JURIS. 321 (2016).

¹⁹⁶ בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסק דין של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.03.2016); בג"ץ 6215/12 באסטאקאר נ' שר האוצר, פס' 25 לפסק דין של השופט עמית (פורסם בנבו, 16.06.2015); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 26 לפסק דין של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.07.2014); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 2740/96 שנסו נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481 (1997); בג"ץ 337/81 מיטראני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983); בג"ץ 266/68 עיריית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824 (1968); ע"פ 53/54 א"ש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785 בפס' 2 לפסק דינו של השופט זילברג (1954); בג"ץ 52/113 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696 (1952); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחוק – תגובה ליובא דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012); גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821, 829-830 (2001); "ה' קלינגהופר" שלטון החוק וחוקית משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 105 (יצחק זמר עורך, 1993).

¹⁹⁷ ראו סי' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סי' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
¹⁹⁸ על שינויים חוקתיים מרכזיים למן שנות התשעים של המאה העשרים ראו, לדוגמה: בג"ץ 05/2605 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996); ע"א 93/6821 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוקי יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקציה ורינת סופר עורכים, 2021); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004); ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו 509 (2003); אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", ספר ברנזון (כרך שני – בני סברה, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, תש"ס) 119; אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (מהותי והדיוני), מבחר כתבים (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמר – עורכים, תש"ס) 455; אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339 (2000).

¹⁹⁹ בג"ץ 9351/17 עיריית ראשון לציון נ' הוועדה לבדיקת מינויים (פורסם בנבו, 23.07.2010); ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ) (פורסם בנבו, 2008); בג"ץ 11269/03 כמאל נ' שר המשפטים, פ"ד נט(3) 205 (2004); בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(3) 145 (2004); בג"ץ 7279/98 חבר הכנסת יוסי שריד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(1) 740 (1999); בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד לד(2) 566 (1980); בג"ץ 74/51 המרכז הארצי של ארגוני הקבלנים נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ה 1544 (1951).

²⁰⁰ בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004); בג"ץ 6269/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639 (2001); בג"ץ 2159/97 מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 75 (1998); בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771 (1995); בג"ץ 2911/94 עבדול באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291 (1994); בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649 (1979); פרשת זקס, לעיל ה"ש 196.
²⁰¹ ראו, לדוגמה: בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331 (2010); בג"ץ 789/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994); בג"ץ 82/297 ברגו נ' שר הפנים, פ"ד לד(2) 29 (1983); בג"ץ 31/49 פרץ נ' קצין ההפקעות הארצי, משרד הביטחון, פ"ד ב 486 (1949). עוד ראו אמיר כרך ב, לעיל ה"ש 157, פרק 34; ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ב, פרק 22 (1996).

²⁰² ראו, לדוגמה: בג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, פס' 21 לפסק דין של השופט זמיר (1998); בג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 303 (1997); פרשת שניצר, לעיל ה"ש 111, בעמ' 637; ע"ב 84/2 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 250-251 (1985). למאפיין דומה של זכות הטיעון ראו: בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, 598-599 (2003); בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493 (1958)

המרכזיים של דיני שיקול הדעת, אשר פותחו החל מקום המדינה ממש, ושימשו לאורך כל שנותיה להגנה על זכויות, על אינטרסים חשובים של הפרט ועל עקרונות-יסוד, ראוי לציין את עצמאות שיקול הדעת,²⁰³ הרלבנטיות,²⁰⁴ הסבירות,²⁰⁵ והשוויון.²⁰⁶ בשנות התשעים של המאה העשרים פרצה אל המשפט החוקתי והמנהלי דרישת המידתיות, ומאז משמשת אף היא, לצד העילות הוותיקות והמושגות במשפט המנהלי, להסדרה של שיקול הדעת השלטוני ולביקורת שיפוטית על מעשים מנהליים.²⁰⁷

²⁰³ ראו, לדוגמה: בג"ץ 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד מג(2) 501 (1989); בג"ץ 70/50 מ. **מיכלין נ' שר הבריאות**, פ"ד ד 319 (1950); 21/48 **סופר נ' שר המשטרה** פ"ד ב 65 (1949). ראו גם ברכה כרך ב, לעיל ה"ש 201, פרק 16. לכרסום בהלכת עצמאות שיקול הדעת ראו, לדוגמה, 5848/99 **חבר הכנסת יוסף י' פריצקי נ' הוועד המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים**, פ"ד נד(3) 5 (2000).
²⁰⁴ ראו, לדוגמה: עע"מ 8840/09 **באואר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, ועדת המשנה לעררים** (פורסם בנבו, 11.09.2014); בג"ץ 2390/10 **חילחל נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 23.05.2010); בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, פסי 19-20 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000); בג"ץ 706/94 **רון נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד נג(5) 389, פסי 39 לפסק דינו של השופט חשין (1999); בג"ץ 320/96 **גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה**, פ"ד נב(2) 222 (1998); דג"ץ 3299/93 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195 (1995); בג"ץ 5445/93 **עיריית רמלה נ' שר הפנים**, פ"ד נ(1) 397 (1994); בג"ץ 869/92 **זווילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה**, פ"ד מו(2) 692, פסי 12 וכן 16-20 לפסק דינו של השופט ברק (1992); בג"ץ 256/88 **מדאינוסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות**, פ"ד מד(1) 19 (1989); בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309 (1988); בג"ץ 651/86 **מלכה נ' שר המשטרה**, פ"ד מ(4) 645 (1986); בג"ץ 72/392 **ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה**, פ"ד כז(2) 764 (1973); בג"ץ 98/54 **לזרוביץ' נ' המפקח על המזונות, ירושלים**, פ"ד י 40 (1956). ראו גם דפנה ברק-ארו כרך ב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 635.

²⁰⁵ לדרישת הסבירות במשפט המנהלי מקום המדינה ועד 1980 ראו: בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לח(1) 421 (1980); בג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729 (1980); בג"ץ 292/78 **אולפני הרצליה בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד לג(2) 739 (1979); בג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה**, פ"ד ל(2) 94 (1976); ע"א 492/73 **שפיזר נ' המועצה להסדר הימורים בספורט**, פ"ד כט(1) 22 (1974); בג"ץ 403/71 **אלכורדי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד כו(2) 66 (1972); בג"ץ 113/68 **הורשטיין נ' הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית**, פ"ד כב(2) 270 (1968); בג"ץ 321/60 **לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד טו 197 (1961); ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דזינגוף ושות' (שיט) בע"מ**, פ"ד יג 1026 (1959); דב"ץ 127/57 **מנסה נ' ראש הממשלה**, פ"ע לב 312 (1958); בג"ץ 80/54 **נוחימובסקי נ' שר המשפטים**, פ"ד ח 1491 (1954); בג"ץ 58/53 **טבק הויז, הלפרין, ונ. הרץ שותפות רשומה נ' עיריית חיפה**, פ"ע יג 266 (1953); ע"פ 40/49 **נחמיאס נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ג 127 (1950) (להלן: פרשת נחמיאס); צבי זילביגר, "האפשר לפסול חוק עזר מחמת חוסר סבירות?", **חוק ומשפט** 19 (תשט"ז) 1. עוד ראו נדב דגן **סבירות במשפט המינהלי** (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן 2017).

נוסחות האיזון שפותחו בפסיקה, בייחוד האיזון האנכי בין זכות לאינטרס, גם הן חלק מדרישת הסבירות. שיוך זה של נוסחות האיזון לדרישת הסבירות מצא ביטוי גם בפסקי דין של בית-המשפט העליון. ראו, לדוגמה: דג"פ 1789/98 **מדינת ישראל נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 145, פסי 4 לפסק דינה של השופטת דורנר (2000); בג"ץ 5688/92 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(2) 812, בפסי 6 לפסק דינו של השופט ברק (1993); בג"ץ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393 (1984). לפסקי דין מוקדמים ראו, לדוגמה: בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי**, פ"ד טז 2407 (1962); בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953); בג"ץ 111/53 **קאופמן נ' שר הפנים**, פ"ד ז 534 (1953).

²⁰⁶ ראו, לדוגמה: בג"ץ 2021/11 **ועקנין נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 06.06.2013); עע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סד(2) 1 (2010); בג"ץ 4124/00 **יקותיאלי נ' השר לענייני דתות**, פ"ד סד(1) 142, פסי 35-36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2010); בג"ץ 2911/05 **אלחנתי נ' שר האוצר**, פ"ד סב(4) 406 (2008); בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.02.2006); בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15 (2001); בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337 (1999); בג"ץ 5496/97 **מרדי נ' שר החקלאות**, פ"ד נח(4) 540, בפס 15 לפסק דינו של השופט זמיר (2001); בג"ץ 3792/95 **תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות**, פ"ד נא(4) 259 (1997); בג"ץ 6051/95 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 289 (1997); בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 721/94 **אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ'**, פ"ד מח(5) 749 (1994); בג"ץ 637/89 **חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר**, פ"ד מו(1) 191 (1991); בג"ץ 87/153 **שקידאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221 (1988); ד"ינ 10/69 **בורובסקי נ' הרב הראשי לישראל**, פ"ד כה(1) 7 (1971); בג"ץ 5/51 **שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ה 1061 (1951). עוד ראו: ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** פרק 2 (2016); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקה בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63 (2016); מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** (2008); אריאל בנדור "על שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" **ספר שמגר מאמרים – חלק א**, 287 (יובל שני, טובה אולשטיין, מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** 165 (1999).

²⁰⁷ לדיון בדרישת המידתיות במשפט המנהלי ולניתוח ביקורתי של מקומה הראוי בדיני שיקול הדעת ראו נדב דגן "מידתיות חוקתית, סבירות מינהלית: הסדרה משפטית של שיקול דעת שלטוני בראי המשפט המקובל" **דין ודברים** טו 461 (2021). עוד ראו מרגית כהן "אחרי עשרים שנה: הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות" **משפט וממשל** יט 229 (2018); גילה שטופלר "עליות המידתיות, רידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי" **משפט וממשל** יט 187 (2018); אריאל בנדור "מגמות במשפט הציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" **משפט וממשל** יד 377 (2012); אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" **משפטים** מב 1097 (2012); אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010); גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" **ספר דליה דורנר** 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה" **הפרקליט** נ 185 (2008); גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" **מחקרי משפט** כב 471 (2006); דליה דורנר "מידתיות" **ספר ברנזון** כרך שני – בני סברה 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000);

Margit Cohn, *Proportionality in Israel and Beyond: Four Aspects, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING* 189, 194-196 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013); Eliya, *The Formal and The*

באופן כללי, שלטון החוק בישראל, כפי שהוא מתבטא בעיקרי המשפט הציבורי המגולמים בדיני הסמכות, ההליך ושיקול הדעת, נשמר והוחל, כאמור, לאורך שנות מצב החירום המוכרז בישראל, לרבות בכל הנוגע לחקיקת חירום מיוחדת.²⁰⁸ מבנה בסיסי זה של בחינת חוקיות המעשה המנהלי בשלושה מישורים: סמכות, הליך ושיקול דעת, בא לידי ביטוי גם בתקופת הקורונה שתידון בהרחבה בפרק הבא.

מכיוון שבישראל השתרש מודל כולי של משפט, המבוסס על שלמות נורמטיבית ובא לידי ביטוי ברצף חוקי, אין חשיבות יוצאת דופן להבחנה בין חקיקה מיוחדת שנועדה, באופן ספציפי, למצב חירום מסוים לבין נורמות אחרות שלא נתפרו באופן מיוחד למידותיו של מצב אשר ניתן להגדירו כחירום. השלטונות בישראל, כמו מדינות המשפט המקובל שאימצו מודל של משפט, נדרשים להתמודד עם מצב החירום על-פי דין: חקיקה ראשית, חקיקת משנה והמשפט המקובל, אשר משתקף בפסיקה.

עם זאת, לשם הנוחות ובהירות הדיון ניתן, מנקודת מבט צרה של חקיקת חירום מיוחדת, לחלק את חקיקת החירום בישראל למספר סוגים. הסוג הראשון הוא חקיקת החירום המובהקת ביותר – תקנות שעת חירום, אשר יידונו בהמשך הפרק. זוהי חקיקת-משנה המותקנת על-ידי הממשלה לתקופה מוגבלת, ובכוחה להשעות חקיקה ראשית ולשנותה.²⁰⁹ הסוג השני הם חוקים, חקיקה ראשית לכל דבר, שתוקפם מותנה בקיומו של מצב חירום מוכרז וכן תקנות וצווים שמוצאים מכוח חוקים אלה.²¹⁰

סוג שלישי של חקיקת חירום הוא חקיקה שתוקפה אינו מותנה בקיומו של מצב חירום לאומי מוכרז על-פי סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, אולם נועדה היא לחול, מעצם טיבה, במצב משברי בלתי-רגיל.²¹¹ לסוג זה משתייך, למשל, סעיף 20 לפקודת בריאות העם, 1940, אשר היוותה גם היא חוליה במערך המשפטי של הסדרת הפעילות השלטונית בכל הנוגע להתמודדות עם המשבר שנוצר כתוצאה מהתפרצות נגיף הקורונה החדש. מרבית סעיפי הפקודה הן בבחינת חקיקה רגילה המקנה לרשויות מינהליות סמכויות מגוונות לטיפול בעניינים תברואתיים ומתחום בריאות הציבור, לרבות בידוד חולים במחלות מסוימות ואשפוזם, כניסה לשטחים וביצוע פעולות – בכלל זה פעולות של חיטוי ושל טיפול רפואי, בדיקות רפואיות של אנשים החשודים כנדבקים ואף קביעת חובת חיסון.²¹² נוסף על סמכויות אלה, מקנה הפקודה למנהל הכללי של משרד הבריאות סמכויות נוספות בעת מצב חירום בריאותי שהוכרז על-ידי שר הבריאות. לשם המחשה, בין הסמכויות המוקנות למנהל הכללי של משרד הבריאות במצב חירום מונה הפקודה סילוק או בידוד או מעצר של אנשים החשודים כנגועים או פיקוח עליהם, מתן הוראות בדבר חיסון אנשים מסוימים, כניסה לבניינים

Substantive Meanings of Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence, 38 ISRAEL L. REV. 262 (2005).

למידתיות במשפט המנהלי על-פי הפסיקה ראו, לדוגמה: בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (פורסם בנבו, 22.06.2014); בג"ץ 3798/09 גורווחוד נ' המפקח הכללי משטרת ישראל (פורסם בנבו, 17.12.2010); רע"ב 5493/06 פלד נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.10.2010); בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל (פורסם בנבו, 29.10.2007); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999); בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136 (1996).

²⁰⁸ ראו ע"פ 790/78 רוזן נ' שא המסחר, התעשייה והתיירות, פ"ד לג(2) 281 (1979); פרשת שניסי, לעיל ה"ש 196, בעמ' 496-500; ראו והשוו: ברק-ארז "חוקה למצבי חירום", לעיל ה"ש 187, בעמ' 677. לביקורת שיקול הדעת בעניין בטחוני ראו, לדוגמה: פרשת שניצר, לעיל ה"ש 111. לביקורת תקנות שעת חירום ראו להלן, בעיקר בהערות 230-240 והטקסט הסמוך אליהן.

²⁰⁹ ראו ס' 39 לחוק-יסוד: הממשלה.

²¹⁰ ראו, לדוגמה: חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ס"ח 76; ס' 37 לפקודת הניקין [נוסח חדש]; חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, ס"ח 24.

²¹¹ ראו, לדוגמה: חוק שירות עבודה בשעת חירום, התשכ"ז-1967; ס' 39-19 לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951; ס' 90-99-90 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971. ראו גם תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 855, שרבות מהן בוטלו בשנת 2016 במסגרת חוק המאבק בטרור, השתע"ו-2016, ס"ח 898.

לסוג זה שייכת גם חקיקת משנה, שהותקנה מכוח חוק קבוע שאינו מיועד לשעת חירום, ובלבד שחקיקת-המשנה עצמה מכוונת למצב משברי בלתי-רגיל. ראו, לדוגמה: תקנות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991.

²¹² ראו פקודת בריאות העם, 1940, ס' 11-19.

ולחצרים, תפיסה והשמדה או חיטוי של חפצים, טיפול בגופות בדרך שימצא לנכון, ותפיסת קרקעות ובניינים.²¹³

סוג רביעי הוא הוראות שעה – חקיקה לזמן מוגבל. אף-על-פי שהוראות שעה אינן תלויות בהכרח בהכרזה על מצב חירום או בקיומו של מצב חירום, מדובר בחקיקה שנועדה לתת מענה לסיטואציה מסוימת למשך זמן מוגבל.²¹⁴ לדוגמה, חוק הסמכויות המיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה,²¹⁵ אשר מסמל את סיום התקופה הנדונה בפרק ז, נחקק כולו כהוראת שעה. גם לפקודת בריאות העם, אשר מרבית סעיפיה הם בגדר חקיקה רגילה, ויש בה גם הסדר הנועד לחול על-פי טיבו לטיפול במצב בלתי-רגיל מתחום בריאות הציבור, הוספו כמה סעיפים זמניים כהוראת שעה ייעודית להתמודדות עם המשבר שפרץ כתוצאה מנגיף הקורונה החדש.²¹⁶

מנקודת המבט הצרה של חקיקת החירום ניתן להיווכח, כי המודל הישראלי הוא מודל מעורב של משפט. הוא משלב הסמכה חוקתית של הממשלה להחליף חקיקה ראשית בחקיקת משנה של הרשות המבצעת במצב חירום (הסוג הראשון) עם טיפול במשבר באמצעות חקיקה ראשית ייעודית של הכנסת (סוגים 2-4).²¹⁷ זאת, נוסף על הסמכויות המוקנות לרשויות המנהל בחוקים שונים שלא נועדו למצב חירום או למצב מיוחד בלבד. ככלל, על כל חוקי הכנסת, לרבות, כמובן, חקיקת החירום, חלות הנורמות החוקתיות שמסדירות חקיקה ראשית מאת בית המחוקקים.²¹⁸ ההסדרה החוקתית של חקיקה ראשית והביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת הן סוגיות רחבות-היקף וכבדות משקל, החורגות מהיקפו של חיבור זה. אולם היחס בין תקנות לשעת חירום לבין חקיקה ראשית הוא סוגיית מפתח להבנת המודל הישראלי בכל הנוגע לחירום ומשפט.

המשך הניתוח יתמקד, אפוא, בתקנות שעת חירום, אשר מהוות ביטוי מרכזי למודל של משפט בישראל. לחשיבותן היתרה של תקנות שעת חירום לניתוח בפרק זה ובפרק העוקב שלושה טעמים מרכזיים. ראשית, מדובר באמצעי חקיקתי חריג ומיוחד, אשר נועד למצב חירום בלבד, ואין לו חיות או תוקף, אלא במצב חירום מוכרז. מכאן הרלבנטיות המיוחדת של תקנות לשעת חירום לדיון במודל הישראלי. שנית, אין המדובר בחקיקה ראשית, הכפופה להוראות הכלליות של החוקה, כי אם במעשה מנהלי ייחודי, והדבר מקל למקד את העדשה במצבי חירום כמקטע אחד במקשת הנורמטיבית של משפט ישראל.²¹⁹

שלישית, תקנות שעת חירום מחדדות את שאלת הסמכות, ומשכך, הדיון בהן מפנה את הזרקור לנקודה הרגישה ביותר מבחינת המשפט הציבורי הישראלי בכל הנוגע להתמודדות עם מצבי חירום. בנקודה זו עשוי להימצא אתגר לסיווג של שיטת המשפט הישראלית כמודל מובהק של משפט. בעוד שדיני ההליך ושיקול

²¹³ שם, בס' 20.

²¹⁴ ראו: איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-רייט "שעתן היפה של הוראות השעה: עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיוביה" עיוני משפט מא 539 (2019); Ittai Bar-Siman-Tov, *The Lives and Times of Temporary Legislation and Sunset*; (2019) 539 *Am. J. Comp. L.* 453 (2018); Jacob E. Gersen, *Temporary Legislation*, 74 *U. Chi. L. Rev.* 247 (2007).

²¹⁵ ראו להלן ה"ש 240.

²¹⁶ ראו חוק לתיקון פקודת בריאות העם (מס' 34), התש"ף-2020, ס"ח 428.

²¹⁷ השו: פרג'ון ופסקווינו, לעיל ה"ש 43. לניתוח ביקורתי של הסדרים מקבילים להתמודדות עם מצבי חירום, אשר מולידים הסדרים מקבילים, ראו כהן "מעשי טלאים", לעיל ה"ש 91. חרף הביקורת האקדמית נראה, כי הפסיקה עודנה מכירה בריבוי סמכויות מקבילות בידי הרשויות. ראו, לדוגמה, ע"מ 3068/17 **עיריית תל אביב-יפו נ' מיכקשווילי**, פסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 19.11.2018); ע"א 4278/00 **מנשה ת. אלישר בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד נח(2) 394 (2003); זמיר, כרך א, לעיל ה"ש 195, בעמ' 234; יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** כרך א, פרק 20 (2022).

²¹⁸ למאפיינים מותאמים של הביקורת השיפוטית החוקתית על תוקפן של הוראות שעה ראו, לדוגמה: בג"ץ 466/07 **ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012); בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה(3) 1 (2012); בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 09.06.2010); בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006).

²¹⁹ הפסיקה נוטה לראות בתקנות לשעת חירום שהוארכו על-ידי הכנסת בחוק חקיקה ראשית לכל דבר ועניין. ראו בג"ץ 243/52 **ביאלר נ' שר האוצר**, פ"ד ז 424 (1953). על גישה זו נמתחה ביקורת חריפה. ראו בנימין אקצין "פסק דין ביאלר ומערכת המשפט בישראל: מאימתי הופך דבר ביצוע לדבר חקיקה" **הפרקליט** י 113 (תשי"ד). ראו גם יצחק הס קלינגהופר "על תקנות-שעת-חירום בישראל" **ספר יובל לפנחס רוזן** 86, 105-111 (חיים כהן עורך, 1962).

ייתכן כי המחויבות של הממשלה לשימוש מוגבל, שקול ומדוד בתקנות שעת חירום במסגרת המפעל הממלכתי המשותף של שלטון החוק נשחקה במידת מה בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים.²²⁹ ואולם, זהירות זו מפני שימוש לא מוצדק בתקנות לשעת חירום ועמידת הרשויות על משמר המודל הישראלי של משפט, אשר מבוסס על שלטון החוק, התחדדו מאוד בשנים 1990-1999 הן בפסיקת בית-המשפט העליון, הן בחקיקת היסוד של הכנסת כחלק ממפעל משותף של הרשויות להבהרת המודל הישראלי של משפט בחירום. ככלל, מודל זה של משפט נשמר עד לפרוץ משבר הקורונה בישראל.

נקודת הציון הראשונה בתקופה זו היא פסק הדין בפרשת **פורז**.²³⁰ עתירתו של חבר-הכנסת פורז תקפה את חוקיותן של תקנות לשעת חירום לצורך בניה מואצת של יחידות דיור.²³¹ תקנות אלה הותקנו ביום שבו התקבלה בכנסת, בקריאה ראשונה, הצעת חוק ממשלתית שנועדה לטפל, בין השאר, בעניין זה, וימים ספורים בלבד לפני קבלת החוק בקריאה שנייה ושלישית. בית-המשפט, בקבלו את העתירה, קבע שאין לעשות שימוש בתקנות שעת חירום, כאשר ביכולתה של הכנסת להסדיר את הסוגיה בחוק: "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על-ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת".²³²

זמן לא רב לאחר מתן פסק הדין בפרשת **פורז** גילתה גם הכנסת בחוק-יסוד: הממשלה את דעתה בדבר התנאים המחמירים לשימוש בתקנות שעת חירום. נוסף על תנאי הפרסום, הגבלת התוקף לשלושה חודשים, והנחת התקנות על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, נקבעו בחוק היסוד שתי הגבלות חשובות ומפורשות על השימוש שמוסמכת הממשלה לעשות בתקנות שעת חירום. ראשית, תנאי להתקנת תקנות שעת חירום הוא שמצב החירום לא מותיר ברירה אחרת, אלא לפנות לכלי בעייתי זה: "לא יותקנו תקנות-שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת".²³³ שנית, נקבעו הגבלות מהותיות על תוכן ההסדרים שרשאית הממשלה לכלול בתקנות לשעת חירום: "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם".²³⁴

הוראות חוק-יסוד: הממשלה המחייבות פנייה לתקנות-שעת-חירום כמוצא אחרון של אין-ברירה פורשו על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת **פריצקי** על רקע תורת העומק המשוקעת במשפט המקובל הישראלי.²³⁵

²²⁹ ראו מחוזאי, לעיל ה"ש 4, בפרק 5.

²³⁰ כאמור, אף על-פי שבאופן טבעי המודל הישראלי של משפט כפי שהוא מתגלם במשפט הציבורי, אינו חף לחלוטין מכל פגם או מעידה, החל בשנים הראשונות לקום המדינה התייחסו שלוש רשויות השלטון לתקנות-שעת-חירום בזהירות רבה וייחדו אותן למקרים חריגים המצדיקים זאת. בנדור, לעיל ה"ש 87, כתב בעמ' 448 כי בפסק הדין בפרשת **פורז** "הפך בית המשפט העליון, מפיו של השופט שלמה לוין, את ההלכה ששלטה במשך עשרות שנים, שבפועל אפשרה לממשלה ולשריה לקבוע כאוות נפשם, באמצעות תקנות שעת חירום, כמעט בכל דבר ועניין, הסדרים הסותרים את חוקי הכנסת". דברים אלה אינם מבוססים כהלכה ואינם מציגים בצורה מדויקת את המצב המשפטי ששרר החל בשנותיה הראשונות של המדינה. התמיכה היחידה לדברים אלה המובאת במאמר הנזכר מאת בנדור היא בג"ץ 372/84 **קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד לח(3) 233 (1984). ראשית, פסק הדין בפרשת **קלופפר-נוה** ניתן כשש שנים לפני פסק הדין בפרשת **פורז**, ויש בו כדי להעיד, לכל היותר, על שש שנים אלה. ניתן לטעון כי בשנים אלה אמנם חלה התרופפות, שהתגובה השיפוטית לה ניתנה בהתעורר מקרה נוסף, בפרשת **פורז**. שנית, יש מקום לביקורת על פסק הדין בפרשת **קלופפר-נוה**, אולם אין בו דיון עקרוני בהתקנת תקנות שעת חירום חלף חקיקה. פסק הדין כלל לא עסק בשאלה מתי נדרשת חקיקה ראשית ואימתי רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום. למעשה, החלופה שנדונה להתקנת תקנות שעת החירום במקרה זה הייתה פנייה לבית הדין לעבודה. שלישית, בפרט, הדיון בפרשת **קלופפר-נוה** התמקד, לפי טענת העותרים (ראו ס' 2 לפסק הדין) בחיוניותו של השירות, בשונה מסמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום חלף פנייה לכנסת. בית המשפט קבע – קביעה מנומקת – כי בנסיבות המקרה, בסמוך לבחירות הכלליות, חופש הביטוי הפוליטי באמצעות ותעמולת בחירות במדינה דמוקרטית שבה יש מונופול לערוץ שידור אחד הוא שירות חיוני.

²³¹ בג"ץ 2994/90 **ח"כ אברהם פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מד(3) 17 (1990).

²³² שם, בעמ' 322-323.

²³³ ס' 50(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214; ס' 39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה.

²³⁴ ס' 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214; ס' 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה.

²³⁵ בג"ץ 6971/98 **פריצקי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(1) 763 (1999).

ברקע העתירה עמדו בחירות קרובות לרשויות המקומיות. אף-על-פי שלא אירע דבר פתאומי, קיצוני ובלתי-צפוי, החליטה הממשלה לשנות את סדרי ההצבעה באמצעות תקנות לשעת חירום, אשר פורסמו חמישה ימים לפני הבחירות. העתירה נדונה זמן קצר לפני הבחירות המתוכננות. בנסיבות אלה, לא היה סיפק ביד בית-המשפט הגבוה לצדק לפסוק במועד כי תקנות אלה בטלות מבלי שייגרמו שיבושים חמורים ביום הבחירות. מטעם זה סבר הנשיא ברק, חרף ביקורתו על הממשלה ועל השימוש שנעשה בתקנות-שעת-חירום, כי אין לקבל את העתירה או לקבוע שהתקנות הותקנו שלא כדין, ואילו השופט דורנר סברה שבהתקנת התקנות נפלו פגמים חמורים אך נוכח הנסיבות (וכן העובדה שזהו פסק הדין הראשון המפרש את הוראות חוק היסוד) ראוי לבית-המשפט לעשות שימוש בשיקול הדעת הנתון לו באשר לסעד של בטלות ולהימנע מהושטת סעד זה.

מבחינה מהותית, נקבע כי התקנת תקנות לשעת חירום על-ידי הרשות המבצעת מותרת רק כאשר מצב החירום מונע כל אפשרות מעשית להסדיר את שטעון הסדרה משפטית דחופה באמצעות חוק של הכנסת. פירוש הדבר הוא שלתקנות-שעת-חירום תוקף משפטי רק כאשר מצב משברי חריג מסכל חקיקת חוק מתאים – קבוע או זמני – בכנסת²³⁶. השופט דורנר סיכמה את המצב המשפטי בצורה ברורה וקולעת:

משמעות התנאי הראשון היא, שאין להתקין תקנות שעת חירום אלא אם מצב החירום מונע חקיקת חוק. ודוקו: נדרש, כי חסימתה של האפשרות לחקיקת חוק תיגרם עקב מצב החירום הקיים במדינה. כלומר, ניתן להתקין תקנות שעת חירום רק כאשר כתוצאה ממצב החירום הכנסת משותקת, ואין ביכולתה לקיים הליכי חקיקה. ... משניתנו הנימוקים לפסק-דין זה, לא יכול להיות עוד ספק כי לממשלה כוח להתקין תקנות שעת חירום רק אם מצב החירום הקיים במדינה מונע אפשרות של פנייה לכנסת לצורך חקיקת חוק.²³⁷

כלל זה, שלפיו הממשלה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום אך ורק אם נחסמו דרכי החקיקה בכנסת כתוצאה ממצב החירום הובהר גם בפסק דינו של השופט חשין.²³⁸

אף הנשיא ברק, שעל רקע הנסיבות המיוחדות סבר, בשונה מהשופטים חשין ודורנר, שחרף הקשיים בפעולת הממשלה אין לקבוע שהתקנות הותקנו בניגוד לדין, סיכם את פסק דינו כך:

פגיעתן של תקנות אלה בדמוקרטיה קשה היא. אם אישרנו אותן, הרי זה רק משום שביטולן יביא אף הוא לפגיעה קשה בדמוקרטיה. אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי. מקווה אני כי פסק-דיננו זה – דעת הרוב ודעת המיעוט גם יחד – יצביע על הקשיים הרבים הנערמים בפני הממשלה בהתקנה תקנות שעת חירום. מצפה אני לכך, כי השימוש בתקנות שעת חירום לא יהווה אמצעי ראשון אלא אחרון. אכן, כשאירועים כמו אלו שבפנינו מתרחשים והולכים, יש לנקוט בעוד מועד את כל האמצעים הנדרשים כדי שהכנסת תוכל לומר את דברה. חוק או תקנות שעת חירום – חוק עדיף תמיד.²³⁹

דברים נכוחים אלה מעם בית המשפט העליון לא נכתבו לתפארת המליצה. הם מבטאים תפישת עומק עקבית באשר לשלטון החוק בישראל. אף על פי שאין חיבור זה מתרכז בבחינה אמפירית של מעשי הממשלה בפועל, חשוב להדגיש שככלל, הדין, כפי שהובהר על-ידי בית המשפט בפרשת **פריצקי**, אמנם נשמר, ובשני העשורים

²³⁶ פירוש זה מקבל חיזוק גם מסעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מתנה הגבלת זכות מהזכויות המעוגנות בחוק-היסוד באמצעות תקנות-שעת-חירום, בין השאר, בצמצום ההגבלה "לתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש".

²³⁷ פרשת **פריצקי**, לעיל ה"ש 235, בעמ' 813 ו-816.

²³⁸ שם, בעמ' 795.

²³⁹ שם, בעמ' 784.

העוקבים מיעטה הממשלה בהתקנת תקנות שעת חירום; בכל עשרים השנים שלאחר פסק הדין התקינה הממשלה, במצטבר, 14 תקנות שעת-חירום בלבד.²⁴⁰

פירוש הדבר הוא שגם הסמכות הנתונה לממשלה, בתנאים מסוימים, להתקין תקנות שעת חירום מגלמת מודל ישראלי של משפט. במבט צורני צר אמנם נראה כי הסמכות המופקדת בידי הממשלה בסעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה להתקין תקנון שעת חירום מאפשרת "להשעות הסדרים חוקתיים מסוימים".²⁴¹ בפרט, יש בכך, כאמור, פגיעה בחלוקת הסמכויות החוקתית בין רשויות השלטון, לרבות סמכויות המפורטות בחוקי-היסוד, ובהם חוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: הממשלה. ברם, לאמיתו של דבר, הרשות להתקין תקנות שעת חירום נתונה לממשלה, לפי סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה כפי שפורש בפסיקה, אך ורק כאשר מצב החירום מביא לכך שבפועל, בנקודת זמן מסוימת, אין כנסת; או אז, בהיעדר רשות מחוקקת, ניתנת לממשלה סמכות חריגה וזמנית, הכפופה לתנאים הקבועים בחוקי-היסוד ולהסדרה משפטית ממשית אשר כוללת גם ביקורת שיפוטית. לא זו בלבד, אלא שתכלית הסמכות היא השבת הסדר החוקתי על כנו, לאמור: סמכות זו ניתנת לממשלה, במידה רבה, כדי להחזיר את הכנסת לחיים.

אם כן, גם דיני הסמכות בישראל, לרבות הדין המיוחד באשר להתקנת תקנות לשעת חירום, הולמים מודל של משפט. תקנות לשעת חירום כפופות לחוקה ולתורת העומק החוקתית המשוקעת במשפט המקובל. הן יונקות את חיותן מהוראות החוקה הכתובה, הן כפופות לעקרונות-היסוד המשפטיים של שיטת המשפט הישראלית, ומותקנות על-פי חלוקת הסמכויות החוקתית, לאמור: תוך שמירה על הפרדת רשויות. משכך, תקנות שעת חירום מותרות בישראל לשם הגשמת ערכי-יסוד רק כאשר הרשות המחוקקת, באופן אובייקטיבי, אינה מסוגלת לחוקק כתוצאה ממשבר חריג וחרף במיוחד – וכל עוד אינה מסוגלת לחוקק בלבד, והן נתונות לביקורת שיפוטית בכל המישורים: סמכות, הליך ושיקול דעת. במילים אחרות, הנסיבות הן שמשתנות, הן ולא עיקרי המערכת הנורמטיבית: באין רשות מחוקקת (ורק כל עוד הרשות המחוקקת, בפועל, אינה קיימת) רשאית הממשלה מכוח הוראות החוקה להתקין תקנות, בכפוף לדין ולבקרה צפויה מצד הרשות השופטת, כדי לתת מענה לאינטרס ציבורי דחוף ולוחץ עד שובה של הרשות המחוקקת לתפקוד. לפיכך, ניתן לסכם כי בישראל נוהג מודל מובהק של משפט. אין פירוש הדבר שלא ידעה המדינה – בשגרה ובחירום – חקיקה בעייתית, מעשי מנהל שאינם ראויים או פסקי דין המעוררים קשיים. ברם, באופן כללי, שמרה שיטת המשפט הישראלית על שלמות נורמטיבית ועל מבנה משפטי המבטיח את שלטון החוק בכל עת. בפרט, לא אותר בפסיקת בית המשפט העליון קו עקרוני, שבא לידי ביטוי בפסקי דין מנומקים, בדבר היעדר כפיפות מלאה של הפעילות השלטונית בזמן כלשהו לדין, ובכלל זה למשפט הציבורי על שלושת נדבכיו.

ח. תסמינים מסוכנים: שמיטת הדין בתקופת הקורונה

עיון בדברי החקיקה שיצאו בתקופת הקורונה, מתחילת חודש מרס 2020 ועד אמצע חודש אוגוסט 2020,²⁴² ובחינה מעמיקה של פסיקת בית-המשפט העליון בתקופה זו חושפים פער גדול בין ההלכה העקרונית והדין

²⁴⁰ על-פי חיפוש שנערך במאגר נבו בתאריך 4.01.2021. יצוין, כי הרוב המכריע של תקנות שעת החירום בשנים אלה לא עסק בקביעת הסדרים ראשוניים בעלי תחולה רחבה, כי אם בהתערבות נקודתית בסכסוכי עבודה בשירותים חיוניים ורגישים. ראו גם ניר קוסטי "תקנות שעת חירום: מבט עכשווי והיסטורי" *ICON-S-IL Blog* (7.07.2020).

²⁴¹ ראו ברק-ארז "חוקה למצבי חירום", לעיל ה"ש 187.
²⁴² בתאריך 23.07.2020 פורסם חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, וב-17.08.2020 פורסם תיקון נרחב לחוק. חוק המסגרת הני"ל והשימוש שעשתה בו הממשלה מעוררים אף הם קשיים ושאלות, אך הדיון בהם חורג מהיקפו של חיבור זה.

החל ברמה ההצהרתית, אשר ככלל לא שונו באופן מפורש, לבין המעשה השיפוטי, כפי שהוא משתקף מנימוקי פסקי הדין. בעוד שבית-המשפט העליון שמר על חזות של שלטון החוק במדינה, ובמישור ההצהרתי דבק במודל הישראלי של משפט, הרי שלמעשה, כפי שמשקף מפסקי הדין עצמם, ספק רב אם שלטון החוק אמנם נשמר במהלך תקופה זו ולו על-ידי הרשות השופטת במקרים שהונחו לפתחה. זאת אומרת, בעוד שפסקי הדין אינם מצהירים על עצמם כמשני-פרדיגמה, הרי שניתוח הנימוקים שבבסיס פסקי-הדין מעלה כי בתקופת הקורונה נוצר שבר יסודי במשפט הישראלי אשר היה קודם לכן מודל של משפט. שינוי יסודי זה בא לידי ביטוי, לכל הפחות, בשמיטת דרישת הסמכות.

פסקי הדין לא גדעו באחת את הסדר החוקתי ואת מארג עקרונות-היסוד של שיטת המשפט הישראלית. להיפך, הנימוקים המרכזיים בפסקי הדין מתחברים לקו ברור של שמירה על שלמות המשפט, ובבסיסם רצף נורמטיבי של שיטת המשפט הישראלית. לא נמצאה בפסיקה התנגדות עקרונית למודל הישראלי של משפט. בכך מבטאת הפסיקה בתקופת הקורונה המשכיות ברורה למודל של משפט, אשר מאפיין את דיני ישראל ומשתקף היטב בנימוקים שניתנו בעבר ובדוקטרינה המקובלת. מודל זה קיבל ביטוי מפורש במספר פסקי דין. כך, למשל, בפרשת **הסיכולים הממוקדים**, שהקשרה התמודדות עם איומים ביטחוניים, הבהיר בית המשפט העליון:

”השימוש בתקיפה מונעת זו, עם כל חשיבותו הצבאית, חייב להיעשות במסגרת הדין. ידועה האימרה כי כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. רעיון דומה הביע קיקרו (Cicero) באומרו: ”בעת מלחמה, החוקים מחרישים” (silent enim leges inter arma). על אימרות אלה יש להצטער. אין הן משקפות, לא את המצוי ולא את הרצוי (ראו Re. Application Under s.83.28 Of The Criminal Code [2004] 2 S.C.R. 248, 260). דווקא כאשר התותחים יורים, אנו זקוקים לחוקים (ראו בג”ץ 91/168 מורכוס נ’ שר הביטחון, פ”ד מה(1) 467, 470; להלן – פרשת מורכוס). כל מאבק של המדינה – נגד הטרור או נגד כל אויב אחר – נעשה על פי כללים ודינים. תמיד קיים דין שהמדינה חייבת לנהוג על פיו. ”חורים שחורים” (black holes) אינם נמצא (ראו J. Steyn, Democracy Through Law: Selected Speeches and Judgments 195 (2004)) בענייננו, נקבע הדין על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוכים מזויינים בעלי אופי בינלאומי. אכן, המאבק של המדינה בטרור אינו נעשה ”מחוץ” למשפט. הוא נערך ”בתוך” המשפט ובכלים שהמשפט יעמיד למדינה דמוקרטית.”²⁴³

עם זאת, הלכה למעשה, בתקופת הקורונה הנדונה במאמר הרשה בית-המשפט העליון סטייה ניכרת מחלוקת הסמכויות החוקתית בין רשויות השלטון, השעיה של ערובות חוקתיות לחירות אנושית ולשוויון במעמד ואף פגיעות קשות בזכויות היחיד ללא הצדקה בדין. אין המדובר בטעות נקודתית או בקשיים תחומים בפסק דין מסוים, כי אם בהשעיה-למעשה של נורמות יסודיות במשפט הציבורי המהוות תנאי חיוני לשלטון החוק מבלי לשנות במפורש הלכות וקביעות מרכזיות שביססו בישראל מודל של משפט. הרשות המבצעת פעלה מחוץ לשלטון החוק כפי שהתבטא במשפט הציבורי הישראלי, והרשות השופטת אפשרה זאת בפועל, כפי שעולה מפסקי הדין, ולאחר ניסיונות הימנעות ממושכים אף נתנה לכך גושפנקה בנימוקיה.

²⁴³ בג”ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד סב(1) 507, פס’ 61 לפסק דינו של הנשיא (בדימוי) ברק (2006). עוד ראו בג”ץ 3451/02 אלמדני נ’ שר הביטחון, פ”ד נו(3) 30, 34-35 (2002); בג”ץ 7015/02 עגירי נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד נו(6) 352, 382 (2002); בג”ץ 168/91 מורכוס נ’ שר הביטחון, פ”ד מה(1) 467, 471-470 (1991). פסקי דין אלה אף מבוססים על הקשר שבין משפט (בכל עת) למוסר. בהקשר זה ראו גם בג”ץ 320/80 קוואסמה נ’ שר הביטחון, פ”ד לה(3) 113, 132 (1980).

לפיכך, פסקי הדין שמאפיינים את תקופת הקורונה מציבים סימני שאלה בוהקים מעל יישומו של המודל הישראלי – מודל מובהק של משפט – בתקופה זו. להלן יידונו מספר תופעות בולטות בפסיקה בתקופת הקורונה. החריגה העיקרית והמובהקת מהמודל הישראלי של משפט הייתה הימנעות מבידור ומיישום של דרישת הסמכות. נוסף על כך, ניכרו בתקופה זו התנסגות שיפוטית מוגברת, השלמה מוצהרת עם פגיעות קשות בזכויות היחיד והפרזה בעוצמת המשבר.

אם כן, טרם התפרצות נגיף הקורונה החדש התבסס בשיטת המשפט הישראלית מודל מובהק של משפט אשר מושתת על שלטון החוק. מודל מושרש זה נשמר, ברמת ההנמקה וההצהרה, גם בתקופת הקורונה. לעתים קיבל מודל כולי זה דגש בפסקי דין שעניינם חירום בעיצומה של תקופת הקורונה. פסקי הדין הללו הטעימו בצורה מפורשת כי הרצף המשפטי בישראל נשמר.²⁴⁴ הנימוקים בפסקי הדין אמנם נשענו על עקרונות-יסוד מושרשים במשפט הציבורי, על תורת העומק המשוקעת במשפט המקובל ועל עקרונות הביקורת השיפוטית על מעשי הרשויות. לדבקות זו בשלטון החוק – במודל הישראלי של משפט – חשיבות רבה, שכן יש בה כדי ללמד על איתנותו העיונית והדוקטרינרית בכלל ועל התאמתו לשיטת המשפט הישראלית ולמסורת המשפטית שהתפתחה בה. ככלל, גם בעיצומו של המשבר, בנסיבות שנוצרו בתקופת הקורונה, נסיבות שאינן בלתי-צפויות בהקשר של מצב חירום, לא מצא בית המשפט העליון טעם לזנוח את המודל הישראלי של משפט.

לעומת זאת, ברמת המעשה השיפוטי, דהיינו בפסקי הדין המנומקים, ניכרת סטייה מהמודל של משפט בואכה אי-חוקיות. נראה, כי תעיה זו במשעולים היורדים לעבר אי-החוקיות אינה מוצדקת בשיטת המשפט הישראלית אפילו לפי הקו המרכזי של בית-המשפט העליון עצמו בעת משבר הקורונה, אך קרה קרתה היא. הסימנים הבולטים ביותר לתעיה זו מצויים במחוזות הסמכות. מישור הסמכות הוא הרובד הבסיסי במודלים של משפט, אשר מושתתים על שלטון החוק, וביחוד על התגלמות שלטון החוק במשפט הציבורי.²⁴⁵ לפיכך, התנערות מדרישת הסמכות משקפת התרחקות ממודל של משפט.

יושם אל לב, כי גם במחוזות אלה של סמכות משל המשפט הציבורי בתקופת הקורונה, ובית-המשפט העליון בנה את נימוקיו מתוך המשפט הציבורי על-גבי המסד הפסיקטי והתורתי המוכר בישראל. לאורך כל תקופת הקורונה הנדונה במאמר לא נמצאה בפסיקה קריאת תגר עקרונית על כפיפות השלטון לחוק, ובכלל זה כפיפות הרשויות לדיני הסמכות במשפט הציבורי.

לא זו בלבד, אלא שבחינה רצינית של מקור הסמכות לאמצעים מיוחדים שהפעילה הממשלה להתמודדות עם נגיף הקורונה (ואף ייחסה להם חשיבות רבה), אמנם נערכה על-ידי בית-המשפט העליון בהליכים של ביקורת שיפוטית, כאשר דובר על אמצעים שנקטו מכוח חקיקה ראשית של הכנסת. דווקא בכל הנוגע לחקיקה ראשית של הכנסת לא ניכרו השעיה של דרישת הסמכות או הימנעות מיישומה. כך, למשל, פירש בית-המשפט את חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 באופן שאינו מאפשר לעשות בו שימוש למעקב ממושך ורחב היקף אחרי תושבי המדינה לשם איתור אנשים שבאו במגע עם חולי קורונה. זאת בעקבות בחינה קפדנית של הסמכות שהוענקה לשירות הביטחון הכללי בחוק.²⁴⁶ במקרה אחר דחה בית-המשפט את

²⁴⁴ ראו בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל – מפקד מחוז ירושלים, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 19.08.2020); בג"ץ 1633/20 "סל" שירותי סיעוד נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק דינו של השופט שטיין (פורסם בנבו, 27.07.2020); בג"ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמות אלון נ' ממשלת ישראל, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.04.2020).

²⁴⁵ ראו לעיל, פרק ו.

²⁴⁶ ראו בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 26.04.2020).

פרשנות המדינה, שלפיה הימים שבהם שוהה אדם בבידוד מחשש להדבקה בנגיף ייחשבו כימי מחלה על-פי תעודת מחלה גורפת.²⁴⁷

שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לתקנות-שעת-חירום. ברמת העיקרון, אף רשות לא טענה שהממשלה רשאית לפעול ללא סמכות על-פי דין. להיפך, נראה כי היועץ המשפטי לממשלה דבק במודל הישראלי של משפט גם מחוץ לכתלי בית המשפט, וסבר שמודל זה, לרבות דרישת הסמכות כפי שבוארה בפסיקה, הוא התשתית לפעולות הממשלה בתקופה הקורונה.²⁴⁸ ממילא בית-המשפט לא אימץ מעולם טענה קיצונית כזאת בדבר שחרור רשויות המנהל מדרישת הסמכות – לא במפורש ולא במשתמע.

אף על פי כן, הלכה למעשה, עיון מעמיק בפסקי הדין המנומקים של בית המשפט העליון מלמד כי דרישות אלה לא נשמרו ואף לא יושמו על-ידי הרשות השופטת. הדבר בולט במיוחד בכל הנוגע לשימוש בתקנות-שעת-חירום על-ידי הממשלה. בניגוד לממשלות ישראל ב-14 השנים הראשונות לקיום המדינה, לא גילתה הממשלה זהירות מזערית בשימוש שעשתה בכלי חקיקתי בעייתי זה בתקופת הקורונה. על-פי בדיקה שנערכה במאגר נבו בתאריך 18.08.2020, הוציאה הממשלה לא פחות מ-104 תקנות-שעת-חירום, אשר פורסמו בקובץ התקנות, במהלך חמישה חודשים בלבד, בחודשים מרס עד יולי 2020.

רבות מהתקנות הללו פגעו בזכויות-יסוד, ומהן שפגיעתן בזכויות הייתה קשה עד מאוד.²⁴⁹ היועץ המשפטי לממשלה אמנם התריע כי שימוש מופלג ומתמשך זה בתקנות לשעת חירום אינו הולם את הדין, אך צעדים נחוצים להקפדה על דרישת הסמכות לא ננקטו.²⁵⁰ על רקע זה, עלו המוכים – אזרחים, גופים ורשויות – לבית-המשפט העליון שבירושלים וזעקו כי אין למכיהם רשות בדין לעשות את אשר הם עושים. באי כוחם העלו טענות חוזרות ונשנות לחוסר סמכותה של הממשלה לפגוע בזכויות היסוד ובאינטרסים חשובים של שולחיהם באמצעות תקנות לשעת חירום.

על פני הדברים, טענות העותרים מוצקות ומשכנעות, שכן מצב החירום לא שיתק את הכנסת, אשר הייתה מסוגלת בהחלט לקיים הליכי חקיקה.²⁵¹ על-פי המודל המעורב של משפט הנוהג בישראל, מסוגלות הכנסת לקיים הליכי חקיקה ולקבוע הסדרים בחקיקה ראשית – קבועה או זמנית, שוללת את סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום. תנאי מפורש זה לקום הסמכות להתקין תקנות שעת חירום נומק וחווד בפסיקה שבחנה את קשת המצבים – הן על רקע עובדות המקרים שעמדו להכרעה, הן במבט צופה פני עתיד למצבי חירום אפשריים שעלולים להתרגש על המדינה – והבהירה את מקור הסמכות ואת גבולותיה.²⁵²

²⁴⁷ ראו פרשת **סל**, לעיל ה"ש 244.

²⁴⁸ ראו, לדוגמה, מכתב מעו"ד אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה, לח"כ בנימין נתניהו, ראש הממשלה (6.04.2020); מכתב מעו"ד גיל לימון, עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה, לעו"ד דן יקיר, האגודה לזכויות האזרח (5.04.2020).
²⁴⁹ לכמה מתקנות שעת החירום בראשית המשבר, אשר כללו, בין היתר, חובת בידוד במקום מוגדר, הגבלות חמורות על יציאת אדם מביתו, סגירת עסקים, שירותים ומוסדות לימוד במרחב הציבורי, קביעת הוראות עונשיות ודרכי אכיפה, איסור על התאגדות והתאספויות, ומניעת מפגשים ראו: תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"פ-2020, ק"ת 756; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"פ-2020, ק"ת 812; תקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"פ-2020, ק"ת 820; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), התש"פ-2020, ק"ת 1026; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (בידוד במקום לבידוד מטעם המדינה), התש"פ-2020, ק"ת 1022.

ריבוי הפגיעות בזכויות היחיד ועוצמתן לא נעלמו מעיני בית המשפט. כך, למשל, כתב בית המשפט: "זכויות חוקתיות בסיסיות כמו הזכות לפרטיות, לקניין, לחופש העיסוק ולחופש התנועה בתוך ישראל נאלמות דום מול מונחים כמו סגר והסגר, כתר, מחסומי דרכים, איכון טלפונים על ידי השב"כ, ריחוק חברתי ועוד. כל אלה חולפים בסך לפנינו כמו חלום בלהה דיסטופי במדינה דמוקרטית שחירויות האזרח הן בבסיס קיומה. בימים של שגרה, אמצעים אלה היו נפסלים על אתר כבלתי חוקיים בעליל...".
ראו פרשת לוונטה, לעיל ה"ש 253.

²⁵⁰ מכתב מעו"ד אביחי מנדלבליט, לעיל ה"ש 248.

²⁵¹ על יכולתה של הכנסת לקיים הליכי חקיקה ואף לקבוע הסדרים מתאימים בחקיקה ראשית תוך זמן קצר ניתן ללמוד גם על דרך של השוואה. כך, למשל, בממלכה המאוחדת – מדינה שאיחרה להגיב לקורונה – עבר חוק מקיף, לאחר אישור שני בתי הפרלמנט בהסכמת המלכה, כבר ב-25.03.2020 – תוך 6 ימים בלבד. ראו: Coronavirus Act, 2020. לדוגמה נוספת מניו-זילנד ראו: COVID-19 Response (Urgent Management Measures) Legislation Act; Imprest Supply (Third for 2019/2020) Act, 2020.

²⁵² ראו פרשת **פריצקי**, לעיל ה"ש 235, הטקסט הסמוך אליה והפסקות העוקבות. עוד ראו פרשת **פוזר**, לעיל ה"ש 230.

לפיכך, על-פי חוק-יסוד: הממשלה ופרשנותו בפסיקה, לא קנתה הממשלה סמכות להתקין תקנות-שעות-חירום כלל, לא כל שכן תקנות-שעות-חירום הפוגעות בזכות מזכויות היחיד. ודאי שהתנאים לרכישת הסמכות לא התקיימו בכל נקודות הזמן הרלבנטיות.

למרות זאת, טענות אלה לחוסר סמכות נדחקו על-ידי בית-המשפט העליון לקרן זוית. על-אף הכרה מפורשת בפגיעתן הקשה של התקנות בזכויות, חמק בית-המשפט הגבוה לצדק מיישום דיני הסמכות. תחילה הניח בית-המשפט, מבלי לבחון לעומק את הדברים או לנמק את הנחתו השנויה במחלוקת, כי הממשלה דווקא קנתה סמכות להתקין תקנות-שעות-חירום, ובכך הניח את המבוקש, שכן טענת העותרים הייתה לחוסר סמכות. לאחר מכן הפנה בית-המשפט לעתירה מסוימת אחת, שבה בכוונתו לקיים דיון עקרוני בסמכות הממשלה להתקין תקנות-לשעות-חירום חלף חקיקה אפשרית בכנסת.²⁵³

בינתיים נדחו העתירות ללא הכרעה בשאלת הסמכות, וכך, לאמתו של דבר, נדחו עתירות ללא בירור הטענות המשפטיות שבבסיסן, אף על פי שהעובדות הרלבנטיות לא היו שנויות במחלוקת ונוכח האפשרות המסתברת כי הממשלה פוגעת בעותרים בניגוד לדין. הווי אומר, בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק דחה עתירות לגופן למרות פגיעה מוכחת בזכויות יסוד מבלי לבחון את חוקיות ההחלטות שנתקפו ישירות ובמפורש במקרים שלפניו.

בסופו של דבר, נמנע בית-המשפט העליון מהכרעה אפילו בעתירה שאליה הפנה לצורך דיון עקרוני בשאלת הסמכות, לאחר שפקע תוקפן של תקנות-שעות-החירום, בטענה שהעתירה התייתרה.²⁵⁴ בפסק הדין הקצר, שבו הוחלט על מחיקת העתירה, הדגיש בית-המשפט את המשכיות דיני הסמכות ואף רמז שהממשלה לא פעלה לפיהם, לכל הפחות, בכל הנוגע למרבית התקנות, אשר הותקנו לאחר השבעת הכנסת העשרים ושלוש והקמת הוועדה המסדרת.²⁵⁵ במילים אחרות, בפועל, נעשו מעשים שלטוניים קשים ופוגעניים – על פני הדברים ועל-פי הנטען, בניגוד לדין – והמוסד האמון על פרשנות הדין ועל קביעת המותר והאסור על-פיו לרשויות המנהל בדרך של הכרעה במחלוקת משפטיות נמנע מביצוע הפונקציה שיוחדה לו בשיטת המשפט הישראלית. אם כן, לאורך התקופה הנבחנת נראה כי הממשלה נקטה צעדים רחבי היקף, חובלי-זכויות ומרחיקי לכת ללא סמכות בדין, ובית המשפט העליון נמנע פעם אחר פעם מבירור הטענות המשפטיות, מהבהרת הדין ומאכיפתו.

פסק דין בעל נופך עקרוני מוגבל בשאלת חוקיותן של תקנות-שעות-חירום בתקופה הרלבנטית ניתן רק מאוחר יותר, בינואר 2021 (להלן גם – פסק הדין המאוחר).²⁵⁶ פסק הדין עסק בשאלת תוקפם של הליכים פליליים ומנהליים בעבירות שלא נקבעו בחקיקה ראשית או על-פיה, אלא בתקנות-שעות-חירום שהותקנו

לא כל השופטים נימקו באופן ברור את האיסור המשפטי על התקנת תקנות שעות חירום במצב של כנסת מתפקדת המסוגלת לקיים הליכי חקיקה כתנאי לקניית הסמכות; למקרא כמה מן הנימוקים ניתן היה לחשוב שאיסור זה נובע דווקא מדיני שיקול הדעת. עם זאת, מבחינה מהותית, האיסור על עצם השימוש בתקנות שעות חירום במצב של כנסת המסוגלת לקיים הליכי חקיקה הוא תנאי לקניית סמכות. כך יש להבין ולהנהיר את פסקי הדין הללו.

²⁵³ ראו, לדוגמה: בג"ץ 4327/20 **ראש העיר אלעד נ' ראש הממשלה**, פס' 24 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 28.06.2020); בג"ץ 2818/20 **עציון נ' ראש הממשלה**, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 19.05.2020); בג"ץ 2705/20 **סמדר נ' ממשלת ישראל**, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 27.04.2020); בג"ץ 2435/20 **לוונטהל נ' ראש הממשלה**, פס' 9-11 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.04.2020); בג"ץ 2394/20 **באמונתו יחיה נ' ראש הממשלה**, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.04.2020) (להלן: פרשת **התפילות בשטח פתוח**). במקרים אחרים בית-המשפט לא התייחס בנימוקיו כלל לטענה של היעדר סמכות להתקין תקנות-שעות-חירום. ראו, לדוגמה, בג"ץ 2956/20 **רוזנבלט נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 10.05.2020).

²⁵⁴ ראו בג"ץ 2399/20 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 16.08.2020). לדוגמה נוספת לדחיית עתירה על רקע התייתרותה בשל השינויים המהירים בעת המשבר ראו בג"ץ 2382/20 **לשכת יועצי המס בישראל נ' ראש הממשלה**, פס' 7 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 28.07.2020).

²⁵⁵ פרשת **עדאלה נ' ראש הממשלה**, לעיל הי"ש 254, בפס' 3-5 לפסק הדין.

²⁵⁶ ראו בג"ץ 5314/20 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 10.01.2021).

על-ידי הממשלה באמצע חודש מרס 2020. בית המשפט הבהיר כי שאלת סמכות הממשלה להתקין תקנות-שעת-חירום בנסיבות המתוארות היא שעומדת במוקד הדיון.²⁵⁷ ברמת ההצהרה, בולטים מאמציו של בית המשפט להציג את פסק דינו כהמשך ישיר לדין שהתפתח בשאלת הסמכות, שבמרכזו ייחוד החקיקה לרשות המחוקקת למעט מצבים שבהם מצב החירום מחייב התקנת תקנות-שעת-חירום בידי הממשלה, אשר ייבחנו במשנה זהירות.²⁵⁸

אולם בפסק דין זה אין משום הצדקה של ממש למעשי הממשלה ולמעשה השיפוטי בתקופה הנדונה על-פי המודל הישראלי של משפט, כפי שבא לידי ביטוי במשפט הציבורי טרם תקופת הקורונה. נראה, כי פסק הדין ביקש לתרץ בדיעבד את הימנעותו של בית המשפט מהכרעה בשאלת הסמכות בתקופה הרלבנטית,²⁵⁹ ויש בו משום חיזוק לטענה בדבר שמיטת הדין בתקופת הקורונה וניסיון לתלות את המעשה השיפוטי בתקופה זו בתת-קבוצה חריגה בתוך אב-הסוג של מצבי חירום. הנימוק המרכזי של בית המשפט בפסק הדין המאוחר הוא כי בנסיבות הספציפיות ששררו בעת התקנת תקנות-שעת-חירום לא ניתן לקבוע כי תקנות אלה הותקנו בחוסר סמכות בשל הסמיכות לבחירות – לפני השבעת הכנסת או לאחר השבעתה אך לפני הקמת הוועדות. נימוקי פסק הדין מעלים שורה של קשיים.

ראשית, פסק הדין המאוחר מתיימר לתרץ התקנת תקנות-שעת-חירום רק עד הקמת הוועדות.²⁶⁰ פירוש הדבר הוא שעל-פי הגיונה הפנימי של ההנמקה בפסק הדין, יש בה כדי להתמודד עם טענות לחוסר סמכות רק עד הקמת ועדות הכנסת, דהיינו ביחס למספר מוגבל של תקנות-שעת-חירום אשר הותקנו בפרק זמן תחום. שנית, וחשוב מכך, הנימוק המובא בפסק הדין מעורר קשיים ניכרים. בכל הנוגע לתקופה שלפני השבעת הכנסת הוא עומד במתח עם העיקרון החוקתי של רציפות הכנסת,²⁶¹ אשר בדומה לעיקרון רציפות הממשלה, נועד דווקא להבטיח פעולה תקינה של רשויות השלטון בכל עת, לא כל שכן במשבר לוחץ מסוגו של משבר הקורונה.²⁶² בכל הנוגע לתקופה שלאחר השבעת הכנסת הוא סוטה מהותית מהדרישה הכפולה לשיתוק הכנסת (מרכיב ראשון) כתוצאה ממצב החירום (מרכיב שני),²⁶³ שכן הכנסת לא הייתה משותקת, והקושי המסוים לחוקק בכנסת באופן סדור לא נבע ממצב החירום. לאמתו של דבר, הקושי לקיים הליכי חקיקה סדורים בכנסת נבע בראש ובראשונה מתמרונים פוליטיים.²⁶⁴

אם כן, הנסיגה מהדרישה הבסיסית של סמכות במשפט הציבורי היא המופע המובהק ביותר של שמיטת הדין בתקופת הקורונה.

בשונה משמיטת דיני הסמכות בתקופת הקורונה, בית-המשפט העליון הקפיד, להלכה, על דיני ההליך ועל דיני שיקול הדעת. בפסקי הדין השונים נבחנו, בין השאר, טענות העותרים לתשתית עובדתית לקויה,²⁶⁵ לחוסר סבירות או מידתיות,²⁶⁶ ולפגיעה בשוויון.²⁶⁷ טענות אלה נדונו לגופן, על בסיס כפיפותן של הרשויות

²⁵⁷ שם, בפסי' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

²⁵⁸ ראו, לדוגמה: שם, בפסי' 10-12 ו-17 לפסק דינו של השופט עמית.

²⁵⁹ שם, בפסי' 18 לפסי' דינו של השופט עמית.

²⁶⁰ ועדות זמניות הוקמו כבר באמצע-סוף מרס 2020. ראו הכנסת **סיכום פעילות הוועדה המסדרת במהלך המושב הראשון של הכנסת ה-23** <http://www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/arr-23.pdf>. בתקופה זו לא שבתה הכנסת מחקיקה, ואף נערכו שינויים משמעותיים בחוקי יסוד.

²⁶¹ ראו סי' 37 לחוק-יסוד: הכנסת.

²⁶² ראו בג"ץ 9577/02 **סיעת המפד"ל, המפלגה הדתית לאומית המזרחי נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נז(1) 710, 714 (2002).

²⁶³ ראו לעיל הערות 238-233 והטקסט שמולן.

²⁶⁴ ראו בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב-ראש הכנסת** (פורסם בנבו, 23.03.2020).

²⁶⁵ ראו פרשת **רמות אלון**, לעיל הי"ש 244.

²⁶⁶ ראו פרשת **בן מאיר**, לעיל הי"ש 246, בפסי' 35-42 לפסק דינה של הנשיאה חיות; פרשת **סמדר**, לעיל הי"ש 253, פסי' 12-17 לפסק דינו של השופט עמית; פרשת **לוונטהל**, לעיל הי"ש 253, פסי' 20 לפסק דינו של השופט עמית.

²⁶⁷ ראו בג"ץ 2359/20 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 14.04.2020) (להלן: פרשת **הבדיקות לאוכלוסייה הבדואית**).

לדין, בייחוד לנורמות של המשפט הציבורי, וליישום הנורמות על-ידי בית-המשפט באותם מקרים שמגיעים לביור שיפוטי. ובכן, דיני ההליך ודיני שיקול הדעת, כפי שבאו לידי ביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון בתקופת הקורונה, מבטאים גם הם מודל מובהק של משפט, המתבסס על שלטון החוק בכל עת. לכאורה, עמדה הרשות השופטת על משמר דיני ההליך ודיני שיקול הדעת.

עם זאת, נימוקי פסקי הדין מלמדים שיש להטיל ספק ביישום המודל הישראלי של משפט בתקופה זו גם כאשר נבחנים דיני ההליך ושיקול הדעת. אף על פי שבחינת דיני ההליך ושיקול הדעת דורשים בחינה מעמיקה יותר ודיון רחב יותר, ניתוח פסקי הדין מעלה כי יישום המודל הישראלי של משפט סבל מקשיים ניכרים גם בהקשר זה. עיון מעמיק בפסקי הדין מלמד כי יש לסייג את הקביעה העקרונית בדבר הקפדה של בית המשפט על דיני ההליך ושיקול הדעת בתקופה הרלבנטית של תחילת משבר הקורונה, הואיל והמעשה השיפוטי בתקופה זו ידע גם הוא רפיון מה. לרפיון המעשה השיפוטי שני רכיבים עיקריים. מאפיין ראשון הוא הפלגה בחומרת המצב כצידוק עקיף, משתמע או משני לבחינה שיפוטית מקלה של המעשה המנהלי הנדון.²⁶⁸ צידוק זה נוסף על הנימוקים המשפטיים הקלאסיים שבפסקי הדין ולא בא במקומם. כמה מהתיאורים של חומרת המצב, שאינם מבוססים ומנומקים, אף נראים מופרזים על רקע מאפייני משבר הקורונה, אשר בשונה ממצבים קשים אחרים, אינם כוללים, לכל הפחות – בעת מתן פסקי הדין, סכנה לעצם קיום המדינה, למשטר הדמוקרטי או למוסדותיה המרכזיים. כך, למשל, דומה שלא היה מקום לקבוע ש"הימים האלה הם ימי משבר לאומי ועולמי בממדים ובהיקף שכמותם לא ידענו",²⁶⁹ או להעיר ש"הדאגה לשלום החולים והחרדה לגורל המדינה חוצות מגזרים וכולנו שותפים לה, והסוף מי ישרונו".²⁷⁰ מבחינה היסטורית, הן העולם, הן מדינת ישראל ידעו גם ידעו משברים בממדים ובעוצמות חמורים יותר, ומבחינה אובייקטיבית, לא נשקפה סכנה לקיום המדינה בתקופה זו עקב משבר הקורונה.²⁷¹

מאפיין נוסף של הרפיון המסוים במעשה השיפוטי הוא התנסות מוגברת. המושג התנסות, כאמור, מוכר לאחרונה במשפט הציבורי ואינו ייחודי למצבי חירום. אלא שמושג זה שנוי במחלוקת, ועל השימוש שנעשה בו במשפט הציבורי באופן כללי נמתחה ביקורת נוקבת.²⁷² ברם, התנסות שיפוטית תפסה מקום משמעותי בדיונים האקדמיים בדבר היחס שבין שלטון החוק למצבי חירום.²⁷³

התנסות מוגברת בשעת חירום באופן שמשעה בפועל עיקר מעיקריו של המשפט הציבורי היא סממן למודלים של אי-חוקיות. למרות שפסקי הדין בתקופת הקורונה אינם מצהירים על התנסות מוגברת בפני הרשויות בשעת משבר, וממילא אינם גורסים שבשעת חירום חל שינוי יסודי בנורמות של המשפט הציבורי, נראה כי נעשה שימוש רב ברטוריקה מרסנת המוכרת שנים רבות במשפט הישראלי, אשר מתבססת על

²⁶⁸ פרשת **בן מאיר**, לעיל ה"ש 246, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה חיות; פרשת **רמות אלון**, לעיל ה"ש 244, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ברון; פרשת **לוונטהל**, לעיל ה"ש 253, פס' 1 לפסק דינה של השופטת עמית.

²⁶⁹ פרשת **בן מאיר**, לעיל ה"ש 246, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות.

²⁷⁰ פרשת **רמות אלון**, לעיל ה"ש 244, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ברון.

²⁷¹ לחששות קיומיים לפני מלחמת 1967 ראו, לדוגמה, אברהם דיסקין "המפה הפוליטית של ישראל" **העשור השלישי: תשכ"ח-תשל"ח** 33, 34 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 2008); ישראל טל ויאיר טל **ישראל טל: פרקים למלחמת יום הכיפורים** 44-43 (2019). לפי תפישה רווחת במלחמת יום הכיפורים (1973) עמדה מדינת ישראל בפני סכנה קיומית. ראו, למשל: מוטי ספא ואיל בן ארי "מאחורי הקלעים של הגידול בכוח האדם בעקבות מלחמת יום הכיפורים – ניתוח המנגנונים הארגוניים" **מרכז דדו** (1.02.2021) <https://www.idf.il/> אתרי-יחידות/מרכז-דדו/גיליון-27-26-בניין-כוח-אדם/מאחורי-הקלעים-של-הגידול-בכוח-האדם-בעקבות-מלחמת-יום-הכיפורים-ניתוח-המנגנונים-הארגוניים-ד-ר-מוטי-ספראי-ופרופ-איל-בן-ארי; יובל דיסקין "על סף מלחמת אזרחים" **YNET** (22.10.2022) <https://www.ynet.co.il/news/article/bk3szmwvj>; חיים סבתו "תיאום כוונות: מלחמת יום הכיפורים מנקודת מבטו של חייל" **טראומה לאומית: מלחמת יום הכיפורים אחרי שלושים שנה ועוד מלחמה** 379, 380-381 (משה שמש וזאב דרורי עורכים, 2008). כאמור, כל הערכה באשר לאיום הקיומי והתחושות אודותיו חורגת ממסגרת מאמר זה.

²⁷² ראו לעיל, ה"ש 130.

²⁷³ ראו, לדוגמה, בניתוחם של פוזנר וורמיוול, לעיל הערות 23-28 והטקסט הסמוך להן. ראו עוד סתי, לעיל ה"ש 135, בעמ' 77-74.

מומחיות הרשות, על שיקול דעת רחב הנתון לרשויות, ועל הזהירות של בית-המשפט בהתערבות. ²⁷⁴ במקרים אחדים אף העירו שופטים כי שיקולים אלה לאי-התערבות שיפוטית חלים ביתר שאת בתקופת הקורונה. ²⁷⁵ כך נוצר מצב שבו, למעשה, התיר בית-המשפט העליון, במודעות מלאה וללא כחל ושרק, פגיעות קשות ביותר בזכויות היחיד, שקשה מאוד לקבלן בדמוקרטיה המושתתת על שלטון החוק. ²⁷⁶ בעוד שנימוקים ספציפיים, כגון אמירות בדבר התנסגות מוגברת, עשויים להתפרש כרמז לריפיון ביישום המודל הישראלי של משפט, הרי שמההנמקה כללית והעקרונית של בית-המשפט עולה בבירור כי מעשים שלטוניים חובלי-זכויות אלה אינם אסורים על הרשויות בתקופת הקורונה עקב שינוי הנסיבות, וקבלתם אינה נובעת משינוי נורמטיבי יסודי. פירוש הדבר הוא שבשל שינוי הנסיבות מעשי המנהל עונים על דרישות הדין, לאמור: הכוח השלטוני הופעל בהתאם למשפט הציבורי בנסיבות שבהן הופעל.

לצד ביטוי חשוב זה של המודל הישראלי של משפט, לא מן הנמנע שהמעשה השיפוטי נגוע בהתנסגות-בפועל, אף מעבר להצהרות בדבר תחולה מוגברת בתקופה הנדונה של השיקולים לאי-התערבות שיפוטית, שכן הרושם המצטבר הוא של רפיון ביישום השיפוטי של הנורמות הרלבנטיות מן המשפט הציבורי, בעיקר בכל הנוגע לפגיעה בזכויות. כך, למשל, הבחינה של התשתית העובדתית נראית קצרה ולא מעמיקה על-פי המבחנים המוכרים בפסיקה, טענות לפגיעה בשוויון נדחו בפסקי דין כלליים למדיי, ובחינת הסבירות והמידתיות בפסקי דין רבים לקונית ואינה מנתחת את ההחלטות הנתקפות בצורה שיטתית על-פי מבחני-המשנה שפותחו בפסיקה ובספרות. ²⁷⁷ לפיכך, ואף על-פי שהדברים אינם חד משמעיים כבסוגיית הסמכות, מידת ההתנסגות של הרשות השופטת בתקופה הנדונה והאפשרות ליישבה עם המודל הישראלי של משפט טעונה, לכל הפחות, בחינה ביקורתית.

שני מאפיינים אלה של הרפיון השיפוטי בתקופה הקורונה: הפרזה בעוצמת המשבר והתנסגות מוגברת, מהווים חיזוק לסימני השאלה שמציבה התעלמות הרשויות, לרבות בית המשפט, מדרישת הסמכות. התעלמות הרשויות מדרישת הסמכות, אף אם דרישת הסמכות לא בוטלה או שונתה מן היסוד באופן מוצהר ומפורש בפסקי הדין, קירבה את ישראל להתכחשות לאחד מעיקרי המשפט הציבורי בחירום, ובכך סימנה סטייה מהמודל הישראלי של משפט. אף כי די במעשה השיפוטי בכל הנוגע בדרישת הסמכות כדי להצביע על השבר שנוצר בתקופת הקורונה הנדונה במאמר, שני המאפיינים הנוספים של הרפיון השיפוטי מחזקים את המסקנה המסתמנת כי בתקופה זו הייתה חריגה ממשית ממודל של משפט בגרסה שנוצרה בישראל.

²⁷⁴ ראו בג"ץ 5254/20 תל יו אירוועי יוקרה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 12 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 17.08.2020); בג"ץ 2397/20 דורון, טיקוצקי, קנטור, גוטמן, נס עמית גרוס עורכי דין נ' ממשלת ישראל, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (12.05.2020); בג"ץ 2931/20 באמונתו יחיה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 10.05.2020) (להלן: פרשת ההילולה במירון); פרשת רוזנבלט, לעיל ה"ש 253, בפס' 3 לפסק דינו של השופט מינץ; פרשת לוונטהל, לעיל ה"ש 253, בפס' 17 לפסק דינו של השופט עמית; בג"ץ 2589/20 לשכת רואי החשבון בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 17 ו-19 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 30.04.2020); פרשת הבדיקות לאוכלוסייה הבדואית, לעיל ה"ש 267, בפס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין.

²⁷⁵ ראו פרשת לשכת יועצי המס, לעיל ה"ש 254, בפס' 8 לפסק דינו של השופט מינץ.
²⁷⁶ להכרה השיפוטית בפגיעות קשות ומצטברות בזכויות ראו, לדוגמה: פרשת ראש העיר אלעד, לעיל ה"ש 253, בפס' 18 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; פרשת התפילות בשטח פתוח, לעיל ה"ש 253, בפס' 6 ו-8 לפסק הדין; פרשת בן מאיר, לעיל ה"ש 246, בפס' 35-42 לפסק דינה של הנשיאה חיות; פרשת רמות אלון, לעיל ה"ש 244, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ברוך; פרשת לוונטהל, לעיל ה"ש 253, בפס' 1, 12, 19 לפסק דינו של השופט עמית; פרשת סמדר, לעיל ה"ש 253, בפס' 1-3 ו-8 לפסק דינו של השופט עמית; פרשת עציון, לעיל ה"ש 253, בפס' 1 ו-8 לפסק דינו של השופט עמית.

²⁷⁷ ראו, לדוגמה: פרשת תל יו, לעיל ה"ש 274, פס' 13 לפסק דינו של השופט מינץ; פרשת ראש העיר אלעד, לעיל ה"ש 253, בפס' 20 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; פרשת עציון, לעיל ה"ש 253, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית; פרשת ההילולה במירון, לעיל ה"ש 274, בפס' 11 לפסק הדין; פרשת לוונטהל, לעיל ה"ש 253, פס' 20 לפסק דינו של השופט עמית, בג"ץ 2960/20 ליון נ' ממשלת ישראל, פס' 3 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 10.05.2020); בג"ץ 2471/20 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 16.04.2020).

ט. סיכום

כבחייהם של בני-אנוש, כן בחייהן של אומות מתרגשים משברים, וגם זמנים קשים הם מנת חלקן: "עת לבפות ועת לשחוק, עת ספוד ועת רקוד... עת לחשות ועת לדבר... עת מלקמה ועת שלום".²⁷⁸ מהן ומיהן חברות מאורגנות בימי חייהן? האם גם הקשות שבעתותיהן הן שלהן כחלק מחייהן או שמא עתות קשות אלה מצויות אי-שם מחוץ להווייה? האם בזמנים קשים חדלות המדינות להיות הן עצמן? ואם אבדה דמות המדינה ואיננה, הכיצד תשוב המדינה לעצמה בעצמה?

גם כך ניתן להשקיף על הסוגיות הנדונות במאמר זה. הוא עוסק בדמוקרטיה מודרנית ומתמקד בישראל. מטרתו היא לבחון כיצד ראוי לה לישראל כדמוקרטיה מודרנית מבית המשפט המקובל להתמודד עם משברים חמורים ברמה הלאומית. לשם בחינה זו נערך דיון במהותם של משברים אלה ובדרכים האפשריות לתפוש אותם ולהתמודד עמם. שתי גישות מרכזיות הוצבו האחת מול משנתה. האחת תופשת את המשבר כאירוע מעולם אחר המצוי מחוץ להוויית המדינה ומשערת שאין המדינה הדמוקרטית יכולה להתמודד עם משבר זה בעצמה, בתור עצמה. הגישה השנייה תופשת משברים כחלק ממציאות חייה של מדינה דמוקרטית, ובכלל זה דמוקרטיה מודרנית מבית המשפט המקובל, ולכן דורשת מן המדינה להתמודד עם המשבר כמי שהיא, על כלל איבריה, יכולותיה, תעצומותיה ומגבלותיה.

הגישה הראשונה סובלת מקשיים רבים ועמוקים, שאינם מאפיינים את הגישה השנייה. לפיכך, אומצה הגישה השנייה בישראל ובעולם המשפט המקובל. הגישה שאומצה מתאפיינת בכליות נורמטיבית שמקחה את עוקץ השאלה הכללית-תיאורטית מהו מצב חירום. כליות זו נשענת על עקרונות-יסוד של שיטת המשפט. גישה זו שומרת על רצף נורמטיבי שנותן מענה לשינויי נסיבות, מהם גם שינויים חדים ומהירים. למשפט הציבורי, אשר מסדיר את הפעילות השלטונית במדינה, תפקיד מושרש ומרכזי בגישה זו.

ישראל השכילה לאמץ את הגישה השנייה וליצור מודל מקומי של משפט לכל עת. מודל מובהק זה של משפט נבנה במהירות בימיה הראשונים של המדינה ולא חדל להתפתח. הוא משתקף בבהירות בהסדרה הכוללת של הפעילות השלטונית במשפט הציבורי משלב קניית סמכות כדן, עבור בהליך כדן וכלה בשיקול דעת שלטוני על-פי חוק. להלכה, מודל ישראלי זה של משפט, על הכוליות הנורמטיבית שמאפיינת אותו, נשמר גם בתקופת הקורונה. אך הפעילות השלטונית, כמו גם פסקי הדין, בתקופה זו מעידים על שמיטת הדין או על רפיון ביישומו. שמיטת הדין באה לידי ביטוי, לכל הפחות, בשבר שאירוע בדרישת הסמכות. יש לקוות כי הבנה טובה ועמוקה יותר של המודל הישראלי של משפט תסייע במניעת שמיטת הדין בעתיד, ואולי יעלה מאמר זה את תרומתו לכך.

²⁷⁸ קהלת, פרק ג, פסוקים ד, ז ו-ח.