

25.52x33.34	1	6	עמוד	הארץ - the marker	16/03/2020	72399828-8
המרכז האקדמי למשפט ועסקי - 26330						

"המעקב הדיגיטלי עשוי לעבור בבג"ץ, אבל הצו של אוחנה הוא חריגה מסמכות"

גור מגידו 6

# "מהלכי החירום עשויים להתברר כניסיון למוטט את שיטת המשטר הישראלית"

פרופ' גילה שטופלר, מומחית למשפט חוקתי, אומרת כי הפרסומים על ניסיון שלא לכנס את הכנסת היום הם "במקרה הטוב שגיאיה" • על השימוש של שר המשפטים בתקנות לשעת חירום אמרה: "אין כמעט ספק שחרג מסמכות" • והמעקב הדיגיטלי אחר אזרחים דווקא עשוי לעבור את בג"ץ

גור מגידו

**במוצאי שבת הכריז ראש הממשלה, בנימין נתניהו, על שימוש ראשון בתקנות לשעת חירום כחלק מהמאבק בקורונה. במסגרת המחלק ייעשה שימוש במעקב דיגיטלי לאיתור מיקומם של אזרחים, כדי לאתר אנשים ששהו ליד מורבקים בנגיף וכדי לזהות אנשים שיש להכניס אותם לבידוד. זאת, תוך פגיעה מוצהרת בפרטיות האזרחים.**

במסגרת מצב החירום, בכמה כלי תקשורת התפרסמו הערכות על אפשרות שהכנסת לא תכנס למחרת שבת הפתוחה שלה, שאמור להיערך היום, עקב ההגבלה על התכנסויות של יותר מעשרה בני אדם (מאז פריסם כי הכנסת תכנס, אך הישיבה עשויה להיערך מבלי לכנס את כל 120 חברי הכנסת). וכנוסף שר המי שפטים, אמיר אוחנה, הודיע בשעת לילה מאוחרת על תקנות שמצמצמות את פעילות בתי המשפט, וכבר הביאו לדחייה בפתחת משפטו הפילי של ראש הממשלה בחודשיים, כביכול על רקע מצב החירום.

בעוד בציבור יש מחלוקת סביב השאלה כמה באמת נועדו להילחם המהלכים הללו, פרופ' גילה שטופלר, דקאנית הפקולטה למשפטים במרכז האקדמי למשפט ועסקים ומומחית למשפט חוקתי, סבורה כי חלק מהמהלכים מוגזגים לדין, וכי הם עשויים להתברר כניסיון למוטט את אושיות שיטת המשטר הישראלית.

## "התקנות מאפשרות לעקוף כל חוק"

שטופלר מסבירה כי הסמכות להתקין תקנות לשעת חירום נדרשת בעת מחוק יסודי: הממשלה, אך אין כלל צורך להכריז על מצב חירום בשל הקורונה – מכיוון שישראל מצויה רשמית במצב חירום מאז קום המדינה. "על פי תיקון לחוק יסוד הממשלה מ-1992, על הכנסת להחליט מדי שנה אם להאריך את ההכרזה, ובפועל הכנסת מכריזה מדי שנה על המשך מצב החירום", היא אומרת. לדבריה, "ב-1999 האגודה לזכויות האזרחי פנתה לפרסום גילה שטופלר: "אין צורך להכריז על מצב חירום בשל הקורונה – מכיוון שישראל מצויה רשמית במצב חירום מאז קום המדינה. זה מצב חריג מאוד"

כיות האזרח עתרה נגד ההכרזה הנמשכת על מצב החירום. העתירה לא הביאה לביטול מצב החירום, אך המדינה התחייבה לצמצם בהדרגתיות את היקף החקיקה התלויה בקיום מצב החירום. זה, כמובן, מצב חריג מאוד מבחינה משפטית בהשוואה לכל מדינה אחרת במערב. מזה הסיבות לכך שמצב החירום לא מבוטל?

"יש מצב לא תקין של חקיקה שתוקפה תלוי בהמשך קיומו של מצב חירום. לדוגמה, חוק הפיקוח על המצרכים והשירותים – חוק שחשוב ליכולת השליטה של הכנסת והממשלה בכלכלה. המדינה טענה בבג"ץ במשך השנים שתתקן את העיוות הזה, אבל בפועל זה לא נעשה".

מזה ההבדל בין מצב חירום בשיטה דמוקרטית למצב חירום אמיתי? "החוק אינו מבדיל בין סוגים של מצבי חירום, אך על פי הפסיקה, כל עוד יש מצב חירום בתור חוק – ניתן להתקין תקנות לשעת חירום לפי מצב החירום הקונקרטי בעת נקיטת הצעדים".

מזה אפשר לעשות מבוה ההכרזה על מצב החירום? "חוק יסוד הממשלה כולל הוראות שמאפשרות לממשלה, ואפילו לראש הממשלה, להתקין תקנות שמבטלות או עוקפות כל חוק. טכנית זו סמכות נרחבת למדי, אך השימוש בה מוגבל אך ורק למטרות שיש בהן כדי להגן על המדינה ועל ביטחון הציבור על רקע מצב החירום, ולהבטיח אספקה של שירותים ציבוריים חיוניים.

"אפשר לטעון כי 'ביטחון הציבור', כפי שמגדיר חוק היסוד, כולל גם את בריאותו של הציבור. עם זאת, הממשלה רשאית להתקין תקנות כאלה רק כשהכנסת אינה יכולה לעשות זאת בגלל מצב החירום. ולראש הממשלה ניתנת הסמכות להתקין תקנות בעצמו רק במקרה שהממשלה לא יכולה להתכנס על רקע מצב החירום. זה לא המצב שבו אנחנו נמצאים. החל מהיום – הכנסת אמורה לתפקד".

בימים האחרונים פורסמו כמה עיתונאים המקורבים לנתניהו כי האיסור לכנס יותר מעשרה אנשים מונע מהכנסת להתכנס לראשונה כפי שאמור לקרות היום. האם האיסור על התכנסות יכול למנוע את תחילת עבודת הכנסת?

"האיסור לכנס יותר מעשרה אנשים נקבע מכוח צו שהוציא מנכ"ל משרד הבריאות. סמכויות לתת את הצו נובעת מפקודת בריאות העם, שהיא חוק (פקודה) היא כינוי לחוק שנותר בתוקף מתקופת המנדט הבריטי; ג"מ). אלה אינן תקנות לשעת חירום.



צילום: לימור אהרון



שר המשפטים, אמיר אוחנה צילום: תומר אפלבוים

## "מה שאוחנה עשה זה להתקין תקנות מכוח סעיפים בחוק בתי המשפט שאינם נוגעים לשעת חירום, אף שהוא השתמש בביטוי 'שעת חירום' בגוף התקנות"

חוק יסודי: הכנסת קובע כי "הכנסת תכנס לשיבתה הראשונה, לאחר פרסום תוצאות הבחירות, בתוך 14 ימים מיום הבחירות לכנסת". יש בחוק היסודי הזה סעיף ספיציפי שקובע כך: "אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים" – קל וחומר שצו מכוח פקודת בריאות העם אינו יכול לעשות כן. מכאן שהתשובה החד משמעית היא שהכנסת צריכה להתכנס במועד, כרגיל.

"בנוסף, הרי נותנים אישור להפעיל סופרמרקטים, בנקים ושאר שירותים חיוניים, ואין באמת שאלה שהכנסת היא שירות חיוני יותר מנגן. כל זה עוד לפני שדיברנו על כך שמכהנת ממשלת מעבר שלא נבחרה כבר שלוש מערכות בחירות – מצב שלפי הפסיקה מצמצם מאוד את סמכויות הממשלה לקבל החלטות. לכן, הפרסומים האלה הם במקרה הטוב שגיאיה".

## "השופטים טעו כשדחו את משפט נתניהו"

מה באשר לתקנות שהתקין בשיבוע שעבר שר המשפטים, אמיר אוחנה? מה הסיכוי שלהן לצלוח את הבג"ץ שמתכננת להגיש התנועה לאיכות השלטון?

"מה שאוחנה עשה זה להתקין תקנות מכוח סעיפים בחוק בתי המשפט שאינם נוגעים כלל לשעת חירום, אף שהוא השתמש בביטוי 'שעת חירום' בגוף התקנות. בחוק יסודי: הממשלה נקבע במפורש כי אין בכוחן של תקנות שעת חירום למועק פנייה לערכאות. אין כמעט ספק שאוחנה חרג מסמכות כשביקש להתקין תקנות כאלה לשעת חירום, שלא מכוח חוק יסוד הממשלה.

"בנוסף, אין לשכוח שאוחנה הוא שר משפטים בממשלת מעבר שלישית, שמונה על ידי ראש הממשלה ולא זכה לאמון הכנסת – דבר המי גביר עוד יותר את סימני השאלה הקשים בנוגע לסמכותו להתקין תקנות בעלות השפעה כה מרחיקת לכת על שלטון החוק ועל זכות הפנייה לערכאות".

איך יש להתייחס להחלטה של השופטים לדחות את הדין, על רקע התקנות החדשות?

"לדעתי, שופטי ההרכב במשפט נתניהו טעו בכך שהחלי-

טו לרחות את פתיחת משפטו על בסיס ההנחיות של השר אוחנה. אתמול הוצאו מכתבי התראה והבוקר הוגשה עתירה נגד חוקתיותן של ההנחיות, ומן הראוי היה שבג"ץ יקיים דיון רחוק ויכריע בעניין. על שופטי ההרכב המחוזי במשפט נתניהו היה להמתין עד להכרעת בג"ץ בעניין, ולא לרחות את המשפט על בסיס הנחיות שהספק באשר לחוקתיותן הוא כבד מאוד".

מהם מנגנוני הפיקוח על השימוש בתקנות לשעת חירום? "חוק יסוד הממשלה ברור מאוד, ויש פסיקה אודותיו – אין להתקין תקנות רק כדי לעקוף את הכנסת. בפס"ד בעניין פרוז בית המשפט העליון קבע שתיקנות שעת חירום לקיצור הליכי כי תכנון ובנייה כרי להקל על בנייה לעולים, בטלות כשניתן היה לפנות לכנסת כדי לשנות את החוק".

ומה לגבי השימוש בטכנולוגיית GPS או איכון, למעקב אחרי אזרחים מבחן תקנות לשעת חירום? "השאלה כאן היא שאלה של פגיעה בפרטיות. נניח שהצדקה המשפטית לשימוש בתקנות לשעת חירום היא שאין זמן לחקיקה, ולכן חייבים לפעול מיד כדי להציל חיי אדם. בפס"ד בעניין פריז צקי, השופט דאז אהרון ברק אישר שימוש בתקנות שעת חירום, בניסיון של קוצר זמן ואינטרס להימנע שירות חיוני.

הרקע לפסק הדין היה שביתת של עובדי משרד הפנים בסמוך לבחירות לרשויות המקומיות, צעד שמנע מאנשי שם שלא היתה להם תעודות זהות בתוקף להצביע. הממשלה התקינה תקנות לשעת חירום שאיפשרו הצבעה ללא תעודות זהות. בית המשפט העליון דחה את העתירה, בנימוק שבין היתר הסתמך על קדושת הזכות לבחור ולהיבחר. יש לציין כי במקרה פריזקי אין זכויות יסוד שנפגעו באופן מובהק – אם כי פריזקי העלה חשש לפגיעה בעיקרון שלטון החוק כנימוק לפסילת המהלך.

"בסיפור המעקב הדיגיטלי אחר אזרחים, יש פגיעה מהותית מאוד בזכות הפרטיות. מנגד, הפרשנות המרחיבה בפסק הדין הנה בנוגע לסמכות להתקין תקנות לשעת חירום יכולה לסייע לטיעון בעד הכשרת המהלך".