

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6971/98

בג"ץ 6972/98

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ד' דורנר

העותרים בבג"ץ 6971/98:

1. יוסף י' פריצקי, עו"ד
2. עמותת "עם חופשי"

העותר בבג"ץ 6972/98:

דן דרין

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 6971/98
ובבג"ץ 6972/98:

1. ממשלת ישראל
2. שר הפנים

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה:

י"ט בחשוון התשנ"ט (08.11.98)

בשם העותרים
בבג"ץ 6971/98:

עו"ד יוסף י' פריצקי

בשם העותר
בבג"ץ 6972/98:

עו"ד ירון קידר; עו"ד יבין רוכלי

בשם המשיבים בבג"ץ
6971/98 ובבג"ץ 6972/98:

עו"ד דנה בריסקמן

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

האם השימוש בתקנות שעת חירום, אשר שינו את חוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, בכל הנוגע לאמצעי הזיהוי בבחירות לרשויות המקומיות, אינו כדין באופן המחייב את התערבותנו - זו השאלה העיקרית הניצבת בפנינו.

העובדות

1. ה-10.11.98 נקבע כיום הבחירות לרשויות המקומיות. שלושה שבועות לפני מועד זה, החלו העובדים במשרד הפנים בשורה של עיצומים. הם לא קיבלו קהל. הם לא הנפיקו תעודות זהות. הם לא סיפקו ספחים לתעודות זהות. על פי סעיף 60 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965 (להלן - חוק הבחירות) לא ניתן להצביע בבחירות לרשויות המקומיות, אלא בהצגת תעודת זהות. על פי תקנה 18א(א)3 לתקנות הרשויות המקומיות (סדרי בחירות), התשכ"ה-1965 (להלן - תקנות סדרי הבחירות), לא ניתן להצביע בלא שבתעודת הזהות יהא דף או ספח, אותם יש להחתים. כתוצאה מכך נוצר מצב דברים, לפיו בשל העיצומים היתה נמנעת מאלפים רבים - לפי האומדן כ-400,000 מצביעים - האפשרות להצביע בבחירות הממשמשות ובאות. משחלפו הימים, והעיצומים לא פסקו, החליטה הממשלה לעשות מעשה. היא התקינה (ביום 4.11.98) - מכוח סמכותה לפי סעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה - את תקנות שעת חירום (אמצעי זיהוי וסדרי הצבעה בבחירות לרשויות המקומיות), התשנ"ט-1998 (להלן - תקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי). תקנות אלה שינו את הוראת סעיף 60 לחוק הבחירות. הן קבעו, כי ניתן להצביע באמצעות דרכון ישראלי ורשיון נהיגה תקף הכולל את תמונתו של בעל הרשיון. כן נקבע בהן כי אין צורך להטביע חותמת של ועדת הקלפי בתעודת הזהות. למחרת היום (ה-5.11.98) פירסם שר הפנים - מכוח סמכותו לפי סעיף 100 לחוק הבחירות - את תקנות סדרי הבחירות. התיקון התבטא בביטול סעיף 18א(א)3 לתקנות סדרי הבחירות. סעיף זה, שבטל, הוא שקבע כי בוחר אינו רשאי להזדהות בתעודת זהות שחסר בה הדף או הספח עליו חייבת ועדת קלפי להטביע את החותמת.

2. ביום 5.11.98 - למחרת התקנתן של תקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי וביום בו תוקנו תקנות סדרי הבחירות - נדון בבית משפט זה בג"ץ 6916/98. בעתירה זו נטען, כי נוכח העיצומים שננקטו, והקשיים

הצפויים בהיערכות לבחירות, יש לדחות את מועד הבחירות. לחלופין נטען, כי יש לנקוט בכל האמצעים לפתיחת לשכות מינהל האוכלוסין של משרד הפנים. העתירה נדחתה בו ביום. נפסק, כי ההסדרים שנקבעו - ובהם התקנתן של תקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי - מספקים מענה סביר וראוי לקשיים שעוררו עיצומי העובדים במשרד הפנים.

3. בו ביום (הוא ה-5.11.98) אירעו שני אלה: ראשית, העיצומים במשרד הפנים נפסקו; שנית, שתי העתירות שלפנינו הוגשו לבית משפט זה. העתירות תוקפות את חוקיותן של תקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי. לטענת העותרים, דין התקנות להתבטל, וזאת בשל ארבעת הטעמים הבאים: ראשית, מתן אפשרות להצביע בלא הספח יקל על זיופים בבחירות; שנית, המטרה לשמה הותקנו התקנות אינה כדין. היא לא נועדה לספק שירות חיוני אלא דווקא לבטל שירות חיוני; שלישית, חוק-יסוד: הממשלה אינו מעניק לממשלה סמכות לפגוע בסדרי הבחירות הקבועים בחוק הבחירות; לבסוף, שיקול הדעת של הממשלה אינו כדין, שכן אין קשר בין קיומו של מצב חירום לבין האמצעי שננקט. הממשלה יכולה לנקוט בחלופות אחרות, שפגיעתן פחותה. כך, למשל, ניתן היה לנקוט באמצעים ישירים כנגד עיצומי העובדים.

4. המשיבים טענו, כי תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי הותקנו כדין. בלעדיהן היתה נמנעת זכות הבחירה מאלפי מצביעים. כן נטען, כי לא הונחה כל תשתית עובדתית לטענה, כי הוויתור על הספח יגביר הזיופים בבחירות. בהקשר זה היפנו המשיבים את תשומת ליבנו לדינים באשר לבחירות לכנסת, בהן אין עוד הכרח בהטבעת חותמת בתעודת הזהות או בספח. המשיבים טענו עוד, כי לא היה כל אמצעי חילופי יעיל וכי הפניה לערכאות כנגד עובדי משרד הפנים, לא היתה בהכרח פותרת את הבעיה. גם האפשרות לחוקק חקיקה ראשית לא היתה בת ביצוע, עקב אילוצי הזמן.

5. ביום 8.11.98 - יומיים לפני מועד הבחירות - דנו בעתירות. החלטנו ברוב דעות (כנגד דעתו החולקת של חברי, השופט מ' חשין) כי דין העתירות להידחות. ציינו בהחלטתנו, כי נימוקינו יינתנו בנפרד. הגיעה עת הנימוקים.

המסגרת הנורמטיבית

6. שתיים הן נקודות המוצא הנורמטיביות. האחת, עניינה חוק הבחירות ותקנות הבחירות שהוחקו על פיו. האחרת, עניינה חוק-יסוד: הממשלה ותקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי שהותקנו מכוחו. נפתח בנקודת המוצא הראשונה. סעיף 9(ב) לחוק הבחירות קובע:

"בכפוף להוראות סעיף 78, רשאי כל בוחר להצביע... רק אם זיהה עצמו בהתאם לסעיף 60".

סעיף 60 לחוק הבחירות מוסיף וקובע:

"(א) הרוצה להצביע חייב לזהות עצמו לפני ועדת הקלפי.

(ב) כאמצי זיהוי תשמש רק תעודת זהות תקפה שניתנה לפי פקודת מרשם התושבים, התש"ט 1949-, או לפי חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה 1965-.

(ג) מי שהצביע, תטביע ועדת הקלפי בתעודת הזהות שלו, חותמת המעידה שהצביע, ותמחוק את שמו מרשימת הבוחרים".

חוק הבחירות מסמיך את שר הפנים להתקין תקנות על פיו (סעיף 100). אכן, שר הפנים עשה שימוש בסמכותו והתקין את תקנות סדרי הבחירות. תקנה 18א (א) קבעה:

"לא יורשה בוחר להזדהות לצורך הצבעה בתעודת זהות שחסר בה אחד מאלה:

(1) ...

(2) ...

(3) הדף או הספח שעליו חייבת ועדת הקלפי להטביע את החותמת המעידה על ההצבעה".

הפועל המצטבר של הוראות אלה הינו, כי על פי המצב המשפטי שהתקיים בטרם הותקנו תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי, ניתן היה להצביע בבחירות לרשויות המקומיות רק באמצעות תעודת זהות תקפה, ובה הדף או ספח. באלה צריכה ועדת הקלפי להטביע חותמת, המעידה על ההצבעה. כן צריכה היתה ועדת הקלפי למחוק מרשימת הבוחרים את שמו של המצביע.

7. המסגרת הנורמטיבית השניה היא זו שהמשלה ושר הפנים נקטו בה לשינוי המצב המשפטי. במרכזה של מסגרת זו עומדים חוק-יסוד: הממשלה ותקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי שהותקנו על ידי הממשלה. חוק-יסוד: הממשלה (סעיף 50) מסמיך את הממשלה להתקין תקנות שעת חירום. וזו לשון ההוראה:

"תקנות שעת-חירום"

50. (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 החוץ והבטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

(ב) ראה 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 פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

(ה) לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

(ו) תוקפן של תקנות שעת-חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

(ז) תקנות שעת-חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

(ח) חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת-חירום להתקיים לתקופת תוקפן אך לא יותר מ-60 ימים מסיום מצב החירום; תקנות שעת-חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן".

מכוח הסמכה זו התקינה הממשלה את תקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי. וזו לשון התקנות:

"הזדהות באמצעות תעודות אחרות ופטור מחובת הטבעה בתעודת זהות

1. על אף האמור בסעיף 60 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965 (להלן - חוק הבחירות), בבחירות לרשויות המקומיות ולראשות הרשויות המקומיות שיתקיימו ביום כ"א בחשון התשנ"ט (10 בנובמבר 1998), ובבחירות חוזרות לפי חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975 שיתקיימו בעקבותיהן -

(1) ישמשו כאמצעי זיהוי גם דרכון ישראלי תקף שניתן לפי חוק הדרכונים, התשי"ב-1952, רשיון נהיגה תקף, הכולל את תמונתו של בעל הרשיון, שניתן לפי פקודת התעבורה;

(2) ישמשו כאמצעי זיהוי לחייל בשירות סדיר ובשירות קבע, לשוטר ולסוהר גם תעודת חייל, תעודת שוטר ותעודת סוהר, לפי העניין, הכוללות את תמונתו ואת מספר הזהות של נושא התעודה;

(3) סעיף 60(ג) לחוק הבחירות ייקרא:

'(ג) מי שהצביע תמחוק ועדת הקלפי את שמו מרשימת הבוחרים'."

במקביל תיקן שר הפנים את תקנות סדרי הבחירות. התיקון התבטא בכך שתקנה 18א(א)(3) לתקנות סדרי הבחירה בוטלה (בסעיף 1 לתקנות הרשויות המקומיות (סדרי בחירות) (תיקון), התשנ"ט 1998-). על פי המצב המשפטי החדש, בוחר רשאי לזהות עצמו לא רק באמצעות תעודת זהות, אלא גם על ידי דרכון או רשיון נהיגה. לא נדרש כי בתעודת הזהות יהא דף או ספח, וועדת הבחירות לא נדרשה להחלים בתעודת הזהות חותמת המעידה על ההצבעה.

8. הטענות של העותרים מכוונות הן כלפי חוקיותן של תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי והן כלפי הביטול של תקנה 18א(א)(3) לתקנות סדרי הבחירות. נפנה עתה לבחינת החוקיות של כל אחת מתקנות אלה.

חוקיותן של תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי

9. התקנתן של תקנות שעת חירום הוא עניין חמור. החומרה נובעת מתוך כך שתקנות שעת חירום - שהן בגדר של חקיקת משנה - כוחן יפה "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים" (סעיף 50ג) (לחוק-יסוד: הממשלה). כוח זה של תקנות לשעת חירום פוגע בשני עקרונות בסיסיים של כל משטר דמוקרטי: עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק (המהותי) (ראו: בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים (טרם פורסם; להלן - פרשת שנסי)). פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות כיצד? על פי העקרון של הפרדת הרשויות, הסמכות לחוקק חוקים - לרבות הסמכות לשנותם, להפקיעם או לקבוע בהם תנאים - נתונה לרשות המחוקקת (ראו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון (טרם פורסם, פסקה 20; להלן - פרשת רובינשטיין)). אין זה עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, כי הרשות המבצעת תפלוש לתחומה של הרשות המחוקקת. "משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה בבית-המחוקקים" (השופטים זוסמן וויתקון בבג"ץ 266/68 עיריית פתח-תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824, 831). "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה" (השופט זילברג בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח' 785, 819). פגיעה בעקרון שלטון החוק המהותי כיצד? עקרון זה קובע, כי הסדרים ראשוניים חייבים להיקבע בחקיקה ראשית. חקיקת משנה צריכה לבצע את ההסדרים הקבועים בחוקים (ראו פרשת שנסי, פסקה 14; פרשת רובינשטיין, פסקה 21). חקיקת משנה המשנה הסדרים הקבועים בחקיקה ראשית פוגעת בעקרון שלטון החוק המהותי. אמת, עקרון שלטון החוק הפורמלי מתקיים, שכן מחוקק המשנה פועל מכוח ההסמכה הנתונה לו בחוק-יסוד: הממשלה. אך אין בהסמכה זו כדי לרפא את הפגיעה בעקרון שלטון החוק המהותי הנגרמת מכוחה של חקיקת משנה לשנות, להפקיע זמנית או לקבוע תנאים בחוק (ראו בג"ץ 256/88 מדינוסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19, 46). פגיעה זו בשני

עקרונות היסוד - הפרדת הרשויות ושלטון החוק המהותי - הוקהתה במידה מסויימת על ידי הוראותיו של חוק-יסוד: הממשלה הנוגעת לתקנות שעת חירום. מבין אלה נזכיר, כי הסמכות להתקין תקנות שעת חירום מותנית בהכרזה על קיומה של שעת חירום. הכרזה זו נעשית על ידי המחוקק (סעיף 49(א) לחוק היסוד) והיא מוגבלת בזמן (סעיף 49(ב)). תוקפן של תקנות שעת חירום פוקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן (סעיף 50(ו) לחוק היסוד). בסמוך לאחר התקנתן, יש להניח את התקנות על שולחן הכנסת (סעיף 50(א)).

10. בהוראות אלה אין די. סמכותה של הרשות המבצעת לשנות מחוקי הרשות המחוקקת פוגעת כה קשה בערכים דמוקרטיים, עד כי נדרשות הגבלות נוספות על סמכותה לפגוע בחקיקה הראשית. כך, למשל, נקבע כי תקנות שעת חירום אין בכוחן למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם (סעיף 50(ד)). לענייננו חשובה קביעתו של חוק היסוד כי ניתן להתקין תקנות שעת חירום רק "כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים" (סעיף 50(א)). הנה כי כן, ניתן להתקין תקנות שעת חירום, רק כאשר מתקיימות נסיבות חירום מיוחדות אשר מצדיקות את הסטייה החמורה מעקרון הפרדת הרשויות ומעקרון שלטון החוק המהותי. אכן, הטעם המונח ביסוד השימוש במכשיר יוצא דופן זה הוא, שעלולות להיווצר נסיבות המחייבות פעולה דחופה מטעם הממשלה (ראו קלינגהופר, "על תקנות שעת חירום בישראל", ספר יובל לפנחס רוזן, 86, 88 (תשכ"ב); בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 321 - להלן פרשת פורז). לעניין זה, לא די בכך שבמדינה קיים מצב של חירום (על פי הכרזתה של הכנסת: סעיף 49(א) לחוק-יסוד: הממשלה). זהו תנאי הכרחי אך לא מספיק להתקנתן של תקנות לשעת חירום. נדרש, בנוסף לכך - ולשאר התנאים הקבועים בסעיפים 49 ו-50 לחוק-יסוד: הממשלה - כי החלטתה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, צריכה להתקבל לתכלית ראויה. האמצעים שתקנות שעת החירום נוקטים בהם צריכים להיות מידתיים. כך מתבקש מעקרונות המשפט הציבורי שלנו (ראו בג"ץ 790/78 רוזן נ' שר המסחר והתעשייה והתיירות, פ"ד לז(3) 281; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (טרם פורסם)). בית משפט זה, האמון על שמירת ערכיה של מדינת ישראל - ובהם שמירה על אופיה הדמוקרטי וכיבוד עקרון הפרדת הרשויות - יבדוק בעין בוחנת אם אמנם נתקיימו התנאים המרכיבים סמכות קיצונית זו. "מצווים אנחנו ועומדים" - כתב השופט ח' כהן לפני למעלה משלושים שנה - "להקפיד על כך הקפדה יתירה שלא תושג גבולה של הכנסת, וכתורת הדמוקרטיה ייעשה" (בג"ץ 266/68 עיריית פתח-תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824, 833). האם התכלית לשמה הותקנו תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי היא ראויה? האם האמצעי שבו נקטה הממשלה הוא מידתי? לשאלות אלה נפנה עתה.

11. חוק-יסוד: הממשלה קובע (בסעיף 50(א)) את המטרות לשמן ניתן להתקין תקנות שעת חירום.

מטרות אלה הן:

"להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים".

על פי הוראה זו - כפי שנתפרשה על ידי בית משפט זה בעבר שעה שהיתה כלולה בסעיף 9(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח 1948 - מטרות אלה כוללות לא רק מצבים של איום על קיום המדינה וחוסנה (למקרים אלה של מצב חירום "במובן הצר", ראו כהן, "מעשי טלאים" בדיני חירום, משפטים כט 623 (1998)). מטרות אלה משתרעות גם, בין השאר, על מצבי משבר, שאינם מאפשרים מתן שירותים שהם חיוניים. כך, למשל, נפסק כי "קליטת העליה היא 'פעולה חיונית' מובהקת מאין כמוה, בפרט בימים אלה, כשאלפי עולים נוהרים לישראל והעם כולו נחלץ למבצע הקליטה" (השופט ש' לוין, בפרשת פורז, עמ' 321). בדומה נפסק כי הבטחת שידורי תעמולת בחירות בטלויזיה וברדיו הינה שירות חיוני (בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 237 - להלן - פרשת קלופפר-נוה). ברוח זו נראה לי, כי הבטחת הגשמתה של זכות ההצבעה בבחירות לרשויות המקומיות לכ-400,000 מצביעים נועדה להבטיח ולקיים את "השירותים החיוניים". הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות יסוד בכל משטר דמוקרטי (ראו רע"א 7504/95 יאסין נ' 'ימין ישראל', פ"ד נ(2) 45, 59; בג"ץ 6601/95 שמגר נ' ראש המטה הכללי, פ"ד מט(5) 240, 243). כך לעניין הבחירות לכנסת; כך לעניין הבחירות לרשויות המקומיות (ראו בג"ץ 753/87 בורשטיין נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 462, 474; דנג"ץ 1913/97 מואסי נ' שר הפנים (טרם פורסם)). הבטחת זכותו של אדם להשתתף בבחירות הינה "שירות חיוני" במדינה דמוקרטית, שכן "אין דמוקרטיה ללא מוסדות נבחרים ייצוגיים, ואין מוסדות נבחרים ייצוגיים ללא בחירות חופשיות" (הנשיא שמגר בפרשת קלופפר-נוה, עמ' 241). אין בחירות חופשיות אם ממאות אלפי בוחרים נמנעת האפשרות להגשים את זכותם לבחור. אכן, אם הבטחת תעמולת בחירות היא בגדר "השירותים החיוניים" המאפשרים התקנתן של תקנות שעת חירום, פשיטא שהבטחת המימוש, הלכה למעשה, של זכות ההצבעה, היא שירות חיוני.

12. האמצעים בהם נוקטת הממשלה - והמקימים את סמכותה להתקין תקנות שעת חירום - צריכים להיות מידתיים. חייב להתקיים קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי (מבחן האמצעי המתאים). האמצעי הנבחר צריך לפגוע בערכי היסוד, בעקרונות יסוד או בזכויות יסוד - בענייננו בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון של שלטון חוק מהותי - במידה הפחותה ביותר (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה); האמצעי שהממשלה נקטה בו צריך לפגוע בערכים, בעקרונות ובזכויות מתוך יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית (מבחן המידתיות במובן הצר) (ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר (טרם פורסם)). האם מידתיות זו מתקיימת בעניין שלפנינו? בכל הנוגע לתקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי, אין לנו צורך לבחון שאלה זו במלוא היקפה, שכן העותרים ריכזו

טענותיהם בהקשר זה אך לעניין אחד בלבד. עניין זה הוא אם מתקיים בענייננו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. נפנה למבחן זה ולפעולתו בעניין שלפנינו.

13. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה קובע, כי האמצעי הנבחר צריך לפגוע בערכים ובעקרונות במידה הקטנה ביותר. כך, למשל, עד כמה שתקנות שעת חירום פוגעות בזכויות אדם - כגון חופש הביטוי, זכות הקניין, חופש העיסוק - יש להראות כי ההסדרים שהתקנות קבעו פוגעות בזכויות אלה במידה הקטנה ביותר (חוסר מידתיות "פנימית"). בטיעונים שבפנינו, נתבקשה הפעלה שונה של מבחן זה. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם עצם השימוש בתקנות שעת חירום הינו אמצעי מידתי, או שמא היה מקום לנקוט באמצעי האחר המצוי תמיד בידי הממשלה, והוא הפניה לכנסת לחקיקתה של חקיקה ראשית (חוסר מידתיות "חיצונית"). בהיעדר מידתיות זו, אין לממשלה סמכות להתקין תקנות שעת חירום. על היבט מיוחד זה של מבחן המידתיות עמד בית משפט זה, בציינו, מפי השופט ש' לוי:

"מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת" (פרשת פורז, עמ' 321).

השופט ש' לוי הביא בפסק דינו בפרשת פורז בהסכמה את דבריו הבאים של פרופ' קלינגהופר, ברשימה מרכזית בתחום זה:

"טעמו של סעיף 9 [לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948], שהוחלף על ידי סעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה] הינו בכך שבשעת חירום עלולות להיווצר נסיבות המחייבות 'חקיקה דחופה' שהגוף המחוקק אינו מסוגל לקבלה במהירות הדרושה או המונעת בעדו לפעול, אם באורח תקין ואם בכלל" (קלינגהופר, שם, עמ' 88).

ועל עקרון דומה עמד פרופ' רובינשטיין, בציינו:

"השימוש בסמכות להתקין תקנות לשעת חירום חייב להיות מוגבל ומצומצם. ההצדקה היחידה לשימוש בסמכות זו הינה המהירות, שבה ניתן להוציא אל הפועל את ההסדר. לפיכך, אם ניתן להסדיר נושא מסוים - במהירות הדרושה - בהליך רגיל של חקיקה, עשוי בית המשפט לשלול את תוקפן של תקנות לשעת חירום" (א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, 819 (מהדורה חמישית, כך ב', 1996)).

המצבים הטיפוסים להפעלת היבט זה של עקרון המידתיות (המידתיות "החיצונית") הם כאשר קיים מצב חירום "במובן הצר". מצבים אלה מתאפיינים בקיומו של סיכון בטחוני היוצר איום על בטחון המדינה, המונע כינוסה של הכנסת. אך עשויים להיות מצבים נוספים, בהם אין מצב של חירום "במובן הצר". אכן, כשם שהסמכות להתקין תקנות שעת חירום אינה מוגבלת אך למצבי חירום "במובן הצר", כך גם בחינת האמצעים שפגיעתם היא הקטנה ביותר אינה מוגבלת אך למצבים בהם קיימת מניעה לפנות לכנסת בשל מצב חירום בטחוני. הנה כי כן, השאלה הניצבת בפנינו הינה האם במקרה שלפנינו ניתן היה לפנות לכנסת ולהסדיר באמצעות חקיקה רגילה את שהממשלה הסדירה באמצעות תקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי?

14. תשובה לשאלה זו מחייבת חזרה לעובדות המקרה. העיצומים במשרד הפנים נמשכו כשלושה שבועות. התקוה כי הם יפסקו הלכה ונמוגה, ואילו מועד הבחירות לרשויות המקומיות - הוא 10.11.1998 - הלך וקרב. ב-4.11.1998 עשתה הממשלה מעשה. הותקנו תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי. הן פורסמו למחרת היום (ק"ת 5935, התשנ"ט, עמ' 60), והונחו (ביום 5.11.1998) על שולחנה של ועדת החוץ והבטחון (כנדרש בסעיף 50(א) לחוק-יסוד: הממשלה). בו ביום (הוא ה-5.11.98) נסתיימו העיצומים. נמסר לנו כי בפרק הזמן הקצר שנותר עד לבחירות, אין שום אפשרות מעשית להנפיק תעודות זהות וספחים בכמות הנדרשת (כ-400,000 פונים). אכן, עד לבחירות נותרו חמישה ימים. אם נזכור כי השבת נופלת למסגרת זו, כי אז נותרו ארבעה ימים (ימים חמישי, ששי, ראשון ושני) לפנות לכנסת. האם ניתן היה, בזמן קצר זה, לסיים את הליכי החקיקה? בדברי תשובתם ציינו המשיבים כי "לא היה די זמן להעריך לכך". בהעדר נתונים, יקשה עלי להכריע בשאלה זו. על פי מהלך הדברים הרגיל, על הממשלה לקבל החלטה על הגשת דבר חקיקה לקריאה ראשונה; יש לפרסם הצעת חוק; יש לקיים קריאה ראשונה במליאת הכנסת; יש לקיים דיון בוועדה של הכנסת, תוך מתן אפשרות לחבריה להביע דעתם, ואם יש צורך בכך, שמיעת עמדתם של המומחים לענייני בחירות; יש לקיים קריאה שניה ושלישית. נסיון החיים מלמד כי ניתן לקצר הליכים אלה. האם ניתן לדחוס בארבעה ימים? יתכן. עם זאת, מבקש אני להשאיר עניין זה בצריך עיון, שכן כיום השאלה אינה זו אם טעתה הממשלה בכך שלא פנתה מיד לכנסת. מוכן אני, לצורכי עתירה זו, להניח כי אכן ניתן היה לממש אמצעי זה, ולפנות לכנסת. אך הממשלה לא עשתה כן. הדיון בבית המשפט נערך ביום ראשון (ה-8.11.98). נותרו יום ומחצית היום עד ליום הבחירות. בזמן קצרצר זה לא ניתן היה לפנות לכנסת. אכן, האמצעי החילופי, שפגיעתו בערכי היסוד קטנה יותר, צריך להיות אמצעי ריאלי, ולא פורמלי. הפניה לכנסת אינה אך לשמה. הכנסת מתבקשת לשקול ולהחליט. אין "להצמיד אקדח לרקתה". שיקול דעת כזה לא ניתן לכאורה להפעילו - באשר יש למצות את כל הליכי החקיקה - בתוך יום ומחצית היום. הנה כי כן, מוכן אני להניח כי הממשלה טעתה בגישתה, והיה עליה ליזום הליכי חקיקה כבר ביום חמישי (ה-5.11.98). אך היא לא עשתה כן. המציאות בה אנו עומדים הינה, שהאופציה היחידה שנותרה היא ביזום הליכי חקיקה ביום ראשון (ה-8.11.98). אופציה זו אינה מעשית. אמצעי חילופי

מידתי לא קיים, איפוא, וממילא אין לומר כי האמצעי בו בחרה הממשלה - התקנתן של תקנות שעת חירום - אינו מידתי.

15. יטען הטוען: אם אמנם טעתה הממשלה בהחלטתה שלא לפנות (ביום 5.11.98) לכנסת, הרי גורר אחריו הדבר את בטלותן של תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי. מכיוון שכך, לא נותר לבית המשפט אלא להכריז על כך. אין בידי לקבל טיעון זה: בטלותן של התקנות היא יחסית. "בטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו" (ע"פ 768/80 שפירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 362). כל עוד לא החלטנו, ביום ראשון, כי התקנות שהותקנו ביום חמישי שקדם לו, הן בטלות, ממשיכות התקנות לעמוד בעינן. אילו ניתן היה ביום ראשון לפנות לכנסת, ניתן היה גם להצהיר כי התקנות בטלות, שכן קיום אופציה חילונית שוללת את המידתיות מהתקנות עצמן. אך הפניה לכנסת ביום ראשון אינה מעשית. אמצעי חילופי זה אינו קיים כאופציה ממשית. בנסיבות אלה נופלת הטענה כי התקנות אינן מידתיות בשל קיומו של אמצעי חילופי.

16. אך הטוען ממשיך בשלו: לממשלה עמדה האופציה לפנות לכנסת ביום חמישי (ה-5.11.98). משלא עשתה כן, מן הראוי הוא שבית המשפט - המתבקש להפעיל את שיקול דעתו ביום ראשון (ה-8.11.98) - יתחשב בנתון זה, תוך שייקבע שטעותה של הממשלה פאטאלית היא, ודין התקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי להתבטל. אכן מקובל עלי, כי העניין נתון לשיקול דעתנו, וכי שיקולים חשובים של דמוקרטיה - המעוגנים בעקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק המהותי - תומכים בתוצאה זו. אך אין אלה השיקולים היחידים. אותם שיקולי דמוקרטיה, המצדיקים ביטול תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי, פועלים גם בכיוון ההפוך. תהא זו פגיעה קשה בדמוקרטיה אם כ-400,000 מצביעים לא יוכלו לממש את זכותם, אך בשל כך שאין בידם תעודות זהות או ספח. במצב דברים זה כפות המאזניים מעוינות, ומעשה השלטון צריך להישאר בעינו.

17. האין לומר כי האלטרנטיבה אינה רק בין הכשרתן של תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי לבין מניעת השתתפותם של כ-400,000 בוחרים בבחירות, וכי קיימת אפשרות שלישית - דחיית הבחירות? אין לי צורך לבחון את ההשפעה של דחיית מועד הבחירות על הדמוקרטיה שלנו. די אם אציין כי, כדברי חברי השופט מ' חשין,

"העקרון המורה אותנו על עריכתן של בחירות לאחר תקופת כהונה הקצובה מראש ובמועדים קבועים מראש - הוא עקרון התשתית, וכוחו נעלה על כל שאר עקרונות והוראות במשפט הבחירות. לאמיתם של דברים חולש עקרון זה על כל המשפט הציבורי, והוא אבן-הראשה בשיטת המשפט כולה. עקרון זה (בצידם של עקרונות-נפילים כמותו) עושה את ישראל מדינה דמוקרטית" (דנג"ץ 1913/97 מואסי נ' שר הפנים (טרם פורסם, פסקה 23).

בפרשה שלפנינו אין לי צורך לבחון עניין זה, שכן כשם שלא ניתן היה לפנות לכנסת ביום ראשון (8.11.98-) לשם חקיקת חוק בדבר אמצעי זיהוי בבחירות לרשויות המקומיות, כן אני מניח כי לא ניתן היה לפנות באותו מועד לכנסת לשם דחיית הבחירות. אופציה זו של דחיית הבחירות אינה עומדת כלל ועיקר לבחינתנו. האפשרויות הן אך שתיים: קיום בחירות במועד תוך קביעת אמצעי זיהוי חדשים באמצעות תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי, או קיום הבחירות במועד תוך ויתור על השתתפותם של כ-400,000 מצביעים.

18. טענה אחרת שהועלתה כנגד תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי היא זו: על פי הדין הקודם שימשה תעודת הזיהוי בלבד כאמצעי זיהוי. מי שהצביע, הטביעה ועדת הקלפי בתעודת הזיהוי שלו חותמת המעידה שהצביע. תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי הכניסו בהסדר זה שני שינויים: ראשית, ניתן להצביע לא רק באמצעות תעודת זיהוי, אלא גם באמצעות דרכון ישראלי ורשיון נהיגה; שנית, בוטלה הדרישה בדבר הטבעת החותמת. לטענת העותרים, שניים אלה פוגעים בטוהר הבחירות. דין הטענה להידחות. העותרים לא הציבו תשתית עובדתית לטענתם, כאילו זיהוי הבוחרים על ידי דרכון ורשיון נהיגה - ותעודת שוטר, סוהר או חייל לשוטרים, סוהרים או חיילים - תביא לזיופים. כל התעודות הללו הן תעודות רשמיות ואמינות. הן נושאות תמונה ומציינות את מספר תעודת הזיהוי של בעליהן. אלה הן תעודות שקשה לזייף. זאת ועוד: בעת ההצבעה נמחק שמו של מי שבחר מרשימת הבוחרים המצויה בידי ועדת הקלפי (ראה סעיף 60(ג) לחוק הבחירות). כל אלה מבטיחים ככל האפשר טוהר בחירות. ואשר להטבעת חותמת: נמסר לנו כי בעבר נדרשה הטבעת החותמת גם בבחירות לכנסת (סעיף 78 לחוק הבחירות לכנסת, הזהה בניסוחו לסעיף 60 לחוק הבחירות). ב-1996 תוקן חוק הבחירות לכנסת. בוטלה החובה של הטבעת חותמת בתעודת הזיהוי (ראו סעיף 74 לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה [נוסח משולב], התשכ"ט-1969). אם הסדר זה טוב הוא וראוי לעניין הבחירות לכנסת, קשה לקבל הטענה כי אין הוא סביר לעניין הבחירות לרשויות המקומיות.

חוקיותן של תקנות סדרי הבחירות

19. במקביל להתקנתן של תקנות שעת חירום בדבר אמצעי זיהוי, שונו גם תקנות סדרי הבחירות. על פי הדין הקודם לא הורשה בוחר להצביע אם בתעודת הזיהוי שלו חסר "הדף או הספח שעליו חייבת ועדת הקלפי להטביע את החותמת המעידה על ההצבעה" (סעיף 18א(3) לתקנות סדרי הבחירות). הסדר זה שונה. ביום 5.11.98 - הוא היום בו פורסמו תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי - פורסמו תקנות הרשויות המקומיות (סדרי בחירות) (תיקון), התשנ"ט-1998. נקבע בהן כי תקנה 18א(3) - בטלה. נמצא, כי בוטלה הדרישה כי ניתן להזדהות בתעודת זיהוי רק אם יש בה דף או ספח עליו יש להטביע את החותמת. בכך התאימו עצמן

תקנות סדרי הבחירות להוראתן של תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי, שביטלו את הצורך בהטבעת החותמת. אכן, אם אין צורך בהטבעת חותמת בתעודת הזהות מה צורך יש בדף או בספח לתעודת הזהות, שכל תפקידו אינו אלא לשם הטבעת החותמת? הנה כי כן, משעומדות תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי בתוקפן, אין גם לשלול את חוקיותן של תקנות סדרי הבחירות בכל הנוגע לביטול דרישת הדף או הספח. זאת ועוד: עד כמה שהטענה הינה כי היתור על דרישות הספח, הוא כשלעצמו יגביר את אפשרויות הזיופים, אין לנו אלא לציין, כי על פי המידע המצוי בידי המפקח על הבחירות, רוב הבעיות בבחירות הן הצבעות "מזוהות", דהיינו, פגיעה בחשאיות ההצבעה. כן נפוצה התופעה של התחזות. הצבעה כפולה אותה נועד הספח למנוע, מתרחשת בעיקר בקרב חיילים המצביעים הן בקלפיות אזרחיות והן בקלפיות צבאיות, וכדי לפתור זאת הם מצביעים במעטפות כפולות. נמצא, כי לפי המידע שנמסר לנו, לא יהיה בביטול הצורך בהטבעת הספח משום פגיעה ממשית בטוהר הבחירות. יצוין, כי גם בבחירות לכנסת שוב אין צורך בספח כאמצעי זיהוי, ולא נדרשת הטבעת חותמת המעידה על ההצבעה.

דבר לסיום

20. הגעתי למסקנה כי תקנות שעת החירום בדבר אמצעי זיהוי הותקנו כדין. לא היתה זו מסקנה קלה. פגיעתן של תקנות אלה בדמוקרטיה קשה היא. אם אישרנו אותן, הרי זה רק משום שביטולן יביא אף הוא לפגיעה קשה בדמוקרטיה. אוי לי מיוצרי ואוי לי מייצרי. מקווה אני כי פסק דיננו זה - דעת הרוב ודעת המיעוט גם יחד - יצביע על הקשיים הרבים הנערמים בפני הממשלה בהתקינה תקנות שעת חירום. מצפה אני לכך, כי השימוש בתקנות שעת חירום לא יהווה אמצעי ראשון אלא אחרון. אכן, כשאירועים כמו אלו שבפנינו מתרחשים והולכים, יש לנקוט בעוד מועד בכל האמצעים הנדרשים כדי שהכנסת תוכל לומר את דברה. חוק או תקנות שעת חירום - חוק עדיף תמיד.

מטעמים אלה דחינו (ביום 8.11.98) את העתירות.

ה נ ש י א

השופט מ' חשין:

ביום 8 בנובמבר 1998 היכרענו בדין של שתי עתירות אלו שלפנינו. נתפלגנו בדיעותינו: חברי הנשיא ברק והשופט דורנר סברו כי נכון יהא לדחות את העתירות, ואילו אני, בדעת מיעוט, סברתי אחרת. חברי הנשיא ברק נימק את דעתו. הגיעה עיתי שאנמק את דעתי-שלי.

2. אדם כי יִחַלֶּה, סם-מרפא יינתן לו לחוליו, חולי חולי וסם-המרפא שיועד לו. סם-מרפא שיועד לחולי, יחליש את הגוף ועוד מעט-קט והגוף יבריא. סם-מרפא הניתן לחולי לא-לו, עלול אותו סם-מרפא להפוך לסם, להחליש את גופו של החולה ולהזיק לו. סם-מרפא רב-עוצמה כי יינתן לחולי לא-לו, עלול הוא להחליש במאוד את גופו של החולה, להזיק לו במאוד. תקנות-שעת-חירום כסם-מרפא רב-עוצמה. תקנות-שעת-חירום כי תותקנה לעת הידרשן, תהיינה התקנות לעזר, להקלה ולהבראה. תקנות-שעת-חירום כי תותקנה באין הצדק לדבר, עלולות הן התקנות להזיק לגופה של החברה בישראל, לפגוע בערכי המשפט, להחליש את ההליך הדימוקרטי. ואם זאת יִגְלֶה לעיני בית-המשפט, נעשה כמיטבנו לעצור בעד מתקין התקנות, שמא יזיק במעשה ההתקנה - אפשר יזיק במאוד - לערכים החשובים לנו, שמא יחליש את השלד הדימוקרטי המחזיק את גופה של המדינה.

3. דרך העולם היא, כמסתבר, שלהשגת התכלית הטובה בעיניו יבקש איש הביצוע לעשות קַפְנִדְרִיּוֹת. וגם אם נסכים עימו שהתכלית אכן טובה היא, נבוא עימו בריב אם ילך שלא בדרך הישר. שכן המטרה - ולו הטובה שבמטרות - לא תקדש את האמצעי הפסול. כוונתו של איש-הביצוע יכולה שתהא כוונה טובה, אך כְּאֶמֶר המלאך למלך הכוזרים: כוונתך רצויה אבל מעשך אינו רצוי. בהתקנה אותן תקנות-שעת-חירום שלפנינו, עשתה הממשלה בענייננו קַפְנִדְרִיּוֹת בלתי-ראויה, וסברתי בזמנו כי שומה עלינו לומר כך ולהכריע כך בדין. עתה אפשר מה טעם ראיתי במעשה הממשלה קַפְנִדְרִיּוֹת, ומה טעם אותה קַפְנִדְרִיּוֹת בלתי ראויה היא, לדעתי.

עיקרי העובדות שלעניין, המיתווה הנורמטיבי והשאלות שבמחלוקת

4. ענייננו הוא באירועים שאירעו בסמוך לפני יום ה-10 בנובמבר 1998, היום שיועד להיות יום הבחירות לרשויות המקומיות בישראל. במשך כשלושה שבועות קודם אותו יום החלו עובדי מינהל האוכלוסין של משרד הפנים בעיצומים, בהימנעם ממתן שירות לקהל שהתדפק על דלתותיהם. כך נמנע מן הציבור להגיע אל סניפי מינהל האוכלוסין להנפקת תעודות זהות וספחים לתעודות זהות. המדובר היה, לפי אומדנו של משרד הפנים, בכ-400,000 איש שנדרשו לתעודות זהות או לספחים לתעודות זהות. לפי הדין ששרר אותה עת, נדרש אדם - כדי להצביע בבחירות - גם לתעודת זהות גם לספח לתעודת זהות, ולו נמשכו העיצומים והלכו עד ליום הבחירות, לא היו יכולים אותם 40 ריבוא אדם להצביע. הבה נתאר בקצרה את הדין ששרר אותה שעה.

5. הוראות-הדין שהיו בתוקף כשבוע לפני היום שיועד לבחירות באו בשני דברי-חוק, ואלה הם: חוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965 (להלן נכנה אותו - חוק הבחירות) ותקנות הרשויות המקומיות

(סידרי בחירות), התשכ"ה-1965 (להלן נכנה תקנות אלו - תקנות הבחירות). וכך הורו אותנו סעיפים 9(ב) ו-60- לחוק הבחירות:

"ההצבעה" 9.(א)...
(ב) בכפוף להוראות סעיף 78, רשאי כל בוחר להצביע... רק אם זיהה את עצמו בהתאם לסעיף 60".

"זיהוי הבוחרים" 60. (א) הרוצה להצביע חייב לזהות את עצמו לפני ועדת הקלפי.
(ב) כאמצעי זיהוי תשמש רק תעודת זהות תקפה שניתנה לפי פקודת מרשם התושבים, התש"ט-1949, או לפי חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.
(ג) מי שהצביע, תטביע ועדת הקלפי בתעודת הזהות שלו חותמת המעידה שהצביע ותמחוק את שמו מרשימת הבוחרים".
(ההדגשה הוספה - מ' ח')

וכך הורתה אותנו תקנה 18א(א) לתקנות הבחירות:

"תעודת זהות" 18א.(א) לא יורשה בוחר להזדהות לצורך הצבעה בתעודת זהות שחסר בה אחד מאלה:
(1) תמונת בעל התעודה;
(2) הדף שבו רשום שמו של בעל התעודה;
(3) הדף או הספח שעליו חייבת ועדת הקלפי להטביע את החותמת המעידה על ההצבעה".

וזו תמצית הדין ששרר אותה עת:

(1) הרוצה להצביע חייב לזהות את עצמו לפני ועדת הקלפי, וכאמצעי זיהוי תשמש רק תעודת זהות (סעיפים 9(ב) ו-60(א) ו-(ב) לחוק הבחירות);

(2) מי שהצביע, תטביע ועדת הקלפי על הספח לתעודת הזהות (או על דף בתעודת הזהות) חותמת המעידה על ההצבעה (סעיף 60(ג) לחוק הבחירות);

(3) בנוסף לכך תמחוק ועדת הקלפי את שמו של המצביע מרשימת הבוחרים (סעיף 60(ג) לחוק הבחירות).

הוא שאמרנו: בלא תעודת זהות ובלא ספח לתעודת זהות לא ניתן היה להצביע בבחירות לרשויות המקומיות.

6. העיצומים נמשכו בעוז, יום הבחירות קרב והלך, ו40- ריבוא אדם (לדברי משרד הפנים) צבאו על הפתחים לקבל תעודות זהות וספחים לתעודות זהות. ראתה הממשלה כי-רע, והחליטה לעשות מעשה. מעשה ראשון היה מעשהו של שר הפנים. ביום שלישי, ה3- בנובמבר 1998 - שבוע לפני יום הבחירות המיועד - חתם שר הפנים על תקנות הרשויות המקומיות (סידרי בחירות) (תיקון), התשנ"ט1998-. "תקנות" אלו מחזיקות תקנה אחת בלבד, ולפיה בטלה פסקה (3) לתקנה 18א(א) לתקנות הבחירות. בכך נתייטר הצורך בקיומו של ספח לתעודת הזהות, אותו ספח שעליו אמורה ועדת הקלפי להטביע חותמת המעידה על הצבעה.

למחרת היום, ביום רביעי ה4- בנובמבר 1998, התקינה הממשלה את תקנות-שעת-חירום נושא הדיון, והן: תקנות שעת חירום (אמצעי זיהוי וסידרי הצבעה בבחירות לרשויות המקומיות), התשנ"ט1998-. וזו לשון אותן תקנות:

"תקנות שעת חירום (אמצעי זיהוי וסידרי הצבעה בבחירות לרשויות

המקומיות), התשנ"ט1998-

בתוקף סמכותה לפי סעיף 50(א) לחוק יסוד: הממשלה, מתקינה הממשלה

תקנות שעת חירום אלה:

1. על אף האמור בסעיף 60 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה1965- (להלן - חוק הבחירות), בבחירות לרשויות המקומיות ולראשות הרשויות המקומיות שיתקיימו ביום כ"א בחשון התשנ"ט (10 בנובמבר 1998), ובבחירות חוזרות לפי חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה1975-, שיתקיימו בעקבותיהן -

**הזדהות
באמצעות
תעודות אחרות
ופטור מחובת
הטבעה בתעודת
זהות**

(1) ישמשו כאמצעי זיהוי גם דרכון ישראלי תקף שניתן לפי חוק הדרכונים, התשי"ב1952-, ורשיון נהיגה תקף שניתן לפי פקודת התעבורה, הכולל את תמונתו של בעל הרשיון;

(2) ישמשו כאמצעי זיהוי לחייל בשירות סדיר ובשירות קבע, לשוטר ולסוהר גם תעודת חייל, תעודת שוטר ותעודת סוהר, לפי הענין, הכוללות את תמונתו ואת מספר הזהות של נושא התעודה;

(3) סעיף 60(ג) לחוק הבחירות ייקרא:

'(ג) מי שהצביע תמחוק ועדת הקלפי את שמו מרשימת הבחורים.'"

ממחרת היום, ביום חמישי ה-5 בנובמבר 1998, הונחו תקנות אלו על שולחנה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, וב-ביום פורסמו בקובץ התקנות (קה"ת מיום 5 בנובמבר 1998, מס' 5935 לשנת תשנ"ט, 60). באותו יום פורסמו גם תקנות התיקון לתקנות הבחירות (קה"ת מיום 5 בנובמבר 1998, מס' 5934 לשנת תשנ"ט, 44).

7. זזה היה עיקר הדין לאחר ששונה ביום 5 בנובמבר 1998, בתקנות-שעת-חירום ובתיקון לתקנות הבחירות:

(1) הרוצה להצביע חייב לזהות את עצמו לפני ועדת הקלפי, וכאמצעי זיהוי ישמשו, בנוסף לתעודת זהות, גם דרכון או רשיון נהיגה (הכולל את תמונת בעל הרשיון);

(2) אין צורך עוד בספח (שעליו הטביעה ועדת הקלפי, לפי הדין הקודם, חותמת המעידה על ההצבעה);

(3) ועדת הבחירות תספק עצמה במחיקת שמו של המצביע מרשימת הבחורים.

8. העיצומים פסקו ביום פירסומן של התקנות - ביום ה-5 בנובמבר - אך אירוע זה אינו כלל לענייננו, ואין הוא משמש כמרכיב בחוות-דעתי (כשם שאין הוא משמש מרכיב בחוות-דעתו של חברי הנשיא). הממשלה לא יכולה היתה לדעת מראש על כך שהעיצומים ייפסקו ביום ה-5 בנובמבר, וממילא לא ראוי היה לה - כממשלה - כי תתכנן את מהלכיה על-פי אותו אירוע שלא ידעה כי יארע. בהמשך חוות דעתנו נתעלם כליל מהפסקת העיצומים, ונניח - לזכות הממשלה - כי העיצומים נמשכו והלכו עד ליום הבחירות.

9. העתירה בבג"ץ 6971/98 הוגשה לבית-המשפט ביום רביעי ה-4 בנובמבר, והעתירה בבג"ץ 6972/98 הוגשה ביום חמישי, ה-5 בנובמבר. שתי העתירות כאחת נקבעו לשמיעה ליום ראשון ה-8 בנובמבר.

10. שתי העתירות שלפנינו מכוונות עצמן גם כנגד תקנות-שעת-חירום - אשר שינו את הוראת סעיף 60 לחוק הבחירות - גם כנגד התקנות לתיקון תקנות הבחירות, אשר ביטלו את הצורך בקיומו של ספח לתעודת זהות כתנאי מוקדם להצבעה. טענת העותרים היא, כי גם אלו גם אלו בלתי חוקיות הן, אשר-על-כן יש להתעלם מהן כתקנות שלא-היו. למותר לומר כי את עיקר המאמץ משקיעים העותרים בתקנות-שעת-חירום, בהתקיפם אותן מכל-עבר. חברי הנשיא מצייר את גלי-ההתקפות אחד לאחד, ואחד לאחד הודף הוא אותם. כשאני לעצמי, אין אני מוצא צורך לדון אלא באחת מטענות העותרים. הטענה היא זו, שלא נתמלאו אותם תנאים מוקדמים הנדרשים להתקנתן של תקנות-שעת-חירום; כי לא נתקיים צורך והצדק להשקות את משפט המדינה באותו סם-מרפא רב-עוצמה המכונה תקנות-שעת-חירום. אשר לשאר הטענות המתוארות בחוות דעתו של חברי הנשיא, אותיר את הכרעתי בהן לעת-מצוא.

11. דעתי היא, כי ידה של הממשלה היתה קלה - קלה יתר-על-המידה - בהתקנתן של תקנות-שעת-חירום שהתקינה, בלא שניסטה כלל לעשות את שנתבע ממנה כי תעשה; לאמור, כי תחת אשר תעשה בכוחה לשינוי חוק הכנסת - באמצעות תקנות-שעת-חירום - תפנה אל הכנסת ותבקש ממנה כי תעשה היא - הכנסת, המחוקק - לשינוי הדין.

להנמקת דעתנו הבה ניכנס אל מעבה-האדמה ונבחן מעט את השורשים המחזיקים אותנו על האדמה. נאמר דברים שכולנו ידענו, אמנם - ידענו ושינו - אך דומה שראוי כי ננער עצמנו מעת-לעת, להזכירנו מנין באנו ולאן מבקשים אנו לילך.

עיקרים במשפט ישראל

12. שיטת המשפט בישראל - כמוה ככל שיטת-משפט אחרת - נבנית על עיקרי-יסוד. עיקרים אלה, יש שהם כתובים מפורשות בחוק - כך, למשל, הקביעה הנורמטיבית כי ערכיה של מדינת ישראל הם ערכים של מדינה יהודית ודימוקרטית - ואולם עוצמתן העיקרית היא בכך שחרותם הם בצופן הגנטי של כל נורמה ונורמה במשפט המדינה (ראו והשוו: בג"ץ 7351/95 ועוד נבואני נ' השר לענייני דתות, (טרם פורסם; בפסקה 35 לחוות-דעתי); דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס (טרם פורסם; בפסקאות 24 ו-25 לחוות-דעתי). ערכים אלה, אנו חוזרים ומזכירים אותם השכם-והערב, שוב ושוב, ואולם דומה כי דווקא חזרה זו - חזרה ללא-הרף - שוחקת את פניהם עד שנדמים הם לאסימון שחוק.

13. עיקר אחד הוא העיקר של הפרדת הרשויות: המחוקק יחוקק, המבצע (הממשלה) יבצע והשופט ישפוט. צירוף התיבות "הפרדת הרשויות" אינו מעיד על תוכנו במלואו. הלז בְּעִיקְרָא זה אינו ב"הפרדת הרשויות" - הפרדה בין הרשויות, באשר הפרדה היא - אלא בביזור כוחות וסמכויות בין רשויות שונות ונפרדות; שבעיקרי הדברים הרשות המחוקקת תחוקק, ואך ורק תחוקק: לא תבצע ולא תשפוט; הרשות המבצעת תבצע - לא תחוקק ולא תשפוט; והרשות השופטת תשפוט - לא תחוקק ולא תבצע. על ייחודו של מעשה החקיקה למחוקק קבעה ההלכה, כי אין מחוקק אלא הכנסת, ואין מחוקק-מישנה אלא מכוח חקיקת הכנסת (ראו: בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399). הוסיף והשמיענו השופט זילברג בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, (פ"ד ח 785, 819) כי: "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה". באומרנו חקיקה, כוונתנו היא לא אך למעשה הפורמלי של יצירת חוק, אלא לכך שהסדרים ראשוניים ייקבעו בידי המחוקק דווקא. הסדרים ראשוניים הינם אותם הסדרים שבהיותם נוגעים לנומרות התנהגות החלות על כלל הציבור או לשאלות-יסוד בחיינו, נִצְפָּה כי המחוקק הראשי יקבע אותם בחוק. ראו עוד והשוו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון; בג"ץ 715/98 רסלר נ' שר הביטחון (טרם פורסם); פסקה 19 ואילך לפסק דינו של הנשיא ברק, והאסמכתאות שם). הגדרה זו להסדרים ראשוניים הינה הגדרה מעגלית-משהו, ואיתורם של אותם הסדרים ראשוניים יעשה מעת-לעת ומעניין לעניין.

אכן כן: ביזור-הכוחות אינו הרמטי, אך כולנו ידענו כי זה העיקר, זו השאיפה, והוא עמוד-האש ועמוד-הענן שידריכונו לילה ויום. ריכוז כוחות ביד אחת - ריכוז המאפיין משטר אוטוקרטי - נרחק ממנו ככל שנוכל, ונוסיף ונעשה ככל-יכולתנו כדי שכל אחת מן הרשויות תחרוש בשדה בלבד, בלא שתעבור את הגבול ותיכנס אל שדה שרשות זולתה חורשת בה.

14. באומרנו כי המחוקק יחוקק והמבצע (הממשלה) יבצע, ידענו כי לא אמרנו אלא מיקצת מן-האמת. סביכותם של החיים בחברה המודרנית אינם מותרים ברירה למחוקק אלא להעביר מיקצת מסמכויותיו למבצע, וזאת - בעיקר - על דרך של הסמכתה של הממשלה ושל הפועלים מטעמה להתקין תקנות הנושאות עימהן הסדרים ראשוניים (תקנות *praeter legem*). ואולם, גם אם נתיר סטיה זו מעיקר ביזור-הכוחות, העיקר על מכונן יישאר. ראו עוד והשוו: רובינשטיין ומדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, הוצאת שוקן, תשנ"ז 1996-) 359 ואילך; בג"ץ 2740/96 עזיז שנסי נ' המפקח על היהלומים (טרם פורסם, בפסקה 14 לחוות-דעתי). כתב על-כך מורנו, הפרופסור יצחק הנס קלינגהופר, במאמרו "שלטון החוק וחקיקת מישנה", הד משפט (ירושלים, תשי"ז 1957-) 202, 203:

"...במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק.

... שלטון החוק אף אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, דהיינו, להעביר אליו סמכות זו. כל מסירה של הסמכות האמורה לרשות מינהלית מנוגדת לשלטון החוק. מקום בו שורר שלטון החוק, אין המחוקק חפשי לבחור בין שתי הדרכים, דהיינו לכבול בעצמו את המינהל על-ידי חקיקת הסדרים ראשוניים, או להסמיק את המינהל לעשות תחתיו מלאכה תחיקתית זו; אלא שומה עליו לקבוע הסדרים אלה בכבודו ובעצמו. עקרון שלטון החוק דורש כי כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי, וכי קביעת אותם הסדרים תהא בסמכותו היחודית של המחוקק ולא תועבר אל שלטונות מינהליים".

(המאמר פורסם גם בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (עורך יצחק זמיר, תשנ"ג 1993-105). אכן, פגיעה בעיקר של ביזור-הכוחות שקולה כנגד פגיעה בעיקרון הדימוקרטי ולפיו סמכות החקיקה ניתנה בידי נבחרים-העם. נציגי העם הם שהוסמכו בידי העם להכריע בשאלות-היסוד של המדינה, הם ולא הרשות המבצעת.

העיקר של ביזור-כוחות הינו שריג בעיקר-העל המכנס עצמו במושג שלטון החוק. באומרנו שלטון החוק (במובנו המהותי) מכוונים אנו - בראש ובראשונה - לחיי חברה ומדינה שהחוק שולט בה, והאנטונים לשלטון החוק הוא שלטון האדם, קרא, שלטון השרירות.

15. בתוך עולם יפה זה של עיקרים מאירים - העיקר של ביזור-כוחות, העיקר של שלטון החוק, העיקר של ההסדרים הראשוניים - מתרוצץ לו עיקר שאינו כשאר עיקרים שסביבותיו. צורתו שונה ותוכנו אחר; אין בו מה שיש באחרים, יש בו מה שאין באחרים, ואין תוכו כברו. הנה-כי-כן, צורתו - צורת תקנות היא, אך תוכנו - תוכנו של חוק הוא, וכוחו הוא ככוחו של חוק. חוק אותו מחוקקת הרשות המבצעת. אלו הן תקנות-שעת-חירום. מורה אותנו סעיף 50 לחוק יסוד: הממשלה, וזו לשונו:

"תקנות שעת-חירום
50. (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 החוץ והבטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

(ב) ראה ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת-חירום, רשאי הוא להתקין או להסמיק 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 פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

(ה) לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

(ו) תוקפן של תקנות שעת-חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

(ז) תקנות שעת-חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

(ח) חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת-חירום להתקיים לתקופת תוקפן אך לא יותר מ-60 ימים מסיום מצב החירום; תקנות שעת-חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן".

קריאה מדוקדקת בכתב-הסמכה זה תלמדנו כי סמכויותיה של הממשלה להתקין תקנות-שעת-חירום מוגבלות הן בהגבלות שונות. על אלו יש להוסיף הגבלות שנקבעו בחוקים שונים, ואשר לפיהן אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום לפגוע בהם, באותם חוקים. ראו, למשל: חוק יסוד: הממשלה עצמו (סעיף 53); חוק יסוד: הכנסת (סעיף 44); חוק יסוד: נשיא המדינה (סעיף 25); חוק יסוד: השפיטה (סעיף 22); חוק יסוד: חופש העיסוק (סעיף 6). ראו עוד: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 12). ואולם גם אחרי כל הגבלות אלו, קנתה הממשלה - על-פי המחוקק - סמכות לא אך לקבוע הסדרים ראשוניים במקום שאין כל הסדרים אחרים (תקנות praeter legem) אלא לקבוע אף הוראות הנוגדות חקיקה מפורשת של הכנסת (תקנות contra legem). והוא כלשון סעיף 50(ג) לחוק יסוד: הממשלה:

"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".

אכן, הוראת סעיף 50 לחוק יסוד: הממשלה מתירה לממשלה - על-פי הכנסת - לגזור וליטול לעצמה מסמכויותיה של הכנסת, לחרוש בשדה החקיקה כמו היתה שְׂדֵה-שלה. אין פלא בדבר, איפוא, שהסמכות להתקין תקנות-שעת-חירום הוגבלה למטרות מסוימות בלבד (סעיף 50(א) לחוק יסוד: הממשלה), ולעיתות שהכנסת הכריזה עליהן כעיתות חירום (סעיפים 49 ו-50(א) לחוק יסוד: הממשלה); לא עוד, אלא שחייב שיהא

קשר ישיר, קשר בלתי-אמצעי, בין מצב החירום לבין הצורך בהתקנתן של תקנות-שעת-חירום. וכלשון סעיף 50(ה) לחוק יסוד הממשלה:

"לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת."

עוד ראוי להזכיר את הוראת סעיף 50(ד), ולפיה:

"אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם."

16. בְּאִמּוֹר האומר "תקנות-שעת-חירום", עולה נגד עינינו הדגם הראוי לתקנות אלו, דגם המקיים בגופו גם את שעת החירום הכללית השוררת במדינה גם את שעת החירום הפרטיקולרית שבעטיה מותקנות התקנות. כוונתי לתקנות-שעת-חירום המותקנות לעת מלחמה. כך היו, למשל, תקנות-שעת-חירום, תשי"ז-1956 (קה"ת לשנת תשי"ז, 296) שהותקנו לעת מבצע קדש ואשר פורסמו ביום 31.10.1956; כך היו תקנות-שעת-חירום (סמכויות מיוחדות), תשכ"ז-1967 (קה"ת לשנת תשכ"ז, 2535), שהותקנו לעת מלחמת-ששת-הימים ופורסמו ביום 6.6.1967; וכך היו תקנות-שעת-חירום (סמכויות מיוחדות), תשל"ד-1973 (קה"ת לשנת תשל"ד, 18) אשר הותקנו לעת מלחמת יום-כיפור ופורסמו ביום 6.10.1973. שלא כתקנות אלו היו תקנות שעת חירום (תכניות חירום לבניית יחידות דיור), התש"ן-1990, אשר הותקנו בעוד הליכי חקיקה באותו נושא עצמו היו תלויים ועומדים לפני הכנסת. אין פלא בדבר, איפוא, כי בית-המשפט החליט לבטל תקנות אלו אך משום שהמחוקק הראשי נתן דעתו לאותו נושא באותה עת: בג"ץ 2994/90 פּוֹרֵז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317.

17. יותר מכל חששנו מיחס מְקַל-ראש בסמכות להתקנתן של תקנות-שעת-חירום. בפרשת פּוֹרֵז, שאל חבר-הכנסת פּוֹרֵז את שר הבינוי והשיכון, השר אריאל שרון: "אולי תסביר בשביל מה צריך תקנות שעת-חירום כאשר שר הפנים אומר שאין צורך?" והשיב על-כך השר:

"אני יודע שיש המפחדים מתקנות שעת-חירום. אם יש דבר שצריך להדאיג אותנו זה לא אותן תקנות מוגבלות לפרק זמן מוגבל... לא זה צריך להדאיג אותנו ... כל אדם שיש בו מידה של אחריות היום, בשעה הזאת, לא צריך להיות מודאג מהתקנות לשעת-חירום, הוא צריך להיות מודאג ממצב החירום. המצב הוא מצב של חירום." (ישיבת הכנסת מיום 9.7.90, "דברי הכנסת" 4449)

ואילו אנו, אנו נדאג כי דרכי-הממלכה לא תשתבשנה. וכדברי מ"מ הנשיא, השופט אגרנט בע"פ 156/63 היועץ

המשפטי לממשלה נ' צבי אוסטרייכר, פ"ד יז 2088:

"רצוי הדבר, שאותם הענינים, אשר תובעים הסדרים ללא זיקה כלשהי לסכנות הנובעות ממצב חירום, יוסדרו על פי החקיקה הרגילה של הכנסת, שאיננה מיועדת לשעת חירום דוקא... מוטב הוא, שהשרים יחסכו בשימוש לגביהם בסמכויות הרחבות והדרסטיות, שהוענקו להם בחוק הפיקוח ... כוונתי היא רק להזהיר נגד כיוון אפשרי בעתיד שלא לשמור אמונים לעקרון של שלטון החוק מבחינה זו." (בעמ' 2096)

תקנות-שעת-חירום הינן כלי חד-מכל-חד. פוגעות הן בעיקר-יסוד של החברה - בְּעִיקָר של ביזור-הכוחות, במהותו של שלטון החוק, בעיקרון הדימוקרטי - וממילא נדע כי השימוש בהן חייב שיהא זהיר-מכל-זהיר. בהתקיים התנאים המוקדמים להתקנתן, מותקנות תקנות-שעת-חירום על-פי המחוקק; ואילו בהיעדר אותם תנאים מוקדמים, התקנתן של תקנות-שעת-חירום תעלה על הממשלה כי חומסת היא מסמכויותיה של הכנסת. במקרה מעין זה נעמוד אנו ונשיב עטרתה של הכנסת למקומה. ראו עוד דברים שנאמרו ומובאות שהובאו בפרשת שנסי, לעיל, שם, בפיסקה 14 לחוות-דעת.

18. לרקע דברים שאמרנו, מתבקשת כמו-מאליה מסקנה חשובה, והיא: תנאי מוקדם הוא להתקנתן של תקנות-שעת-חירום, שדרכי חקיקה אחרות נחסמו - למעשה אם לא להלכה - וכי אי-שימוש בכלי חד זה של תקנות-שעת-חירום עלול להזיק באורח ממשי ומהותי יותר מאשר שימוש בו עלול לפגוע בעיקר-יסוד של החברה בישראל. הנה הם המאזניים הערכיים של שיטת המשפט: על כף אחת נטיל את הפגיעה בעיקר-היסוד שתקנות-שעת-חירום פלוניות תישאנה בגופן אם תותקנה (לרבות הפגיעה הנגרמת בעצם התקנתן), ועל הכף האחרת נטיל את הטובה שאותן תקנות-שעת-חירום תישאנה עימהן ואת הפגעים שעלולים לבוא עלינו אם לא תותקנה התקנות. תכריע הכף האחת - לא נכיר בתקנות; תכריע הכף האחרת - נכיר בתקנות. למותר לומר כי במעשה שקילה זה נביא במנין שיקולי-יסוד, כגון, רצוננו להימנע, ככל הניתן, מהתערבות במעשי הממשלה, והחזקה כי ממשלה פועלת, לכאורה, כדין ובגידרי סמכויותיה. מנגד נזכור, כי תקנות-שעת-חירום לא תותקנה אלא כברירת-מחדל.

הוראת סעיף 50(א) לחוק יסוד: הממשלה מסמיכה את הממשלה להתקין תקנות-שעת-חירום, ואולם כנגדה מתייצבת הוראת סעיף 50(ה) בלשון של שלילה: "לא יותקנו תקנות שעת-חירום ... אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". כמו נטל הוא המוטל על הממשלה להיווכח כי "מצב החירום" - באורח ספציפי - "מחייב" התקנתן של תקנות-שעת-חירום; ואז - ורק כך - קמה סמכותה להתקין תקנות-שעת-חירום. הרשות

להשתמש באמצעי יחיד-ומיוחד זה ניתן רק בדלית-ברירה; הסמכות להתקין תקנות-שעת-חירום קמה רק כאמצעי אחרון ובהיחסם כל דרך אחרת (וכמובן, למטרות המנויות בחוק). ראו עוד: מרגית כהן, "מעשי טלאים" בדיני החירום, משפטים כט (תשנ"ט1998-), 623, 662-663.

על יסוד עיקרי זה עמדו רובינשטיין ומדינה (שם, 815) באומרים כך:

"הגישה המנחה היא, כי השימוש בסמכות הקיצונית להתקין תקנות לשעת חירום, מן הדין שייעשה בזהירות. באורח עקרוני יש להיזהר לסמכות זו רק במקום שאין אפשרות, בשל נסיבות חירום, להמתין עד לקיום הליכי החקיקה של הכנסת. מאידך, אין להשתמש בסמכות זו למטרות שאין בינן לבין קיומה של שעת חירום ולא כלום."

כך אף לימדנו פרופסור קלינגהופר במאמרו "על תקנות-שעת-חירום בישראל" (ספר יובל לפנחס רוזן, מפעל השיכפול, ח' כהן עורך, תשכ"ב1962-, 86, 88) (דבריו צוטטו גם בפרשת פורז, שם, 321):

"טעמו של ס' 9 [לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח1948-, אשר הוחלף על-ידי סעיף 50 לחוק יסוד: הממשלה - מ' ח'] הינו בכך, שבשעת חירום עלולות להיווצר נסיבות המחייבות 'חקיקה דחופה' שהגוף המחוקק אינו מסוגל לקבלה במהירות הדרושה, או המונעות בעדו לפעול, אם באורח תקין ואם בכלל."

והוסיף על-כך חברנו השופט שלמה לוין בפרשת פורז (שם, 321-322):

"מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על-ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזהר לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת."

וכן הם דברי רובינשטיין ומדינה (שם, 819):

"השימוש בסמכות להתקין תקנות לשעת חירום חייב להיות מוגבל ומצומצם. ההצדקה היחידה לשימוש בסמכות זו הנה המהירות, שבה ניתן להוציא אל הפועל את ההסדר. לפיכך, אם ניתן להסדיר נושא מסוים - במהירות הדרושה - בהליך רגיל של חקיקה, עשוי בית המשפט לשלול את תוקפן של תקנות לשעת חירום."

19. וזו היא איפוא השאלה הנשאלת: האמנם נחסמו בפני הממשלה כל דרכים אחרות להסדר זולתי התקנתן של תקנות-שעת-חירום? האמנם לא יכולה היתה הממשלה בענייננו להידרש לכנסת, לחקיקת אותם הסדרים שעשתה בתקנות-שעת-חירום שהתקינה? שהרי אם ניתן היה להידרש לחקיקת הכנסת, הכל יסכימו כי התקנתן של תקנות-שעת-חירום לא היה בה אלא שימוש שלא-כדין בסמכות.

על פרשת דרכים

20. ההיה סיפק בידי הממשלה לפנות אל הכנסת בבקשה לחקיקה, או שמא אזל וכלה הזמן ולא נותרה ברירה בידה אלא להפעיל את המנגנון של תקנות-שעת-חירום? בנושא זה חסכו המשיבים במילים ולא השכילו אותנו רבות. כל אשר אומרים הם בדברי תשובתם - ועל-כך חזרו לפנינו בטיעונם על-פה - הוא, כי: "באשר לחקיקה אין ספק כי בנסיבות רגילות היא עדיפה על תקנות לשעת חירום, אולם לא היה די זמן להיערך לכך". "להיערך לכך", קרא: להידרש להליכי חקיקה בכנסת. הא - ותו-לא. חברי הנשיא מקבל דברי תשובה אלה - הגם שניכר היסוס-משהו בדבריו - ואילו אני, אין היסוסים בליבי ולא אקבל דברי תשובה אלה. כיצד נוכל לקבל תשובה כי "לא היה די זמן להיערך לכך", והממשלה אף לא ניסתה - מכל מקום: לא שמענו כי ניסתה - "להיערך לכך"? אם לא נוסה הדבר, כיצד נדע כי לא ניתן היה לחוקק בכנסת? חברי הנשיא אומר כי בשים לב ללוח הזמנים הקצר לא היה זה ראוי "להצמיד אקדח לרקתה" של הכנסת. ואני תמה: הנה היא ממשלה הפונה אל הכנסת בבקשה לחקיקה מזורזת. מלווה היא את בקשתה באמירה כי עושה היא כן ברצותה לשמור על כבודה של הכנסת; כדי שלא לפגוע בביזור-הכוחות בין הרשויות; כדי לרומם את שלטון החוק. בשל כל אלה אין היא מתקינה תקנות-שעת-חירום אלא מבקשת היא את שהיא מבקשת. הלכך ייקרא "להצמיד אקדח לרקתה" של הכנסת? כשאני לעצמי, סבורני שהתשובה לשאלה היא בשלילה.

21. לו ניסתה הממשלה ללכת בדרך החקיקה, האם היתה הסתברות ראויה כי דרכה תצלח? התשובה לשאלה היא, לדעתי, בחיוב. כפי שראינו בראשית דברינו (ראו פסקה 6, לעיל), מהלך שינוי-הדין נעשה בשני ראשים: ראש ראשי בהתקנתן של תקנות-שעת-חירום, וראש מישני בהתקנת תקנה שתיקנה את תקנות הבחירות. והנה, שר הפנים חתם על התקנה המתקנת את תקנות הבחירות ביום שלישי, 3 בנובמבר 1998. הדעת נותנת כי ההחלטה על "המהלך הגדול" - על שינוי הדין - נפלה כבר ביום שני, 2 בנובמבר, ואולי אף ביום ראשון, 1 בנובמבר. ואולם בוודאי שנפלה הכרעה ביום שלישי 3 בנובמבר, לעת תיקון תקנות הבחירות. האם מיום זה ועד ליום שני, 9 בנובמבר, לא היה בידי הממשלה להביא את הכנסת לחקיקה? ישיבותיה הרגילות של הכנסת הן בימים שני, שלישי ורביעי, ואולם יושב-ראש הכנסת רשאי, באישור ועדת הכנסת, לקבוע ישיבה

נוספת בכל יום חול אחר שיקבע (סעיף 27(ב) לתקנון הכנסת). לו נקטה הממשלה בהליכי-חקיקה, קרוב להניח הייתה דרכה צולחת. ואולם הממשלה אף לא ניסתה. כדי שדברינו לא יפורשו שלא כהלכה, נמהר ונוסיף: אין אנו ממליצים על הליכי-חקיקה מהירים בכל עניין ובכל עת, שזירוז במלמד-התקנון אינו יאה להליך הדימוקרטי התקין. ואולם ענייננו הוא, כזכור, לא בהליכים מזורזים על-דרך הסתם אלא בהליכים מזורזים של הרשות המחוקקת תחת הליכי-חקיקה מזורזת של הממשלה. אין זה אלא הרע במיעוטו.

22. מוסיף חברי הנשיא ואומר: גם לו אמרנו כך על היום ה-5 בנובמבר 1998 - שבאותו יום אפשר יכולה הייתה הממשלה ליזום הליכי חקיקה מן-המניין - לא כן דין ליום שמיעת העתירה לפנינו - יום ראשון ה-8 בנובמבר - בידענו כי הבחירות נועדו להיערך ביום שלישי ה-10 בנובמבר. ביום ה-8 בנובמבר איחרנו מן המועד, שבימים 8 ו-9 בנובמבר - יום ראשון ויום שני בשבוע - לא היה סיפק בידי הכנסת לחוקק חוק כמתכונת תקנות-שעת-חירום. לעניין זה נדרש חברי אף לסוגיית הבטלות היחסית, בקובעו כי בנסיבות העניין, וגם לו היגענו לכלל מסקנה שהממשלה חרגה מסמכותה בהתקינה תקנות-שעת-חירום, לא יאה זה ראוי כי נכריז על בטלותן של אותן תקנות. הטעם לכך: הנזק שייגרם מהכרזה מעין-זו גדול הוא לאין-ערוך מהתועלת שאותה הכרזה תביא עימה.

גם לכך אני מתקשה להסכים. ושוב: משום שהממשלה לא צעדה - אף לא ניסתה לצעוד - ולו צעד קטן-קטן בכיוון פניה לכנסת, אף לא ביום ראשון ה-8 בנובמבר. הממשלה כמו אמרה אל-ליבה: חזקה על בית-המשפט כי לא יגרום תוהו-ובוהו על דרך ביטולן של התקנות, ועל-כן אין מניעה כי אשב באפס-מעשה ואסמוך על בית-המשפט כי יעשה את הטוב (בעיני הממשלה). אינני מסכים לדבר, ולו נשמעה דעתי היינו תובעים מן הממשלה - ביום השמיעה, יום ה-8 בנובמבר - כי תשנס את מותניה ותעשה לחקיקת חוק בכנסת ולו ביום 9 בנובמבר 1998. ולאומר כי יום וחצי לחקיקה הוא מועד קצר - קצר-מכל-קצר - נשיב כי ברצות הממשלה והכנסת - גם כך ייעשה. הא ראייה: כך נעשה בעבר, לא פעם ולא פעמיים.

23. דוגמה ידועה ברבים היא זו של חוק רמת הגולן, התשמ"ב1981-, והוא חוק שנועד להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על רמת הגולן. חוק זה נתקבל בכנסת תוך יום אחד בלבד (ובלא שהיתה לחקיקה דחיפות מיוחדת). הצעת החוק פורסמה ביום 14 בדצמבר 1981 (הצעות חוק מס' 1559 לשנת תשמ"ב, עמ' 46) ובאותו יום עצמו עבר החוק שלוש קריאות (לאחר שוועדת הכנסת החליטה לקדם את הצעת החוק ולפטור אותה מהוראות תקנון שונות, כהוראות הסעיפים 113(ג) ו-125 לתקנון הכנסת. ראו: "דברי הכנסת" מיום 14.12.81, 763. ישיבת הכנסת החלה בשעה 17:22; לאחר הקריאה הראשונה, בשעה 20:47, עברה ההצעה לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת; בשעה 22:48 הונחה ההצעה על שולחן הכנסת לקריאה

שניה ולקריאה שלישית, והחוק אושר בשעה 23:15. תחילתו של החוק נקבעה ליום קבלתו בכנסת, ופירסומו נעשה למחרת היום, ביום ה-15 בדצמבר 1982 (ס"ח התשמ"ב, עמ' 6). היו חברי כנסת שהתמרמרו על המהלך החפוז (ללא הצדקה, לדעתם) והשיב להם ראש הממשלה, מר מנחם בגין:

"האם לא היו דברים מעולם? הפרלמנט הבריטי לא ישב לילה שלם ובישיבה אחת סיים חקיקת חוק? חוקים חשובים כך מתקבלים בפרלמנטים הדמוקרטיים. ואצלנו בכנסת לא היו דברים כאלה? לא קיבלנו בישיבה אחת, בשלוש קריאות, חוק? אני יכול להוכיח לכם מתוך 'דברי הכנסת', שזה קרה כמה פעמים..." ("דברי הכנסת" מיום 14.12.81, 777).

מה למדנו וידענו מכאן? ברצות ראש הממשלה והכנסת יכולה הצעת חוק שתהפוך חוק תוך מספר

שעות.

דוגמה נוספת: חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 26), התשנ"ב-1992. הצעת החוק פורסמה ביום 17 במארס 1992 (הצעות חוק לשנת התשנ"ב, 395), וב-ביום נערכה קריאה ראשונה. למחרת היום, ביום 18 במארס 1992, נערכו שתי הקריאות הנוספות. החוק נתפרסם ביום 9 באפריל 1992. עיון ב"דברי הכנסת" לימדנו כי ההליכים זורזו-ביתר בשל כך שיום 18 במארס 1992 היה יום ישיבתה האחרון של הכנסת השתים-עשרה, לפני צאתה לפגרה ולפני מועד הבחירות. ראו: "דברי הכנסת" מיום 18 במארס 1992, 3891.

עוד דוגמה: חוק המפלגות (רישום מפלגות קיימות) (הוראת שעה), התשנ"ג-1993. הצעת החוק נתפרסמה ביום 22 במארס 1993, וב-ביום נערכה קריאה ראשונה. למחרת היום, ביום 23 במארס, נתקבל החוק בקריאה שניה ובקריאה שלישית. תחילתו של החוק נקבעה ליום קבלתו בכנסת ופירסומו היה ביום 31 במארס 1993. ראו: "דברי הכנסת" מיום 22 במארס 1993, 4277, ומיום 23 במארס 1993, 4343. נוסף כי בימים 22 ו-23 במארס נתקבל בשלוש קריאות גם חוק מימון מפלגות (הוראת שעה), התשנ"ג-1993.

מסתבר כי גם תיקונים לחוקי-יסוד יכולים שיעברו בחקיקה מזרזת, אם רק עולה הרצון (והצורך) לכך. כך היו חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 21) וחוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4), שענייניהם, כסידרם, היו הזכות להגיש רשימת מועמדים לכנסת והזכות להציע מועמד לכהונת ראש הממשלה. הצעות החוק נתפרסמו ביום 28 בפברואר 1996 ("הצעות חוק" לשנת התשנ"ו, 575 ו-576), וב-ביום עברו שלוש קריאות. פירסום החוקים היה למחרת היום, ביום 29 בפברואר 1996. לחקיקתם של חוקים אלה נאספו בכנסת - כנדרש - למעלה מ-61 חברים. נוסף כי חוקים אלה אושרו יומיים קודם לכן, אלא שלא ברוב הנדרש, ועל-כן נדונו מחדש.

הבהילות בקבלת החוקים היתה בשל הבחירות הממשמשות ובאות, לאחר סיום כהונתה של הכנסת השלוש-עשרה.

גם הכנסת הנוכחית - הכנסת הארבע-עשרה שהחליטה על פיזור - גם היא נדרשה לא אחת להליכי חקיקה מזורזים. כך היה, למשל, עניינו של חוק יום העצמאות (יובל לעצמאות ישראל - יום שבתון) (הוראת שעה), התשנ"ח-1998. הצעת החוק נתפרסמה ביום ה-23 במארס 1998 ("הצעות חוק" 2711 לשנת תשנ"ח, 342), וההצעה עברה שלוש קריאות יומיים לאחר מכן, ביום 25 במארס 1998. החוק נתפרסם בספר החוקים ביום 31 במארס 1998.

על דרך הקפדנריה הלכו אף הצעת חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (תיקון מס' 34), התשנ"ט-1999, והצעת חוק הבחירות לכנסת החמש עשרה ולראש הממשלה (הוראת שעה), התשנ"ט-1999. הצעת החוק הראשונה נתפרסמה ביום 11 בינואר 1999 ("הצעות חוק" לשנת התשנ"ט, 330) והצעת החוק השנייה נתפרסמה ביום 12 בינואר 1999 ("הצעות חוק" לשנת תשנ"ט, 338). ביום פירסומה של ההצעה השנייה - ביום 12 בינואר - נערכה קריאה ראשונה לשתי הצעות החוק, ולמחרת היום, ביום 13 בינואר, נערכו הקריאות השנייה והשלישית. שני החוקים נתפרסמו ביום 21 בינואר 1999.

והרי דוגמאות נוספות, זו-הפעם בלשון סטקטו:

חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 12), התשמ"א-1981: הצעת החוק נתפרסמה ביום 1.4.1981, וב- ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 7.4.1981.

חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 7) התשמ"א-1981: הצעת החוק נתפרסמה ביום 15.6.1981, וב- ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 16.6.1981.

חוק להארכת תוקף של תקנות-שעת-חירום (אבטחת מוסדות חינוך), התשמ"א-1981: הצעת החוק נתפרסמה ביום 24.8.1981, וביום 26.8.1981 עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 4.9.1981.

חוק מבקר המדינה (הוראת שעה מס' 2), התשמ"ב-1982: הצעת החוק נתפרסמה ביום 10.2.1982, וב- ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 18.2.1982.

חוק הרשויות המקומיות (מימון בחירות) (הוראות שעה), התשמ"ג-1983:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 27.7.1983, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 4.8.1983.

חוק שירותי הדת היהודיים (תיקון מס' 5), התשמ"ד-1983:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 14.9.1983, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 21.9.1983.

חוק התפזרות הכנסת העשירית, התשמ"ד-1984:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 4.4.1984, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 12.4.1984.

חוק הבחירות לכנסת האחת עשרה (הוראות שעה), התשמ"ד-1984:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 4.4.1984, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 12.4.1984.

חוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, התשמ"ד-1984:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 26.6.1984, וביום 2.7.1984 עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 11.7.1984.

חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4):- הצעת החוק נתפרסמה ביום 12.9.1984, ולמחרת, ביום 13.9.1984, עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 21.9.1984.

חוק מס הכנסה (הטבות לחיילים משוחררים) (הוראת שעה) (תיקון מס' 3), התשמ"ה-1985:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 17.4.1985, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 22.4.1985.

חוק איגרות מדינת ישראל (מילוה הפיתוח - הוצאה שביעית), התשמ"ה-1985:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 8.4.1985, וביום 17.4.1985 עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 22.4.1985.

חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (יציבות מחירים - הוראת השעה) (תיקון), התשמ"ה-1985:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 4.4.1985, וביום 17.4.1985 עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 22.4.1985.

חוק מיסוי נקודות קיצבה (הוראת שעה) (תיקון), התשמ"ה-1985:- הצעת החוק נתפרסמה ביום 22.4.1985, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 29.4.1985.

חוק מטבע השקל החדש, התשמ"ה-1985: הצעת החוק נתפרסמה ביום 2.9.1985, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 3.9.1985.

חוק הסדרים לשעת חירום במשק המדינה (תיקון מס' 5), התשמ"ו-1986: הצעת החוק נתפרסמה ביום 16.4.1986, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 25.4.1986.

חוק לימוד חובה (תיקון מס' 11) (תיקון מס' 6), התשמ"ו-1986: הצעת החוק נתפרסמה ביום 5.8.1986, ולמחרת, ביום 6.8.1986, עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 13.8.1986.

חוק הרשויות המקומיות (בחירות) (הוראת שעה), התשמ"ח-1988: הצעת החוק נתפרסמה ביום 26.7.1988, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 27.7.1988.

חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 11): הצעת החוק נתפרסמה ביום 1.8.1990, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 10.8.1990.

חוק מילווה קצר מועד (תיקון מס' 5), התשנ"א-1991: הצעת החוק נתפרסמה ביום 24.7.1991, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 1.8.1991.

חוק מילווה המדינה (תיקון מס' 9), התשנ"א-1991: הצעת החוק נתפרסמה ביום 24.7.1991, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 1.8.1991.

חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 14): הצעת החוק נתפרסמה ביום 24.10.1990, וביום 18.3.1992 עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 26.3.1992.

חוק הסדרים במשק המדינה (היטלים וארנונה) (תיקון מס' 4), התשנ"ג-1993: הצעת החוק נתפרסמה ביום 23.3.1993, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 31.3.1993.

חוק הרשויות המקומיות (מימון בחירות) (תיקון), התשנ"ג-1993: הצעת החוק נתפרסמה ביום 16.8.1993, ולמחרת, ביום 17.8.1993, עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 27.8.1993.

חוק הרשויות המקומיות (בחירות) (השבתת מוסדות חינוך) (הוראת שעה) (תיקון), התשנ"ד-1993:
הצעת החוק נתפרסמה ביום 25.10.1993, וביום 27.10.1993 עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם
ביום 28.10.1993.

חוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 23), התשנ"ד-1994: הצעת החוק נתפרסמה ביום 22.8.1994,
וביום 31.8.1994 עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 5.9.1994.

חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 22): הצעת החוק נתפרסמה ביום 20.2.1996, וביום 28.2.1996
עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 29.2.1996.

חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 6): הצעת החוק נתפרסמה ביום 20.2.1996, וביום 28.2.1996
עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 29.2.1996.

חוק מימון מפלגות (תיקון מס' 18), התשנ"ו-1996: הצעת החוק נתפרסמה ביום 1.5.1996, וב-ביום
עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 10.5.1996.

חוק מילווה קצר מועד (תיקון מס' 7 והוראת שעה), התשנ"ו-1996: הצעת החוק נתפרסמה ביום
13.8.1996, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 14.8.1996.

חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2) (תיקון), התשנ"ו-1996: הצעת החוק נתפרסמה ביום 13.8.1996,
וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק נתפרסם ביום 21.8.1996.

חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות) (תיקון),
התשנ"ח-1997: הצעת החוק נתפרסמה ביום 10.12.1997, וב-ביום עברה שלוש קריאות בכנסת. החוק
נתפרסם באותו יום, 10.12.1997.

בחינת חוקים אלה תלמדנו, כי זירוז של הכנסת בא ממניעים ממניעים שונים. עוד נתרשם, כי רבים
הם החוקים שנתקבלו בחופזה ערב בחירות, ברובם חוקים הנסבים על נושא הבחירות. היש צורך בדוגמאות
נוספות לחוקים שנתקבלו תוך יום-יומיים? מסתבר כי חקיקה בהליך מסודר אך מזורז - לעתים מזורז-ביותר -

אינה חזון בלתי-נפרץ בכנסת. אני מתקשה איפוא להסכים לדברי חברי הנשיא כי חקיקה בענייננו היתה "אופציה שאינה מעשית".

ולענייננו-שלנו

23. אין צורך שנחזור על לוח הזמנים הקצר שנתהווה בענייננו, ואין מקום כי נוסיף ב"ספירת העומר". לדעתנו, לא נתקיים במערכת שלפנינו אותו צורך דוחק ומיידי, צורך שרק קיומו יכול שיצדיק שימוש בכלי רב-העוצמה של תקנות-שעת-חירום. גם ביום ראשון ה-8 בנובמבר, ראוי היה לנו כי נדרוש מן הממשלה שתנסה להניע את הכנסת לחקיקה; ביחוד לאחר שחדלה, למיצער החל ביום ה-3 בנובמבר. יתר-על-כן: נזכור כי אין אנו מדברים בתקנות-שעת-חירום שנועדו אך למלא "חלל ריק", דהיינו, לעשות הסדר בנושא שלא הוסדר קודם-לכן. מדברים אנו בתקנות-שעת-חירום שייעודן ביטולו ושינויו של חוק. אלו הן תקנות-שעת-חירום *contra legem*, תקנות המבקשות לבחוש בקדירה של הכנסת, להתערב במישרין בדבר חקיקה מחייב. לא אמרתי - אף לא אומר - כי התיקון לגופו אינו מוצדק; כל שאומר הוא - ובמלוא התוקף אומר - שמעשה הממשלה בהתקנתן של תקנות-שעת-חירום יש לראותו בחומרה יתירה. הממשלה עקפה את הכנסת שלא-כדין. על דרך עוקפת זו ראוי היה לנו כי נתייצב לשטן לה, כי נעמוד ונכריז: אין מעבר. נטל הוא המוטל עלייך, הממשלה, לפנות אל הכנסת ולהוסיף ולעשות כמיטבך להסדיר את הנושא על דרך של חוק. שומה היה עלינו, למיצער, ליתן צו מוחלט ארעי, ולעקוב אחרי ההליכים, לידע ולהיוודע מה ילד יום, ואם יעלה בידי הממשלה להניע את הכנסת לחקיקה, אם לאו. ובדבריו של השופט שלמה לזין בפרשת פורז, דברים המופנים אל שר הבינוי והשיכון אשר התקין את התקנות שעמדו לדיון באותו עניין (שם, 322):

"מה מנע בעדו מלפנות ולבקש מהרשות המחוקקת לשלב את הצעותיו הוא, נושא התקנות לשעת חירום, בגדר החוק? שהרי ממה נפשך: אם הייתה הכנסת נעתרת לבקשתו, הייתה חקיקת התקנות הופכת למיותרת, ואם לא היתה נעתרת, משמע שעמדת הרשות המחוקקת היא נגד התקנתן ושוב לא היה מקום להתקין".

נזכיר עוד דברים שאמר חבר הכנסת שמעון שטרית באשר לאותן תקנות-שעת-חירום, לעת הדיון בכנסת בהצעת חוק הליכי תכנון ובנייה (הוראת שעה), התש"ן 1990 - ("דברי הכנסת" מיום 2.7.1990, 4304):

"קמתי לדבר על הצעת החוק שלפנינו כדי להביע תרעומת על כך שב-1990 - עדיין משתמשים בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט כדי לחוקק חקיקת חירום, תקנות שעת חירום, בנושא רגיל לחלוטין. אין

פה שום דבר שיש בו אלמנט של חירום. אם צריך לחוקק חוקים, כבר היו תקדימים שבכנסת הזאת חוקקו חוקים בן-לילה, והיו תקדימים בפרלמנטים אחרים שחוקקו חוקים בן-לילה ... למה צריך לחוקק תקנות שעת-חירום?"

סמכות, מידתיות ומה שביניהן

24. דעתנו היא - הארכנו בה עד שהיינו לטורח - כי בהתקנה את תקנות-שעת-חירום שלפנינו חרגה הממשלה מסמכותה; כי עשתה שלא-בשלה; כי עברה את גבולות ממלכתה אל ממלכתה של הכנסת, ואשרות כדין - אשרת יציאה מכאן ואשרת כניסה לכאן - אין בידה. שונה דעתו של חברי הנשיא ברק, וגם דרכו בבחינת הנושא שונה מדרכי. ועל הדרך לבחינת הנושא ברצוני לומר עתה דברים אחדים.

25. חברי שואל את עצמו, בראש ובראשונה, אם הותקנו התקנות למטרות שנקבעו בחוק (כאמור בסעיף 50(א) לחוק יסוד: הממשלה): "כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים". משמגיע הוא למסקנה כי התקנות באות בגידרי המטרות שנקבעו בחוק (ועל-כך לא אבוא עימו בריב), עובר הוא לדיון ב"אמצעים", לבחינה אם אמצעים אלה - קרא: עצם התקנתן של תקנות-שעת-חירום - אמצעים "מידתיים" הם. בהמשך דבריו בוחן חברי מקרוב את שלוש האונות היוצרות את מיבחן המידתיות (מיבחן ההתאמה הרציונאלית; מיבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומיבחן התועלת-נזק, הוא מיבחן הידוע בציבור כמיבחן המידתיות במובנה הצר), ובגדריה של בחינת מיבחן-המישנה השני (מיבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) בודק חברי אמצעים חלופיים שאפשר עמדו לפני הממשלה. וכך הוא אומר: "השאלה הניצבת לפנינו הינה, אם עצם השימוש בתקנות שעת חירום הינו אמצעי מידתי, או שמא היה מקום לנקוט באמצעי האחר המצוי תמיד בידי הממשלה, והוא הפניה לכנסת לחקיקתה של חקיקה ראשית (חוסר מידתיות 'חיצונית')" (פיסקה 13 לחוות-הדעת). כשאני לעצמי אומר, כי דרך זו קשתה עלי. טעם הדבר: על דרך זו הופך נושא של סמכות לנושא של מידתיות, ומיטשטשים גבולות אשר ראוי להם - ולנו - כי יוצבו. גבולות אשר מהם נדע - ולו בערך-ובקירוב - היכן היא ממלכת הסמכות; היכן היא ממלכת המידתיות; ואימתי עוברים אנו מממלכה לממלכה.

26. לא הרי סמכות כהרי מידתיות. סמכות ומידתיות הינן שתי אמות-מיבחן שונות לפעילותן של רשויות מימשל ומינהל, וטיטטוש הגבולות בין השתיים יש בו כדי למעט מחשיבותו המרכזית של נושא הסמכות. אחד הטעמים העיקריים לכך הוא, שנושא של סמכות נבדוק ביתר-קפידה, ומרחב התימרון בו צר הוא ממרחב התימרון בנושא המידתיות. לא נכחד כי קו-הגבול בין שתי הממלכות לא תמיד קו ברור הוא; כי באזורי-הספר בסמוך לקו הגבול נתקשה, לעיתים, להבחין אם ענייננו בשאלת "סמכות" הוא או אם בשאלת "מידתיות". וגם

אם ניתן לנסח את עקרון "ביזור-הכוחות" במושגים של מידתיות, לא יהא זה לא ראוי ולא רצוי כי נלך בדרך זו. העיקרים של ביזור-הכוחות, של שלטון החוק, של מיבחן ההסדרים הראשונים, הם כה מרכזיים בשיטת מימשל דימוקרטית כשלנו, עד שראוי הוא - בעצם: הכרח הוא - כי נבחין ככל שנוכל בין סמכות לבין מידתיות. סמכות היא שאלה ראשונה - שאלה ראשונה - ששומה עלינו להשיב עליה, ורק לאחר שידענו כי עושים אנו בסמכות רשאים אנו לפנות עצמנו לנושא המידתיות. כך הוא על דרך הכלל. כך הוא גם בענייננו-שלנו. גירסתי היא, שענייננו מסב עצמו - בעיקר - על נושא הסמכות ולא על נושא המידתיות.

27. שתי הוראות-דין כלליות מדריכות אותנו בנושא הסמכות להתקין תקנות-שעת-חירום. הוראת דין אחת היא זו שבסעיף 50(א) לחוק יסוד: הממשלה, ולפיה מוסמכת הממשלה להתקין תקנות-שעת-חירום "כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים". בצידה של הוראת-חוק זו, המנוסחת בלשון חיובית ("רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת-חירום"), וכהשלמה לה, באה בסעיף 50(ה) הוראת-חוק המנוסחת בלשון של שלילה: "לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". הוראת-חוק זו האחרונה, הוראת-סמכות מובהקת היא, ומרשימה היא אותנו בניסוחה ה"אובייקטיבי" - ניסוח שעל-פי עצם טיבו מרחיב את סמכות הפיקוח של בית-המשפט: על עצם התקנתן של תקנות-שעת-חירום, על תוכן של אותן תקנות ועל דרכי הפעלתן.

בשיבתנו לביקורת על מעשי מימשל ומינהל, שאלה ראשונה המציגה עצמה לפנינו מסבה עצמה על סמכותה של הרשות אשר עשתה מעשה או חדלה מחדל. כך יהא גם לעת בחינתן של תקנות-שעת-חירום. בגידרי ביקורת זו נבחן אם עמדה הממשלה בתנאים המוקדמים הנדרשים להתקנתן של תקנות-שעת-חירום, ובהם התנאי כי לא תותקנה תקנות-שעת-חירום "אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". בפירוקו של תנאי זה לגורמיו, נשאל את עצמנו אם מצב החירום אכן "חייב" התקנתן של תקנות-שעת-חירום, ושאלה זו תכרוך מעצמה שאלות-מישנה, וביניהן: האפשרות שעמדה - או שלא עמדה - לפני הממשלה לפנות אל הכנסת בבקשה כי תחקוק חוק שתוכנו כתוכן תקנות-שעת-חירום המיועדות. נמצא לנו, איפוא, כי נושא הפניה אל הכנסת - כדרך חלופית להתקנתן של תקנות-שעת-חירום - שומה עלינו לדון בו כשאלה ראשונה בגידרי נושא סמכותה של הממשלה להתקין תקנות-שעת-חירום.

משסיימנו את נושא הסמכות עוברים אנו אל נושא המידתיות, ובהחלתו של מיבחן-המישנה השני - מיבחן האמצעי שפגיעתו פחותה - נשאל את עצמנו (בין השאר), אלו סמכויות וכוחות ניתנו בידי הרשות בדרכה להשיג את מטרתה. והנה, בגידרי בחינה זו, שאלת הפניה אל הכנסת - כאמצעי חלופי לפעולה - לא עוד תעלה (אם תעלה בכלל) אלא בממדים צנועים למדי, שהרי בעיקרה מוצתה השאלה בשלב בחינתה של שאלת

הסמכות. ובדין כך. לא יקשה עלינו להבחין, כי הבחירה בין התקנתן של תקנות-שעת-חירום לבין פנייה אל הכנסת לחקיקה, אינה "עוד" בחירה - בחירה "מן המניין", בחירה-של-חול - בין שתי חלופות העומדות לפני רשות השלטון. אין ענייננו במערכת רגילה - בה מחזיקה הרשות בשתי סמכויות מקבילות - מערכת בה השאלה המעסיקה אותנו אינה אלא באיזו משתי הסמכויות תעשה שימוש (כפי שהיה, למשל, בבג"ץ 171/69 פילצר נ' שר האוצר, פ"ד כד(1) 113). אין ענייננו אך בביקורת שיפוטית רגילה על שיקול דעתה של רשות שבחרה בדרך פלונית לפעולה. ענייננו הוא בשאלה מיקדמית של סמכות, וידענו כי בשאלת סמכות נקפיד עם הרשות הקפדת-יתר, שסמכויות הרשויות לא תתערבבנה אלו באלו.

28. הבחנה עקרונית זו בין סמכות לבין מידתיות נתעוררה בנושא צווים שהוצאו מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, להריסת בתייהם של מחבלים. לדידי, עקרון-היסוד מורה אותנו כי איש בעונו ישא ואיש בחטאו יומת, ומסקנה נדרשת מכאן היא שאין להרוס בית משפחתו של מחבל ורוצח אלא את ביתו-חדרו שלו בלבד. צו כי יוציא מפקד צבאי להריסת בית המשפחה כולו, כך סברתי, יהא הצו חסר-תוקף כצו שהוצא בהיעדר סמכות. ראו, למשל: בג"ץ 2006/97 ג'נימט נ' אלוף פיקוד מרכז - עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, 655-654, והאסמכתאות שם; בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693. אחרת סבר חברי השופט ברק (והסכימו עימו השופטים מלץ ומצא), שלדעתו מוסמך הוא המפקד הצבאי להוציא צו להריסת בית שהמחבל-הרוצח התגורר בו - גם אם משפחתו הענפה, שלא עשתה כל רע, מתגוררת באותו בית - אלא שניתן לעיתים למנוע את ההריסה - כולה או מיקצתה - בשל היעדר מידתיות; ראו: בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217. על כך הגבתי בבג"ץ 6026/94 עבד אל רחים חסן נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מח(5) 338, וכך אמרתי (שם, 352):

"עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וניתן דעתנו לדבר: שלא כהלכות שנקבעו במקומות אחרים (למשל, פרשת תורקמאן), עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת נושא התואם ('מידתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות".

אכן, דעתי היתה - והינה - שעקרון-העל המורה אותנו כי איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת, הוא עיקרון כה רב-עוצמה, עד שאין אנו רשאים לשוקלו במאזניים של מידתיות, מאזניים שניבנו על-פי מודל המותר מרחב-מחיה לשיקול-דעת. ענייננו אין הוא במידה אלא בעיקרון-מעשה-מיקשה. כך הוא לדעתי דין הריסת בתייהם של מחבלים. דין כמותו הוא דין סמכותה של הממשלה להתקין תקנות-שעת-חירום.

29. העיקר של ביזור-הכוחות הוא חשוב ועקרוני מכדי שנחיל עליו רק - או בעיקר - את מיבחן המידתיות. המחוקק יועד לחקיקה; המבצע יועד לביצוע; בית-המשפט יועד לשפיטה. מקום שאחד משלושה אלה בוחש בקדירת חברו - שלא על-פי דין מפורש - מתערער שיווי-המישקל שרק על-פיו יהיו סידרי מימשל ומינהל תקינים. כך הוא שעה שהרשות המבצעת מחוקקת וכך הוא מקום שהרשות המחוקקת אומרת לחסום את הדרך לבית-המשפט; קרא: מקום שהרשות המחוקקת - בין ביוזמתה בין ביוזמת הרשות המבצעת - קובעת כי אלה ואלה עניינים לא יבואו לבית-המשפט להכרעה בהם. על נושא זה, נושא זכות הגישה לבית-המשפט, אמרתי בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ (טרם פורסם; בפסקה 31 לחוות דעתי):

"... זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר - וכך אומר אני - כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק... שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישרין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה- *raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדימוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשילטון, יפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד ... בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עימו."

ובהמשך (בפסקה 32 לחוות דעתי):

"מוחה של הדימוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח - על שלוש האונות - הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדימוקרטיה נעלמה ואיננה. מסקנה נדרשת מאלה היא, כי קיומה של רשות שופטת - כאונה חיונית בגופה של המדינה הדימוקרטית - משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית-המשפט. הסדר ראוי לפנייה לבית-משפט - כן; חסימת הדרך - בין במישרין בין בעקיפין - לא ולא."

אלה דברים ייאמרו על הרשות השופטת ועל זכות הגישה לבית-המשפט. זכות הגישה לבית-המשפט אין דינה כדין זכויות יסוד שניתן לבצע בהן "איזונים" ולשקלן בפלס ובמאזניים. כמותה היא סמכותה של הממשלה להתקין תקנות-שעת-חירום - קרא: לחוקק - שלא על-פי התנאים שנקבעו במפורש בסעיף 50 לחוק יסוד: הממשלה. ולבסוף: נודה כי שיקול של "מידתיות" יכול שיתגב אל משבצת ה"סמכות"; ואולם מצב-הדעת בהיותנו במישבצת זו של סמכות הוא מצב-דעת של "סמכות" ולא מצב-דעת של "מידתיות"; ולא הרי זה כהרי זה.

30. יאמר האומר: מה היה לנו שמקימים אנו קול זעקה, והרי ענייננו אינו אלא עניין שולי, ורוב שִׁבְנו אף יסכים כי ההסדרים לגופם הסדרים ראויים הם. ביקורת זו נדחה מעל-פנינו בתוקף. החלטתה של הממשלה בענייננו - ללכת בדרך התקנתן של תקנות-שעת-חירום - קשה לאמוד את ניזקה לריקמת-המימשל, לעיקרי היסוד המקובלים על כולנו. לא נוכל אף להתעלם מן הנזק הפסיכולוגי הנלווה בהכרח לעצם התקנתן של התקנות, ולכך שעלולים אנו להרגיל עצמנו להֵלֵךְ בדרך שאינה ראויה.

סוף דבר

31. חברי הנשיא ברק מסיים את חוות דעתו באמירה כי "חוק או תקנות שעת חירום - חוק עדיף תמיד". אני מסכים. גם בענייננו-שלנו.

ש ו פ ט

השופטת ד' דורנר:

1. בעתירות שלפנינו נתבקשנו להכריז על בטלותן של תקנות שעת-חירום (אמצעי זיהוי וסדרי הצבעה בבחירות לרשויות המקומיות), תשנ"ט 1998- (להלן: התקנות), שהותקנו על-ידי הממשלה. התקנות שינו את סעיף 60 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה 1965-, שלא איפשר להצביע בבחירות לרשויות המקומיות אלא לבוחרים שיציגו תעודת-זהות. בתקנות נקבע, כי גם בוחרים שיזדהו באמצעות דרכון, רשיון-נהיגה שעליו תמונה, תעודת-חייל או תעודת-שוטר, יורשו להצביע. התקנות הותקנו על-ידי הממשלה על-מנת לאפשר לכ-400,000 בעלי זכות-בחירה לרשויות המקומיות, שעקב עיצומים שנקטו עובדי משרד-הפנים לא יכלו להצטייד בעוד מועד בתעודת-זהות, לממש את זכותם. התקנות הותקנו ביום רביעי, 4.11.98, ונכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות, בתאריך 5.11.98. היה זה חמישה ימים לפני מועד הבחירות, 10.11.98.

העתירות הוגשו ביום פרסום התקנות, אך הדיון לפנינו התקיים רק כעבור שלושה ימים, בתאריך 8.11.98. עיקר הדיון התמקד בשאלה מדוע שונה החוק על-ידי הממשלה באמצעות תקנות שעת-חירום, מבלי שהוגשה לכנסת הצעה לתיקון החוק. עמדת המדינה הייתה, כי חמשת הימים שנותרו עד לבחירות, ובתוכם שבת, לא איפשרו חקיקת חוק, וכי על-כל-פנים, לא ניתן בשום פנים ואופן לחוקק חוק ולפרסמו במהלך יום וחצי שנותרו משעת הדיון ועד תחילת הבחירות.

ביום הדין החלטנו על דחיית העתירות, ברוב דעות של הנשיא ברק ושלי כנגד דעתו החולקת של השופט חשין. הצטרפתי לדחיית העתירה למרות שמצאתי כי התקנות התקבלו שלא כדין. זאת, משום שבנסיבותיו המיוחדות של המקרה מצאתי כי מתן סעד של קביעת בטלותן של התקנות לא יהיה "למען הצדק", כאמור בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. להלן פירוט נימוקיי.

2. ההוראות בדבר הכרזה על מצב-חירום והתקנה של תקנות שעת-חירום קבועות בסעיפים 49 ו-50

לחוק-יסוד: הממשלה. מתוכן רלוואנטיות לענייננו במיוחד הוראות אלה:

49. (א) ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום, רשאית היא, ביזמתה 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.

...

50. (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 החוץ והבטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

(ב) ראה 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.

...

(ה) לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

סעיפים 49 ו-50 לחוק-יסוד: הממשלה החליפו את סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט,

תש"ח 1948 - (להלן: הפקודה), שבו נקבע, בין השאר:

9. (א) אם ייראה הדבר למועצת-המדינה הזמנית, רשאית היא להכריז כי קיים במדינה מצב של חירום, ומשנתפרסמה ההכרזה 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 תקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי-חובה אחרים.

3. ההכרזה על מצב-חירום, שהוצאה על-ידי מועצת המדינה הזמנית, קודמתה של הכנסת, לפי סעיף 9 לפקודה, לא הוגבלה בזמן, ומעולם לא בוטלה. במשך שנים רבות פירש בית-משפט זה את הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הפקודה ביד רחבה. בין השאר, נקבע כי מותר להתקין תקנות שעת-חירום גם כשמצב-החירום לא מנע את הגשמת מטרותיה של הרשות בדרך של הגשת הצעת חוק לכנסת. אף לא הופעלה ביקורת שיפוטית דווקנית על כך שתקנות שעת-החירום יהיו לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים. כך, למשל, בבג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, ציין השופט שלמה לזין בע' 237, 238:

מכוח סעיף 9(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט רשאי היה שר החינוך והתרבות להתקין תקנות לשעת חירום "ככל אשר ייראה לו לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים". למקרא הסעיף גלוי לעין הוא, שבחינת החיוניות של השירות נתונה לשיקול-דעתו של השר "ככל אשר ייראה לו". ... פרקליט העותרים המשיך וטען לפנינו, [כי] ... הייתה נתונה למשיבים סמכות לפנות לדרך חלופית. ... בטענה זו אין ולא כלום; כבר נפסק, שהטענה, שהרשות יכולה להשיג את מטרותיה גם בדרכים אחרות, לאו טענה היא ...

על גישה זו נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. עיקר הביקורת היה, כי השימוש הרחב בסמכות להתקין תקנות שעת-חירום סותר את תכליתו של סעיף 9 לפקודה, שהייתה לאפשר חקיקה חיונית במצבי-חירום, שבהם לא ניתן לקיים הליכי חקיקה רגילים. המבקרים הטעו, כי פרשנות ראויה של סעיף 9, ההולמת משטר דמוקרטי, מחייבת הקפדה על כך שתקנות שעת-חירום יותקנו רק למטרות חיוניות, וכי לא ייעשה שימוש באמצעי זה - אף לא למטרות חיוניות - אם אין מצב החירום מונע את השגתן בדרכים אחרות. ראו הנס קלינגהופר, "על תקנות שעת-חירום בישראל", ספר יובל לפנחס רוזן (חיים ה' כהן - עורך, תשכ"ו) 86; אורי ידן, "על תקנות שעת-חירום", ספר אורי ידן (אהרן ברק וטנה שפניץ - עורכים, כרך א, תש"ן) 111.

4. מפנה הסתמן בשנת 1990, בבג"ץ 2994/90 **פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מד(3) 317 (להלן: בג"ץ **פורז**). בפסק-דין נקבע, כי תקנות שעת-חירום הן פסולות, משום שהן הותקנו בשעה שמצב-החירום לא מנע חקיקה של חוק. בפסק-הדין ציטט השופט שלמה לזין בע' 322 מתוך הסכמה את דבריו של פרופ' ידן במאמרו, שם בע' 113:

השקידה על חיים קונסטיטוציוניים תקינים מונעת מן הממשלה מלהשתמש באמצעים של תקנות שעת-חירום שאינם קשורים קשר ישיר עם צרכי שעת-החירום, ומלנצל את סמכותה לחקיקה מיוחדת זו במקרים שבהם אפשר לפנות מראש לכנסת בהצעה של חוק רגיל.

והוסיף השופט לזין, שם:

למעלה מארבעים שנה חלפו מאז נאמרו הדברים, וכיום נראה לנו, שיש מקום עמנו לראות את הכלל האמור ככלל משפטי המגביל את שיקול-דעתה של הרשות לפי כללי שיקול הדעת המקובלים בפסיקתנו.

לפסיקה ברוח דומה שניתנה באותה תקופה, שהגבילה הוצאתם של צווים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח 1957- (החל רק בתקופה שבה קיימת הכרזה על מצב חירום), ראו בג"ץ 256/88 **מדאיוסט - מרכז רפואי הרצליה נ' מנכ"ל משרד הבריאות**, פ"ד מד(1) 19; בג"ץ 344/89 **ח.ס.ה. - סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מד(1) 456.

בשנת 1992 קיבלה הכנסת את חוק-יסוד: הממשלה, ובתוכו סעיפים 49 ו-50- האמורים. חוק-היסוד נכנס לתוקף בחודש מאי 1996. בסעיפים 49 ו-50- עוגנה בלשון מפורשת, ואף ביתר-שאת, הלכת בג"ץ **פורז**, ותוכנם אף הושפע מן הביקורת על הפרשנות הקודמת של סעיף 9 לפקודה.

5. ההסדר שבחוק-יסוד: הממשלה מתנה את הכוח להתקין תקנות שעת-חירום בשני תנאים עיקריים, המצטברים זה לזה.

עניינו של התנאי האחד הוא עצם השימוש באמצעי של התקנת תקנות שעת-חירום. תנאי זה מעוגן בסעיף 50(ה) לחוק-היסוד, הקובע כאמור כי "לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת".

עניינו של התנאי השני הוא בתכלית ההסדר שניתן לקבוע בתקנות שעת-חירום. תנאי זה מעוגן בסעיף 50(א) לחוק-היסוד, שבו נקבע, בין השאר, כי "במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת-חירום כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים".

כדי שיהיה ניתן להתקין תקנות שעת-חירום, אין די בכך שיתקיים רק אחד מתנאים אלה. יש צורך שיתקיימו שני התנאים גם יחד. כלומר, אין די בכך שעקב מצב-החירום הדרך היחידה הפתוחה, מטעם זה או אחר, בפני הממשלה כדי להגשים את מטרותיה תהיה התקנת תקנות שעת-חירום. אף אין די בכך שהתקנות, מבחינת תכליתן ותוכנן, יועדו להגן על בטחון המדינה, בטחון הציבור, או קיום האספקה והשירותים החיוניים. הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום קיימת רק כאשר עקב מצב-החירום לא ניתן לקיים הליכים של חקיקת חוק, והתקנות נדרשות להגנה על אחד האינטרסים האמורים.

משמעות התנאי השני נדונה בהרחבה בפסק-דינו של חברי, הנשיא ברק, ודבריו מקובלים עליי. ברצוני לפרט ולהבהיר את עמדתי באשר לתנאי הראשון.

6. משמעות התנאי הראשון היא, שאין להתקין תקנות שעת-חירום אלא אם מצב-החירום מונע חקיקת חוק. ודוק: נדרש, כי חסימתה של האפשרות לחקיקת חוק תיגרם **עקב מצב-החירום הקיים במדינה**. כלומר, ניתן להתקין תקנות שעת-חירום רק כאשר **כתוצאה ממצב-החירום** הכנסת משותקת, ואין ביכולתה לקיים הליכי חקיקה.

בכך שבדרך-כלל הליכי החקיקה בכנסת הם ממושכים, אין כדי להצדיק התקנת תקנות שעת-חירום כל אימת שעקב מצב-החירום נדרשת חקיקה מהירה. חברי, השופט חשין, הראה כי ברצותה השלימה הכנסת הליכי חקיקה תוך זמן קצר ביותר. חקיקה מהירה של חוק - השומרת על הפרדת הרשויות ועל שלטון החוק המהותי - עדיפה על התקנת תקנות שעת-חירום על-ידי הממשלה.

7. מהו "מצב-חירום", שנדרש קשר סיבתי בינו לבין השימוש באמצעי של התקנת תקנות שעת-חירום? חוק-יסוד: הממשלה אינו מגדיר "מצב-חירום" מהו. חברי, הנשיא ברק, ציין בפסק-דינו, כי הגם שבדרך-כלל מדובר במצב-חירום בטחוני, כגון מלחמה, הרי שיתכנו גם מצבי חירום שאינם בטחוניים, שבעטיים תהיה מניעה מלקיים הליכי חקיקה בכנסת. לדברים אלה אני מסכימה. אכן, הסמכתה של הממשלה למלא את תפקידי הרשות המחוקקת מיועדת בראש ובראשונה להתמודד עם מצבים של מצוקה בטחונית קשה, שיש בהם כדי למנוע את פעילותה הסדירה של הכנסת. הדבר אף נרמז בהוראת סעיף 50(א) סיפא לחוק-היסוד, כי תקנות

שעת-חירות יונחו דווקא על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת. עם זאת, אפשר להעלות על הדעת גם מצב-חירות שאינם על רקע בטחוני שימנעו את פעולתה הסדירה של הכנסת, כגון מגפה, אסון-טבע, או מהומות המוניות שיסכלו גישה לבניין הכנסת. גם מצבים מסוג זה עשויים להיכנס לגדר "מצב-חירות" כמובנו בחוק-יסוד: הממשלה.

8. הטרידה אותי השאלה, אם מצב-חירות המצדיק התקנת תקנות שעת-חירות לא צריך להיות על אותו רקע שעמד ביסוד הכרזת הכנסת על מצב-חירות. שכן, במקרה הרגיל חוק-יסוד: הממשלה אינו מסמיך את הממשלה להתקין תקנות שעת-חירות כאשר לדעתה שלה שורר במדינה מצב-חירות, אלא מתנה את סמכות ההתקנה בקיום מצב של חירות שעליו הכריזה הכנסת מכוח סעיף 49(א) לחוק-היסוד, אם ראתה היא - ולא הממשלה - שקיים במדינה מצב של חירות. והנה, מצב-החירות שעליו הכריזה מועצת המדינה הזמנית ובעקבותיה הכנסת, והעומד בתוקפו מאז ימיה הראשונים של המדינה, נובע מן הבעיות הבטחוניות שבהן שרויה ישראל. זהו, ולא אחר, מצב-החירות שאותו "ראתה הכנסת". האם רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת-חירות מכוח מצב שהכנסת לא ראתה בעת שהכריזה על מצב-חירות, ושכלל לא התקיים בעת ההכרזה?

לדעתי, יש להשיב לשאלה זאת בחיוב. שכן, בסעיף 49(ג) לחוק-יסוד: הממשלה נקבע כאמור, כי אם "ראתה הממשלה שקיים במדינה מצב של חירות ושעקב דחיפות העניין יש להכריז על מצב חירות עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת, רשאית היא להכריז על מצב חירות". כלומר, גם במקרה שבו לא עומדת בתוקפה הכרזה של הכנסת על מצב-חירות ולא ניתן לכנס את הכנסת רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת-חירות, ובלבד שתמצא כי במדינה שורר מצב של חירות - בין במובן הבטחוני ובין במובן אחד - ותכריז על כך. אין זה מתקבל על הדעת לגרוע מסמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת-חירות אך בשל כך שבהתעורר הצורך להתקין תעמוד בתוקפה הכרזה של הכנסת על מצב-חירות, ואפילו מדובר בהכרזה שהתקבלה על רקע שונה מזה שבעטיו מבקשת הממשלה להתקין את התקנות. במקרה כזה גם אין יסוד לדרוש מן הממשלה, או מן הכנסת, לשוב ולהכריז על מצב-חירות, שכן הכרזה כזו כבר עומדת בתוקפה. זאת, ובלבד שהממשלה תיתן את דעתה למהותו של מצב-החירות ולמידה שבו הוא מחייב התקנתן של התקנות שעת-חירות.

שאלה קשה היא, האם ראש הממשלה או שר (להבדיל מן הממשלה) רשאים לעשות שימוש בסמכותם לפי סעיף 50(ב) לחוק-יסוד: הממשלה להתקין תקנות שעת-חירות על-סמך מצב שאותו לא ראתה הכנסת בהכריזה על מצב-חירות. שאלה זו אני מעדיפה להשאיר בצריך-עיון.

9. חברי, השופט חשין, מבקש להבחין בין הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום לבין מידתיות התקנתן. לדעתי, הבחנה זו אינה דרושה. שכן, יסודה של דרישת המידתיות בענייננו אינו בהגבלות הלכתיות על הפעלת שיקול-דעת מינהלי, אלא בחוק-יסוד: הממשלה עצמו, שבו נקבע בסעיף 50(ה) כי ניתן להתקין תקנות שעת-חירום "**במידה** שמצב החירום מחייב זאת". הדבר דומה לפיסקות ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, שבהן נקבע כי מותר לפגוע בזכות יסוד רק אם הפגיעה היא "במידה שאינה עולה על הנדרש".

אכן, דרישת המידתיות מקנה לרשות המוסמכת מרחב מסוים של תימרון. שלושת יסודותיה של המידתיות - התאמת האמצעי לתכלית, מזעריות הפגיעה, וסבירות היחס שבין הפגיעה לתועלת - אינם בעלי אופי דווקני או מוחלט. עם זאת, מרחב התימרון הולך ומצטמצם ככל שהזכות או הערך הנפגעים הם חשובים יותר. ראו בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר** (טרם פורסם), פסקה 8 לפסק-דין.

בענייננו, פוגעת התקנה של תקנות שעת-חירום, ובמיוחד תקנות המבקשות לבטל או לשנות חוקים שקיבלה הכנסת, בערכים שעליהם מבוסס משטרנו הדמוקרטי - הפרדת הרשויות ושלטון החוק המהותי. ממילא מרחב התימרון העומד לממשלה במסגרת המידתיות הוא צר ביותר.

למשל, אין זה מן הנמנע כי גם מקום שבו אין ודאות מוחלטת כי עקב מצב-החירום הכנסת לא תצליח להתכנס ולחוקק חוק, אך יש סבירות גבוהה לכך, יאפשר לממשלה להתקין תקנות שעת-חירום.

10. בענייננו, מסכימה אני לדעתו של הנשיא ברק - ודומה כי גם השופט חשין אינו חולק עליו בעניין זה - כי התקנות הותקנו כדי להגן על קיומם של שירותים חיוניים, כמובנם בסעיף 50(א) לחוק-היסוד. בכך התמלא התנאי העיקרי השני שציינתי להתקנת תקנות שעת-חירום.

לעומת זאת, השימוש באמצעי של התקנת תקנות שעת-חירום לא נדרש עקב מצב של חירום כמובנו בחוק-יסוד: הממשלה (בין במובנו הבטחוני של מצב-חירום, ובין במובן אחר שלו). לאמיתו של דבר, השימוש באמצעי זה לא נדרש כלל, משום שלא הייתה כל מניעה לקיים הליכים לחקיקת חוק.

הממשלה, ללא הצדקה, נהגה כפי שהיה נהוג בעבר, לפני כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1996, ובמקום להכין הצעת חוק ולבקש מן הכנסת לדון בה בזריזות המתבקשת, התקינה תקנות שעת-חירום. בכך פעלה שלא כדין.

אין לי ספק, כי ניתן היה להשלים את הליכי החקיקה של חוק אילו במקום להתקין תקנות שעת-חירום הייתה הממשלה מגישה לכנסת בתאריך 4.11.98 הצעת חוק, והכנסת הייתה נרתמת למאמץ המתבקש של זירוז הליכי החקיקה.

אומנם, ספק אם הדבר עדיין היה אפשרי ביום הדיון לפנינו - 8.11.98 - כיום וחצי לפני המועד שנקבע לבחירות. אך בכך אין כדי להכשיר את התקנות. ראשית, הפגם שהיה בתקנות ביום התקנתן לא נרפא אך בשל חלופה ארבעה ימים. אין זה מתקבל על הדעת, כי עצם השתוותה של הממשלה לפנות לכנסת תקנה לה סמכות לעקוף את הכנסת ולהתקין תקנות שעת-חירום. שנית, המניעה לחקיקת חוק - אם אכן הייתה כזאת - לא נבעה ממצב-החירום שבו שרויה מדינת ישראל, כנדרש בסעיף 50(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, אלא ממחדלה של הממשלה להגיש בעוד מועד הצעת חוק לכנסת.

11. למרות כל אלה, סברתי כאמור כי במקרה זה מן הראוי לדחות את העתירה ולהימנע מלקבוע את בטולן של התקנות. בכך הסתמכתי על דבריו של בא-כוח המדינה, כי לא ניתן יהיה להשלים עד למועד תחילת הבחירות הליכים של חקיקת חוק (לרבות פרסומו ברשומות). מדברים אלה השתמע, כי אף לא יעשה מאמץ כזה. בנסיבות אלה הייתה הכרזה על בטלות התקנות מביאה לסיכול זכות-ההצבעה בבחירות לרשויות המקומיות של מאות אלפי תושבים. בכך הייתה נגרמת פגיעה קשה בעקרונות הדמוקרטיים של המדינה, ואף בערכן של הבחירות. כן התחשבתי בכך, שעד עתה לא זכו ההוראות הרלוואנטיות של חוק-יסוד: הממשלה לפירוש מוסמך של בית-משפט זה, ולא מן הנמנע איפוא כי התקנת התקנות נבעה מאמונה כנה של הממשלה כי הדבר היה בסמכותה.

כידוע, שיקול-הדעת הנתון לבית-המשפט הגבוה לצדק מאפשר לו - במקרים מיוחדים שבהם הדבר נדרש - להימנע ממתן סעד גם כאשר הפעולה הנתקפת לוקה בפגם מהותי, או לדחות את תחילתו של צו בדבר בטולתה של פעולה כזאת. ראו בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קריית-גת**, פ"ד מב(1) 678, בע' 694; בג"ץ 2918/93 **עיריית קריית-גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(5) 832, בע' 848-849. גם בבג"ץ **פורז** הנ"ל דחה בית-המשפט את מועד כניסתו לתוקף של פסק-הדין שקבע את הבטלות של תקנות שעת-החירום שנידונו שם.

זאת, בשל ההיערכות שנדרשה עקב ביטול התקנות, ולנוכח האפשרות כי הכנסת תיתן תוקף בחוק לפעולות שנעשו לפי התקנות הפסולות.

12. עם זאת, בהימנעותנו מלתת סעד במקרה זה אין כדי להוות תקדים. אל לממשלה לסמוך על כך, כי בעתיד יהווה מחדלה מלפנות בעוד מועד בהצעת חוק לכנסת טעם להימנעות של בית-משפט זה ממתן סעד כנגד תקנות שעת-חירום שיתקבלו שלא כדין. משניתנו הנימוקים לפסק-דין זה, לא יכול להיות עוד ספק כי לממשלה כוח להתקין תקנות שעת-חירום רק אם מצב-החירום הקיים במדינה מונע אפשרות של פנייה לכנסת לצורך חקיקת חוק.

מטעמים אלה הצטרפתי לדחיית העתירה ביום הדין.

ש ו פ ט ת

אלה הם נימוקיני - נימוקי-רוב ונימוקי-מיעוט - להחלטתנו מיום 8 בנובמבר 1998 כי דין העתירות שלפנינו להידחות.

ניתן היום, א' בניסן התשנ"ט (18.3.99).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
/דז/A04.98069710