

חוקה למצבי חירום

מאת

דפנה ברק־ארז*

ההתמודדות עם מצבי חירום מלווה את המשפט הישראלי מאז חקיקתה של פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, שהכירה באפשרות של הכרזה על מצב חירום ושל התקנת תקנות לשעת חירום כאשר הכרזה זו בתוקף. מאוחר יותר, הסדר עקרוני זה עוגן בחוק יסוד: הממשלה. המאמר בוחן את הסדרת הנושא בהתייחס לניסיון המצטבר של המשפט הישראלי עצמו, כמו גם של שיטות משפט אחרות. באופן יותר ספציפי, המאמר מתחקה אחר לקחיו של הניסיון הישראלי בתחום של הסדרים לשעת חירום. תחילה הוא בוחן הפרדיגמה שאימץ המשפט הישראלי בתחילת דרכו – זו שמבוססת על הכרזה על מצב חירום. בהמשך, מוצגת הטענה כי המשפט הישראלי מתרחק בהדרגה מעמדתו המוצהרת לגבי הסדרתם של מצבי חירום, ועובר לפרדיגמה חדשה שבמסגרתה החקיקה הרגילה מותאמת מראש להתמודדות עם מצבי דחק ביטחוניים, באופן שאינו תלוי בקיומה של הכרזה פורמאלית על שעת חירום.

א. מבוא. ב. הסדרה חוקתית לשעת חירום: הגדרת השאלות. ג. הפרדיגמה המסורתית: הכרזה על מצב חירום; 1. שלב ראשון: הכרזה על מצב חירום מכוח חקיקה רגילה; 2. שלב שני: הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכויות לשעת חירום; 3. שלב שלישי: ההסדרה החוקתית של דיני החירום; 4. שלב רביעי: הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכויות לשעת חירום לאחר חוקי היסוד. ד. הפער בין הדין למציאות: הזמני הקבוע. ה. חוקה לשעת חירום במבט השוואתי. ו. לקראת פרדיגמה חדשה? חקיקת חירום ללא שעת חירום; 1. חקיקת קבע וחקיקה של הוראות שעה; 2. חקיקה של הוראות שעה

* שופטת בית המשפט העליון. המאמר נכתב ונמסר לדפוס בעת שהמחברת שימשה כפרופסור מן המניין ומופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המחברת מודה לאייל גרוס על הערותיו ולשיר אשכול על עזרתה במחקר.

ביטחוניות במבט השוואתי; 3. הפן החוקתי של הוראות השעה; 4. הוראות שעה מתמשכות: האם ההיסטוריה חוזרת? ז. סיכום: דיני חירום במבט לעתיד.

א. מבוא

ההסדרה החוקתית של ההתמודדות עם מצבי חירום מלווה את המשפט הישראלי משחר לידתו – מאז פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. הפקודה, שקבעה את הסדרי היסוד של המשפט הישראלי, הכירה באפשרות של הכרזה על מצב חירום והתקנת תקנות לשעת חירום כאשר ההכרזה בתוקף.¹ המאמר מבקש לבחון הסדרה זו בהתייחס לניסיון המצטבר בתחום המשפט הישראלי עצמו, כמו גם בשיטות משפט אחרות. הדיון בשאלת ההסדרה המשפטית של מצבי חירום זכה לעדנה מחודשת בעקבות המאבק העולמי בטרור מאז ה-11 בספטמבר 2001, אז נדרשו אליה גם מדינות שלא היו מורגלות בכך. המקרה הישראלי מעניין וחשוב בהקשר זה מכמה בחינות. ראשית, הוא מהווה דוגמה טיפוסית לאחד המודלים המקובלים בעולם בנושא: מודל המבוסס על הענקת סמכויות נוספות לרשות המבצעת במקרה של הכרזה על מצב חירום. שנית, מאז היווסדה ועד היום, ניצבת מדינת ישראל בפני סכנות ביטחוניות חמורות. לפיכך, הרגולציה החוקתית של דיני החירום אינה אך עניין למשפט שבספר, אלא מעבדה חיה. שלישית, האיום הביטחוני על קיומה של מדינת ישראל הוא אחת הסיבות שבעטיין המפעל החוקתי בישראל טרם הושלם. רביעית, המתכונת הנרחבת יחסית של ביקורת שיפוטית על החלטות בתחום הביטחוני שנוהגת בישראל מניחה תשתית לבחינת תפקידה של ביקורת זו בכל הנוגע להפעלת דיני החירום. כאן שמור מקום של כבוד לפסק דינו של השופט שלמה לוין בעניין פורז, שהרחיב את גבולות הביקורת השיפוטית על התקנת תקנות לשעת חירום והכיר באפשרות של פסילת תקנות כאמור שהותקנו בנסיבות שבהן הייתה אפשרית דרך של חקיקה.² הערכת המעמד החוקתי של דיני החירום מתאימה אפוא במיוחד לספר המציין את תרומתו החשובה של השופט לוין, לשעבר המשנה לנשיא בית המשפט העליון, למשפט הישראלי. בהמשך למבוא (המשמש כפרק א), המאמר פותח בהצגת השאלות המרכזיות שמעוררת ההסדרה החוקתית של שעת חירום, תוך הצגת המקרה הישראלי בהקשר רחב יותר זה (בפרק ב). תחילה בוחן המאמר את הפרדיגמה המסורתית של דיני החירום של ישראל, המושתתת על הכרזה על שעת חירום, תוך התמקדות בשתי תמורות עיקריות – המעבר

1 ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1.
2 בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990) (להלן – עניין פורז).

מהסדרה בחקיקה רגילה להסדרה בחוקי יסוד וחזוק הביקורת השיפוטית על ההצדקה להפעלתן של סמכויות חקיקה לשעת חירום (בפרק ג). במקביל, מוצג עקב אכילס המרכזי של ההסדר גם מהיבט הביקורת השיפוטית: התמשכות ההכרזה על מצב חירום כך שמצב החירום הפך לנורמה (בפרק ד). הדיון ממשיך לעבר הערכה השוואתית של מודל ההסדרה לשעת חירום (בפרק ה). בשלב זה סוטה המאמר מן הנתיב המקובל של הדיון ומצביע על השימוש הגובר בחקיקה של "הוראות שעה" – הסדרים מיוחדים להתמודדות עם מצבי חירום במתכונת של חקיקה רגילה לתקופה מוגבלת (בפרק ו). הדיון בחקיקה של הוראות שעה מסוג זה משמש בסיס להערכה מחודשת של ההסדרים החוקתיים הקיימים ושל הרפורמות הנחוצות בהם (בפרק ז המסכם).

ב. הסדרה חוקתית לשעת חירום: הגדרת השאלות

את הדיון במקרה הישראלי ראוי להעמיד בהקשר הרחב של השאלות שמעוררת ההסדרה החוקתית של מצבי חירום.³

השאלה הראשונה נוגעת לבחירה בין פתרון המבוסס על שמירה על ההסדר החוקתי הרגיל (באופן שמעניק לזכויות אדם ולדמוקרטיה עדיפות בכל הנסיבות) לבין פתרון ששואף להתאמת ההסדר החוקתי למצב החירום. מערכת המשפט הישראלית בחרה באפשרות האחרונה. אפשרות זו מקובלת גם במדינות אחרות בעולם (אם כי מבחינה תיאורטית אינה הכרחית), כפי שיוסבר בהמשך.⁴ באופן כללי, הטענה התומכת בהתאמות חוקתיות למצבי חירום מבוססת על ההכרה בעדיפותה של אפשרות זו על פני הרעות החולות הבאות: חוסר יכולת להגן באופן אפקטיבי על המדינה מפני אויביה (אם יחול הסדר החוקתי הרגיל) או פגיעה ברעיון של שלטון החוק כעיקרון מנחה (אם יינקטו צעדים חוקיים משפטיים במצבי חירום).⁵ העדפה זו באה לידי ביטוי גם במשפט הבינלאומי. מספר אמנות לזכויות אדם מאפשרות לסייג במצבי חירום את דרגת ההגנה המקובלת על זכויות אדם.⁶ עם

3 להצגה דומה של השאלות, ראו: Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Accommodating Emergencies*, 56 STAN. L. REV. 605, 606-607 (2003).

4 ראו להלן פרק ה.

5 גישה נוספת, בלתי חוקית במהותה, מצדדת בהימנעות מעריכת שינויים בחוקה, מתוך הנחה שכאשר יהא זה הכרחי לחלוטין ממילא תבחר הממשלה להפר את החוק. לגישה זו, ראו: Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* 112 YALE L.J. 1011 (2003).

6 לדוגמה, ס' 4(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) קובע כי: "In time of public emergency which threatens the life of the

זאת, חשוב לציין כי המשפט הבינלאומי מכיר בזכויות שמהן לא ניתן לחרוג (non-derogable rights), וכי במצבי חירום שעולים כדי סכסוך מזוין חלות נורמות המגן הבסיסיות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. החשש הגדול הוא מפני שימוש יתר בהוראות חוקתיות המאפשרות חריגה מן הסטנדרט החוקתי הרגיל. מקובל לסבור כי התשובה לחשש זה צריכה להיות מבוססת גם על התרבות הפוליטית (אשר צריכה להוות משקל נגד לפיתוי השלטוני לעשות כן).

השאלה השנייה מתמקדת בבחירה בין אופנים שונים של התאמת ההסדר החוקתי לנסיבות החירום. בחירה זו נשענת על ההנחה שלפחות במקרים מסוימים תיאלץ הממשלה לחרוג מהנורמות החוקתיות הרגילות. גם כאן קיימות כמה חלופות. הבחירה העיקרית היא בין החרגה שנעשית על ידי הכללת הוראות מפורשות בחוקה, שמאפשרות להשעות הסדרים חוקתיים מסוימים, לבין התבססות על פרשנות שונה למשטר החוקתי הרגיל בעתות של משבר ביטחוני לאומי. כאן המשפט הישראלי בחר באפשרות הראשונה.

מבחינה תיאורטית, לכל אחת מן החלופות שהוצגו יתרונות וחסרונות משלה. הוראות חוקתיות מפורשות למצבי חירום יוצרות ודאות במובן זה ש"חוקי המשחק" ברורים. בד בבד, הוראות אלה עלולות ליצור "מדרון חלקלק" בשל הפשטות והלגיטימציה שיש לכאורה להשעיית הסדר החוקתי הרגיל. לעומת זאת, פתרון המבוסס על פרשנות הוא עמום יותר. עמימות זו טומנת בחובה הן יתרון והן חיסרון – היא הופכת את המאבק במצבי חירום לבעייתי יותר עבור הממשלה אשר צריכה לפעול תחת מעטה של חוסר ודאות. החלופה הנוספת שהוזכרה היא כאמור פתרון לבר-משפטי. היא מבקשת לצמצם את הבסיס לפעולות חירום למינימום האפשרי, אך עושה זאת במחיר של כפירה בעיקרון של שלטון החוק.

nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin" Emilie M. Hafner-Burton, Laurence R. Helfer & Christopher J. Farris, *Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties*, 65 INT'L ORG. 673 (2011). התייחסות לעמדתו של המשפט הבינלאומי היא בעלת חשיבות מיוחדת בהתחשב בכך שפסיקתו החדשה של בית המשפט העליון מייחסת משקל רב למגבלות הנובעות ממנו. ראו למשל: Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 INT'L J. CONST. L. 611 (2004); Daphne Barak-Erez, *Israel: The Security Barrier – Between International Law, Constitutional Law and Domestic Judicial Review*, 4 INT'L J. CONST. L. 540 (2006).

בחינה מקיפה של מכלול החלופות הקיימות בהקשר זה חורגת מתחומי מאמר זה. בשונה מכך, המאמר מבקש להתחקות אחר לקחיו של הניסיון הישראלי בתחום של חוקה לשעת חירום. תחילה יוצג הניסיון המצטבר מהפעלתה של הפרדיגמה שאימץ המשפט הישראלי בתחילת דרכו – דיני חירום המושתתים על הכרזה על מצב חירום, כפי שהוסבר לעיל. בהמשך תוצג הטענה כי המשפט הישראלי מתרחק בהדרגה מעמדתו הרשמית לגבי הסדרתם של מצבי חירום, ועובר בהדרגה למצב שבו החקיקה הרגילה מותאמת מראש להתמודדות עם מצבי חירום, באופן שאינו תלוי בקיומה של הכרזה פורמאלית על מצב חירום.

ג. הפרדיגמה המסורתית: הכרזה על מצב חירום

1. שלב ראשון: הכרזה על מצב חירום מכוח חקיקה רגילה

המודל הבסיסי של הסדרת דיני החירום במדינת ישראל עוגן, כאמור, כבר בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. סעיף זה הכיר בכוחה של מועצת המדינה (לימים הכנסת) להכריז על מצב חירום.⁷ בהתאם לסעיף 9, משהתפרסמה ההכרזה על מצב חירום, הממשלה הזמנית (ולימים הממשלה) הייתה רשאית להסמיך את ראש הממשלה וכל שר אחר להתקין תקנות לשעת חירום,⁸ אשר בוחן "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים"⁹ לתקופה של עד שלושה חודשים.¹⁰ סעיף 9 מכיל בתמצית את מאפייני הבסיסיים של הרגולציה החוקתית של הביטחון הלאומי בישראל: כוחה של מועצת המדינה, ולימים הכנסת, למחול על ריבונותה ועל סמכותה הייחודית כרשות המחוקקת על ידי הכרזה על

7 ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט הורה כך: "(א) אם ייראה הדבר למועצת המדינה הזמנית, רשאית היא להכריז כי קיים במדינה מצב של חירום, ומשנתפרסמה ההכרזה בעתון הרשמי, רשאית הממשלה הזמנית למלא ידי ראש הממשלה או כל שר אחר להתקין תקנות-לשעת-חירום ככל אשר ייראה לו לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים. (ב) תקנה-לשעת-חירום, כוחה יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים. (ג) תקנה-לשעת-חירום, תקפה יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתה, בלתי אם הוארך תקפה או נתבטלה קודם לכן על-ידי פקודה של מועצת המדינה הזמנית, או נתבטלה על-ידי הרשות המתקינה. (ד) כאשר תמצא מועצת המדינה הזמנית את הדבר לנכון, היא תכריז כי חדל מצב החירום להתקיים, ומשנתפרסמה ההכרזה בעתון הרשמי, יפקע תקפן של התקנות-לשעת-חירום בתאריך או בתאריכים שייקבעו בהכרזה."

8 ס' 9(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

9 ס' 9(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

10 ס' 9(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

מצב חירום, וכוחה של הממשלה לחצות את גבולות ההפרדה שבין הרשויות לתקופה מוגבלת בזמן. הוראה זו משקפת את הרצון להעניק לרשות המבצעת סמכויות נוספות, בכפוף לכוחה של הרשות המחוקקת להכריז בכל עת על הפסקת מצב החירום.¹¹ למרות שמבחינה פורמאלית סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט הסדיר באופן כולל את דיני החירום של מדינת ישראל, לאמיתו של דבר, הוא לא שיקף באופן מלא את הסדרי החירום במדינה. ראשית, מערך גדול של חקיקת חירום – חקיקה שבאופן מהותי כללה סמכויות ביטחוניות מרחיקות לכת – היה תקף מן היום הראשון להקמת המדינה באופן בלתי תלוי בהכרזה על מצב חירום. הכוונה היא כמובן לחקיקה המנדטורית, ובעיקר לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אשר הקנו סמכויות מסוג זה ללא תלות פורמאלית בקיומה של הכרזה בת־תוקף על מצב חירום.¹² שנית, לאורך השנים חוקקה הכנסת חוקים שתוקפם הותנה בקיומה של הכרזה על מצב חירום.¹³ בדרך זו נוצר מודל משפטי מעורב – חקיקה מבית היוצר של המחוקק הדמוקרטי, שאינה תקנות לשעת חירום של הרשות המבצעת לבדה, אשר תוקפה מותנה בקיומה של הכרזה על מצב חירום.

2. שלב שני: הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכויות לשעת חירום

בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ פתח שעריו לעתירות בנושאי ביטחון לאומי כבר בימי הראשונים. עתירות בנושאי ביטחון דוגמת מעצרים מנהליים נדונו עוד בימי מלחמת העצמאות.¹⁴ תחילה הייתה המדיניות באשר להיקף הביקורת מצומצמת, מעבר לכך

11 ס' 9(ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

12 כמפורט להלן בפרק ו(1).

13 ראו: חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חרום, התש"י-1949, ס"ח 1; חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התש"ד-1954, ס"ח 160; חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התש"ח-1957, ס"ח 24 (להלן – חוק הפיקוח). דוגמה לחוק חדש יותר שתוקפו הוגבל לשעת חירום הוא חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ס"ח 76 (להלן – חוק המעצרים המנהליים) המעניק סמכות לבצע מעצרים מנהליים. למרות שחוקים אלה עוצבו כחקיקה "רדומה" המתעוררת בעת חירום, דה־פקטו הם אינם "רדומים" בשום מובן – הם היו תקפים ומחייבים מיום חקיקתם (בשל האופי המתמשך של ההכרזה על מצב חירום, כמוסבר בהמשך).

14 בג"ץ 7/48 אל־כרבוטלי נ' שר־הבטחון, פ"ד ב 5 (1949). החלטות מנהליות בתחום הביטחוני היו כפופות בראש ובראשונה לעקרונות חוקיות המנהל, שמשמעותו היא כי הממשלה (לרבות הצבא) אינה יכולה לפעול בלא הסמכה חוקית. ראו: דפנה ברק־ארז משפט מינהלי, כךך א, פרק 4 (2010). במובן זה, ישראל מהווה דוגמה למודל "חקיקתי" של דיני טרור. ראו: Daphne Barak-Erez, *Terrorism Law between the Executive and Legislative Models*, 57 AM. J. COMP. L. 877 (2009); דפנה ברק־ארז "המאבק המשפטי בטרור: ההיבט המוסדי" עיוני משפט לב 47 (2010). פסק דין חשוב המדגים לביקורת שיפוטית המבוססת מבחינה

שמבחינה פורמאלית הייתה מוגבלת לביקורת על הרשות המבצעת בלבד (עד להכרה בביקורת שיפוטית על חקיקה המנוגדת לחוקי היסוד של זכויות האדם משנת 1992). בהמשך, התרחבה הנכונות השיפוטית לבקר גם שיקול דעת ביטחוני.¹⁵ חשיבותה של התפתחות זו בולטת על רקע חולשת הפיקוח הפרלמנטארי על החלטות ביטחוניות (בשל גורמים שונים, לרבות השיטה של קואליציה פרלמנטארית אשר מבטיחה לממשלה תמיכה כמעט אוטומטית של הכנסת בהחלטותיה).¹⁶ ההתפתחות המתוארת השפיעה גם על הביקורת השיפוטית על סמכויות לשעת חירום.

גישתו המסורתית של בית המשפט העליון צידדה בגישה מצמצמת לבחינת ההצדקה לשימוש בסמכויות לשעת חירום. באופן כללי, בית המשפט הכיר באפשרות לעשות שימוש בסמכויות אלה גם ללא קשר למצב החירום.¹⁷ בהמשך, החל בית המשפט להרחיב את נכונותו להתערב בהפעלתן של סמכויות חירום. בעניין רוזן נקבע מבחן משולש שחייב כי הפעלתה של סמכות זו תיעשה למען מטרה כדין, תוך שימוש באמצעי כדין ועל יסוד שיקול דעת כדין באשר לקשר שבין האמצעי למטרה.¹⁸ אולם, במשך תקופה ארוכה הביקורת השיפוטית לא פסלה שימוש בסמכויות חירום למען מטרות שאין לבין מצב החירום

פורמאלית על עקרון חוקיות המנהל הוא בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג' 817 (4) (1999). להתרחבות הביקורת השיפוטית על החלטות בנושאי ביטחון לאומי ראו: Baruch Bracha, *Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts*, 28 STAN. J. INT'L L. 39 (1991); דפנה ברק־ארוז "מהפכת השיפוט: הערכת מצב" הפרקליט נ 3 (2008).

15 ראו למשל: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב' (4) 617 (1989).

16 ראו: Adam Shinar, *Constitutions in Crisis: A Comparative Approach to Judicial Reasoning and Separation of Powers*, 20 FLA. J. INT'L L. 115 (2008); Chen Friedberg & Reuven Y. Hazan, *Israel's Prolonged War against Terror: From Executive Domination to Executive-Legislative Dialogue*, 15 J. LEGIS. STUD. 257 (2009).

17 כך נפסק בע"פ 156/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוסטרייכר, פ"ד יז 2088 (1963) שעסק בשאלה בהתייחס להוצאת צווים לפי חוק הפיקוח. בית המשפט קבע בעניין זה שניתן להשתמש בסמכויות שהוא מקנה גם ללא קשר למצב החירום, אם המטרה שלשמה הופעלו היא אחת מן הנקובות בחוק (בנסיבות העניין נדון צו בדבר תנאים תברואתיים בהובלת לחם). הלכה זו הובנה כמשקפת את הדין גם לגבי תקנות לשעת חירום. ראו גם: בג"ץ 735/80 ניצן נ' ראש העיר תל-אביב-יפו, פ"ד לה' (1) 555 (1980); בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח' (3) 233 (1984); מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק (1991) 63-62.

18 ע"פ 790/78 רוזן נ' שר המסחר, התעשייה והתיירות, פ"ד לג' (3) 281 (1979). באופן יותר ספציפי נקבע כי בהפעלת הסמכות צריכים להתקיים מטרה כדין במובן של הסדרת "פעולה חיונית"; אמצעי כדין במובן של "סמכות לפי חוק זה"; ושיקול דעת כדין בדבר היחס שבין המטרה לאמצעי, היינו "יסוד סביר להניח שהתקנת הצו דרושה להגשמת הפעולה החיונית". שם, בעמ' 290.

ולא כלום – כל עוד המטרה הייתה ראויה, תוכן ההסדר היה סביר לגופו, והוא היה יכול לתרום לתפקוד המשק ומערכות השלטון גם בנסיבות של דחק ביטחוני.¹⁹ על רקע כל אלה לא ניתן להפריז בחשיבותו של פסק הדין בעניין פורז.²⁰ במקרה זה נדונו תקנות לשעת חירום שעניינן קיצור הליכי הרישוי בתחום התכנון והבנייה לאור גלי העלייה החדשים. בהתאם לפסיקה הקודמת, ניתן היה לקבוע כי השר פעל במקרה זה לשם הגשמתה של מטרה כדין תוך שימוש באמצעי כדין במובן של קיום סמכות פורמאלית לפעול על פי החוק.²¹ חרף זאת התקבלה העתירה. השופט שלמה לויין שכתב את פסק הדין, הסביר כי בנסיבות העניין התקנתן של התקנות לשעת חירום לא עמדה במבחן הביקורת השלישי המתמקד בשיקול הדעת של הרשות, מאחר שניתן היה לפעול בדרך של חקיקה

19 כך היה גם בעניין רוזן עצמו (שם) שבו נדון צו שהגביל את יצוא היהלומים לשימוש בהובלה אווירית על רקע גניבות של משלוחי יהלומים. במקרים שבהם התערב בית המשפט בהפעלתן של סמכויות לשעת חירום הוא עשה כן בשל פגם בשיקולים שנשקלו לגופו של עניין – בעיקר משום שההחלטה לא הייתה סבירה או מידתית, אך לא בשל הבחירה לפעול במסגרת סמכויות לשעת חירום בנושא שאין בינו לבין שעת החירום ולא כלום. ראו למשל: בג"ץ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19 (1989), שבו נדון צו לפי חוק הפיקוח שקבע כי הקמת בית חולים טעונה אישור מראש של מנכ"ל משרד הבריאות, אשר רשאי לשקול את צורכי השירותים הרפואיים במדינה ובאזור. בכך הוסיף הצו על התנאים המפורטים בפקודת בריאות העם, 1940, ע"ר, תוס' א' 191 (שהם תנאים מקצועיים במובן הצר). בנסיבות העניין נקבע כי שיקול דעתו של השר היה בלתי סביר: אמנם השיקולים שנבחנו היו רלוונטיים (עודף מיטות, מחסור בכוח אדם רפואי מיומן), אך שיקולים רלוונטיים אחרים כלל לא נשקלו (השקעת הון זר, קליטת עלייה, התורים שבמוסדות הציבוריים); בג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456 (1990), שבו נדון צו לפי חוק הפיקוח שהגביל מתן רישיונות יבוא של מכשירי טלוויזיה ווידאו רק למי שרוכש מן היצרן או מן הסוכן הבלעדי של היצרן בישראל (כדי להבטיח אחריות ואספקת חלפים). גם בפסק דין זה נקבע כי הצו היה בלתי סביר מאחר שניתן היה להשיג את המטרה הראויה של הבטחת אספקתם של חלקי חילוף גם בדרכים נוספות, מגבילות פחות. הנשיא שמגר אמנם קבע כי אין לעשות שימוש בחוק ביחס ל"נושאים שאין להם זיקה כלשהי לאינטרסים אשר עליהם יש להגן על-פי היעדים המיוחדים העולים מן האמור בחוק הפיקוח" (שם, בעמ' 464), אך יישום הדברים נעשה במתכונת מתירנית, לאור התפיסה ש"עניין הנחשב כחיוני להבטחת חיי יום-יום תקינים גם בזמן שלום, יכול להיחשב כחיוני גם במצב של חירום" (שם). לפי תפיסה זו, די בכך שהבטחת אספקה של מזון חשובה בעת חירום כדי להצדיק את הסדרת התחום גם בימי שלום מכוח דיני החירום.

20 עניין פורז, לעיל ה"ש 2.

21 לדברי השופט שלמה לויין, "אין ספק בדבר, שנתמלאו שני היסודות הראשונים מן היסודות המנויים לעיל: אין ספק בדבר, שקליטת העלייה היא "פעולה חיונית" מובהקת מאין כמוה, בפרט בימים אלה, כשאלפי עולים נוהרים לישראל והעם כולו נחלץ למבצע הקליטה [...]. ולא חלקו ברצינות לפנינו, שהתקנת תקנות כאלה באה בגדר הסמכות הכללית המנויה בסעיף 9 לפקודה". שם, בעמ' 321.

בכנסת. לדברי השופט לוי, "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".²²

לאור הלכת פורז, כיום ברור כי לא ניתן עוד לעשות שימוש בתקנות לשעת חירום כאשר דרך החקיקה בכנסת שרירה ועומדת. יש בכך כדי לצמצם במידה משמעותית את היקף השימוש בסמכויות החירום. עם זאת, חשוב גם לשים לב למגבלות שעדיין נותרו טבועות בדיני החירום של ישראל גם בעקבות עניין פורז. פסק הדין אינו עוסק בביקורת שיפוטית על צדקתה של ההכרזה על שעת חירום, אלא רק בהפעלת הסמכויות הקיימות בשעה שהכרזה זו עומדת בתוקפה.

3. שלב שלישי: ההסדרה החוקתית של דיני החירום

ההסדרה החוקתית של דיני החירום במדינת ישראל "עלתה מדרגה" בעקבות עיגון של ההוראות העוסקות בכך בחוק יסוד. כיום, ההסדרה של דיני החירום של ישראל קבועה בחוק יסוד: הממשלה בנוסחו העדכני, אשר מגדיר את סמכויותיה של הרשות המבצעת, ובכלל זה את סמכויותיה בשעת חירום.²³

חוק יסוד: הממשלה בגרסתו המקורית שנחקקה בשנת 1968 לא עסק בנושא הביטחון הלאומי, אולם נושא זה הוסדר בגרסה מאוחרת יותר של חוק היסוד בשנת 1992, ובגרסתו העדכנית והתקפה משנת 2001.²⁴ בהתאמה, בוטל ההסדר המסורתי שהיה קבוע בפקודת סדרי השלטון והמשפט. חשוב להדגיש כי בשונה מאשר בארצות־הברית, סמכויותיה של הממשלה לפעול בשעת חירום אינן נשענות על תפיסה של executive power (למשל מכוח

22 שם, בעמ' 321-322.

23 רגולציה חוקתית נוספת של נושאי ביטחון לאומי קיימת גם בחוק יסוד: הצבא, אשר קובע את כפיותו של צה"ל לממשלה (חוק יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154). הוראת ס' 2 (א) לחוק היסוד קובעת כי "הצבא נתון למרות הממשלה". הוראות נוספות מפרטות את שרשרת הפיקוד והשליטה של הממשלה על הצבא. כך, ס' 3 (א) לחוק היסוד קובע כי "ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון".

24 שתי גרסות אלה של חוק היסוד זהות מבחינת ההסדרה של מצבי חירום. הדיון מכאן והלאה יתייחס לס' 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה משנת 2001 (אשר זהים לס' 49 ו-50 לחוק יסוד: הממשלה משנת 1992). השוני שבין הגרסות של חוקי היסוד נעוץ בעובדה שחוק יסוד: הממשלה משנת 1992 שינה את שיטת הבחירות בישראל לשיטה של בחירות ישירות, רפורמה אשר בוטלה בגרסה המאוחרת יותר של חוק היסוד. שינויים אלה אינם משמעותיים לעניין ההסדרה של משטרי חירום (חוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158).

סמכותה השיורית של הממשלה לפי סעיף 32 לחוק היסוד), אלא על ההסדר המיוחד שנקבע לעניין זה.²⁵

באופן בסיסי, הוראות סעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה דבקות בעקרונות של ההסדרה המקורית של מצבי חירום, כפי שנוסחו בשנת 1948.²⁶ בהתאם לסעיף 38, הכוח להכריז על מצב חירום נתון לכנסת. סעיף 38(א) קובע כי אם "ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום רשאי היא, ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום". כל עוד ההכרזה על מצב חירום עומדת בעינה, הממשלה מוסמכת להתקין תקנות לשעת חירום אשר עשויות לשנות חקיקה קיימת לתקופה של עד שלושה חודשים. סעיף 39(א) קובע כי "במצב חירום רשאי הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים". בסעיף 39(ג) נקבע כי "תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק". הוראת סעיף 39(ו) מוסיפה מגבלת זמן על תוקפן של התקנות לשעת חירום בקובעה כי "תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת".

עם זאת, בעקבות חקיקתו של חוק יסוד: הממשלה משנת 1992, הוטלו מגבלות נוספות על סמכותה של הממשלה במצב חירום. המרכזיות שבמגבלות אלה הן: ראשית, תוקפה של ההכרזה על מצב חירום מוגבל לתקופה של שנה אחת, אך ניתן להאריכה. בהקשר זה קובע סעיף 38(ב) כי "תקופת תוקפה של ההכרזה תהא כפי שנקבע בה, אך לא תעלה על שנה; הכנסת רשאית לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור". המשמעות המעשית של מגבלה זו היא כי הכנסת מחויבת להאריך את תוקפה של ההכרזה על מצב חירום אחת לשנה לפחות, הגם שלא נקבע בהכרזה מה יהא משך תוקפה. שנית, קיימות מגבלות מהותיות על תוכן התקנות לשעת חירום. סעיף 39(ג) קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם". סעיף 39(ה) מוסיף עוד

25 אכן, לפי ס' 1 לחוק יסוד: הממשלה, "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", ולפי ס' 32 לחוק היסוד "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". אולם סמכות שיורית זו פורשה באופן שאינו מעניק לממשלה סמכויות לקביעת הסדרים ראשוניים שמקומם בחקיקה ובכל מקרה אינו כולל הסמכה לפגוע בזכויות אדם. ראו: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 27.2.2006). מבחינה זו המשפט החוקתי הישראלי דבק ב"מודל החקיקתי" של דיני החירום. השוו: לעיל ה"ש 14.

26 להשוואה נוספת בין השתיים ראו: Baruch Bracha, *Checks and Balances in a Protracted State of Emergency – The Case of Israel*, 33 *ISR. Y. B. HUM. RTS.* 123 (2003).

מגבלה בקבעו כי "לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". מגבלה זו נותנת ביטוי חוקתי להלכת פורז – חיוניותה של הפעולה צפויה לשאוב בסיס מהיעדרה של אפשרות מעשית לקיים דיון חקיקתי מסודר ביוזמה העומדת על הפרק.

ראוי להוסיף כי חוק יסוד: הממשלה בנוסחו העדכני, בעקבות גרסתו הקודמת משנת 1992, מתייחס לנושא נוסף שלא הוסדר בעבר – ההכרזה על מלחמה. עניין זה מוסדר בסעיף 40 לחוק היסוד, שלפיו "המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת הממשלה". בד בבד, סעיף 40(ב) מבהיר כי "אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור". מעבר לכך, סעיף 40(ג) קובע כי ההודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה או על פעולות צבאיות לפי סעיף־קטן (ב), תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי. כן נקבע כי ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת.

המשמעות החוקתית של הוראות אלה קשורה לעובדה שהן עצמן אינן ניתנות לשינוי על ידי תקנות לשעת חירום. בהתאם להוראת סעיף 41 לחוק יסוד: הממשלה, "על אף האמור בכל דין, אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק־יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים". לפיכך, קיים קושי לעקוף את המגבלות הקבועות בחוק יסוד: הממשלה, מאחר שחוק היסוד עצמו ניתן לשינוי רק על ידי רוב מיוחד, בהתאם לסעיף 44(א) לחוק היסוד המורה כי "אין לשנות חוק־יסוד זה אלא ברוב חברי הכנסת; הרוב הדרוש לפי סעיף קטן זה יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית". המשמעות של הוראה זו היא שבניגוד לחקיקה רגילה של הכנסת הניתנת לשינוי ברוב רגיל של חברי הכנסת הנוכחים במליאת הכנסת, את חוק היסוד ניתן לשנות אך ברוב של 61 חברי כנסת לפחות. הוראה זו מעניקה לחוק יציבות איתנה יותר. עם זאת, במציאות הפוליטית בישראל דרישת הרוב המיוחד אינה מהווה מכשול של ממש, שהרי כל קואליציה ממשלתית יציבה נדרשת לרוב מיוחד בכנסת לצורך קבלת החלטות הכרחיות, דוגמת ההחלטה על קבלת חוק התקציב השנתי.

מגבלה משמעותית נוספת על השימוש בתקנות לשעת חירום מצויה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראת סעיף 12 לחוק היסוד מבהירה כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים". אולם, הוראה זו קובעת כי תקנות שעת חירום יכול שישללו או שיגבילו זכויות המוגנות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, "ובלבד שהשליטה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש". השאלה אם תקנה לשעת חירום אכן מקיימת תנאים אלה היא עניין הנתון לביקורת שיפוטית.

4. שלב רביעי: הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכויות לשעת חירום לאחר חוקי היסוד

היקף השימוש בסמכויות לשעת חירום המשיך להתברר בפסיקתו של בית המשפט העליון גם לאחר חקיקת חוקי היסוד. ביקורת שיפוטית זו תרמה לקביעת סייגים חשובים לשימוש בסמכויות אלה, אם כי, כפי שיובהר בהמשך, לסייגים בעלי אופי מוגבל.

פסק דין חשוב ראשון בנושא זה מן התקופה שלאחר חקיקת חוקי היסוד ניתן בעניין שנס'י.²⁷ פסק הדין נסב על הסדרת העיסוק ביהלומים בהתאם לצו שהוצא לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים. אמנם, כל השופטים הסכימו כי ההחלטה שלא לתת לעותר רישיון לפי הצו הייתה סבירה ועניינית בנסיבות העניין, אך פסק הדין הוסיף וביקר את הצו עצמו. עיקר הביקורת כוונה נגד תוכנו של הצו שבו הוסמך המפקח על היהלומים להחליט על מתן רישיונות, מבלי שהשר עצמו קבע בעניין זה כל קריטריונים. השופט שטרסברג-כהן הסתפקה בקביעה שהסדרה מסוג זה אינה רצויה. הנשיא ברק והשופט חשין אף הוסיפו על כך והעלו ספקות באשר לתקופו של הצו בשל רוחבה של ההסמכה הכלולה בו (שעלתה כדי קביעת הסדרים ראשוניים). פסק הדין לא הכריע בנקודות אלה, אך עולה ממנו עמדה ספקנית לגבי תוקפם של תקנות לשעת חירום או של צווים לפי חוקי חירום שאינם כוללים עקרונות להפעלת שיקול הדעת על פיהם. עם זאת, עניין שנס'י גם מבטא פסיכיות של הביקורת השיפוטית בדיוק בנושא שנדון בעניין פורז – שימוש בסמכויות חירום בנושאים שאין בינם לבין שעת החירום ולא כלום, בנסיבות שבהן לא הייתה כל מניעה לפנות לדרך של חקיקה בכנסת.

פסק דין חשוב שני מן התקופה שלאחר חוקי היסוד, שיש בו כדי ללמד כי בסופו של דבר הכתה הלכת פורז שורשים, ניתן בעניין פריצקי.²⁸ במקרה זה נסבה העתירה על תקנות לשעת חירום שפטר מחובת ההזדהות עם תעודת זהות בבחירות לרשויות המקומיות (באופן שאפשר זיהוי גם באמצעות דרכון או רישיון נהיגה), על רקע העיצומים במשרד הפנים. הלכת פורז שימשה כנקודת מוצא לפסיקה, ולכן השאלה המרכזית שעמדה לפני בית המשפט הייתה אם קיימת הייתה שהות לנקוט הליכי חקיקה מזורזים. בסופו של דבר סברו שופטי הרוב (הנשיא ברק והשופטת דורנר) כי בהתחשב בכך שבעת הוצאתן של התקנות לשעת חירום נותרו רק חמישה ימים עד לבחירות, השימוש בסמכות לשעת חירום היה מוצדק (וזאת בניגוד לדעת המיעוט של השופט חשין שתמך בהחמרה רבה יותר עם הממשלה, ובהתאם לכך סבר שדין העתירה להתקבל). פסק הדין בעניין פריצקי ממחיש את כוחה הנמשך של הלכת פורז, אך גם את מגבלותיה. ברור כעת כי לגבי פעולות שאינן

27 בג"ץ 2740/96 שנס'י נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481 (1997).

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

דחופות לא ניתן יהיה עוד לפנות לדרך של התקנת תקנות לשעת חירום. אולם, חשוב גם לשים לב שהבעיה של שביתה במשרד הפנים אינה מיוחדת לשעת חירום, ולכן יש טעם לפגם בהפעלתן של סמכויות חירום בהקשר זה. לכך אין מענה בפסיקה במתכונתה הנוכחית.

ד. הפער בין הדין למציאות: הזמני הקבוע

שיטת ההסדרה של מצבי חירום בישראל מבוססת על התפיסה שתקנות לשעת חירום וחוקים לשעת חירום הם החריג לחקיקה הרגילה. הנחה חשובה נוספת שמונחת ביסודה היא שהמשלה נתונה לביקורת קפדנית מצד הכנסת, ביקורת המתחילה כבר בהכרזה על מצב החירום, כמו גם על כל החלטה על הארכתו. אולם הלכה למעשה, האיזון שבין כוחה של הרשות המחוקקת לכוחה של הרשות המבצעת שונה בתכלית.

מצב החירום שבו שרויה מדינת ישראל החל מימי הקמתה במאי 1948 ועד היום מעולם לא פסק. קיימים מספר הסברים אפשריים לכך. ראשית, האמת ניתנת להיאמר כי האיזונים על ביטחון המדינה אכן לא פסקו מאז הקמתה. לפיכך, אין זה קשה להבין מדוע הכנסת התקשתה לזוּם את הפסקת ההכרזה על מצב חירום. אולם, זו אינה הסיבה היחידה לכך. שנית, בפרספקטיבה פוליטית, העובדה שממשלות ישראל מבוססות על הקמת קואליציה אינה מאפשרת ביקורת פרלמנטרית בעלת עצמאות של ממש על הרשות המבצעת. חברי כנסת המשתייכים למפלגות החברות בממשלה נוטים לתמוך בהחלטותיה, במיוחד בנושאים הנחשבים קריטיים כמו בתחום הביטחון הלאומי. במובן זה, חקיקת החירום בישראל מדגישה את הבעייתיות שבניתוח משפטי המסתפק בבחינת "החוק בספרים" (law in the books) בלבד. מבחינה פורמאלית מצב החירום הוא בבחינת חריג, אך בחינת "החוק בפעולה", היינו המציאות המשפטית בשטח (law in action), מעלה כי מצב החירום הוא נורמה סטנדרטית.²⁹

בשנת 1999 הגישה האגודה לזכויות האזרח בישראל עתירה לבג"ץ בטענה שההכרזה על מצב חירום הפכה לבלתי סבירה עם חלוף העתים. מאחר שצעד בכיוון של ביטול ההכרזה היה מחייב לבחון את הצורך בהשלמת החקיקה הקיימת כך שלא יישארו "לקונות" משפטיות (למשל, חקיקת הסדרי קבע במקום חלק מן ההסדרים שתוקפם מותנה לעת עתה בהכרזה על מצב חירום), בית המשפט נתן שהות למשרד המשפטים לבצע עבודת בדיקה זו. בסופו של דבר העתירה לא הגיעה לכלל הכרעה בשל אירועים ביטחוניים שחזרו והצדיקו

29 ראו עוד: הופנונג, לעיל ה"ש 17, בעמ' 51-53, 69-97.

את שימור ההכרזה (כדוגמת האינתיפאדה השנייה ומלחמת לבנון השנייה). במקביל לכך, חזר משרד המשפטים ודיווח לבית המשפט על הפעולות שנקטות לשם עדכון החקיקה על מנת לכלול בה הסדרים שיחליפו חלק מן ההסדרים התלויים בקיומה של הכרזה על מצב חירום.³⁰ בסופו של דבר, הורה בית המשפט על דחיית העתירה חרף ההכרה בצדקתה העקרונית. בפסק הדין הוסבר כי העתירה מיצתה את עצמה, בכפוף לקביעה שיש להמשיך בתהליך של עדכון החקיקה והתאמתה גם לנסיבות שבהן לא תהא הכרזה על מצב חירום.³¹ מקרה זה מחייב לסייג את הדברים שנאמרו קודם לכן בנושא תרומתה של הביקורת השיפוטית על תקנות לשעת חירום. הביקורת השיפוטית הטיפוסית על התקנות היא בעיקרו של דבר ביקורת נקודתית, להבדיל מביקורת על שיטת ההסדרה של מצב החירום.

ה. חוקה לשעת חירום במבט השוואתי

את ההסדרה החוקתית של מצבי חירום ראוי לבחון גם בפרספקטיבה השוואתית. למעשה, העיקרון של השעיית המשטר החוקתי הרגיל בנסיבות של חירום אינו חדש. הוא שאוב ממוסד הדיקטטורה של האימפריה הרומית. ברומא הדיקטטור מונה באופן חריג לתקופה מוגבלת בזמן על מנת להתעמת עם איומים על האימפריה.³² מן ההיסטוריה הקרובה יותר ידוע המקרה של רפובליקת ויימאר שחוקתה כללה הסדרה של הכרזה על מצב חירום. ניצולה של סמכות זו לרעה תוך השעיית ההגנה על זכויות אדם בשם הביטחון הלאומי, היה אחד התנאים שאפשר את עליית המפלגה הנאצית לשלטון.³³ החשש מפני ניצול לרעה של

30 ראו: בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 1.8.2006). בהחלטה זו הותיר בית המשפט את העתירה תלויה ועומדת ללא הכרעה למשך מספר שנים.

31 בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 8.5.2012) (להלן – עניין מצב החירום). השופט רובינשטיין כתב בעניין זה, בהסכמת הנשיאה (בדימוס) ביניש והשופט ארבל כך: "כאנו לעת הזאת לכלל מסקנה, כי העתירה מיצתה עצמה, אף שאמנם לא תמה המלאכה; אנו סבורים, כי יש לאפשר לרשויות המדינה לפעול לסיום תהליכי החקיקה שהעותרת סייעה בעתירתה לקדם". שם, פס' י"א לפסק דינו.

32 ראו: CLINTON ROSSITER, CONSTITUTIONAL DICTATORSHIP: CRISIS GOVERNMENT IN THE MODERN DEMOCRACIES 15 (1948) ("[t]he splendid political genius of the Roman people grasped and solved the difficult problem of emergency powers in a manner quite unparalleled in all history, indeed so uniquely and boldly that a study of modern crisis government could find no more propitious a starting point than a brief survey of the celebrated Roman dictatorship"). ראו עוד: OREN GROSS & FIONNUALA NI AOLAIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE (2006).

33 ס' 48 לחוקת ויימאר קבע: "If public security and order are seriously disturbed or endangered within the Reich, the President of the Reich may take measures necessary

הסדרים לשעת חירום חורג, כמובן, מגדרה של דוגמה היסטורית זו, ושואב מן התובנה שחריגים נוטים לכרסם בכלל עצמו.³⁴

מספר חוקות מודרניות כוללות הוראות המאפשרות להכריז על מצב חירום שבמהלכו נסוגה ההגנה החוקתית הרגילה במידה מסוימת.³⁵ הדיון בפרק זה מתמקד בעיקר בחוקותיהן של שלוש מדינות – דרום־אפריקה, גרמניה וספרד. ההשוואה למדינות אלה חשובה בהתחשב בכך שכולן התמודדו בעבר עם איומים חריפים על הדמוקרטיה – בין במתכונת של שלטון דיקטטורי לכל דבר ועניין (בגרמניה ובספרד) ובין במתכונת של עיוות חמור של הדמוקרטיה (במקרה של דרום־אפריקה בתקופת האפרטהייד). במקביל, לא ניתן להתעלם מכך שאין להן התנסות עכשווית עם הפעלתן של סמכויות חירום, ומבחינה זו ההשוואה אינה יכולה להסתייע בפרקטיקה ממשית כמו זו שקיימת בישראל.³⁶ בהתחשב בכך שמאז ה־11 בספטמבר 2001 עומדת ארצות־הברית במרכז החזית העולמית בתחום המאבק בטרור, תיבחן בהמשך גם ההסדרה החסרה והלקונית של הנושא בחוקה האמריקנית.

חוקת דרום־אפריקה משנת 1996 המשמשת דוגמה למסמך חוקתי מודרני ומתוחכם מכירה בסמכות להכריז על מצב חירום.³⁷ סמכות זו מסורה לפרלמנט שאמור לעשות כן באמצעות חוק, כאשר קיים איום על קיומה של המדינה בשל מלחמה, פלישה, התקוממות כללית, אי־סדר, אסון טבע או מצב חירום ציבורי אחר, וכאשר ההכרזה על מצב חירום הכרחית על מנת לשקם את הסדר ואת שלום הציבור (סעיף 37(1)). חוקת דרום־אפריקה מציבה מגבלות נוספות, פרוצדוראליות ומהותיות, על תוכנה של חקיקה לשעת חירום הפוגעת בזכויות אדם. חקיקה בעקבות מצב חירום תחול באופן פרוספקטיבי בלבד, למשך 21 יום ממועד ההכרזה על מצב חירום, בכפוף לכוחו של הפרלמנט להאריכה ברוב מיוחד

for their restoration, intervening if need be with the assistance of the armed forces. For this purpose he may suspend, in whole or in part, the fundamental rights provided in Articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153”

ראו: CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY – FOUR CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY (George Schwab trans., 1988). 34

ראו גם: אדם קרן “הסדרים חוקתיים שעניינם מצב חירום ומלחמה – סקירה משווה” (מסמך רקע שהוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט, 8.12.2003) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00698.pdf. 35

ספרד למשל סבלה מטרור של המחתרת הבאסקית, אך לא באופן שמתקרב לאינטנסיביות של איום הטרור על חיי היום־יום בישראל. 36

ס’ 37 לחוקת דרום־אפריקה. לדיון באפשרויות ההסדרה של מצבי חירום בדרום־אפריקה ראו: Stephen Ellmann, *A Constitution for all Seasons: Providing Against Emergencies in a post-Apartheid Constitution*, 21 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 163 (1989). 37

לתקופה של שלושה חודשים לכל היותר (סעיף 37(2)). בכל מקרה, חקיקה המבוססת על קיומו של מצב חירום יכולה לגרוע מזכויות חוקתיות רק כאשר גריעה זו הכרחית בשל מצב החירום ובתנאי שהחקיקה עומדת בחובות המדינה על פי המשפט הבינלאומי ומפורסמת כדין מייד כשהדבר מתאפשר (סעיף 37(4)). החוקה כוללת טבלה מפורטת המגדירה את מידת הגריעה המותרת מכל אחת מהזכויות המוגנות בה בעת שמוכרז מצב חירום. במסגרת זו החוקה מכירה בזכויות ה"חסינות" מפני גריעה בשעת חירום. כך לדוגמה, לא ניתן לגרוע כלל מן הזכות לכבוד ומן הזכות לחיים, אך מזכויות אחרות ניתן לגרוע במידה מסוימת. חוקת דרום-אפריקה מאפשרת גם ביקורת שיפוטית רחבה המשתרעת על עצם ההכרזה על מצב החירום, על ההחלטה להארכת תוקפו, ועל חקיקה בעקבות מצב החירום (סעיף 37(3)).

חוק היסוד של גרמניה וחוקת ספרד מוסיפים נדבך נוסף לניתוח הרגולציה החוקתית של מצבי חירום בכך שהם מבחינים בין סוגים שונים של מצבי חירום (הבחנה שאינה מוכרת במשפט הישראלי). בגרמניה קיימת הבחנה בין שלושה מצבי חירום: מצב חירום "פנימי" (המוסדר בסעיף 91 ובסעיף 4(87a)); מצב של "מתיחות" (המוסדר בסעיפים 6(12a) ו-80a); ומצב של "התגוננות" (המוסדר בסעיפים 115a-115). מצב החירום החמור ביותר הוא "התגוננות" והוא מוגבל לנסיבות שבהן טריטוריה פדראלית מותקפת על ידי כוח מזוין או מאוימת באופן מיידי בהתקפה מסוג זה. הסמכות להכריז על מצב "התגוננות" נתונה לבית הנבחרים (הבונדסטאג), בהסכמת הסנאט (הבונדסראט), ובהתבסס על בקשת הממשלה הפדראלית. הכרזה זו טעונה רוב של שני שלישים ממליאה הכוללת לפחות רוב של חברי הבונדסטאג (סעיף 115a(1)).³⁸ במצב התגוננות סמכויות החקיקה עשויות להשתנות, לרבות הסמכות לחוקק חקיקה פדראלית בתחומים המוסדרים לרוב על ידי כל אחת מן המדינות – *Länder* (סעיף 115c) והשימוש בהליך חקיקה מזורז (סעיף 115d) על ידי הוועדה המשותפת במקום על ידי שני בתי הנבחרים, הבונדסראט והבונדסטאג (סעיף 115e). כל עוד חקיקה מסוג זה עומדת בתוקפה היא משעה את ביצועה של חקיקה מנוגדת. אולם, המילה האחרונה נתונה להליך הדמוקרטי: לפי סעיף 115, בהסכמת הסנאט מוסמך בית הנבחרים לבטל בכל שלב חוקים שנחקקו על ידי הוועדה המשותפת (סעיף 115(1)), וכן בסמכותו לבטל את ההכרזה על מצב חירום (סעיף 115(2)).

חוקת ספרד מבחינה אף היא בין שלושה סוגים של מצבי חירום: כוננות (Alarm), חירום (Emergency), ומצור (Siege) (סעיף 116(1)). הדרגה הגבוהה מביין מצבי החירום היא זו של

38 מעבר לכך, בנסיבות המחייבות פעולה מיידי, כאשר קיים מכשול שאין להתגבר עליו ושמונע את קיום האסיפה, או כאשר אין קוורום בבית הנבחרים, רשאית הוועדה המשותפת לשני בתי הפרלמנט להכריז על מצב התגוננות, ברוב של שני שלישים מחברי הוועדה (ס' 115a(2)).

מצב מצור, שניתן להכריז עליו רק בהחלטה של רוב מוחלט של חברי בית הנבחרים ועל בסיס הצעת הממשלה (סעיף 116(5)). על בית הנבחרים לקבוע את משכו של מצב החירום, את תחולתו הטריטוריאלית ואת תנאיו (סעיפים 116(2)-(4)). בהתאם להוראת סעיף 116(5), בית הנבחרים אינו יכול להתפזר בזמן שחל אחד ממצבי החירום. הוראת סעיף 116(6) מבהירה כי ככלל, ההכרזה על מצב כוננות, על מצב מצור או על מצב חירום אינה משנה את העיקרון של אחריות הממשלה ונציגיה כלפי הפרלמנט. נוסף על כך, סעיף 55 לחוקה מסדיר את האפשרות להשעות זכויות יסוד מסוימות כאשר חל מצב מצור או מצב חירום. בגדר כך, החוקה מכירה באפשרות להגביל או לבטל זכויות דוגמת הזכות לחירות, הזכות לפרטיות, חופש התנועה, חופש הביטוי, הזכות לקיים אסיפות, זכות השביתה והזכות לנקוט צעדים בסכסוכי עבודה.

בשונה מחוקות מודרניות אלה, חוקת ארצות־הברית שכוננה במאה ה־18 כוללת הסדרה הרבה פחות מתוחכמת של מצבי חירום. באופן פורמאלי החוקה אינה מכירה בכללים מיוחדים למצבי חירום, למעט האפשרות להשעות את הזכות לצו הביאס קורפוס כאשר ביטחון הציבור דורש זאת במקרים של מרד או של פלישה.³⁹ הוראה זו אינה מסדירה באופן מלא את השימוש בסמכויות חירום. ניתן אף לטעון כי היא משמשת אך אלטרנטיבה חלקית למשטר מסוג זה (מאחר שזכות הגישה לערכאות היא ערובה להגנה על זכויות אחרות).⁴⁰ על רקע זה ובעקבות אירועי ה־11 בספטמבר 2001, הציע ברוס אקרמן (Bruce Ackerman) לפתח את ההסדרה החוקתית של מצבי חירום באופן שיאפשר לרשות המחוקקת להכריז על מצב חירום, וכך להעניק לנשיא, העומד בראש הרשות המבצעת, את הסמכות לנקוט

39 ס' 91(9) לחוקת ארצות־הברית. בפועל, השימוש בסמכות ההשעה בארצות־הברית עורר מחלוקת ציבורית. הדוגמה השנויה במחלוקת והידועה לכך היא החלטתו של הנשיא לינקולן להשעות את הזכות לצו הביאס קורפוס במהלך מלחמת האזרחים האמריקנית (1865-1861). Richard Posner תיאר מחלוקת זו כך: "One response to Lincoln's actions might be to say: that if he was acting justifiably, we should amend the Constitution to authorize presidents to suspend habeas corpus in emergencies... The alternative, which has been chosen by default, is to say that we are not going to give the president that legal authority but we are going to expect him to suspend habeas corpus if doing so is necessary (as Lincoln believed) to save the nation". RICHARD POSNER, NOT A SUICIDE PACT – THE CONSTITUTION IN A TIME OF NATIONAL EMERGENCY 153-154 (Geoffrey R. Stone et al. eds., 2006). ניתוח זה דוגל במודל של שימוש באמצעים לבר־משפטיים. ראו לעיל: ה"ש 5.

40 לפרשנותה של סמכות ההשעה כמקור לסמכות חירום במונח המהותי ראו: Amanda L. Tyler, *Suspension as an Emergency Power*, 118 YALE L. J. 600 (2009).

אמצעים הכרחיים לשם הגנה על המדינה ועל תושביה.⁴¹ הצעה זו, שהתבססה על אופן ההסדרה של מצבי חירום בחוקות אחרות בעולם וביקשה לייבא למערכת המשפט האמריקנית עקרונות דומים באמצעות חוק מסגרת מפורט, התקבלה שם בחשש ובהתנגדות.⁴²

ו. לקראת פרדיגמה חדשה? חקיקת חירום ללא שעת חירום

1. חקיקת קבע וחקיקה של הוראות שעה

עד כה התבסס הדיון על ההנחה שדיני החירום מושתתים על מודל של הכרזה על מצב חירום. בהתאם לכך, הוא התמקד בשאלות שעניינן שכלולו של מודל זה – האם יש להבחין בין מצבי חירום שונים? מה צריך להיות היקפה של הביקורת השיפוטית על הכרזה על מצב חירום ועל תקנות ספציפיות שהותקנו במסגרתו?

על אף חשיבותו של דיון זה, יש מקום להערכתו מחדש על רקע הכרסום במשמעותה של ההכרזה על מצב חירום. כרסום זה משתמע מן המדיניות החקיקתית החדשה בנושאים ביטחוניים שמתבטאת בחקיקה המתמודדת עם אילוצים ביטחוניים מבלי שתוקפה מוגבל לשעת חירום. באופן יותר ספציפי ניתן להצביע על שתי מתכונות עיקריות של חקיקה כזו: חקיקת קבע וחקיקה של הוראות שעה.

מגמה ראשונה שניתן להצביע עליה היא חקיקת חוקים שמבחינת מהותם נועדו להתמודד עם מצבי דחק ביטחוניים, אך תוקפם אינו מוגבל לשעת חירום. דוגמה בולטת ראשונה לכך הייתה חקיקתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים,⁴³ שבשונה מחוק המעצרים המנהליים אינו כולל הוראה המגבילה את תוקפו למצב שבו קיימת הכרזה על שעת חירום.⁴⁴ דוגמה מרכזית שמחזקת את המגמה היא הצעת חוק המאבק בטרור,⁴⁵

41 ראו: Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L.J. 1029 (2004); BRUCE ACKERMAN, *BEFORE THE NEXT ATTACK: PRESERVING CIVIL LIBERTIES IN THE AGE OF TERRORISM* (2006).

42 מתנגדי ההצעה הציגו מספר נימוקים לכך, החל בחשש לפגיעה ביכולת להגן על זכויות אדם (ראו: Laurence H. Tribe & Patrick O. Gudridge, *The Anti-Emergency Constitution*, 113 (YALE L. J. 1801 (2004)), וכלה בטיעונים אנליטיים לגבי האפקטיביות של הסדרת מצבי חירום באמצעות חקיקה בלבד (Adrian Vermeule, *Self-Defeating Proposals: Ackerman on (Emergency Powers)*, 75 FORDHAM L. REV. 631 (2006)).

43 חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 192.

44 השוו לעיל ה"ש 13.

45 הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, ה"ח 1408 (להלן – הצעת חוק המאבק בטרור).

שאמורה לשמש בסיס לחקיקת מסגרת בתחום המאבק בטרור. ההצעה אינה מתנה את תוקפו של החוק המוצע בקיומה של הכרזה על מצב חירום. בכך היא חוזרת לגישה של תקנות ההגנה המנדטוריות שתוקפן לא הותנה באופן פורמאלי בקיומה של הכרזה כזו. יתר על כן, הצעת החוק מתקנת חקיקה קיימת על מנת להפסיק את התנייתה בקיומו של מצב חירום (בכל הנוגע לתחום של מעצרים מנהליים).⁴⁶ מעניין לציין כי בפסק הדין שעסק בעתירה נגד המשך ההכרזה על מצב חירום, ציין בית המשפט העליון את הכנתה של הצעת חוק המאבק בטרור כאחד הצעדים החשובים שנקט משרד המשפטים על מנת להיערך לביטולו של מצב החירום.⁴⁷ אין בפסק הדין התייחסות לכך שהישג זה עשוי להיחשב "ניצחון פירוס" אם משמעות הדברים היא שבמדינה לא תהיה הכרזה על מצב חירום אך לחקיקה ה"רגילה" יהיה אופי של מצב חירום מבחינה מהותית.

מגמה חקיקתית נוספת, המשלימה את קודמתה, היא זו של חקיקת חוקים במתכונת של "הוראת שעה" – חוקים שתוקפם מוגבל למספר שנים ללא תלות בהכרזה על מצב חירום. דוגמאות בולטות לחוקים מסוג זה הן החוק המגביל איחוד משפחות של אזרחי ישראל עם קרובי משפחה המתגוררים בשטחים⁴⁸ והחוק שעניינו הרחבת הסמכויות בחקירות של חשודים בעבירות ביטחוניות, מבחינת המשך מניעת המפגש עם עורך דין, או אף (במקרים קיצוניים) הארכת מעצר ללא נוכחות החשוד.⁴⁹

2. חקיקה של הוראות שעה ביטחוניות במבט השוואתי

השימוש בחקיקה רגילה שהצדקה לה היא שעת חירום מיוחדת – אך ללא הכרזה על מצב חוקתי מיוחד – כאמצעי להסדרה של נושאי ביטחון אינו מיוחד לישראל. בעקבות אירועי ה-11 בספטמבר 2001 מדינות דמוקרטיות דוגמת ארצות-הברית, קנדה ובריטניה מיהרו לאמץ חקיקה אשר תקנה לרשות המבצעת סמכויות נרחבות לצורך מיגור הטרור. תוקפה של חקיקה זו הוגבל במקרה הרגיל לכמה שנים, כבסיס חשוב להצדקתה בדיון הציבורי שהתקיים במדינות אלה.⁵⁰

46 ראו: ס' 120 להצעת חוק המאבק בטרור, המבקש לבטל את ס' 1 לחוק המעצרים המנהליים.

47 עניין מצב החירום, לעיל ה"ש 31, פס' ט"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

48 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544.

49 חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, ס"ח

364. ראו עוד להלן ה"ש 65.

50 ראו באופן כללי: John E. Finn, *Sunset Clauses and Democratic Deliberation: Assessing*

the Significance of Sunset Provisions in Antiterrorism Legislation, 48 COLUM. J.

TRANSNAT'L L. 442 (2010).

כשישה שבועות לאחר ה-11 בספטמבר התקבל בארצות-הברית ה-Patriot Act.⁵¹ חוק זה, שהשתרע על פני מאות עמודים, נחקק בהליך חקיקה קצר, ללא דיון ציבורי של ממש. מבחינה תוכנית הוא הרחיב מאוד את סמכויותיה של הרשות המבצעת בתחום המאבק בטרור. בין השאר הוא הרחיב את סמכויות החיפוש והמעקב של רשויות האכיפה, התיר גישה לנתונים אישיים של חשודים (דוא"ל, מידע רפואי, מידע גנטי ועוד) (סעיפים 201-204 ו-215) ואפשר לערוך חיפוש מסוג "Sneak and Peak" בביתו או במשרדו של חשוד ללא ידיעתו (סעיף 213). נוסף על כך, הוא הסיר מגבלות שהיו קיימות על איסוף מודיעין זר בתוך ארצות-הברית (סעיפים 214, 215, 218, 225). ה-Patriot Act כלל הוראת שעה (sunset provision) (סעיף 224) אשר הגבילה לתקופה של ארבע שנים את תוקפם של 14 מסעיפי החוק (מתוך 158), בעיקר אלה העוסקים בסמכויות מעקב על אזרחים אמריקאים. עם זאת, ההסדר של הגבלת תוקף לא הוחל על סעיפים שנויים במחלוקת אחרים, כדוגמת הסמכות לחפש במתכונת של "Sneak and Peak". לקראת מועד פקיעתה של הוראת השעה, התעוררה מחלוקת בין המפלגה הרפובליקנית בהנהגתו של בוש, שתמכה בהארכת החקיקה במתכונת של הסדר קבע, לבין המפלגה הדמוקרטית שהעדיפה להאריכה בארבע שנים נוספות בלבד. לבסוף, במרץ 2006 נתן הקונגרס תוקף קבוע למרבית הוראות החוק.

הוראות שעה היו חלק חשוב גם מן המערך הבסיסי של החקיקה הקנדית נגד טרור בסמוך לאירועי ה-11 בספטמבר. ב-15 באוקטובר 2001 הציגה הממשלה את ה-Anti-Terrorism Act (ATA) (בעקבות הצעת החוק שנודעה כ-Bill C-36).⁵² בדומה לארצות-הברית, גם כאן היה זה חוק ארוך ומסועף שהכניס תיקונים ביותר מעשרה חוקים, נוסח במהירות ואף התקבל בפרלמנט במהירות.⁵³ בין השאר הוא כלל שתי סמכויות שנויות במחלוקת – הסמכות לערוך מעצר מונע והסמכות לבצע שימוע חקירתי – שנחקקו לתקופה של חמש שנים (סעיף 83.32). הסמכות לבצע מעצר מונע (Preventive Arrest) התירה לקצין משטרה לעצור חשוד ולהחזיקו במעצר למשך שלושה ימים ללא צו אם הוא מאמין כי עומד להתבצע פיגוע טרור (סעיף 83.3). הסמכות לערוך שימוע חקירתי (Investigative Hearing) אפשרה לשופט לכפות על עד להעיד בחשאי בנוגע להתארגנויות קודמות ולפעילות צפויה (סעיף 83.28). כאמצעי איזון נוסף, כלל ה-ATA הוראה שחייבה עריכת ביקורת על יישומו בוועדת הפרלמנט בתום שלושה שנים. במרץ 2007, לאחר דיון סוער בפרלמנט, פקע תוקפן

51 שמו המלא של החוק הוא Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001, Pub. L. No. 107-156, 115 Stat. 272 (codified as amended in scattered sections of 8 U.S.C., 15 U.S.C., 18 U.S.C., 22 U.S.C., 31 U.S.C., 42 U.S.C., 49 U.S.C., 50 U.S.C.)

52 Anti-Terrorism Act, S.C. 2001, c. 41 (Can.)

53 ראו: Finn, לעיל ה"ש 50, בעמ' 455.

של ההוראות בדבר מעצר מונע ושימוע חקירתי בניגוד לעמדתה של המפלגה השמרנית שביקשה להאריך למשך שלוש שנים נוספות.⁵⁴

בבריטניה נחקק בעקבות ה־11 בספטמבר ה־2001 (ATCSA) החוק הרחב במידה ניכרת את סמכויות המשטרה בכל הנוגע לביטחון ולמניעת טרור כפי שעוגנו קודם לכן ב־Terrorism Act 2000.⁵⁵ החוק אפשר להכריז על אדם כעל "חשוד כטרוריסט בינלאומי" (Suspected International Terrorist) בתנאים מסוימים, בין היתר על בסיס זיקה לארגוני טרור (סעיף 21). משהוכרז אדם כ"חשוד כטרוריסט בינלאומי" החוק אפשר לגרשו (סעיף 22) ולהחזיקו במעצר לפרק זמן בלתי מוגבל ללא הגשת כתב אישום (סעיף 23), בכפוף להליך של ביקורת תקופתית על ידי ועדה מיוחדת (סעיפים 25-28). הוראות אלה הוחלו על זרים בלבד ולא על אזרחים בריטיים. לפי סעיף 29, סעיפים 21-23, שאפשרו מעצר כאמור, הוגבלו בהוראת שעה לתקופה של 15 חודשים עם אפשרות הארכה בצו לשנה נוספת בכל פעם, ובכל מקרה לחמש שנים לכל היותר.⁵⁶ החוק כלל מנגנון ביקורת נוסף שהיה מבוסס על פעילותה של ועדה לבחינת יישום החוק (סעיפים 122-123). דו"ח הוועדה הוגש לפרלמנט בשנת 2003 ונמתחה בו ביקורת חריפה על החוק, ובפרט על הסמכות להחזיק חשוד במעצר לתקופה בלתי מוגבלת מכוח סעיף 23.⁵⁷ בסוף שנת 2004 הכריז בית הלורדים כי סעיף 23 מהווה הפרה של האמנה האירופית לזכויות אדם, בשל כך שהוא מפלה באופן בלתי מידתי בין אזרחים לבין מי שאינם אזרחים.⁵⁸ בתגובה נחקק ה־Prevention of Terrorism Act 2005 (PTA),⁵⁹ אשר הסמיך את שר הפנים להוציא "צווי הגבלה" (control orders), הקובעים מגבלות בדרגות שונות על חשודים (עוצר, תיוג אלקטרוני, מעצר בית והגבלת השימוש בטלפונים סלולריים ובאינטרנט), בין אם מדובר באזרחים ובין אם לאו (סעיפים 1-9). ה־PTA כלל הוראת שעה שלפיה החוק יהיה תקף לשנה עם אפשרות הארכה (סעיף 13). כן נקבע בחוק כי תיערך ביקורת על יישומו

54 ראו: שם, בעמ' 455-456.

55 Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, c. 24 (U.K.).

56 ס' 30 קושר הוראות אלה להחלטתה של ממשלת בריטניה להודיע על גריעה (derogation) מן האמנה האירופית לזכויות אדם, על מנת לעמוד בהתחייבותיה לפי האמנה. השוו לעיל ה"ש 6.

57 ראו: Privy Counsellor Review Committee, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), *Review: Report*, 2003, H.C. 100.

58 ראו: A & Others v. Sec'y of State for the Home Dep't [2004] UKHL 56, [2005] 2 A.C. 68 (U.K.).

59 Prevention of Terrorism Act 2005 (U.K.).

מדי שלושה חודשים (סעיף 14). חרף הביקורת החריפה שנמתחה על ה-PTA, לפי שעה הוארך תוקפו מדי שנה.⁶⁰

3. הפן החוקתי של הוראות השעה

משמעויותיה הנורמטיביות של המגמה החקיקתית שתוארה אינן פשוטות וחד-משמעיות. לכאורה מדובר בחוקים רגילים שאינם נוגעים להסדרה החוקתית של מצבי חירום. אולם מן הבחינה הפרקטית, מודל חקיקתי זה הופך את ההכרזה על מצב חירום למיותרת במידה רבה. ראשית, הוא מייתר לכאורה את הצורך בהכרזה בנסיבות שבהן עומדות לרשותה של הממשלה סמכויות חירום מן המוכן, המחכות על "המדף החקיקתי" הרגיל ליום פקודה. שנית, במקרים שבהם חלה חקיקה זו, המפרה את האיוונים הרגילים שבין צורכי הביטחון לבין הגנה על זכויות יסוד, בית המשפט נקרא להתחשב בתקופת תוקפה המוגבלת של החקיקה ובנסיבות המיוחדות שעמן היא נועדה להתמודד כאשר הוא נדרש לביקורת שיפוטית עליה. גורמים אלה נלקחים בחשבון על ידי בית המשפט וכך משפיעים בסופו של דבר גם על הדיון החוקתי.⁶¹

60 The Prevention of Terrorism Act 2005 (Continuance in Force of Sections 1 to 9) Order 2010, No. 645, Finn: ראו גם: לעיל ה"ש 50, בעמ' 480-481, ה"ש 184-185. יצוין כי בעקבות פיגועי הטרור בלונדון ביולי 2005 נחקק גם ה-Terrorism Act 2006 (U.K.) אשר קבע עבירות פליליות נוספות בנוגע לפרסומים הקשורים לטרור ותיקונים לגבי חלק מסמכויות האכיפה.

61 מדיניות שיפוטית זו של ריסון יתר בביקורת שיפוטית על הסדרים זמניים התפתחה כמדיניות כללית ואינה מוגבלת להקשרים ביטחוניים. ראו למשל: בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 486 (1994) ("משקל מיוחד ניתן במסקנתי זו לזמניותו של מעשה החקיקה"); בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 495 (1996) ("לזמניותה של הנורמה יש נפקות לעניין התערבותו של בית המשפט בשיקולי המחוקק, ועל יישומה של פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במקרה כזה"). אין ספק שבית המשפט עושה שימוש במדיניות זו בכל הנוגע לסוגיות ציבוריות וחברתיות בוערות שנקיטת עמדה בעניינן קשה במיוחד. דוגמה מובהקת לכך היא המדיניות המרסנת בכל הנוגע לחקיקה של הסדרי דחיית הגיוס של בחורי הישיבות. ראו: בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699 (2002) שבו נדחתה עתירה נגד הוראת שעה שנתנה תוקף להסדר דחיית הגיוס של בחורי הישיבות לשנתיים נוספות עד להשלמתה של חקיקת הקבע בנושא. לדברי השופט מצא, "בנסיבות שנוצרו די בזמניותו של החוק – ועל רקע שיקולים רלוונטיים נוספים – כדי להצדיק את הימנעותנו מנקיטת עמדה בשאלת חוקתיותו. ודוק, אינני אומר כי בעצם הגבלת תוקפו של מעשה-חקיקה כלשהו – או בהגדרתו כ"הוראת שעה" – יש כדי לחסן את מעשה החקיקה מפני ביקורת חוקתית. אף פגיעה "זמנית" בזכות חוקתית, שאינה לתכלית ראויה או שמידתה עולה על הנדרש, אינה פגיעה מותרת; וחוק הפוגע פגיעה כזאת, עלול להיפסל. אך ייתכנו מקרים שבהם יחליט בית המשפט, על יסוד שיקולים של מדיניות

בעניין עדאלה,⁶² נדונה עתירה נגד החוק המגביל איחוד משפחות של אזרחי ישראל עם קרובי משפחה המתגוררים בשטחים. את החלטתם לדחות את העתירה ביססו שופטי הרוב במידה רבה על אופיו הזמני המיוחד של החוק. פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין נותן ביטוי נאמן לעמדה זו. לדבריו, "נוסיף וניתן דעתנו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל חוקק במתכונת של הוראת שעה שתוקפה נקבע לשנה, וכי ניתן להאריכו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה על שנה אחת בכל פעם. זמניות זו של החוק נודעת לה חשיבות. הלכה פסוקה היא מלפנינו כי 'לא הרי חוק 'קבוע' כהרי חוק 'זמני' בבחינת חוקתיות החוק' [...] וכל הממעט בפסילתו החוקתית של חוק זמני, הרי זה משובח [...] טעמיה של ההלכה כוחם יפה בפרשה זו שלפנינו. טעמי ביטחון טעמים הם המשתנים מעת לעת, וקביעתו של החוק כחוק זמני פירושה הוא צימצום הפגיעה אך למקום שטעמי ביטחון מחייבים זאת. יתר־על־כן, זמניות זו תחייב את הממשלה ואת הכנסת לשקול בתדירות גבוהה את הוראות החוק ואת תוצאות הפעלתן, ולהרסיף ולאזן מעת לעת בין זכויות שנפגעו לבין צורכי הביטחון של המדינה".⁶³ כמובן, זמניותו של ההסדר אינה מהווה תמיד שיקול מכריע, ובית המשפט עשוי להתערב ולפסול גם הסדר בעל אופי זמני. בעניין עדאלה עצמו סברו שופטי המיעוט כי אופיו הזמני של החוק אינו מחפה על חוסר המידתיות שבו.⁶⁴ ברומה לכך, בעניין פלוני, שבו נדונה חוקתיותה של הוראת השעה המאפשרת במקרים מיוחדים מעצר של חשודים בעבירות טרור ללא נוכחותם, פסל בית המשפט הסדר זה חרף זמניותו.⁶⁵

שיפוטית, להתחשב ב"זמניותו" של חוק "זמני" כנימוק למידתיותו, ועל יסוד זה להניח – בלי לפסוק – כי החוק עומד ביתר מבחניה של הביקורת החוקתית". שם, בעמ' 713-714 (ההדגשות במקור); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) שבו נדחתה עתירה נגד ההסדר של "חוק טל" המאפשר לבחורי ישיבות שעוזבים את לימודיהם לבחור בחלופה של שירות אזרחי מקוצר במקום שירות צבאי. בית המשפט סירב לקבל את העתירה חרף הנתונים שהוצגו לפניו בדבר אי-הצלחתו של החוק עד כה, בהתחשב בכך שנחקק תחילה לתקופת ניסיון בת חמש שנים. הנשיא ברק הסביר כי "יש לאפשר לחברה הישראלית בכלל, ולחברה החרדית בפרט, להפנים את הסדרי החוק ואת דרכי ההגשמה של הוראותיו. כל אלה מצביעים על כך כי יש להמתין לחלוף חמש השנים מאז נחקק החוק". שם, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק.

62 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן – פרשת עדאלה).

63 ההדגשות הוספו, שם, בעמ' 1858.

64 שם, בעמ' 1801.

65 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010). במקרה זה, טיעון הזמניות אף לא נבחן במישורין בפסק הדין. הטעם לכך יכול להיות שבשונה מתחום איחוד המשפחות (שבו קיימת אפשרות כי מי שלא קיבל היתר שהייה בישראל יקבלו בעתיד), בכל הנוגע לחשוד שמעצרו מוארך ללא דיון שיפוטי, הפגיעה קבועה ומוחלטת לגבי אותה חקירה.

4. הוראות שעה מתמשכות: האם ההיסטוריה חוזרת?

המעבר לחקיקתן של הוראות שעה מחייב להוסיף ולשאול עד כמה הסדרים אלה הם אכן בעלי אופי ארעי. לכאורה יש היגיון בחקיקת סמכויות מחמירות בתחום של מאבק בטרור לתקופה מוגבלת בלבד. בדרך זו ניתן לתת מענה לאיומי השעה מבלי לשנות את נקודת האיזון הבסיסית של השיטה המשפטית. כפי שהוסבר לעיל, תפיסה זו של הארעיות כחלק מן הלגיטימציה של הסדרים הפוגעים בזכויות השפיעה על הביקורת השיפוטית. אולם קיים קושי ביישומה של גישה זו לאור הנטייה להאריך את תוקפם של חוקים המוגדרים מלכתחילה כהוראות שעה. כך למשל, החקיקה בנושא איחוד המשפחות הוארכה מספר רב של פעמים. הארכת ההסדרים לתקופות קצובות בלבד מקשה על הביקורת, אך יוצרת למעשה מציאות של חקיקת קבע הנהנית מאצטלה של זמניות לשם חיזוק הלגיטימציה שלה. קיים חשש שדינמיקה זו של "זמניות קבועה" או "קביעות זמנית" משחזרת את ההסדר החוקתי המקורי של הכרזה על שעת חירום לתקופה, המתפקדת מהרבה בחינות מעשיות כהכרזת קבע.

ואמנם, פסיקתו העדכנית של בית המשפט העליון מלמדת שההתייחסות הזהירה לביקורת של "הוראות שעה" נשחקת ככל שההסדר הולך ומתמשך הלכה למעשה, מכוח תיקוני חוק מאוחרים. כך, בעתירה נגד הארכת תוקפו של "חוק טל" בנושא שירותם בצבא של בני הישיבות, תמכו שופטי הרוב בקבלת העתירה לאחר שהתברר כי ההסדר שנחקק לניסיון לא הוכיח עצמו.⁶⁶ סוגיית הזמניות המתמשכת של הוראות השעה זכתה לבולטות בפסק הדין השני שניתן בנושא איחוד המשפחות עם תושבי השטחים.⁶⁷ ההכרה בכך שהזמני הופך בהדרגה לקבוע השפיעה לפחות באופן חלקי על עמדותיהם של השופטים. השופט (בדימוס) לוי שהצטרף לדחיית העתירה בפעם הראשונה שנדרן חוק זה, תמך הפעם בקבלת העתירה מתוך הכרה בכך שהזמני הפך לקבוע.⁶⁸ לעומת זאת, חלק משופטי הרוב, הגם שנתנו דעתם לבעייתיות הכרוכה בהארכתו של ההסדר הזמני, קבעו שהתארכות

66 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012).

67 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).

68 השופט (בדימוס) לוי ציטט בהקשר זה מדברי המשורר יהודה עמיחי "אין נצח גדול מדלת שכתוב עליה: סגור היום". שם, פס' 33 לפסק דינו. בהמשך אותה פסקה הוא כתב בעניין זה כך: "הוראות שעה ניתן למצוא למכביר בחקיקה הישראלית. מראש, הן נועדו ליתן מענה לאילוצי העת הדוחקת ולשמש הסדרים לתקופות ביניים. בעוד שבחלק מן המקרים פגעו הוראות אלו במועדן הנקוב או בסמוך לו, הרי שבמספר לא מבוטל של מקרים, וכאן טמון החשש אף בענייננו, הפך הארעי לדבר קבוע". לדבריו, החוק הפך מהוראת שעה ל"הוראת שנים", שם.

ההסדרים מבטאת את אילוּצי השעה המתמשכים.⁶⁹ יש כמובן הבדל בין שתי דוגמאות אלה. בעניין "חוק טל" החקיקה הוגבלה בזמן מאחר שמראש הרציונל שביסודה היה של ניסיון חברתי. לעומת זאת, בעניין איחוד המשפחות הזמניות נועדה לבטא את ההכרה בכך שהחוק נוקט אמצעים קשים שאינם מתאימים אלא לשעת חירום.

ז. סיכום: דיני חירום במבט לעתיד

הבחינה החוקתית של הסדרי החירום של מדינת ישראל מובילה לכמה מסקנות. ראשית, ההסדרה של מצבי חירום בחוקה נחשבת ל"רע במיעוטו" בלא מעט שיטות משפט, ומבחינה זו הבחירה הישראלית סבירה, במיוחד אם מביאים בחשבון את עוצמת האיומים שלהם חשופה מדינת ישראל. שנית, הבעיה העיקרית במצב הישראלי אינה נובעת מ"החוק בספרים", אלא מאופיו המתמשך של מצב החירום. עם זאת, הצבת מגבלה פורמאלית על משכו של מצב החירום אינה פתרון מתאים לאור האיומים המוחשיים שמדינת ישראל נתונה להם. מעניין לציין כי הדיונים שהתקיימו בהשלמת הפרויקט החוקתי של מדינת ישראל לא העלו הצעות לשינוי עקרוני באופן הסדרתה של הסוגיה, להבדיל מהצעות לשינוי בפרטים מסוימים. כך למשל, הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה מתייחסת אף היא להסמכת הכנסת להכריז על מצב חירום, תוך הוספת סייגים מסוימים בהשוואה למצב הקיים (כדוגמת הגבלת משך ההכרזה לחצי שנה בכל פעם או איסור מפורש על פגיעה במעמדו ובסמכויותיו של בית המשפט העליון).⁷⁰

לאורו של הדיון ההשוואתי, הצעה שיש בה כדי לתרום במידת מה להתמודדות עם "האצבע הקלה על ההדק" בהכרזה על מצב חירום יכולה להיות מושתתת על אימוץ המודל המבחין בין דרגות שונות של מצבי חירום (כפי שנהוג בגרמניה ובספרד).⁷¹ הבחנה כזו תאפשר למתן את היקף הסמכות החריגה הנתונה לרשות המבצעת במצבי חירום "רגילים"

69 כך למשל כתבה בעניין זה השופטת נאור: "החוק הוא אמנם בגדר 'הוראת שעה', אך השעה היא ארוכה ומתארכת בשל כך שתקוות שהיו במהלך השנים לימים טובים מאלה ביחסי ישראל ועמי האזור, התנפצו, לצערי, עד כה אל סלע המציאות". שם, פס' 1 לפסק דינה.

70 ראו: המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר, ס' 185-186 להצעת החוקה (אורי דרומי עורך, 2005).

71 הבחנה בין מצבי חירום בדרגות שונות מוכרת גם במשפט הקנדי. הנושא אינו מוסדר בצ'רטר הקנדי אלא בחוק – Emergencies Act, R.S.C. 1988 c. 29 (Can.). ראו: Robert Martin, *Notes on Emergency Powers in Canada*, 54 U. N. B. L. J. 161 (2005); Kim Lane Scheppele, *North American Emergencies: The Use of Emergency Powers in Canada and the United States*, 4 INT'L J. CONST. L 213, 230-231 (2006).

יחסית. עם זאת, כפי שעולה מן הדיון עד כה, גם פתרון זה, בעומדו לבדו, אינו צפוי להבטיח שימוש מאוזן בסמכויות לשעת חירום. גם משטר חוקתי המבחין בין דרגות שונות של מצבי חירום אינו מהווה ערובה מלאה לכך שהמשלה לא תבחר להשתמש באמצעים הקיצוניים ביותר. עם זאת, הכרה בניואנסים אלה במערכת החוקתית עשויה להפחית את הסיכוי שבחירה באמצעים קיצוניים תתרחש. חשוב לציין שלהבחנה בין דרגות שונות של מצבי חירום יש ביטוי גם בחקיקה הישראלית, אך רק באופן מוגבל. חוק ההתגוננות האזרחית,⁷² כולל הסדרים מיוחדים ל"שעת התקפה", ל"תקופת קרבות" ול"מצב מיוחד בעורף".⁷³

מעבר לדיון החוקתי הפורמאלי, המאמר הצביע על כך שהתפתחותם של דיני החירום במדינת ישראל בשנים האחרונות התבטאה בעיקר בחקיקה שמבחינה מהותית כללה איזונים של שעת חירום, מבלי שתחולתה הוגבלה לזמן שבו קיימת הכרזה פורמאלית על מצב חירום. חקיקה זו לא שינתה את ההסדרה החוקתית, אך במידה רבה ייתרה אותה. כאשר חקיקה זו הוגדרה כ"הוראת שעה" בית המשפט נטה לגלות מתינות בביקורת החוקתית עליה. למעשה, המודל הבעייתי ביותר הוא זה של חקיקת קבע בעלת מהות של חקיקת חירום, אף מבלי שהיא כוללת מרכיב של הוראת שעה. חקיקה כזו יוצרת "דה-פקטו" מצב חירום תמידי, מבלי שמדינת ישראל נותנת לעצמה דין וחשבון שזהו המצב הנוהג בה. במקביל, ההבדל שבין חקיקה זו לבין חקיקה של הוראות שעה ביטחוניות נשחק במציאות שבה תוקפן של אלה מוארך מעת לעת.

72 חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951, ס"ח 78. (להלן – חוק הג"א).

73 לפי ס' 1 לחוק הג"א "תקופת קרבות" היא "תקופה שבה מתנהלות פעולות-מלחמה נגד ישראל מצד אויב"; "שעת התקפה" מוגדרת לגבי שטח מסוים בלבד וקיימת ב"זמן שבו מתנהלת באותו שטח התקפה מצד אויב", ב"זמן ממתן אות אזעקה עד מתן אות ארגעה, או עד סיום פעולות ההצלה הדרושות בשטח המותקף", במהלך קרבות או תמרוני הג"א או כאשר הוכרו "מצב מיוחד בעורף". הכרזה על "מצב מיוחד בעורף" נעשית על ידי המשלה בתוקף סמכותה המיוחדת לעניין זה לפי ס' 9 לחוק כאשר "קיימת סבירות גבוהה שתתרחש התקפה על האוכלוסייה האזרחית" ביחס ל"מדינה כולה או בשטח מסוים".