

"מעשי טלאים" בדיני החירום

מאת

מרגית כהן*

מאמר זה עוסק בתופעה שתכונה להלן "תחיקת טלאים", כפי שהיא משחקת בדיני החירום הישראליים. תחיקת טלאים קיימת כאשר המחוקק או מחוקק המשנה חורגים ממסגרת דין קיימת, בעלת גבולות מוגדרים, באמצעות קביעת הסדר מקביל ומבלי לבטל את תחולתה או את תחולתה האפשרית של המסגרת הקודמת. תופעה כזו קיימת בדיני החירום הישראליים כבר היום. במאמר ייטענו שלוש טענות: לפי הטענה הראשונה, התופעה של תחיקת טלאים בדיני החירום היא פסולה וכרוכה בה כמה סכנות. הראשונה שבהן היא הסכנה לקביעת הוראות מחמירות מדי בלהט האירועים שיצרו לכאורה את הצורך בחקיקה הנוספת. לכך נוספות הסכנות של הימנעות מעדכון ומעריכת רפורמות כלליות בדיני החירום, ושל התגברות הנטייה לפעול לחלוטין מחוץ למסגרת החוק, בהנחה שפעולה כזו תאושרר בדיעבד. על כל אלה נוספת הסכנה הכללית הכרוכה תמיד בחוסר הוודאות הנובע מריבוי הוראות חקיקה בעלות תחולה חופפת. הטענה השנייה שטיטען במאמר היא שכל רשויות המדינה בישראל — המחוקק, מחוקק המשנה ובתי המשפט — לא פסלו עד כה את התופעה של תחיקת טלאים, וזו קיימת גם היום, אם גם במידה מועטת יחסית, לאור הגמישות בהפעלת הסדר התקנות לשעת חירום. הטענה השלישית היא שדווקא ההסדר החדש שבחוק יסוד: הממשלה, הקובע הגבלות על הפעלת הסמכות להתקנת תקנות לשעת חירום, עלול להגביר את הנטייה לתחיקת טלאים בתחום דיני החירום באמצעות חקיקה או התקנת תקנות מחוץ למסגרת ההסדר החדש. בהמשך המאמר יוצע מבנה רצוי של דיני חירום, המכוון למנוע מצב של ריבוד הוראות. בצירה של מסגרת כללית להתקנת תקנות לשעת חירום, יש לקיים קבוצה של חוקים המסדירים סוגיות ספציפיות, כגון מעצרים מינהליים והתגוננות אזרחית. כל אלה ראוי שיוכרו כהסדרים ממצים. השאלה, כיצד ניתן להגביל את התרחבותה של תחיקת הטלאים, תיבחן לאחר מכן. למרות ההכרה במגבלות הביקורת השיפוטית בעת חירום של ממש, חידון האפשרות להכיר בהסדרי החירום כהסדרים ממצים ולהפעיל בכל זאת כלים נוספים של ביקורת שיפוטית. כן ייבחנו

* תלמידת מחקר ועוזרת הוראה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לאיל כנבנשתי, משה הירש, פיונולה גי-אאולין, קלוד קליין וחברי מערכת משפטים על הערותיהם, ובמיוחד לדוד קרצמר על הערות ושיחות פוריות שסייעו רבות בכתיבת המאמר.

האנומליות — הטענות תיקון — הנובעות מניסוח לא אחיד של חוקי היסוד, ההטלה על דרך של חקיקת משנה, האפשרות לקביעה ההוראות המתאימות בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה והמורעות השלטונית והציבורית לסכנות שבהטלה.

א. מבוא. ב. מצב חירום, דין חירום ו"תחיקת טלאים" — הגדרה ומיון. 1. מצב חירום; 2. דין חירום; (א) תחיקת זמן חירום מול הוראות החמרה בתחיקה העוסקת ב"שלוש הציבור"; (ב) דין חירום "במובן הצר" ודין חירום "במובן רחב"; (ג) קריטריונים למיון דיני חירום; 3. "תחיקת טלאים"; ג. "תחיקת טלאים" — הסכנות. 1. אי ודאות; 2. פגיעת יתר; 3. "קיפאון" חקיקתי; 4. לגליזציה בדיעבד; 5. הערכת הסכנות — הערה; ד. תחיקת טלאים בדין החירום הישראלי. 1. המחוקק; (א) תקנות ההגנה (שעת חירום); (ב) סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ו"ניצולו" בחקיקה ראשית; (ג) חוקי חירום "עצמאיים"; (ד) העדר טיפול חקיקתי בכפילות הוראות; 2. הרשות המבצעת; (א) בחירה בין תקנות ההגנה המנדטוריות לבין תקנות לשעת חירום; (ב) בחירה בין תקנות לשעת חירום לבין תחיקה ספציפית; (ג) התקנת חקיקת משנה "עצמאית"; 3. בתי-המשפט; (א) היקף הביקורת — מישור התוקף; (ב) התפתחות הביקורת — מישור שיקול הדעת; (ג) היקף הביקורת השיפוטית במצב חירום "אמיתי" ועל דין חירום "במובן הצר"; ה. ההסדר החדש — מאפיינים וקשיים. ו. מבנה רצוי לדין החירום. 1. שני סוגים של תחיקת חירום; 2. דין חירום כדין ממצה; ז. מחסומים מפני תחיקת טלאים. 1. כוחם של מחסומים משפטיים בזמן חירום — הערה כללית; 2. ביקורת שיפוטית במישור התוקף; 3. ביקורת שיפוטית במישורים אחרים; (א) התערבות בשיקול הדעת; (ב) מעורבות שיפוטית אחרת; 4. חוקי היסוד משנת תשנ"ב; 5. מקור הסמכות להחקת חקיקת משנה של חירום; 6. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה; 7. איפוק ממשלי וביקורת ציבורית; ח. סיכום.

א. מבוא

חוק יסוד: הממשלה החדש מכונן, בצד חידושי האחרים, הסדר חדש לחקיקת חירום, המחליף את ההסדר שנקבע בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. במבט ראשון נראה ההסדר החדש מבורך, בכך שהוא מקשה, יותר מקודמו, על האפשרות לנצל לרעה. ואכן, הקביעה כי מצב חירום שיוכרז יהיה תקף לשנה אחת לכל היותר, וכן ההתנאות המפורשות לפיהן תקנות לשעת חירום יופעלו אך ורק אם מצב החירום יחייב זאת, לא יפגעו בכבוד האדם, לא יקבעו ענישה למפרע ולא ימנעו פנייה לערכאות, מובילות לכאורה למסקנה כי ההסדר עשוי להיות "הדוק" יותר ולמנוע שימוש בחקיקת החירום כמכשיר להגשמת מטרת המתאימות לטיפול בחקיקה "רגילה". מכאן מסתברת גם המסקנה הלכאורית, כי ההסדר החדש יבטיח את צמצום הפגיעות בפרט, העושות אצטלה של "שעת חירום". לאור כל אלה ניתן לטעון, כי השינוי בדין, הקובע איזון חדש

בין צרכי החירום לבין דרישות של שלטון החוק ושמירה על זכויות יסוד, הוא שינוי נכון¹.

בדפים אלה אבדוק האם ההסדר החדש, על הוראותיו המגבילות יותר, עלול להביא עמו פגמים חדשים. אטען, כי קיים סיכון טבוע בהסדרים צרים בתחום חקיקת החירום. הכוונה איננה אך לסכנה כי חקיקת חירום, התוחמת תחום סמכויות צר או מטילה מגבלות פרוצדורליות קשות, עלולה להזמין את הפרתה בתנאי חירום. במקביל לסכנה זו קיימת סכנה שהיא לכאורה פחותה יותר – משום שאיננה חורגת מגבולות החוקיות, אך דווקא משום כך ייתכן כי היא זמינה יותר: חקיקת חירום מגבילה מדי עלולה ליהפך למכשיר שאין משתמשים בו, ולהוביל לקביעה של תחיקה חלופית, ידידותית יותר למימשל. הסכנה הטמונה בכך היא היווצרותו של דין חירום העשוי "טלאי על טלאי", אדרהוק. "חקיקת טלאים" כזו אומנם תהא "חוקית", אולם משמעותה תהיה פריצה של גבולות הסדר החירום המקורי, שתוצאותיה עלולות להיות הרסניות יותר מאלה של ההסדר המקורי, שמלכתחילה היה אמנם נוקשה יותר אך גם בר הפעלה.

נוסף על המסגרת הכללית של דיני החירום, הקבועה היום בחוק יסוד: הממשלה, מכיל הדין הישראלי נדבכים נוספים לחקיקת חירום. מלכתחילה, לא היה דין החירום הישראלי עשוי מקשה אחת, בשל אי-ביטולן של תקנות ההגנה המנדטוריות. במהלך השנים נוספו לדיני החירום רבדים חקוקים נוספים. חלקם של מעשי חקיקה אלה נעשה מכוח ההכרזה על קיום מצב חירום לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אולם אחרים יוצרים מסגרות חירום אחרות, מסוגים שונים, שאינן חופפות את המסגרת הקבועה בפקודת סדרי השלטון והמשפט. בכמה חקוקים חדשים יחסית, שנחקקו במהלך מלחמת לבנון ומלחמת המפרץ, ניתן לזהות נטייה מוגברת ליצירת "תחיקת טלאים" המכוונת להתמודד עם מצב משבר מיוחד, וזאת מחוץ למסגרת החוקים הקיימת. דוגמה מובהקת לכך הן התקנות שהותקנו במהלך מלחמת המפרץ בשנת 1991. בתקופת חירום זו הותקנו תקנות שעת חירום שנועדו להתמודד עם צרכי המשבר. בצד תקנות אלה הותקנה גם קבוצה של תקנות רגילות שטיפלו אף הן בשעת החירום, ביניהן תקנות בתייהמשפט ולשכת ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991 תקנות אלה הסמיכו את שר המשפטים להודיע על קיום "שעת חירום מיוחדת", ולהורות כי במהלכה יצומצם היקף פעילותם של בתייהמשפט. תקנות אלה אינן מקיימות קשר כלשהו למסגרת הרגילה של תקנות שעת חירום. "שעת החירום

1 עם זאת, אין להתעלם מהקלות מסוימות שנקבעו בהסדר החדש. ניתנה לממשלה אפשרות להכריז בעצמה על מצב חירום במקרים דחופים שבהם לא ניתן לכנס את הכנסת בדחיפות הנדרשת. מצב חירום זה יימשך לכל היותר שבועה ימים (סעיף 49 ג); כמו כן נקבעו חריגים לעניין חובת הפרסום ברשומות של הכרזה כאמור ושל תקנות לשעת חירום (סעיפים 49 ד) ו-50 ז) לחוק יסוד: הממשלה).

המיוחדת" איננה קשורה לתוקפה של הכרזה על קיום מצב חירום, ושלא כתקנות שעת החירום שהותקנו באותה עת, נותרו תקנות אלה בתוקף עד היום².

להלן ייטען, כי לעניין דין החירום מתחייב קיומו של הסדר תחיקתי אחיד וברור ככל האפשר. כל מצב של ריבוי דברי חקיקה החופפים זה את זה, ולו חלקית, מגביר את חוסר הוודאות בשיטה. הימנעות מכפילות תחיקתית היא תכונה רצויה בשיטה המשפטית כולה, אולם לעניין דיני החירום יש לה חשיבות מיוחדת. בשעת חירום נדרשת המדינה למאמצים מיוחדים, ותחומים משפטיים רבים מקבלים פנים חדשות. מעצרים מיוחדים, תפיסות והתרמות רכוש, הטלת אמצעי הגבלה כגון סגר ועוצר, וגם צעדים חמורים פחות אך עדיין בעלי השלכה מיידית על חיי הפרט במדינה, עלולים להתחייב ממצב החירום. עם זאת, בצלו של כורח זה קיים החשש המתמיד מפני תגובת יתר פוגענית, אשר לא תזכה לביקורת הראויה בלהט הזמנים ותקבע במסגרת נסיבתית שבה נחלשים הבלמים המסורתיים מפני ניצול לרעה של סמכות שלטונית. מתן לגיטימיות ל"תחיקת טלאים" מגביר מאד חשש זה, שכן ניתן להעריך שבעיצומו של משבר תגבר הנטייה לנטוש הסדרים מגבילים לטובת הסדרים נוחים יותר, ואף נוחים מדי. נוסף על כך, ההכרה בתחיקת טלאים עלולה לעכב רפורמות כלליות ונחוצות בתחום דיני החירום, מתוך הנחה שבעת הצורך ניתן יהיה להתמודד עם צרכים ספציפיים באמצעות חקיקה אד-הוק. ולבסוף, מתן לגיטימציה לתחיקת טלאים בפרקטיקה הציבורית עלול להגביר את הנטייה לפעול מתוך לחוק ובניגוד לו, מתוך הנחה שחוק עתידי יכשיר פעולות אלה בדיעבד.

עד עתה, קיומו של מצב חירום משפטי תמידי, שאפשר הפעלה חוזרת ונשנית של מנגנון התקנת התקנות לשעת חירום – כמו גם גמישותה הרבה של מסגרת החקיקה שנקבעה בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט – מנעו צורך של ממש בתחיקת חירום נוספת בהיקף גדול. שינוי הסדר זה עלול להגביר את הנטייה – שכבר התגלתה, כאמור, במצבי המשבר האחרונים ב-1982 וב-1991 – תוך בחירה ביצירת "טלאים" חדשים על גביו, במקום פעולה על-פיו.

להבהרת הדיון, אפתח בהגדרה ובמיון של אבני היסוד בסוגיה – "מצב חירום", "דין חירום" ו"תחיקת טלאים". להלן יתוארו מאפייניה של תחיקת הטלאים והסכנות הגלומות בה. אמשיך בתיאור דין החירום הישראלי שהתקיים עד כניסת חוק יסוד: הממשלה החדש, תוך תיאור הפוטנציאל שכבר גלום בו ל"תחיקת טלאים". פוטנציאל זה זכה למימוש הן בידי המחוקק והן בידי הרשות המבצעת, בבצעה את החקיקה ובהתקנת חקיקת משנה. גם בית-המשפט לא ראה לנכון לפסול את הפרקטיקה כשלעצמה, בשל חוסר נכונותו לסטות מן הכלל נגד ביטול מכללא של חוקים, שהוא תנאי ראשון לביקורת שיפוטית על תופעת ההטלאה כשלעצמה. כמובן אראה כי גם בפסיקה חדשה יותר, בה

2 ראו להלן, פרק ד.2.ג.

התגלחה נכונות מסוימת לביקורת שיפוטית על צערי חירום, הופעלה ביקורת זו במישור שיקול הדעת המינהלי בלבד ולא במישור התוקף של התחיקה.

בהמשך המאמר יוצגו האלמנטים הכלולים בהסדר החדש, העלולים להגביר את הנטייה לכיוון של "תחיקת טלאים" כאמור, וכן ישורטט — בקווים כלליים — מבנה רצוי לדיני החירום. אטען כי יש לקיים בשיטה מסגרת "רדומה" מן הסוג הקבוע בחוק יסוד: הממשלה, שתאפשר לרשות המבצעת להתקין, בזמן חירום מוכרז, הוראות בעלות תוקף זמני הגוברות על חקיקה ראשית. בצד מסגרת זו יכולים — ובנושאים מיוחדים גם צריכים — להתקיים חוקים העוסקים בנושאים מוגדרים, הנשמכים גם הם על קיומה של הכרזה על מצב חירום. בין היתר ראוי להסדיר באופן זה את נושאי המעצרים המינהליים וארגון המשק. הוראות שעת החירום כולן — המסגרת הכללית והחקיקה הספציפית — צריכות להיות מוכרות כהסדרים ממצים. קביעת הוראות חירום בידי הרשות המבצעת צריכה ברגיל להתבצע על-פי תקנות שעת חירום. בקיומה של תחיקה ספציפית, תהיה מסגרת זו הסדר ממצה, המונע, ככלל, פנייה להתקנת תקנות לשעת חירום או למכשירים אחרים. קביעת תקנות לשעת חירום בתחומים המוסדרים בתחיקה ספציפית צריכה להיות מוגבלת למקרים חריגים במיוחד, שיוגדרו אף הם בחוק.

לסיום תיבחן השאלה, האם קיימים בשיטה הישראלית מחסומים ראויים מפני שימוש יתר בפרקטיקה זו. במסגרת זו ייבחנו כוחותיו של בית-המשפט — הן כקובע כלל מחייב, לפיו דין החירום הוא דין ממצה, הן כמתחשב בקיומה של הטלאה במסגרת ביקורתו על שיקול הדעת, והן כקובע כללים מנחים רצויים. כן ייבדקו ההשפעה האפשרית של חוקי היסוד משנת תשנ"ב על היקף ההטלאה, המגבלות המוטלות על חקיקת משנה של חירום לאור דרישת הסמכה מפורשת בחוק כתנאי להתקנתה, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה וכן ריסון עצמי שלטוני העשוי לנבוע מגורמים פוליטיים וציבוריים.

אף כי כל המחסומים האמורים אינם עמידים לחלוטין, על אף העובדה שחלקם עלול אף לעודד את ההטלאה ולא לצמצמה, ולמרות מגבלותיהם של מחסומים משפטיים ככל שמדובר במצב חירום ובדין חירום, ייטען כי יש בהם כדי לסייע למניעת האימוץ של תחיקת טלאים כנורמה, או לפחות לצמצם את הפרקטיקה למינימום.

הנחת היסוד היא, כי מצב החירום המשפטי יחפוף את מצב החירום העובדתי ולא יחרוג ממנו, אולם הנחה זו נסתרה, ולא רק בישראל⁶. הדוגמה הישראלית משתייכת לקבוצה שבה אי החפיפה בזמן מגיעה לכדי "קביעות" של מצב החירום⁷. באופן פורמלי, נמצאת המדינה, מאז היווסדה, תחת משטר משפטי של מצב חירום. משך זמן רצוף זה כלל גם תקופות רגיעה, ובמהלכן חל למעשה מצב כלליים, שניתן לכנותו בשם "מצב חירום רגוע"⁸. היו שחלקו על ההצדקה לשמירת מצב החירום המשפטי גם בימי רגיעה? ישראל נעדרה אומנם מצב שלום של ממש בכל שנות קיומה. ניתן למצוא צידוק לקיומה של חקיקת חירום, שהיקפה רחב מזה הנדרש במדינה המקיימת תקופת שלום של ממש ונערכת למצבי חירום חריגים. עם זאת, נוכח האפשרויות המלאות להפעלת מסגרות חירום בכל עת, נראה כי המשכיותו של משטר משפטי מתמשך אחיד לא היתה נחוצה. לקיומו הקבוע של משטר זה היו כמה השלכות, והעיקרית שבהן היא הרחבת האפשרות להפעיל מסגרות חירום למטרות שונות, הרחבה שתידון בהמשך.

2. דין חירום

(א) תחיקת זמן חירום מול הוראות החמרה בתחיקה העוסקת ב"שלום הציבור"

למונח "דין חירום" יכולות להיות משמעויות שונות. ראשית אבקש להבחין בין תחיקת חירום לבין תחיקה העוסקת בתחומים שיש עמם, מטבעם, סכנה לציבור. בתחיקה מן הסוג האחרון נכללות הוראות שונות שעניינן בריאות הציבור, שמירת איכות הסביבה, חומרים או כלים מסוכנים וכיוצא באלה. נקרא לתחיקה כזו "תחיקה העוסקת בשלום הציבור". זו עשויה לכלול — וראוי שתכלול — גם הוראות המתייחסות למצבי החמרה שונים, שהם חלק אינטגרלי מתחום ההסדרה. כך, למשל, פקודת בריאות העם, 1940

6 Questiaux מתארת "מודל להתייחסות" לדין חירום (reference model), המכיל מאפיינים הקיימים בכל דין חירום, ומפרטת כמה "סטיות" ממודל זה, שהן למעשה אופנים של חריגה ממודל דין החירום הרצוי. בין אלה קיימת התופעה המכונה על-ידי de facto state of emergency, שמשמעותה המשך משטר החירום גם לאחר שבוטל משפטית. ראו דו"ח Questiaux, שם, בעמ' 26-28.

7 מצב חירום קבוע הוא סטייה נוספת ממודל ההתייחסות המתואר על-ידי Questiaux. ראו שם, בעמ' 28-29, וכן Chowdhury, שם, בעמ' 47-54.

8 על "קביעות" של מצב החירום בישראל ראו, למשל, S. Shetreet "A Contemporary Model of Emergency Detention Law: An Assessment of the Israeli Law" 14 *Israel Yearbook on Human Rights* (1984) 182, 193-194; הופנונג (לעיל, הערה 3) 51, 67-69. הדרישה החדשה בחוק יסוד: הממשלה, לפיה מצב חירום יימשך לכל היותר שנה אחת ויהיה ניתן להארכה, נראית כמכוונת לשנות מצב זה. שנים יגידו אם אכן יחול שינוי בעניין זה.

9 ראו, למשל, ח' אבנור "מדיניות החקיקה לשעת חירום" הפרקליט כג (חשב"ז) 528.

מטפלת בין היתר בסמכויותיו של שר הבריאות ב"שעת חירום", שהיא שעה שבה מרחפת מעל המדינה או מעל חלקה סכנה של "מחלה איומה אפידמית" (סעיף 20 לפקודה); ובתקנות זיהום הים (הטלת פסולת) נקבעו הוראות מיוחדות לתחולה "במקרה חירום" ו"במצב חירום שיש בו סכנה ממשית לבריאות"¹⁰.

אין לראות בקביעת סמכויות "מוגברות" במקרי חירום, בחקוקים שעניינם שלום הציבור, משום חקיקת טלאים מן הסוג שבו אנו דנים. ראוי ונדרש, כי הסדר חקוק המטפל במגזר מסוים יצפה גם מצבים קריטיים. באופן זה, קביעת הוראות החירום היא אינטגרלית – פנימית – להסדר החקוק. הסכנות הנובעות מקיומה של "תחיקת טלאים" אינן מתקיימות במקרים כאלה. הטענה נגד ריבוי ופיזור הוראות חקוקות איננה רלבנטית, שכן ההוראה משובצת דווקא במקומה הראוי. חקיקה כזו גם איננה נוטה באופן מוגבר – יחסית לחקיקה אחרת – להיות חקיקה חפופה, שהרי עסקינן בחקיקה רגילה, המתקבלת מתוך שיקול דעת רגיל של המחוקק, בלוח זמנים שאינו מואץ ובמסגרת פעולות החקיקה הרגילות¹¹.

ענייננו, אם כן, בסוג אחר של הוראות, שאינן אינטגרליות להסדר ספציפי כלשהו, אלא נובעות ממצבי משבר שהם חיצוניים להסדר חוקי מוגדר. ההסדרים הספציפיים, אף אלה שעניינם בשלום הציבור, אינם אמורים ואינם צריכים להתמודד עם מצבים כאלה. כאן נדרש מכשיר חיצוני, נפרד, ש"כללי המשחק" הרגילים אינם חלים עליו בהכרח.

(ב) דין חירום "במובן הצר" ודין חירום "במובן הרחב"

הדיון ב"דין חירום" בישראל מערבב לעתים קרובות בין דין חירום במובנו ה"אמיתי" ה"צר", לבין דין שאומנם נוצר תחת מסגרת של דין חירום אולם מבחינת תוכנו אין הוא מקושר למצב חירום דווקא. תוצאה זו נובעת ישירות מקיומו המתמשך של מצב החירום ומניצול מסגרות דיני החירום למטרות כלליות¹². למעשה, כל פסקי הדין המרכזיים

10 תקנות זיהום הים (הטלת פסולת), תשמ"ד-1984, תקנות 6 ו-13. ראו, למשל, גם תקנות הטיס (הפעלת כלי טיס וכללי טיסה) (חלק 1) (חלק 2), תשמ"ב-1981; תקנות הפיקוח על מעונות (אחזקת וקנים עצמאיים וחשופים במעון), תשמ"ז-1986; חוק הרופאים הווטרינריים, התשנ"א-1991, ס"ח 76; תקנות הטיס (בטיחות כשדות תעופה של רשות שדות התעופה), התשנ"ב-1992; תקנות הקייטנות (רישוי ופיקוח), התשנ"ד-1994, ק"ת 504; תקנות הפיקוח על מעונות (חנאי קבלה ושהייה של מטופלים במעון שהוא מוסד לטיפול סוציאלי), התשנ"ד-1994, ק"ת 1061.

11 לפירוט הסכנות ראו להלן, פרק ג.

12 ראו להלן, בעיקר פרק ד.2.ב.

שעסקו בתקנות לשעת חירום או בצווים מכוח חוק הפיקוח, עסקו בהוראות שלא התקשרו למצב חירום "אמיתי"¹³.

עניינו של מאמר זה בדיני החירום במובנם הצר. הדיון יתבסס, בין היתר, על ההלכות הקיימות, שעניינן כאמור בדינים שהותקנו במסגרת החקיקתית השמורה למצב חירום, בלא שעסקו במצב חירום "אמיתי". לאור עובדה זו, אאלץ להעמיד בסימן שאלה את האפשרות להפעלת ההלכות שבפסקי דין אלה על דיני חירום במובן הצר, ככל שאלה מבטאות גישות מתערבות ומצמצמות סמכויות.

(ג) קריטריונים למיון דיני חירום

את דיני החירום ניתן למיין על-פי שלושה קריטריונים: צורה, היקף ועיתוי החקיקה. על-פי קריטריון הצורה ניתן להבחין בשלושה סוגים של דין חירום. הסוג הראשון הוא דין חירום חקוק, הקובע מסגרת "רדומה" של סמכויות המוענקות לרשות המבצעת או לגוף מבצע (כמו הצבא), ככל הנדרש לצורך התמודדות עם מצבי חירום צפויים. במקרה זה, המבנה המקובל לדין החירום מתנה את הפעלת הסמכויות בהכרזה פורמלית מטעם גוף שלטוני – ראש המדינה, ראש הממשלה או ראש הפרלמנט. או אז תתעורר המסגרת הרדומה לחיים בהתאם לצורך, בהתקיים הנסיבות (העשויות להיות מוגדרות בחוק עצמו) ועל-פי התנאים הקבועים בו. הסוג השני, מן הבחינה הצורנית, הוא דין חירום שאיננו מגדיר תנאי סף לתחולתו ולכן הוא חל לכאורה באופן רצוף, אם כי אופי החוראות שהוא מכיל משייך אותו לתחום חקיקת החירום. ברגיל, גם הוראות אלה יכללו הגדרה של נסיבות ותנאים הקודמים להפעלת הסמכות. סוג שלישי הוא דין חירום פסיקתי במהותו. הכרה שיפוטית בדיעבד במעשים שנעשו במהלך תקופת חירום תגבש מערכת פסוקה של דיני חירום¹⁴.

לעניין היקפו של דין החירום ניתן להבחין בין דין מקיף, המבקש לפתור את סוגיית החירום כולה, לבין דין ספציפי, המתמודד באופן נקודתי עם שאלה מוגדרת ומסוימת מתוך שלל השאלות הרלבנטיות למצב החירום¹⁵.

13 בשונה מאלה, ניתן לזהות את תקנות ההגנה המנדטוריות ואת השימוש בהן כשייכים, עקרונית, לתחום החירום במובנו הצר.

14 כזו היא, למשל, הדוקטרינה השיפוטית הצרפתית של "נסיבות חריגות" (circonstances exceptionnelles). אומנם, גם במדינות אחרות ניתן למצוא אשורים שיפוטיים של מעשים בלתי חוקיים שנעשו בזמני מלחמה, אך בצרפת קיבלו פסקי הדין המאשרים גיבוש דוקטרינרי, המפורט בכל הספרות העוסקת בדין החירום. דוקטרינה זו ממשיכה להיות מוכרת גם לאחר חקיקתה של סדרת מעשי החקיקה שעניינה מצב חירום. ראו להלן, הערה 19.

15 כך, למשל, מטפל חוק סמכויות לשעת חירום (מעצרים), חש"ט-1979, ס"ח 76, בסוגיית המעצרים המינהליים. אומנם ניתן לטעון כי כל טיפול "נקודתי" שייך למעשה לסוג סמכויות החירום הכלולות

לעניין עיתי החקיקה ניתן להבחין בין חקיקת חירום דחופה, הנחקקת במהלך שעת החירום עצמה ומתוך רצון להתמודדות מיוחדת עם הנסיבות, לבין חקיקת חירום הנחקקת בשעת רגיעה. למעשה, אין לזהות במדינת ישראל חקיקת רגיעה אמיתית. חוק הסמכויות לשעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, המסדיר את סוגיית המעצרים המינהליים בישראל, אומנם הוצג בעבר כחוק כזה¹⁶. ואכן, ניתן אומנם לראותו, במערכת הישראלית, כדוגמה הקרובה ביותר ל"חקיקת רגיעה", שכן הוא לא התקבל בעיצומו של משבר ביטחוני; אך למעשה, כל שניתן לומר על חוק זה הוא כי הוא נחקק בשעה של רגיעה יחסית הצרכים שבגינם נחקק חוק זה נובעים ישירות מן המצב הביטחוני המתמשך.

שלשה קריטריונים אלה מצטלבים זה בזה מעשה שתי וערב. אומנם, מסגרת סמכות "רדומה" תהיה בדרך כלל מסגרת כללית ולא נקודתית, אולם קיימות גם הוראות ספציפיות הבנויות בצורה זו. מעשי חקיקה בנושאי חירום, החלים תמיד, יכולים להיות בעלי היקפים שונים, וכך גם ההלכה הפסוקה. חקוקי חירום, יהיו אשר יהיו אופיים והיקפם, נחקקו הן בשעת חירום והן בשעת רגיעה¹⁷.

3. "תחיקת טלאים"

התופעה של קיום "complex states of emergency" היא אחת ה"סטיות" ממורל ההתייחסות לדין החירום, שנדון על-ידי Questiaux בדו"ח שערכה בשנת 1982 והוזכר לעיל. על-פי ניתוחה, מצבי חירום "מורכבים" ניתנים לחיבור כדלקמן:

They have a common feature, the great number of parallel or simultaneous emergency rules whose complexity is increased by the "piling up" of provisions designed to "regularize" the immediately

בגדר הנושאים העוסקים בשלום הציבור. אני סבורה שאין זה כך: קיים הבדל עיוני בין הסדרה של נושא בתחום סיכון הציבור, המחייבת התייחסות למצב חירום הקשור ישירות לאותו תחום, לבין קביעת הוראה בעלת היקף מצומצם, המחעדרת לחול במצב חירום חיצוני, שאין לו קשר מיוחד להסדר.

16 ראו שטרית (לעיל, הערה 8); א' נון "מעצר מינהלי בישראל" פלילים ג (התשנ"ג) 168.

17 על-פי מיונים אלה, ההסדר הקבוע בחוק יסוד: הממשלה החדש הוא מסגרת "רדומה", בעלת היקף כללי, שנחקקה בזמן רגיעה (יחסית); תקנות בתי-המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991, ק"ת 446, הן הוראה "קבועה", בעלת היקף ספציפי, שנחקקה, ככל הנראה, כחקיקה דחופה. לתקנות אלה ראו להלן, טקסט ליד הערה 72 ואילך.

preceding situation and therefore embodying retroactive rules and transitional regimes¹⁸.

צורתה של תחיקת טלאים יכולה להיות אחת משתיים. הראשונה עשויה להתקיים במערכת חקוקה המסדירה נושאים על דרך של חקיקת פרק אחר פרק. כל פרק במערכת זו מטפל במגזר נפרד, ויכול להיות בנוי על-פי היגיון פנימי משלו ולקבוע כללים המיוחדים לו. אם אכן בנויים פרקים אלה על בסיס הכלל, שכל אחד מהם הוא הסדר ממצה בפני עצמו, שילובם יוצר "שמיכת טלאים" שהיא ססגונית לאור העדר האחידות שבחלקיה, ועם זאת כל חלקיה יוצרים ישות אחת.

"תחיקת טלאים" מסוג שונה מתקיימת כאשר נושא מסוים, המוסדר במעשה חקיקה אחד, מוסדר שוב על-ידי מעשה חקיקה שני, הבנוי על-פי היגיון פנימי אחר וחופף את ההסדר הראשון ולו באופן חלקי. כאן מדובר במעשה "טלאי על טלאי", להבדיל ממעשה "טלאי בצד טלאי" שתואר לעיל. "הטלאה" כזו יכולה להתבצע שוב ושוב. כל אחד מן הטלאים הנוספים עשוי לקיים התמודדות עם אותה סוגיה בהיקף שונה, בדרך אחרת ומתוך גישה משפטית שונה. שיטה המקיימת דרך חקיקה זו איננה חייבת לקבוע כלל שלפיו מעשה החקיקה האחרון מבטל את מעשה החקיקה הקודם לו, וזאת בשל הטיפול הלא חופף בסוגיה. באופן כזה, יכולה להתקבל יריעה שחלקים בה מטולאים טלאי על טלאי, אולם במעשה הטלאים המטאפורי הזה הטלאי העליון אינו בהכרח הטלאי שבו נעשה שימוש.

טלאים אלה יכולים להיות מסוגים שונים ובהיקפים שונים, בהתאם לסוג של דיני החירות הנחקקים. כך, למשל, יכול להתקיים מצב, שבו בצד הוראת חירות מקיפה, הקובעת מסגרת רדומה, תחקק הוראה ספציפית המבקשת להתמודד עם סוגיה מיוחדת ומוגדרת. במקרה אחר עשוי הטיפול החקוק הכפול להתבצע באמצעות שתי הוראות ספציפיות, או בידי מעשה חקיקה בהיקף כלשהו ובידי בית-המשפט, אם הוא מוכן להכיר בסמכויות החורגות ממעשה החקיקה.

למעשה, אין זה מפתיע שדווקא חוקרת צרפתית היא שזיהתה תופעה זו, שכן דיני החירות הצרפתיים הם דוגמה מובהקת ל"חקיקת טלאים"¹⁹. עם זאת, התופעה של ריבוי

18 דו"ח Questiaux (לעיל, הערה 3), 29. ל"מודל ההתייחסות" והסטיות לו ראו לעיל, הערה 6. כדוגמאות לשיטות "מורכבות" מוצגות תורכיה וברזיל, ראו שם, בעמ' 28-30. ההתייחסות ל"סטייה" זו אוחזרה שוב בידי Chowdhury (לעיל, הערה 3), 54-55, אך ככל הידוע לא זכתה לדיונים ממשיים מעבר לכך.

19 ההיסטוריה של צרפת בעת החדשה רצופה מלחמות ומהפכות, שינויי משטר ותקופות מצור וחירום. מצבי משבר קשים אלה לא הביאו לזיכוכה של מערכת חוקית אחידה ושלמה המבקשת להתמודד עם מצב חירום, אלא להפך. מהלך השנים במאה הנוכחית מציג סדרה של אירועים דומים, עקרונית: כניסה למצב של משבר בהתקיים דיני חירות חקוקים, הימנעות מהפעלת דינים אלה, וקביעת חקיקה

נוספת המבקשת להתמודד עם צרכי המשבר, אך בלא תיקון או ביטול הדינים הקיימים אלא נוסף עליהם. למערכת הלגיסלטיבית המרוכזת הצטרפה דוקטרינה שיפוטית, שנותרה על כנה למרות חקיקה מאוחרת. על-פי דוקטרינה זו, קיומן של "נסיבות חריגות" (*exceptionnelles*) עשוי להצדיק פעולה ממשלתית חסרת בסיס חוקי, ואף פעולה הסותרת חוק ופעולה הפוגעת בזכויות יסוד. דוגמה ברורה להטלה כזו ניתן למצוא בהתמודדות המשפטית הצרפתית עם משבר אלג'יר. ערב המשבר עמד בתוקפו החוק בדבר מצב מצור (*état de siège*) שעוצב במהלך המחצית השנייה של המאה ה-19, וקבע הסדר חמור, שלפיו בהכרזה הפרלמנט על מצב מצור מועברות סמכויות שלטוניות רחבות לידי רשויות הצבא. אי ההתאמה של כלים אלה למשבר החדש הביאו, בשנת 1955, לחקיקתו של חוק חדש, שהגדיר "מצב חירום" (*état d'urgence*) בלא שביטל את הדין הקודם, וקבע הסדר חירום שלפיו הסמכויות — הנרחבות — נשארו בידי הרשויות האזרחיות. חוק זה הופעל במשך חודשים ספורים בלבד. במהלך השנים 1956-1958 נחקקו במקום הפעלתו כמה חוקי הסמכה, שהעניקו סמכויות נרחבות לרשויות. עם החרפת המשבר שהוביל לכינון הרפובליקה החמישית בשנת 1958, נקבע הסדר חירום חדש בסעיף 16 לחוקה החדשה, לפיו מוסמך הנשיא להכריז על קיום מצב חירום ולהפעיל סמכויות מיוחדות. שוב לא נקבעה בטלותם של דיני החירום הקודמים. אמצעי זה הופעל פעם אחת, ולזמן ארוך יחסית מעבר לתחולתו של מצב החירום הקריטי. ריבוי ההוראות החקוקות איננו המאפיין היחידי לעניינו. הן בעת הפעלת החוק משנת 1955 והן לאחר יצירת הכלים האחרים נמשכה הפעלתם של הדינים הקודמים בצד החדשים, ונרשמו מקרים של חריגה והפרה של הוראות דינים אלה. נוסף על כך לא בוטלה ההכרה העיונית בדוקטרינה הפסיקתית של "נסיבות חריגות", וזו הופעלה כמה פעמים, עד שנות השמונים, לעניין פעולות חירום במושבותיה של צרפת. להיסטוריה החוקתית של צרפת ראו M. Morabito, D. Bourmaud, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)* (Paris, 3e éd., 1993); C.L. Rossiter *Constitutional Dictatorship* (Princeton, 1948); pp. 75-129; לדיני החירום בתקופת משבר אלג'יר ולניתוח סעיף 16 לחוקת 1958 ראו, למשל, J. Lamarque "La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958", *R.D.P.* 1962, I, no. 1711; M. Voisset *L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958* (Paris, 1962); L. Nizard *La jurisprudence administrative de Nsiבות חריגות* ראו (1969); לניתוח על דיני חירום ראו *des circonstances exceptionnelles et la légalité* (Paris, 1962); J. Gicquel *Droit constitutionnel et institutions politiques* (11e éd., 1979); pp. 669-674; D. Turpin *Droit constitutionnel* (Paris, 1992) p. 366. מעניין לציין, כי ספרי יסוד על המשפט המנהלי הצרפתי, בעסקם בסמכויות החירום, נמנעים מלדון בסעיף 16 לחוקה, ככל הנראה לאור "שייכותו" של זה למשפט החוקתי. בכך יש גם הדגמה של הערפול הנובע מריבוי הוראות. ראו R. Chapus *Droit administratif général* (Paris, 8e éd., Tome 1, 1994), pp. 922-927; A. de Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* (Paris, 12e éd., Tome 1, 1992), pp. 580-584, 720-723.

דיני חירום, במידה זו או אחרת, איננה תופעה יוצאת דופן²⁰. כפי שנראה, גם במשפט הישראלי ניתן למצוא את ביטוייה.

ג. "תחיקת טלאים" – הסכנות

פרקטיקה של תחיקת טלאים, בעיקר בדיני חירום, איננה רצויה, וכרוכות בה כמה סכנות.

1. אי ודאות

נקודת המוצא היא, כי ריבוי הוראות בנושא אחד איננו מצב רצוי. עיקרון זה חל בכל מערכת המשפט, ולא רק לעניין דין החירום. ריבוי הוראות בנושא אחד ופזרן בדברי חקיקה שונים מצמצם במידה רבה את האפשרות לשרטט תמונה מדויקת של הדין²¹. הפגיעה בוודאות נובעת לא רק מחוסר הבהירות: קיום פרקטיקה קודמת של תחיקת טלאים יכול לבסס הנחה של הפרט, שהצליח "לאסוף" את כל חקיקת החירום, כי אין לראות באוסף החקיקה שבידיו משום מעשה מוגמר, שכן בכל רגע עלולת להיחקק הוראות נוספות. אומנם, בכל שיטה נוצר צורך בתיקוני חקיקה ובהוספת הוראות, ובמהלך פעולות חקיקתיות ומינהליות שוטפות יכולים להיווצר מצבים שבהם כמה הוראות יחולו באופן חופף; אולם, קיים הבדל רב גם בין שיטה המקיימת כפילות הוראות במקרים יוצאי דופן או בשל חוסר תשומת לב, לבין שיטה המקבלת פרקטיקה

20 מצב של הטלאה קיים, למשל, גם באנגליה. בחקירה מיוחדת שנערכה בשנת 1996 נבחנה החקיקה האנגלית נגד הטרור והוצע הסדר חוקי רצוי על רקע שביתת הנשק באירלנד והסיכויים להשגת שלום שם. ראה Lord Lloyd of Berwick, *Inquiry into Legislation against Terrorism*, Cmd. 3420 (1996) (להלן: "ד"ר Lloyd"). במסגרת זו נסקרו כל מעשי החקיקה המטפלים בטרור. נמצא, כי הוראות אחד משני החוקים המרכזיים המטפלים בטרור חופפות בחלקן הגדול את הוראות החוק ה"רגיל" שעניינו סמכויות המשטרה (שם, עמ' 9). כן נמנו 12 מעשי חקיקה נוספים שיש להם השלכה על המאטריה של מלחמה בטרור (שם, עמ' 11-19), ונעשה השוואה מפורטת בין מכלול החקיקה, על-פי נושאי הטיפול (עבירות, סמכויות מעצר, הגבלת מימון לארגוני טרור ועוד. ראו שם, בעמ' 164-125). להמלצות שהוצגו בדו"ח ראו להלן, פרק 7. הוא הדין גם במדינות אחרות: Questiaux מצינת, כי אחד הקשיים במחקר היה חוסר היכולת לדעת מהו דין החירום במדינה כלשהי לאור קיומם של ריבוי חוקים "רגילים", הקיימים לצד חוקי החירום במובנם הצר, וקובעים הוראות מיוחדות בנושאי ביטחון והגנה. ראו לעיל, הערה 3, בעמ' 6.

21 אחד ההיבטים לאי הוודאות הוא היכולת לחקוף פעולה המתבצעת במערכת מטולאת. Questiaux טוענת, כי לאור ריבוי חקיקה חופפת, בפועל קשה ביותר לחקוף חוקיות או חוקתיות של אקט מינהלי כמצב חירום. שם, בעמ' 29. סכנה נוספת המוצגת על-ידי Questiaux, אשר לא תידון להלן, היא ההכבדה המשמעותית על יכולת הפיקוח, במישור הבינלאומי, על דין החירום המדינתי ופעולות המשטר למעשה. שם, בעמ' 31.

של טלאים כאחת מנורמות החקיקה.

לטיעונים האמורים נודע כוח יתר בסוגיית דיני החירום. לאי ודאות יש השפעה מזיקה במיוחד כאשר המאטריה הנדונה עוסקת בתחום הכולל הוראות המגבילות או פוגעות בפרט. דיני החירום, מטבעם, עלולים לקבוע הוראות כאלה.

2. פגיעת יתר

מטבעה עשויה חקיקת חירום להידרש באופן דחוף, לאור קיומם של צרכים חריפים וחריגים. כאשר נקבעים הסדרים בלהט השעה ותחת איום קיומי של ממש, מתגבר הסיכון לקיומה של תגובת יתר באמצעות קביעת הוראות מחמירות מדי, מתוך רצון מובן לאפשר טיפול מהיר ומלא במצב החירום, ואפילו במחיר כבד. במקביל נחלשים הבלמים המסורתיים מפני שימוש לרעה בסמכות השלטונית. דעת הקהל נוטה בדרך כלל לטובת השלטון, והציבור עשוי לקבל בקלות רבה יותר הגבלות ופגיעות בחירותו וברכשו. גם הרשות השופטת נוטה לגלות איפוק בעיצומו של מצב חירום של ממש²².

3. "קיפאון" חקיקתי

במדינה שאיננה מקבלת פרקטיקה של תחיקת טלאים בדיני החירום, רשות מבצעת העומדת בפני מצב חירום תראה את עצמה מחויבת לפעול על-פי מסגרת החקיקה הקיימת. אם מסגרת זו לא תענה על צרכיה, הרשות המבצעת עשויה ליזום שינויים בדין, ואלה יבוצעו מתוך הסתכלות החורגת מצרכי החירום המידיים ומתוך הנחה שההסדר המתוקן יהיה בעל תחולה קבועה. דחיית הפרקטיקה אף עשויה להמריץ את המחוקק ואת הממשל ליזום רפורמות בדיני החירום עוד לפני פרץ מצב החירום. עם קיומו של נוהג המכיר בתחיקת טלאים, נחלש הכוח המניע התומך בתיקון הסדרים לא מספקים, שכן הרשויות יכולות להניח שתוכלנה להתקין הוראות אד-הוק בעת הצורך ובהתאם לאותו צורך.

4. לגליזציה בדיעבד

בזמן חירום, כאשר הסדר החירום איננו מספק, עלולות רשויות השלטון להתמודד עם היעדר מערכת חוקית מספקת בדרך שאיננה התקנה של הוראות אד-הוק, אלא על-ידי פעולה שתחרוג מגבולותיו של החוק התקף או שתהיה מנוגדת לו. פעולה כזו איננה חייבת להגיע לכדי הכרה במצב של אי-לגליזם; הרשויות עשויות לפעול כך על בסיס

22 על "תופעת אבדן העשתונות המשפטיים בשעת חירום" ראו נון (לעיל, הערה 16), 172-174. לאיפוק השיפוטי, ראו להלן, פרק 1.1.

ההנחה שהפעולות הלא-חוקיות יאושרו בעתיד בחוק תקף. פעולה מסוג זה, גם אם תוכר בסופו של דבר כפעולה חוקית, מסיטה הצידה את עקרון החוקיות במובנו המהותי.

5. הערכת הסכנות — הערה

את הסכנות שתוארו לעיל יש להעריך במידותיהן הנכונות. כל אחת מסכנות אלה היא בו זמנית בת נטרול וגם בלתי ייחודית למאטריה של דיני החירום. תחיקת טלאים איננה חייבת ליצור אי ודאות מחד גיסא, ומאידך גיסא אי ודאות היא מאפיין של שיטת משפט דינמית. תחיקת טלאים, גם אם הותקנה בעת חירום, יכולה להיות מקלה ולא פוגענית, ומאידך גיסא הסדר שנקבע בעת רגיעה יכול להיות פוגעני ביותר. רפורמה בדין יכולה להיות בלתי רצויה מבחינת תוכנה, וקיפאון יכול להיות פועל יוצא של גורמים רבים אחרים. אותו סוג טיעון ניתן להעלות גם לעניין הסכנה הרביעית.

למרות כל אלה, הנחתי היא כי הימנעות מקבלת נורמה של הטלאת הדין היא יותר מאשר דרישה לאסתטיות במשפט. אומנם, העובדה ששיטה היא אחידה איננה ערובה להיותה רצויה. יתר על כן: לא ניתן, ואף לא ראוי, לדרוש קיומו של הסדר חירום אחד ויחיד; אולם התעלמות מעקרון האחידות כעקרון ראוי מגדילה את הסיכונים הקיימים ממילא בכל יצירה של מערכת משפטית מורכבת²³.

ד. תחיקת טלאים בדין החירום הישראלי

כפי שנראה להלן, דין החירום הישראלי התקף כיום הוא כבר היום דין מרובד. המחוקק לא פסל אפשרות של הטלאת, ומחוקק המשנה הלך בעקבותיו. גם בתי-המשפט לא שללו את הפרקטיקה הזו כשלעצמה. הדיון העיוני בתחיקת החירום לא התקיים תמיד תוך ראייה כוללת, המקבצת את מכלול הוראות החירום, אלא תוך קיום דיונים נפרדים בכל סוג תחיקת חירום²⁴; אחרים עסקו בדיני החירום באופן כולל, תוך הצגת הקטגוריות

23 לחיאור כללי של ההסדר הרצוי לדעתי ראו להלן, פרק ו.

24 בספרו של רובינשטיין, למשל, מתקיים הטיפול בתקנות שעת חירום במסגרת הפרק על חקיקת משנה, והטיפול בתקנות ההגנה (שעת חירום) — לאורך כל הספר, ובמיוחד במסגרת הפרקים על שלטון החוק ועל חופש הביטוי. על תקנות שעת חירום ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ו, כרך ב) (להלן: רובינשטיין) 809-825; על מעצרים מינהליים לפי תקנות ההגנה ראו שם, כרך א, בעמ' 261-270; על צנזורה והגבלות על העיתונות הכתובה ראו שם, כרך ב, בעמ' 1022-1028.

השונות של דיני החירום, אולם מבלי להתמקד בשאלת הריבודיות²⁵. להלן אסקור את הקטגוריות השונות של דיני החירום, תוך דיון ביחסן של שלוש רשויות השלטון לתופעה של תחיקת טלאים.

1. המחוקק

כבר בשנותיה הראשונות של המדינה, משומרו תקנות ההגנה המנדטוריות בצד חקיקת סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, הפכה ההטלה בדיני החירום לעובדה²⁶. לשתי מסגרות אלה נוספו במהלך השנים מערכות נוספות. בדרך כלל, בעת קביעת מערכות אלה נמנע המחוקק מקביעת הוראה מפורשת המונעת או מאפשרת תחולה מקבילה. ניסיונות — שייסקרו להלן בקצרה — לבטל את תקנות ההגנה המנדטוריות נבעו ממשקלן ההיסטורי ומהעובדה ששימשו נגד היישוב היהודי, מצד אחד, ומצד שני מהתנגדות לחומרתן, אך לא מקיומן במקביל להוראות אחרות. אדון להלן במסגרות החוקיות השונות.

(א) תקנות ההגנה (שעת חירום)

דין החירום ה"ותיק" ביותר מצוי במערכת ההוראות הקבועה בתקנות ההגנה (שעת חירום), שהיא מנדטורית במקורה²⁷. תקנות ההגנה הותקנו בארץ ישראל המנדטורית עוד לפני מלחמת העולם השנייה²⁸. חוקי החירום שנחקקו באנגליה בשנים 1939 ו-1940 לצורך התמודדות עם צרכי מלחמת העולם הוחלו מכוח דברי מלך גם בשטח המנדט²⁹.

25 לדיון מקיף בסוגים השונים של דיני החירום, השימוש בהם והביקורת השיפוטית עליהם ראו הופנונג (לעיל, הערה 3). ראו גם שטרית (לעיל, הערה 8), 187-189; ב' ברכה "חירויות הפרט בחקיקת החירום" זכויות האדם והאזרח במדינת ישראל — מקראה (תשנ"א, כרך א) 146-151.

26 לאישור השיפוט של שימור זה ראו להלן, פרק ד.3.

27 על התקנות באופן כללי ראו ברכה (לעיל, הערה 25), 148-149; רובינשטיין (לעיל, הערה 24), 261-270, 1022-1028; הופנונג (לעיל, הערה 3), 76-100.

28 בשנות השלושים פורסמו כמה דברי מלך שעניינם הגנה, ומכוחן הותקנו תקנות חירום. דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (הגנה), 1931 (חא"י ג 2798) היה מקור הסמכות להתקנת התקנות לשעת חירום, 1936 (ע"ר 1936, תוס' 2, 223). מכוח דבר המלך במועצה לפלשתינה (א"י) (הגנה), 1937 (ע"ר 1937, תוס' 2, 227) הותקנו תקנות ההגנה (שעת חירום), 1939 (ע"ר 1939, תוס' 2, 548). ראו א' מלחי תולדות המשפט בארץ ישראל (מהדורה שנייה, תשי"ב-תשי"ג) 15, 153.

29 דבר המלך במועצה על סמכויות לשעת חירום (הגנת מושבות), 1939, ע"ר 1939, תוס' 2, 545; דבר המלך במועצה בעניין הסמכויות לשעת חירום (הגנת המושבות) (תיקון), 1940, ע"ר 1940, תוס' 2, 1118.

מכות החוקים האנגליים והרחבתם על ידי דברי המלך במועצה, השתמשו השלטונות המנדטוריים באופן שוטף במכשיר חקיקתי זה לצורך טיפול במאטריות מגוונות — ביניהן מאטריות ביטחוניות, משקיות וכלכליות³⁰. חלקן של תקנות הגנה אלה בוטל או פקע לאחר המלחמה, אולם כמעט במקביל הותקנו, מכות דבר המלך משנת 1937, תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שהוסיפו לשלטון מאגר סמכויות נרחב. באופן גס ניתן למיין את תקנות ההגנה ששרדו בשנת 1948 לשני תחומים: תקנות העוסקות בנושאי הסדרה ופיקוח כלכליים (תקנות ההגנה (שעת חירום), 1939 ותקנות הגנה "כלכליות" נוספות³¹), ותקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

תקנות ההגנה ששרדו כאמור הוכרו כמעשי חקיקה ראשית שהם חלק אינטגרלי מן השיטה המשפטית הישראלית, למרות מקורן המנדטורי והשימוש שנעשה בהן לפני קום המדינה. בשנתה הראשונה של המדינה הועלו טענות, לפיהן תקנות ההגנה בטלו עם הקמת המדינה. טענות אלה — שהתבססו, בין היתר, על סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ועל ההנחה שסעיף זה קובע מסגרת בלעדית לחקיקת חירום בישראל — נדחו על ידי בית המשפט העליון³².

הטיפול החקיקתי בתקנות ההגנה נעשה תוך הבחנה בין התקנות "הכלכליות" לבין ההוראות "הביטחוניות" שבתקנות ההגנה מ-1945. תוקפן של חלק מתקנות ההגנה ה"כלכליות" הוארך על ידי שלטונות המנדט בפעם האחרונה בשנת 1947, עד יום 33.10.12.50 ממועד הפקיעה האמור, ובמשך שנים ארוכות, חוקקה הכנסת סדרה ארוכה של חוקי הוראת שעה, שהאריכו — בכל פעם לחודשים ספורים בלבד ותוך שינויים

30 התקנות "הביטחוניות" המרכזיות היו תקנות ההגנה (שעת חירום), 1939, שכללו במקורן הוראות מגבילות שונות. חלק מתקנות הגנה אלה בוטל עם סיום המלחמה, בחקנות ההגנה (הפסקת אש) (אירופה), 1945. לכד מתקנות אלה הותקן במהלך המלחמה שלל רחב של תקנות הגנה; לשם דוגמה בלבד נציין את תקנות ההגנה (עלייה), 1940; תקנות ההגנה (בקשות לבתי המשפט), 1940; תקנות ההגנה (איסור הכניסה), 1940; תקנות ההגנה (כספים), 1941; תקנות ההגנה (פיקוח על המזונות), 1942; תקנות ההגנה (מניעת הפקעת מחירים), 1944.

31 כגון תקנות ההגנה (כספים), תקנות ההגנה (הפיקוח על המזונות), תקנות ההגנה (מניעת רווחים מופקעים).

32 בג"צ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד א 58; בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85; וכן ראו להלן, פרק ד.3.

33 צו בדבר חוקים לשעת חירום (קביעות שונות) (המשכחתה של תחיקת הגנה מסוימת), 1947 (ע"ד 1947, תוס' 2, 1554). תוקפן של תקנות הגנה אחרות, בעיקרן "כלכליות", הוארך ללא הגבלת זמן במקביל לחוק אנגלי כנרן ומכוח דבר מלך משנת 1946, בצו בדבר ההספקות והשירותים (כוחות לזמן מעבר), 1946 (ע"ד 1946, תוס' 2, 302).

וביטולים מסוימים — את תוקפן של התקנות³⁴. הכוונה המוצהרת של הממשלה, בהציגה חוקים אלה, היתה להחליפם במעשי חקיקה מקוריים; אולם הגשמתה של כוונה זו נמשכה שנים רבות, שבמהלכן שימשו התקנות מקור להוצאת צווים "כלכליים" רבים. חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, שהתקבל בשנת 1957, ביטל את תקנות ההגנה ה"כלכליות" שנותרו³⁵, למעט תקנות ההגנה (כספים) שבוטלו רק בשנת 1978, עם קבלת חוק הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978³⁶. דינן של התקנות משנת 1945 היה שונה, שכן מלכתחילה לא נקבע להן מועד תפוגה.

השאלה, האם אין להחליף את ההוראות האמורות בהוראות חוק מקוריות חזרה ועלתה בבית-המחוקקים, ונעשו כמה ניסיונות בכיוון זה³⁷. קבלתם של כמה חוקים חדשים היתה כרוכה בביטולן של חלק מתקנות ההגנה³⁸, אולם ספק אם דווקא הגישה

34 מבלי לפרט את הסדרה כולה נציין את החוק הראשון — חוק לקיום תוקפן של תקנות ההגנה (הוראת שעה), התשי"א-1950 (ס"ח 11), ואת החוק האחרון — חוק לקיום תוקפן של תקנות ההגנה (הוראת שעה) (מס' 13), התשי"ז-1957 (ס"ח 117). תוקפן של תקנות ההגנה (מ"מ-1939) הוארך כמעט עד סוף תקופה זו. משנת תשי"ד טופלו תקנות ההגנה (כספים), 1941 בסדרה נפרדת של חוקים לקיום תוקפן: החוק הראשון — חוק לתיקון ולקיום תוקף של תקנות ההגנה (כספים), תשי"ד-1954 (ס"ח 211). החוק האחרון פורסם בס"ח תשל"ז, עמ' 18. ראו גם ה' קלינגהופר "על תקנות לשעת חירום" ספר יובל לפנחס רוזן (חיים כהן עורך, תשכ"ב) 86, 102.

35 ס"ח תשי"ח 24, 33, בסעיף 44 לחוק.

36 ס"ח 108, בסעיף 21 לחוק.

37 לניסיונות הממושכים להחליף את התקנות במעשי חקיקה ראו הופנונג (לעיל, הערה 3), 79-87.

38 נוסף על ביטול חוקי "הספר הלבן" בסעיף 13 לפקודת סדרי השלטון והמשפט בוטלו, במשך הזמן, תקנות הגנה נוספות. כך, למשל, בסעיף 27 לחוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת חירום, התשי"ז-1949, ס"ח 1, בוטלו כמה מתקנות ההגנה (שעת חירום) 1939 ו-1945, כמו גם תקנות הגנה מ-1943; בסעיף 3 לחוק לתיקון תקנות שעת חירום (יציאה לחרץ לארץ), התשכ"א-1961, ס"ח 166, בוטלה תקנה 111 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945; בסעיף 4 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, ס"ח 24, בוטלו שש תקנות הגנה "כלכליות"; בסעיף 21 לחוק הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978, ס"ח 108, בוטלו תקנות ההגנה (כספים), 1941; בסעיף 12 לחוק סמכויות לשעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 בוטלו כמה תקנות נוספות מתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

השוללת קיום הוראות כפולות היא שעמדה כיסוד הביטול³⁹; גם לאחר ביטולים אלה מספקות התקנות שנתרו מערכת מרשימה של סמכויות חירות⁴⁰.

(ב) סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ו"ניצולו" בחקיקה ראשית

אומנם סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט כבר עבר מן העולם, אולם ההסדר החדש בחוק יסוד: הממשלה בנוי על יסודותיו. לפיכך, ראוי להקדיש כמה פסקאות להוראה זו ולשימוש שנעשה בה⁴¹.

39 בדברי ההסבר להצעת חוק סמכויות שעת חירות (מעצרים והוראות שונות), תשל"ח-1978 הוגדרו תקנות ההגנה המנדטוריות כ"קיצוניות". הוסבר, כי המסגרת החדשה לעניין מעצרים מינהליים "באה לבטל את התקנות המנדטוריות ולהמירן בחוק ישראלי שיענה על צרכי הביטחון תוך שמירה קפדנית מירבית על עקרונות חשובים במערכת שלטון החוק" (ה"ח 294).

40 בין היתר מכוונים בתקנות בת-ידין צבאיים, המוסמכים להטיל עונש מוות בגין עבירות מסוימות; עוד ניתנות בהן סמכויות כופות חמורות כגון איסור התאחדויות בלתי מותרות, צנזורה, צווי צמצום, החרמה והריסה של רכוש, ערצור, הכרזה על שטחים סגורים, סגירה ופתיחה של עסקים וצמצום שירותי הטלפון, ונקבעות עבירות מיוחדות של הרתת חיילים ושוטרים, תעמולה הפוגעת בשלום הציבור, הפצת ידיעות כוזבות ועוד. חלק ניכר מן ההוראות ניתן להפעלה מיידית, בלא צורך באקט פורמלי של הכרזה או של צו.

41 וזו לשון סעיף 9:

"(א) אם ייראה הרבר למועצת המדינה הזמנית, רשאית היא להכריז כי קיים במדינה מצב של חירום, ומשנתפרסמה ההודעה ברשומות, רשאית הממשלה הזמנית למלא את 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 תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים.

(ג) תקנה לשעת חירום, תוקפה יפקע כעבור שלושה חדשים מיום התקנתה, בלתי אם הוארך תוקפה או נחבטלה התקנה קודם לכן על ידי פקודה של מועצת המדינה הזמנית, או נחבטלה על ידי הרשות המתקינה.

(ד) כאשר תמצא מועצת המדינה הזמנית את הרבר לנכון, היא תכריז כי חדל מצב החירום להתקיים, ומשנתפרסמה ההכרזה ברשומות, יפקע תוקפן של התקנות לשעת חירום בתאריך או בתאריכים שנקבעו בהכרזה."

לדיון על מכשיר התקנות לשעת חירום ראו קלינגהופר (לעיל, הערה 34); רובינשטיין (לעיל, הערה 24), כרך ב, 809-825; אבנור (לעיל, הערה 9); מ' מירוני "צווי ריתוק ככלי להתערבות הממשלה בסכסוכי עבודה בשירותים החיוניים" משפטים טו (תשמ"ה) 350; ברכה (לעיל, הערה 25), 150-152; הופנונג (לעיל, הערה 3), 53-57.

נראה, כי הסדר החירום יציר מדינת ישראל, שנקבע בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, הוא שאמור היה להיות את המסגרת לכל תחיקת חירום חדשה שתידרש בעתות משבר, למרות קיומן המתמשך של חלק מתקנות ההגנה המנדטוריות. התפיסה שעמדה ביסוד סעיף 9, העומדת כיום ביסוד סעיפים 49 ו-50 לחוק יסוד: הממשלה, כוונה לטפל בצרכים המחייבים התמודדות דחופה עם מצבי חירום. מסגרת כללית זו נקבעה במקורה כמסגרת "רדומה", המתעוררת לחיים באמצעות הכרזה של בית-המחוקקים⁴²; אולם אופן הפעלת הסדר החירום שנקבע בסעיף 9 במהלך השנים חרג באופן משמעותי מכוונה כזו. ההוראה היוותה בסיס לכמה סוגים של הסדרים, שיתוארו להלן.

כוחו המוגבר של סעיף 9 כבסיס ליצירת הסדרים שונים נבע בראש ובראשונה מ"נצחיות" ההכרזה על מצב החירום. מדינת ישראל לא הגיעה בשנות קיומה למצב של שלום מלא. נוכח עובדה זו ניתן להצדיק את חוסר הרצון לבטל את ההכרזה על מצב החירום, הקיימת מאז ומעולם גם בתקופות שלווה יחסית⁴³. עם זאת, ספק רב אם כוונת מחוקקי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט אכן היתה לקיים מצב חירום משפטי קבוע, הנע כמטוטלת בין מצב חירום קריטי ל"מצב חירום רגוע"⁴⁴.

נצחיותו של מצב החירום אפשרה את ניצול המסגרת הקבועה בסעיף 9 בכמה דרכים. דרך אחת לניצול זכתה להבלטה ולביקורת גם בבתי-המשפט — ניצול המסגרת לטיפול בסוגיות שהקשר בינן לבין מצב החירום היה רופף, עקיף או אף חסר, בניגוד לכוונה המסתברת של המחוקק⁴⁵. אולם, שתי דרכים נוספות לניצול ההוראה על-ידי המחוקק —

42 בהרצאה שניתנה בשנת 1949 הציג אורי ידן את ההסדר כקובע מערכת חקיקה ה"מוגבלת לימי החירום ולצרכים המיוחדים של מצב החירום", אולם הוא לא התייחס ישירות לשאלת משך ההכרזה.

א' ידן "על תקנות שעת חירום" ספר אורי ידן (א' ברק, ט' שפניץ עורכים, תש"ן, כרך א) 111.

43 ניתן, כמובן, גם להצדיק את המשך קיומה של ההכרזה בנחיות פוליטיות של הממשלה. האפשרות להפעיל את המכשיר רב העוצמה של תקנות לשעת חירום, שמשמעותה אפשרות חקיקה בלא מעורבות פרלמנטרית ומתוך הנחה — שעמדה במבחן הזמן — של איפוק שיפוטי, לא יכלה שלא להיות אטרקטיבית.

44 זאת ניתן גם ללמוד מלשון סעיף 9(ד): "כאשר תמצא מועצת המדינה הזמנית את הדבר לנכון, היא תכריז כי חדל מצב החירום להתקיים..."

45 בהרצאתו ציין אורי ידן כי מבחינה משפטית אומנם אין הגבלה על סוג הנושאים הניתנים לטיפול, אך מבחינה מעשית-ציבורית תימנע הממשלה משימוש באמצעי של תקנות לשעת חירום "בעניינים שאינם קשורים קשר ישיר עם צרכי שעת החירום". לעיל, הערה 42, בעמ' 113. ראו גם ביקורתו של ה' קלינגהופר, מתוך חוק יסוד: החקיקה — דיון בין משפטים על מהות החוק המוצע והצורך בו (תשמ"ב להלן: "דיונים בוועדת החוקה") 57. על השימוש בתקנות שעת חירום ראו, למשל, הופנונג (לעיל, הערה 3), 57-61.

בחוקי הארכה ובחוקים הנסמכים על תוקף הכרזה מכוח סעיף 9 — לא רק שהרחיבו את היקף דיני החירום, אלא גם תרמו לגיוונם ולריבונם.

האפשרות להאריך תקנות לשעת חירום בחוק הארכה — אפשרות שהגיונה בצידה — לא נוצלה רק לשם הארכה לתקופה קצרה, שנדרשה מכוח הנסיבות⁴⁶, אלא גם יצרה פרקטיקה של חוקי הארכה המתחדשים מדי שנה. בספר החוקים ניתן למצוא לא מעט חוקי הארכה מסוג זה שהתחדשו באופן שיטתי⁴⁷. חלקם הוחלף, בסופו של דבר, בחוק "רגיל"⁴⁸, אך חלקם הוארך שוב ושוב. כך נוצרה בספר החוקים קבוצה נפרדת של דברי חקיקה, השונה מן החקיקה ה"רגילה" לפחות בשמה. דברי חקיקה אלה הוכרו בפסיקה כחוקים של הכנסת לכל דבר ועניין, השונים לכאורה רק בכותרתם ואינם ניתנים לביקורת

בשורה של פסקי דין אישר בג"ץ הסדרים משקיים שונים, שנקבעו בצווים לפי חוק הפיקוח, אף כי תחולתם בזמן כלל לא הוגבלה לשעת חירום. ראו, למשל, ע"פ 156/63 היועץ המשפטי נ' אוסטרדייכר, פ"ד יז 2088 (הסדרי לעניין הובלת לחם); בג"צ 266/68 עדיית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824 (הסדרת ענף בתי המטבחים); בג"צ 790/78 רוזן נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד לג(3) 281 (להלן פ"ד רוזן) (דרכי משלוח של יהלומים לייצוא). אך ראו בג"צ 256/88 מדאינוסט נ' מנכ"ל שר הבריאות, פ"ד מד(1) 19, (להלן פ"ד מדאינוסט) שם נתקבלה טענה נגד שיקול דעתו של המשיב, שבחר בהתקנת צו מכוח חוק הפיקוח, על יסוד ההנמקה המשפטית שלא נשקלו במסגרת ההתקנה כל השיקולים הענייניים. הטענות כנגד השימוש בצו במקום בחקיקה "רגילה" לא נתקבלו.

46 כדוגמה להארכה לטווח קצר ראו כמה חוקי הארכה שנחקקו לאחר מלחמת יום הכיפורים. בין היתר, נחקקו חוק לקיום תקפן של תקנות שעת חירום (תשלום מקדמה למשרחים במילואים), תשל"ד-1974, ס"ח 40; חוק לקיום תקפן של תקנות שעת חירום שונות, תשל"ד-1974, ס"ח 48. ראו גם חוק להארכת תקפן של תקנות שעת חירום (מעצרים בשעת חירום מיוחדת), תשמ"ב-1982, ס"ח 278.

47 סדרת החוקים הארוכה ביותר, הנמשכת עד היום, היא כנראה סדרת חוקי ההארכה של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה — שיפוט בעבירות ועזרה משפטית). קיימות סדרות רבות אחרות, לדוגמה: תקנות שעת חירום (אבטחת מוסדות חינוך), שהוארכו בחוקים משעת תשל"ד; תקנות שעת חירום (אזורי ביטחון), שהוארכו בחוקים משנת תש"ט עד שנת תשל"ב; תקנות שעת חירום (הסדרת השמירה ביישובים), משנת תש"ז ועד שנת תשכ"א; תקנות שעת חירום (פיקוח על אניות) (תיקון), שהוארכו בחוקים משנת תשי"ז ועד שנת תשל"ג; תקנות שעת חירום (החזקת תעודת זהות והצגתה), שהוארכו בחוקים משנת תש"ז עד שנת תשמ"א; תקנות שעת חירום (רישום ציוד וגיוסו), שהוארכו בחוקים משנת תשי"ב עד שנת תשמ"ז. על חוקי ההארכה ראו קלינגהופר (לעיל, הערה 34), 104-111; הרפנונג (לעיל, הערה 3), 69-72.

48 כך, למשל, החליפו חוק הרשויות המקומיות (הסדרת השמירה), תשכ"א-1961, ס"ח 169, חוק החזקת תעודת זהות והצגתה, תשמ"ג-1982, ס"ח 20 וחוק רישום ציוד וגיוסו לצבא הגנה לישראל, תשמ"ז-1987, ס"ח 26 סדרות של חוקי הארכה שקבעו הוראות בעניינים אלה.

שיפוטית⁴⁹: קשה להבין את הנאותות בקיום קבוצה נפרדת זו, כאשר ההארכה איננה חד פעמית ואינה נובעת מצורך דחוף.

לא לה יש להוסיף את מעשי החקיקה — ומדובר בלא מעט מעשי חקיקה — המשתמשים בקיומה של ההכרזה כנקודת משען ותוקף. חוקים אלה הם חוקים "רגילים", אולם נקבע בהם כי הם יעמדו בתוקפם כל עוד קיימת ההכרזה על מצב חירום לפי סעיף 9 כזה הוא חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ז-1957, שהיקף השתרעותו רחב ביותר, וכזה הוא חוק סמכויות לשעת חירום (מעצרים), אך קיימים מעשי חקיקה רבים נוספים כאלה⁵⁰.

באופן זה קיימים בשיטה המשפטית הישראלית שני יצירי חקיקה שבמהותם עומדת סתירה פנימית אינהרנטית. חוקי ההארכה והחוקים ה"נסמכים" על סעיף 9 הם "חקיקת חירום-ולא-חירום". חוקי ההארכה הוכרו בפסיקה כחוקים רגילים, ולכן לכאורה נותקו

49 בג"צ 243/52 ביאלר נ' שר האוצר, פ"ד ז 424. ההלכה אושרה בבג"צ 37/89 אסם נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד מג(4) 111; בג"צ 388/89 הצורפים נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד מד(1) 397. ביקורת שהושמעה על תפיסה זו וביקשה לקבוע מעמד נחות יותר לחוקי הארכה, לא אומצה. פרופ' אקצין טען כי חוק הארכה איננו יכול לרפא פגמים שבתקנות לשעת חירום, וכי תקנות לשעת חירום, גם אם הוראכו בחוק, נשארות בגדר "דברי ביצוע" ולא "דברי חקיקה". קלינגהופר דחה אף הוא את מסקנת הפסיקה, וקבע כי לחוקי ההארכה מעמד "נחות", המאפשר ביקורת שיפוטית עליהם. ב' אקצין, "פסק דין ביאלר ומערכת המשפט בישראל" הפרקליט י (תשי"ד) 114; קלינגהופר (לעיל, הערה 34), 104-111.

50 בחלקם נסמך החוק כולו על מצב החירום ובחלקם נסמכות עליו רק הוראות בודדות מתוכו. ראו, למשל, פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948; פקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), תש"ט-1948; חוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת חירום, תש"ט-1949; חוק כלי הירייה, תש"ט-1949; תיקון התשי"א לפקודת הפטנטים והמדגמים (סעיפים 57-68, העוסקים בסמכותו של שר הביטחון להגביל רישום פטנטים ומדגמים), ס"ח 105; חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951 (סעיף 32 מעניק סמכות להורות בצו על דחיית חופשה); חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 (סעיף 11, שעניינו סמכות להורות על העבדה בשעות נוספות); חוק עבודה הנוער, תשי"ג-1953 (סעיף 5, הדן בעבודה לילה); חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957; חוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (הסדרי משפט ומינהל — הוראות נוספות), תשכ"ט-1969; חוק סמכויות חיפוש בשעת חירום (הוראת שעה), תשכ"ט-1969 (כותרת החוק עלולה להטעות לאור השימוש הרווח בתיבה "הוראת שעה": החוק כולו חל כל עוד תקפה ההכרזה לפי סעיף 9); חוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (פיקוח על כלי שיט) [נוסח משולב], תשל"ג-1973; חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979. פקודת הנויקין [נוסח חדש] (סעיף 37 קובע אחריות מיוחדת של מסיג גבול בשטח צבאי); חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, ס"ח 105 (סעיף 43, שעניינו הגבלות על יציאה לחו"ל של יוצאי צבא). ראו הפוננוג (לעיל, הערה 3), 72-73.

מן המסגרת של סעיף 51⁹; קושי דומה קיים לגבי החוקים הנסמכים על ההכרזה. מדובר בחקיקה "רגילה", שהתקבלה בהליך החקיקה הרגיל של הכנסת, תוך אפשרות לדיון ועיון בהוראותיה, עד כדי כך שיש הרואים אותה כחקיקה של ימי רגיעה. מאידך גיסא, ימיה של חקיקה זו קצובים מראש לימיה של ההכרזה על קיומו של מצב חירום או לתקופת ההכרזה על מצב החירום, וניתן אף לטעון כי חקיקה זו קורסת, למעשה, עם פקיעתה של ההכרזה.⁵²

(ג) חוקי חירום "עצמאיים"

נוסף על הקטגוריות דלעיל מקיימת השיטה הישראלית גם כמה חקיקים שאינם נסמכים על קיומה של הכרזה על מצב חירום, ומסדירים נושאים שונים הקשורים למצב החירום. חוקים אלה קובעים "רמות חירום" עצמאיות המותנות בהכרזה פורמלית, ומכאן שהן לעתים "רדומות". כך, למשל, מיוחד חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951 פרק נפרד ל"מצב הכן בהתגוננות אזרחית", שתחולתו מותנית בהכרזה של שר הביטחון.⁵³ בקבוצת החקיקים האמורה נכללים גם חוק שירות ביטחון [נוסח משולב] תשמ"ו-1986; חוק שירות עבודה בשעת חירום, תשכ"ז-1967 שלפיו, לאחר שנקראו מילואים לשירות לפי סעיף 26 לחוק שירות ביטחון, מוסמך שר העבודה להורות בצו על קריאה לשירות עבודה; וחוק הארכת מועדים, תשל"ה-1975, לפיו מוסמך שר הביטחון להכריז על "שירות חירום", שיש לו תוצאות משפטיות לעניין מניית תקופות שונות ביחסים משפטיים. על דפיו של ספר החוקים ניתן למצוא חוקים רבים מסוג זה.⁵⁴

51 מאידך גיסא ניתן לטעון כי עם ביטולו של מצב החירום אין מקום להכיר בתוקפם של חוקי ההארכה. טענה כזו תהיה אפשרית רק בהנחה שחישלל ההלכה השיפוטית הרואה בחוקים אלה חוקים לכל דבר ועניין, ותאומץ גרסה של גישות אקצין וקלינגהופר (לעיל, הערה 49). גם אז טמון בה קושי, אם התקנות המקוריות היו ללא פגם והוארכו מיידית בחוק הארכה.

52 מנגד ניתן לטעון, כי משבוטל מצב החירום חוקים כאלה אינם פוקעים אלא "מוקפאים", והכרזה חדשה על מצב חירום מחזירה אותם לחיים, שכן הם כוללים הוראה "סתמית" בדבר קיומם בזמן הכרזה. קיים קושי בטענה זו, שכן מן הראוי לפרש בצמצום את הוראת התחולה שבחוקים אלה. מן הבחינה המשפטית, ניתן לראות כל הכרזה על מצב חירום כיוצרת משטר המיוחד לה, על-פי הצרכים הייחודיים הנובעים מאותו מצב חירום. "החייאה" של הוראות שנוצרו במצב חירום קודם תחזיר על מכונן הוראות העלולות להיות פוגעניות, בלא הצדקה עניינית הכרחית. עם זאת, יש יתרון לקיום הסדרים ספציפיים כאלה בצד מסגרת התקנות לשעת חירום. לעניין זה ראו להלן, פרק ו.

53 סעיף 21 לחוק. פרק זה קובע כמה הוראות לעניין האפלה ופינוי מיטלטלין ממקלטים.

54 ל"התגיות חירום בחקיקה רגילה" ראו הופנונג (לעיל, הערה 3), 75-76. יש להבחין בין הוראות כאלה לבין הוראות החמרה "פנימיות" שבחקיקה שעניינה שלום הציבור. להבחנה ראו לעיל, פרק ב.2.א.

(ד) העדר טיפול חקיקתי בכפילות הוראות

עם יצירת המסגרות המרובדות של חקיקת החירום לא נקבע במקביל כלל המסדיר את תחולתן במקרה של תחולה חופפת.

קביעה חקיקתית מפורשת, המטפלת במצב של כפילות הוראות, יכולה להיות משלושה סוגים. ראשית, ניתן לקבוע ייחודיות באופן מפורש, תוך איסור על קיום טיפול עתידי במסגרת אחרת. שנית, ניתן להעניק לתחיקת החירום כוח מיוחד, הגובר על חקיקה אחרת, בלא להתייחס או למנוע את האפשרות של כפילות. שלישית, ניתן לקבוע היתר מפורש לתחולה מקבילה. הוראות מן הסוג הראשון לא נמצאו בחיפוש שערכנו⁵⁵. הוראות מהסוג השני, המעניקות לתחיקת חירום כוח מיוחד, נקבעו בסעיף 50(ג) לחוק יסוד: הממשלה ובקורמו, סעיף 9(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט⁵⁶, ובסעיף 46(ב) לחוק הפיקוח⁵⁷. הוראות אלה קובעות עליונות של תחיקת החירום במקרה של סתירה, אך אינן שוללות את האפשרות של קיום סמכויות מקבילות, אף אם שונות זו מזו, העוסקות באותה מאטריה. דוגמה להוראה מהסוג השלישי ניתן למצוא בחקיקת משנה: בתקנה 8 לתקנות שעת חירום (תקופת מצב מיוחד בהג"א), התשנ"א-1991 נקבע כי "הוראות תקנות שעת חירום אלה באות להוסיף על האמור בחוק [על-פי ההגדרה שבתקנות — חוק ההתגוננות האזרחית] או בתקנות שניתנו לפיו". ניתן לסכם ולטעון, כי המתחוק לא קבע עיקרון של ייחודיות לחקיקת החירום.

2. הרשות המבצעת

לרשות המבצעת יכולת להשפיע על היקף ההטלה בפועל בשתי צורות. גם אם נוצרה על גבי ספר החוקים מערכת מרובדת של דיני חירום, בדיה של הרשות המבצעת

55 כאן יש להבחין בין הוראה המונעת הסדר עתידי לבין הוראה הקובעת במפורש כי היא גוברת על הוראות הסדר חירום אחר. הוראות מן הסוג השני קיימות בשיטה. הן תחקיימנה כדי להבטיח תחולתו של הסדר מכביד יותר (לדוגמה, התקנות לשעת חירום משנת תשמ"ב, שעסקו במעצר מינהלי במצב חירום מיוחד והורו על אי תחולה של חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים); ראו להלן, טקסט ליד הערה 65 ואילך), או כדי להעניק במפורש זכות הנשללת בחקיקת חירום (לדוגמה, סעיף 440 לחוק השיפוט הצבאי, המקנה זכות ערעור בבית-הדין הצבאי לערעורים, "וזאת על אף האמור בתקנות ההגנה"). למעשה, לא היה צורך בקביעות מסוג זה: יש בכוחן של תקנות שעת חירום לגבור על כל חוק, ונראה שכוח זה קיים גם כאשר התקנות גוברות על החוק כמשחמע, וחקיקה מאוחרת (חוק השיפוט הצבאי) מוסיפה על החקיקה המוקדמת (תקנות ההגנה).

56 "תקנה לשעת חירום כוחה יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים..."

57 "כל מקום שהוראה בחוק זה סותרת הוראת כל חוק אחר, ההוראה שבחוק זה — עדיפה..." (בהמשך נקבעו חריגים להוראה זו).

האפשרות לבחור בכלי הרצוי לה. הממשלה היתה יכולה לקדם תפיסה של דין אחיד במקום דין מוטלא, על ידי נטישת הסדרים מסוימים לטובת אחרים. אולם תפיסה כזו לא התקבלה. ניתן למצוא מקרים לא מעטים של שימוש במכשיר התקנות לשעת חירום גם בנושאים שטופלו בדברי חקיקה ספציפיים. כמו כן, הממשלה אף מוסיפה ותורמת להרחבה של היקף ההטלה ככל שהיא מוסיפה ומתקינה בחקיקה ראשית "רגילה" תקנות שמבחינת מהותן הן דין חירום. גם מקרים כאלה, של התקנת תקנות "עצמאיות", פוזרים בקובץ התקנות הישראלי.

(א) בחירה בין תקנות ההגנה המנדטוריות לבין תקנות לשעת חירום

כאמור, כבר בתחילת ימיה של המדינה התקיימו זו בצד זו שתי מערכות חירום – תקנות ההגנה המנדטוריות וסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. לעניין הפעלת מערכות אלה נדרשו רשויות השלטון, למעשה, לבחור בין שתי גישות. על-פי גישה אחת, כל מסגרת מוציאה את האפשרות להשתמש ברעותה. הגישה האחרת מקבלת את ההנחה כי שתי המסגרות פועלות במקביל, וקיומה של סמכות מכוח תקנות ההגנה איננו מסכל את האפשרות להתקין תקנות לשעת חירום בנושא המוסדר.

מלכתחילה לא נשללה הדרך של התקנת תקנות חדשות לשעת חירום, למרות קיומה של סמכות מקבילה בתקנות המנדטוריות – תקנות ההגנה (שעת חירום)⁵⁸. במקביל, לא נמנעה הממשלה מהפעלת תקנות ההגנה המנדטוריות במקרים שנראו לה ראויים. גם אם השימוש בתקנות ההגנה המנדטוריות היה מאופק יחסית לשימוש בתקנות לשעת חירום, לא נשלל מעולם קיומן המקביל של שתי המסגרות⁵⁹.

(ב) בחירה בין תקנות לשעת חירום לבין תחיקה ספציפית

כפילות הוראות כזו יצרה כבר כמה מקרים של חקיקת "טלאי על טלאי", שאיננה ניתנת תמיד להצדקה. ראשית, נעשה שימוש במכשיר התקנות לשעת חירום להסדרה של נושאים שהוסדרו בחקיקה רגילה, שאין לה קשר לחירום. דוגמה בולטת לכך היא התקנת תקנות לשעת חירום לצורך התמודדות עם שביתות במגורים שהוגדרו – לצורך זה – כחיוניים. נוהג זה היה תמיד מוטל בספק, לאור קיומם של מכשירים אחרים להתמודדות

58 ראו, לדוגמה, תקנות שעת חירום (אזורי ביטחון), תש"ט-1949, ק"ת 169 (סמכויות החופפות לסמכויות לפי חקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945).

59 לשימוש בשני המכשירים ראו הופנונג (לעיל, הערה 3), 57-61, 91-93.

עם שביתות⁶⁰. גם אם פחת היקף השימוש בו יחסית לשימוש המסיבי בסוף שנות השבעים⁶¹, לא פסקה הפעלתו. משנת תש"ן ועד עתה הותקנו שתיס-עשרה תקנות לשעת חירום שעניינן שביתות בשירותים חיוניים; חלקן עוסק במגזרים רחבים ביותר של השירותים הציבוריים⁶².

הוא הדין בצווים שהותקנו מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים. מעיון בצווי הפיקוח שהותקפו בפסיקה המרכזית בנושא עולה העובדה המפתיעה, שכל אחד מצוים אלה הותקן, על-פי ההקדמה שבו, מכוח סמכות כפולה. בפרשת אוסטרייכר הסתמך המתקין גם על "שאר הסמכויות הנתונות לו לפי כל דין"⁶³; ביתר המקרים הוזכר בכל צו פיקוח גם חוק "רגיל" כמקור סמכות נוסף⁶⁴. בדיקה מקיפה של צווי הפיקוח עשויה להוביל למסקנה, כי במקום התקנה של צווים מכוח החוק האמור ניתן היה בדרך כלל

60 לבר מן האפשרות להסכם בין המעביד לבין העובדים לעניין הפעלה חלקית, בית-הדין לעבודה מוסמך לתת צו מניעה האוסר או מגביל שביתה. ראו מירוני (לעיל, הערה 41), 381-383. נוסף על כך מטפל בסוגיה גם חוק שירות עבודה בשעת חירום, תשכ"ז-1967.

61 ראו מירוני, שם; הופנונג (לעיל, הערה 3), 60.

62 זאת, למרות פסק הדין בפרשת פורו, וראו להלן, הערה 92. ראו תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים במשק הדלק), התש"ן-1989, ק"ת 26; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בקריה למחקר גרעיני — נגב), התש"ן-1989, ק"ת 102; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירותי הכבאות וההצלה), התשנ"א-1991, ק"ת 1045; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים במשרד החינוך והתרבות), התשנ"ג-1993, ק"ת 782; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי), התשנ"ג-1993, ק"ת 970; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים ב"בזק" חברה ישראלית לתקשורת בע"מ), התשנ"ד-1994, ק"ת 682; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בעבודה סוציאלית), התשנ"ד-1994, ק"ת 878; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בטחנות קמח), התשנ"ד-1994, ק"ת 1192; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי), התשנ"ו-1996, ק"ת 920; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בקריה למחקר גרעיני — נגב), התשנ"ז-1996, ק"ת 214; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי) ("בזק" ו"רפא"ל"), התשנ"ז-1996, ק"ת 288; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי), התשנ"ז-1996, ק"ת 292. שלוש התקנות האחרונות הותקנו מכוח סעיף 50(א) לחוק יסוד: הממשלה החדש. גם אם מבחינה כמותית היקף השימוש במכשיר הוא נמוך מזה שב"תור הזהב" שלו, עדיין ספק אם אכן היה מקום להפעילו, ודאי לא כאשר השירותים שבהם טיפלו התקנות הוגדרו באופן רחב ביותר או עסקו במגזר שאיננו חיוני במובהק.

63 תיבה שנעשה בה שימוש גם בתשנ"א, בתקנות בחי-המשפט, וראו להלן, טקסט ליד הערה 71 ואילך.

64 בצווים שהותקפו בפסקי הדין בעניין רוזן וח.ס.ה. מקור הסמכות הנוסף היה פקודת הסמכויות בעניין הייבוא, הייצוא והמכס (הגנה), 1939; בפסק הדין בעניין עיריית פתח תקוה — פקודת מחלוח בעלי החיים; ובכ"צ מדאינווסט — פקודת בריאות העם, 1940. ראו בג"צ 344/89 ח.ס.ה. נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456 (להלן פ"ד חסה); בג"צ עיריית פתח-תקוה (לעיל, הערה 45); בג"צ רוזן (לעיל, הערה 45); בג"צ מדאינווסט (לעיל, הערה 45).

לבחור באמצעי אחר, אך במקום אופציה זו הוביל קיומם של מקורות מקבילים לגורמה של שימוש כפול בהם.

גם בתחום החירום במובנו הצר ניתן למצוא דוגמאות לבחירה במכשיר התקנות לשעת חירום למרות קיומה של חקיקה ספציפית. דרך זו ננקטה בזמן מלחמת לבנון. בתקנות שעת חירום (מעצרים בשעת חירום מיוחדת), התשמ"ב-1982, ניתנה סמכות לממשלה להכריז, בשל שיקולי בטחון, על "שעת חירום מיוחדת"⁶⁵. אין הגדרה למונח זה, למעט הקריטריון האמור של קיום שיקולי ביטחון. נקבע, כי בעת תוקפה של הכרזה זו לא יחולו הוראות חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) על מעצרים לפי תקנות שעת החירום. לכאורה, ניתן היה לטעון כי מדובר במעשה "טלאי בצד טלאי", ולפיכך ראוי הוא לביקורת חמורה פחות. עדיין יש מקום לשאול, האם היה מקום לקבוע דין מיוחד כאמור מחוץ למסגרת החקיקה הקיימת⁶⁶.

שיטה זו ננקטה שוב בתקנות שעת החירום שעניינן "מצב מיוחד בהג"א" שהותקנו בתקופת מלחמת המפרץ. למרות קיומו של חוק ההתגוננות האזרחית, תשי"א-1951, התקין שר הביטחון תקנות לשעת חירום לפי סעיף 9 — תקנות שעת חירום (מצב מיוחד בהג"א), התשנ"א-1991⁶⁷. "תקופת מצב מיוחד בהג"א" הוגדרה כתקופה שמיום 17 בינואר 1991 ועד למועד שעליו יודיע שר הביטחון באמצעי התקשורת, ברשומות או בדרך אחרת. הסמכויות שניתנו בתקנות שעת החירום חרגו משמעותית מאלה שהיו קבועות בחקיקה הרגילה. ניתנו מכותן סמכויות נרחבות ביותר לראשי הג"א ולקצינים מדרגת אלוף משנה ומעלה שהוסמכו לכך להורות הוראות זמניות בדבר התנהגות, שהייה בבתים או בבניינים, ולאסור או להגביל תנועה. לסמכות נרחבת כזו לא היה זכר בחוק ההתגוננות האזרחית עצמו. התקנות אף אישרו הוראות והנחיות שניתנו לפני פרסומן. הן הכירו במפורש בתחולה כפולה, בקבען כי "הוראות תקנות שעת חירום אלה באות להוסיף על האמור בחוק או בתקנות שניתנו לפיו"⁶⁸. עם קביעת משטר חירום זה התקינו שרי הממשלה כמה תקנות שעת חירום נוספות, שקבעו הוראות מיוחדות בכמה

65 ק"ת 1182. התקנות הוארכו בחוק לתקופה נוספת של ששה חודשים. ס"ח התשמ"ב 278. ראו סימפוזיון בנושא זכויות האדם בשעת חירום, זכויות האזרח 5 (מרס 1983) 13, 15.

66 לביקורת על כך ראו שטרית (לעיל, הערה 8), 190-192; נון (לעיל, הערה 16), 176. ניתן לטעון, כי כאשר דין החירום חסר ונדרשת התמודדות עם מצב קיצוני, יש להכיר בחריג המאפשר התקנת תקנות לשעת חירום. ראו להלן, פרק ו.

67 ק"ת 463. הופנונג מציין, כי הבחירה במילה "מיוחדת" בכותרת של תקנות שעת החירום מתשמ"ב ומתשנ"א מעידה עד כמה הפך השימוש בתקנות שעת החירום לשגרתי. ראו הופנונג (לעיל, הערה 3), 60-61. ניתן לטעון, כי היה צורך בתקנות אלה, שכן בחוק ההתגוננות האזרחית לא נקבעו הוראות מספיקות. על כך ראו להלן, טקסט לאחר הערה 138.

68 תקנה 8.

תחומים ועמדו בתוקפן למשך תוקפו של מצב החירום המיוחד⁶⁹. תוקפן של קבוצת התקנות האמורה פקע כעבור זמן קצר⁷⁰.

(ג) התקנת חקיקת משנה "עצמאית"

הדיון לעיל עסק בבחירה של הרשות המבצעת מבין מסגרות קיימות. אולם נוסף על כך לא נמנעה הממשלה מיצירת מסגרות חדשות באמצעות התקנת חקיקת משנה. כדוגמה חדשה יחסית ניתן להציג קבוצה של תקנות שהותקנו בתקופת מלחמת המפרץ, בינואר 1991. נוסף על השימוש בתקנות שעת חירום מכוח סעיף 9, שקבעו "מצב חירום מיוחד בהג"א"⁷¹, נחקקו גם כמה תקנות חירום מכוחם של דברי חקיקה בעלי תחולה קבועה. שתיים מהן קבעו הסדרים מיוחדים לפעולת המערכת השיפוטית — תקנות בתי-המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991, ותקנות בית-הדין לעבודה (עבודת הערכאות השיפוטיות במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991⁷². ברישא של תקנות אלה נקבעו, כמקור לסמכות ההתקנה, לא רק סעיפי ההסמכה הכלליים להתקין תקנות הקבועים בחקיקה ראשית⁷³, אלא גם "שאר הסמכויות הנתונות [לשר] לפי כל דין"⁷⁴. "מצב חירום מיוחד" הוגדר בתקנות, בלא כל קשר למסגרת של סעיף 9, כ"מצב שבו נשתבשו סדרי החיים התקינים במדינה או בחלק ממנה מחמת מצב הביטחון". סעיף 9 איננו נזכר — שהרי מדובר בתקנות רגילות. תחילתו של מצב החירום המיוחד לפי תקנות בתי-המשפט הללו הוא בפרסום הודעה מטעם שר המשפטים, והיא מולידה מצב מיוחד, שבו נדונים בבתי-המשפט עניינים מוגדרים ומצומצמים בלבד. התקנה השלישית שילבה בתקנות הבזק (התקנה, תפעול ותחזוקה) הקיימות הוראות

69 תקנות שעת חירום (טלגרף אלוטרי), התשנ"א-1991, ק"ת 464; תקנות שעת חירום (בזק), התשנ"א-1991, ק"ת 466; תקנות שעת חירום (איסור פיטורים בתקופת מצב מיוחד בהג"א), התשנ"א-1991, ק"ת 467; תקנות שעת חירום (מוסדות חינוך בתקופת מצב מיוחד בהג"א), התשנ"א-1991, ק"ת 502.

70 כחודשיים לאחר התקנתן פורסם ברשומות ביטולן של שתיים מהתקנות: ק"ת התשנ"א-764. לא ידוע לי אם מצב החירום המיוחד, שהוכרז על-פי התקנה המרכזית, בוטל בהודעה או שפקע מאליה עם תום שלושת חודשי חייה של התקנה. התקנה המרכזית ויתר התקנות לא הוראו בחוק הארכה ולא שולבו בתוקים רגילים אחרים.

71 לעיל, טקסט ליד הערה 67.

72 ק"ת 446, ק"ת 447 בהתאמה (להלן: "תקנות בתי-המשפט").

73 חוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, סעיף 109, חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, סעיף 88, חוק בית-הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, סעיף 43, בהתאמה.

74 לשאלת מקור הסמכות ראו להלן, פרק 5.1.

שעניין "מצב חירום מיוחד", הוזה בהגדרתו להגדרה שבתקנות בתי-המשפט, אולם אלה חלות גם בלא הכרזה מיוחדת.⁷⁵

בעוד שתקנות שעת החירום שהותקנו באותה עת ממש וחלו בזמן של "מצב מיוחד בהג"א" בוטלו תוך זמן קצר⁷⁶, התקנות העצמאיות האמורות לא בוטלו עד היום. גם הכנסת אימצה באותה שנה את האפשרות לקבוע חקיקת חירום עצמאית, בתיקון לחוק שירות ביטחון, הקובע הגבלות מיוחדות על יציאה לחוץ לארץ בתקופה ששר הביטחון הכריז עליה כ"תקופת חירום מיוחדת"⁷⁷.

המניע לבחירה בהתקנת תקנה עצמאית, במקום להפעיל את מכשיר החקיקה לשעת חירום, איננו תמיד ברור. כך, למשל, הוראות שאפשרו, בין היתר, את צמצום פעולתם של מוסדות חינוך וכן נקיטת צעדים מיוחדים אחרים בשעת חירום הותקנו כתקנות שעת חירום⁷⁸, ואילו הוראות שאפשרו את צמצום פעולתם של בתי-המשפט הותקנו כתקנות "עצמאיות". דוגמה נוספת: בהפרש של כשבוע אילו מאילו התקין שר התקשורת את תקנות שעת חירום (בזק), התשנ"א-1991, שהוסיפו, באופן זמני, סמכויות פעולה מיוחדות ועמדו בתוקפן כל עוד התקיים "מצב חירום מיוחד בהג"א"⁷⁹, ואת תקנות הבזק (התקנה, תפעול ותחזוקה) (תיקון), התשנ"א-1991, שהן תיקון לתקנות "רגילות" המעניק לשר סמכות לשנות סדר קדימויות בעת "מצב חירום מיוחד"⁸⁰.

ניתן לטעון כי קיימת חשיבה סדורה מאחורי תופעות אלה: התחומים והסמכויות שנראו בידי הרשות המבצעת כרצויים באופן קבוע הוסדרו בתקנות "עצמאיות", ואילו כתקנות שעת חירום נקבעו הסמכויות הזמניות וכן הסמכויות רחבות ההיקף, שלא ניתן היה "להצמידן" למעשה חקיקה ראשית, כגון התקנות לעניין צמצום פעולת מוסדות חינוך תוך מתן "חסינות" מפני פיטורים להורים הנעדרים מן העבודה. גם אם כך הדבר, אין ראייה לכך שטיפול מיוחד זה יוכר, לכל הפחות, כהסדר ממצה. הפרקטיקה הנוהגת מצביעה דווקא בכיוון ההפוך.

75 תקנות הבזק (התקנה, תפעול ותחזוקה) (תיקון), התשנ"א-1991, שעניין שינוי סדר הקדימויות והעדיפויות לפעולת בזק בזמן קיום מצב חירום מיוחד (ק"ת 501, להלן: "תקנות הבזק").

76 לעיל, הערה 70.

77 חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 4), התשנ"א-1991, ס"ח 212. הפעם אין החוק מגדיר מהי "תקופת חירום מיוחדת".

78 לעיל, הערה 69.

79 שם.

80 לעיל, הערה 75.

3. בתי־המשפט

אפשר שהמחוקק והממשלה לא היו מפתחים תחיקה של טלאים לו גיבש בית־המשפט גישה השוללת — או לפחות מבקרת — את פרקטיקת ההטלאה, תוך ראיית הסדרי החירום כהסדרים ממצים. להלן נבחן האם תרמה פסיקת בית־המשפט העליון לצמצום ההטלאה בדיני החירום.

בחנית פועלו של בית־המשפט לעניין ההטלאה בדיני החירום מעלה שלוש מסקנות. ראשית, בית־המשפט נמנע מפסילת תחיקת חירום על יסוד קיומו של דין חלופי. שנית, להבדיל מדיון במישור התוקף של הדינים, חלה התפתחות בתחום הביקורת על שיקול הדעת, ולאחרונה היה בית־המשפט מוכן להתחשב בקיומו של דין חלופי במסגרת ביקורתו זו. ואחרונה, נכונות זו התקיימה לא בעיצומו של מצב חירום ולא לעניין דין חירום במובנו הצר. נבחן מסקנות אלה.

(א) היקף הביקורת — מישור התוקף

הטענה ה"חוקה" ביותר שניתן להעלות נגד אמצעי חירום המופעל בעת קיום אמצעי חלופי, היא הטענה בעד בטלותו נוכח קיומו של דין אחר. בית־המשפט חזר ודחה טענות אלה, וביסס את דחיותו על הכלל המשפטי נגד בטלות מכללא של חוקים. על־פי כלל זה, הכרזה על בטלות מכללא תיעשה במקרים חריגים ורק במקרה של סתירה שאיננה ניתנת ליישוב. סתירה כזו איננה קיימת, ברגיל, במקרה של דיני חירום חופפים. טענות לעניין בטלות מכללא הועלו בבית־המשפט העליון כבר בשנתו הראשונה. בפסק הדין בפרשת ליון נ' גוברניק דחה בית־המשפט את הטענה כי יש לראות תקנה מתקנות ההגנה משנת 1939, שעניינה החרמה, כבטלה מכללא, לאחר שתקנה העוסקת באותו נושא הותקנה בגדר תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945⁸¹. בפרשת זיו נ' גוברניק,

81 בג"צ ליון (לעיל, הערה 32), 70-74. למעשה, יכול היה בית־המשפט שלא להיזקק לטענה לעניין בטלות מכללא. הנשיא זמורה מוסיף, לאחר שדן בטענת הבטלות מכללא ודחה אותה, כי ממילא נקבע בתקנה 5 לתקנות ההגנה מ-1945 שבכפוף להוראות התקנות עצמן, התקנות יוסיפו על דינים אחרים ולא יגרעו מהן, מה גם שהתקנות ביטלו במפורש כמה תקנות הגנה אחרות. ראו שם, בעמ' 74. ניתן להטיל ספק בהתבססות על סעיף 5 לתקנות, נוכח נוסח תקנות המשנה (6) עד (8) לתקנה 114, שמהן משתמע לכאורה כי הליך התפיסה לאחר 1945 יתבצע לפי התקנות החדשות, ושהמשך ההחזקה של קרקע שנתפשה יהיה מכוח תקנות אלה.

שם נטען כי תקנת הגנה משנת 1939 בטלה מכללא לאור קיומו של סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תזר בית המשפט על הלכת הדחייה⁸².

בשני המקרים, ההנמקה שיצרה את הבסיס לגישה השיפוטית בעניין ביטול מכללא היא שבית המשפט ייזהר מפני ביטולים מכללא של מעשי חקיקה, ויאשר ביטול מכללא רק כאשר קיימת סתירה בין שני מעשי החקיקה⁸³. קיומן של הוראות כפולות, כלשעצמו, לא נראה כיוצר קושי מבני כלשהו.

הדין השיפוטי הכללי לעניין סמכויות מינהל מקבילות התקיים לעתים קרובות תוך כריכתו בסוגיית הביטול מכללא. בדיון זה לא היתה הבחנה מפורשת בין מקרים שעסקו בהסדרי חירות לבין מקרים שעניינם סמכויות "רגילות". הכלל נגד ביטול מכללא, לפיו יש לקיים חקיקה מקבילה ככל שניתן, אומץ באופן עקבי כחוקה פרשנית שיפוטית⁸⁴.

כך, גם כאשר עלו לדיון דיני חירות המשיך בית המשפט להימנע, באופן עקבי, מקבלת טענה הקובעת בטלות מכללא בשל קיום הוראות מקבילות. כמה מן ההחלטות בנדרן עסקו בטענות נגד הפעלת צווים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים. כפי שהראינו לעיל, אלה הותקנו מכוח מקור סמכות כפול⁸⁵. בבג"צ רוזן, למשל, הותקף צו שהגביל הובלת יהלומים לייצוא והותקן מכוח שני חוקים – חוק הפיקוח על מצרכים

82 כג"צ זיו(לעיל, הערה 32). הפעם לא כלל הדין המאוחר הוראה לעניין שמירת דינים קודמים וההלכה נחקלה כשלעצמה.

83 לטוגיית ה"סתירה" ראו להלן. שאלת הביטול מכללא היתה רק אחת השאלות שנדונו בפסקי דין אלה. השאלה המוכרת יותר היא שאלת הקליטה של תקנות ההגנה המנדטוריות אל תוך משפט המדינה. הטענה לפיה אין לראות את התקנות כחלק ממשפט המדינה נדונה ונדחתה בדעת רוב עוד קודם לכן, בבג"צ 1/48 קוק נ' שר הביטחון, המשפט, כך שלישי, 1948, 307. לדיון בפרשה זו ראו הופנונג (לעיל, הערה 3), 93-94.

84 כך נקבע בפרשת חדר משנת 1950: "כלל גדול הוא בתורת הפירושים, כי ככל האפשר יש לפרש כל חוק בכפופות או תוך התאמה עם כל חוק קודם, שלא בוטל במפורש על-ידי החוק הנדון; ורק במקרה שהוראות חוק מאוחר יותר הן כה נוגדות או סותרות הוראותיו של חוק קודם, עד שאין לקיימן בשום פנים זה בצד זה, אז ורק אז רואים את החוק הקודם כמבוטל מכללא על-ידי החוק החדש... הטעם בדבר הוא, שחוקה היא, כי דברי המחוקק מביעים את רצונו, ויש להניח, שאם לא ביטל חוק קודם במלים מפורשות, הרי התכוון לקיים את החוק הקודם בצדו של החוק החדש". ע"פ 117/50 חדר נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה' 1413, 1420-1421 (להלן: פרשת חדר). על חוקה זו ראו א' ברק, פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ב, כך א) 566-568. לפסיקה המאשרת את הכלל ראו, למשל, בג"צ 180/52 יורשי אברהים דור נ' שר האוצר, פ"ד ו' 908; בג"צ 261/63 מגידוביץ' נ' הוועדה המחוזית, פ"ד יח' (2) 287; בג"צ 171/69 פילצר נ' שר האוצר, פ"ד כד' (1) 113; בג"צ 174/85 חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט' (3) 245; בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ' (3) 505, 542-547; בג"צ מדאנינוסט (לעיל, הערה 45), 36-46; ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט' (4) 221, 554-557 (להלן: "פסק הדין בעניין חוק גל").

85 ראו לעיל, טקסט ליד הערה 63.

ושירותים ופקודת הסמכויות בעניין הייבוא, הייצוא והמכס (הגנה), 1939⁸⁶. בית-המשפט העליון דחה את הטענה שקיומה של הפקודה השנייה, הקודמת, מוציא את האפשרות להפעיל את חוק הפיקוח בנושאים שבהם היא מטפלת. כל עוד אין סתירה בין שתי ההוראות, "הרי עומדות שתי ההוראות בעינן... וכשכל אחת משתי ההוראות הללו מעניקה את אותה סמכות, הברירה בידי הרשות המוסמכת להשתמש באחת מהן או בשתייהן גם יחד, לפי בחירתה"⁸⁷.

גישה דומה באה לידי ביטוי כאשר עמדו לדיון תקנה לשעת חירום וחיקוק אחר. פסקי הדין שעסקו בתקנות שעת חירום לצורך קיום שירותים חיוניים מבטאים גישה זו. בשני מקרים מסוף שנות השבעים שבהם הותקפו צווי חירום כאמור, קבע בית-המשפט כי לאור קיום יחסי עובד-מעביד, מקומו של הדיון בבית-הדין לעבודה. לכאורה מדובר בהפנייה לדיון החלופי, אך לא היא: בית-המשפט לא קבע כי קיומם של יחסי עבודה צריך להפקיע את הסמכות לטפל בסוגיה בדרך של תקנות שעת חירום, אלא אך כי ניתן יהיה לתקוף את תוקף התקנות תקיפה עקיפה⁸⁸. למעלה מזאת: באחד מפסקי הדין מאזכר בית-המשפט, בדרך אגב, את קיומו של החוק האחר, אך הוא איננו מרמז על כל מסקנה הנובעת מקיום זה⁸⁹. בפרשת קלופפר-נוה נטענה מפורשות הטענה בדבר קיום הסדר חלופי, המפקיע את תוקף התקנות. הטענה נדחתה במפורש⁹⁰.

86 בצו נאמר כי נעשה גם "בתוקף שאר הסמכויות הנתונות [לשר] לפי כל דין", אלא שבעתירה הסכימה נציגת המדינה כי שני מעשי החקיקה דלעיל הם מקור הסמכות היחיד. לשאלת מקור הסמכות ראו להלן. כן ראו בג"צ רון (לעיל, הערה 45).

87 שם, בעמ' 285. באותו אופן נפסק, כשנה מאוחר יותר, כי לא היה פסול משפטי בהתקנת צו לפי חוק הפיקוח לעניין השימוש בפרי הדר לתעשייה, למרות האפשרות להסדיר את הנושא לפי חוק המועצות למוצרי פירות וירקות (ייצור וייצוא), תשל"ג-1973. באותו מקרה אף נחקקו תקנות מכוח החוק האמור, ומצב ה"תחרות" בין שתי הסמכויות הוכרע בידי הממשלה "לטובת" סמכותו של שר התעשייה, המסחר והתיירות להתקין לפי חוק הפיקוח. בג"צ 879/79 אפא"י אגודה שיתופית לפירות א"י נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לד(2) 449.

88 בג"צ 188/79 הוועד הארצי של עובדי המוסד לביטוח לאומי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לג(2) 449; בג"צ 735/80 ניצן נ' שלמה להט, פ"ד לה(1) 555.

89 "העובדה שבחוק אחר, הוא חוק שירות עבודה בשעת חירום, ישנה הוראה מפורשת, שחילוקי דעות בקשר לשכר אינם פוטרים מקיום החובות על פי אותו חוק, איננה מלמדת כלל ועיקר שחילוקי דעות כאלה פוטרים מהחובה להתייבב על פי התקנות..." בג"צ ניצן, שם, בעמ' 557.

90 וכך קבע השופט ש' לוי: "כבר נפסק, שהטענה, שהרשות יכולה להשיג את מטרתה גם בדרכים אחרות, לאו טענה היא... יתר על כן, סביר להניח, שמה ששר החינוך והתרבות יכול היה להשיג במסגרת תקנות לשעת חירום, לא יכול היה להשיג במסגרת בית-הדין לעבודה, הדין באספקלריה של היחסים הקיימים בין עובד לבין מעביד". בג"צ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238. מירוני מכתיר את נימוקי בג"צ, בדחותו עתירות אלה, כ"נימוקים דחוקים". גם במקרה האחרון, טוען מירוני, לא התקיים דיון של ממש בשאלת השימוש בסמכות התקנות לשעת

(ב) התפתחות הביקורת — מישור שיקול הדעת

שלוש החלטות מאוחרות יותר שניתנו בשנים 1989 ו-1990 — שתיים עניינן צווים שהותקנו מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים⁹¹ ואחת עניינה בתקנות לשעת חירום⁹² — ביטאו, אומנם, את נכונותו החדשה של בית-המשפט להתערב במעשי הרשות המתקינה ואף לפסול את הבחירה בהסדרי חירום. עם זאת, הערכה של גישה שיפוטית זו דורשת הבחנה בין מישור התוקף ובין מישור שיקול הדעת. בדיון השיפוטי בקיומו של מסלול חלופי לא נקבע מעולם כלל חד משמעי, לפיו יש לפסול על אתר את השימוש במכשיר חירום בשל קיומו של מעשה חקיקה חלופי. בכך נמשכה התפיסה של הימנעות מהכרזה על בטלות מכללא של דין. נהפוך הוא: בדיונים אלה אף הכיר בית-המשפט בקיומם של שני מסלולי חקיקה מקבילים ובחן כל אחד מהם לגופו. ההתחשבות בקיום דין חלופי, כאשר התקיימה, לא היתה במישור של תקיפת דבר החקיקה, אלא במישור הביקורת על שיקול הדעת בלבד.

תחילתה של נטייה זו נעוצה עוד קודם לכן, בפרשת רחון, שם הבחין השופט ברק, לעניין בחינת צו מכוח חוק הפיקוח, בין שאלת קיומה של סמכות להתקנה לבין שאלת שיקול הדעת בדבר התאמתה של ההתקנה למטרה⁹³. ואכן, בית-המשפט גילה מאז נכונות רבה יותר לבחון האם עמדה התקנת חקיקת החירום בדרישות הפורמליות של דין החירום — בחינת המטרות שלשמן ניתן להתקינו ובחינת החיוניות של המאטריה שבה הוא עוסק.

בענין מדאינווסט זכתה טענת הבטלות מכללא לטיפול מפורט, שלא היה שונה מטיפולים קודמים. באותו מקרה הותקפה התקנת צו מכוח חוק הפיקוח, שהתנה פתיחת בית-חולים חדש בקבלת אישור מיוחד ואפשר לרשות להתחשב בצרכי השירותים הרפואיים במדינה ובאזורים שונים בה כשיקול לסירוב מתן האישור. פקודת בריאות

חירום למטרות זרות. הדיון השיפוטי התמקד בחשיבותה של תעמולת הבחירות במסגרת חופש הביטוי. ראו מירוני (לעיל, הערה 41), 351.

91 בג"צ ח.ס.ה. (לעיל, הערה 64) ובג"צ מדאינווסט (לעיל, הערה 45).

92 בג"צ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (להלן: "פרשת פורז").

93 זאת, במסגרת קביעת "שלושה יסודות עיקריים של שימוש בסמכות", שהראשון ביניהם, שלא הוזכר לעיל, הוא "מטרה ספציפית כדין". בג"צ רחון (לעיל, הערה 45), 290-293. מבחנים אלה אומצו בפסקי דין מאוחרים כגון ח.ס.ה. (לעיל, הערה 64) וקלופפרינגה (לעיל, הערה 90). אינני מתייחסת כאן לשאלה אודות טיבו של שיקול הדעת הנבחן (סובייקטיבי או אובייקטיבי), לאור הקביעה בפסק הדין בפרשת מדאינווסט (לעיל, הערה 45), המכריע לדעתי את השאלה לטובת בחינה שיפוטית רגילה של שיקול הדעת. במקביל החל בית-המשפט להתערב גם בשיקול הדעת שהופעל מכוח תקנות ההגנה המנדטוריות. ראו הופנונג (לעיל, הערה 3), 99-100.

העם, המסדירה בין היתר רישוי בתי-חולים, לא כללה שיקול כגון זה⁹⁴. הנשיא שמגר הקדיש חלק נכבד מפסק דינו לשאלת כפילות מקורות הסמכות. לאחר שדן בחזקה נגד ביטול מכללא, אישר הנשיא שמגר כי שתי ההוראות הן "הוראות מקבילות" ולא סותרות⁹⁵. הנשיא הוסיף, תוך מתיחת ביקורת קשה על המצב התוקף, כי מכל מקום קובע סעיף 46 לחוק הפיקוח את עליונות החוק על הוראות סותרות, גם אם תהיינה מאוחרות יותר⁹⁶. למרות כל אלה, משבחן בית-המשפט את שיקול דעתו של המשיב, קבע כי לא נלקחו בחשבון כל השיקולים הרלבנטיים, והורה על קבלת העתירה והחזרת הנושא לידי המשיבים לשקילה מחודשת⁹⁷.

בפרשת ח.ס.ה., שהוכרעה כחודש לאחר מכן, נמנע הנשיא שמגר מלדון בשאלת כפילות ההוראות שמכותן הותקן צו המגביל יבוא מכשירי וידיאו. כמו במקרים קודמים, גם בפרשה זו גרר מקור הסמכות הכפול בחינה נפרדת של כל אחד ממקורות הסמכות⁹⁸. אולם, בבחנו את ההסמכה מכוח חוק הפיקוח קבע בית-המשפט כי הצו לא הגשים אף אחת מן המטרות המנויות בחוק, ומשום כך "שיקול הדעת, שהופעל על-ידי עצם הפעלתו של חוק הפיקוח... היה שגוי"⁹⁹.

בשני מקרים אלה לא זיהה בית-המשפט את קיומו של ההסדר החלופי כאחד השיקולים הראויים להישקל על-ידי הרשות. לא כן בפרשת פורז. גם כאן חזר בית-המשפט ודחה את טענת ההסדר החלופי כבסיס לביקורת במישור התוקף של הצו. במקרה זה הותקפה הסדרה חלקית וניסיונית של הסדרי שיכון באמצעות תקנות לשעת חירום, לאור העובדה שבאותה עת היה תלוי ועומד בכנסת חוק "רגיל" שהסדיר את הנושא. השופט ש' לוין קבע, כי החוקה בדבר קיום שני מעשי חקיקה זה בצד זה (תקנות שעת חירום וחקיקה "רגילה"), לא הוזמה על-ידי העותר:

לעניין זה טען פרקליט העותר, כי מחמת טיפולם של החוק והתקנות באותה מאטריה, יש לראות את החוק כמבטל מכללא את התקנות... הגענו לכלל מסקנה, שיש לדחות טענות אלו... אמת נכון הדבר, שיש

94 במקביל לדיונים בעתירה ולהתקנת הצו יזמה הממשלה תיקון לפקודת בריאות העם, לפיו תוסף לפקודה הוראה מקבילה לזו שנקבעה בצו הפיקוח. בעת מתן פסק הדין טרם נתקבל התיקון לפקודת בריאות העם.

95 בג"צ מדאינוסט (לעיל, הערה 45), 40-36.

96 שם, בעמ' 47-43. השופט אור סבר אחרת לעניין כוחה של חקיקה מאוחרת, אם כי לא קבע מסמרות בדבר. שם, בעמ' 51.

97 שם, בעמ' 47-50.

98 אותה דרך נקט בית-המשפט בפרשות הקודמות, עיריית פתח-תקוה ורוזן (לעיל, הערה 45).

99 בג"צ ח.ס.ה. (לעיל, הערה 64), 468. השימוש בטרמינולוגיה של שיקול דעת שגוי במקום חוסר סמכות הוא מעניין כשלעצמו.

אשר עשויה הכנסת לבטל בחוק תקנות לשעת חירום אפילו מכללא:
ע"פ 10068/61, אך במקרה דנן יכולה התכנית המדגמית לדור בצוותא
חדא עם החוק, שלו משמעות כללית... במקרה שלפנינו לא הזים אפוא
העותר את החוקה כנגד ביטול מכללא¹⁰¹.

עם זאת, תוך התבססות על כוונתם המקורית של מנסחי הסדר התקנות לשעת חירום
לייחד את הסמכות למקרים שבהם נדרשת חקיקה מהירה¹⁰², הגיע בית-המשפט
למסקנה, כי לא היה ראוי להפעיל במקרה הנדון תוכנית חירום לבניית דירות על-ידי
התקנת תקנות לשעת חירום:

"מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה של 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 הליכי החקיקה של הכנסת... יש מקום עמנו
לראות את הכלל האמור¹⁰³ ככלל משפטי המגביל את שיקול דעתה של
הרשות לפי כללי שיקול הדעת המקובלים בפסיקתנו"¹⁰⁴.

למרות החידוש בגישת בית-המשפט, המתבטא במיוחד בפסק הדין בפרשת פורז, יש
לבחון אם ההכרעה במקרים אלה לא הושפעה מנסיבות מיוחדות. בית-המשפט הדגיש
בפסק הדין בעניין האחרון, כי ההוראות שנקבעו בתקנות לשעת חירום שעמדו לדיון היו
"מרחיקות לכת", הן מבחינת היקפן והן מבחינת משך השפעתן¹⁰⁵. התקנות לשעת
חירום שהותקפו עסקו מראש במגזר קטן, מתוך כוונה מוצהרת להשתמש במכשיר

100 ע"פ 68/61 עיריית רמת-גן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 161; אך לעניין פסק הדין האמור
ראו להלן, הערה 150. הערת השוליים לא במקור.

101 בג"צ פורז (לעיל, הערה 92), 320. במקביל נדחתה שם גם טענת המדינה, לפיה יש לראות בחקיקת
החוק משום אישור מכללא של התקנות.

102 השופט שי' לויין מאזכר מאמרים בנושא וכן דברים מהרצאתו של אורי ידן (לעיל, הערה 42),
עמוד 321-322 לפסק-הדין.

103 ציטוט ממאמרו של אורי ידן (לעיל, הערה 42).

104 שם, בעמ' 322. ההפניה איננה במקור.

105 "...כוללות התקנות הוראות מרחיקות לכת: השעיית הוראות דין של הכנסת, התעלמות מתוכניות לפי
חוקי התכנון והבנייה ופטור מרשיונות, מהיתרים ואישורים. כל טעות בעניינים אלה עשויה להיות
בכירה לדורות". שם, בעמ' 321. על כך יש להוסיף, כי להסדר הקיים היו השלכות מרחיקות לכת
מבחינת תוקפו בזמן, גם בהעדר טעויות. השופט שי' לויין היה מודע לכך, אולם השאיר בצד עיון את
טענת העותר, לפיה אין מקום להסדיר בתקנות שעת חירום הסדרים שתוצאותיהם יחרגו אל מעבר
לשלושה חודשי תוקפן של התקנות. שם, בעמ' 323.

ההתקנה כ-"pilot project" — דהיינו: לא רובר בהתקנה בשל קיומו של מצב חירום קריטי דווקא; והעיקר — חוק הליכי תכנון ובנייה (הוראת שעה), תש"ן-1990, שהסדיר את הנושא כולו, פורסם כהצעת חוק ימים ספורים לפני קבלת התקנות לשעת חירום, התקבל ימים ספורים לפני הדיון בעתירה ופורסם ימים ספורים לאחריו¹⁰⁶. סמיכות הזמנים יכלה להקל על בית-המשפט בהתבססו על קיומו של הסדר חוקי חלופי. גם הסדר לא היה סעד פשוט של בטלות: לא ניתנה הכרזת בטלות בעלת תחולה מיידית, אלא ניתנה שהות של שלושה שבועות, שהיה בה כדי לאפשר לכנסת עצמה לתת תוקף חוקי מחודש לפעולות שכבר נעשו מכוח תקנות שעת-החירום¹⁰⁷. יתר על כן: גם לאחר פסק הדין לא פסקה, כאמור, הפרקטיקה של התקנת תקנות שעת חירום לעניין שביתות בשירותים חיוניים, למרות קיומם של הסדרים חקיקתיים אחרים¹⁰⁸.

יש לסכם, אם כן, כי באותם מקרים שבהם הופעלה ביקורת שיפוטית, היא הוחלה על שיקול הדעת ולא על קיומה של הסמכות עצמה. באף פסק דין לא נקבע, כי קיומו של מסלול חלופי משמיט את הסמכות להפעיל את המכשיר שנבחר ומבטל את תוקפו. ההבדל בין תפיסה הפוסלת שימוש בהסדר חירום לאור קיומו של הסדר חלופי לבין תפיסה הפוסלת שימוש זה לאור פגם בשיקול הדעת — העשוי לנבוע מקיומו של הסדר חלופי — איננו קטן. כאשר מעשה הביקורת השיפוטית מתרכז בהפעלת שיקול הדעת, הוא מותיר בידי הרשות מתחם פעולה הראוי להכשר. יתירה מזאת: כל אחת מתפיסות אלה מבטאת השקפה אחרת לעניין ריבודיותו של דין החירום¹⁰⁹.

אולם למעשה, מרגע שהוכנסו הטענות בעניין בטלות אחד הדינים בגדר דיני הביטול מכללם, הסיכוי שיתקבלו היה קטן. דיני הביטול מכללם מתקיימים כניסיון לפתור את הבעיה הנובעת מקיום סתירות בין נורמות משפטיות¹¹⁰. התפיסה המשפטית היסודית מתנגדת לביטול דינים, והיא מבוססת על ההנחה לפיה המחוקק אינו מחוקק חוקים הסותרים זה את זה. מהנחה זו נובעת המסקנה שביטול מכללם אפשרי רק כאשר אין אפשרות פרשנית ליישב בין שני מעשי החקיקה, ולא די בקיום של טיפול תחיקתי כפול או חופף¹¹¹. בכל המקרים שתוארו לעיל, בהם נדונה ונדחתה טענת הבטלות מכללם, פתר בית-המשפט את השאלה בקביעה כי לא נמצאה סתירה בין הדינים.

106 ה"ח התש"ן 218 (מיום 27.6.90); ק"ח התש"ן 778 (2.7.90); ס"ח התש"ן 166 (20.7.90).

107 פס"ד פורז (לעיל, הערה 92), 323.

108 ראו לעיל, טקסט ליד הערה 62.

109 לביקורת השיפוטית על שיקול הדעת ראו להלן, פרק 3.3.א.

110 ראו ברק, פרשנות במשפט (לעיל, הערה 84), 537 ואילך.

111 ראו, למשל, בג"צ ליון (לעיל, הערה 32), 73-74; פרשת חדר (לעיל, הערה 84), 1423-1424; בג"צ

פילצור (לעיל, הערה 84), 119; בג"צ חסן (לעיל, הערה 84), 248; ברק, שם, בעמ' 566-568.

אכן, כדי לפסול תקנות שעת חירום רק משום שקיים או עומד להיחקק חוק בנדון, המאפשר פעולה דומה — כמו בפרשת פורז — יש להתבסס על יותר מאשר טענה "רגילה" של פסלות מכללא. היה צורך להעלות טענה, לפיה ההסדר האחר הוא הסדר ממצה המונע כל יצירה של הסדר אחר, גם אם אינם סותרים זה את זה. טענה כזו היא מרחיקת לכת, ובית המשפט לא דן בה ככזו¹¹².

(ג) הביקורת השיפוטית במצב חירום "אמיתי" ועל דין חירום "במובן הצר"

ההתפתחות ההלכתית שתוארה לעיל נוצרה אומנם בעת דיון בתחיקת חירום, אך למעשה אין היא ניתנת לייבוא פשוט לסוגיית דיני החירום במובנם הצר. פסקי הדין השונים שניתנו בסוגיה — וב"שיאם" פסקי הדין מדאינווסט, ח.ס.ה. ופורז — לא ניתנו בעיצומה של שעת חירום "אמיתית" ולא עסקו בדין שבמהותו כוון להתמודד עם שעת חירום כזו. כמו כן, בשלישיית פסקי הדין האמורים, כמו בקודמיהם, לא עמדו בפני בית המשפט שתי הוראות חירום, אלא הוראה לפי דיני החירום והוראה "רגילה", ובית המשפט ביטא העדפה של ההוראה הרגילה על פני הוראת החירום. נוסף לכך, הכלל שנקבע בפרשת פורז, לפיו יש להעדיף מעשה חקיקה רגילה אם קיים זמן לכך, איננו ישים כאשר מדובר בשני מעשי חקיקה של חירום. השאלה היא, אם השינוי שהסתמן בפסקי הדין דלעיל יכול לביטוי גם במקרים קשים יותר.

שאלה זו מתקשרת לשאלה הכללית בדבר נכונותו של בית המשפט להתערב בענייני ביטחון. סוגיה זו זכתה לדיונים רבים, וניתן למיננם לשני סוגים. יש הסבורים כי במהלך השנים הרחיב בית המשפט את ביקורתו. פרופ' שטרית הצביע על תהליך של הרחבת היקף הביקורת מגישה מצמצמת — שהתמקדה בשאלות חוסר סמכות או בהפרות דיוניות — לגישה המוכנה לבחון את שיקולי הביטחון לגופם¹¹³. פרופ' גביון ביקרה תפיסה זו כ"אופטימית", וטענה כי גם בסוף שנות השמונים (עת כתיבת מאמרה) בית-

112 לדיון כשתי האפשרויות האחרונות — קיום סתירה בין החוקים וטענה של הסדרה ממצה — ראו להלן, פרק 2.1.

113 ש' שטרית "ארכעים שנה למשפט החוקתי, התפתחויות בדיני חוקה — סוגיות נבחרות" משפטים 113 (תשמ"ט-חש"ן) 573, 609-606. S. Shetreet "The Scope of Judicial Review of National Security Consideration in Free Speech and Other Areas: The Israeli Perspective" 18 *Israel Yearbook on Human Rights* (1988) 35. הופנוג מתאר את התפתחותה של ההתייחסות המוסדית לסמכויות חירום כתהליך כפול מקביל. לטענתו, החל משנות הששים נוקטות הרשויות, לפחות כלפי אזרחי ישראל, ריסון עצמי שלטוני בהפעלת סמכויות חירום, למעט לעניין ניצול הוראות החירום למטרות "של שגרה". במקביל הורחב והתהדק הפיקוח השיפוטי לא רק ברמה הגלדית, אלא גם כגורם המנחה את הרשויות בפעולותיהן ומהווה תמריץ להשגת פשרות במקרים לא מעטים (לעיל, הערה 3), 105-103.

המשפט איננו מגלה נכונות להיכנס לגופם של שיקולי ביטחון, למעט במקרים חריגים ונדירים¹¹⁴.

גם אם נקבל את הגישה התומכת בהתפתחות שיפוטית לכיוון של הרחבה, עדיין לא ניתן לראות התפתחות כזו בכל הנוגע לסוגיית ההטלה. המגמה שבאה לביטוי בפסק הדין בעניין פורז לא יושמה עד כה על דיני חירום הראויים לכוותרת זו. מבלי לערוך בדיקה היסטורית מקיפה, ניתן לציין כי הוראות החירום שהותקנו, הן בעת מלחמת לבנון והן במהלך מלחמת המפרץ, לא היו נושא לדיון שיפוטי בבית-המשפט העליון. ממילא, לא הועלה כל טיעון של הטלה כנגד התקנות ה"מוטלאות" המובהקות, דהיינו: תקנות שעת החירום בעניין מעצרים מתשמ"ב, שהותקנו למרות קיומו של חוק, והתקנות ה"רגילות" שהותקנו בעיצומה של מלחמת המפרץ. בעניין זה נותרנו ובידינו פסקי הדין זיו וליזן.

ה. ההסדר החדש – מאפיינים וקשיים

עד כה בחנו מה היו פניה של פרקטיקת ההטלה לפני השינוי בחוק יסוד: הממשלה. נראה, כי ההסדר החדש עלול לגרום להרחבה של פרקטיקה זו. זאת, לאור שני מאפיינים של ההסדר: היותו הסדר מגביל יותר מן ההסדר הקודם, והעובדה כי הוא איננו מתיישב באופן מלא עם הוראות חוקיות אחרות.

ניתן להציג את ההסדר החדש, הקבוע בסעיפים 49 ו-50 לחוק יסוד: הממשלה החדש, כמבקש להסיר את פגעי קודמו¹¹⁵. הסדר זה מכיל כמה אלמנטים שניתן לפרשם

114 ראו ר' גביון "ארבעים שנה למשפט החוקתי (תגובה להרצאתו של פרופ' שטרית)" משפטים יט (תשמ"ט-חש"ן) 617, 625-626. טיעון דומה השמיע פרופ' קרצמר בניתוח הביקורת שיפוטית על הריסה ואטימה של בחים בשטחים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום). בבחינת 150 פסקי הדין שעסקו בסמכות זו נמצאו רק שלושה מקרים שבהם הורה בית-המשפט לפסול או לצמצם את הפעלת הסמכות. יתר על כן: כמעט לא ניתן למצוא טיפול בטענות מהותיות הקשורות בתקנה 119, להבדיל מנכונות רבה יותר בתחום הדרישות הדיוניות. ד' קרצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בחים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר עורך, תשנ"ג) 305, 328-334. לסוגיה זו ראו להלן, פרק 1.2.

115 בדיון בפני ועדת החוקה הציג פרופ' קלינגהופר את הסדר החירום המוצע כמבקש להתגבר על כמה פגמים, תוך התבססות על פתרונות שנקבעו באמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966. ראו דיונים בוועדת החוקה (לעיל, הערה 45), 57-58. שינוי ההסדר הוצע במקורו במסגרת חוק יסוד: החקיקה. עד כה התפרסמו ברשומות ארבע הצעות כאלו, ובכולן הוקדש פרק לתקנות שעת חירום (ה"ח התשל"ו 135, ה"ח התשל"ח 328, ה"ח התשנ"ב 149, ה"ח התשנ"ג 91). ההצעות משנת תשנ"ב ותשנ"ג כוללות כמה הוראות, הפותרות חלק מן הבעיות שיוצגו להלן. ראו להלן, הערה 126.

ספק אם ההצעה משנת תשנ"ג תזכה לעתיד ורוד יותר מאשר ההצעות הקודמות. בדברי ההסבר להצעה מתשנ"ג נאמר, כי ההצעה חוזרת "בשינוי מה" על הוראות חוק יסוד: הממשלה. לאמיתו של דבר, קיימים מספר הבדלים יסודיים בין שני ההסדרים. ההסדר החקוק כיום בחוק יסוד: הממשלה שונה בפרטים שונים מן ההצעות הקודמות. חו לשונם של שני הסעיפים המסדירים את הסוגיה:

49. הכרזת מצב חירום

- (א) ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום, רשאית היא, ביוזמתה או על-פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום.
- (ב) תקופת תוקפה של ההכרזה תהא כפי שנקבע בה, אך לא תעלה על שנה; הכנסת רשאית לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור.
- (ג) ראתה הממשלה שקיים במדינה מצב של חירום ושעקב דחיפות העניין יש להכריז על מצב חירום עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת, רשאית היא להכריז על מצב חירום; תוקפה של ההכרזה יפקע כעבור שבעה ימים מיום נתינתה, אם לא אושרה או בוטלה קודם לכן על-ידי הכנסת בהחלטה של רוב חבריה; לא התכנסה הכנסת, רשאית הממשלה לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור בסעיף קטן זה.

(ד) ...

- (ה) הכנסת רשאית, בכל עת, לבטל הכרזה על מצב חירום; הודעה על הביטול תפורסם ברשומות.

50. תקנות שעת-חירום

- (א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת-חירום כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת-חירום יונחו על שולחן ועדת החרוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.
- (ב) ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת-חירום, רשאי הוא להתקין או להסמיך שר להתקין.
- (ג) 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.
- (ד) אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פגיעה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להחיר פגיעה בכבוד האדם.
- (ה) לא יוחקו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.
- (ו) תוקפן של תקנות שעת-חירום יפקע כעבור שלושה חדשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על-ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

במכוונים למנוע שימוש נדיב מדי בהסדר. ראשית, הוגבל משך חייה של ההכרזה על קיומו של מצב חירום. במקום נצחיות דהפקטו, שפגמיה בצידה, נקבע כי משך כל הכרזה יוגבל לתקופה שאיננה עולה על שנה אחת, תוך מתן אפשרות לחזור ולהכריז¹¹⁶. החיוב להעלות על סדר היום הפוליטי את שאלת קיומו של מצב החירום, אחת לשנה לפחות, משמעותו הטלת ביקורת פרלמנטרית על ההכרזה. אומנם רוב פרלמנטרי לממשלה יבטיח את המשך קיומו של מצב החירום, אך אין ספק שהצורך בדיון חוזר ונשנה בנושא, שלא נדרש מכוח החוק מאז 19 במאי 1948, איננו מקל על האפשרות להפעיל את המסגרת האמורה. הארכת ההכרזה מדי שנה תכניס גורם של חוסר ודאות למערכת, גם אם תוארך ההכרזה מדי שנה כמעשה שבשגרה. סביר להניח, כי השימוש בהכרזה כנקודת משען לחקיקה יצומצם באופן משמעותי. עניין נוסף: כאמור לעיל, לאור קביעות דהפקטו של מצב החירום, נסמך גוף חקיקתי שלם על קיומה של הכרזה על מצב חירום¹¹⁷. בעוד שסעיף 9 שימש, באופן זה, מקור לחקיקת חירום מסוגים שונים, עשוי סעיף 50 להפוך למקור לחקיקת חירום מסוג אחד בלבד — תקנות לשעת חירום. חקיקה הנסמכת על קיומו של מצב חירום, אולם תחולתה מכוונת להיות ממושכת, תצטרך למצוא נקודת משען אחרת, או לעמוד מדי שנה בסכנה של חידול. פיתרון אפשרי אחד לקושי זה עשוי להיות המרה של הסדרים אלה להסדרים הקבועים במעשי חקיקה רגילים, שתחולתם קבועה. מעשי חקיקה קבועים אלה יצטרפו לחקיקת החירום ה"עצמאית" שתוארה לעיל¹¹⁸.

ההוראה שבסעיף 50(ה) לחוק היסוד, לפיה "לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכותן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת"¹¹⁹, עשויה אף היא להוביל לפנייה לדרכי חקיקה אחרות. במובנה הפשוט נובעת ההוראה ישירות מלקחי פרשת אוסטרייכר ודומותיה¹²⁰, לאמור: תיאסר קביעה של הסדרים שיחולו גם בזמנים "רגילים" בדרך של התקנת תקנות לשעת חירום. נראה, כי הוראה זו איננה מאפשרת עוד את השימוש בתקנות לשעת חירום לצורך התמודדות עם שביחות

116 סעיף 49(ב) לחוק היסוד; קלינגהופר דיונים בוועדת החוקה (לעיל, הערה 45), 58; רובינשטיין (לעיל, הערה 24), כך ב, 812-813.

117 ראו לעיל, טקסט ליד הערה 50.

118 ניתן לטעון, כי חוסר רצון פוליטי להמיר חוקים אלה וכוונה לשמור את אופיים "המיוחד" כחוקי חירום עלולים להביא לחידוש חזר — "תמיד" — של ההכרזה על מצב החירום. אולם נראה לי, שהחלטה על חידוש הכרזה על מצב חירום מתוך מניע של שמירת אופיים המיוחד של מעשי החקיקה האמורים, תהיה נגועה במטרה זרה. ראו הופנוג (לעיל, הערה 3), 52.

119 סעיף 50(ה) לחוק היסוד.

120 ראו לעיל, הערה 45.

בשירותים הציבוריים, המתקיימות בימי שגרה ולא בעת התלקחות ביטחונית או מצב חירום חריף אחר¹²¹.

הוראת סעיף 50(ה) ניתנת לפרשנות מצמצמת עוד יותר. ניתן לטעון, כי בבסיסו של ההסדר החדש עומדת ההנחה כי מצב חירום יוכרז מעתה אך ורק כדי להתמודד עם מצב חירום ספציפי, כגון מצב חירום ביטחוני, מצב חירום הנובע מאסון טבע, מצב חירום הנובע משביתה חמורה בשירותים החיוניים העולה כדי השבתת המשק וכדומה. התפיסה של קיום מצב חירום "כללי", כמקובל עד היום בישראל, נובעת מקיומו של מצב החירום הביטחוני המתמשך, אולם זו איננה התפיסה היחידה, ובתנאים של שלום היא אף איננה רצויה. עם קבלת ההנחה שהכרזה על מצב חירום תתייחס אך לנסיבות מסוימות ומוגדרות, למעשה יהפוך האיסור לאיסור על הפעלה של הכרזה שניתנה למצב חירום מסוים לצורך התמודדות עם מצב חירום מסוג אחר.

דוגמה להתמודדות מחודשת של המחוקק עם הקשיים דלעיל ניתן למצוא בחוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996¹²². החוק ביטל כמה מהוראות חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, שעניינן יציבות מחירים במשק, וקבע הסדרים אחרים תחתיהן. החוק אינו נסמך עוד על קיומו של מצב חירום, ואינו כולל הוראה לפיה צווים מכוחו יגברו על חקיקה רגילה אחרת. ככל שהסדרים אלה לא היו מלכתחילה הסדרי חירום, ישרת הדבר את המטרה הרצויה של הימנעות משימוש בהסדרי חירום בזמני שלום ולמטרות של שגרה. עם זאת, נותרו בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 הוראות רבות המאפשרות התערבות בפעילות המשק, שאינן ניתנות להגדרה כהסדרי חירום¹²³.

קושי משמעותי במיוחד נובע מן האיסורים המהותיים על תוכנן של תקנות לשעת חירום, הקבועים בסעיף 50(ד) לחוק היסוד. הקביעה, כי תקנות שעת חירום לא תוכלנה למנוע פנייה לערכאות, לענוש למפרע או לפגוע בכבוד האדם מגבילה עוד את כוחן של התקנות לשעת חירום. הקושי הנובע מן האיסור על פגיעה בכבוד האדם הוא הכללי ביותר, החמור ביותר ואף הקשה ביותר ליישוב במערכת החקיקתית הקיימת. קשה ליישב בין איסור זה לבין קביעותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכונן רק כשלושה שבועות קודם לכן. בעוד שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר, בתנאי פסקת הגבלה, פגיעה בזכויות המנויות בו, כאן לכאורה נקבעה הוראה מוחלטת, האוסרת כל פגיעה. פרשנות שתקרא אל תוך הטקסט אפשרות של קביעת חריגים עלולה להשליך גם על פרשנותם של שני האלמנטים הראשונים של ההוראה, ובכך תתאפשר קביעת

121 ראו לעיל, טקסט ליד הערה 60.

122 ס"ח 192.

123 למשל, נותרו על כן ההוראות לעניין פיקוח על מחירים ומניעת רווחים מופקעים במצרכים ובשירותים.

חריגים גם לעניין האיסור על מניעת פנייה לערכאות ועל ענישה למפרע. ניתן לטעון כי פרשנות כזו, שמשמעותה צמצום זכויות לפרט, איננה רצויה¹²⁴. אופציה פרשנית אחרת, שתיתן למונח "כבוד האדם" בחוק יסוד: הממשלה משמעות צרה, עלולה להיות קשה לבחירה, לאור המובנים הרחבים עד מפליגים שניתנו כבר למונח "כבוד האדם" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹²⁵. בחירה בפרשנות צרה זו כאן עלולה להשליך בעתיד על היקף הפרשנות בחוק היסוד האחר. ניתן להצדיק פרשנות צרה זו, תוך ניתוקה המוחלט מפרשנות מושג "כבוד האדם" שבחוק היסוד האחר, לאור מהותם השונה של שני חוקי היסוד. מכל מקום, חוסר ההרמוניה הבולט, חוסר הבהירות ביחס למונח "כבוד האדם", ואולי גם חוסר רצון פוליטי לטיפול שיפוטי נוסף בסוגיה מורכבת זו, עלול להרתיע מפני שימוש במכשיר שנקבע בחוק היסוד החדש¹²⁶. גם האיסורים האחרים עלולים ליצור קושי, המודגם עלידי תקנות בתי-המשפט מתשנ"א. תקנות אלה קובעות שבעת קיומו של "מצב חירום מיוחד" לא יתקיימו בבתי-המשפט, בבתי-הדין ובלשכות ההוצאה לפועל אלא דיונים דחופים בלבד, מן הסוגים המפורטים בתקנות. לו הותקנו תקנות אלה כתקנות שעת חירום לאחר כניסתו לתוקף של חוק יסוד הממשלה: החדש, ניתן היה לטעון כי התקנות שוללות פנייה לערכאות בהיקף נרחב, באופן הסותר את הוראת סעיף 50(ד). דא עקא — תקנות אלה הותקנו כתקנות "רגילות" ולא כתקנות לשעת חירום, למרות התקנות שעת חירום אחרות בתקופה

124 מאידך גיסא, ניתן לטעון כי אין פסול בקיומם של חריגים לאיסור. כך למשל, לו הותקנו בזמן מלחמה תקנות שעת חירום, המבטלות כל אפשרות לדיון בבתי-המשפט למעט בעניינים הקשורים למלחמה, האם היה מקום לפסול? השוו לתקנות בתי-המשפט מתשנ"א, להלן, הערה 127 והטקסט הסמוך. על שאלות אלה ראו א' ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ד, כרך ג) 389, הערה 126; ה' סומר "הזכויות הבלתי מוגבלות" — על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257, 295. 125 זרם פרשני מכריע נתן למונח "כבוד האדם" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מובן רחב, החובק זכויות יסודיות כשוויון וכחופש הביטוי. ראו, למשל, בג"צ 2481/93 ד"ר נ' וילק, פ"ד מח(2) 456, 468; בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 362; בג"צ 453/94 שדולח הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 525; בג"צ 721/94 אליעל נ' דנילוברין, פ"ד מח(5) 749, 760; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 94, 110, 131-133. ראו גם ברק, שם, בעמ' 411-435. לסוגיה כולה ראו סומר, שם.

126 תופעה מקבילה של חוסר הרמוניה קיימת ביחס להוראות היציבות שבשני חוקי היסוד. לסוגיה זו, וכן לגישה הפרשנית ההרמונית בחוקי יסוד, ראו להלן, פרק 4. בהצעת חוק יסוד: החקיקה מתשנ"ג (לעיל, הערה 3) מוצע להחליף איסור זה בהוראה, לפיה לא יהיה בכוחן של תקנות לשעת חירום "לפגוע בזכות יסוד של האדם אלא באופן ההולם מדינה דמוקרטית הנמצאת במצב חירום, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 18(ב)(1) להצעה). "פיסקת הגבלה" זו מעלה קשיים משלה לעניין יחסה לחוקי היסוד מתשנ"ב. די לציין כאן את העובדה, שהיא מתייחסת לכל זכויות היסוד, מניוון כבלתי מנויות, ואת ההבדל בין תנאי פיסקת הגבלה זו ובין סעיפי ה"יציבות" שבחוקי היסוד מתשנ"ב.

מקבילה. דוגמה ברורה זו מראה כיצד עלולות הרשויות להתגבר על האיסורים שבחוק יסוד: הממשלה, תוך החלטה על התמודדות מחוץ למסגרת דין החירום הקיים¹²⁷.

ו. מבנה רצוי לדין החירום

עד כה הוצגה התופעה של חקיקת הטלאים ופורטו הסכנות הגלומות בה. הראינו, כי דין החירום הישראלי הוא מרוכב, וכי ההסדר שבחוק יסוד: הממשלה עלול להגביר את הנטייה האמורה. כאן המקום להציג, בקווים כלליים, מהו המבנה הרצוי של דין חירום, מנקודת המבט של מניעת הטלאה יתירה.

לדעתי, שני עקרונות צריכים לכוון את בניית דין החירום הרצוי. ראשית, יש לרכז את דיני החירום בשתי קבוצות: הסדר כללי יחיד לעניין תחיקת חירום דחופה, ומקבץ של חקיקה ספציפית, המטפלת בתחומים מוגדרים. כל אלה ראוי שיהיו "רדומים", ויתעוררו לחיים לאחר הכרזה פורמלית. על-פי העקרון השני, תוגדר חזקה שלפיה יהיו דיני החירום האמורים הסדרים ממצים, המונעים שימוש במכשיר מן הקבוצה השנייה או יצירה של מכשיר חדש. לחזקה יש להוסיף חריג של קריטיות, שיפעל בכיוון אחד בלבד, בכך שיתיר את הפעלת ההסדר הרדום למרות קיומה של תחיקה ספציפית במקרים של מצב חירום חמור במיוחד, ורק אם התחיקה הספציפית איננה מספקת.

עקרונות אלה בוטאו בדו"ח Lloyd משנת 1996, שבחן את חקיקת הטרור האנגלית¹²⁸. במחקר מקיף, שבחן את מכלול החקיקה האנגלית הרלבנטית למלחמה בטרור, תוך השוואה לשיטות אחרות, נבחנה מהותו של החוק נגד טרור הראוי להפעלה לאחר שיושג שלום של ממש בצפון אירלנד.

1. שני סוגים של תחיקת חירום

על-פי העיקרון הראשון, תחיקת הטלאים תהא עשויה משני טלאים. המסגרת הכללית הנדרשת יכולה להיות מן הסוג הקיים היום בחוק יסוד: הממשלה, והפעלתה תותנה בהכרזה פורמלית על קיום מצב חירום משפטי. היא מאפשרת לרשות המבצעת להתמודד עם צרכים דחופים באופן ההולם את התנאים המיוחדים של מצב החירום השורר באמצעות התקנת צווים שבכוחם לגבור על החוק. הואיל ואלה נוצרו כדי להתמודד עם

127 חקנות אלה הותקנו לפני כניסתו לתוקף של ההסדר החדש.

128 לעיל, הערה 20.

מצב חירום, שהוא מטבעו זמני, גם הצורים המותקנים צריכים להיות זמניים מטבעם. לפיכך ראוי שהמסגרת תקצוב להם משך חיים מרבי.

הווריאציה הישראלית, שבה מתקיים מצב חירום מתמשך ולמעשה קבוע, יכולה "לנגוס" בעקרון הזמניות. גם אם המסגרת איננה מנוצלת להסדרה של תחומים שאינם קשורים למצב החירום, אלא מופעלת רק בהתאם לצורכי מצב החירום, הרי מצב חירום יכול להתמשך מעבר לתקופת המקסימום הקבועה בחוק. לכן, במיוחד במצב הישראלי, ראוי לאפשר הארכה מיוחדת של תקנות לשעת חירום. עם זאת נראה, שההכרה בחוקי הארכה כחוקים לכל דבר ועניין גרמה להחטאת המטרה המקורית של הסדר התקנות לשעת חירום. ראוי יותר לאמץ את דעת המבקרים של הכרה זו, ולהכיר בצווים המוארכים כבעלי תוקף משפטי חלש יותר, המאפשר ביקורת שיפוטית על תוקפם כמו על חקיקת משנה אחרת¹²⁹.

במקביל, יש מקום לקיים קבוצה של הסדרים חקוקים ספציפיים, המסדירים תחומים מיוחדים. להסדר ספציפי יש כמה יתרונות. ראשית, הסדר כזה הוא פרי של דיונים ושיקול דעת של המחוקק תוך שיתוף גורמים קשורים, ולא פרי של פעולה ממשלתית דחופה וחפזה, החסרה בלמים חיצוניים ועלולה בשל כך להיות פוגענית מדי. שנית, הסדר כזה הוא גלוי לעין וידוע לציבור, ובכך הוא מאפשר לכל הכפופים לו לתכנן את צעדיהם באופן אופטימלי.

שלישית, בתחומים מסוימים עשויה להיות עדיפות לקביעת הסדרים בחוק ספציפי. גם אם קשה להגדיר מהם תחומים אלה, ניתן לזהות שני סוגים של נושאים הראויים להסדרה ספציפית. סוג ראשון — עניינים הנוגעים ישירות לפגיעה משמעותית בזכויות יסוד. כך, למשל, קביעת חוק ספציפי שעניינו מעצרים ביטחוניים היתה אכן עדיפה על השארת הנושא להתקנת תקנות לשעת חירום בעת הצורך¹³⁰. בסוג השני יש לכלול נושאים שכל מצב חירום מחייב את הסדרתם המיוחדת. כאלה, למשל, הן הוראות שענינן פעולה משקית לשעת חירום, התגוננות אזרחית, גיוס חירום וכיוצא באלה. חלק מההוראות הקבועות היום בחקיקה ספציפית הן אכן מסוג זה¹³¹.

ככלל, ראוי כי גם הסדרים ספציפיים כאלה יהיו "רדומים", וייסמכו אף הם על הכרזה בדבר מצב חירום. כאמור לעיל, בדו"ח Lloyd הוצגה המערכת החוקית שעניינה מלחמה בטרור כמערכת מטולאת למדי¹³². על-פי ניתוחנו, זהו דו"ח המתייחס למאטריה

129 ראו לעיל, הערה 49.

130 אומנם, הרקע לחקיקת חוק זה היה ביטול תקנות ההגנה המנדטוריות שעסקו במעצרים מינהליים, הן בשל משקלן ההיסטורי והן בשל חומרתן, ולא דווקא שאיפה להסדרת דיני החירום באופן ממצה.

131 ראו, למשל, החוקים הנזכרים לעיל, בפרק ד.1.ג. בין אלה תיכלל גרסה מקוצצת ביותר של חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים.

132 ראו לעיל, הערה 20.

ספציפית מתוך מכלול מאטריות החירום. כותב הדו"ח מצא כי מאטריה זו ראויה להסדרה נפרדת. הוצע – אומנם מבלי להטיל ביקורת מפורשת על קיום טלאים במאטריה – לטפל בסוגיה באמצעות חקיקת הסדר ספציפי אחד קבוע, שיחליף את מעשי החקיקה העיקריים העומדים כיום בתוקף כהוראות שעה מוארכות. בשונה מן המוצע כאן, הומלץ בדו"ח כי ההסדר הספציפי הקבוע לא יהיה הסדר "רדום", אלא בעל תחולה מתמשכת וקבועה.

קו מנחה נוסף לעניין הסדרי חירום ספציפיים צריך להוביל לקביעת הנחיה נגד "פיזור יתר" של הוראות ספציפיות. ראוי שההוראות הספציפיות ייקבעו בכמה מעשי חקיקה מרוכזים. דרך אחת, פשוטה יחסית, לפתרון בעיית פיזור היתר הוצגה בדו"ח Lloyd שם הומלץ כי החוק הספציפי יהיה מעין חוק מסגרת. ההסדר המוצע כלל נספח לחוק, שבו פורטו כל מעשי החקיקה שעניינם מלחמה בטרור. על-פי ההצעה, ייחשבו כל אלה ל"עבירות נגד טרור" המטופלות בחוק הספציפי¹³³.

2. דין חירום כדין ממצה

קיומן של שתי מסגרות של דיני חירום מכיר בקיומה של הטלאה מסוימת, אך כעיקרון, זו תהיה מן הסוג של "טלאי בצד טלאי"¹³⁴. על השיטה להכיר בכלל, לפיו הסדרי החירום הקיימים בהם הסדרים ממצים. נקודת המוצא צריכה להיות, שההסדר הקבוע היום בסעיפים 49 ו-50 לחוק יסוד: הממשלה הוא הקובע מסגרת גג אחידה ויחידה לחקיקת חירום דחופה. במקביל, טיפול בתחום מסוים על דרך של תחיקה ספציפית צריך להיות מוכר אף הוא כהסדר ממצה. כלל כזה איננו תלוש מן המציאות. תכליתו של ההסדר שנקבע בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט אכן היתה לקבוע הסדר מקיף. התנאים והמגבלות שנקבעו בו מתוך כוונה למנוע שימוש לרעה בסמכויות מיוחדות לא נקבעו מתוך הכרה באפשרות עקיפתם על דרך של התקנת דין חירום חלופי. הוא הדין ביחס להסדרים חקוקים ספציפיים. טענת ההסדר הממצה היא הטענה שעמדה נגד התקנת התקנות לשעת חירום מתשמ"ב לעניין מעצרים. נטען, כי לא היה מקום להתקין, לאור קיומו של חוק המעצרים מתשל"ט¹³⁵.

133 שם, בעמ' xiii-xiv. למבנה כללי של ההסדר המוצע ראו Appendix E, שם, בעמ' 173-176.

134 להבחנה ראו לעיל, פרק ב.3.

135 ראו לעיל, הערה 66.

התפיסה, כי יש לראות בחוק הספציפי חוק ממצה, המונע מעשי חקיקה נוספים, איננה באה אומנם לביטול מפורש בהמלצות ד"ר Lloyd, אם כי המבנה המוצע, כמו גם הדיון הכולל, מצביע על כוונה כזו¹³⁶.

לכלל ההסדר הממצה צריך להיות חריג אחד. אומנם, יש מקום לאיפוק רב — עד כדי הימנעות — מהתקנת תקנות לשעת חירום בהתקיים מכשיר חוקי אחר, אולם לדעתי לא ניתן לשלול לחלוטין אפשרות כזו. במצב חירום של ממש עלול להיווצר מצב שבו חקיקת החירום הספציפית איננה מספקת את הדרישות המיוחדות הנובעות מנסיבות החירום. במקרים קיצוניים כאלה תישמר האפשרות להתקנת תקנות שעת חירום. עם זאת, יש לראות באופציה זו אופציה חריגה ונדרה, המופעלת רק בנסיבות קיצוניות, ולא מעשה שבשגרה. כמו כן, אופציה זו צריכה לאפשר רק התקנה של תקנות לשעת חירום, ולא יצירה של הסדר חדש ונפרד. אם אכן כללו התקנות לשעת חירום הסדר המתאים לשימוש גם בעת חירום עתידית, ראוי לפעול לתיקון ההסדר הספציפי לאחר תום שעת החירום.

בד"ר Lloyd באה לידי ביטוי ההנחה כי יש לאפשר חקיקת חירום מיוחדת במקרים חריגים, שבהם החקיקה הקבועה אינה מספקת פיתרון הולם. לאחר בחינה מהותית של כל העבירות וההוראות הראויות להיכלל בחקיקה החדשה, מוסיף הד"ר פרק נפרד, שכותבתו "Emergency Legislation". הד"ר מכיר באפשרות להתקין הוראות חירום אדר הוק, לצורך התמודדות עם מצב חירום קריטי, אם ההסדר המוצע לא יענה על צרכי השעה¹³⁷.

ניתן לטעון כי הסיכוי לקבלת עקרונות כאלה בישראל איננו גבוה, שכן יש בהם כדי להצר במידה משמעותית את כוחם של המחוקק ושל הממשלה דווקא בתחום הרגיש של דיני חירום. עם זאת, רפורמות בתחום דיני החירום בוצעו במהלך השנים. נראה שאכסניה ראויה לרפורמה כזו היא חוק יסוד: החקיקה, מקומה המקורי של הרפורמה שהביאה לביטול סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. מן הראוי שתוק היסוד, אם יתקבל, יכלול פרק העוסק לא רק בתקנות שעת חירום, כבנוסח ההצעה, אלא בכל דיני החירום וביחסים ביניהם.

136 כך מפרט הד"ר בנוספת נפרד את השפעת ההסדר המוצע על החקיקה החקפה. בין היתר מפורטות שם ההוראות שאינן נדרשות עוד דינן ביטול, אם כי הרקע לביטולים אלה הוא תוכני ולא מבני. ראו ד"ר Lloyd (לעיל, הערה 20) Appendix D בעמ' 171.

137 כדוגמאות לסמכויות כאלה מוצגים מעורבות צבאית, מעצרים מינהליים וסמכויות חיפוש ותפיסה מיוחדות. בהקשר הישראלי משויכים לפחות חלק מהסדרים אלה לתחום הראוי להיות מוסדר בחקיקה "קבועה". הד"ר ממליץ, בכל זאת, על הכנת "תוכניות מגירה" למקרים כאלה, ומעדיף את השארת נושאים אלה לחקיקה דחופה על פני הסדרתם באורח קבע. שם, בעמ' 109-112.

בהקשר הישראלי ניתן להדגים החלה רצויה של שני הצקרונונו האמורים — שני סוגי תחיקת חירות וכלל של הסדר ממצה — חוך התבוננו בתקנונו שעת החירות מתשנ"א, שקבעו "מצב חירות מיוחד בהג"א". ניתן לראות את התחום שנדון בהם כשייך לתחומים הראויים להסדרה קבועה. זאת, משום שכל מצב חירות עשוי לחייב התגוננו אזרחית. בהנחה שהמניע להתקנת התקנונו לשעת חירות האמורות היה חסרים בחוק ההתגוננו האזרחית, תשי"א-1951, ובהנחה שההוראות אכן היו דרושות להתמודדות עם מצב החירות ולא היה סיפק בידי המחוקק לתקן את החוק, אפשר היה להפעיל את החריג לכלל ההסדר הממצה ולהתקין את תקנונו שעת החירות. אם ההוראות החדשות היו רצויות גם לעתיד, ראוי היה לתקן את חוק ההתגוננו האזרחית, תשי"א-1951, שחסר את ההוראות הנדרשות, לאחר תום המשבר. תיקון כזה לחוק אכן בוצע בסופו של דבר לפני חודשים מספר¹³⁸.

את המהלך האמור ניתן להדגים שוב בהתייחס לתקנונו בתי"המשפט מתשנ"א. לו אכן נדרשה הסדרה קבועה של פעילות בתי"המשפט בזמן חירות, כמו ההסדרה שנקבעה בתקנונו בתי"המשפט מתשנ"א, ולא היה די בהתקנת תקנונו שעת חירות — ראוי היה, לאחר תום המשבר, לכלול הסדרה זו בחוק. הוא הדין לעניין תקנונו הבזק מתשנ"א והוראות אחרות הפוזרות בדין הישראלי. מניעה של פיזור יתר היתה מתקבלת לו נקבע חוק כללי, שהיה "מנקז" אליו את כל ההוראות שעניינן פעילות המשק בזמן חירות.

ז. מחסומים מפני תחיקת טלאים

1. כוחם של מחסומים משפטיים בזמן חירות — הערה כללית

ביקשנו להראות, כי ספר החוקים וקובץ התקנונו הישראליים אינם מתנכרים גם היום לאפשרות של קיום מקורות חוקיים כפולים לטיפול בידי החירות. החשש מפני התגברותה של נטיית הטלאים לאור ההוראות החדשות שבחוק יסוד: הממשלה, מחייב

138 על תקנונו שעת חירות הנדונות ראו לעיל, טקסט ליד הערה 67. בתיקון מס' 9 לחוק ההתגוננו האזרחית נקבע הסדר מיוחד של הכרזה על "מצב מיוחד בעורף". ההשראה להסדר זה נובעת ישירות מתקנונו שעת החירות האמורות. התיקון גם כולל תיקון עקיף לחוק שירות עבודה בשעת חירות, תשכ"ז-1967, לפיו בשעת קיום "מצב מיוחד בעורף" ניתנת סמכות מיוחדת לשר העבודה להסדיר קטגוריה חדשה של "שירותים קומיים". גם כאן נעשה שימוש במונח "מצב מיוחד" כדי להסדיר את התריגות של מצב החירות הנדון. התיקון חסר אף הוא התייחסות לשאלת ההסדר הממצה. ראו ה"ח התשנ"ז, עמ' 479; ס"ח התשנ"ח, עמ' 42.

את בחינת המחסומים שהשיטה הישראלית יכולה — כבר כעת — להקים כנגד התגברות זו.

חלק גדול מן המחסומים שיוצגו להלן ניתנים להצבה ולשימוש על-ידי בתי-המשפט, במסגרת ביקורתם על מעשי המינהל, על חקיקת משנה ועל חקיקה ראשית. כולם ניתנים ל"הפעלה עצמית" בידי רשויות השלטון עצמן, אם יתחשבו בהם ככללים מדריכים. אולם, ככל שמדובר בהפעלת המחסומים על-ידי הרשות השופטת, אפשרות זו כפופה לסייג חשוב שכבר נדון לעיל. למרות קיומן של דעות המאפיינות את מגמת הטיפול השיפוטי הישראלי בסמכויות חירום כמגמה של העמקה והרחבה¹³⁹, נראית לי נכונה יותר הגישה המתייחסת בזהירות לתיאור מגמות כאלה¹⁴⁰, וכן הטענה כי קשה לצפות להתערבות שיפוטית אקטיביסטית בעיצומו של זמן חירום או בנושא ביטחוני מובהק¹⁴¹. יתר על כן, ספק אם בתי-המשפט יבחרו בגישה מתערבת כלפי דיני החירום אך בשל שאלת ההטלאה. ייתכן שהם יעדיפו לשמור את התערבותם למקרים ספציפיים, שבהם תימצא הפרה בוטה של זכות יסוד או פגיעה מהותית אחרת. יש מקום להזכיר שוב, כי הפסיקה המצביעה על נכונות מסוימת להתערבות בתחום ההטלאה לא עסקה כלל בדיני חירום במובנם ה"צר"¹⁴².

למרות דברי ההסתייגות דלעיל, נראה כי אין מקום להספיד מראש את האפשרות להצבת מחסומים בפני הטלאה, כולל על-ידי בתי-המשפט. ביסוסו של עקרון נגד הטלאה יכול להתבצע שלא בעיצומו של משבר, תוך הכרה בתחולה קבועה שלו. גם לאחר ביסוס עקרון כזה יש להניח כי עם פרוץ מצב חירום יחזרו הרשויות לעמדות

139 ראו לעיל, הערה 113.

140 חילוקי הדעות באים לכיטוי ברור במאמריהם של פרופ' שטרית ופרופ' גביון (לעיל, הערות 113 ו-114). נראה לי, כגישה גביון, כי אין מקום לאופטימיות יתר בעניין זה. ההתמקדות בפסק הדין בפרשת אלון מורה, בג"צ 390/79 דויקא נ' ממשלת ישראל, פ"ד (1) 1, כאבן דרך וכמפנה ביחסם של בתי-המשפט לענייני ביטחון (למשל, שטרית, שם, בעמ' 607) מסיטה את תשומת הלב מהיקף רחב של מקרים, המציגים חמורה קשה יותר.

141 ל"דילמה" של הרשות השופטת, שהיא אחר הכלל אחת מרשויות השלטון ואיננה גורם נייטרלי כאשר מדובר בסכסוך עם אויב חיצוני, ולעובדה כי בתי-המשפט אינם ששים להעמיד את עצמם במצב של אחראים לפגיעה בביטחון שעלולה להתרחש בעקבות התערבות מצדם, ראו קרצמר (לעיל, הערה 114), 310, 308; לאי יכולתו של בית-המשפט "להציל חברה מידי עצמה" ראו גביון, שם, בעמ' 628. תופעת אי ההתערבות בעיצומה של שעת חירום איננה מיוחדת לישראל. ראו, למשל, W.J. Brennan, "The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises" 18 *Israel Yearbook on Human Rights* (1988) 11; G.J. Alexander "The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency" 5 *Hum. Rights L. J.* (1984) 1.

142 ראו לעיל, פרק ד.ג.3.

מתגוננות ולא מתקיפות; אולם נקודת המוצא לחזרה זו תהיה שונה. הזנתה של נקודת המוצא, כלשעצמה, יכולה להיות בעלת השפעה אמיתית גם על עמדותיהן של הרשויות בעת מצב החירות עצמו.

יש לבחון, אם כן, את כוחם של מחסומים אלה על רקע הסתייגות זו. המשך הפרק יוקדש לבחינת המחסומים האפשריים, שיפוטיים כאחרים.

2. ביקורת שיפוטית במישור התוקף

ראינו לעיל, כי בחייה המשפט לא קיבלו את הטענה נגד תחיקת טלאים כבסיס לפסילה במישור תוקפם של החוקים, וזאת על יסוד החזקה נגד בטלות מכללא של חוקים, המאפשרת לחרוג ממנה רק כאשר קיימת בין שתי ההוראות סתירה שאיננה ניתנת ליישוב¹⁴³. להלן אבחן אם ראוי לקבוע חזקות וכללים אחרים במאטריה של דיני החירות.

אפתח בדיני הביטול מכללא עצמם. כמכשירים לטיפול בסוגיית חקיקת הטלאים, דינים אלה סובלים מכמה חולשות. חולשה ראשונה היא הדרישה כי תתקיים סתירה בין מעשי החקיקה. החולשה השנייה נובעת מן העובדה שברגיל, כאשר הוא מופעל, ביטול מכללא פועל בכיוון של ביטול הדין המוקדם, וזה איננו תמיד הכיוון הרצוי לענייננו. החולשה האחרונה היא שגם כאשר הפנייה לכלל ברירת הדין האחר היא אפשרית, היא לא תיצור מערכת סדורה של דיני חירות.

כלל, ניתן לזהות "סתירה" בין נורמות כמצב שבו נורמה אחת מחייבת או מתירה עשיית פעולה, בזמן שנורמה אחרת אוסרת את עשייתה¹⁴⁴. מצב טיפוסי של סתירה במאטריה של דיני החירות יתרחש כאשר דין אחד מתנה את פעולת הרשות בתנאים או קובע ערובות לטובת הפרט, בעוד שדין אחר אינו כופף את הרשות לתנאים או לערובות כאלה. ניתן למצוא בדין הישראלי דוגמאות לסתירות מסוג זה. סתירה ברורה נתקיימה, למשל, כאשר דין אחד חייב טיעון טרם גירוש ודין אחר פטר את הרשות מהליך זה, וכן כאשר נקבעו בדין אחד תנאים מיוחדים להטלת מעצר מינהלי ודין אחר לא דרש מילוי ערובות אלה¹⁴⁵. אולם, בשני מקרים אלה דאג מנסח הדין הפוסט להסדיר את סוגיית

143 ראו לעיל, פרק ד.3.

144 ראו ברק, פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית (לעיל, הערה 84), בעמ' 537 ואילך, והמקורות הנזכרים שם, בעיקר בעמ' 537-538.

145 מצב הסתירה הראשון היה נשוא הדיון בפסק הדין בעניין מגורשי החמאס, שעניינו דין חירות כפול החל בשטחים המוחזקים. תקנה 112 לתקנות ההגנה המנדטוריות עמדה בסתירה לצו בדבר גירוש זמני (הוראת שעה) (אזור איו"ש) (מס' 1381), תשנ"ג-1992 ומקבילו באזור חבל עזה. ראו בג"צ 5973/92

הסתירה במפורש¹⁴⁶.

אכן, חלק גדול מדיני החירום מעניקים בידי הרשויות סמכויות רחבות, המוגבלות רק על ידי רשימת קריטריונים רחבה כמו שלום הציבור, ביטחון המדינה ואספקת המצרכים והשירותים החיוניים. מטבעם של דינים אלה לא תיווצר להם סתירה, אלא רק "מסלולים מקבילים" לפעולה. משום כך לא מצא בית-המשפט בפרשת ליון סתירה בין שתי תקנות הגנה שהסמיכו תפיסת קרקע, האחת משנת 1939 והאחרת משנת 1945, שתיהן תוך מתן סמכות רחבה¹⁴⁷. עם זאת, ניתן להטיל ספק לפחות בחלק מן ההכרעות השיפוטיות שקבעו כי לא קיימת סתירה. כך, למשל, בפרשת מדיאנווסט קבעה פקודת בריאות העם רשימה סגורה של תנאים, שבהתקיימם זכאי המבקש לקבל רישיון לבית-חולים. ניתן להציג את צו הפיקוח שהעניק שיקול דעת לסרב לתת רישיון כסותר את הוראת פקודת בריאות העם, שכן הוא מנע זכות שהיתה נתונה בידי המבקש לפי הפקודה.

גם אם העדר סתירה מונע ביטול מכללא ברוב המקרים של דין טלוא על יסוד הכלל הרגיל נגד בטלות מכללא, יש לבחון האם אין לקבוע לכלל זה חריג בסוגיה של דיני חירום. במשפט הכללי הוכר חריג פסיקתי אחד לכלל, החל בדיני העונשין. על יסוד ההלכה האנגלית ומטעמים של הגנה על נאשמים קבע בית-המשפט העליון, בפרשת חדר, מבחן של זהות בעבירות ובמטרות, המאשר ביטול מכללא של הוראה עונשית מוקדמת¹⁴⁸. משהגיעו שופטי הרוב למסקנה שקיימות בספר החוקים שתי הוראות

התקנת תקנות שעת חירום (מעצרים בשעת חירום מיוחדת), התשמ"ב-1982, שחסרו ערובות רבות הקבועות בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), החשל"ט-1979.

146 בצווי הגירוש הזמני נקבע הליך ועדת הערר המיוחדת "על אף האמור בחקנה 112(8)", ובתקנות שעת החירום נקבע כי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) לא יחול על מעצר לפי התקנות (סעיפים 3(א) ו-4 בהתאמה).

147 אם כי, כאמור לעיל בהערה 81, יכול היה בית-המשפט להסתפק בהפנייתו להוראת תקנה 5 לתקנות ההגנה משנת 1945, שקבעה כי התקנות מוסיפות על דינים אחרים ולא גורעות מהם.

148 "...אם מטרתו של החוק שונה ומשום כך הוא מטיל על עבירה זו עונש שונה במהותו, ימשיכו שני החוקים בקיומם, וניתנה הברירה להביא את העברין לדין לפי חוק אחד או משנהו. אך אם העונש שונה רק בדרגה, כגון שהוא חמור או קל יותר, יראו את החוק החדש כמבטל את החוק הקודם... כן נקבע, שכאשר חוק מאוחר יותר מחדש עבירה שנוצרה על ידי חוק קודם וקובע לה עונש שונה, ובו בזמן הוא מביא שינוי בסדרי הדין, כגון שהוא נותן זכות ערעור שלא היתה קיימת קודם לכן, החוק המאוחר מבטל מכללא את החוק הקודם לו בזמן... כמו כן נראה לנו, שאלא אם גזירה מפורשת היא מטעם החוק, אין הדעת סובלת שהברירה תהיה נתונה בידי התביעה הכללית: נכמור רחמיה על הנאשם — היא מביאה אותו לדין לפי חוק נוח יותר לנאשם לגבי מידת העונש, ואם נראה לה — היא כובשת רחמיה ומביאה על ראשו של הנאשם סכנה חמורה יותר". השופט זוסמן, פרשת חדר, לעיל, הערה 84, בעמ' 1420-1421. ראו גם הנשיא זמורה, בעמ' 1424-1426. לדין בפסק הדין ובחריג האמור ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשנ"ב, כרך ג) 344-350.

הקובעות עבירות באותה מערכת עניינית ועובדתית, ושמטרתן אחת, הכריזו על בטלותה של ההוראה המוקדמת יותר¹⁴⁹. חריג זה הופעל גם לאחר מכן. בפסק הדין בעניין עיריית רמת-גן נדונה הרשעה לפי צו מכוח חוק הפיקוח, לעניין איסור הפקת מים בלא רישיון. בית-המשפט קבע, בהחלט המבחנים שנקבעו בפרשת חדר, כי חוק המים, שנחקק לאחר התקנת הצו המותקף, ביטל מכללא את הצו¹⁵⁰.

האם יש להחיל חריג כזה גם בסוגיית דיני החירום? החריג, לפיו יש נטייה מוגברת להכרה בבטלות מכללא במשפט הפלילי, מבוסס על ההנחה, כי קיום שתי הוראות מקבילות יתן בידי רשויות התביעה כוח לבחור בין העמדה לדין לפי ההוראה המקלה יותר או לפי ההוראה המחמירה יותר; ואילו כוח זה עומד בסתירה לכלל שלפיו "אין עונשין אלא אם מזהירין"¹⁵¹. מאוחר יותר הוצג החריג כמוצדק לאור ההשפעה על חירות האזרח ועל שמו הטוב¹⁵², וכחל רק אם העונש המאוחר הוא קל יותר¹⁵³.

חריג זה יכול לחול ישירות במאטריה של דיני החירום רק אם מדובר בתחיקה כפולה הקובעת עבירות זהות במטווחיהן ובמאפייניהן. ניתן אומנם לטעון, כי כאשר הפעלתם של דיני החירום כרוכה בפגיעה קשה בפרט, השווה בחומרתה לענישה (כגון מעצר מינהלי או הגבלת תנועה), יש מקום להרחיב את החריג האמור לדיני החירום, גם אם הם אינם מטילים סנקציות עונשיות¹⁵⁴.

149 להכרזה על הבטלות לא היתה תוצאה של זיכוי, שכן שופטי הרוב הרשיעו את הסערער בעבירה ה"חופפת", שעליה לא הועמד לדין. שופט המיעוט, השופט זוסמן, נקט גישה המזהירה באופן כללי מהכרה בביטול מכללא, והתנגד לקביעה כי קיימת חפיפה מלאה בין העבירות. ראו גם פלר, שם, בעמ' 347-346.

150 לאור כמה מאפיינים המיוחדים למקרה זה לא ניתן, לדעתי, לראות בפסק הדין החלה פשוטה של הלכת חדר. חוק המים קבע הוראה לעניין תחולתו בעבר, ובית-המשפט פירשה, למעשה, כקובעת תחולה מלאה על המאטריה (נקבע כי לעניין תחולתו אין נפקא מינה אם הזכות למים נוצרה לפני תחולתו). בא כוח היועץ המשפטי לממשלה הסכים שיש לראות את הצו כבטל מכללא (אם כי טען להמשך מוגבל של תחולתו). בית-המשפט אף לא הסביר כיצד החיל את המבחנים שנקבעו בפרשת חדר. ע"פ 68/61 עיריית רמת-גן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 161.

151 שופטי הרוב בפרשת חדר, בעמ' 1424-1425 (הנשיא זמורה, ציטוט ההלכה האנגלית), 1426 (השופט זוסמן, אזכור הרציונל לעיל).

152 בג"צ פילצר (לעיל, הערה 84), 121.

153 יש להניח, כי הרציונל של צמצום זה נובע מהרצון להגן על הנאשם. בג"צ ברזילי (לעיל, הערה 84), 547. השוו לטעיף 34 כחל לחוק העונשין, התשל"ז-1977 לעניין פרשנות דינים.

154 יש להעיר, עם זאת, כי חריג זה לא הודח בדין הכללי כאשר הפגיעה היתה בזכויות הרכושיות של האזרח והתקיימו בדין סמכויות הפקעה מקבילות. ראו בג"צ פילצר (לעיל, הערה 84), 121. מכל מקום, חריג מורחב כזה לא יכול כאשר דיני החירום הכפולים אינם קובעים הוראות חמורות עד כדי ענישה.

אולם, גם בהתקיימם של סתירה או חריג המבסס בטלות מכללא לאור אופיה של הפגיעה, קיים קושי בהפעלת דיני הבטלות מכללא. בכל הנוגע לתקנות שעת חירום, נקבע בסעיף 50(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, כי בכוחה של תקנה לשעת חירום "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים" – הוראה שמשמעותה פתרון כל סתירה לטובת תקנות שעת החירום. גם במקרה של סתירה בין דיני חירום אחרים, לא תמיד יחולו כללי ברירת הדין המאפשרים ביטול דין אחד לאור קיומו של דין אחר בכיוונים הרצויים לענייננו. דיני הביטול מכללא תוארו ברגיל כביטול של הכלל *lex posterior derogat priori* באופן המבטל את הדין הקודם לאור קיומו של הדין החדש. בניסיון לבסס ביטול מכללא של דין חירום על יסוד קבלת כלל של דין ממצה, צפוי בדרך כלל מהלך ככיוון ההפוך, ובו יתבקש ביטולו של דין שהוא מאוחר לדין הממצה¹⁵⁵. "כיוון הפעולה" של כלל ברירת הדין האחר, *lex specialis derogat generali*, אף הוא לא יועיל בדרך כלל. כאשר יותקף דין ספציפי, לאור קיומה של מסגרת כללית הראויה להיות ההסדר הממצה, תהיה התוצאה של הפעלת הכלל – פסלות הדין הכללי דווקא, וזו תוצאה בלתי רצויה. נראה, כי פועלם של כללי פרשנות אלה, מבחינת יכולתם "להסדיר" את מבנה דיני החירום, יהיה מקרי ולא סדור, בהתאם למועד התקנת דיני החירום והיקף תחולתם¹⁵⁶.

נמצא, אם כן, כי טיעון הבטלות מכללא, על כל אופניו, אינו מספק פיתרון מלא. נותר לבחון אם בית-המשפט יקבע חריג מורחב בכל הנוגע לדיני החירום, תוך החלת האפשרות לבטלות מכללא גם על מקרים שבהם שתי ההוראות קובעות דינים חופפים או מקבילים, ולא סותרים. הרחבה כזו משמעותה, למעשה, יצירת כלל חדש, הקובע כי דיני החירום הם ממצים מטבעם, וכי בידי בית-המשפט לבטל תחיקה, ראשית כמשנית, הנחקקת או מותקנת בניגוד לכלל זה.

פנייה לדרך כזו היא בעייתית ביותר. היא איננה מתיישבת עם הוראת סעיף 50(ג) האמורה. גם ביחס לדינים אחרים, הכרה בכוחו של בית-המשפט לפסול דינים, ולו חקיקת

155 ניסיון לטעון טענה לבטלות מכללא של דין מאוחר לא עלה יפה. בפרשת רחן עמדו לדיון הוראות פקודת הסמכויות בעניין הייבוא, הייצוא והמכס (הגנה), 1939 והוראות חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים. נטען, כי משלא בוטלו הוראות הפקודה המנדטורית על-ידי חוק הפיקוח, יש להמשיך ולראות את הפקודה המנדטורית כחלה, לבדה, על הסדרת הייבוא והייצוא. בית-המשפט דחה טענה זו, והוסיף כי לו נמצאה סתירה בין ההוראות, היה בטל דווקא הדין המוקדם ולא המאוחר. ראו פרשת רחן (לעיל, הערה 45), בעמ' 285.

156 הסוגיה של הפעלת כללי ברירת הדין היא רחבה מכדי שתידון כאן באופן ממצה. קיים כמובן גם קושי נוסף, במקרה של תחולה אפשרית של שני כללי ברירת הדין. לסוגיה כולה ראו ברק, פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית (לעיל, הערה 84), פרק חמישי, ובמיוחד עמ' 545-554, 566-572; ראו גם ר' בכר "היחס: נורמה רגילה לעומת נורמה מיוחדת" משפטים ט (תשל"ט) 59.

משנה, היא קשה. כאן מתקיימת חריגה ברורה מפעולה שיפוטית פרשנית אל יצירה שיפוטית בתחום בעייתי – ביטול מעשי חקיקה. אין זה המקום להרחיב בעניין זה, אולם לענייננו די לציין, כי גם לפי גישה תכליתית מובהקת אין זה פשוט כלל וכלל לאפשר ביטול חקיקה על יסוד כזה, מה גם שמדובר בביטולם של דינים רבים, שאינם בהכרח פוגעניים. דרך כזו גם מנוגדת בעליל לתפיסה הכללית העומדת גם ביסוד החוקה נגד בטלות מכללא, המציבה חזקה בעד תקפותם של מעשי חקיקה, ראשית כמשנית.

3. ביקורת שיפוטית במישורים אחרים

סקרנו לעיל את היקף מעורבותו השיפוטית של בית המשפט בשאלת ההטלה, והצגנו את הקשיים בהפעלה של ביקורת שיפוטית כזו במישור תוקפם של דיני חירום.¹⁵⁷ לבית המשפט יכולת להשפיע על היקף ההטלה בשתי דרכים. ראשית, ביכולתו להרחיב את הביקורת על שיקול הדעת, ושנית, גם כאשר מדובר בבחינת אמצעי חירום במוכן הצר, עדיין בידי להשאיר את חותמו על הסוגיה, לפחות ברמת ההגמקה והביקורת המילולית.

(א) התערבות בשיקול הדעת

זיהינו לעיל נכונות רבה יותר למעורבות במישור בחינת שיקול הדעת השיפוטי¹⁵⁸. ציינו לעיל, כי הפסיקה בפרשות מדאינוסט ופורז עשויה להיות תלויה נסיבות¹⁵⁹. נראה, כי ההתחשבות בקיומו של הליך חלופי, שהוכרה לראשונה בפרשת פורז, ראויה לאימון ככלל מנחה בכל מקרה שבו תהיה פעולת הרשויות שוות ערך להרחבה בהיקף ההטלה. כך, ברוב המקרים שבהם תיבחר הוראת חירום (תקנה לשעת חירום או צו מכוח חוק הפיקוח) על אף קיומו של הסדר חוקי אחר קבוע, יש להעמיד בספק את נאותות שיקול הדעת שבבחירה. במקביל, ניתן להטיל ספק ביצירה של חקיקת משנה "עצמאית" חדשה, שנועדה להתמודד עם צרכי חירום, לאור קיומו של הסדר החירום הקבוע בחוק יסוד: הממשלה.

כוחו של בית המשפט "להסדיר" את דין החירום על יסוד בחינת שיקול הדעת רב יותר כאשר מדובר בביקורת על מעשים מינהליים וחקיקת משנה. עם זאת, בחינה של חקיקה ראשית על יסוד קיומו של דין חלופי יכולה אף היא להתקיים, כאשר הדין המותקף פוגע בזכויות המוגנות בחוקי היסוד מתשנ"ב. ניתן להשיג תוצאה זו על-ידי

¹⁵⁷ ראו לעיל, פרקים ד.3 ו-ד.2.

¹⁵⁸ ראו לעיל, פרק ד.3.ב.

¹⁵⁹ ראו לעיל, טקסט ליד הערה 105.

הפעלת פסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד, ובעיקר את תנאי המידתיות המצוין בהן, הניתן להפעלה כמקבילה של "התנאי השלישי" בפרשת רוזן, לפיו נדרשת התאמה של האמצעי למטרה¹⁶⁰.

(ב) מעורבות שיפוטית אחרת

למרות המגבלות הברורות על כוחם של מחסומים משפטיים בזמן חירום, עדיין נותרת בידי בית-המשפט היכולת להטביע את חותמו בסוגיה, כפי שעשה בתחום החירום בכלל. פרופ' גביון מזהה, בצד מעורבות מצומצמת בתחום החירום במובנו ה"אמיתי", גם נכונות שיפוטית ברמת ההנמקה באמצעות נקיטת עמדות מהותיות, המשמשות גורם להכוונת שיקול הדעת של הרשויות¹⁶¹. נכונותם של בתי-המשפט להתערב במישור הפרוצדוראלי אף היא הוכרה¹⁶². בית-המשפט משמש, גם בתחום הביטחון, גורם ממריץ להשגת פשרות במקרים מתאימים¹⁶³. ואכן, ברמת ההנמקה יכול בית-המשפט, באמצעות מתחת ביקורת וקביעת עקרונות מנחים, להדריך את הרשויות כפעולתן העתידית לכיוון של צמצום היקף ההטלה וריכוז נכון של דיני החירום. הגישה השיפוטית הבאה לביטוי בפסקי הדין פורז ומדאינוסט עשויה להיות בסיס נאות לכך¹⁶⁴.

160 תנאי זה ראו בג"צ רוזן (לעיל, הערה 45), 291-292. תנאי זה הוא שהביא לקבלת העתירה בפרשת פורז (לעיל, הערה 92), 321.

161 גביון (לעיל, הערה 114), 627-628.

162 שם, שם; קרצמר (לעיל, הערה 114).

163 הופנתג (לעיל, הערה 3), 104-105.

164 אם כי גם כאן מדובר במאטריה הנמצאת מחוץ לתחום החירום במובנו הצר, ניתן להשתמש בדוגמה הבאה: בפסק הדין בפרשת מדאינוסט הרשמה ביקורת חריפה על חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, הקובע כי צווים מכוחו יגברו על חוק. נטען כי החוק אינו מתיישב עם הפרדת הרשויות במשטר דמוקרטי. בית-המשפט גם ביקר את העובדה שהתיקון לפקודת בריאות העם, שהיה אמור לקבוע את ההוראה, לא התקבל למרות שחלף זמן רב. למרות ההכרה בקיומו של "מצב משפטי בלתי סביר", "לא היה בידי בית-המשפט" להתערב בתוקף הצו. העתירה התקבלה אומנם על יסוד בחינת שיקול הדעת, אך ניתן לקשר בין דברי הביקורת לבין הפעולה החקיקתית שאירעה לאחר פסק הדין. צו הפיקוח, שמלכתחילה נקבע לשנה אחת, לא הוארך כלשונו (בתיקון בשנת תשמ"ט נקבעה בצו הכרה כי בתי-חולים הם "מוצר" בר פיקוח; ק"ח החשמ"ט 1316). ההוראה המהותית שהופיעה בראשית הדברים בצו הוספה לפקודת בריאות העם בתיקון משנת תשנ"ג (ס"ח תשנ"ג 143).

4. חוקי היסוד משנת תשנ"ב

הוראותיהם של חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עשויות להשפיע על ההיקף העתידי של תחיקת טלאים. ההשפעה הישירה תתקיים רק ביחס לחיקוקים חדשים או לתיקונים של חיקוקים קודמים¹⁶⁵, וכמובן, רק במידה שחיקוקים אלה ייצאו פוגעים בזכויות המוגנות בחוקי יסוד אלה. אולם, נראה כי חוקי היסוד, בנוסחם הנוכחי, דווקא עלולים להוות תמריץ — ולא מחסום — לשימוש בתחיקת טלאים, דהיינו: לבחירה כהליכים חלופיים ולא בתקנות לשעת חירום.

ככל שחוקי היסוד יקבעו תנאים קשים יותר לפגיעה בהם בדרך של חקיקת תקנות לשעת חירום, יחסית לתנאים החלים במקרה של חקיקה סותרת רגילה, עלול להתגבר הפיתוי לפנות למסלול של תחיקת טלאים. אך מעבר לכך, קשיים פרשניים עלולים אף הם לקדם בחירה באמצעים חלופיים. לעיל נזכר הקושי שבפירוש המונח "כבוד האדם" בסעיף 50(ד) לחוק יסוד: הממשלה¹⁶⁶. קושי פרשני משמעותי קיים גם ביחס להוראות היציבות מפני תקנות לשעת חירום שנקבעו בחוקי היסוד.

התיבה "תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים" היא התיבה המקובלת שהופיעה בעבר הן בהוראה הקובעת את כוחן של התקנות לשעת חירום — הוראת סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, והן בהוראות יציבות, כמו אלה שבחוק יסוד: הכנסת וחוק יסוד: הממשלה משנת תשכ"ח¹⁶⁷. אולם, בעוד שבסעיף 6 לחוק יסוד: חופש העיסוק הסתפק המכונן בתיבה זו¹⁶⁸, לסעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוספה סיפא, שהיא במהותה פסקת הגבלה המקבילה לפסקת ההגבלה "הרגילה" הקבועה בסעיף 169⁸.

165 לפי סעיפי שמירת הדינים בשני חוקי היסוד (סעיף 10). ראו פסק הדין בעניין חוק גל (לעיל, הערה 84), 306-307, 326-327.

166 ראו לעיל, טקסט ליד הערה 124.

167 סעיף 45 וסעיף 42, בהתאמה.

168 "אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים".

169 "ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום... מותר להתקין תקנות שעת חירום... שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". פסקת ההגבלה המתייחסת לתקנות לשעת חירום אינה זהה לתנאי פסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 8 לחוק היסוד. התנאי, שהפגיעה תיעשה בחיקוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל" חסר. מאידך גיסא, הוספה התנאי נוספת שעניינה תקופת התוקף. ספק אם יש לתת להבדלים אלה זה משמעות של ממש. הגישה הפרשנית ההרמונית, שתידון להלן, מצדדת במתן פרשנות דומה ככל האפשר לסעיף 12 ולסעיף 8.

העדרה של פסקת הגבלה בסעיף 6 מעלה את השאלה המיידית: מה הדין כאשר תקנות לשעת חירום פוגעות בחופש העיסוק פגיעה שאין בה שינוי חוק היסוד? דוגמה אפשרית למצב זה היא כוונה להתקין תקנות לשעת חירום לצורך התמודדות עם שביתה בשירות ציבורי. תקנות כאלה הוחקו גם לאחר כניסתו של חוק יסוד: חופש העיסוק לתוקף. תוקפן של תקנות אלה לא נדון בבית המשפט. האם ניתן היה לבחור באופציה זו לאור קיומו של חוק היסוד, או שיש לומר כי סעיף 6 מונע זאת?

דרך אפשרית אחת שתמנע שימוש כזה בתקנות לשעת חירום תהיה פרשנות רחבה של התיבה המופיעה בסעיף 6, תוך הכללה של "פגיעה" בגידרה, ולא רק "שינוי". היום מופיעה תיבה זו ארבע פעמים בשלושה חוקי יסוד שהם רלבנטיים לדיונו: פעם אחת, כאמור, בכל אחד מחוקי היסוד משנת תשנ"ב, ופעמיים בחוק יסוד: הממשלה — בסעיף 50(ג) ובהוראת היציבות שבסעיף 53 מלשון התיבה לכשעצמה ניתן להסיק, כי תחולתה משתרעת על כל סתירה לחוק היסוד, שינוי כפגיעה. זאת ניתן ללמוד במיוחד מן המלים "לקבוע בו תנאים". ניתן לגייס לטובת פרשנות זו גם את העובדה שתיבה זו, בהופיעה בחוקי יסוד אחרים, ראויה לפירוש כזה. מן הסתם, ציפיית המחוקק בקבעו את מכשיר התקנות לשעת חירום היתה, כי תקנות מיוחדות אלה יוכלו להשפיע בדרכים שונות על מעשי חקיקה, והוראת הנוקשות מכוונת לעסוק בכל הדרכים הללו.

לחלופין, ניתן לנסות ולבסס טיעון המנתק לעניין זה את חוקי היסוד מתשנ"ב מחוקי היסוד האחרים, למרות התפיסה הדוגלת בפרשנות הרמונית¹⁷⁰. ניתן לטעון, כי בחוקי היסוד החדשים יש משמעות להבחנה בין שינוי חוק היסוד לבין פגיעה בזכות המוגנת בו. לא כן בחוקי יסוד שאינם מעגנים זכויות אלא קובעים סדרי משטר. על כן, אין פרשנותם של האחרונים נקודה זו צריכה להשפיע על פרשנותם של הראשונים. דא עקא, שגם ניתוק כזה לא יישב את הקשיים הפרשניים. מדוע כולל סעיף 12 פסקת הגבלה בצמוד לתיבה האמורה, בעוד סעיף 6 נעדר פסקה כזו? כל ניסיון להציע פיתרון ראוי איננו צולח. ראשית, ניתן להציע כי בהעדר פסקת הגבלה, אין בחוק יסוד: חופש העיסוק היתר לפגוע בזכות. טיעון כזה מתבסס על נקודת המוצא, לפיה חוק היסוד קובע איסור מוחלט על פגיעה בחופש העיסוק, למעט במקרים שחוק היסוד עצמו התיר. הוראה המתירה פגיעה בדרך של התקנת תקנות לשעת חירום איננה קיימת, ומשום כך איננה אפשרית. האמור בסעיף 6 לעניין יציבות החוק מפני שינוי, בא במקום ההסדר הקבוע בסעיף 7 לחוק היסוד, שעניינו שינוי חוק היסוד באמצעים אחרים, ואיננו מלמד דבר ביחס לפגיעה.

גישה שנייה איננה עוצרת במקום בו עצרה הגישה הראשונה, אלא ממשיכה ומסיקה, כי בהעדר הוראה מפורשת בחוק היסוד שעניינה פגיעה, חלה פסקת ההגבלה הרגילה, דהיינו: הוראת סעיף 4 לחוק היסוד. אולם, יש להניח, כי משיועברו תקנות לשעת חירום

170 ראו להלן, טקסט ליד הערה 172.

הפוגעות בחופש העיסוק דרך מסגרת זו, הן ייחסמו כבר על-ידי התנאי "בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". זאת, בהנחה שלא קיימת בחוק יסוד: הממשלה הסמכה מפורשת לפגיעה האמורה¹⁷¹. התוצאה המעשית של גישה שנייה זו תהא, אם כן, וזה לראשונה.

הקושי בפרשנויות האמורות נובע מן ההיגיון המעשי. המסגרת המאפשרת התקנת תקנות שעת חירום נוצרה כדי להתמודד עם מצבי חירום, לעתים גם בדרך של פגיעה בזכויות יסוד. אין זה הגיוני לקבוע איסור מוחלט מפני פגיעה בחופש העיסוק באמצעות תקנות לשעת חירום. כאמור, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר — בתנאים של פסקת ההגבלה המיוחדת — פגיעה בזכויות היסוד הקבועות בו. הייתכן לקבל טענה לפיה חופש העיסוק משוריין במעלה גבוהה יותר מאשר חירויות אחרות, כגון הזכות לצאת מן המדינה והזכות לפרטיות? האין לקבוע, כי שתיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק לעניין אפשרות הפגיעה בו דווקא משמיעה היתר לפגוע בחופש העיסוק, על-פי הכלל הרגיל המעניק כוח מיוחד לתקנות לשעת חירום?

התפיסה, לפיה יש לפרש הוראות חוק באופן המשמר ומקיים הרמוניה ביניהן, היתה התפיסה הפרשנית המקובלת עוד לפני שנת תשנ"ב¹⁷². תפיסה זו קיבלה משנה תוקף לאחר תשנ"ב, בהדגשת אחדות החוקה ככלל פרשני¹⁷³. ביטוי לראייה הרמונית כזו ניתן למצוא גם בפסיקה חדשה, הן לעניין פרשנות שני חוקי היסוד ה"חדשים"¹⁷⁴ והן לעניין טיפול בחוק יסוד "ישן" לאור הוראות חוק יסוד "חדש"¹⁷⁵. אולם, פרשנות הרמונית

171 ניתן להעלות שתי אפשרויות לפתירתו של קושי זה. ראשית, לאור המטרת שלשמן ניתנה הסמכות להתקין תקנות לשעת חירום, הקבועות בסעיף 50(א) לחוק יסוד: הממשלה (הגנת המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים), ניתן לקבוע כי הפגיעה בזכות היסוד עשויה להיות אלמנט הכרחי הנובע מהפעלת הסמכות, ומשום כך יש לראות בסעיף הסמכה מפורשת לפגיעה. שנית, ניתן ללמוד מהוראת סעיף 50(ד), האוסרת החקנת תקנות לשעת חירום המונעות פגיעה לערכאות, קביעה של ענישה למפרע או פגיעה בכבוד האדם, משום היתר לפגיעה אפשרית בזכויות יסוד אחרות. שתי האפשרויות אינן נקיות מספק, אולם יש בהן, אולי, כדי לפתור את הקושי של העדר אפשרות לפגוע בחוק יסוד: חופש העיסוק באמצעות תקנות לשעת חירום.

172 ראו, למשל, בג"צ ברזילי (לעיל, הערה 84), 595.

173 ברק (לעיל, הערה 124), 175-178.

174 בג"צ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(5) 617 (לעניין תחולה בו זמנית אפשרית של שני חוקי היסוד מתשנ"ב, בהעדר פסקת התגברות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

175 בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (לעניין פירוש עקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת).

הופכת לבלתי אפשרית, כאשר בצד שימוש בנוסח זהה, חוקי היסוד עצמם כוללים הוראות שהיישוב ביניהן הוא קשה, אם לא בלתי אפשרי¹⁷⁶. המורכבות המיוחדת לעניין זה, הנובעת מהעדר פסקת הגבלה בסעיף 6 ומחוסר הבחנה בין חוקי יסוד המעגנים זכויות יסוד לבין אלה העוסקים בעניינים מוסדיים, עלולה "להבריח" את הרשויות משימוש במכשיר התקנות לשעת חירום בזמנים שראוי להשתמש בו לעבר בחירה במסגרות אחרות, דהיינו: להגדיל את רמת ה"הטלחה" של השיטה מעבר לנדרש.

5. מקור הסמכות להתקנות חקיקת משנה של חירום

עניינו של המחסום הבא הוא בדין חירום שהוא חקיקת משנה. בהעדר הכרה בהסדרי החירום כהסדרים ממצים, המונעים התקנה של תקנות אחרות, עדיין יש לבחון את מקור הסמכות להתקין דין כזה. הכלל הרגיל לעניין התקנת חקיקת משנה הוא כי נדרשת הסמכה מפורשת לכך בחקיקה ראשית¹⁷⁷. יכולתה של הממשלה להסדיר בחקיקת משנה הסדרי חירום מקבילים לאלה הקבועים היום בסעיפים 49 ו-50 לחוק יסוד: הממשלה חייבת, אם כן, להתבסס על הסמכה מפורשת במעשה חקיקה.

176 בעיה דומה קיימת בשל העדרו של סעיף נוקשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לקשיים הפרשניים הנובעים מכך ראו א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 22-21; "ק"פ יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ב) 323, 368-381; ברק, (לעיל, הערה 124), 264-284. לעניינו נראה, כי מבין האופציות הפרשניות שנזכרו לעיל, עדיפה הפרשנות לפיה כל פגיעה בחוק היסוד תיבחן דרך פסקת ההגבלה ה"רגילה" של החוק. בכך גם יופחת התמריץ לבחור בחקיקת חירום חלופית, שכן בשני המקרים "יועברו" החוקים דרך פסקאות ההגבלה הכלליות. עדיין קשה להתמודד עם התנאי הקובע בפסקת ההגבלה, המחייב הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה. הפיתרון הראוי הוא תיקון חוקי היסוד והתאמה ביניהם.

177 סעיף 47(ב) לחוק יסוד: הממשלה; "חקיקת משנה: נוהל והנחיות", הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 60.012, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ח, פורסמו בעיוני משפט יא (תשס"ו) 339, 348; ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" חד המשפט 11 (תשי"ז) 202, חד המשפט 12-13 (תשי"ז) 222, חד המשפט 14 (תשי"ז) 254; רובינשטיין (לעיל, הערה 24), כרך ב', 802; ב' ברכה משפט מינהלי (תשמ"ז, כרך א) 76; והפסיקה הנזכרת במקורות אלה.

כאשר החוק מכיל הוראה מפורשת לעניין טיפול במצב חירום, פתוחה הדרך להפעילה במקום להפעיל דרך אחרת¹⁷⁸. בהנחה שהחוק המסמך איננו כולל הוראה מפורשת כזו, האם יכול להימצא להתקנה מקור אחר?

מקור סמכות אפשרי ראשון יהיה הוראות ההסמכה הכלליות להתקנת תקנות, וההוראות הכלליות עוד יותר, המסמיכות שר — בדרך כלל — "לבצע את החוק". הוראות כאלה פזורות על פני כל ספר החוקים¹⁷⁹. תקנות בתי-המשפט מתשנ"א, שהוזכרו לעיל, מגדירות הוראות אלה כאחד ממקורות הסמכות הראשוניים להתקנת¹⁸⁰. ההלכה המקובלת לעניין זה קובעת, כי "תקנות ביצוע" המותקנות מכוח סעיפי הסמכה כלליים כאלה אינן יכולות לקבוע אלא הסדרים "משניים", דהיינו: לקבוע הוראות לביצוע הסדר ראשוני הקבוע בחוק¹⁸¹. ניתן להעריך, כי בדרך כלל תמוין תקנה הקובעת הוראות מיוחדות ומחמירות במקרה חירום כתקנה הקובעת הסדר ראשוני ולא משני¹⁸².

מקור סמכות שני יכול להיות סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע כי "הממשלה מוסמכת לעשות, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות

178 ב"הוראה מפורשת" כוונתנו להוראה ספציפית ברורה. על הסמכות כלליות יותר ראו להלן. איננו מתייחסת כאן להסדרי חירום "פנימיים" הכלולים בחוקים שענינם "סיכון לציבור" — אלה הוצאו מגדר דיוננו (ראו ההבחנה לעניין זה לעיל, בפרק ב.2.א).

179 ראו למשל ברכה (לעיל, הערה 177), 84-83.

180 על תקנות אלה ראו לעיל, טקסט ליד הערה 75. תקנות בתי-המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991, למשל, קובעות במבוא, כמקור סמכות ראשון, את סעיפים 106, 108 ו-109 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 ואת סעיף 88 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס"ח 116. סעיפים אלה קובעים את כוחו הכללי של שר המשפטים לבצע את החוקים ולהתקין תקנות לביצועם, אם כי הם כוללים גם הסמכות פרטניות. הסמכויות הפרטניות אינן יכולות, לרעתנו, להיות מקור סמכות: הן אינן כוללות הסמכה לקבוע תקנות מיוחדות במצב חירום, ונראה כי ההסמכה הפרטנית המסמיכה להתקין תקנות בעניין סדרי דין איננה מספקת, שכן נראה כי תוכנן של התקנות חורג מקביעת סדרי דין גרידא.

181 קלינגהופר (לעיל, הערה 177), 223-225; רובינשטיין (לעיל, הערה 24), כרך ב, 803-806; ברכה (לעיל, הערה 177), 84-83; ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 552-555; בג"צ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 597-598; ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס, פ"ד מח(3) 641, 659-660.

182 השוו פסיקת בית-המשפט העליון בפרשת פרי העמק, בה נקבע כי תקנה המאפשרת כיסוי גירעונות וייחוס חובות של אגודה שיתופית לחברי האגודה איננה נכללת בגדר "הסדר משני". תקנה כתקנה 3 לתקנות בתי-המשפט, המצמצמת את סוגי ההליכים שיידונו בבית-המשפט בזמן של "מצב חירום מיוחד" להליכים רחופים ומיוחדים בלבד, תורגת אף היא, כך ניתן להעריך, מגדר הסדר משני בלבד.

אחרת¹⁸³. רמז לאפשרות זו ניתן למצוא בתקנות בתי-המשפט האמורות, הקובעות כי התקנות מותקנות לא רק מתוקף סעיפי ההסמכה בחוקים המסמיכים, אלא גם "בתוקף שאר הסמכויות הנתונות [לשר] לפי כל דין"¹⁸⁴. הקושי בהתבססות על סעיף זה נעוץ בתנאי השיוריות שהוא חלק ממאפייניה של הסמכות הכללית הנתונה לממשלה מכוח סעיף 40 לחוק היסוד. מאפיין זה מוצא ביטוי בתיבה "כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". בית-המשפט העליון כבר קבע, כי משקיימת מסגרת נורמטיבית, העוסקת במאטריה שבה מתבקשת הפעלת הסמכות הכללית, נשללת האפשרות לבחור ב"מסלול מקביל" על יסוד הסמכות הכללית¹⁸⁵. לענייננו הטענה תהיה, כי משנקבע הסדר לחקיקת חירום בסעיפים 49 ו-50 או בחוקים ספציפיים, נשללת האפשרות לממשלה לפעול על יסוד סעיף 40.

כוחה של טענה זו תלוי ביחסו של בית-המשפט כלפי מושג השיוריות. שיוריות תוכר רק אם מדובר בהפעלה של סמכות כללית לצורך טיפול במאטריה המוסדרת כבר במעשה חקיקה; אך קביעה בדבר קיומן של מאטריות זהות איננה תמיד פשוטה. ההכרעה בפרשת עיריית קרית-גת היתה לכאורה קלה, שכן הסמכויות שהופעלו באותו מקרה, לעניין סיווג ערי פיתוח, נקבעו כבר בחוק ערי ואזורי פיתוח, התשמ"ח-1988. פרשת פדרמן לעומת זאת, יכולה להצביע על קשיים בקביעה מסוג זה. באותו מקרה נטען, כי הממשלה לא היתה מוסמכת לשלוח שוטרים למשימה מחוץ לגבולות המדינה כחלק מכוח שיטור בינלאומי, הואיל ופקודת המשטרה, הקובעת את כוחותיה וסמכויותיה של המשטרה, איננה מאפשרת זאת. למעשה, במלים אחרות נטען, כי המאטריה בה מדובר היא פעולות המשטרה, וכי אין אפשרות להפעיל את המשטרה באופן "שיורי". בית-המשפט הגדיר את המאטריה באופן שונה, וקבע כי שליחת השוטרים לחו"ל בוצעה מכוח סמכותה הכללית של הממשלה בתחום יחסי החוץ, שהיא מאטריה שונה ונפרדת מהמאטריה של "פעולות המשטרה". כך נקבעו שתי מאטריות שונות ונפרדות¹⁸⁶. נראה, כי קשיי הגדרה שכאלה יצוצו גם במקרים עתידיים שבהם יותקנו תקנות העוסקות בענייני חירום¹⁸⁷.

183 סעיף זה זהה בנוסחו לסעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה משנת תשכ"ח. לסמכות הכללית של הממשלה ראו י' זמיר הסמכות המינהלית (התשנ"ו, כרך א) 334-342; רובינשטיין (לעיל, הערה 24), כך ב, 778-797.

184 תיבה זו מופיעה בשתי התקנות האמורות, וכן הופיעה בצו שהותקף בפרשת אוסטרייכר (לעיל, הערה 45).

185 ראו בג"צ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832, 842-845.

186 בג"צ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 652.

187 למשל: האם תקנות בתי-המשפט מתשנ"א, המסדירות את פעולת בתי-המשפט ב"מצב חירום מיוחד" עוסקות במאטריה של דיני החירום או במאטריה של פעולת בתי-המשפט?

שני מקורות סמכות פוטנציאליים אלה כפופים, מכל מקום, לכלל המכבד באופן משמעותי על השימוש בהם לצורך התקנת חקיקת משנה המיועדת להתמודד עם זמן חירום. כלל יסוד במשפט הציבורי הישראלי מורה, כי אין לפגוע בזכויות יסוד אלא אם ניתנה לכך הסמכה מפורשת וחד משמעית בחקיקה ראשית¹⁸⁸. שני מקורות הסמכות דלעיל — ההוראות הכלליות המסמיכות לבצע את החוק ולהתקין תקנות לכיצועו, והסמכות הכללית של הממשלה — אינם מפורשים, ברורים וחד משמעיים כנדרש בפסיקה¹⁸⁹.

6. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

להלן נבחן, האם יש בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה הכוונה של הרשויות לצמצם את היקף ההטל. הכוונה כזו יכולה להתבצע על ידי הנחיית הממשלה כי ביוזמותיה החקיקתיות תפעל לכיוון של האחדה מקסימלית של דיני החירום, ובפעולותיה המינהליות תבחר, במקרה של ריבוי הוראות, באחד הכלים החקוקים ככלי האקסקלוסיבי למעשה.

הדרכה כללית, המבקשת לצמצם את היקף ההטל של חקיקת החירום, איננה קיימת בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה שפורסמו לציבור הרחב. ניתן אולי לטעון, כי הד מסוים להנחיה כזו ניתן בסוגיה של הפעלת תקנות לשעת חירום לצורך התמודדות עם שביתות בשירותים ציבוריים המוגדרים כחיוניים (הנחיה שכותרתה "חקיקת משנה: נוהל והנחיות"¹⁹⁰), אולם הפירוט הרב בהנחיה אחרת, שכותרתה "הטיפול בסכסוכי עבודה בשירות המדינה"¹⁹¹, מחליש טענה זו. מדובר בהנחיות שפורסמו בהפרש של כשלושה חודשים זו מזו בשנים 1985-1986, העוסקות, בין היתר, בנוהל של התקנת תקנות שעת חירום לצורך התמודדות עם שביתות בשירותים חיוניים. בשתיהן נקבע הכלל כי בהתקנת תקנות לשעת חירום למטרה זו יש לנקוט גישה מרסנת. בהנחיה הראשונה מודגש כי תקנות לשעת חירום גוברות על מעשה חקיקה, דבר שאיננו תואם עקרונות יסוד דמוקרטיים, ומשום כך ניתן להצדיק את השימוש בהן רק במקרים חריגים. המלצת

188 ראו, לדוגמה, בג"צ 122/54 אקסל נ' ראש העיר נתניה, פ"ד ח 1524, 1532; בג"צ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד יב 264, 268; בג"צ 144/72 ליפסקי-הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז (1) 719; בג"צ 337/81 מיטרי נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337, 358; ע"א פרי העמק (לעיל, הערה 181), 561; בג"צ אביאל (לעיל, הערה 181), 600.

189 לעניין הסמכות הכללית ניתן גם לטעון כי התנאי "בכפוף לכל דין" שבסעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה כולל אף כלל זה. ראו דברי השופט דורנר בבג"צ עיריית קרית ים (לעיל, הערה 185), 846-847.

190 לעיל, הערה 177.

191 הנחיה מספר 21.588, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ג.

היועץ המשפטי מכוונת להימנעות מיריבית מבחירה בהתקנת תקנות לשעת חירום, לטובת הסדרת המאטריות בדרך אחרת, דהיינו: בדרך כלל, בחוק רגיל¹⁹². כלל זה מופיע גם בהנחיה השנייה, אך בצדם של דברים אלה, המרוכזים בשתי פסקאות בלבד, כוללת ההנחיה השנייה הוראות מפורטות לעניין הפעלת התקנות לשעת חירום לשם התמודדות עם שביטות בשירותים חיוניים. בהנחיות אף נקבע פוזיטיבית כי קיימת אפשרות להפעיל את הסמכות ("ניתן להתקין תקנות לשעת חירום לצורך הפעלת שירותי עבודה חיוניים")¹⁹³, פורטה רשימת ההסמכות לשרים, וצורפו כנספחים נוסחים של תקנות לשעת חירום, הסמכות וצווי קריאה לעובדים¹⁹⁴.

ההנחיה הראשונה שהוזכרה לעיל היא בעלת היקף רחב, החורג מהתייחסות ל"צווי ריתוק" גרידא. ניתן ללמוד מן האמור בה, כי כאשר קיימים דיני חירום קבועים המסדירים סוגיה ספציפית, אל לו למחוקק המשנה להתקין תקנות שעת חירום חלופיות. אולם, הדברים אינם נאמרים במפורש, ונראה כי הכוונה המקורית בדברים היתה להתמודד עם "רעה חולה" אחרת — הבחירה בתקנות לשעת חירום לנושאים שאינם קשורים במצב חירום של ממש, המוסדרים בחקיקה רגילה¹⁹⁵.

במקרה אחד התמודד היועץ המשפטי במפורש עם קיומן של הוראות כפולות, וקבע כי ראוי לפעול רק מכוח אחת מהן. מדובר בסמכות לשלול רישיון להוצאת עיתון, הקבועה הן בתקנה 94(2) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 והן בסעיף 19(2) לפקודת העיתונות. על יסוד חשיבותו של חופש העיתונות במשטר הדמוקרטי והדרסטי של

192 "...עדיין צריך השר להנחות עצמו להעדיף דרך אחרת, כגון חקיקה רגילה או הכרעה שיפוטית, אם הנסיבות מאפשרות להסתפק בכך... אם, לאחר שיקול, מתגבשת הדעה כי יש צורך בתקנות לשעת חירום, מן הראוי לשקול את האפשרות שיחד עם התקנת התקנות תוגש לכנסת הצעת חוק רגילה, בנוסח התקנות, כדי שהכנסת תוכל לדון ולהחליט בהקדם אם להחליף את התקנות בחוק רגיל, בנוסח התקנות או בנוסח שונה, או לבטל את התקנות במועד שנקבע". שם, בעמ' 394. דברים דומים נאמרים בהתייחסות מפורשת להתקנת תקנות לשעת חירום בסכסוכי עבודה — שם, בעמ' 394-395.

193 סעיף 63 להנחיה.

194 נספחים ב' ר"ג' להנחיות.

195 דוגמה נוספת לגישה זו מצויה בהנחיה מספר 21.452 מיום 1.12.68, שכותרתה "סמכות שר להסדיר ייצור מצרך על-ידי פיקוח". חוות הדעת הקצרה עוסקת בסמכותו של שר להסדיר את ענף הלולים מכח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים. היועץ המשפטי מחווה את דעתו, כי סמכות כאמור נחונה בתנאים הקבועים בחוק. העדרה של חלופה חוקית אחרת מוצגת כהנחת יסוד, ולא כתנאי: "ניתן להניח לצרכי חוות דעת זו, כי אומנם משוכנע השר שאלו הן הדרכים היחידות בהן יהא ניתן להגשים את מדיניותו ואת קיומן של הפעולות החיוניות כאמור". הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ג.

תקנות ההגנה קבע היועץ המשפטי, בהנחיה ובחוות דעת מאוגוסט, 1976 כי אין זה מן הראוי לעשות שימוש בסמכות הקבועה בתקנות ההגנה¹⁹⁶.

הדיון בשאלה עד כמה יושמו בפועל ההמלצות שבהנחיות האמורות, וכן הדיון בכוחן של ההנחיות ובסוגיה הכללית של סטיית רשויות מינהליות מהנחיות פנימיות, חורגים ממסגרת מאמר זה. לעניין זה די אם נציג את הרשימה הארוכה של תקנות לשעת חירום שטיפלו בשביתות בשירותים ציבוריים שהוגדרו כחיוניים, שהוצאו לאחר פרסום ההנחיה, על אף ההמלצה בדבר "זהירות", ולאחר פרסום פסקי הדין בפרשות פורז ומדאינווסט¹⁹⁷.

7. איפוק ממשלי וביקורת ציבורית

מעל ומעבר לקיומם של מחסומים משפטיים פורמליים, עשויות הרשויות להגביל את עצמן ולצמצם את הבחירה בתחיקת טלאים למינימום ההכרחי. להחלטה כזו יכולים להיות מקורות שונים, כגון שיקולים פוליטיים וביקורת ציבורית.

לעניין זה יש להבחין בין שאלת היקף ההפעלה ותוכן ההסדרים לבין שאלת ההטלה כשלעצמה. קיימים דיונים שונים לעניין היקף ההפעלה של סמכויות החירום השונות¹⁹⁸. גם אם ננקט ריסון עצמי בהפעלת חלק מאמצעי החירום, נראה כי הרשויות לאו דווקא נהגו איפוק בכל הנוגע להימנעות מתחיקת טלאים.

גם הביקורת הציבורית כנגד הפעלת סמכויות חירום התמקדה בשאלת ההיקף. אסתפק בדוגמה אחת מן הזמן האחרון, והיא הסערה הציבורית שהתעוררה לאחר ה"גילוי" של התקנות לשעת חירום מדצמבר 1996, שטיפלו בשביתה הכללית במשק שהוכרזה באותה עת¹⁹⁹. הביקורת הציבורית כללה גם ביקורת על עצם הבחירה בתקנות לשעת חירום במקום בכלים חוקיים אחרים. אולם, בעיקרה התמקדה ביקורת זו בהיקפן הרחב של התקנות, שאפשרו הרצאת צווים שחלו על המגזר הציבורי כולו²⁰⁰.

196 חוות דעת מספר 21.731 מיום 1.8.76, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ג; הנחיה מספר 60.219 מיום 1.8.76, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ט.

197 לרשימה משנת 1990 ראו לעיל, הערה 62.

198 ד"ר הופנונג, שבחן את השימוש בכלי החירום, טוען כי הרשויות נהגו ריסון עצמי בכל הנוגע להפעלת תקנות ההגנה המנדטוריות וחוקי חירום אחרים נגד אורחי המדינה, וכי נעשה שימוש בתקנות שעת חירום ככלי שגרתי. הופנונג (לעיל, הערה 3), 103-104.

199 לתקנות אלה ראו לעיל, הערה 62.

200 ניתן להניח, כי התנגדות ציבורית זו, יחד עם נחירה לכ"ץ שהגישה הסתדרות העובדים הכללית נגד תוקפן של התקנות לשעת חירום, הן שהניעו את הממשלה לבטל פורמלית את התקנות עוד לפני תום תוקפן ובלא שהוצאו צווים מכוון. ראו תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי)

גם בעתיד עשויים גורמים פוליטיים וציבוריים לצאת נגד התקנה של הוראות גורפות ומחמירות מדי או נגד שימוש בדיני חירום שלא לצורך, ויהיה מקום לברך על כך; אולם ספק רב אם תקום התנגדות ציבורית אך ורק בשל פרקטיקה של טלאים. אם נדרשת הוכחה לכך, ניתן להצביע על תקנות בתייהמשפט מתשנ"א. ככל הנראה, אלה לא זכו בשעתן לביקורת, והעובדה שהן עדיין חלק מן הדין הפוזיטיבי לא זכתה לתשומת לב.

ח. סיכום

גם היום מכילים ספר החוקים וקובץ התקנות הישראליים הוראות חירום בעלות תחולה חופפת. המגבלות שבחוק יסוד: הממשלה עלולות להגביר נטייה זו. עד היום לא ניתנה תשומת לב מספקת לתופעה של תחיקת הטלאים ולסכנות הכרוכות בה. במאמר זה טענתי, כי הכרה בנומרה של תחיקת טלאים בשיטה משפטית היא הזמנה לקיומה של שיטה שאיננה רק מעורפלת, אלא גם פוגענית יתר על המידה ומסכנת תפיסה של חוקיות. סכנות אלה הן חריפות במיוחד במאטריה של דיני החירום, הכורכת עמה פגיעות בזכויות יסוד ושינויים של עקרונות משפטיים מקובלים. למעשה, פרקטיקה של תחיקת טלאים תיתן הכשר להתגברות על הוראות מגבילות בדיני החירום באמצעות יצירת תחיקה חדשה.

אומנם, שיטה שהיא נטולת טלאים לחלוטין איננה בהכרח שיטה טובה יותר. חוק חירום ממצה וכללי יכול לקבוע הוראות מחמירות ופוגעניות. עם זאת, יש להניח כי הסיכון של תגובת יתר הוא גדול יותר בעיצומו של משבר, וסיכון זה גדל ככל שהשיטה מקבלת את האפשרות של תחיקת טלאים.

על בסיס ההנחה כי יש להימנע מתחיקת טלאים בתחום דיני החירום, הצעתי לרכז את דיני החירום בשיטה המשפטית בשתי מסגרות. מסגרת אחת היא מסגרת כללית כזו

(ביטול), התשנ"ז-1997, ותקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי) ("בזק" ו"רפאל") (ביטול), התשנ"ז-1997, ק"ת 448. בחינת השאלה, האם ביטול זה של התקנות לשעת חירום לפני תום תוקפן היה מעשה חריג, מצריכה בחינה אמפירית החורגת ממסגרת המאמר. עם זאת, ניתן לציין, כי מתוך עשר התקנות לשעת חירום שהותקנו לשם התמודדות עם שביתות בשירותי עבודה חיוניים לאחר פסק הדין בעניין פורז ולפני השביתה הכללית שבגדון (שם), בוטלו רק שתי תקנות: תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים במשק הדלק) (ביטול), התש"ן-1989, ק"ת 91, ותקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בעבודה סוציאלית) (ביטול), התשנ"ד-1994, ק"ת 1253. גם הבחינה, האם המהלך של התקנת תקנות לשעת חירום בלא הפעלתן בצווים הוא מהלך מקובל, חורגת ממסגרת המאמר. מכל מקום, ניתן לטעון כי הביקורת הציבורית נשאה פרי: לקראת השביתה הכללית בסוף ספטמבר 1997 לא הותקנו תקנות דומות.

הקבוצה בחוק יסוד: הממשלה, שהפעלתה מותנית בהכרזה פורמלית על קיום מצב חירום משפטי. מסגרת זו נועדה להתמודד עם צרכים דחופים שהתחיקה הקיימת איננה עונה עליהם, בנסיבות חריפות שבהן טיפול בחקיקה איננו אפשרי. בצד מסגרת כללית זו יש לקיים מסגרת נוספת של מעשי חקיקה העוסקים בנושאים ספציפיים, כגון ניהול המשק בזמן חירום או מעצרים מינהליים. הסדרים כאלה ראויים להכרה כהסדרים ממצים, המונעים הסדרה באמצעות תחיקה חלופית. כחריג יחיד לכלל ההסדר הממציא ניתן לאפשר התקנה של תקנות לשעת חירום למרות קיומו של הדין הספציפי, במקרי חירום חריפים וכאשר החקיקה איננה מספקת פיתרונות חיוניים.

למעט שתי מסגרות אלה לא נדרש – ולדעתי גם לא ראוי – לקבוע הסדרי חירום נוספים ונפרדים. כך, לדוגמה, מוטלת בספק הנאותות של התקנת תקנות בתייהמשפט שהותקנו במהלך מלחמת המפרץ כתקנות רגילות, בעלות תוקף של חירום, העומדות בתוקפן גם היום. לכאורה אומנם ניתן לטעון כי ראוי גם ראוי לקיים מסגרת ידועה מראש של פעילות בתייהמשפט בזמן חירום, אולם קשה להבין מדוע דווקא פעילות זו ולא אחרת זכתה למסגרת כזו. לו אכן נדרש קיומה של הוראה קבוצה בנדון, ראוי יותר למקמה במסגרת החקיקה הקובעת הסדר משקי מיוחד לתחולה בזמן חירום.

ריבודיותו של דין החירום הישראלי העומד כיום בתוקף היא עובדה. השיטה שימרה חלק מההסדרים שקדמו לסעיף 9 והוסיפה עליהם הסדרים חקוקים נוספים. הקפדנות החדשה של ההסדר החדש עלולה ליצור דווקא התגברות של הפרקטיקה של תחיקת טלאים, באמצעות נטישת ההסדר הקיים לטובת הסדרים חדשים ונוקשים יותר. האיסור הכללי לפגוע בכבוד האדם, הקבוצה – בצד איסורים אחרים – בסעיף 50(ד) לחוק יסוד: הממשלה, בצירוף הקשיים הכרוכים בפירושו של איסור זה, מהווים דוגמה טובה לסכנה כזו. לפרקטיקה של הטלאה יש גם כוח משיכה, שכן היא מהווה פיתרון פשוט יחסית להתמודדות עם צרכים מיוחדים, ולפיכך היא גם עלולה לאפשר התגברות על הוראות מגבילות. על כן, שיטה משפטית ראויה צריכה לקיים כמה מחסומים שימנעו גלישה לכיוון של הטלאה.

בשיטה הישראלית, פועלם של המחסומים הראויים הוא חלקי בלבד. אף אחד מן המחסומים שהוצבו לעיל איננו מוחלט, ואין בו כדי למנוע תחיקת טלאים בלתי רצויה. ההתמודדות עם חוקה משפטית מקובלת, המתרחקת מן האפשרות של הכרה בביטול מכללא, איננה קלה, ובהעדר הסדרה חקיקתית ייתכן כי היא גם בלתי אפשרית. ההוראות שבחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככל שהן מתייחסות לתקנות לשעת חירום, ברורות עוד פחות. המחסום המונע חקיקת משנה עלול להתמוטט במקרה שתיחקק בעתיד חקיקה מסמיכה חדשה. להנחיות היועץ המשפטי אין כוח מחייב, ומכל מקום הן אינן מורות היום על הימנעות מתחיקת טלאים. קשה למצוא ראיות ברורות לאיפוק ממשלי בתחום ההטלאה, ולבסוף – ספק אם דעת הקהל אכן

תכריע בשאלה כגון זו. לכל אלה נוספת ההערכה כי אין לצפות למעורבות שיפוטית אקטיביסטית בשעת חירום אמיתית.

גם אם אינם מקימים חיץ מלא מפני תחיקת טלאים לא רצויה, אין לומר שבמחסומים אלה אין תועלת. אין ספק שיש מקום להפעלת המחסומים כאשר מגיע לדיון דין בעל אצטלה של דין חירום, הפועל במישור שאיננו מצומצם למצב חירום. להפעלה כזו עשוי להיות אפקט ישיר גם במישור דיני החירום ה"אמיתיים", לפחות במקרים מסוימים. מעבר לכך, כוחם המצטבר של המחסומים יכול לצמצם את הפרקטיקה, אולם לשם כך תירוש נכונות מצד הרשויות. על הרשות המבצעת והרשות המחוקקת לפעול מתוך מודעות לסכנות הטמונות בפיזור הוראות. ראוי גם שיתוקנו הקשיים הנובעים מניסוחם של שלושה חוקי יסוד שאינם משתלבים זה עם זה, על-ידי הוספת פסקת הגבלה לסעיף 6 לחוק יסוד: חופש העיסוק ולסעיף 50(ד) לחוק יסוד: הממשלה. הנחיות ברורות מצד היועץ המשפטי לממשלה עשויות לסייע בעניין זה. בית-המשפט, מצדו, ראוי שיעשה שימוש בכל הכלים שבידיו כדי למנוע הטלאת יתר. גם אם בית-המשפט לא יוכל לקבוע כללים מוחלטים בסוגיה — הן בשל מגבלות המאטריה והן בשל מגבלות הכלים המשפטיים שבידיו — נותר בידיו תמיד כוח המלים, שגם לו עשויה להיות השפעה ביצירת כללים מנחים והמלצות לפעולה. אלה, גם אם אינם בעלי כוח מחייב, עשויים להיות כוח מניע בכיוון הרצוי.

הדיון בדפים אלה התקיים על רקע השאלה, האם אומנם יזכו אותנו הסדרי החירום החדשים, על מגבלותיהם, ברין ראוי. כל מדינה צריכה לקיים דיני חירום שיאפשרו את עמידתה בתנאים יוצאי דופן, אולם החשש מפני אובדן רסן של הרשויות בשעת חירום איננו מוביל בהכרח לניסיון להגביל מראש את כוחותיהן. ניסיון כזה דווקא עלול להביא לתוצאה הפוכה מן המכוונת, באמצעות התעלמות מן המסגרת המכבירה ויצירת הוראות חופפות מקלות. לעניין דין החירום הרצוי, יש לשקול אם לא עדיפה נוסחה המתחשבת בצרכי השעה ומעניקה משום כך מסגרת של כוחות רחבים, תוך מניעה מפורשת של חריגה ממנה. נוסחה מסוג זה עשויה להיות ראויה יותר מניסיון לפתור מראש את המשוואה על-ידי צמצום סמכויות החירום, בלא התייחסות לאפשרות של הטלאת עתידית.