

הזכות לבחור בעידן של מגפות: בעקבות משבר הקורונה

מאת
יובל ארז*

תקציר

מגפת הקורונה שפרצה בתחילת שנת 2020 והתפשטה בעולם קראה תיגר על מימושן של מרבית זכויות האדם והאזרח בחברות הדמוקרטיות, החל בחופש התנועה וכלה בזכות לחיים. מאמר זה מפנה זרקור לאיום שהיה צפון בה, ולמעשה עודנו טמון בכל מצב של התפשטות מגפה, לזכות העומדת ביסוד הזכויות כולן: הזכות לבחור. ההתמודדות עם איום זה אינה נוגעת רק לסדרי הבחירות, אלא לדילמה האם עדיף לדחות את הבחירות או לקיימן בתנאים שאינם אופטימליים ומחייבים התאמות. פתרון הדחייה נשמע פשוט וזול, אך הוא פוגע במאפיין מרכזי של המנגנון הדמוקרטי – הסדירות של מערכות הבחירות, שמבטיחה את חילופי השלטון ואת האפשרות לפקח על נבחריו הציבור. בנוסף, אין מדובר ב"פתרון קסם", כיוון שדחייה אחת אינה בהכרח האחרונה ואינה נותנת מענה למשבר שהוא ארוך טווח. מנגד, הפתרון של קיום הבחירות כסדרן אינו פשוט לנוכח הצורך לוודא שמבוצעות התאמות מספקות על מנת להבטיח את הזכאות המהותית לבחור, מבלי ש"מחיר מימושה" יהיה יקר. השתתפות רחבה בבחירות נחוצה לגיטימציה שלהן, וחייבת להיות מבוססת על נגישות שוויונית של כלל האזרחים להליך.

המאמר בוחן שאלות אלה הן במישור התאורטי והן במישור המעשי, תוך היעזרות בלקחים ממדינות אחרות וממערכות הבחירות שהתקיימו בתקופת הקורונה לכנסות ה-23 וה-24. בסופו של דבר, הוא מתמקד בדיני הבחירות של ישראל המתאפיינים בנוקשות יחסית, בשל הדרישה לנוכחות פיזית בקלפי בתוך פרק זמן קצר. המאמר מבקש להראות

* תלמיד לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. רשימה זו נכתבה במסגרת פרויקט הכתיבה הסטודנטיאלי של כתב העת עיוני משפט. ברצוני להודות לד"ר דורין לוסטיג, שיר אביטל, מעין ויסמן, אלאא חאג' יחיא ועידן רייטר, עורכי כתב העת עיוני משפט כרך מד, וכן לשופט/ת החיצוני/ת, על הערותיהם/ן המועילות שתרמו לי רבות בכתיבת רשימה זו. תודה גדולה מופנית לפרופ' רונן אברהם, המנחה האקדמי של "הקליניקה לזכויות אדם", על הליווי בכתיבת העבודה האקדמית שהייתה הבסיס לרשימה זו. לבסוף, אני מודה מאוד גם לכל מי שקראו גרסאות שונות של כתב היד ועזרו לי בכך לשפר אותו: לילה אתר, יונתן בוקשפן, יותם לחובסקי, גיא פריבר, ירון קובור, גל רוזנפלד וענבל תמיר.

את החשיבות הנודעת לרפורמה חקיקתית שתכיר במנגנוני הצבעה מורכבים יותר, שאותם יהיה ניתן להפעיל במצבי חירום. דוגמה למנגנון כזה היא הצבעה מוקדמת, לפחות של חלק מהאוכלוסייה. בהמשך לכך נטען כי רק כשהסכנה בקיום הבחירות כסדרן בעת מגפה הינה רצינית במיוחד, וכאשר קיים קשר רציונלי בין אי-מימושן במועד לבין צפי להקטנה ניכרת של התפשטות המגפה, יש לאפשר דחייה של הבחירות, בכפוף לביקורת שיפוטית הדוקה על החלטה זו. לבסוף, נטען כי חשוב להבטיח שהבחירות תתקיימנה תוך מימוש אופטימלי של זכויות האדם הנוספות הקשורות להליך הדמוקרטי, כמו חופש ההפגנה נגד השלטון בתקופה הסמוכה למועד הבחירות.

מבוא.....	2
א. הזכות לבחור בראי התאוריה של דיני הבחירות.....	5
ב. סיפורי אירוע מישאל ומהעולם.....	10
ג. דיני החירום בישראל ודיני הבחירות – עבר והווה.....	14
1. הקורונה ודיני חירום.....	14
2. דיני הבחירות – עקרונות כלליים.....	16
3. הזכות לבחור בישראל.....	18
ד. דיני בחירות לתקופת הקורונה – האתגרים המשפטיים במבט השוואתי.....	23
1. שינוי מועד הבחירות בעת משבר.....	23
2. התאמות נדרשות לבחירות בתנאי מגפה.....	26
ה. לקראת דיני בחירות של מגפות בישראל.....	32
1. האפשרות לשינוי של מועד הבחירות.....	32
2. קיום הבחירות כסדרן ופריסתן.....	35
3. לא בלי זכויות נוספות.....	41
4. הצבעה בדואר ובאינטרנט – הערת אזהרה.....	46
סיכום.....	47

מבוא

מה חשוב יותר: הבריאות או ההשתתפות הדמוקרטית? שאלה זו מונחת לפתחם של בוחרים בתקופה של מגפה מסוכנת. מגפות היו חלק ממציאות החיים האנושית במשך תקופות רבות בהיסטוריה, אך ניתן היה להתרשם ולקוות שאין מדובר בתופעה בעלת חשיבות לניהולן של מדינות מודרניות. מאז שהתפשטה מחלת הקורונה בשנת 2020 כמגפה עולמית,¹ הערכה אופטימית זו התבררה. אכן, מגפת הקורונה חייבה

¹ WHO Director-General's Opening Remarks at the Media Briefing on COVID-19 – 11 March 2020, WORLD HEALTH ORG. (Mar. 11, 2020), <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

התמודדות במישורי פעילות רבים, וזו הובילה להטלת מגבלות על מגוון של זכויות אדם. אולם השפעת המגפה על האפשרות לממש את הזכות לבחור היא בעלת חשיבות מיוחדת, מאחר שזכות זו היא התנאי הבסיסי למשטר הדמוקרטי כולו, וממילא להגנה על הזכויות האחרות. הדמוקרטיה מתממשת באמצעות בחירות חופשיות המעניקות את הזכות לבחור ולהיבחר באופן שווה. אף לפי ההגדרה ה"רזה" ביותר שלה, היא מבוססת על השתתפות כללית בבחירות, על מנת להפיק מהן את רצון הרוב.² השאלה הייתה ועודנה בעלת חשיבות למדינות שונות שנדרשו לקיים מערכת בחירות במהלך התפרצותה של מחלת הקורונה. גורלה של מדינת ישראל אינו שונה. אכן, המדינה מורגלת במצבי חירום, אך המשפט הישראלי מיקד את הדיון בתחום זה במצבי לחימה וטרור. למעשה, ישראל הייתה אחת המדינות הראשונות שצברו ניסיון בניהול בחירות בצילה של הקורונה. תחילת התפרצות המגפה, בסמוך למועד הבחירות לכנסת ה-23 (2020.2.3), התבטאה בכמה הסדרים מיוחדים שנעשו ביחס להצבעות של מי ששהו בבידוד. אולם היו אלה הסדרים חלקיים ביותר, והם אף התמודדו עם איום שנחשב באותה עת מוגבל בהיקפו. הסדרים אלו אינם רלוונטיים לבחירות שבהן לא רק אלפים בודדים שוהים בבידוד, כפי שאירע במרץ 2020, אלא אוכלוסייה שגודלה עולה על כך עשרות מונים.

ראשית כתיבתו של המאמר הייתה בתקופה שאחרי הבחירות לכנסת ה-23 ולקראת הבחירות שהתקיימו בארצות הברית בנובמבר 2020, כשמגפת הקורונה הייתה בעיצומה. בינתיים נצבר ניסיון נוסף בתחום זה – אחרי שכבר התקיימה מערכת בחירות נוספת בישראל בצילה של הקורונה, לכנסת ה-24 (ב-2021.3.23) – בעת שמגפת הקורונה לא הייתה עוד דבר חדש ומפתיע, ושיעור החולים באוכלוסייה היה כבר גדול הרבה יותר. מערכת בחירות זו נחלה הצלחה מסוימת מבחינת סדרי הבחירות, אולם כפי שאסביר בהמשך אין בניסיון שנצבר בה כדי לתת מענה יסודי לנושא העומד במרכז המאמר. בנוסף, הבחירות לכנסת ה-24 התקיימו לאחר שפותח חיסון לנגיף הקורונה ושיעור המחוסנים בחברה בישראל היה גדול יחסית,³ במיוחד בקרב קבוצות סיכון. זהו משתנה נוסף שמספק הגנות רבות ומחייב התאמות מסוג שונה. אולם זהו גורם ה"מנטרל" את המשבר רק באופן חלקי, ואינו נותן מענה לאפשרות של צורך לקיים בחירות במצב של מגפה בהתפשטות. הוא רלוונטי הן לדיון בשאלה של סדרי הבחירות והן לצורך בחינת החלופה האפשרית של דחיית הבחירות. חשוב להעיר כי בשלבים

² אהרן ברק **מידתיות במשפט** 269 (2010).

³ בתחילת מרץ 2021, כשלושה שבועות לפני הבחירות לכנסת ה-24, דווח כי כבר חוסנו 4.8 מיליון איש וכי 87% מקבוצת הסיכון המרכזית לקורונה, של בני 50 ומעלה, הם כבר מחוסנים או מחלימים. ראו רוני לינדר "תעשו חיים", גרסת החיסונים: ההימור הגדול מתחיל עכשיו" **TheMarker** (2.3.2021) <https://www.themarker.com/news/health/pre> mium-1.9582542

מסוימים הועלתה בריש גלי אף האפשרות לדחות את הבחירות, גם על ידי גורמים במערכת הפוליטית, ובהם סגן שר הבריאות יואב קיש.⁴ אולם, זו לבסוף לא קודמה. אם כך, השאלות שאעסוק בהן במאמר הן: האם צריך או כדאי לבצע התאמות בשיטת הבחירה (במהלך מגפה) באופן שפוגע באופן פוטנציאלי בשוויוניות הבחירות, על דרך הגבלת הנגישות להן של חלק מהציבור? או הגבלת חשאיותן? אם כן, אילו הגבלות? מה צריכה להיות ההתייחסות לאוכלוסיות בסיכון, למבודדים ולחולים? השאלה המשמעותית ביותר היא האם יש הצדקה להכיר באפשרות של דחיית הבחירות לנוכח קיומו של מצב חריג ומסוכן? אם כן, באיזה מצב תיחשב הפעלת המנגנון הקיצוני הזה לגיטימית? כאמור, שאלות אלה, שנוגעות לשרוש ההגנה על הזכות לבחור, תעמודנה במרכז הדיון, לא רק בהקשר המידי של מגפת הקורונה אלא גם של מצבי חירום בריאותיים שעשויים להתממש בעתיד. במובן זה הקורונה היא רק "מקרה מבחן" אקטואלי מאין כמותו.

בהמשך למבוא זה, **פרק א** יקדים ויציג את הדיון בזכות לבחור בהקשר הרחב של התאוריה של דיני הבחירות. דיון זה יבהיר כי הסוגיה של בחירות בתקופת קורונה אינה רק שאלה מעשית-יישומית, אלא יורדת לשרוש ההגנה על ההליך הדמוקרטי ולעיצובו באופן שלא יחשוף אותו לסכנה של הטיה דווקא בתקופות של משבר לאומי. **פרק ב** יציג את חשיבותו של הנושא באמצעות סיפורי אירוע של בחירות שהתקיימו החל משנת 2020 בישראל ובמדינות נוספות בתקופת התפרצותה של מגפת הקורונה. לניסיון המצטבר בתחום זה נודעת חשיבות גם משום שהוא מדגים את המודלים העיקריים שיש לבחור ביניהם. דרך אחת היא קיומן של בחירות גם בתקופת מגפה תוך הטלת הגבלות והתאמות. דרך אחרת היא דחייתן למועד מאוחר יותר. **פרק ג** יסקור את ההתאמות החוקיות שנעשו בישראל לאחר התפשטות מגפת הקורונה ואת מגבלותיהן לנוכח הנוקשות היחסית של דיני הבחירות בישראל. בהקשר זה תוצג ההסדרה החוקית והחוקתית של דיני הבחירות ושל הזכות לבחור בישראל. **פרק ד** יתאר את האתגרים המשפטיים המרכזיים של שינוי מועד הבחירות בשל המגפה ושל קיומן במהלכה במבט השוואתי, תוך הפניית המבט בעיקר לארצות הברית, שבה היה דיון נרחב יחסית בנושא בשל מערכת הבחירות של שנת 2020. **בפרק ה** יוצעו שינויים שיש לשקול בדיני הבחירות של ישראל על מנת שייתנו מענה למצבי חירום בריאותיים. המסר המרכזי של הדיון הינו שהמחויבות לשלטון החוק ולהשתתפות הדמוקרטית אינה באה בהכרח על חשבון בריאות הציבור. אתגרים כמו מגפת הקורונה מחייבים למצוא דרך שבה, ככל הניתן, ההשתתפות הדמוקרטית בבחירות במועדים סדירים תהיה אופטימלית, מבלי לסכן את החברה סיכון רציני. לבסוף, בסיכום, תוצג עמדה שלפיה אתגר הקורונה הוא מקרה בוחן לחשיבה מחודשת, כללית יותר, על דיני הבחירות. כפי שאסביר, הכוונה אינה רק ל"שיפור" טכני של מנגנון הבחירות, אלא לצורך באיזון בין התאמה של סדרי הבחירות לתנאי חירום לבין מנגנון של דחיית מועד הבחירות, במידת הצורך.

⁴ יהונתן ליס "סגן שר הבריאות: אם רמת התחלואה לא תרד, אני לא יודע איך נערוך בחירות" **הארץ** (20.1.2021) <https://www.haaretz.co.il/news/elections/premium-1.94> .66748

א. הזכות לבחור בראי התאוריה של דיני הבחירות

הזכויות שעניינן השתתפות בהליך הפוליטי, ובראשן הזכות לבחור, הן הזכויות שביסוד הזכויות כולן. כאשר בני החברה אינם יכולים להשתתף בבחירות, הערובות להגנה על הזכויות האחרות קורסות.⁵ איך ניתן להבטיח שהזכות לקניין, למשל, תזכה להגנה? רק כאשר הכול משתתפים בבחירות ניתן להניח שההחלטות "מסדר שני" על הזכויות מתקבלות תוך כדי הבאה בחשבון של זכויות האזרחים כולם.

רבים מן ההוגים שעסקו בתאוריה הדמוקרטית ראו בזכויות שעניינן השתתפות בהליך הדמוקרטי ובמשטר הדמוקרטי שניים שלא ניתן להפריד ביניהם. בספרו LAW AND DISAGREEMENT התייחס המלומד ג'רמי וולדרון לשתי קטגוריות עיקריות של זכויות שנמצאות ביסודה של כל שיטה דמוקרטית.⁶ הקטגוריה הראשונה שהוצגה כוללת זכויות המהוות תשתית לתהליך הדמוקרטי עצמו. יכולות להיות דרכים שונות לעריכת בחירות ולקביעת מנגנוני ייצוג, אך כולן צריכות לחתור לאותו אידיאל: השתתפות שווה של העם בקבלת ההחלטות. הקטגוריה השנייה שהוצגה כוללת זכויות שקיומן מקנה לדמוקרטיה לגיטימיות וממשות, גם אם אינן חלק מן התנאים הפורמליים לקיומה (למשל: חופש הביטוי והאספה). הזכות לבחור, שעומדת במרכז הדיון כאן, עומדת בראשה של רשימה זו אף במתכונתה הרזה. ואומנם, במקום אחר, וולדרון אף הגדיר את הזכות להשתתף בהליך הדמוקרטי כ"זכות של כל הזכויות" (The Right of Rights).⁷

פרספקטיבה נוספת מספקת גישתו של המלומד ג'ון הארט אילי, שהחזיק בגישה מצמצמת להגדרת היקפה הראוי של הביקורת השיפוטית. אילי סבר שהביקורת השיפוטית היא לגיטימית במצבים שבהם היא משרתת את הבטחת זכות ההשתתפות בהליך הפוליטי. לפי התאוריה ההליכית שהציע, על בית המשפט להגן על הדמוקרטיה הייצוגית, על ההליך הדמוקרטי ועל האפשרות של כולם להשתתף בהליך זה. לכן, ביקורת שיפוטית מוצדקת כשיש כשלים בהליך הדמוקרטי, כדוגמת מקרים של פגיעה בזכות לבחור ובחופש הביטוי.⁸ אף לאורה של גישה זו, כשל בהגנה על הזכות לבחור עומד במרכז הדיון בהגנה על זכויות. המלומדת הת'ר גרקן, בעקבות ריצ'רד פיליס וסמואל איסקרוף, עמדה על כך שבתקופת חירום, הדגש החוקתי צריך להיות מושם

⁵ להרחבה, ראו: Michael W. Doyle, *Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs*, 12 PHIL. & PUB. AFF. 205, 206-07 (1983).

⁶ JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 282-85 (1999).

⁷ Jeremy Waldron, *Participation: The Right of Rights*, 98 PROCEEDINGS ARISTOTELIAN SOC'Y 307 (1998).

⁸ JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).
ראו גם: איתי בר-סימן-טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" *דין ודברים* ט 67, 71-75 (2015).

בשמירה על הפרוצדורות.⁹ על כן, השאלה החשובה היא: מי קיבל את ההכרעה הדמוקרטית? זאת, להבדיל מהשאלה: מה הייתה ההכרעה? הכתיבה בתחום מדע המדינה, שכוללת התייחסות נרחבת למנגנונים של קבלת החלטות, עוסקת אף היא בעיצוב ההליך הדמוקרטי. חוקי הבחירות מתוארים בה כחוקי הדמוקרטיה, לנוכח השפעתם המרכזית על תוצאת ההכרעה.¹⁰ המלומד רוברט דאהל מנה ערכים מרכזיים שצריכים להתקיים בדמוקרטיה, והדגיש בהקשר זה את חינויותו של השוויון בבחירות כתנאי תשתית.¹¹ כך, למשל, אין די בקיומם של מועד בחירות ומפלגות, אם אנשי האופוזיציה כלואים או הבחירות נקנות בכסף. משמעות השוויון היא כמובן גם כוללנות (דהיינו, זכאות רחבה להשתתפות בבחירות). דאהל ציין כמרכיבים חיוניים נוספים את הדרישות הבאות: השתתפות אפקטיבית (הזדמנות שווה להביע דעות ולשכנע אחרים), הבנה מושכלת (מידע והזדמנות לכל בוחר ללמוד על חלופות אפשריות) ושליטה על סדר היום (יכולת להחליט על הנושאים שיעמדו לדיון).¹²

בהתחשב בדרישות בסיסיות אלה, קיום הבחירות בתקופה של מגפה כדוגמת הקורונה עלול להוביל לפגיעה בהליך הבחירות בכמה ממדים. כך, למשל, בידוד של אזרחים, על פי כפייה או אף בשל פחד מהידבקות, יכול לשלול מחלק מהם את זכות הבחירה. אכן, ניתן לטעון שיש הבדל בין פגיעה בזכות בגין מקרה של בידוד בכוח (זה המחייב את האזרח על פי חוק), לבין פגיעה בה בגין בידוד וולונטרי מפני פחד מהידבקות למשל. אולם, גם במצב השני שבו המדינה אינה מגינה על אזרחיה באופן מספק מפני סכנה לאומית היא תורמת לכך שהמחיר של המימוש של זכויות יסוד הוא גבוה.¹³ כמו כן, אף אם הזכאות להצביע לא תישלל באופן רשמי, הצרת צעדיהם של הבוחרים בדרך לקלפי בהשוואה למצב בימים כתיקונם יכולה להוביל לאחוזי השתתפות נמוכים. בנוסף, ייתכן שייוצר מצב של אי-שוויון פוליטי בין חלקים שונים באוכלוסייה, למשל לפי פריסה גאוגרפית או מאפייני גיל של המצביעים, באופן שדה-פקטו יחתור תחת הרעיון של "קול אחד לכל אחד". כך גם לגבי קבוצות מוגדרות באוכלוסייה, למשל על בסיס קריטריונים אחרים כמו שיוך לאומי או השקפה דתית,

⁹ Heather K. Gerken, *Keynote Address: What Election Law Has to Say to Constitutional Law*, 44 IND. L. REV. 7, 19–20 (2010); Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, *Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism: An Institutional Process Approach to Rights During Wartime*, 5 THEORETICAL INQUIRIES L. 1, 8 (2004)

¹⁰ David Schultz, *The Case for a Democratic Theory of American Election Law*, 164 U. PA. L. REV. ONLINE 259, 259–60 (2016)

¹¹ שם, בעמ' 263; ROBERT A. DAHL, *DEMOCRACY AND ITS CRITICS*, 109–11 (1989)

¹² יצחק גל-נור ודנה בלאנדר *המערכת הפוליטית בישראל* כרך א 523 (2013).

¹³ בדומה, בבג"ץ שהורה למגן את כל כיתות האם בכתי הספר בשדרות וביתר יישובי "עוטף עזה" במיגון מלא, נקבע כי: "אין זה סביר להעמיד הורים בפני הדילמה של מימוש זכות ילדיהם לחינוך אל מול ההגנה על חיי הילדים" (בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198, 215 (2007)).

שבהן אחוזי התחלואה גבוהים מאוד (מסיבות שונות),¹⁴ מה שעלול לפגוע בייצוגיות ובזכויות המיעוט. לעומת זאת, שינויים בהליך הבחירות באופן שיאפשר השתתפות רחבה יכולים לפגוע בחשאיות של הבחירות, או במקרים אחרים להכניס "אי-שקט" למערכת בשל דחיות והארכות מועדים. כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם החתירה לבחירות בעלות מאפיינים דמוקרטיים במלוא מובן המילה.

יש מקום להבהיר כי האתגרים שצוינו חורגים מעבר להיבטים של פתרון בעיות מעשיות אד-הוק. מגפת הקורונה חשפה בעיית עומק. ההיסטוריה המודרנית לא ידעה שיבוש כזה של ההליך הדמוקרטי במדינות כה רבות ובאופן שעלול לחזור על עצמו בהסתברות גבוהה. אכן, במהלך השנים היו במדינות מסוימות אילוצים שהשפיעו על בחירות בהקשרן של מחלות אחרות, אולם היה מדובר בבעיות מקומיות שלא השפיעו על ההליך הדמוקרטי בהיקף גלובלי. הדוגמאות המרכזיות מתקופות קודמות בהיסטוריה המודרנית אף אינן מגיעות ממדינות שיש בהן מסורת דמוקרטית של השתתפות נרחבת לאורך שנים.¹⁵ לכך יש להוסיף כי בחירות על רקע מגפה יכולות להעלות שאלות שונות, לעיתים מורכבות יותר, בהשוואה לבחירות על רקע אירוע חירום אחר, כדוגמת נזקי התקפת טרור או אסון טבע.¹⁶ זאת למשל בשל הרלוונטיות הפוטנציאלית של הבעיה לאזורים ולאנשים רבים יחסית ברחבי המדינה, ומשום שהטיפול בבעיה יכול להימשך זמן ארוך. בנוסף, בהקשר של מחלה מידבקת מצב החירום מאופיין לא רק בצורך בהתארגנות לוגיסטית אלא גם בחשיפה אפשרית של המצביעים לסיכון בריאותי תוך כדי ההצבעה עצמה. לצד מתן האפשרות לבחור, למדינה יש גם אחריות לדאוג לזכות לחיים של האזרחים,¹⁷ כמו גם לזכותם לבריאות

¹⁴ לדוגמה, בנובמבר 2020 דווח כי שיעור המאומתים מהחברה הערבית הגיע לכ-40.5% מכלל המאומתים בשבוע שנסקר, שהם פי שניים מחלקם היחסי באוכלוסייה. ראו: רוני לינדר "התפרצות בחברה הערבית: 4 מכל 10 מאומתים – ערבים" *TheMarker* (5.11.2020) <https://www.themarker.com/coronavirus/premium-1.9291847>

¹⁵ למשל, בשנת 2018 נדחו הבחירות לנשיאות ברפובליקה הדמוקרטית של קונגו בשל מחלת האבולה. טלי גולדשטיין "הלחץ של טראמפ, הדילמה של נתניהו: בחירות בצל קורונה – איך עושים את זה ולמה צריך להיזהר?" *TheMarker* (8.5.2020) <https://www.themarker.com/wallstreet/premium-MAGAZINE-1.8828834>

¹⁶ Michael T. Morley, *Election Emergencies: Voting in the Wake of Natural Disasters and Terrorist Attacks*, 67 *EMORY L.J.* 545 (2018)

¹⁷ ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הקבועה בחוק, ¹⁸ ולה מופעים בעלי מעמד חוקתי שהוכר על ידי בית המשפט העליון, ¹⁹ כנגזרת לזכות לחיים או לזכות לשלמות הגוף. ²⁰

זווית נוספת לראיית הדברים נוגעת להתגברות הגל הפופוליסטי שמכרסם בדמוקרטיה המערבית. ²¹ דווקא בתקופה כזו נודעת חשיבות יתרה לחיזוק התהליך הדמוקרטי, כמשקל נגד לתפיסה כי דמוקרטיה מסתכמת רק בקיום בחירות חופשיות לכאורה (קרי, מבלי לזייף את התוצאות). יש בכך כדי לחזק את התפיסה כי דמוקרטיה אינה רק "שלטון הרוב" – במשמעות של רוב המצביעים בבחירות האחרונות – אלא כזה הכולל סל זכויות נרחב – כמו שוויון מהותי, שיכול לבוא לידי ביטוי גם בנגישות לקלפי.

הכתיבה בנושא של קורונה ובחירות הייתה עד כה בעיקר בעלת אופי קונקרטי ומכוונת לפתרון בעיות אד-הוק. ²² בכך אין די. במבט כולל יותר ההתמודדות הנדרשת היא בשני ערוצים שיש לבחור ביניהם – הסדרים חוקתיים שעניינם דחיית הבחירות, או הסדרים חוקתיים שעניינם התאמה של סדרי ההצבעה. לכל אחד מהשניים יש מחירים אחרים. במאמר שפורסם על רקע משבר הקורונה הוגדר "פרדוקס הדחייה" של בחירות במצבי חירום: הדחייה מאפשרת לקיים את הבחירות בתנאים טובים יותר, אך עלולה לחתור בעצמה תחת הלגיטימציה של הבחירות. ²³ ברקע הדיון הוצג מיפוי של שבעה טיפוסים מקרים של אי-קיום בחירות, ובהם: ביטול הבחירות (למשל במסגרת השתלטות צבאית); דחייה עקב משבר (למשל פיזור לא חוקתי של פרלמנט); דחייה עקב תהליך מעברי בשיטה הפוליטית (למשל דחייה לשם קיום בחירות לאחר כינון חוקה חדשה); דחייה עקב כשלים טכניים (הנוגעים לניהול התקין של יום הבחירות); דחייה עקב מות מועמד; ביטול תוצאות הבחירות לאחר קיומן (למשל עקב הונאה). ²⁴ הקטגוריה השביעית והאחרונה היא: דחייה מסיבות הומניטריות, קרי עקב סכנה

¹⁸ חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; חוק זה מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית. שם, בס' 1. לפי החוק, כל תושב זכאי לשירותי בריאות, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר. שם, בס' 3(א); שירותים אלה ניתנים תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית. שם, בס' 3(ה).

¹⁹ בג"ץ 11044/04 סולומטין נ' שר הבריאות, פ"ד סד(3) 778, פס' 13 (2011).

²⁰ בג"ץ 434/09 דוידוב נ' שר הבריאות, פס' 28 (נבו) 3.5.2009. (התייחסות לזכות לבריאות כנגזרת מהזכות לחיים); בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 334 (2004) (התייחסות לזכות לבריאות כנגזרת מהזכות לשלמות הגוף).

²¹ יאן-ורנר מולר "דמוקרטיה לא-ליברלית? אין דבר כזה" הזמן הזה (11.2018) <https://hazmanhazeh.org.il/illiberal-democracy>

²² לרוגמה: Anna Baringer et al., *Voting by Mail and Ballot Rejection: Lessons from Florida for Elections in the Age of the Coronavirus*, 19 ELECTION L.J. 289 (2020)

²³ Toby S. James & Sead Alihodzic, *When Is It Democratic to Postpone an Election? Elections During Natural Disasters, COVID-19, and Emergency Situations*, 19 ELECTION L.J. 344 (2020)

²⁴ שם, בעמ' 346–348.

לביטחון וחיי האזרחים. כדוגמה למקרה זה הוצגה הדחייה של הבחירות בפפואה ניו גינאה בשנת 2019 עקב התפרצות של הר געש. אי-קיום בחירות סדירות חותר תחת הערכים הדמוקרטיים שהוזכרו.²⁵ מחד גיסא, הדחייה לכאורה מתבקשת. יש קושי דמוקרטי לקיים בחירות ללא אפשרות לניהול "דיאלוג", למשל עקב הגבלות על פעילות עיתונאים עצמאיים או ניהול קמפיין במתכונת של עצרות בחירות. ההגבלות הללו יכולות לפגוע גם בשוויון בין המועמדים, משום שהמועמד המכהן זוכה להרבה יותר נראות עקב תפקידו. מאידך גיסא, הדחייה פוגעת ביציבות ובוודאות שהם חלק מהמרכיבים הבסיסיים של השיטה הדמוקרטית.²⁶ לנוכח הקשיים הללו, יש להימנע מגלישה מהירה מדי לכיוון של דחייה ולהכין תשתית שתאפשר את קיום הבחירות במועדן, להוציא מצבי קיצון ממשיים וקצרי מועד.

הדיון בנושא מחייב מודעות גבוהה לפרספקטיבה של הלגיטימציה של השיטה, שלפי מקס וובר, מהחוקרים החשובים ביותר בסוציולוגיה המודרנית, היא מרכזית להישרדותם של משטרים פוליטיים.²⁷ בהקשר הנוכחי, עיצוב תהליך הבחירות חשוב ביותר ללגיטימציה של תוצאות הבחירות, כמו גם של ההכרעות שמקבלים בהמשך הנבחרים מכוון. אחד הביטויים המרכזיים של הנושא הוא השפעתו של שיעור השתתפות נמוך על הלגיטימציה של הבחירות.²⁸ אי-השתתפות המונית בבחירות עלולה להחליש את מוסדות הייצוג הנבחרים, משום שנמנע מהנציגים מידע חיוני על דרישותיהם של האזרחים. בנוסף, הימנעות גורפת עלולה לפתוח פערים ניכרים בין רצונותיהם של האזרחים ובין חלוקת העוצמה הפוליטית בבית הנבחרים. לבסוף, ולענייננו, הימנעות נרחבת מהצבעה עלולה לערער את הבסיס הלגיטימי של השלטון הנבחר ולהעמיד בספק את סמכותם של המנהיגים לקבל החלטות, ואת יכולתם להוציאן אל הפועל.²⁹ שלטון שלא יבצע התאמות בסדרי הבחירות בעת משבר יוביל לפגיעה בשיעור ההשתתפות. פגיעה קרדינלית תערער את הלגיטימציה שלו.

25 שם, בעמ' 348.

26 שם, בעמ' 350–358.

27 MAX WEBER, THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION 130–32 (1947) (Talcott Parsons ed., A. M. Henderson & Talcott Parsons trans., Free Press 1964).

ראו גם: Sveinung Arnesen et al., *Conditional Legitimacy: How Turnout, Majority Size, and Outcome Affect Perceptions of Legitimacy in European Union Membership Referendums*, 20 EUR. UNION POL. 176, 178–79 (2019).

28 Ezequiel Gonzalez-Ocantos, et al., *Legitimacy Buying: The Dynamics of Clientelism in the Face of Legitimacy Challenges*, 48(9) COMP. POL. STUD. 1127 (2015).

29 ניר אטמור "על (אי-)השתתפות בבחירות: ישראל במבט היסטורי ובינלאומי משווה" *מצביעים או לא מצביעים? ההשתתפות בבחירות לכנסת 21, 28–30* (ניר אטמור ורן פרידברג עורכים, מחקר מדיניות 106, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2016) (מחקר המדיניות להלן: **מצביעים או לא מצביעים**)).

ב. סיפורי אירוע מִישראל ומהעולם

על מנת להמחיש את האתגרים של בחירות בתקופת קורונה (או מגפה בעלת מאפיינים דומים) אציג את האופן שבו התעוררו השאלות לראשונה במערכות הבחירות שהתקיימו בסמיכות יחסית לראשית התפרצותה של מגפת הקורונה. הדוגמאות שתוצגנה אינן מתיימרות להקיף את מכלול המקרים, אולם יש בהן כדי לשקף את האתגרים של עריכת בחירות בתקופה של מגפה, בכל שיטה בהתאם למסורתה הפוליטית והמסגרת החוקתית הנוהגת בה.

אתחיל בבחירות שהתקיימו לכנסת ה-23, ושבהן הנושא עלה כאמור לראשונה בישראל. במהלך יום הבחירות יוּשמו כאמור הסדרים שאפשרו הצבעה לְשֹׁהים בבידוד ביתי. בפועל, הוקצו לאנשים אלה (אלפים בודדים באותה עת) כ-14 קלפיות.³⁰ לעומת זאת, ל-18 האנשים ששהו באותה עת בבידוד בבית החולים תל השומר לא ניתן כל פתרון להשתתפות בבחירות. אלה כללו עשרה חולים, וכן שמונה מבודדים שהוחזרו מספינת טיולים ביפן בתנאי בידוד. לאורך היום, במוקדים אחדים של קלפיות מיוחדות אלה נרשם עומס כבד ואנשים עזבו את המקום מבלי להצביע. לבסוף, מועד סיום ההצבעה נדחה בשעתיים והקלפיות הללו נסגרו בשעה 19:00.³¹ גם שעה זו הייתה מוקדמת בהשוואה לשעת הסיום הנהוגה בקלפיות הרגילות – 22:00.³² בסופו של דבר, 70% מהמבודדים הצביעו.³³ בהתחשב בעובדה שבאותה עת היה היקף התופעה מצומצם היה זה פתרון שבזכותו היה שיעור המצביעים מקרב המבודדים גבוה ודומה לשיעור ההצבעה הכללי.³⁴ הסדרים ייעודיים אלה נקבעו על ידי יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-23, השופט ניל הנדל, והם כללו הוראות מיוחדות, כגון לגבי יציאה מבידוד

³⁰ נקבע שאדם השוהה בבידוד ונעדר תסמינים רשאי לצאת ממקום הבידוד לצורך הצבעה בבחירות באחת מהקלפיות שקבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23. ס' 2א לצו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: צו בריאות העם [בידוד בית והוראות שונות]). רשימת המיקומים של הקלפיות הייעודיות פורסמה באתר ועדת הבחירות המרכזית. "הוראות מיוחדות וסדרי הצבעה לבוחרים השוהים בבידוד בית" **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת: הבחירות לכנסת ה-23** (2020) <https://bit.ly/3ICPf8e>.

³¹ סיון חילאי, איתי בלומנטל ואמיר אלון "עומסים בקלפיות הקורונה": חוזרים הביתה בלי להצביע" **ynet** (2.3.2020) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5687404,00>; <https://www.maariv.co.il/elections> (26.2.2020) **מעריב** 2020/Article-750538.

³² ס' 72 לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), התשכ"ט-1969.
³³ 4,073 מתוך 5,630 בעלי זכות הצבעה. אריק בנדר ויובל בנגו "הסתיימה ההצבעה בקלפיות הקורונה": 70% מהמבודדים הצביעו" **מעריב** (2.3.2020) <https://www.maa.riv.co.il/elections2020/news/Article-751492>.

³⁴ אחוז ההצבעה הכללי בבחירות לכנסת ה-23 עמד על 71%. נטעאל בנדל "אחוז ההצבעה הסופי בבחירות 2020: 71% – מעט יותר מהבחירות בספטמבר" **הארץ** (2.3.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/elections/1.8616776>.

לצורך הצבעה, מיגון השהים בקלפי והצבעה תוך שימוש בכפפות ומסכה.³⁵ ההוראות הוצאו מתוקף סעיפים 116 ו-116 טו לחוק הבחירות לכנסת שעוסקים בסדרי הצבעה בבתי חולים ל"מאושפזים". זאת חרף העובדה שהן נגעו להצבעה של אזרחים, שרובם ככולם לא היו חולים, ורק נדרשו להימצא בבידוד לנוכח הסיכון שנדבקו. לעומת זאת, לחולי הקורונה המועטים שהיו בארץ ושהו בבית חולים לא נתנו ההוראות מענה כלל. הסדרים אלה היו חשובים אך היו מצומצמים, דרשו התארגנות יחסית מועטה ולא התיימרו לשמש מודל לפתרון רחב בהקשר של מגפות אחרות. בכל מקרה, בזמן הבחירות בראשית מרץ 2020 נחשבה הבעיה של חולים ומבודדים בעיה בהיקף מוגבל. עוד לפני שהייתה שהות לעדכן את דיני הבחירות בישראל במתכונת עקרונית שתתאים להתמודדות עם מצבי מגפה, התקיימה מערכת הבחירות לכנסת ה-24 בעת שמגפת הקורונה עמדה עדיין בעיצומה ואף התפשטה.³⁶ לקראת בחירות אלה הוכנסו תיקוני חקיקה מצומצמים במתכונת של הוראות שעה שהתמקדו בפעילותה של ועדת הבחירות, וכן הוצאו הוראות מטעם ועדת הבחירות המרכזית שקבעו הסדרים כדוגמת הצבעה בקלפיות מבודדים או הסעה לקלפיות. אף בוצעה פריסה נוספת של קלפיות בבתי אבות. כפי שניתן להיווכח, כל אלה היו פתרונות נקודתיים, וכפי שיוסבר בהמשך חשובים אך לא מספקים.³⁷ לבסוף, הבחירות התקיימו בכפוף להוראות שמירה על ריחוק חברתי ועטיית מסכה,³⁸ וכללו שיא של מעטפות כפולות שנספרו (מעל 400 אלף).³⁹ כל ההתאמות שבוצעו חייבו תוספות תקציביות כמוכן, ומערכת הבחירות הייתה יקרה בכמעט 300 מיליון ש"ח מקודמתה.⁴⁰ עם זאת, למרבה הצער, שיעור

³⁵ הוראות הבחירות לכנסת (סדרי הצבעה והוראות בדבר הצבעה בבתי חולים) (קלפיות מותאמות לבוחרים בבידוד בית בשל נגיף הקורונה החדש) (הוראת שעה), התש"ף-2020.

³⁶ הבחירות לכנסת ה-24 וההכנות לקראתן במהלכה של מגפת הקורונה הביאו לפתחו של בית המשפט העליון סוגיות נוספות של דיני הבחירות הקשורות בתנאי התקופה, ולו בעקיפין. כך לדוגמה, בהקשר של דיני התעמולה, עלתה השאלה אם הקמפיין של מפלגת "הליכוד" יכול היה להשתמש בסיסמה "חוזרים לחיים", סיסמה שבה נעשה שימוש במסע הפרסום של משרד הבריאות לעידוד חיסונים נגד נגיף הקורונה. בית המשפט העליון, בדעת רוב, בחר שלא להתערב בהחלטתו של יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-24, שקבע כי השימוש שעשתה מפלגת הליכוד בסיסמה מנוגד לס' 2 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (ראו בג"ץ 1931/21 נתניהו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים וארבע (נבו 19.3.2021)).

³⁷ ראו להלן ה"ש 187-193, והטקסט הצמוד להן.
³⁸ ס' 16 להוראות הבחירות לכנסת (סדרי הצבעה והוראות בדבר הצבעה בקלפיות לחולים ולמבודדים), התשפ"א-2021 (להלן: הוראות הבחירות לכנסת ה-24).

³⁹ דורון ברויטמן "גם המעטפות הכפולות לא הצילו את נתניהו" - כלכליסט (25.3.2021) <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3901456,00.html>.

⁴⁰ אריק בנדר "התייקר בצל הקורונה: ועדת הכספים אישרה את תקציב ועדת הבחירות" מעריב (8.3.2021) <https://www.maariv.co.il/elections-2021/Article-826399>.

ההשתתפות בבחירות היה נמוך יחסית, ובמיוחד בקבוצת המיעוט הגדולה בישראל: החברה הערבית.⁴¹

נגיף הקורונה "תפס" גם מדינות רבות אחרות במהלך מערכת בחירות או בסמוך לתחילתה.⁴² הפנייה לניסיון של מדינות אלו מעניין במיוחד מאחר שבחלקן התקיימו בחירות בעת שההתפרצות הייתה כבר חזקה יותר וכללי הריחוק החברתי היו נרחבים יותר. סיפורים שונים ממדינות זרות חושפים את האתגרים בשני המישורים העיקריים הרלוונטיים – סדרי הבחירות ודחיית הבחירות. בנוסף, ניתן לראות שיש בין שני המישורים קשר פנימי. דחיית הבחירות היא בעייתית, אך הימנעות מדחייתן או הפעלת התאמות מצומצמות במסגרתן עלולות להביא לשיעור הצבעה נמוך, וזהו סיכון דמוקרטי אחר. לדוגמה, הבחירות בדרום קוריאה נערכו בחודש אפריל 2020 בעיצומה של התפרצות הקורונה, מצב מאתגר יותר מזה ששרר בישראל בתחילת מרץ. התוצאות מלמדות שניהול בחירות בעת משבר שכזה הינו אפשרי.⁴³ הבחירות נערכו שם כחודשיים לאחר שהמדינה הוכתרה כשנייה בעולם מבחינת מספר מקרי ההידבקות. על פי שינוי שנעשה בחקיקה, האזרחים יכלו לבחור לממש את זכותם באמצעות הצבעה מוקדמת, וכך עשו 26.7% מבעלי זכות ההצבעה, שהיו כ-40% מהבוחרים בפועל. בפועל, שיעור ההצבעה היה הגבוה ביותר במדינה מאז 1992. בנוסף, לא היו מקרי הדבקה מאומתים בקלפיות. בקלפיות היו נהלים מסודרים לבדיקת חום, וכל מי שהיה לגביו ממצא חום הועבר לקלפיות שיועדו לכך. בנוסף, נשמרו כללי ריחוק חברתי וחובת עטיית מסכה. המבודדים יכלו לצאת מהבידוד ולבחור לאחר שהאוכלוסייה הכללית סיימה להצביע, כדי שהאוכלוסיות לא תיפגשנה בקלפי. חולי קורונה יכלו להצביע בדואר.

מקרה מעניין נוסף הוא זה של הבחירות בקרואטיה ביולי 2020.⁴⁴ הכללים שנקבעו לא אפשרו הצבעה על ידי חולי קורונה מאומתים, ולכן עמדו במרכזו של הליך משפטי בבית המשפט החוקתי של קרואטיה שנסב על הזכות החוקתית לבחור. העתירה שהוגשה בעניין זה התקבלה, ובית המשפט קבע שחלה חובה לאפשר לחולי קורונה

⁴¹ "פחות הצביעו בכל הערים הגדולות; צניחה של עשרות אחוזים ביישובים הערביים" דבר (25.3.2021) <https://www.davar1.co.il/292757>. למען שלמות התמונה, יש לציין כי הטעמים להשתתפות הנמוכה של הציבור הערבי בבחירות אלה הם מורכבים, ואינם קשורים בהכרח רק בהתפשטות המגפה.

⁴² לסקירה של חלק מהמקרים שאירעו בעולם, ראו: INTERNATIONAL FOUNDATION OF ELECTORAL SYSTEM, FEATURED ELECTIONS HELD AND MITIGATING MEASURES TAKEN DURING COVID-19 – AS OF OCTOBER 21, 2020, https://www.ifes.org/sites/default/files/elections_held_and_mitigating_measures_taken_during_covid-19.pdf

⁴³ Julia Hollingsworth & Yoonjung Seo, *South Korea is Holding an Election During the Coronavirus Crisis. Other Countries are Postponing Theirs. Either Way, Democracy May Suffer*, CNN (Apr. 15, 2020), <https://cnn.it/3z9k8Vy>; Miye D'Oench & Axel Hufford, *How South Korea Conducted Its Elections During the Pandemic: A Comparative Case Study*, LAWFARE (Aug. 7, 2020), <https://bit.ly/3rdIr1K>

⁴⁴ Marin Keršić, *Voting in Times of a Pandemic: The Case of Croatia: Constitutional Conflict between the Right to Vote and the Protection of Health*, VERFBLOG (July 8, 2020), <https://verfassungsblog.de/voting-in-times-of-a-pandemic>

המהלך נועד לאפשר את המשך דיכוי המחאה נגד סין.⁴⁹ חשש נוסף נוגע לכך שאף דחייה אינה בהכרח האחרונה. בוליביה, מדינה שהייתה מצויה במשבר פוליטי טרם פרוץ המגפה,⁵⁰ דחתה פעמיים את הבחירות לנשיאות עקב הקורונה, פעם אחת ממאי 2020 לספטמבר ופעם נוספת מספטמבר לאוקטובר.⁵¹

כפי שעולה מן העיון ההשוואתי הקצר בפרק זה, האתגרים המרכזיים שתקופת הקורונה מציבה לדיני הבחירות הם רבים. בעיקרו של דבר, קיום סדרי הבחירות ללא שינוי יכול להוביל לשיעור השתתפות נמוך ואף לסכנה בריאותית. לצד זאת, קיום הבחירות בהתאמה ריאלית למצב יכול לדרוש התארגנות משמעותית מראש, תוך הסטת משאבים כספיים לנושא. מבלי שיעשה כן, ייתכן שיקום אילוץ לדחות את הבחירות למועד עתידי רחוק יותר. קושי נוסף הוא שאין כל ביטחון שהמועד העתידי שהוחלט עליו יהיה בטוח יותר, כתלות בהתפשטות של המגפה וההצלחה בטיפול בה. על כן, ייתכן ששלטון החרד לאיבוד כוחו, או שלטון בלתי יציב בכלל, יתאים את סדרי הבחירות או אף "ישחק" עם המועד שלהן באופן המשרת את האינטרסים שלו.

ג. דיני החירות בישראל ודיני הבחירות – עבר והווה

1. הקורונה ודיני חירות

עד כה לא הייתה השאלה של בחירות בתקופת קורונה הסוגיה המרכזית שהעסיקה את מעצבי המדיניות בישראל, והדברים אמורים גם בחוק המיוחד שנחקק בנושא זה בסופו של דבר – חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, שיכונה בהמשך בקיצור "חוק הקורונה".

ההתמודדות המשפטית הראשונית עם אתגרי הקורונה התבססה על שימוש בפקודת בריאות העם, 1940, מדברי החקיקה המנדטוריים שנותרו חלק מהמשפט הישראלי. גם אחרי התיקונים שהוכנסו בה מאז קום המדינה, פקודת בריאות העם מעניקה לריבון סמכויות דרקוניות.⁵² הלכה למעשה, בעקבות התפשטותה של מגפת הקורונה, חובת הבידוד בבית לנשאים פוטנציאליים הוסדרה לראשונה בצו מכוחה.⁵³ מדובר באמצעי מוגבל מאחר שניתן לעשות בו שימוש רק בתחומים קונקרטיים שבאחריותו של משרד

⁴⁹ נטאשה חאן "הבחירות בהונג קונג יידחו בשנה בגלל הקורונה; האופוזיציה: המשך הדיכוי הפוליטי" **גלובס** (2.8.2020) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001337890>.

⁵⁰ Rachele Krygier, *Bolivia Election: Five Things to Know About*, BBC (Oct. 18, 2020), <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-54552921>.

⁵¹ *Bolivian Elections Postponed Again Due to Covid-19, This Time Until October*, FRANCE 24 (July 23, 2020), <https://www.france24.com/en/20200723-bolivian-elections-postponed-again-due-to-covid-19-this-time-until-october>.

⁵² אייל כתבן "ימי הקורונה: בחזרה לקרנטינה?" **ישראל היום** (23.2.2020) <https://israelhayom.co.il/opinion/735999>.

⁵³ ס' 2 לצו בריאות העם (בידוד בית והוראות שונות).

הבריאות. לכן, בהמשך, לא ניתן היה להסתפק בכך, ונעשה שימוש באמצעים נרחבים יותר מכוח תקנות שעת חירום שהממשלה מוציאה⁵⁴ ושכוחן להפקיע כל חוק.⁵⁵ ממשלת ישראל השתמשה בסמכות זו, למשל למתן הוראות שעניינן צמצום היציאה למרחב הציבורי, למעט פעילויות חיוניות (כהצטיידות במזון).⁵⁶ תקנות שעת חירום אינן יכולות לפגוע בזכות לבחור עצמה או בשינוי מועד הבחירות, באופן מפורש,⁵⁷ אך יישום מגבלות התנועה במרחב הציבורי מכוחן יכול לפגוע בנגישות המהותית לזכות, קרי לפגוע באפשרות לממש אותה בפועל. כך למשל, באופן הפשוט ביותר, חיוב בכידוד ביתי של אנשים שנפגשו עם חולה מאומת אינה מאפשרת לאדם לצאת מהבית להצביע כפי שהוא זכאי בחוק היסוד. בכל אופן, לאורך השנים פותחה פרקטיקה של ביקורת שיפוטית על תקנות שעת החירום, חרף מעמדה המיוחד.⁵⁸ כך, נקבע שלא ניתן לעשות בהן שימוש כשדרך החקיקה בכנסת אפשרית.⁵⁹ רק לאחר חודשים מספר של טיפול בקורונה בחרה ממשלת ישראל לקדם מסלול ארוך טווח לטיפול במשבר הבריאותי – את חוק הקורונה, החוק הייעודי שנזכר בפתח הדברים.⁶⁰ חוק זה נחקק ב- 23 ביולי 2020 כהוראת שעה שתוקפה נקבע עד לחודש יוני 2021,⁶¹ והיא כוללת

54 ס' 39 לחוק-יסוד: הממשלה.

55 הנושא הוסדר בחוק-יסוד: הממשלה לראשונה ב-1992, שהחליף הסדר קודם: ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. גרסתו העדכנית של חוק יסוד זה הינה מ-2001. הנוסחים של הסעיפים הרלוונטיים לענייננו נותרו זהים בשתי הגרסאות. האפשרות לעשות שימוש בסמכות זו מבוססת על קיומה של הכרות שעת חירום במדינה לפי ס' 38 לחוק-יסוד: הממשלה. תוקפה של ההכרזה על מצב חירום מוגבל לתקופה של שנה אחת, אך ניתן להאריך אותה, והכנסת מתכנסת מדי שנה להאריך את מצב החירום השורר בה מאז שנת 1948. ראו על כך אצל דפנה ברק-ארז "חוקה למצבי חירום" ספר **שלמה לוי** 671, 679–681 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013) (להלן: ברק-ארז "חוקה למצבי חירום").

56 ס' 2 לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020.

57 ראו להלן ה"ש 99 והטקסט הצמוד לה.

58 ברק-ארז, "חוקה למצבי חירום", לעיל ה"ש 55, בעמ' 676–679, 682–683.

59 בג"ץ 2994/90 פורז נ' **ממשלת ישראל**, פ"ד מד(3) 317 (1990). ס' 39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה אימץ הלכה זו.

60 דינמיקה דומה של אימוץ חקיקה מיוחדת למצב של מגפה, להבדיל משימוש בסמכויות שלטוניות קיימות להתמודדות עם מצבים ביטחוניים, התפתחה בהקשר הספציפי של שימוש באיכוני שב"כ לאיתור מגעים עם חולי קורונה מאומתים. תחילה נעשה הדבר מכוח הסמכה כללית בחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002. בפסק הדין שניתן בעתירה נגד שימוש זה, בית המשפט הכיר בחוקיותה ככל שהוגבלה לתקופה קצרה יחסית, והתייחס לחשיבות הנודעת לחקיקה ייעודית שכוללת גם מנגנונים של פיקוח פרלמנטרי. בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה** (נבו) 26.4.2020. בהמשך לכך נחקק חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזורית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020.

61 ס' 50 לחוק הקורונה.

הסמכה מיוחדת לממשלה להכריז על מצב חירום ייעודי לנגיף הקורונה.⁶² מתוקף ההכרזה, לממשלה מוענקות סמכויות נרחבות לנקוט צעדים לשם צמצום התפשטות התחלואה באמצעות התקנת תקנות.⁶³ בהמשך, החוק תוקן באופן שמאפשר הבחנה בין שתי דרגות של מצבי חירום מכוחו – רגיל ומיוחד, כפי שמוסבר בהמשך.⁶⁴ אולם, גם אז היה החוק נעדר כל התייחסות לסוגיית הבחירות ולהסדרים מיוחדים בנושא.⁶⁵ רק בסמוך לפיזור הכנסת ה-23⁶⁶ תוקן חוק הקורונה כך שיכלול התייחסויות נקודתיות לסוגיית הבחירות.⁶⁷ במסגרת זו, הצבעה בבחירות לכנסת נקבעה כסייג בהקשר של מגבלות המרחק ושל מגבלות הסגר שניתן להוציא מתוקף הסמכויות שבחוק הקורונה.⁶⁸ כפי שניתן להיווכח, אין מדובר בהסדרה כוללת של הנושא.

2. דיני הבחירות – עקרונות כלליים

כדי להבין את ההשלכות שיש למצב חירום בכלל, ולמצב חירום בריאותי בפרט, על הזכות לבחור, חשוב להקדים ולשרטט את האופן שבו היא ממומשת במשטרים דמוקרטיים. באופן כללי, הבחירות אמורות להתקיים **במועדים קבועים וסדירים**. בנוסף, **סדרי הבחירות** אמורים להבטיח הצבעה נגישה וחשאית. ההבדלים בין סדרי הצבעה במדינות השונות משפיעים על מידת הנגשתו של תהליך הבחירה ועל מידת השפעתם של מצבי חירום על ניהול הבחירות. יש מדינות המכירות במנגנון של **הצבעה מוקדמת** כדי להתמודד עם מקרים שבהם אזרחים (כולם או חלקם, על פי קריטריונים) אינם יכולים להצביע ביום הבחירות עצמו.⁶⁹ לפעמים מדובר בהצבעה שעדיין דורשת התייבות פיזית (מוקדמת) אך נספרת רק ביום הבחירות. התנגדות להצבעה מוקדמת יכולה לנבוע מהטענה שהרחבת פרק הזמן של הבחירות יכולה ליצור יותר הזדמנויות

⁶² זוהי הכרזה ל-45 יום, שניתנת להארכה (ס' 2-3 לחוק הקורונה).

⁶³ ס' 4 לחוק הקורונה.

⁶⁴ ראו פרק ה.1 להלן.

⁶⁵ ההתייחסות העקיפה היחידה בחוק זה היא שהגבלות התנועה מכוחו לא יחולו על נושאי תפקיד, לרבות יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ועובדיה. ס' 44(ד) לחוק הקורונה.

⁶⁶ אריק בנדר ואנה ברסקי 9' חודשים לאחר השבעתה: הכנסת ה-23 פוזרה, ישראל הולכת לבחירות" **מעריב** (23.12.2020) <https://www.maariv.co.il/news/politics/Article-810194>.

⁶⁷ התיקון נעשה במסגרת חוק אחר, ראו ס' 14 לחוק הבחירות לכנסת העשרים וארבע (הוראות מיוחדות ותיקוני חקיקה), התשפ"א-2020 (להלן: חוק הבחירות לכנסת ה-24) (זהו תיקון עקיף של ס' 7(א)(1), 16(א), ו-44 לחוק הקורונה).

⁶⁸ ס' 7(א)(1)(כ) ו-16(א)(18) לחוק הקורונה. כמו כן, נוסף לחוק סייג הקובע הקלות מבחינת מרחק וסגר ב-21 הימים שלפני הבחירות, עבור מי שממלא עבור מפלגות תפקידים שונים (ס' 44(ה) לחוק הקורונה).

⁶⁹ ניר אטמור ועופר קניג "חובות הצבעה, הצבעת אזרחים מחו"ל ומנגנונים אחרים לעידוד ההשתתפות בבחירות" **מצביעים או לא מצביעים**, לעיל ה"ש 29, 89, 108–110 (הפרק להלן: "חובות הצבעה").

לידופים.⁷⁰ מנגנון נוסף הינו הצבעה באמצעות הדואר, שמיועדת להקל על אוכלוסיות שמעוניינות להצביע אך מתקשות בהגעה לקלפי.⁷¹ מנגנון זה הוא חסכוני יחסית אך ישנו חשש מהיעדר פיקוח או מהונאה. מסלול שלישי הוא הצבעה באמצעות מיופה כוח, שניגש להצביע בשמו של השולח ביום הבחירות לאחר שקיבל ממנו הנחיות ברורות.⁷² השינוי הרדיקלי ביותר שעניינו הנגשת תהליך הבחירה קשור באפשרויות שיצרו הקדמה והטכנולוגיה. אלו המריצו מדינות אחדות להתנסות בהצבעה ממוחשבת מרחוק, למשל דרך האינטרנט (E-Voting) מהבית. מדינות מעטות, כדוגמת אסטוניה, התנסו בכך, חרף הבעיות שהשיטה מעוררת מהיבט אבטחת המידע.⁷³ חשוב להדגיש שסדרי הבחירות ה"טכניים" יכולים להשפיע מהותית על תוצאות הבחירות. למשל, בשיטות בחירה אזוריות החשש הינו שבעלי הסמכות לקבוע את גבולותיהם של מחוזות הבחירה יוכלו להטות את תוצאות הבחירות לשם החלשתן או העצמתן של אוכלוסיות מסוימות על ידי שינוי השרטוט של הגבולות באופן מניפולטיבי. הטיה מכוונת כזו מכונה בספרות "ג'רימנדרינג" (Gerrymandering).⁷⁴ היא יכולה לנבוע משיקולים זרים באופן כללי, ובהיסטוריה הפוליטית של ארצות הברית היא קשורה באופן ספציפי באפליה גזעית. כאשר היה מדובר באפליה גזעית גברה הנכונות להתערבות מצד בית המשפט העליון בארצות הברית.⁷⁵ התופעה הזו זוהתה גם במדינות נוספות, למשל בהונגריה,⁷⁶ מדינה שנסוגה בשנים האחרונות מהאופי הליברלי שהיה לה בשנים שלאחר נפילת הגוש הסובייטי.⁷⁷ ניתן להקיש מכך לסוגיות שיכולות להיות רלוונטיות בעת ההתמודדות עם הנגיף בהקשר המקומי, למשל כאשר נקבעים הסדרים הנוגעים לאזורים שבהם יהיה נוח או בטוח יותר להצביע בעת משבר בריאותי. זאת, כאשר ניתן "להתאים" בין אזור לבין השייכות הפוליטית המובהקת של רוב תושביו או הזהות הלאומית או הדתית שלהם. דוגמה אחרת שיכולה להתקשר לכך היא שליטה בזהות האנשים שיכולים להיכנס לארץ מחו"ל בתקופה הסמוכה לבחירות כאשר התנועה לתוך המדינה מוגבלת.⁷⁸

It's about Time (Place and Manner): Why and How Congress Must Act to Protect 70
Access to Early Voting, 128 HARV. L. REV. 1228, 1232 (2015).
 "חובות הצבעה", לעיל ה"ש 69, בעמ' 110–118. 71
 שם, בעמ' 118–119. 72
 ניר אטמור שיטות לבחירת בתי נבחרים דמוקרטיים 206–208 (מחקר מדיניות 82, המכון 73
 הישראלי לדמוקרטיה 2010).
 שם, בעמ' 41. 74
 .Girardeau A. Spann, *Gerrymandering Justiciability*, 108 GEO. L.J. 981, 984–990 (2020) 75
 כך, בפסק הדין Shaw v. Reno, 509 U.S. 630 (1993) נקבע שניתן לפסול סרטוט גבולות מחוזות בחירה שנקבעו באופן שלא ניתן להסביר אלא מטעמים גזעיים.
 Adam Szymanski & Wojciech Ufel, *Beyond Vote Rigging: Common Patterns in* 76
Electoral Malpractices in De-Democratizing Regimes, 47 POLISH POL. SCI. Y.B. 593,
 599–600, 606 (2018).
 עודד רון, מרדכי קרמניצר ויובל שני דמוקרטיה במשבר 20–23 (המכון הישראלי 77
 לדמוקרטיה 2020).
 ראו להלן הפסקה המסתיימת בה"ש 225. 78

3. הזכות לבחור בישראל

מרכיב חשוב של הייחוד המאפיין את הזכות לבחור במשפט החוקתי של ישראל הוא מיקומה מחוץ לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שסביבו מתקיימים רוב הדיונים החוקתיים האחרים הנוגעים להגנה על זכויות אדם. אכן במשפט הישראלי, כבשיטות משפט דמוקרטיות אחרות, הזכות לבחור היא זכות תשתית הנהנית ממעמד חוקתי. חשיבותה של הזכות באה לידי ביטוי, בין השאר, בעיגונה בהכרזת האו"ם לכל באי עולם בדבר זכויות האדם,⁷⁹ וכן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.⁸⁰ היא גם מופיעה ברבות מחוקות העולם.⁸¹ חרף מרכזיותה, הדיון בזכות זו נותר בשוליו של המשפט החוקתי בישראל, ולא רק בתקופת הקורונה.⁸² להערכתי, הסבר מרכזי לכך הוא שעם הקמת המדינה ניתנה הזכות לבחור באופן נרחב, ללא הפליה, בשונה מכפי שאירע בהיסטוריה של מדינות אחרות.⁸³ בשונה מכך, בארצות הברית למשל, זכויות ההצבעה לאפריקאים-אמריקאים ולנשים ניתנו שנים רבות לאחר הקמתה. לאפריקאים-אמריקאים הן ניתנו במסגרת תיקוני החוקה שהועברו לאחר מלחמת האזרחים האמריקאית,⁸⁴ ולנשים מאוחר יותר, בשנת 1920.⁸⁵ מעניין לציין שבארצות הברית הזכות לבחור משתמעת מן ההקשר החוקתי כולו ואינה כתובה במפורש בחוקה.⁸⁶ טעם נוסף לכך שהדיון בנושא בישראל נותר זנוח יחסית קשור בגילה של המדינה. ארצות הברית ומדינות רבות אחרות שבהן התקיימו מאבקים על הזכות לבחור הן ותיקות יותר

⁷⁹ G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights art. 21 (Dec. 10, 1948)

⁸⁰ ס' 25 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992). שם כתוב כי לכל אזרח תהייה הזכות והאפשרות, ללא כל הפליה או הגבלות בלתי סבירות, "להצביע ולהיבחר בבחירות-אמת המתקיימות מזמן לזמן, תוך מתן זכות בחירה כללית ושווה...".

⁸¹ לדוגמה ס' 3 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות (Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, art. 3, *being* Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.)).

⁸² דפנה ברק-ארו "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" **עיוני משפט** לג 527, 539-543 (2011) (להלן: ברק-ארו "לקראת דיני דמוקרטיה").

⁸³ זכות הבחירה לנשים הייתה קיימת בישראל עוד טרם הקמת המדינה. כבר ב-1920, בבחירות לאספת הנבחרים של כנסת ישראל, הגוף הנבחר של היישוב היהודי בארץ ישראל, ניתנה זכות בחירה לנשים. להרחבה ראו חנה ספרן **לא רוצות להיות נחמדות: המאבק על זכות הבחירה לנשים וראשיתו של הפמיניזם החדש בישראל**, 56-68 (2006); דנה בלאנדר ואביטל פרידמן "מי לא יוכל להצביע ביום הבחירות?" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (31.3.2019) <https://www.idi.org.il/articles/26341>. ראו גם: ברק-ארו "לקראת דיני דמוקרטיה", לעיל ה"ש 82, בעמ' 540-541.

⁸⁴ U.S. CONST. amend. XV

⁸⁵ U.S. CONST. amend. XIX

⁸⁶ U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 2. בפסקה זו רק מצוין שבית הנציגים יהיה מורכב מחברים שייבחרו מדי שנתיים על ידי "בני המדינות השונות". בפועל, הזכות לבחור משתמעת בחוקה, מהתיקונים שהעניקו אותה בהמשך לאפריקאים-אמריקאים ולנשים.

ממדינת ישראל, שהוקמה בשלב היסטורי שבו הזכות לבחור זכתה כבר להכרה נרחבת יחסית.⁸⁷

בישראל הוקנתה הזכות לבחור לכלל האזרחים החל מהבחירות לכנסת הראשונה, שההבטחה לקיימן עוגנה כבר בהכרזת עצמאות (באותה עת, תוך התייחסות לבחירות לאספה המכוננת).⁸⁸ במישור החוקתי, הזכות לבחור עוגנה בחוק-יסוד: הכנסת משנת 1958, חוק היסוד הראשון שנחקק במדינת ישראל. בליבו של חוק-יסוד: הכנסת נמצא סעיף 4, ההוראה הקובעת את שיטת הבחירות ומורה שעליהן להיות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות.⁸⁹ בהמשך מופיעות שתי הוראות המעגנות את הזכויות הפוליטיות היסודיות הנוגעות לבחירות. ההוראה הראשונה היא סעיף 5 לחוק היסוד שקובע את הזכות לבחור, וכולל דרישת אזרחות ותנאי של גיל (שמונה עשרה שנים) להצבעה.⁹⁰ בנוסף, סעיף 5 לחוק היסוד מאפשר לקבוע בחוק הוראה שתסמיך בית משפט לשלול מאדם את הזכות לבחור לכנסת. בפועל, חוק כזה לא נחקק ונקבע שחוק היסוד עצמו אינו מבסס מקור סמכות עצמאי לשלילת הזכות על ידי בית

⁸⁷ אולם אין זה ההסבר היחיד, ולראיה, שווייץ העניקה זכות בחירה לנשים רק בשנת 1971. פניה עוז-זלצברגר "הדמוקרטיה הליברלית: מבט היסטורי על עניין לא פשוט" **תרבות דמוקרטית** 1, 97, 123 (1999).

⁸⁸ עוד בס' 3 (א) לפקודת הבחירות לאספה המכוננת, התש"ט-1948, נקבע כי "הבחירות תהיינה כלליות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות". ס' 4 לפקודה זו העניק את הזכות לכל אדם, גבר ואישה, מעל גיל 18. יש לציין כי כבר בהחלטת עצרת האו"ם 181, בחלק 1 בפרק ב, נקבע שהמדינה החדשה תקיים בחירות לאספה המכוננת על בסיס יסודות דמוקרטיים, וראו: G.A. Res. 181 (II) (Nov. 29, 1947).

⁸⁹ אמנון רובינשטיין ורענן הר זהב **פירוש לחוקי היסוד – חוק-יסוד: הכנסת** 34-40 (יצחק זמיר עורך 1993) (להלן: רובינשטיין והר זהב). בקצרה – כלליות הן בחירות ללא הבדלי מעמד; ארציות, קרי לא אזוריות; ישירות הן בחירות ללא באי כוח או אלקטורים; יסוד החשאיות נועד להבטיח שלא ידעו מה אדם בחר למניעת הפעלת לחצים חיצוניים; מרכיב השוויון נוגע לשיטת חלוקת הקולות העודפים בחישוב תוצאות הבחירות כדי להבטיח שוויון לכל קול, וכן לחובה לשמור על שוויון הסיכויים של רשימות המועמדים המתחרות בבחירות לכנסת (ראו בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969)); מרכיב היחסיות נועד להבטיח שוויון לכל קול, אך תוצאות הבחירות כפופות לאחוז חסימה מסוים, שעומד כיום על 3.25% (ראו בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 12.3.2015)). להרחבה על ס' 4 ועל פרשנותו, ראו גם: אביגדור קלגסבלד "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו הערכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת" **משפט ועסקים** יד 183 (2012).

⁹⁰ פירושה של דרישת האזרחות הוא (כמקובל בדמוקרטיה אחרות) שאנשים שנמצאים בישראל במעמד של תושבי קבע אינם זכאים להצביע בבחירות לכנסת (להבדיל מהבחירות לרשות המקומית). בישראל ישנן אוכלוסיות שלמות נעדרות אזרחות אחרת, כמו הפלסטינים במזרח ירושלים, שאינם זכאים להצביע לבית נבחרים כלשהו, בשל דרישה זו.

המשפט.⁹¹ עם זאת, לא למותר לציין שישנה סמכות חוקית לביטול אזרחותו של אדם,⁹² פעולה אשר שוללת דה-פקטו את זכות ההצבעה.⁹³ ההוראה השנייה היא סעיף 6 לחוק היסוד שקובע את הזכות להיבחר. זו מבטיחה בעקיפין גם את זכות הבחירה הפסיבית (פסילה של מועמד או מפלגה, בייחוד על רקע אידאולוגי, אינה מאפשרת גם בחירה בהם).⁹⁴ גם בסעיף זה נקבעו מגבלות גיל פורמלית (21 שנים) ודרישת אזרחות, בדומה לסעיף 5. אולם סעיף 6 כולל גם סייגים נוספים, למשל מי שנידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים, פסול מהתמודדות לכנסת במשך שבע שנים לאחר שסיים לרצות עונש זה.

ההוראה הקובעת את שיטת הבחירות שורינה מפני שינוי כך שהיא מחייבת חוק שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.⁹⁵ אולם הסעיפים המסדירים את הזכות לבחור ולהיבחר נעדרים הגנה זו,⁹⁶ ומכיוון ששתי הזכויות אינן נזכרות בחוקי היסוד משנת 1992 אין הן מוגנות באמצעות פסקאות הגבלה המפורשות שבהם.⁹⁷ אף על פי כן, בפועל, ההגנות שהזכות לבחור זוכה להן נרחבות אף מאלו שמבטיחים חוקי היסוד מ-1992, שכוללים פסקאות הגבלה. עניין מופז שעסק בזכות להיבחר החיל את העקרונות הקבועים בפסקת הגבלה גם על הוראותיו של חוק-יסוד: הכנסת, במתכונת שכונתה "פסקת הגבלה שיפוטית".⁹⁸ בנוסף, חוק-יסוד: הכנסת על כלל סעיפיו חסין משינוי או

⁹¹ בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד (נ2) 18, 25 (1996).

⁹² ס' 1 ו-11א לחוק האזרחות, התשי"ב-1952. אחת העילות לביטול אזרחות המעוגנת בסעיפים אלו הינה הרשעה בעבירות טרור לפי חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. הסדר זה החליף את ההסמכה שהוענקה בעבר לשר הפנים עצמו להחליט על שלילת אזרחות, נושא שעמד במרכזו של עניין אלראי, לעיל ה"ש 91.

⁹³ דוגמה לפסק דין שבו אושרה שלילה לפי חוק האזרחות היא: עת"מ (מחוזי חי')-57857-05-16 שר הפנים נ' זיוד (נבו) 6.8.2017.

⁹⁴ ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 263 (1985) (בית המשפט הפנה בהקשר זה לתפיסה המקובלת בארצות הברית שלפיה "הזכות לבחור אינה שלמה, אם החופש להיבחר הוא מוגבל. משמע, הגבלת זכותה של רשימה להתמודד היא לא רק בגדר הצרת צעדיה של הרשימה, אלא יש בה גם צמצום זכותו של הפרט להטיל קולו בצורה הנראית לו כיעילה ביותר. על כן קמה ועלתה ההשקפה, כי הזכות לבחור והזכות להתאגד ברשימה אינם אלא שני צדדיה של אותה מטבע").

⁹⁵ עניין ברגמן, לעיל ה"ש 89; בג"ץ 142/89 לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990). דרישת הרוב המיוחד לשינוי שיטת הבחירות הקבועה בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת היא תנאי בהחלטות הכנסת בעניין זה בכל שלוש הקריאות (ס' 46 לחוק-יסוד: הכנסת).

⁹⁶ כך, למשל, התקבלה הצעת חוק שקבעה כי מי שנידון לעונש מאסר בפועל לתקופה של חמש שנים או יותר בשל עבירה ביטחונית לא יהיה מועמד לכנסת. להרחבה ראו רובינשטיין וחר זהב, לעיל ה"ש 89, בעמ' 25-26.

⁹⁷ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

⁹⁸ ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003); להרחבה, ראו אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 745 (2017).

הפקעה זמנית באמצעות תקנות שעת חירום, ויציבות זו משוריינת באמצעות דרישת רוב של 80 חברי כנסת.⁹⁹

עד כה התמקדה ההתדיינות בתחום זה בעיקרה בסעיף 7א לחוק היסוד בהקשר של הזכות להיבחר.¹⁰⁰ אולם, ניתן להזכיר פסק דין יוצא דופן שמתמקד ביישום של הזכות לבחור, והוא עניין פריצקי, שעסק בתוקפן של תקנות שעת חירום שאפשרו הצבעה באמצעות דרכון או רישיון נהיגה בבחירות לרשויות המקומיות, על רקע עיצומים במשרד הפנים.¹⁰¹ פסק הדין קבע שהזכות לבחור (ולהיבחר) היא זכות יסוד בכלל משטר דמוקרטי, ושהבטחת זכותו של אדם להשתתף בבחירות הינה "שירות חיוני" במדינה דמוקרטית.¹⁰²

חשוב להזכיר גם את ההסדרה החוקתית של מועד הבחירות בחוק-יסוד: הכנסת. הכנסת נבחרת לארבע שנים, כך שלבחירות מועד קבוע.¹⁰³ אומנם הכנסת רשאית להחליט ברוב של 61 מחבריה על פיזור המוקדם,¹⁰⁴ אך סעיף 9א עוסק במקרה המיוחד והרגיש יותר מבחינה דמוקרטית של הארכת כהונה. זהו תיקון לחוק היסוד משנת 1992 המורה שהכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שהתקבל ברוב של 80 חבריה, ואם התקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן. כביכול מדובר בסעיף הדורש רוב משמעותי, אך הוא מעלה שאלה גדולה לעניין השריון שלו עצמו. סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת אינו משריין את עצמו. בנוסף, סעיף 45א לחוק היסוד, שמחיל את השריון של סעיף 44 גם על סעיף 9א(א), אינו משוריינ כלל.¹⁰⁵ על כן, לכאורה, ניתן לשנות את ההסדר המתואר בכל רוב, על ידי שינוי של סעיף 45א וסעיף 9א יחד. בפועל, מצב דברים זה, של דחיית בחירות, התקיים רק פעם אחת מאז הבחירות לכנסת הראשונה (שאף הן נדחו פעם אחת עקב מלחמת העצמאות) בשל מלחמת יום הכיפורים. אז, הבחירות לכנסת השמינית היו אמורות להיערך ב-30 באוקטובר 1973, אך פרוץ המלחמה בתחילת אותו חודש הוביל לדחיית הבחירות לסוף דצמבר באותה שנה.¹⁰⁶ משום שבאותה עת לא הייתה בחוק-יסוד: הכנסת

⁹⁹ ס' 44-45 לחוק-יסוד: הכנסת. להבדיל, לפי ס' 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן להגביל את הזכויות מכוחו בתקנות שעת חירום, ובלבד שהדבר נעשה לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

¹⁰⁰ הסעיף מאפשר פסילה של מועמדים ומפלגות שמקדמים רעיונות גזעניים, תומכים במאבק מזוין נגד המדינה או חותרים לשלילת קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית. ראו למשל א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע עשרה נ' זועבי, פ"ד סו(2) 813 (2013); א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' יובק (נבו) (9.2.2020).

¹⁰¹ בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999). באותה עת, החוק קבע שלא ניתן להצביע בבחירות לרשויות המקומיות אלא בהצגת תעודת זהות.

שם, בעמ' 779.

¹⁰² ס' 8 ו-9 לחוק-יסוד: הכנסת.

¹⁰³ ס' 34 לחוק-יסוד: הכנסת.

¹⁰⁴ ס' 44 משוריין על ידי ס' 45. ס' 45 משריין גם את עצמו.

¹⁰⁵ דנה בלאנדר "בחירות בצל מלחמה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (18.11.2012) <https://www.idi.org.il/articles/17535>.

אפשרות להארכת כהונה, חוקקה הכנסת חוק מיוחד שאפשר את הארכת כהונתה בחודשיים.¹⁰⁷ כמו כן, באותה עת, טרם השלמת ההכרה במעמדם המיוחד של חוקי היסוד במסגרת "המהפכה החוקתית", לא הייתה בעיה לשנות חוק יסוד בחוק רגיל.¹⁰⁸ אירוע זה של דחיית מועד הבחירות במלחמת יום הכיפורים מהווה נקודת השוואה אפשרית לנושא המאמר. אולם, המקרה אינו אנלוגי לחלוטין. ראשית, הוא התקיים טרם ההסדרה החוקתית של אפשרות דחיית מועד הבחירות. שנית, מצב החירום הביטחוני ששרר באותה עת גזר אילוצים אחרים. אין דומים סיכוני הדבקה נמשכים לקבוצות שונות באוכלוסייה לדחייה הנובעת ממשבר שנקודת השפל הגדולה ביותר שלו כבר חלפה.

חוק-יסוד: הכנסת הוא העוגן החוקתי לזכאות הכללית להשתתף בבחירות, אך אופן מימוש הזכות הלכה למעשה מוסדר בחקיקה רגילה – חוק הבחירות לכנסת. חוק זה אינו בעל מעמד חוקתי אך אף הוא מוגן מהפקעה ושינוי באמצעות שימוש בתקנות שעת חירום.¹⁰⁹ שאלה מעניינת היא אם סעיף זה תקף, כיוון שחוק יסוד גובר על חקיקה רגילה.¹¹⁰ לפי חוק הבחירות לכנסת, ברגיל, אדם יכול להצביע רק אם הגיע בתאריך מסוים ובאופן פיזי לקלפי הנמצאת בסמוך לאזור מגוריו, לפי הרישום במשרד הפנים, והצביע בקלפי בעצמו. זאת, בכפוף לחריגים מתוחמים. בחינת החוק חושפת את הפער בין הרחב העקרוני של הזכות לבחור לבין מימושה המצומצם. הפרטים המעשיים מקרינים על מימוש הזכות לבחור, ובמובן זה "האלוהים הוא בפרטים הקטנים". כאמור, העיקרון הבסיסי הקבוע בחוק הבחירות לכנסת, ולו השלכות רבות על הדיון ביישום הזכות על רקע משבר הקורונה, הוא זה של "ריתוק לקלפי".¹¹¹ אולם נקבעו לכך חריגים אחדים שחשוב להזכיר, מאחר שהם יוכלו לשמש מקור הראיה לקביעת הסדרים מיוחדים במצבי חירום. למשל, חיילים אינם מרותקים לקלפי מסוימת, ומורשים להצביע בכלל הקלפיות הצבאיות.¹¹² הסדר מיוחד נוגע לדיפלומטים, שרשאים להצביע בקלפי מיוחדת שתוצב בנציגות דיפלומטית בחו"ל.¹¹³ כיום, אסירים רשאים להצביע בקלפי המוצבת במקום כליאתם.¹¹⁴ באופן רחב יותר, ישנו הסדר המאפשר הצבעה של כל אדם המוגבל בניידות (מפאת מצב גופני) לא רק בקלפי

¹⁰⁷ חוק הבחירות לכנסת השמינית ולרשויות המקומיות (הוראת שעה), התשל"ד-1973.

¹⁰⁸ האפשרות לפסול חקיקה של הכנסת על ידי בית המשפט העליון הוכרה בפסק הדין ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

¹⁰⁹ ס' 149 לחוק הבחירות לכנסת.

¹¹⁰ ככל הנראה מדובר בסרה עודף מהימים שבהם הוצאו תקנות שעת החירום שלא מתוקף חוק-יסוד: הממשלה. ראו לעיל ה"ש 55.

¹¹¹ ס' 7 לחוק הבחירות לכנסת; ההצבעה היא בקלפי כך ש"לכל אזור קלפי תהיה קלפי אחת" ו"מקום הקלפי ייקבע, ככל האפשר, תוך מגמה להקטין את המרחק בין הקלפי לבין מקום המגורים של הזכאים לבחור בה" (ס' 68(א) לחוק הבחירות לכנסת).

¹¹² ס' 90 לחוק הבחירות לכנסת.

¹¹³ ס' 116 לחוק הבחירות לכנסת.

¹¹⁴ ס' 116 לחוק הבחירות לכנסת.

הרגילה שלו, אלא גם בקלפיות ייעודיות המוצבות במקומות יישוב גדולים.¹¹⁵ פתרונות אלה רחוקים מלהבטיח זכאות מהותית לכלל האזרחים. לדוגמה, אוכלוסייה גדולה מאוד של ישראלים שאינה יכולה להצביע על ידי שימוש במנגנונים הקיימים כוללת את מי שאינם בישראל ביום הבחירות מכל סיבה שאינה שליחות דיפלומטית. נטען כבר שמציאות זו מעוררת קושי לפחות מבחינת מי שמרכז חיהם בישראל. הגלובליזציה מאפשרת ניידות קלה של אזרחים שחיים פרק זמן מוגבל מחוץ למדינת האם שלהם, ולכן במרבית הדמוקרטיות מקובלים מנגנונים שמונעים את שלילת הזכות הדמוקרטית מאזרחיהן בחו"ל. הדיון מקבל "תפנית" נוספת בעידן שבו לא תמיד ניתן להגיע לישראל מטעמים בריאותיים.¹¹⁶

באשר לדרכי ההצבעה, הרי שגם ביחס למי שאינם מצביעים בקלפי הקרובה למקום מגוריהם מוכרת שיטת הצבעה אחת בלבד – באמצעות פתק הצבעה בקלפי.¹¹⁷ אין אפשרות להצביע בדואר למשל, עניין שיש לו חשיבות רבה בתקופת הקורונה ואף רלוונטי לחלק מן הדיונים ההשוואתיים. זמן ההצבעה תחום ומוגבל לשעות מוגדרות ביום אחד.¹¹⁸ קיימת אפשרות מוגבלת להורות על שינוי זמן ההצבעה או הוספת זמן, ובלבד שלא תותר הצבעה כעבור יותר מ-24 שעות משעת הסיום המקורית.¹¹⁹

ד. דיני בחירות לתקופת הקורונה – האתגרים המשפטיים במבט השוואתי

1. שינוי מועד הבחירות בעת משבר

סוגיה חשובה ראשונה הנוגעת להשפעה האפשרית של מצב החירום על תוכן הזכות לבחור נוגעת להגנה החוקתית על מועד הבחירות. יש חשש למניפולציות במועד הבחירות שיכולות להיות מונעות משיקולים שאינם בריאותיים. כלומר, ההחלטה על

¹¹⁵ ס' 68 לחוק הבחירות לכנסת; הסדר ההצבעה הזה הורחב אף לאישה השוהה במקלט לנשים מוכות (ראו ס' 68 לחוק הבחירות לכנסת); כאשר החלה להיבחן ההיתכנות של בחירות לכנסת ה-24 בתחילת שנת 2021 הועלתה הצעה כי בקלפיות הנגישות יוכלו להצביע רק אזרחים שיש להם תעודת נכה, וזאת כדי למנוע זיופים. ראו גרעון אלון "מפקח עם מצלמה ופנקס דיגיטלי: החידושים הצפויים בבחירות הבאות" ישראל היום (8.12.2020). <https://www.israelhayom.co.il/article/827891>

¹¹⁶ הסוגיה של הצבעת אזרחים בחו"ל בעת מגפה עולמית היא סבוכה וחורגת מן הדיון הנוכחי. הפתרונות שאציע בפרק ה' לא יעסקו בכך, ויש לקיים את הדיון בנושא בעת החשיבה על ההסדרה של הצבעת אזרחים בחו"ל באופן כללי. להרחבה ראו עופר קניג ויוחנן פלסנר **הצבעת אזרחים ישראלים מחו"ל** (הצעה לסדר 9, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2016).

¹¹⁷ ס' 75 (א) לחוק הבחירות לכנסת.

¹¹⁸ ס' 72 לחוק הבחירות לכנסת.

¹¹⁹ ס' 70 לחוק הבחירות לכנסת.

שינוי התאריך או שימורו עלולה להיות מונעת מצרכים פוליטיים (על רקע מגמת הסקרים למשל, בשל התמודדות הממשל המכהן עם המשבר הבריאותי). ייתכן שהשלטון המכהן יחזור להשעות את הבחירות ולקבוע את מועדן מחדש רק בעת שהדבר יהיה נוח לו. לכן, חיוני שעל החלטה זו יחולו קריטריונים ברורים, וכן תהא הגדרה ברורה של בעל הסמכות לקבלה.

לצורך השוואה, אזכיר שלפי החוקה האמריקנית שינוי המועד מוגבל באופן קיצוני. אכן, קביעתו של יום הבחירות כיום שלישי הראשון של נובמבר מבוססת רק על חוק פדרלי משנת 1845, ללא הסדר חוקתי,¹²⁰ אולם האפשרות לשינוי החוק בבתי הנבחרים היא בסבירות נמוכה מאוד, במיוחד מאחר שתאריך ההשבעה של הנשיא החדש בינואר מעוגן בחוקה.¹²¹ בפועל, דחייה כזו היא חסרת תקדים. היא לא התקיימה בשנת 1864 בזמן מלחמת האזרחים, ולא בשנת 1918 בזמן התפרצות השפעת הספרדית.¹²² המקרה המתועד היחיד שבו נדחו בחירות פדרליות בהיסטוריה המודרנית של ארצות הברית התקיים בנובמבר 2018, בסבב "בחירות אמצע" שלא כלל בחירת נשיא. הבחירות לנציג הבודד של איי מריאנה הצפוניים (שאינם במעמד מדינה) בבית הנבחרים של ארצות הברית נדחו על ידי המושל בשבוע עקב טיפוף.¹²³

המניעה החוקית המוחלטת בארצות הברית לדחות את הבחירות לנשיאות אינה בהכרח מודל שראוי לאמצו, ומפרספקטיבה זו יש להתבונן על לקחי הבחירות שהתקיימו שם, כמפורט בהמשך. כך מלמד גם הניסיון ההיסטורי הרחוק יותר. המקרה של בחירות 1918 בארצות הברית שהוזכר לעיל, בצילה של השפעת הספרדית, הוא דוגמה לבחירות שהתנהלו כך ששבועות לפני מועד הבחירות היו התכנסויות פוליטיות אסורות בערים רבות.¹²⁴ בנוסף, מאות אלפי בוחרים פוטנציאליים נשארו אז ככל הנראה בבתיהם מחמת הפחד מהמחלה או בשל בידוד, מבלי שניתן להם מענה. פסק דין רלוונטי מתקופה זו הוא של בית המשפט העליון של איידהו, אשר ביטל את ההצבעות בקלפי מיוחדת שהוצבה על ידי גורמים מדינתיים לטובת מבודדים מאחר שהדבר לא תאם את חוקי הבחירות.¹²⁵

גם בישראל חלה על קביעת מועד הבחירות הגבלה חוקתית, משום שהעניין מוסדר בחוק יסוד. אולם, הכלל החוקתי וההגנה עליו נוקשים פחות. החוקה האמריקנית קשה

¹²⁰ Presidential Election Day Act, 3 U.S.C. § 1

¹²¹ U.S. CONST. amend. XX, § 1

¹²² אברהם בן-צבי "הקורונה עלולה לגרום לתקדים היסטורי: דחיית הבחירות בארה"ב" **ישראל היום** (2.5.2020) <https://www.israelhayom.co.il/article/756915>. הנשיא טראמפ העלה את האפשרות לדחיית בחירות נובמבר 2020, וההתבטאות עוררה ביקורת רבה. ראו למשל Steven G. Calabresi, *Trump Might Try to Postpone the Election. That's Unconstitutional.*, N.Y. TIMES (July 30, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/07/30/opinion/trump-delay-election-coronavirus.html>

¹²³ R. Sam Garrett et al., CONG. RSCH. SERV., R46455, COVID-19 AND OTHER ELECTION EMERGENCIES: FREQUENTLY ASKED QUESTIONS AND RECENT POLICY DEVELOPMENTS 5 (2020)

¹²⁴ Jason Marisam, *Judging the 1918 Election*, 9 ELECTION L. J. 141 (2010)

¹²⁵ Harper v. Dotson, 32 Idaho 616 (1920)

מאוד לשינוי, בעוד שחוק יסוד ניתן לשנות ברוב רגיל (למעט סעיפים משוריינים). בישראל המצב מורכב. כפי שכבר צוין,¹²⁶ ההסדר הבסיסי שקובע את מועד הבחירות ותקופת כהונתה של הכנסת אינו משורייני,¹²⁷ אך סעיף 9א(א) לחוק היסוד, שקובע את התנאים להארכת כהונת הכנסת, כן משורייני על ידי הוראה נפרדת, סעיף 45 לחוק היסוד. אולם אף שריון זה, כפי שהוסבר, אינו קשיח מאוד.¹²⁸

תיקונים של סעיפים אלה, ובמיוחד של החלקים שאינם משוריינים, מעוררים את שאלת קיומן של דוקטרינות המאפשרות ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בשל תוכניהם, כדוגמת דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי".¹²⁹ בפסק הדין העקרוני בעניין **חסון**, שנסב על שאלת חוקתיותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, העמדה שאומצה בדעת הרוב היא כי אף שבעת הזו אין מקום לאמץ אל שיטת המשפט החוקתי הישראלי את דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", כפי שהיא באה לידי ביטוי בשיטות משפט שלהן חוקה שלמה, ניתן להצביע כבר עתה על מגבלות – צרות ביותר – המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. בהתאם לכך נקבע כי הכנסת אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים המינימליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית.¹³⁰ עניין **חסון** לא דן במישרין בשאלה של שינויים חוקתיים הנוגעים לבחירות בכלל, או למועד הבחירות ולהבטחת הסדירות שלהן בפרט. עם זאת, ניתן למצוא בו התייחסויות לאפשרות שפגיעה בליבה של הסדרים אלה תחרוג מגבולות סמכותה של הרשות המכוננת. כך, למשל, המשנה

¹²⁶ ראו דיון בנושא לעיל בפסקה המתחילה בה"ש 103.

¹²⁷ ס' 8 ו-9 לחוק-יסוד: הכנסת.

¹²⁸ בזכות ס' 45 לחוק-יסוד הכנסת, גם תיקון של ס' 9א(א) וגם אישור של הארכת הכהונה של הכנסת שיכול להתרחש בזכות סעיף זה אפשריים ברוב של 80 חברי כנסת. עם זאת, במישור הלשוני, ס' 45 אינו משריין את עצמו או משורייני על ידי סעיף אחר. להרחבה ראו לעיל ה"ש 105 והטקסט הצמוד לה.

¹²⁹ זאת בשונה מביקורת חוקתית על עצם עיגונו של עניין בחוק יסוד, על כל המשמעויות הנלוות לכך, באמצעות שימוש בדוקטרינה של "שימוש לרעה בחוק יסוד". להרחבה, ראו: בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2021), פס' 9–10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹³⁰ בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021), שם בפס' 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות; במקרה אחר, המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר התייחס לקיומה של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", באומרו: "אם הייתה מבוטלת לחלוטין האפשרות להביע בכנסת אי-אמון בממשלה, יתכן שהייתי גורס שמדובר לא רק בשימוש לרעה בסמכות המכוננת, אלא בתיקון חוקתי לא חוקתי. דא עקא שפה לא נשללה אפשרות זו לחלוטין, ולכן רק החלתו המיידית של התיקון (לאחר הבחירות וטרם הקמת הממשלה החדשה) היתה פגומה, ונגועה בליקוי של שימוש לרעה בסמכות המכוננת" (ההדגשה במקור). בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (12.7.2021), פס' 128 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

לנשיאה (בדימ') מלצר קבע כי פגיעה ישירה בזכות לבחור יכולה להיות דוגמה למקרה שבו תופעל ביקורת חוקתית על תוכנו של חוק יסוד.¹³¹

2. התאמות נדרשות לבחירות בתנאי מגפה

שאלה נוספת העומדת בפני עצמה היא **באיזה אופן סדרי הבחירות שבחוק מותאמים לתקופת מגפה**, כדוגמת הקורונה. התשובה הברורה היא שנדרשים שינויים. בישראל הסדרי הבחירות נדיבים כלפי קבוצות מובחנות שונות כחיליים או שוטרים, אך נוקשים מבחינת סדרי ההצבעה של כלל האוכלוסייה. כאמור, אדם מחויב להצביע בקלפי לפי כתובתו במשרד הפנים, גם אם היא מרוחקת ממקום מגוריו העדכני. בתקופת הקורונה, הסוגיות שונות ונוגעות לשאלה כיצד ניתן לקיים בחירות כאשר אנשים רבים מאושפזים בבתי חולים, ורבים עוד יותר מנועים מיציאה מהבית כיוון שהם מסכנים את הציבור. בנוסף, גם אחרים שאינם חייבים להישאר בבית מנסים לצמצם את יציאותיהם עקב "פחד מהידבקות", למשל בשל השתייכותם לאוכלוסיית סיכון. החובה לצמצם את ההידבקות אף מחייבת להטיל הגבלות על מספר האנשים המתאספים במקום סגור, או בכלל. בתקופה של מגפה עולמית אף המעבר בין מדינות אינו פשוט כבימי שגרה, מה שיכול למנוע מאזרחים רבים השוהים בחו"ל לממש את זכותם להצביע.¹³² כל אלה מקשים על עריכת בחירות במתכונת המקובלת. לשם השוואה, בארצות הברית ההסדרים מגבילים פחות, כשבחלק מהמדינות יש זכאות רחבה להצביע בדואר. אומנם פרוצדורת ההצבעה לפעמים מסובכת ודורשת היערכות, אך האפשרות להצביע מבלי לסכן את עצמך או את הזולת הינה מרחיבה. למרות זאת, לקראת הבחירות הכלליות בנובמבר 2020 עלו שאלות חשובות בנוגע לזכות לבחור בהקשרים שונים, למשל הגבלות תנועה ביום הבחירות, במיוחד באזורים מסוימים במדינות "מתנדנדות" שיכולות להכריע את הבחירות. פתרון שהוצע הוא הרחבת אפשרות ההצבעה בדואר, אך זו מעוררת חשש לפגיעה בטוהר הבחירות. זאת ועוד:

¹³¹ עניין **חסון**, לעיל ה"ש 130, בפס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר ("לכאורה קשה לדמיין את התרחשותם של אותם מצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה... עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה... אולם ניטול לדוגמא מצב בו תישלל בחוק-יסוד הזכות לבחור או להיבחר של אזרח באשר הוא איננו יהודי. להשקפתי, תהא זו פגיעה בעליל באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, ואף שלילה שלו"). גם השופטת ברק-ארז התייחסה למקרה הקיצון התאורטי של חוק יסוד שיבקש לשלול את מאפייניו השוויוניים של הליך הבחירות. לשיטתה, חוק יסוד כזה ישמוט את הקרקע מתחת לחקיקתו, משום שעם הפגיעה בהשתתפות השוויונית בבחירות לא ניתן יהיה להשיב לאחור את מה שנעשה. היא מציינת כי זה יהיה הדין גם בנוגע לחוק יסוד שיבקש, למשל, להוסיף תקופה משמעותית למשך כהונתה של הכנסת שמאמצת אותו תיקון, מעבר לתקופת הכהונה שלה היא נבחרה. ראו שם, בפס' 16–17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹³² ראו לעיל ה"ש 214–224, והטקסט הצמוד להן.

הפתרון מעשי כשיש מערכת דואר מתפקדת, אך הדבר עשוי להיות תלוי בתקציב מיוחד מצד הממשל.¹³³

הניסיון המצטבר מלמד שנודעת חשיבות רבה להכרעה בנושאים אלה מבעוד מועד, ולא "תוך כדי תנועה" קרוב למועד הבחירות. כשההחלטות מתקבלות בלחץ זמן, אף לא ניתן לסמוך על התקווה שהתדיינות משפטית בבתי המשפט תוכל לסייע. כפי שאראה, כך מלמד במידה רבה הניסיון בארצות הברית שבה המגפה התפרצה במהלך קיום הבחירות המקדימות (הפריימריז) לבחירת המועמד לנשיאות של המפלגה הדמוקרטית לקראת הבחירות בנובמבר 2020.¹³⁴ הדיון בתיקי הבחירות שם, בהקשרי הקורונה ובכלל, התנהל בסימן המתח בין הפן המהותי המכיר בזכות לבחור כזכות חשובה שזוכה להגנה לבין הפן הדיוני התומך בצמצום ההתערבות השיפוטית במועד סמוך לבחירות. הפן המהותי מתבטא במבחן האיזון הידוע בפסיקה כמבחן Anderson-Burdick¹³⁵ שלפיו רמת הביקורת השיפוטית שמקבל חוק הנוגע לשינוי סדרי בחירות על ידי המדינה תלויה ברמת הנטל המוטל על זכות ההצבעה.¹³⁶ לעומת זאת, הפן הדיוני מוסדר ב-Purcell Principle שנקבע בעניין *Purcell v. Gonzalez*.¹³⁷ בית המשפט העליון האמריקני קבע שם כי אין להוציא צווים הקשורים לשינוי חוקי הבחירות במועד הקרוב להן.¹³⁸ לא אחת, הפן העקרוני נדחה מפני השיקול של חשש מפני יצירת בלבול אצל ציבור הבוחרים וכדי שלא לשבש את ניהול הבחירות. המשמעות המעשית של הדברים היא שלכאורה גם כשמתעורר אתגר חריג יחסית כמו הקורונה, המדיניות השיפוטית היא מצמצמת.

מתח זה השפיע מאוד על ההתדיינות בנושא הקורונה, ובאופן ספציפי על פסק הדין בעניין *Republican National Committee* שעסק בבחירות בוויסקונסין שהתקיימו באפריל 2020.¹³⁹ העתירה נסבה על הדרישה לאפשר דחייה של המועד האחרון להשלמת ההצבעה בדואר (כך שיחול ימים מספר לאחר יום הבחירות). באותו מקרה, השופט הפדרלי בערכאה הראשונה נענה לבקשה לסעד והורה שייספרו גם קולות שיישלחו בדואר ויגיעו עד למועד שאינו מאוחר משישה ימים מהמועד המקורי. הצורך בכך התעורר בעקבות העובדה שבהתדיינות קודמת גיבה בית המשפט העליון של

¹³³ Robert Taylor & Judith Resnik, *Trump's Demands of Postal Service could Undermine the Presidential Election*, BOS. GLOBE (May 19, 2020), <https://www.bostonglobe.com/2020/05/19/opinion/trumps-demands-postal-service-could-undermine-presidential-election>

¹³⁴ Nick Corasaniti & Stephanie Saul, *16 States Have Postponed Primaries During the Pandemic. Here's a List.*, N.Y. TIMES (Aug. 10, 2020), <https://www.nytimes.com/article/2020-campaign-primary-calendar-coronavirus.html>

¹³⁵ מבחן שקרוי על שם שני פסקי דין של בית המשפט העליון הפדרלי: *Burdick v. Takushi*, 504 U.S. 428 (1992); *Anderson v. Celebrezze*, 460 U.S. 780 (1983)

¹³⁶ Andrew C. Maxfield, *Litigating the Line Drawers: Why Courts Should Apply Anderson-Burdick to Redistricting Commissions*, 87 U. CHI. L. REV. 1845, 1863-67 (2020)

¹³⁷ נקבע על ידי בית המשפט העליון הפדרלי בעניין *Purcell v. Gonzalez*, 549 U.S. 1 (2006)

¹³⁸ Richard L. Hasen, *Reining in the Purcell Principle*, 43 FLA. ST. U.L. REV. 427 (2016)

¹³⁹ *Republican Nat'l Comm. v. Democratic Nat'l Comm.*, 140 S. Ct. 1205 (2020)

וויסקונסין את בית הנבחרים של המדינה כשזה סירב לדחות את מועד הבחירות (בניגוד להחלטה קודמת של המושל). רק אז התברר שבחירות בדואר הן בעצם המענה האמיתית בתקופה זו. זה היה הטעם ששכנע את השופט הפדרלי בערכאה הראשונה לתת את הצו. בית המשפט הפדרלי לערעורים (Seventh Circuit) נמנע מלהתערב. בסופו של דבר ביטל בית המשפט העליון של ארצות הברית את הצו ביישמו את ה-Purcell Principle בדבר התערבות מצומצמת בענייני בחירות בסמוך למועדן. פסק הדין ניתן ברוב של 5-4 בהתאם לקווי החלוקה בין השופטים השמרנים והליברלים. השופטת ביידר גינסבורג, שכתבה את דעת המיעוט, הדגישה את השיקול העקרוני של מבחן Anderson-Burdick על מנת שלא לשלול בפועל מבחורים רבים את היכולת לממש את זכות הבחירה שלהם. ביידר גינסבורג סברה שצריך היה ליישם את העיקרון באופן שנותן מענה לייחוד שבתקופה, וקבעה שיש להעדיף את ההגנה על הזכות לבחור בנסיבות המיוחדות של המגפה. היא ציינה שיש קושי בעמדת הרוב אף לאור השימוש ב-Purcell Principle, שהרי הרשויות בוויסקונסין היו מוכנות כבר לפעול לפי החלטת הערכאה הראשונה, כך שהפיקתה היא זו שיכולה ליצור בלבול. מכל מקום, לשיטתה, העיקר הוא בכך שהשינוי המאוחר מוצדק מכיוון שמדובר בזמנים חריגים.¹⁴⁰ כתוצאה מפסיקה זו נאלצו בוחרים רבים להצביע בעל כורחם באופן אישי תוך חשיפה לסכנה בריאותית. בעיר מילווקי השתרכו תורים ארוכים בחמש הקלפיות היחידות שנפתחו בעיר (לעומת 182 בדרך כלל). נטען שתוצאות אלו פגעו באוכלוסיית האפריקאים-אמריקאים, ששיעור התחלואה בקרבה היה גבוה יותר באותו מחוז.¹⁴¹

בהמשך החלו להתעורר שאלות דומות הנוגעות לקורונה ולבחירות במדינות נוספות, אך בנסיבות שבהן היה זמן רב יותר להיערך אליהן.¹⁴² התדייניות נוספות התקיימו טרם הבחירות שנקבעו לקיץ 2020 לקראת הבחירות הארציות בנובמבר. אחת מהן נגעה לחוק בטקסס שמאפשר רק לאוכלוסיות מסוימות להצביע מרחוק, למשל בני 65 ומעלה. שופט פדרלי בערכאה ראשונה נתן צו שהרחיב את הזכות להצבעה בדואר לכלל הבחורים. בית המשפט הפדרלי לערעורים (Fifth Circuit) השהה את הצו.¹⁴³ התוצאה המעשית הייתה עצירת ההיערכות לבחירות מורחבות בדואר. על רקע זה נעשתה פנייה לבית המשפט העליון הפדרלי בבקשה להחיש את הדיון במקרה. בית המשפט העליון סירב, וכך מבחינה פרקטית, בהתחשב במועד הבחירות, ההיערכות

John Hardin Young et al., *Voting Wars Reach the Supreme Court – RNC v. DNC*, ABA ¹⁴⁰ (Apr. 13, 2020), https://www.americanbar.org/groups/state_local_government/resource/rnc-v-dnc; Michael C. Dorf, *Why Did the U.S. Supreme Court Endanger the Lives of Wisconsin Voters?*, VERDICT (Apr. 13, 2020), <https://verdict.justia.com/2020/04/13/why-did-the-u-s-supreme-court-endanger-the-lives-of-wisconsin-voters>.

Protecting the Right to Vote During a Pandemic, DEP'T AFR. AM. STUD., PRINCETON ¹⁴¹ U. (Apr. 29, 2020), <https://aas.princeton.edu/news/opinion-protecting-right-vote-during-pandemic>.

Chad W. Dunn et al., *Legal Theories to Compel Vote-by-Mail in Federal*: ראו: ¹⁴² *Court*, 11 CALIF. L. REV. ONLINE 166 (2020), <https://www.californialawreview.org/theories-to-compel-vote-by-mail>.

Tex. Democratic Party v. Abbott, 961 F.3d 389 (5th Cir. 2020) ¹⁴³.

לבחירות נותרה ללא שינוי והתאמה.¹⁴⁴ יצוין שתיק זה עשוי לעורר שאלות הנוגעות לתיקון ה-26 לחוקה האמריקאית שאוסר על שלילה או הגבלה של זכות הבחירה מטעמי גיל. בנוגע לאלבמה, שבה הזכות לבחור בדואר היא רחבה יותר, עלתה השאלה אם ניתן להקל בדרישות הפורמליות לקיום הצבעה זו – למשל הדרישה לשני עדים להליך, וזאת בשל מגבלות המגפה. העותרים במקרה זה הדגישו את חששם לצאת מהבית או להכניס זרים לביתם לצורך עמידה בדרישות החוק. שופט פדרלי בערכאה ראשונה הוציא צו שהורה על הקלה בדרישות אלו, אולם בית המשפט הפדרלי לערעורים (Eleventh Circuit) ביטל את הצו, החלטה שאושרה על ידי בית המשפט העליון הפדרלי, ששוב נמנע להתערב.¹⁴⁵

ההכרעות שהתקבלו לא עצרו את שטף התיקים שהמשיכו להיערם בבית המשפט העליון האמריקאי בנושאים קרובים, ואולי אף להפך. זאת, לקראת הבחירות הכלליות שהתקיימו בנובמבר 2020. בין השאר עסקו ההליכים בנושאים כדוגמת הדרישה שמי שמצביע בדואר יחתום על המעטפה בנוכחות עד,¹⁴⁶ ההבחנה בין מחוזות שונים באותה מדינה לגבי סדרי הבחירות בדואר,¹⁴⁷ הארכת המועדים לקבלת מעטפות הצבעה בדואר מעבר לקבוע בחוק,¹⁴⁸ מסירת מעטפות ללא יציאה מרכב (curbside voting),¹⁴⁹ ועוד. מקרים אלה לא הוכרעו ברמה העקרונית על ידי בית המשפט העליון

.Tex. Democratic Party v. Abbott, 140 S. Ct. 2015 (2020) 144

.Merrill v. People First, 207 L. Ed. 2d 1113 (2020) 145

Andino v. Middleton, 141 S. Ct. 9 (2020) 146
שבה סירבו הרשויות לבטל את הדרישה חרף נסיבות הקורונה. בית המשפט המדינתי נתן צו שהתערב בהחלטה זו, ובית המשפט העליון של ארצות הברית ביטל החלטה זו בחלקה על בסיס שיקול הדעת הרחב של המדינה בענייני בחירות.

הנושא נדון בהקשר של מדינת מונטנה. מדובר בבקשה לצו מניעה מבית המשפט העליון, לאחר שבית המשפט הפדרלי לערעורים (Ninth Circuit) סירב לתת צו מניעה בעניין Lamm v. Bullock, No. 20-35847, 2020 U.S. App. LEXIS 31714 (9th Cir. Oct. 6, 2020) 147
הבקשה נדחתה על ידי השופטת אלנה קגן. להרחבה ראו: Ariane de Vogue & Caroline Kelly, *Supreme Court Justice Kagan Clears the Way for Sending Mail-in Ballots to Montana Voters*, CNN (Oct. 8, 2020), <https://edition.cnn.com/2020/10/08/politics/supreme-court-mail-in-ballots-montana/index.html>

Moore v. Circosta, 141 S. Ct. 46 (2020) 148
המדינתית של מדינת צפון קרוליינה, שהאריכה את המועד לקבלת מעטפות מעבר לקבוע בחוק. ראו גם: Republican Party v. Boockvar, 141 S. Ct. 1 (2020). שם, הנושא נדון בנוגע להחלטת בית המשפט העליון של פנסילבניה לאשר הארכה דומה. פסק דין שלישי באותו עניין הינו: Democratic Nat'l Comm. v. Wis. State Legis., 141 S. Ct. 28 (2020).
בעניין זה, הנושא נדון בנוגע לצו שנתן שופט פדרלי לאשר הארכה דומה ביחס לבחירות בוויסקונסין. בית המשפט העליון ביטל בדעת רוב את הצו שנתן השופט הפדרלי. המיחד את ההליך לעומת שתי ההחלטות הקודמות הוא העובדה שההחלטה על חריגה מהמועד הקבוע בחוק נעשתה במערכת הפדרלית ולא המדינתית.

Merrill v. People First, 141 S. Ct. 25 (2020) (להלן: עניין Merrill) 149
החלטה שהתקבלה במדינת אלבמה לדחות את הדרישה לאפשר הצבעה במתכונת של

של ארצות הברית לפני הבחירות, וניתנו בהם צווים זמניים בלבד שהותירו את המשך הדיון ואת ההחלטות לתקופה שלאחר הבחירות. במובן זה, רבות מן השאלות נותרו ללא מענה מחייב.

שאלות נוספות התעוררו גם בבתי המשפט העליונים המדינתיים. כך למשל, בטקסס נדרש בית המשפט העליון להכריע בשאלה האם אדם שחושש מהידבקות בנגיף הקורונה ייחשב כמי שסובל ממחלה המונעת ממנו התייצבות בקלפי ביום הבחירות. לפי החוק המדינתי, ההכרעה בכך תשפיע על זכאותו להצביע בבחירות על ידי שיגור טופס הצבעה בדואר מבלי להתייצב בקלפי. בית המשפט העליון של טקסס השיב לשאלה בשלילה.¹⁵⁰

אומנם פסקי דין אלה נוגעים לשיטת בחירות שאינה מתאימה מלכתחילה לישראל, אולם הם מלמדים על עוצמת הדילמות הכרוכות במימוש הזכות לבחור בעת משבר בריאותי. כמו כן, נקודה חשובה שעולה מהם נוגעת לקושי הכרוך בביקורת שיפוטית בנושאי בחירות. בארצות הברית יש הבדלים בין הסדרי הבחירות במדינות והתערבות בהם צפויה בעיקר ביחס להחלטות ששוללות לחלוטין או באופן אנוש את האפשרות להצביע, להבדיל מכאלה שמצמצמות את הנגישות המהותית לקלפי. ריצ'רד הייסן חקר את דיני הבחירות האמריקניים והצביע על כמה נקודות תורפה בהם, כדוגמת היעדרו של הסדר ריכוזי, ופסיקה שניתן למצוא בה התפלגות פוליטית וחוסר עקיבות.¹⁵¹ בהשוואה, בישראל ישנה ועדת בחירות מרכזית אחת, כך שמתקיים ניהול ריכוזי של כלל הקלפיות, באופן שמאפשר טיפול רוחבי ושוויוני. לצד זאת, ניהול הבחירות כפוף למגבלות הקבועות בחוק, וכמוסבר, החוק הקיים אינו כולל הסדרים המתאימים למצבים נרחבים של סכנת הידבקות כללית, להבדיל מניהול הבחירות למאושפזים בבתי החולים. בנוסף, יש צורך בהסדרים ספציפיים לגבי חולים מדבקים במחלקות סגורות. צריך להוסיף שגם בישראל עתירות בנושאי בחירות עלולות לעורר קושי של שיהוי מכיוון שכל החלטה שיפוטית צפויה לעכב את ההיערכות ליום הבחירות. על כן,

נסיעה ברכב. בית המשפט הפדרלי של ערכאה ראשונה נתן צו נגד החלטה זו על בסיס של הגנה על זכויות אנשים עם מוגבלויות, הנחשבים חשופים יותר למחלה. בית המשפט הפדרלי לערעורים לא התערב בהחלטתו זו. בהחלטה על סעד זמני בבית המשפט העליון של ארצות הברית הוחלט בדעת רוב לבטל את הצווים שניתנו ובכך לאפשר בפועל את ההתנהלות על פי ההחלטה המדינתית המקורית. בעניין זה הייתה דעת מיעוט חשובה של השופטת סוטומיור, בהסכמת השופטים ברייר וקגן, אשר הדגישה את הפגיעות המיוחדות של אנשים עם מוגבלות למגפה וייחסה לכך את המשקל המכריע. דעת המיעוט הדגישה כי מדובר בהטעמה שאינה פוגעת בסדרי הבחירות ונועדה לחול רק במחוזות שהיו נכונים להיערך לכך.

¹⁵⁰ In re State, 602 S.W.3d 549 (Tex. 2020). השופט שטיין עשה שימוש בפסק דין זה במסגרת חוות דעתו בעניין בג"ץ 1633/20 "סל" שירותי סיעוד נ' מדינת ישראל (נבו) (27.7.2020). שם, בפס' 17. העתירה שנדונה שם העלתה את השאלה אם עובדים שכירים שנמצאים בבידוד מנע זכאים לדמי מחלה, לפי חוק דמי מחלה, התשל"ו-1976.

¹⁵¹ Richard L. Hasen, *Three Pathologies of American Voting Rights Illuminated by the Covid-19 Pandemic, and How to Treat and Cure Them*, 19 ELECTION L.J. 263 (2020)

המדיניות של בית המשפט העליון בנושאי בחירות היא של דחיית עתירות בכל מקרה שבו העיכוב בפנייה היה ולו הקל ביותר.¹⁵²

יש לציין שהבחירות הכלליות שהתקיימו בארצות הברית בנובמבר 2020, בזמן שהמגפה התפשטה בצורה נרחבת ביותר, והסתיימו בבחירתו של ג'ו ביידן, הובילו לניהול הליכים משפטיים רבים. הליכים אלה כוונו להביא לספירה מחודשת של הקולות ואף לפסילת קולות, ובאופן כללי לערער על הלגיטימיות של התוצאות.¹⁵³ המיקוד היה בטענות שנגעו לתוצאות המבוססות על ספירת הקולות שהתקבלו בדואר,¹⁵⁴ והשפיעו על "מהפך" במדינות מסוימות בארצות הברית, במיוחד אלו שנחשבו "מתנדדות". כך, בית המשפט העליון דחה את דרישת הרפובליקנים לפסול את זכייתו של ביידן בפנסילבניה, בהחלטה קצרה ולא מנומקת.¹⁵⁵ הליכים משפטיים ניהלו גם בהקשר של מדינות נוספות כמו ויסקונסין.¹⁵⁶ לבסוף, אפשר להזכיר גם את ההליך שיזמה מדינת טקסס בבית המשפט העליון נגד ארבע מדינות אחרות (ג'ורג'יה, מישיגן, פנסילבניה וויסקונסין) בגין ספירת הקולות בהן, ובסופו של דבר נדחה בשל העדר זכות עמידה.¹⁵⁷

במבט מהחוץ עולה הקושי העיקרי של דיני הבחירות בארצות הברית, והוא שיקול הדעת המסור למדינות ביחס לסדרי הבחירות המוביל לשונות גבוהה באופן ההתמודדות עם אותן שאלות. לצד זאת, האפשרות של דחיית הבחירות, שהיא אחת

¹⁵² דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ד – משפט מינהלי דיוני 358–359 (2017). המדיניות הזו של בית המשפט העליון באה לידי ביטוי בפסקי דין שונים, למשל בג"ץ 6790/98 **אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים**, פ"ד נב(5) 323, 330–331 (1998).

¹⁵³ "טראמפ פרסם סרטון בן 46 דקות בו חזר על טענות לא מבוססות לרמאות בבחירות" **הארץ** (3.12.2020), <https://www.haaretz.co.il/news/world/america/us-election/.premi> um-1.9345113.

¹⁵⁴ אדם שנער "החלטות בית המשפט העליון בארה"ב מעידות שיש לטראמפ על מי לסמוך" **הארץ** (5.11.2020), <https://www.haaretz.co.il/news/world/america/us-election/.premiu> m-1.9289605.

¹⁵⁵ דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ד – משפט מינהלי דיוני 358–359 (2017). המדיניות הזו של בית המשפט העליון באה לידי ביטוי בפסקי דין שונים, למשל בג"ץ 6790/98 **אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים**, פ"ד נב(5) 323, 330–331 (1998).
¹⁵⁶ "טראמפ פרסם סרטון בן 46 דקות בו חזר על טענות לא מבוססות לרמאות בבחירות" **הארץ** (3.12.2020), <https://www.haaretz.co.il/news/world/america/us-election/.premi> um-1.9345113.
¹⁵⁷ אדם שנער "החלטות בית המשפט העליון בארה"ב מעידות שיש לטראמפ על מי לסמוך" **הארץ** (5.11.2020), <https://www.haaretz.co.il/news/world/america/us-election/.premiu> m-1.9289605.

¹⁵⁶ Kelly v. Pennsylvania, No. 20A98., 2020 U.S. LEXIS 5986 (2020). ראו גם: "טראמפ מינה שלושה שופטים שמרנים לעליון. הם לא עזרו לו גם כתביעה בפנסילבניה" **הארץ** (9.12.2020), <https://www.haaretz.co.il/news/world/america/us-election/.premium-1.9> 358796.
גם הליכים משפטיים במערכת המדינתית עצמה הסתיימו ללא מזור משפטי לתובעים. ראו: Marc Levy, *Pennsylvania Supreme Court rejects Republican Lawsuit Challenging U.S. Election*, GLOBAL NEWS (Nov. 29, 2020), <https://globalnews.ca/news/7490978/pennsylvania-election-lawsuit-court>.

¹⁵⁷ Lisa Marshall Manheim, *Texas Can't Block Votes Cast in Other States. Absurdly, it's trying*. WASH. POST (Dec. 9, 2020), <https://www.washingtonpost.com/outlook/2020/12/09/texas-supreme-court-election-lawsuit>; David Smith, *Supreme Court Rejects Trump-Backed Texas Lawsuit Aiming to Overturn Election Results*, GUARDIAN (Dec. 12, 2020), <https://bit.ly/3rhGzVS>.

האופציות הנשקלות בשיטות אחרות, היא כמעט תאורטית ולכן "לא על השולחן". אני סבור, בזהירות הנדרשת, שמערכת הבחירות בארצות הברית מלמדת אותנו שאפשר לקיים בחירות בזמן מגפה, אף בזמן שהמגפה משתוללת, אולם הדבר מחייב היערכות מתאימה ואימוץ של מגוון דרכי הצבעה כדי לא לפגוע באוכלוסיות מוחלשות. לקח נוסף נוגע לחשיבות הרבה הנודעת לכך בסדרי הבחירות יהיו ברורים מבעוד מועד ויישמו באופן שוויוני באזורים שונים. במידה מסוימת דווקא בישראל, שהיא מדינה קטנה, הדבר אמור להיות קל יותר.

ה. לקראת דיני בחירות של מגפות בישראל

כפי שהוסבר בפתח הדברים, ההתמודדות עם בחירות בתקופת קורונה יכולה להיעשות בשני ערוצים מרכזיים: שינוי של מועד הבחירות או שינוי של ההסדרים הנוגעים למימוש הבחירה. יש לכאורה גם אפשרות של "שב ואל תעשה", אך זו עלולה לפגוע באופן אנוש בזכות של לפחות חלק מן האזרחים לבחור ולכן להצדיק מתן סעד חוקתי שיבטיח נגישות לבחירות. זו אינה בעיה דוקטרינרית גרידא, משום שאין מדובר רק בהכרעה שעניינה שינויים פרוצדורליים בשיטת הבחירות, אלא בבחירה עקרונית המאזנת בין שמירה על זכות ליבה בדמוקרטיה – הזכות להשתתף בבחירות חופשיות (ללא סכנה בריאותית) – לבין האינטרס הציבורי של שמירה על בריאות הציבור (המגלם למעשה גם הגנה על הזכות לבריאות). במסגרת זאת יש לוודא שהאיזון יוביל לגישה שווה מבחינה מהותית לזכות לבחור לכל הקבוצות באוכלוסייה, גם עבור אלו שהסיכון הבריאותי מהמגפה יכול להשפיע עליהם יותר, כמו אוכלוסייה מבוגרת או אנשים החולים במחלות רקע שונות.¹⁵⁸ בשלב זה אציע אפוא שינויים מספר בסדרי הבחירות לצורך התאמת הליך הבחירות למציאות החדשה. שינויים אלה מבוססים על מתן עדיפות לאפשרות להכניס גמישות בסדרי הבחירה על פני שינוי מועד הבחירות, שאמור להיות שמור למצבי קיצון, כפי שאסביר בהמשך.

1. האפשרות לשינוי של מועד הבחירות

ההסדר המאפשר את שינוי מועד הבחירות בחוק-יסוד: הכנסת לא ראוי שיהיה "דרך המלך" כשמדובר במצב חירום שהוא צפוי ומתמשך על פי טיבו. הסדר הדחיה הוא חשוב אך מתאים למצב חירום קצר, ולא לכזה שמקשה באופן נמשך על שגרת

¹⁵⁸ לדוגמה, ככל הנראה חולי סוכרת. "קורונה וסוכרת: למה חשוב לשמור על איזון?" ynet (12.11.2020) <https://www.ynet.co.il/health/article/r1Kjc45tv>. חולי סוכרת הוכרו בישראל, בהזדמנויות שונות, כמי שזכאים להגנה על ידי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998. ראו ירון קובו "על משאבים מוגבלים, סיכויי שרידות והפליה: מדוע יש לדחות את נייר העמדה בעניין תיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה" פורום עיוני משפט מד 1, 17 (2020) (להלן: קיבו).

החיים מבלי לבטלה לחלוטין. לכל אורך תקופת הקורונה התאפשרה יציאה מהבית לצרכים חיוניים, ואלה כללו לא רק הצטיידות במזון ותרופות, אלא גם הפגנות (גם אם בחלק מהזמן בכפוף להגבלות), שהן מרכיב בסיסי וחשוב בדמוקרטיה.¹⁵⁹ זה צריך להיות העיקרון המנחה גם בהקשר הנוכחי. הבחירות הן מרכיב ליבתי בדמוקרטיה, ויש לחתור לקיים אותן תוך השקעת משאבים מתאימה גם בתקופת מגפה. בישראל, כידוע, הבחירות נדחו פעם אחת לזמן מוגבל ביותר, ולא נראה שהמנגנון החוקי מותאם למציאות בעייתית מתמשכת. חשוב לציין שהעמדה התומכת בצמצום אפשרות הדחייה צריכה להיות מאוזנת מול החשש שקיום הבחירות במועדן יתמרץ את הממשלה לנהל את המשבר באופן לא ענייני ופופוליסטי (שיקול התומך לכאורה בדחייה). עם זאת, יש להודות שהדחייה נותנת לכך מענה חלקי בלבד. ניתן לסבור שגם אם הבחירות תידחנה יהיה המועד שייקבע קרוב לתום מצב החירום, ועל כן יהיה לממשלה עניין לנהל את המשבר באופן פופוליסטי המיטיב איתה במועד זה.

סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת מאפשר כאמור דחייה של מועד הבחירות "אם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן". לשיטתי, בהקשר בריאותי, יש לפרשו כמקנה אפשרות דחייה במצבי קיצון בלבד, למשל כשרמת תחלואה גבוהה מובילה לרמת תמותה גבוהה באופן שמחייב סגר הדוק. ניתן לזקק את המרכיבים של התרחיש שמאפשר, לטעמי, דחייה של הבחירות לשניים: האחד, **סכנה חמורה וממשית** לבריאות הציבור ולחיי אדם; השני, **קשר רציונלי** בין האמצעי של דחייה לבין המטרה של מניעת הנזק הבריאותי. מצב קיצון המאפשר דחייה של בחירות אינו מתקיים, לעומת זאת, כאשר מדובר במצב של "חירום מתמשך", שבו מתאפשרת יציאה לעבודה ולמסגרות חברתיות שונות, אף אם חלות עליה הגבלות מסוימות. במצב של "חירום מתמשך" יש לשאוף לקיים את הבחירות במועדן, תוך התאמתן למציאות המסוכנת. את ההתאמות יש לחפש בחוק הבחירות לכנסת ולא בחוק-יסוד: הכנסת. הדברים עולים בקנה אחד עם הגישה שפותחה בדיני הבחירות לרשויות המקומיות, שבהן קיימת הסדרה המסמיכה את שר הפנים להחליט על דחיית מועד הבחירות כאשר "אי אפשר לקיים" אותן או "היו נסיבות מיוחדות אשר לדעת השר מצדיקות דחייתן".¹⁶⁰ בנוגע לבחירות אלו נקבע כי השיקול המרכזי בקיומן של בחירות במועדן הוא מיצוי תכליותיו של ההליך הדמוקרטי, אשר לא רק ייתן ביטוי לזכות לבחור ולהיבחר אלא גם יבטיח בעקבותיו קיומו של מנהל דמוקרטי. על פי הפסיקה שהתייחסה לבחירות ברשויות המקומיות, רק במקרים קיצוניים שאין בהם ביטחון כי תכליות אלה אכן תושגנה יש לדחות את מועד קיום הבחירות.¹⁶¹ אם כך, יש ניסיון של ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות זו בשל "נסיבות מיוחדות".¹⁶² כמובן, המקרה הנוכחי מורכב בהרבה בהתחשב בכך שבבחירות ברשויות המקומיות הגורם המחליט בעניין (שר הפנים) אינו

¹⁵⁹ בג"ץ 5078/20 פרידה נ' משטרת ישראל – מפקד מחוז ירושלים, פס' 30–32 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 19.8.2020).

¹⁶⁰ ס' 5(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965.

¹⁶¹ בג"ץ 7364/03 ג'בארה נ' שר הפנים, פ"ד נח(1) 769, 779 (2003).

¹⁶² ראו גם דנג"ץ 1913/97 מואסי נ' שר הפנים, פ"ד נב(2) 49 (1998).

אחד מן המשתתפים בבחירות, ועל כן החשש להטיה בהפעלת הסמכות פחות במידה רבה.

כפי שצוין, סעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת דורש רוב מיוחד לדחיית הבחירות – 80 חברי כנסת.¹⁶³ לכאורה ניתן להעלות את הטענה כי השגתו תבטא קונצנזוס פוליטי או חברתי, וממילא החשש לניצול לרעה של הכוח הגלום בו אינו רב. אולם בהתחשב במרכזיות של הזכות לבחור, הכרוכה בסדירות של מערכות הבחירות ובתקינותן, יש הצדקה לביקורת שיפוטית על פרשנות המונח "נסיבות מיוחדות", וכן על תקופת ההארכה שנקבעה לבחירות בעקבות נסיבות אלו. אפשר ללמוד על פרשנות אפשרית לקיומן של "נסיבות מיוחדות" באמצעות היקש מחוק הקורונה, המבחין בין הכרזה על "מצב חירום" לבין "מצב חירום מיוחד".¹⁶⁴ הכרזה על "מצב חירום מיוחד" מתאימה לנסיבות שבהן התפשטות המגפה היא חריפה ורחבה, ומכוחו מתחייבות הגבלות נרחבות על חירויות הפרט, לרבות על קיומן של הפגנות.¹⁶⁵ במצב כזה, דחייה הינה אופציה אפשרית. הפרשנות מתיישבת עם התפיסה המקובלת לגבי התנאים הנדרשים לקיומן של בחירות חופשיות. יודגש כי חוק הקורונה עצמו אינו יוצר קשר בין הדברים, וכאמור אינו מתייחס כלל לסוגיית הבחירות. אולם המבנה הבסיסי שלו, הכולל הבחנה בין שני סוגים של מצבי חירום, מבטא את שיקולי המדיניות הרלוונטיים גם להחלטה בהקשר הנוכחי. יש בכך גם כדי לתת מענה, לפחות חלקי, לחשש מפני התנהגות אסטרטגית של השלטון שעלולה להשפיע על הנגישות לקלפיות. ההחלטה על הטלת סגר מקומי או כללי נתונה להחלטה פוליטית, ולכאורה אינה בסמכותה של ועדת הבחירות המרכזית. החלטה זו יכולה להיות מונעת משיקולים זרים, כדי ליצור כורח של דחיית הבחירות. ככל שדחיית הבחירות תהיה כרוכה במצב חירום מיוחד, האפשרות למניפולציה תצטמצם משום שההכרזה תהיה כרוכה בהגבלות נרחבות על הכלכלה ועל סדרי החיים בכלל. הכרזה כזו צפויה לגבות מחיר פוליטי יקר, עקב ביקורת ציבורית נרחבת, ולכן תשמש כמשקל נגד לחשש מפני ניצולה לרעה. אכן, גם הכרזה על "מצב חירום מיוחד" יכולה להיות נתונה להחלטה פוליטית קרה מטעמים אסטרטגיים, אולם אימוץ ההבחנה בין שני סוגי מצבי החירום הללו יכולה לסייע לבחינה השיפוטית של החלטת הדחייה.¹⁶⁶

הביקורת השיפוטית צריכה לעסוק בבחינת הסכנה ובקשר הרציונלי שבין מניעתה לבין דחיית הבחירות, כאשר **האמצעי שפגיעתו פחותה** – קיום הבחירות במועדן תוך

¹⁶³ בכפוף להסתייגות שנדונה לעיל בה"ש 105 ו-128, ובטקסט הצמוד להן.

¹⁶⁴ ס' 2 ו-3 א לחוק הקורונה.

¹⁶⁵ ס' 7 (ב) לחוק הקורונה.

¹⁶⁶ ראוי לציין כי קודם לבחירות לכנסת ה-24 הוגשה עתירה "הפוכה": כזו שביקשה, בין היתר, להורות על דחיית הבחירות, חרף העובדה שלא התקבלה החלטה כזו על ידי הכנסת. לטענת העותרת, מצב החירום ששרר במדינה עקב מגפת הקורונה הצדיק את הפעלתו החריגה של ס' 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, לשם הבטחת קיומו של הליך דמוקרטי תקין המתאם לאילוצי התקופה. העתירה נדחתה על הסף מחמת שיהוי כבד, כיוון שזו הוגשה כחודש ימים לאחר ההחלטה על פיזור הכנסת ה-23. ראו בג"ץ 372/21 **אני ואתה מפלגת העם הישראלית נ' נשיא המדינה** (נבו) (20.1.2021).

התאמות פרוצדורליות – אינו נותן מענה מספק. עם זאת, כאמור בסעיף 9א(א) לחוק היסוד, "תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות". כפי שצוין, הכרזת "מצב חירום מיוחד" יכולה להיות סממן המסייע לזהות אם ההארכה נחוצה. נתון שצריך לתת עליו את הדעת בהקשר זה, הגם שלא כשיקול בלעדי, הוא התקופה הכוללת של כהונת הכנסת בעקבות דחיית הבחירות. לפי סעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת, תקופת הכהונה הרגילה הינה ארבע שנים. משמעות הדבר היא שלפחות פעם בארבע שנים נבחרי הציבור נדרשים לחזור אל הבוחרים. במובן זה, ההארכה שמביאה לחריגה מהתקופה הסטטוטורית מהווה איום מיוחד על הדמוקרטיה. זאת, בשונה מהארכת מועד לגבי כנסת שפוזרה טרם זמנה ולא הוציאה את ימיה.¹⁶⁷

2. קיום הבחירות כסדרן ופריסתן

מהם סדרי הבחירות שיש לתת עליהם את הדעת בהקשר של ניהול הבחירות בעת משבר בריאותי? ככל שהבחירות אינן נדחות יש להטמיע נהלים שיאפשרו את קיומן במתכונת של נגישות שווה לכול, ללא חשיפה לסיכונים בריאותיים. הדבר חייב להיעשות בממדים מספר: **ממד הזמן** (הארכת פרק הזמן של קיום הבחירות, לרבות מתן אפשרות להצבעה מוקדמת); **הממד הגאוגרפי** (פריסה רחבה יותר של קלפיות בהתאם לצורכי השעה); **ממד אופן ההצבעה** (חריגים לדרישה של ריתוק לקלפי ולעיתים אף של עצם הנוכחות בקלפי). באופן כללי, נדרש תיקון מקיף של חוק הבחירות לכנסת באופן שיכלול פרק מיוחד להפעלה בבחירות המתקיימות במצב חירום. אסור שההתאמות תיעשנה "תוך כדי תנועה" (ככלל) אלא שיהיה "מוצר מדף" שניתן לבחור בו (כשם שהאופציה של דחיית הבחירות מוסדרת כבר עתה בסעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת).

הצורך לקבל החלטות רגישות בענייני בחירות בתנאי אי-ודאות מעורר חשש רקע קבוע מפני ניצול לרעה של הכללים על ידי גורמים פוליטיים. הסמכויות בתחום הבחירות נתונות לוועדת הבחירות המרכזית, אך זו פועלת לפי הסדרים כלליים שקבועים בחוק. לכן יש להיערך לדבר מראש ולעגן את הסמכויות בתחום זה בהקדם, מאחורי "מסך הבערות", כשהבחירות אינן בגדר תרחיש קרוב וצפוי, אלא כאשר מועד הבחירות רחוק מספיק ולא ברור מה יהיה האקלים הפוליטי בעת שיתממש. בנוסף, ועדת הבחירות עצמה מורכבת ברובה מגורמים פוליטיים, ולכן יש להפקיד את ההחלטות המרכזיות במצב חירום בדבר מימוש ההסדרים בידי של יו"ר ועדת

¹⁶⁷ אכן במדינת ישראל הדפוס הפוליטי השכיח הוא קיצור תקופת הכהונה של הכנסת, אך במישור החוקתי העקרוני אין להקל ראש בחשש מפני הארכה אל מעבר לתקופת הכהונה הרגילה.

הבחירות המרכזית, שאינו דמות פוליטית (ולאפשר ביקורת שיפוטית עליהן).¹⁶⁸ זאת בדומה לסמכותו של יו"ר הוועדה להוציא הוראות בדבר סדרי הפעלתן ועבודתן של הקלפיות למאושפזים.¹⁶⁹

מבלי להידרש בהקשר הנוכחי למלוא הפרטים, אדגים את ההתאמות הנדרשות בהתייחס להבחנות בין הקבוצות הרלוונטיות באוכלוסייה בזמן מגפה, מהיבט חשיפתן אליה. אדגים את הדברים ביחס למקרה של נגיף הקורונה והמציאות בצילו, והם כמובן מתאימים, בשינויים המחויבים, אף למצבי חירום רפואיים דומים. אין כוונתי להציע הסדר שלם וכולל לבחירות בעת משבר, אלא להדגים חלק מהפתרונות האפשריים שיכולים לאפשר ניהול בחירות בעת משבר בריאותי חמור. בחלקם פתרונות אלו דורשים שינוי חקיקתי והסדרה מראש. כפי שאראה, מקצתם אף אומצו לקראת הבחירות לכנסת ה-24 (מרץ 2021). לקראת מערכת בחירות זו, כאמור, נעשו יותר התאמות מכפי שנעשו לקראת קודמתה, מערכת הבחירות לכנסת ה-23 (מרץ 2020), שהתקיימה בראשית התפשטות המגפה.

כאשר לחולים מאומתים שנמצאים בבתי חולים או במלונות – הבעיה קטנה יחסית. כיום יש מערך של הצבעה בבתי חולים¹⁷⁰ שניתן להקימו אף במלונות. ניתן לבצע במערך התאמות מעשיות, למשל הקמת קלפיות ייעודיות לחולי הקורונה, בנפרד מהקלפיות של שאר השהים במקום. לחלופין, ניתן להקצות לחולים שעות ייעודיות בקלפיות שתוצבנה בבתי החולים. מעניין להזכיר בהקשר זה את הדוגמה של מתקן האשפוז של חולי הצרעת במחוז מערב בנגל שבהודו, שם שימש הצוות הרפואי בתפקיד של ועדת קלפי.¹⁷¹

עבור חולים מדבקים שהם **מאושפזי בית**, יש לאפשר הצבעה בקלפיות "ניידות" מיוחדות כך שנציג של ועדת הקלפי יעבור בביתם ויאסוף פתק הצבעה שיוכנס למעטפה כפולה. החיסרון של הסדר זה מתבטא בכך שכל מצביע יוכל לממש את זכותו רק בשעה מצומצמת ומוגדרת. אולם על כך מחפה הנוחות של הצבעה בבית, שבו הבוחר אמור להימצא ממילא כשהוא נתון תחת איסור לצאת לכל מקום אחר. לחלופין, רק עבור חולים אלה ניתן לחשוב על הסדר מצומצם שמאפשר הצבעה ללא קלפי –

¹⁶⁸ יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הוא שופט בית המשפט העליון וחבריה הם נציגי הסיעות בכנסת (ס' 16 ו-17 לחוק הבחירות לכנסת). בהתחשב בהרכב זה, יש החלטות שהן בסמכות יו"ר הוועדה (למשל, לפי ס' 6 לחוק-יסוד: הכנסת, יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית מוסמך לקבוע כי אין עם העבירה שבה הורשע אזרח החפץ להיות מועמד לכנסת, בנסיבות העניין, משום קלוז). לעומת זאת, ההחלטה בדבר מניעת השתתפות בבחירות בשל העילות הקבועות בס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, מסורה לסמכות הוועדה כולה (ראו ס' 7א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת וס' 63א לחוק הבחירות לכנסת).

¹⁶⁹ לדוגמה ראו לעיל ה"ש 35 והטקסט הצמוד לה, בנוגע להסדרים שנעשו לקראת הבחירות לכנסת ה-23.

¹⁷⁰ ס' 116ב–116ז לחוק הבחירות לכנסת.
¹⁷¹ Doctors Turn Polling Personnel to Ensure Leprosy Patients Vote in Bengal, NDTV (Apr. 11, 2016), <https://bit.ly/3z4Un8D>

באמצעות מיופה כוח, ברגיל בן משפחה קרוב (אחד לכל חולה). אכן, הפתרון מעורר בעיה של פגיעה מסוימת בחשאיית הבחירות משום שהבוחר יצטרך לחשוף לפני מיופה הכוח את בחירתו,¹⁷² ועולות בעיות של אמון וחשש מכפייה.¹⁷³ אולם זו שיטה נפוצה בכמה דמוקרטיות מפותחות,¹⁷⁴ וייתכן שזה הפתרון הישים ביותר אם לא יוקם מערך של "קלפיות נודדות" לבתים. מובן שליישום המלצה שכזו צריכה להתלוות סנקציה פלילית חמורה. כלומר, זיוף של פתקי הצבעה בקלפי נייד או שקר של מיופה כוח הינם פגיעה חמורה בשורה של ערכים מוגנים. מדובר במעשה שאינו רק דומה להתחזות לאדם אחר,¹⁷⁵ או לשחיתות ואיום במסגרת חוק הבחירות לכנסת,¹⁷⁶ אלא פוגע גם באוטונומיה של הפרט ובהליך הדמוקרטי עצמו גם יחד. עוד פתרון חלופי הוא הקמת מערך היסעים עבור מאושפזי בית,¹⁷⁷ כך שהם יוכלו להגיע באמצעות מכוננית לקלפי באוויר הפתוח לבד, או לחלופין שנהג יאסוף את מי שאינו יכול לנסוע לקלפי בכוחות עצמו. כך, ההגעה לקלפי לא תביא למפגש של החולה עם הציבור הכללי בדרך לקלפי או בסמוך לה.

מבודדים שהם **נשאים פוטנציאליים** צריכים להצביע בקלפיות ייעודיות, בדומה להסדר שנהג כבר בבחירות לכנסת ה-23. לחלופין, ניתן להקצות להם שעות ייעודיות בקלפיות הרגילות באחרית יום ההצבעה. בקלפיות אלו יהיו סדרי הצבעה ברורים וקפדניים במיוחד, תוך שמירה על כללי הריחוק החברתי. חשוב לוודא שמידת פריסתן של קלפיות אלו תהיה רחבה, ויש אף לשקול הקמת מערכת הסעות לקלפי לאנשים ביישובים מבודדים.¹⁷⁸

¹⁷² הפגיעה האפשרית בחשאיית עלולה לעורר שאלות חוקתיות, משום שזהו מרכיב של שיטת הבחירות לכנסת שמעוגן בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת. להרחבה, ראו לעיל ה"ש 89. אולם, אף לפי ס' 75 (ב) לחוק הבחירות לכנסת, בוחר שמחמת מחלה אינו יכול להצביע לבד, יכול להביא איתו מלווה. פרקטיקה זו מעוררת שאלות דומות הנוגעות לחשאיית, אך היא מקובלת בשיטתנו.

¹⁷³ ניר אטמור וחן פרידברג "המלצות: האם לשנות את כללי המשחק בישראל כדי לעודד את ההשתתפות בבחירות?" **מצביעים או לא מצביעים**, לעיל ה"ש 29, 121, 128 (הפרק להלן: "האם לשנות את כללי המשחק").

¹⁷⁴ להרחבה, ראו לעיל ה"ש 72.

¹⁷⁵ ס' 441 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. העונש בגין עבירה זו: מאסר חמש שנים.

¹⁷⁶ ס' 122 לחוק הבחירות לכנסת. העונש בגין עבירה זו: מאסר חמש שנים או קנס.

¹⁷⁷ פתרון זה נוסה בבחירות לכנסת ה-24. יהונתן ליס "ועדת הבחירות תממן הסעות לקלפיות עבור עשרות אלפי חולי קורונה ב-20 מיליון שקל" **הארץ** (8.3.2021). <https://www.haaretz.co.il/news/elections/1.9600919>; דניאל דולב "מתוך 12 אלף חולי קורונה – כאלף בלבד נרשמו להסעות לקלפיות הייעודיות" **וואלה** (22.3.2021). <https://elections.walla.co.il/item/3425239>. ראו גם להלן ה"ש 191–193.

¹⁷⁸ לפי חוק הבחירות לכנסת, שטח המדינה מחולק לאזורי קלפי. אזור קלפי לא יכול יותר מיישוב אחד ולא יותר מ-800 בוחרים. כלומר, בכל יישוב יש לפחות קלפי אחת. בכל יישוב יש גם לפחות קלפי נגישה אחת לאנשים המוגבלים בניידות. ראו ס' 9-11, ו-68א

לגבי האוכלוסייה הכללית, ובמיוחד אוכלוסייה ב"קבוצות סיכון" – יש להביא בחשבון שיש אנשים החוששים מהסיכון בהידבקות במחלה (גם בעקיפין, אם גרים בבית עם אדם מאוכלוסיית סיכון) ומסיבוכיה, ולא נרצה לחייבם להגיע לקלפי תוך סיכון עצמי ותמחור גבוה מדי של הזכות להצביע אל מול הסיכון. בנוסף, ככלל חשוב לצמצם את ההתקהלויות. לכן יש להנהיג הסדרי בחירות מיוחדים בכלל הקלפיות כדי לאפשר בהן הצבעה פיזית בטוחה, לדוגמה מיגון, ריחוק חברתי, מדידת חום – והכול בהתאם לצרכים שתכתיב המחלה. פתרונות אלו היו ננקטים ככל הנראה בין כה וכה, ואינם דורשים היערכות מיוחדת או שינויי חקיקה, לפחות בכל הנוגע למגפת הקורונה. אולם, אל לנו לזלזל בהתאמות הנדרשות עבור האוכלוסייה הכללית שכוללת את רוב המצביעים במדינה, ויש לנקוט אמצעים מספקים בהתאם לאופי המגפה.

על מנת לאפשר הצבעה בטוחה בקלפיות, ניתן לחשוב על פריסתן בשטחים פתוחים כדוגמת מגרשי חניה כדי לצמצם את החשיפה להידבקות בשטח סגור, ולאפשר ריחוק חברתי מספק שאפשרי הרבה יותר בשטחים פתוחים ופרוסיים. כמו כן, במהלך יום הבחירות ניתן לשקול להקצות לאנשים שונים שעות מוגדרות שרק בהן יהיה עליהם להגיע לקלפיות כדי להבטיח את ויסות העומס (במתכונת של "קפסולה"), למשל על בסיס האות ששם משפחתם מתחיל בה. כמוכך, הפתרון העדיף יותר הוא הגדלה ניכרת של כמות הקלפיות בשטח כך שלא יצטרכו "להגביל" את כמות השעות שבהן ניתן לממש את הזכות. מתן מענה למקרים שבהם נדרשת יצירת "קפסולות" קטנות יחסית יכול להיות מבוסס על הארכת יום הבחירות לתקופה קצרה בת ימים מספר. קביעת השעות להגעה לקלפי תיעשה בהגדרה, כדי לא ליצור מניפולציה בשיבוץ בוחרים בעלי פרופיל מסוים להצבעה בשעות "אטרקטיביות". פרסום הסקרים, וכן תחילת ספירת הקולות, יהיו אסורים במהלך ימי הבחירות כולם כדי למנוע השפעה אסורה על בוחרים מאוחרים.¹⁷⁹ אעיר שפתרונות אלו דורשים התמודדות עם היבטים נלווים, כמו כוח אדם ותקציב. אולם, אין מדובר בהקמת מערך עצמאי חדש שיכולות להיות לו עלויות הקמה ותכנון ניכרות, אלא רק בהארכה ובהגדלה מסוימות של כמות הקלפיות וזמן פעילותן. בעיצוב ההסדרים חשוב להבטיח שאלו יבטיחו שהבחירות תהיינה הוגנות, ולכן בטוחות גם לאוכלוסייה המבוגרת, כדי לא לשלול באופן עקיף את זכות ההצבעה ממנה תוך הטיה לטובת אלו שאינם מפחדים להידבק (בעיקר צעירים). ניתן לשקול "קפסולה" מסוימת של אוכלוסיות סיכון (למשל על פי גיל) שתצביע בשעות ייעודיות לה, תוך פיקוח מוגבר וריווח גדול יותר. גם אם לא יתקבל חלק מהצעות אלה, למצער יש להרחיב את אפשרות ההצבעה המוקדמת, קרי במועד מוקדם ליום הבחירות – לכלל האוכלוסייה או רק לאוכלוסיות סיכון (כמו אנשים מעל

לחוק הבחירות לכנסת. כל עוד לא מוצבת בכל יישוב או בקרבה מספקת לכל יישוב גם קלפי ייעודית לנשאים פוטנציאליים, יש להקנות גם להם את הזכות למימון הסעה על ידי המדינה לקלפי המיועדת להם.

¹⁷⁹ ברוח ס' 79(א) לחוק הבחירות לכנסת וס' 16ה לחוק הבחירות (דרכי תעמולה).

גיל מסוים) – לשם הקלת העומס של יום הבחירות עצמו. בהקשר זה תירדש הכרעה בסוגיות נוספות, כגון מועד ההצבעה (מתי תתקיים ההצבעה המוקדמת) ומקום ההצבעה (למשל בסניפי הדואר).¹⁸⁰ אכן, הרחבת מספר הימים של הבחירות אינה בהכרח פתרון קסם. למשל, זו יכולה לשאת משמעותות תקציביות. כמו כן, הארכת יום הבחירות עלולה להציב אתגר לא פשוט מבחינת ניסיונות להשפיע על דפוסי הצבעה באמצעות הפצת "שמועות" ברשתות החברתיות.

פרספקטיבה חשובה בהקשר של התייחסות ל"קבוצות סיכון" היא זו של דיני המוגבלות. הפתרונות שצריכים להינקט בסופו של דבר על ידי השלטון צריכים להתחשב בכך שהם יובילו לשוויון מהותי בנגישות לקלפי, ולא רק להעלאת אחוז המצביעים באופן כללי באוכלוסייה מבלי להתייחס למרכיבים השונים בה. בהקשר של מגפות יש חשש לפגיעה יתרה בזכות של אנשים עם מוגבלות לבחור, והחשש הזה חשוב במיוחד מכמה סיבות. ראשית, אנשים עם מוגבלות עלולים להיות חשופים יותר לסיכון של מחלה קשה, וזה נכון בתקופת הקורונה לגבי קשת רחבה של לקויות (לרבות לקויות התפתחותיות למשל).¹⁸¹ בפועל, מגפת הקורונה הביאה איתה פגיעה נוספת בזכויות רבות של אנשים עם מוגבלות, בארץ ובעולם.¹⁸² הפגיעה האנושה בהם בתקופת הקורונה הייתה לא רק כפן הבריאותי אלא גם כפן הכלכלי והנפשי.¹⁸³ שנית, באופן היסטורי, אנשים עם מוגבלות נתקלו בחסמים חוקיים, ביורוקרטיים ופזיזים להצביע, בעולם ובישראל.¹⁸⁴ שלישיית, ישנו "גירעון דמוקרטי" מבחינת הייצוג של

¹⁸⁰ "האם לשנות את כללי המשחק", לעיל ה"ש 173, בעמ' 124–125.

¹⁸¹ קובו, לעיל ה"ש 158, בעמ' 16–20.

¹⁸² שם, בעמ' 2–9, בכל הנוגע לקריטריונים לתייעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה. דוגמה אחרת קשורה לקשיים שבהנפקת "התו הירוק": יובל בגנו "מופלים לרעה: התו הירוק נכנס לתוקפו, אך בעלי מוגבלויות לא יכולים להנפיק אותו" **מעריב** (22.2.2021) <https://www.maariv.co.il/corona/corona-israel/Article-823389>. דוגמה שלישית היא תופעה ניצול עת המשבר לפיטורין של אנשים עם מוגבלויות: ליטל דוברוביזקי "עובדים עם מוגבלויות? דעו את זכויותכם בימי הקורונה" **כלכליסט** (27.11.2020) <https://bit.ly/3z75nSX>; ג'וש ארונסון "מעסיקים מנצלים את המצב לפיטורי אנשים עם מוגבלויות" **מעריב** (22.5.2020) <https://www.maariv.co.il/news/israel/Article-766909>; איריס ליפשיץ-קליגר "עובדים עם מוגבלות: 'דילגו עלינו בקורונה כאילו אנחנו שקופים'" **ynet** (3.12.2020) <https://bit.ly/3ev1ejN>.

¹⁸³ יובל בגנו "המשבר פגע קשות באנשים עם מוגבלויות: הקורונה החזירה אותי שנים לאחור" **מעריב** (2.12.2020), <https://www.maariv.co.il/news/israel/Article-805838>; ליטל דוברוביזקי "מחקר: 77% מהאנשים עם מוגבלות קיבלו סיוע מגורם כלשהו בתקופת הקורונה" **כלכליסט** (6.1.2021) <https://bit.ly/3inzGhl>.

¹⁸⁴ שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" **חוקים** ח 15, 27 (2016); Rabia Belt, *Contemporary Voting Rights Controversies*, 68 STAN. L. REV. 1491, 1496–513 (2016) *through the Lens of Disability*.

בעלי מוגבלות לא רק בכנסת, אלא גם במשרדי הממשלה ובמקצועות הרפואה.¹⁸⁵ בהקשר זה ניתן להביא את דבריה החשובים של השופטת סוטומיור, שופטת בית המשפט העליון הפדרלי האמריקני, באחת ההחלטות שנגעו לעריכת מערכת הבחירות בתקופת הקורונה. השופטת סוטומיור התייחסה שם לצרכים המיוחדים של אנשים עם מוגבלות בהקשר של בחירות בתקופת הקורונה וקבעה: "Absentee and in-person voting are different benefits, and voters with disabilities are entitled to equal access¹⁸⁶. to both"

כפי שצוין, חלק מההתאמות שהועלו נוסו בהקשר של הוראות שעה והסדרים מיוחדים שאומצו לקראת הבחירות לכנסת ה-24. במסגרת זו, תיקוני חקיקה מסוימים כללו שינויים בפעילות ועדת הבחירות.¹⁸⁷ כמו כן, נוסף פרק י3א לחוק הבחירות לכנסת שהסדיר את ההצבעה בבתי אבות ובמוסדות לאנשים המוגבלים בניידות. בהתאם, נקבע שבמסגרת מיוחדת שמתגוררים בה במהלך חייהם הרגיל לפחות שלושים דיירים תוצב קלפי אחת לפחות¹⁸⁸ שבה הדיירים רשאים להצביע. פרק י3ב קבע את המסגרת החוקית להצבעה של חייבים בבידוד בשל נגיף הקורונה.¹⁸⁹ כך, בוחר שהיה חייב בבידוד הורשה להצביע בבחירות בקלפי ייעודית ולצורך כך הורשה לצאת ממקום הבידוד רק למטרת ההצבעה. עוד נקבע שבכל רשות מקומית תיקבע קלפי ייעודית אחת לפחות לחולים ואחת לפחות לאחרים החייבים בבידוד. כל השינויים המתוארים נעשו כאמור במסגרת הוראות שעה, כלומר לא הייתה כל יומרה לכונן הסדר שלם לבחירות בחירום. אכן, ניתן ללמוד מן הפעולות שנעשו במסגרת ניסיון זה על היתרונות והחסרונות של חלק מהכלים שהוצעו במאמר זה, ושל אלו שנוסו ולא הוצעו. כך, למשל, נראה שהמדינה הצליחה ליצור מערכת של ריווח קלפיות ופריסה רחבה שלהן ברחבי המדינה ובבתי האבות. בפועל פוזרו כ-12,000 קלפיות רגילות ביום הבחירות

¹⁸⁵ דן רשל "איזו מפלגה תחזר אחרינו, בעלי המוגבלויות" **הארץ** (27.1.2021) <https://bit.ly/3hLkf3s>; יקי אדמקר "שירלי פינטו: הכנסת לא ערוכה מבחינה טכנית וחוקית לח"כית חירשת" **וואלה** (7.3.2021) <https://elections.walla.co.il/item/3422109> ראו גם: שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית: דילמות של מאבק לשינוי חברתי" **העצמה במשפט** 91, 101–103 (משפט, חברה ותרבות, מימי אייזנשטדט וגיא מונדליק עורכים 2008).

¹⁸⁶ עניין Merrill, לעיל ה"ש 149, בעמ' 27.
¹⁸⁷ כך, למשל, נוסף סעיף לחוק הבחירות לכנסת שאפשר ישיבות בהיוועדות חזותית של ועדת הבחירות המרכזית או של ועדה אזורית (ראו ס' 7(3) לחוק הבחירות לכנסת ה-24, לעיל ה"ש 67, אשר הוסיף את ס' 24 לחוק הבחירות לכנסת).

¹⁸⁸ ראו ס' 7(8) לחוק הבחירות לכנסת ה-24, לעיל ה"ש 67, אשר הוסיף את ס' 116(3) לחוק הבחירות לכנסת בתיקון עקיף.

¹⁸⁹ ראו ס' 7(8) לחוק הבחירות לכנסת ה-24, לעיל ה"ש 67, אשר הוסיף את ס' 116(6) לחוק הבחירות לכנסת בתיקון עקיף.

ועוד מאות בבתי אבות, בבתי חולים וקלפיות נגישות, כמו גם כ-740 קלפיות לחולים ומבודדים.¹⁹⁰

מעבר לתיקוני החקיקה, התקיימה עבודת מטה של ועדת הבחירות המרכזית כדי להתמודד עם האתגרים של סדרי בחירות בתקופת קורונה והועלתה בה הצעה לאפשר הצבעה מתוך הרכב באמצעות מתחמים מיועדים לכך, בדומה לאלו שהוקמו עבור בדיקות הקורונה.¹⁹¹ פתרון זה אפשרי עבור מאושפזי בית ונשאים פוטנציאליים, או לפחות עבור חלקם. עם זאת, הוא דורש לוודא שישנה פריסה מספקת ורחבה של מתחמים מסוג זה ברחבי הארץ, וכן מתן פתרון לחלקים באוכלוסייה שאינם יכולים לנהוג. למשל, אזרחים מחוסרי רכב או ללא רישיון נהיגה. מודל שכזה אכן נוסה בבחירות לכנסת ה-24, שכן מצביעים החולים בקורונה לא יכלו להגיע באופן עצמאי לקלפיות ומבודדים אחרים היו רשאים גם כן להזמין הסעה אם לא הייתה להם דרך עצמאית להגיע.¹⁹² אולם הסדר זה כלל בעיות לוגיסטיות נרחבות לאורך היום כבעיות בתיאום הסעה, אף שרק חלק לא גדול מתוך סך המאומתים והמבודדים בכלל ביקשו להשתמש בשירות זה.¹⁹³

3. לא בלי זכויות נוספות

היבט חשוב נוסף ביצירת ההסדר של קיום בחירות בעת משבר בריאותי הוא מניעת פגיעה עקיפה בזכות לבחור באמצעות הגבלה של זכויות אחרות המבטיחות ניהול מערכת בחירות הוגנת. הלכה למעשה, אין זכות מרכזית שלא נפגעה כתוצאה מהתפרצות המגפה,¹⁹⁴ והקשר של חלקן הגדול לזכות לבחור הוא איתן. מערכת בחירות שאינה מלווה למשל במופעים קרובים של הזכות לחופש הביטוי, כמו תקשורת

¹⁹⁰ סיון חילאי "הסעות עד לקלפי וחיטוי ידיים פעמיים: כך יצביעו חולי קורונה ומבודדים" **ynet** (18.3.2021) <https://www.ynet.co.il/news/article/H1Xzfy4d>; אריק בנדר "איפה מצביעים מבודדים ואיך מזדהים בקלפי עם המסכה? כל המידע לבוחר" **מעריב** (23.3.2021) <https://www.maariv.co.il/elections-2021/Article-829496>

¹⁹¹ יהונתן ליס "ועדת הבחירות מציעה: הקמת מתחמי 'הצבע וסע' והארכת משך ספירת הקולות" **הארץ** (8.12.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/1.9355991>

¹⁹² ס' 20 להוראות הבחירות לכנסת ה-24.
¹⁹³ ענבל טויזר "חולים ומבודדים לא מצליחים להצביע: 'העבירו אותי ממקום למקום וניתקו לי שיחות'" **N12** (23.3.2021) <https://www.mako.co.il/news-israel-elections/2021/Article-9bcc029529f5871027.htm>

¹⁹⁴ בהקשר של הזכות לפרטיות ראו למשל הדיון בפסק הדין: בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.3.2021).

חופשית¹⁹⁵ ועצרות בחירות,¹⁹⁶ אינה כזו שאפשר לומר שהתנהלה באופן שמאפשר התמודדות שוויונית ואפקטיבית.

זכות היסוד לחופש ביטוי¹⁹⁷ הוכרה כזכות שהיא גם "זכות חיובית" שעל המדינה להגן עליה ולהשקיע משאבים כדי לאפשר את המימוש שלה, אף בנוגע לזכות להפגין הנגזרת ממנה.¹⁹⁸ האפשרות להשמיע עמדות פוליטיות וביקורת על השלטון באופן פומבי היא תנאי יסוד לקיום בחירות הוגנות ושוות, עקב השפעתן הרבה על הסביבה האזרחית.¹⁹⁹ אכן, בחוק הקורונה, קיום הפגנה הוא עניין שהורחג באופן מפורש בנוגע להגבלות השונות שהממשלה יכול להטיל (כמו הגבלת היציאה למרחב הציבורי) בעת שחל מצב חירום רגיל בשל נגיף הקורונה.²⁰⁰ קרי, הממשלה רשאית להתקין תקנות להגבלת הפעילות במרחב הציבורי, לרבות הגבלה על יציאה ממקום המגורים, רק תוך הבטחת קיום השתתפות בהפגנה. אולם, חשוב במיוחד שבתקופת בחירות הזכות לא תיזנח, וחוק הקורונה לא יתוקן או יופעל באופן מניפולטיבי כדי להקשות על קיום הפגנות. הדבר נהיה רלוונטי בעת ההתמודדות עם "הגל השני" של הקורונה במהלך חגי תשרי ב-2020. במסגרת הסגר הזה הוטלו הגבלות קשות על התקהלויות, לרבות במסגרת של הפגנה, וזאת בתקופה של מחאה אזרחית נרחבת נגד ראש הממשלה בנימין נתניהו. זאת, אף שלא היו נתונים ברורים על שיעורי הדבקה גבוהים במסגרת זו.²⁰¹ נטען שההפגנה היא ההזדמנות ליצור קהילה ולרקום שיתופי פעולה כדי להגשים יחדיו

195 William T. Coleman Jr., *Free Press: The Need to Ensure an Unfettered Check on Democratic Government between Elections*, 59 TUL. L. REV. 243, 244 (1984-1985)

196 במהלך מגפת הקורונה, במערכות בחירות שונות ברחבי העולם התקיימו עצרות וירטואליות. ייתכן שמדובר בפתרון מספק. עם זאת יש להדגיש שיש בעייתיות מסוימת שרק המועמדים שאינם מכהנים בתפקיד לא יוכלו לקיים הופעות פומביות מרובות, עקב מגבלות נטועה או התכנסות למשל, כאשר המועמד המכהן, בתוקף תפקידו הרשמי, יכול פוטנציאלית לפגוש יותר אנשים בדרך בלתי אמצעית. דוגמה ממערכת הבחירות בארצות הברית: "ג'ו בידן הודיע: לא אקיים עצרות בחירות – כל עוד המגיפה לא נבלמה" <https://www.calcalist.co.il/world/articles/0,7340,L-3837212,00.> (1.7.2020).
כלכליסט.html

197 חופש הביטוי הפוליטי הוכר כנכלל בזכות החוקתית לכבוד האדם: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 715, 764-761 (2008). הזכות הוכרה בישראל כבר בשנותיה הראשונות כזכות ראשונה במעלה בבג"ץ 73/53 *חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים*, פ"ד ז 871 (1953).

198 להרחבה על הקשר שבין הפגנות לבין חופש הביטוי, ראו: בג"ץ 8988/06 *משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים* (נבו) (27.12.2006). להרחבה על ההכרה בה כזכות חיובית, ראו: בג"ץ 2557/05 *מטה הרוב נ' משטרת ישראל*, פ"ד סב(1) 200, 215-219 (2006).

199 Daniel Q. Gillion & Sarah A. Soule, *The Impact of Protest on Elections in the United States*, 99 Soc. Sci. Q. 1649 (2018).

200 למשל, ראו ס' 7(א)-(2) לחוק הקורונה.
201 משה גורלי "בג"ץ: ההגבלות על הפגנות יבוטלו הלילה, ממליצים לממשלה להודיע על כך לציבור" *כלכליסט* (13.10.2020) <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3859050,00.html>.

מטרה שאפשר להגשימה כקבוצה בלבד. לכן, זכות ההפגנה מעגנת בתוכה הרבה יותר מאשר זכותו של הפרט לבטא את מחאתו (באופן מפוצל ובמקום נטול הקשר סמלי).²⁰² הנושא של הגבלות על הפגנות בימי הקורונה – בהיבטים הנוגעים למספר המשתתפים ולמרחק ההפגנה מהבית – הגיע לפתחו של בית המשפט העליון לאחר שכבר התקיימו הבחירות לכנסת ה-24.²⁰³ עם זאת, להכרעה יש חשיבות לגיבוש העקרונות שיחולו על קיום בחירות בתקופת מגפה. בית המשפט הבחין בין שני סוגי ההגבלות שהוטלו בתקנות. ההגבלות על כמות המשתתפים לא נפסלו לאחר שהובהר שהיה מדובר למעשה במגבלה על המתווה לקיומה של ההפגנה על דרך של הפגנה ב"קפסולות" באופן שיבטיח ריחוק חברתי. מדובר אפוא במגבלה עקיפה הנובעת מתנאי השטח ומן האפשרות להכיל בו קפסולות של עשרים איש במרחק של עשרים מטרים זו מזו. חרף פגיעה מסוימת בזכות להפגין, ההגבלה קשורה בנסיבות "ימי הקורונה" בקשר רציונלי לסכנות שהמגפה מציבה.²⁰⁴ לעומת זאת, נפסלה בדעת רוב התקנה שמכוחה נאסרה ההשתתפות בהפגנות במרחק העולה על 1,000 מטרים ממקום מגוריו של אדם.²⁰⁵ הגבלת המרחק הזו, שעמדה בתוקף במשך כשבועיים בחודש אוקטובר 2020, לא צלחה את מבחני החוקתיות לנוכח הפגיעה החמורה בחירות ההפגנה וחופש הביטוי, שכן מקום קיום ההפגנה מהווה חלק מהותי מן המסר של ההפגנה, במיוחד כאשר מדובר במעונו רשמי של נבחר ציבור.²⁰⁶ ישנה חשיבות יתרה למתן אפשרות לבקר את השלטון בעיתות חירום.²⁰⁷ בנוגע לקשר שבין הגבלות אלו לבין ההיערכות לבחירות, צוין בפסק הדין בין השאר כי:²⁰⁸

הבטחת הזכות לבחור ולהיבחר במובנה המלא מחייבת הגנה גם על מכלול הפעילות הנלווית להשתתפות ה"טכנית" בבחירות. האפשרות של אזרחים מכל קצוות הקשת הפוליטית ליתן ביטוי למחאה ציבורית

202 דורין לוסטיג ואיל בנבנישתי "כשהכנסת והממשלה לא מגינות על האזרחים – הם חייבים להפגין" **TheMarker** (12.10.2020) <https://www.themarker.com/opinion/premium-1.9228715>

203 בג"ץ 5469/20 **אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל** (נבו 4.4.2021).
 204 שם, בפס' 51–52 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
 205 תקנה 24(1) לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות). תקנות אלו הוצאו מתוקף הסמכות שניתנה לממשלה בס' 4 ו-7 לחוק הקורונה, וראו לעיל ה"ש 63 ו-200.

206 עניין **אחריות לאומית**, לעיל ה"ש 203, בפס' 54–64 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
 207 שם, בפס' 64 לפסק דינה של הנשיאה חיות. גם השופטת ברון קבעה כי: "...הזכות להפגין משמשת שופר בידי 'האזרח הקטן', ומאפשרת לו להשמיע את קולו ולהשפיע בדרכו על אופן קבלת ההחלטות ועל המדיניות השלטונית; וייחודיתיה של זכות ההפגנה באה לידי ביטוי בעיקר בעתות משבר כדוגמת המשבר הבריאותי, הכלכלי והפוליטי שבו אנו נתונים..." (שם, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת ברון).
 208 שם, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.

(או לחלופין לתמיכה ציבורית) ולהביע באופן פומבי את עמדותיהם היא חלק אינהרנטי מתהליך הבחירות במדינה דמוקרטית. היא מבטיחה את קיומו ושגשוגו של שוק הדעות החופשי, שלו יש משנה חשיבות בתקופת בחירות.

דוגמה נוספת לזכויות אחרות שהבטחת קיומן לפני בחירות הינה חיונית נוגעת לחופש התנועה,²⁰⁹ בתוך גבולות ישראל,²¹⁰ ובמיוחד בהיבט של חופש הכניסה לישראל. חופש התנועה בתוך ישראל קשור לזכות לבחור כיוון שהצבעה מחייבת התייצבות פיזית בקלפי. על כן, למשל, מגבלות תנועה המבוססות על מרחק מהבית יכולות להצר את צעדיהם של מי שגרים רחוק יותר מהקלפי שאליה הם משויכים. הלכה למעשה, זו בעיה שעבורה יש פתרון די קל בדמות החרגת היציאה להצבעה כצורך חיוני המאפשר מעבר חופשי יותר.²¹¹ על כן, הבעיה שאפנה אליה את הזרקור נוגעת לתנועה בין מדינות. זכות האזרח להיכנס לישראל אינה רק זכות הלכתית, אלא זכות שמעוגנת במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²¹² מגבלות על כניסת אזרחים למדינה – אף אם אין מדובר באיסור מלא, אלא בהגבלה על תנועה ממדינות מסוימות או בהגבלה על כמות האנשים שיכולים להיכנס לישראל, בסמוך לבחירות – הינן בעלות קשר חזק למימוש הזכות. הן אף עלולות להוביל לשלילה דה-פקטו שלה כיוון שכיום, על פי חוק, הצבעה מחוץ לישראל (למי שאינו דיפלומט) או הצבעה בדואר אינן אופציות חוקיות.²¹³

הסוגיה של הגבלת הזכות להיכנס לישראל בגין מגבלות הקרוונה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון זמן קצר לפני הבחירות לכנסת ה-24 בעניין **שמש**.²¹⁴ מדובר היה בצבר עתירות שנסבו על השאלה האם המדינה רשאית להטיל על אזרחיה מגבלות

²⁰⁹ להרחבה, ראו אהרן ברק "זכות-הבת לחופש התנועה" **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 781 (2014).

²¹⁰ הזכות לחופש תנועה בגבולות ישראל הוכרה בפסיקה בכמה הזדמנויות בהקשר של רשות הרבים. ראו למשל בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, 472 (1994) ("כשם שלפלוני נתונה הזכות החוקתית לקיים תהלוכה ברחובה של עיר, כן נתונה לאלמוני הזכות החוקתית להלך ברחובה של עיר. זכות חוקתית זו עומדת על רגליה היא, וניתן אף לגזור אותה מכבוד האדם וחירותו"); בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 147 (1997).
²¹¹ וראו לעיל ה"ש 68.

²¹² ס' 6(ב) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²¹³ וראו לעיל ה"ש 113 ו-116, והטקסט הצמוד להן.

²¹⁴ בג"ץ 1107/21 **שמש נ' ראש הממשלה** (נבו) (17.3.2021). יש לציין כי עתירה מוקדמת יותר שעסקה בהגבלות הכניסה לישראל לפני הבחירות לכנסת ה-24 נדחתה על הסף בשל אי-מיצוי הליכים, וראו: בג"ץ 1570/21 **עמותת הרצליה למען תושביה נ' ממשלת ישראל** (נבו) (7.3.2021).

על כניסה אל המדינה בשל התפרצות מגפת הקורונה, ובפרט האם המדינה רשאית לעשות כן בסמיכות למועד הבחירות לכנסת ה-24.

ברקע הדברים, בשל העלייה החדה בתחלואה, עמדה החמרת מגבלות התנועה החל מחודש ינואר 2021. אחד האמצעים שננקטו היה הסמכת הממשלה להתקין תקנות להגבלת הכניסה לישראל והיציאה ממנה, ככל ששוכנעה על סמך חוות דעת אפידמיולוגית מטעם משרד הבריאות, כי קיים סיכון מוגבר להגעת חולים לישראל ממדינות מסוימות, או מכל המדינות, או כי כניסה לישראל ממדינות כאמור עלולה להביא להחמרה ברמת התחלואה בישראל.²¹⁵ זאת, בכפוף לוועדת חריגים אשר תבחן ותאשר כניסה ויציאה במקרים פרטניים בהתאם לסייגים שיפורטו בתקנות. העתירות עסקו בתקנות שהוצאו מכוח הסמכה זו. במוקד העתירות עמדה הזכות להיכנס לישראל, זכות שאינה מוחלטת, כך שנדרשה בחינת הפגיעה בה בזיקה למבחני פסקת ההגבלה.²¹⁶ הנשיאה חיות, שכתבה את חוות הדעת הראשית, ציינה כי שלילת הזכויות לצאת ממדינת ישראל ולהיכנס אליה מובילה, לרוב, לפגיעה בזכויות יסוד נוספות, ומכאן החשיבות הרבה שיש לייחס להגנה עליהן. כך, מימוש הזכויות להיכנס למדינה ולצאת ממנה עשוי להוות תנאי למימושן של זכויות יסוד כגון חופש העיסוק, קיום חיי משפחה, חופש ההתאגדות והזכות לחינוך.²¹⁷ באשר לזכות לבחור קבעה הנשיאה חיות, לנוכח סמיכות הזמנים למועד הבחירות, כי הטלת הגבלות על הכניסה ארצה ביום הבחירות או בסמוך לפניו יוצרת מניה וביה פגיעה בזכות זו.²¹⁸ במישור האופרטיבי נקבע שישנם אמצעים שפגיעתם פחותה ותועלתם דומה, כגון הגדלת קיבולת שדות התעופה ושיפור הפיקוח על הבידוד,²¹⁹ ועל כן אין מקום להאריך את תוקפן של התקנות במתכונתן הנוכחית.²²⁰ השופט עמית הסכים עם הנשיאה חיות וקבע שעסקינן בפגיעה בלתי מידתית בליבתה של זכות הכניסה לישראל, שהיא זכות חשובה ובמעמד של "יותר מזכות חוקתית".²²¹ אף לראייתו, הגבלת הכניסה של אזרחי המדינה לישראל בעת היא גילמה פגיעה בזכות היסוד להצביע בבחירות. עובדה זו מגבירה עוד יותר את עוצמת הפגיעה הכרוכה בהגבלות שהוטלו.²²² השופט הנדל הדגיש אף הוא את הזכות לבחור שהיא "מהזכויות החשובות בחברה דמוקרטית", והיא "נמנית

215 ס' 7 לחוק הקורונה. סעיף זה נוסף לחוק הקורונה במסגרת תיקון שנכנס לתוקפו ב- 4.2.2021. ראו חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (תיקון מס' 6), התשפ"א-2021.

216 עניין **שמש**, לעיל ה"ש 214, בפס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

217 שם, בפס' 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

218 שם, בפס' 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

219 שם, בפס' 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

220 ההכרעה בפסק הדין היא חשובה ביותר, אך חשוב לציין שבמישור הסעד משמעותו הייתה פתיחת שערי השמיים ימים בודדים לפני פתיחת הקלפיות.

221 עניין **שמש**, לעיל ה"ש 214, בפס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

222 שם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

על סימני ההיכר היסודיים ביותר של חברה כזו".²²³ השופט הנדל הוסיף כי מניעת זכות הבחירה פוגעת בזכותו של האזרח להשתתף בעיצוב פני החברה והשלטון, ולכן הנטל המוטל על הרשויות המבקשות להכשיר את הפגיעה הוא גדול מאוד. השופט הנדל, ששנה קודם לכן בבחירות לכנסת ה-23 היה הוא עצמו יו"ר ועדת הבחירות, הדגיש את החשיבות הנודעת להשקעת המשאבים האדירה לקיום הבחירות בעת משבר, וכן שאין מדובר במותרות אלא בהבטחת זכות היסוד של כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה ומעלה לבחור.²²⁴

חשוב להוסיף, אף שהנושא לא עלה באופן ישיר בפסק הדין, כי הפרקטיקה של הטלת הגבלות כניסה למדינה יכולה ליצור בעיות גם במישור השוויון. זאת למשל אם הרשויות פועלות לגרום לכך שמי שיצליח להיכנס למדינה, באמצעות הפעלת מנגנון של ועדת חריגים למשל, הוא בעל סממנים שונים שיכולים ללמד על דפוסי ההצבעה המסתברים שלו – למשל יהודי חרדי לעומת יהודי חילוני, או יהודי לעומת ערבי. טענות מסוג זה אף הועלו בקשר לפרקטיקות שהופעלו סביב אישורי הכניסה לישראל מחו"ל בחודש שקדם לבחירות לכנסת ה-24, אך לא הגיעו לכלל בירור.²²⁵

אין ספק שהחלטות ממשלה הנוגעות להגבלת זכויות, כגון חופש התנועה או חופש הביטוי, במיוחד לאחר שהכנסת התפזרה ולפני הבחירות לכנסת הבאה, צריכות להיבחן בקפדנות במסרקות ברזל של ביקורת שיפוטית ולהיות כפופות לפיקוח קפדני מבחינה מוסדית. במצב שבו מוטלות מגבלות מוצדקות על זכויות הקשורות בטווחן לזכות לבחור מבלי שניתן לקיימן באופן מהותי, למשל בשל הגבלות נרחבות על הפגנות בסמוך לבחירות, הפתרון המועדף הוא ככל הנראה דחיית הבחירות.

4. הצבעה בדואר ובאינטרנט – הערת אזהרה

לכאורה ניתן היה לוותר על כל השינויים שהוצעו, להתקדם עם הטכנולוגיה ולאמץ פתרונות שונים שקיימים בעולם להצבעה שאינה מחייבת הגעה פיזית לקלפי, ובעיקר הצבעה בדואר או באינטרנט. במבט ראשון פתרונות אלו נשמעים אידיאליים. למשל, **הצבעה ממוחשבת מרחוק** (מקוונת) הינה קלה ופשוטה למרבית האוכלוסייה שבבעלותה מחשב או טלפון חכם, ויודעת להשתמש בהם. היא אינה מחייבת יציאה מהבית או מגע עם זרים, והיא מהירה ואינטואיטיבית. אולם לשימוש בכלים ממוחשבים יש חסרונות ברורים, כדוגמת הסיכון לפגיעה זדונית, לתקלות או לפגיעה אפשרית בחשאיית ההצבעה. עד כה זהו מנגנון שהשימוש בו נדיר בהסתכלות עולמית.²²⁶ לכן, בעת הזו אין מדובר בפתרון מקובל שיתרונותיו עולים על חסרונותיו,

²²³ שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל.

²²⁴ שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

²²⁵ לדוגמה, אורי משגב "נתב"ג לא באמת סגור, ורוב החוזרים מחו"ל הם חרדים" **הארץ**, <https://bit.ly/3wOcu0W> (21.2.2021).

²²⁶ אהוד בקר **בחירות ממוחשבות – מבט משווה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2019).

ודומה שהתנאים למימוש טרם הבשילו. פתרון אחר שמאפשר הצבעה ללא הגעה לקלפי הוא **הצבעה באמצעות הדואר**. אולם, גם כאן ישנו חשש מזיזופים ומהונאה. קשה לדעת אם ההצבעה שנשלחה במעטפה חתומה נעשתה באופן ישר ועצמאי או תחת לחץ וכפייה.²²⁷ אי לכך ישנם קשיים מהותיים ביישום המתווה, מה גם שיש לוודא את מידת היעילות והמהימנות של הדואר כדי להבטיח שכלל ההצבעות תגענה ובמועד המתאים. קושי שמצטרף לכך הוא העובדה שדואר ישראל נמצא בתהליכי הפרטה, ויש לחשוש מ"הפרטה" של מנגנון הבחירות יחד עם מערך הדואר עצמו.²²⁸ בשלב הנוכחי יש להתמקד בפתרונות המבוססים על המנגנון של ועדת הבחירות המרכזית. שינויים כה גדולים כמו אלה המתוארים יש לבחון במסגרת רפורמות כלליות בדיני הבחירות, ולא דווקא להנהיג באופן נקודתי בתקופת חירום. כלומר, תשתית הצבעה במרשתת או בדואר אינה יכולה לקום בן-לילה ולהיות מתוחזקת רק במצבים הנדירים שמתקיימים לקראת בחירות בחירום.

סיכום

נקודת המוצא לדיון הייתה ההכרה ברום מעמדה של הזכות לבחור, שהיא תנאי אשר בלעדיו אין קיום למשטר הדמוקרטי. דיני הבחירות לכנסת ה"מתרגמים" זכות זו לשפת המעשה נחשבו בישראל כמשך שנים רבות לסרח עודף טכני, שלא כהיבטים אחרים של דיני הבחירות שזכו להתייחסות מרכזית – כדוגמת ההגבלות על הזכות להיבחר. משבר הקורונה חשף את שבריריותה של תפיסה זו. דיני הבחירות במתכונתם הנוכחית מסכנים את ההגנה על זכות חוקתית חשובה זו בשל אופיים המיושן. משבר הקורונה הדגיש ביתר שאת שהתאמת לימי חירום לוקה בחסר ובעייתית שבעתיים. הניסיון העולה מבחירות בשיטות שונות בתקופת הקורונה, כמו גם מבחינת התנאים הנחשבים בסיסיים לעריכת בחירות שוויוניות ואפקטיביות, מלמד כי ההתמודדות עם האתגר מבוססת על בחירה בין שתי חלופות: דחיית הבחירות או עריכתן במתכונת המותאמת למצב החירום, כשהנטייה לעבר דחייה מכריעה את הכף רק במצבים חריגים יחסית. נדרשת התאמה של דיני הבחירות בשלושת הממדים שהוצגו – זמן, מקום גאוגרפי ואופן ההצבעה. הכוונה היא להסדיר בחירות המבוססים על פריסה נרחבת של קלפיות והארכת משך הבחירות, לצד אמצעי ביטוח נוספים.²²⁹

²²⁷ "האם לשנות את כללי המשחק", לעיל ה"ש 173, בעמ' 126–127.

²²⁸ גד פרץ "המדינה מצפה לקבל 250 מיליון שקל מהפרטת דואר ישראל" **גלובס** <https://bit.ly/3iilSF7> (14.7.2020).

²²⁹ מערכות הבחירות האחרונות בישראל, לכנסת ה-23 ובמיוחד לכנסת ה-24, חייבו התמודדות מעשית עם הדילמות שהוצגו. לאחר כתיבת המאמר אף פורסמו ניירות עמדה ומסמכי מדיניות של גופים שונים על הדרך המיטבית לניהול הבחירות בימי משבר,

למעשה, יש לראות באתגר הקורונה מקרה בוחן לתיקונים הנדרשים בדיני הבחירות. אל לנו לחכות למשבר הבא כדי להסדיר את הנושא בחיפזון ובחקיקת חירום, אלא ליצור מנגנון שיוכל להיערך לכך ביום פקודה במהירות. אין מדובר בבעיה נקודתית, אלא בבעיית עומק החושפת את שברירותם של דיני הבחירות שלנו. היום, בעת משבר יש מנגנון חוקתי לדחיית הבחירות, אך האפשרות לעשות התאמות בסדרי הבחירות שלא בחקיקה מוגבלת ביותר, ובכל מקרה נעשית ללא מחשבה מראש. לכן, חשוב מאוד ליצור את האפשרות לכוונן את מנגנוני ההתאמה של הבחירות למציאות של חירום בשטח מבעוד מועד. יש להכין את ההסדר, לאחר שכלל השיקולים הכלכליים, הרפואיים והחוקתיים נשקלו לצורך יצירת הסדר מיטבי לישראל – לבריאות אנשיה ולחוסנה הדמוקרטי.

בפרספקטיבה השוואתית למשל, לגזירת המידה וסוג ההתאמות שכדאי לבצע בשיטה. לדוגמה, אביטל פרידמן ואח' "בחירות בצל מגפה: אתגרים בניהול הבחירות לכנסת בצל מגפת הקורונה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (27.12.2021) <https://www.idi.org.il/> ; [media/15372/elections-in-times-of-corona.pdf](https://www.idi.org.il/media/15372/elections-in-times-of-corona.pdf) ; אייל לוריא-פרדס ואח' "דמוקרטיה בריאה: בוחרים במודל הבטוח להצבעה בתקופת הקורונה" **זולת: לשוויון ולזכויות אדם** (20.12.2021) <https://bit.ly/3Ah2EH1> ; אהוד בקר **הסדרים להצבעה בבחירות לפרלמנט בתקופת מגפת הקורונה: דוגמאות מהעולם** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2021).