

בעניין:

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

2. הרשימה המשותפת

ע"י עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ו/או מאיסאנה מוראני
ו/או סאוסן זהר ו/או סארי עראף ו/או איה חאג'י-עודה

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ת"ד 94, חיפה; פקס: 04-9503140

סלולארי (עו"ד מוראני): 0507456580 דוא"ל: suhad@adalah.org

העותרים

נגד

1. מר בנימין נתניהו, ראש הממשלה

2. שירות הבטחון הכללי

3. משטרת ישראל

4. משרד הבריאות

ע"י פרקליטות המדינה

רח' סלאח אלדין 29, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

ובקשה לאיחוד דיון

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא לבטל את תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף – 2020 (להלן: "תקנות המיקום");
- ב. מדוע לא לבטל את תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש) (התש"ף 2020) (להלן: "תקנות הסמכת השב"כ").

בקשה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים המורה על הקפאת השימוש בשני סוגי התקנות שצוינו בראשית העתירה עד הכרעה סופית בעתירה, וזאת מאחר והנזק שעלול להיגרם כתוצאה מהפעלתן הן לעקרון שלטון החוק והן לזכויות הפרט הוא בלתי הפיך. עתירה זו על כל חלקיה ונספחיה הינה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

בקשה לאיחוד דיון

עתירה נוספת נגד התקנות (בג"ץ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ. ראש הממשלה) קבועה לדיו ליום 19.3.2020 בשעה 09:00 ועל כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע גם עתירה זו לדיון באותו המועד.

ואלה נימוקי העתירה

העותרים

1. העותר מס' 1 הינו עמותה רשומה בישראל והוא מרכז משפטי הפועל למען ההגנה וקידום זכויות אדם בכלל וזכויות אזרחי המדינה הערבים בפרט. העותרת מס' 2 הינה הרשימה המשותפת אשר מיוצגת בכנסת.

מבוא

2. ביום 16.3.2020 התקינה הממשלה את תקנות המיקום וביום 17.3.2020 התקינה בדרך דומה תקנות הסמכת השב"כ.

== מצ"ב תקנות המיקום כנספח ע/1.

== מצ"ב העתק תקנות הסמכת השב"כ כנספח ע/2.

3. התקנות הנ"ל הותקנו כחלק מהמאבק במגפת הקורונה. אין ספק כי המשבר הבריאותי שנוצר בעקבות מגפה זו הינו משבר קיצוני ביותר הן בארץ והן בעולם ומחייב נקיטת צעדים רציניים ביותר. עם זאת, כפי שיוסבר כאן, אין בתקנות הנ"ל כדי להצדיק פגיעה קיצונית ביותר הן בשלטון החוק והן בזכויות אדם.

4. כפי שיפורט להלן, התקנות נשוא העתירה דגן מעניקות סמכויות רחבות ביותר לאסוף מידע פרטי על אזרחים ותושבים ללא פיקוח וללא צו בית משפט, תוך כדי קביעת הגדרות רחבות ביותר ומתן שיקול דעת כמעט מוחלט לפקידי ממשל, ללא יידוע האזרחים או התושבים אודות הבקשה לאסוף לגביהם מידע ותוך כדי הסמכה לשמירת המידע לתקופה ארוכה מהנדרש לתכלית התקנות.

5. התקנות הנדונות פוגעות בזכויות היסוד לכבוד ולפרטיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השילוב בין שתי הפגיעות מגיע לדרגה של השפלה לציבור החולים וסביבתם ובניגוד קיצוני לחוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996. על כן מדובר בפגיעה בגרעין של כבוד האדם.
6. המשיבים נשענים על סעיפי 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה אשר לשונם המלא מופיע בחלק המשפטי בעתירה זו. סעיפים אלה מסמיכים את הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום בקיומם של תנאים מגבילים.
7. העותרים יטענו, כי התקנות דגן שהותקנו על ידי הממשלה נעשו בהעדר סמכות ותוך חריגה קיצונית מלשון החקיקה. לחילופין הם יטענו כי הפגיעה בזכויות יסוד היא לא מידתית בהקשר זה.
8. לגבי העדר סמכות, ובמישור העקרוני, ייטען ראשית כי הכנסת לא הכריזה על מצב חירום לעניין מגפת הקורונה כפי שמתבקש מלשון סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה. נסביר כי עצם קיומו של מצב חירום ביטחוני שהוכרז עליו בשנת 1948 ואשר מוארך מפעם לפעם ומאז על ידי הכנסת, אינו בטבעו מתאים ורלבנטי למצב חירום מיוחד מסוג המשבר הבריאותי העכשווי. אמנם סוגיה זו טרם נידונה לעומק בפסיקה, אך התפתחות הפסיקה כפי שנסביר בהמשך הן בעניין פסקת ההגבלה והן אודות שיטת הפרשנות והן אודות הפרדת הרשויות מתיישבת עם הטעון שהמשבר הבריאותי העכשווי הוא יכול להיות, ובצדק מצב חירום מיוחד, אך מעולם לא הוכרז עליו על ידי הכנסת. לכן הממשלה פעלה בהעדר סמכות בהתקינה את התקנות הנדונות.
9. שנית, נטען כי התקנת התקנות הנדונות בוצעה תוך חריגה קיצונית ביותר ובניגוד לתנאי הסף שבסעיף 39 (ה) לחוק יסוד: הממשלה המורה כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם". ודוק, סעיף זה אינו מורה על פגיעה בכבוד בתנאי שתהיה מידתית אלא עצם הפגיעה בכבוד. היינו, ולפי הפסיקה, מדובר בתנאי סף שלפיו, כפי שאין פוגעים בפנייה לערכאות, גם אין פוגעים בכבוד של אדם וללא קשר למידת הפגיעה ולעומקה.
10. שלישית, תקנות הסמכת השב"כ הנדונות נעשו תוך חריגה מסמכות כי אסור לממשלה להעביר סמכויות השייכות לשב"כ או לייעד לו פעילות נוספת מבלי אישורה של הכנסת. חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002 מתנה ייעוד זה באישור ועדת הכנסת לענייני השירות כאמור בסעיף 7(ב)(6) לחוק זה. אישור כזה מעולם לא ניתן.
11. לגבי מבחן המידתיות, ייטען כי הלכה פסוקה היא, שלפני שהממשלה תשתמש בסמכותה להתקין תקנות לשעת חירום, היא חייבת לבחור בחלופה הראשונה והיא פנייה לכנסת לצורך חקיקה ראשית (מסוג הוראת שעה). הדבר לא נעשה למרות שהכנסת יכולה לקיים תפקיד מסוג זה גם בימים קשים אלה. שנית, החלופות שנבחרו על ידי התקנות הנ"ל הן פוגעניות ביותר ומותירות שיקול דעת רחב ביותר. כמו כן, נטען כי מבחן תועלת מול נזק מאשר כי מדובר בתקדים מסוכן ביותר לערכי היסוד ולשלטון החוק.

החלק העובדתי

12. בעקבות משבר הקורונה המהווה סכנה רצינית לחיי אדם בישראל ובעולם התקינה ממשלת ישראל את התקנות הנדונות.
13. לפי התקנות דנן, בוטל הצורך בצו שיפוטי על מנת לדרוש מידע מחברות המעניקות שירותי תקשורת על פי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח - 2007 (להלן: "חוק נתוני תקשורת"). כמו כן הורחבו סמכויות השב"כ על מנת להפעילו לצורכי התמודדות עם מגפת הקורונה וזאת מעבר לתכליות הביטחוניות אשר הגדירו את סמכויותיו על פי חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002 (להלן: "חוק השב"כ").
14. השב"כ איננו כפוף לחוק חופש המידע ולעקרונות שקיפות המעשה המנהלי, פעולותיו סודיות והפיקוח עליו מועט מאוד והרחבת סמכויותיו לפעול בעניינים אזרחיים הינה בעייתית ביותר.
15. אמנם חוק השב"כ מסמיך את הממשלה לייעד לשב"כ פעילות נוספת לאלה המנויות בחוק, אך הדבר צריך להיעשות "באישור ועדת הכנסת לענייני השירות" ועל מנת "לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" (סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ). אישור כנ"ל לא התקבל דבר שירוד לשורשו של ענין ומעיד על התקנה בניגוד לחוק הדורש אישור מטעם הכנסת.
16. לא זו בלבד. כאשר התקנות הובאו בפני ועדת הכנסת המוסמכת ביום 16.3.2020 הן לא אושרו על ידה ואף הערות הצוות המשפטי לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת לא הוטמעו בתקנות, כפי שיפורט להלן.
17. לכן עניין לנו בהליך בזק קיצוני ביותר שגלומה בו פגיעה מובנית בעקרון שלטון החוק הפורמאלי והמהותי ובנוסף לפגיעה בזכות הפרטיות ולכבוד כזכויות חוקתיות כפי שיפורט להלן.

תקנות המיקום

18. מעניקות סמכויות רחבות ביותר לאסוף מידע פרטי על אזרחים ותושבים ללא פיקוח וללא צו בית משפט, תוך כדי קביעת הגדרות רחבות ביותר ומתן שיקול דעת כמעט מוחלט לפקידי ממשל, ללא יידוע האזרחים או התושבים אודות הבקשה לאסוף לגביהם מידע ותוך כדי הסמכה לשמירת המידע לתקופה ארוכה מהנדרש לתכלית התקנות.
19. תקנות המיקום הן תיקונים לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח - 2007 (להלן: "החוק") ומסמיכות "קצין מוסמך", לפי בקשת שוטר וללא צו של בית משפט, להפעיל סמכויות על פי החוק ולהתיר קבלת נתוני מיקום ממאגר מידע של בעל רישיון בזק - (מי שקיבל רישיון כללי או מיוחד לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק, לרבות מי שפועל מכוח היתר כללי לפי חוק התקשורת ומי שקיבל רישיון לפי פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972).
20. סמכות הקצין לבקש מידע על פי תקנות המיקום היא על מנת לקבל נתוני מיקום לצורך אחד מאלה:

א. קבלת נתוני מיקום של חולה – "עם ממצא מעבדתי חיובי ל-CoVn-או מי שרופא קבע שהוא חולה במחלה או שקבע שיש חשד שהוא חולה בה בהתאם להנחיות משרד הבריאות, גם אם טרם התקבל ממצא מעבדתי כאמור" - לצורך אזהרת הציבור או אדם מסוים ;

ב. קבלת נתוני מיקום של אדם החייב ב"בידוד" לפי סעיף 2 צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020, לצורך פיקוח על קיום הוראות הבידוד. ואלה כוללים לפי צו בריאות העם: א. "חוזר" - מי שהגיע לישראל מחוצה לה, למעט מי שהגיע מהגדה המערבית או מחבל עזה ולא היה במדינה אחרת במהלך 14 הימים האחרונים שלפני הגעתו לישראל; ב. מי שהיה במגע הדוק עם חולה; ג. מי שרופא קבע לגביו כי היה במגע הדוק עם חולה ב-14 הימים האחרונים.

לפי צו בריאות העם, "מגע הדוק" – "כל אחד מאלה: (1) חשיפה במוסד רפואי לחולה, ובכלל זה כל אלה: טיפול ישיר בחולה, עבודה יחד עם עובדי בריאות שחלו, ביקור חולה או שהייה בחדר עם חולה והכול אם בוצעו בלא מיגון לפי הנחיות משרד הבריאות; (2) עבודה בסמוך לחולה או שהייה בכיתה עם חולה; (3) נסיעה עם חולה בכל אמצעי תחבורה ובמרחק של עד שני מושבים ממקום מושב החולה; (4) בני ביתו של חולה; (5) כל מגע קרוב עם חולה שמעלה חשש להידבקות" (סעיף 1 לצו)

21. הנה כי כן, ההגדרות הנ"ל הינן רחבות ביותר ויכולות לכלול אלפי ואף עשרות אלפי אזרחים ותושבים שבמרביתם אינם חולים מאומתים ואף אינם מודעים להיותם חייבים בבידוד. כאמור, הסמכויות הדרסטיות על פי תקנות המיקום הן מופעלות ללא צורך בצו בית משפט, ללא פיקוח ולפי שיקול דעתו הרחב של "הקצין המוסמך". הצו אף לא קובע מיהו "קצין מוסמך", כיצד הוא ממונה ועל ידי מי.

22. יתירה מכך, כאמור המידע הטכנולוגי המופק הינו לדרישת שוטר כאשר לא נקבעה מסגרת להפעלת סמכויותיהם של השוטרים בעניין, כגון מהו מנגנון קבלת ההחלטה לבקש מידע, מהו מקור הנתונים בבסיס בקשת שוטר לבקש את המידע הטכנולוגי וכד'. בהעדר מסגרת להפעלת שיקול דעתו של שוטר לבקש מידע מ"קצין מוסמך" ובהעדר פיקוח כלשהו על מנגנון זה, ניתן שיקול דעת רחב יותר הן לשוטרים והן ל"קצין המוסמך" ללא מסגרת מנחה, מגבילה ומפקחת.

23. נוסף, כי התקנות אף לא קובעות מנגנון ידוע לאזרח או התושב אודותיו מופק המידע, לא בטרם הפקתו, או המהלך הפקתו ואף לא אחרי. דבר זה מונע מהאזרח או התושב להתנגד ולהפקת המידע ולדאוג למחיקתי לאחר מעשה.

24. תקנות המיקום קובעות כי המידע המועבר על פיהן יימחק על משרד הבריאות אך ורק בתום תקופת תוקפן של התקנות, כאשר "משרד הבריאות רשאי לשמור את המידע הנ"ל למשך 60 ימים נוספים מסיום תקופת תוקפן של התקנות לצרכים שאין בינם לבין תכלית התקנות ולא כלום – "תחקיר פנימי של הפעולות שביצע משרד הבריאות" (סעיף 2(א1)(ב) לתקנות המיקום).

25. בהעדר קביעת תקופת תוקף, תקנות המיקום יהיו תקפות למשך שלושה חודשים, "זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת" (סעיף 39 (ו) לחוק יסוד: הממשלה).

תקנות הסמכת השב"כ

26. תקנות הסמכת השב"כ מעניקות סמכויות רחבות ביותר לאסוף מידע פרטי על אזרחים ותושבים ללא פיקוח ותוך כדי הענקת שיקול דעת רחב ביותר וללא פירוט תנאים חיוניים ביותר לדרכי הפעלת שיקול הדעת, אופן ותוכן המידע המותר לאיסוף וכן אפשרות שמירת המידע לתקופה ארוכה מעבר לנחוץ לצורך קיום תכלית התקנות. על פי תקנות אלה, "יוסמך השירות [שירות הבטחון הכללי] לקבל, לאסוף ולעבד מידע טכנולוגי לשם ביצוע בדיקה, בנוגע לתקופה של 14 הימים שלפני אבחוננו של חולה, שמטרתה זיהוי נתוני מיקום ונתיב תנועת החולה, וזיהוי אנשים שבאו במגע קרוב עמו".

27. נציין כי בשל פעילותו החשאית של השב"כ, סביר להניח כי אמצעי איסוף המידע על ידו לא יהיה חשוף לציבור ולכלל האזרחים והתושבים לא יקבלו כל הסבר אודות האמצעים העומדים לרשות השב"כ לאסוף מידע עליהם לצורכי התקנות.

28. "חולה" על פי התקנות הינו "חולה עם ממצא מעבדתי חיובי ל-CoV-2 – או מי שרופא קבע שהוא "חולה במחלה או שקבע כי יש חשד שהוא חולה בה בהתאם להנחיות משרד הבריאות גם אם טרם התקבל ממצא מעבדתי כאמור". לא ברור מהו "חשד" ולפי איזה אמות מידה הוא נקבע.

29. אף במסמך הערות מטעם הצוות המשפטי של ועדת החוץ והבטחון בכנסת (להלן: "מסמך ההערות") הובע קושי משפטי בהקשר הזה בקביעת מהו "חשד" (סעיף 5 למסמך ההערות). אמנם מסמך ההערות ניתנו לטיוטת החלטת הממשלה בנושא (החלטה מס' 4897 מיום 15.3.2020) אך במרביתן עודן רלוונטיות לנוסח התקנות הסופי שהתקבל.

== מצ"ב העתק מסמך ההערות מטעם הצוות המשפטי בוועדת החוץ והבטחון של הכנסת מיום 16.3.2020 כנספח ע/3.

== מצ"ב העתק החלטת ממשלה מס' 4897 מיום 15.3.2020 כנספח ע/4.

30. יתירה מכך, תקנה 5 לתקנות הסמכת השב"כ קובעת כי המידע שיועבר על ידי השב"כ יכלול אנשים "שבאו עם חולה במגע קרוב" ללא קביעת מהו מגע קרוב או אמות מידה כלשהן לכך ומהם פרטי המידע שיכולים להתבקש לגבי קבוצת אנשים לא מוגדרת זו.

31. גם בהקשר הזה הובעה הסתייגות **במסמך ההערות** מטעם הצוות המשפטי של ועדת החוץ והבטחון בכנסת: "אנשים שבאו עימם במגע" – יש להגדיר למה הכוונה. מה היה המרחק מהחולה? מה משך זמן החשיפה? האם יש הבדלים בין מקום סגור למקום פתוח?" (סעיף 6 למסמך ההערות, נספח ע/3). באשר לסוג המידע המבוקש מסמך ההערות מציין כי "מהנוסח הנוכחי ניתן להבין כי אפשר לבצע את הבדיקות לגבי "אנשים שבאו עימם במגע" גם רטרואקטיבית לגבי תקופת הדגירה. זאת, בעוד שלגבי אנשים כאלה המטרה היא רק להודיע להם ולהנחות אותם, ואין צורך לבדוק

היכן היו לפני שנפגשו עם האדם החולה. לכן יש לכתוב בנפרד את ההוראה לגביהם. הצעתנו: לחלק את ההחלטה לשני חלקים. חלק ראשון יעסוק בהוראות בעניין חולים מאומתים או חולים שנשלחה לגביהם בדיקה וטרם התקבלה תשובה, וחלק שני יעסוק בהוראות אנשים שבאו במגע עם חולים. "על אף זאת, המונחים הנ"ל נשארו עמומים וכלליים ביותר ללא כל הגדרות או הגבלות.

32. ה"מידע הטכנולוגי" הנאסף על פי תקנות הסמכה איננו מוגדר וכל אשר נקבע לגביו בתקנות הנ"ל כי הוא איננו כולל תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר, התשל"ט – 1979. בהקשר הזה נקבע בתקנות כי השב"כ יהא רשאי לקבוע את סוג המידע, אופן איסופו, שמירתו, העברתו ומחיקתו, באישור היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 3(א) לתקנות הסמכת השב"כ). **במסמך ההערות** מטעם הצוות המשפטי של ועדת החוץ והבטחון בכנסת הובעה עמדת הצוות המשפטי כי "לא ברור מהו מידע טכנולוגי, ומה ההבדל בין מידע טכנולוגי לבין מיד. וכי "יש לפרט מהו מידע טכנולוגי, איזה מידע יועבר על ידי משרד הבריאות לשב"כ ואיזה מידע יימסר על ידי השב"כ למשרד הבריאות" (סעיף 3 למסמך ההערות, נספח ע/3). דבר זה לא נעדה בתקנות. עוד הוער במסמך כי לא ברור באיזה אמצעים ייאסף המידע הטכנולוגי (סעיף 10 למסמך ההערות).

33. יתירה מכך, סעיף 3(א) לתקנות קובע כי "סוגי המידע הטכנולוגי ותנאים נוספים לשימוש בו, לרבות אופן איסוף המידע, שמירתו, העברתו למשרד הבריאות ומחיקתו יוסדרו על ידי השירות, בנוהל ייעודי שיאשר היועץ המשפטי לממשלה. "סעיף זה אף הוא רחב ביותר ומשאיר מקום רב לשיקול דעת כמעט מוחלט, לא מתוחם, לא מוגדר ולא מפורט כלל. במסמך ההערות נכתב לעניין זה כי "לעניין איסוף המידע, שמירתו העברתו וכיו"ב - אנו סבורים כי החלטת הממשלה צריכה לקבוע הסדר מפורט ומפורש ולא להשאיר את הדברים להחלטת השירות או משרדי הממשלה, שכן כדי שהסדר יהיה שלם נכון שההסמכה תהיה כמה שיותר מפורטת. יש לזכור שנהלים פנימיים אינם באים לידיעת הציבור, דבר שבמקרה הנוכחי הוא הכרחי. " (סעיף 9 למסמך ההערות, נספי ע/3).

34. "פעולות הסיוע" של השב"כ "יתבצעו על פי פנייה מטעם נציג משרד הבריאות לראש אגף בשירות" ללא כל פיקוח (סעיף 4 לתקנות הסמכת השב"כ), כאשר נוהל בקשת הסיוע, אופן השימוש במידע, החזקתו ומחיקתו, לרבות קביעת מספר מצומצם של בעלי תפקידים המוסמכים לעיין במידע, ייקבע על ידי משרד הבריאות, באישור היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 6 לתקנות הסמכת השב"כ).

35. בדומה לתקנות המיקום, גם כאן נקבע כי המידע המועבר מהשב"כ יימחק בידי משרד הבריאות אך ורק בתום תקופת תוקפן של התקנות, כאשר "משרד הבריאות רשאי לשמור את המידע הנ"ל למשך 60 ימים נוספים מסיום תקופת תוקפן של התקנות לצרכים שאין בינם לבין תכלית התקנות ולא כלום – "תחקיר פנימי של הפעולות שביצע משרד הבריאות" (סעיף 7(ב) לתקנות הסמכת השב"כ). כמו כן, התקנות אף לא קובעות מנגנון יידוע לאזרח או התושב אודותיו מופק המידע, לא בטרם הפקתו, או המהלך הפקתו ואף לא אחרי. דבר זה מונע מהאזרח או התושב להתנגד ולהפקת המידע ולדאוג למחיקתי לאחר מעשה.

36. תקנות הסמכת השב"כ מוגבלות לשבועיים מיום פרסומן, דהיינו עד 30.3.20. התקנות ניתנות להארכה על פי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה.

מיצוי הליכים

ביום 17.8.2020 פנו העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה בדרישה שינחה בהקדם האפשרי את כל הדרגים והמעורבים בדבר להימנע מהפעלת התקנות כלל. עד להגשת עתירה זו טרם התקבל כל מענה בעניין.

== מצ"ב העתק פניית העותרים לעיומ"ש מיום 17.8.2020 כנספח ע/5.

החלק המשפטי

37. ייטען כי התקנות דנן הותקנו תוך כדי חריגה מסמכות ולחילופין, הן פוגעות בזכויות יסוד באופן לא מידתי.

38. לפני הדיון יודגש כי מדובר בתקנות שעת חירום שהותקנו על ידי הממשלה ואשר התקנתן נחשבת "עניין חמור. החומרה נובעת מכך שתקנות שעת חירום – שהן בגדר של חקיקת משנה - כוחן יפה "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים...". ונוכח כך כי הן מטבען פוגעות בערכי יסוד (בג"ץ 6971/98 פריצקי נ. ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, פסקה 9 לפסקי דינו של כב' הנשיא לשעבר ברק (1999) (להלן: "עניין פריצקי").

39. מהלך הטיעון כאן יהיה כדלקמן: ראשית נתייחס לפגיעה בזכויות יסוד ולאחר מכן נדון באם הפגיעה היא על פי חוק, היינו האם היא נעשית על פי סמכות ו/או תוך חריגה מסמכות ולבסוף נטען לחילופין כי הפגיעה אינה מידתית.

הפגיעה בזכות לכבוד

40. הענקת סמכויות לרשויות המנהל לאסוף מידע אודות מיקום, תנועה, קרבה וכד' של אזרחים ותושבים על פי התקנות הנדונות מובילה לפגיעה חמורה ביותר בזכותם לכבוד. הליך המעקב אחר חולים, ואחר מי שהתקרבו או נחשדו כמי שהתקרבו לחולים כולל מעקב אחר מבודדים – יש בו כדי פלישה לחייהם הפרטיים של חולים וציבור של אזרחים גדול.

41. הוא נוהג בחולים בדרך טיפול לא שגרתית ולא אופיינית לטיפול רפואי בהם. הוא מציג ציבור החולים כציבור שהוא נושא למעקב וכחשודים. לכן התקנות דנן נוהגות בחולים באופן מפלה ובניגוד לכל הזכויות המוענקות לחולים באשר הם והמעוגנים בחוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996. מדובר בזכויות "שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי" (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס 3 464, 481 (2005)).

42. לפיכך, הפגיעה הנ"ל מגיעה לדרגה של השפלה ולפגיעה באוטונומיה הבסיסית והאישית של הפרט. לכן, מדובר בפגיעה בגרעין של הזכות לכבוד. (לזכות לכבוד ראו: בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המיסים (2010)).

הפגיעה בזכות לפרטיות

43. התקנות הנדונות פוגעות לאין שיעור בזכות לפרטיות. הסמכויות המוענקות על פי התקנות מפשפשות ועוקבות אחרי תנועתו של האדם, האנשים איתם הוא נפגש, מהלך חייו וסדר יומו במהלך המחלה, לפנייה והמידע נשמר אף לאחריה. פרטים על חייו האישיים של האזרח והתנהלותו היומיומית במרחבו הפרטי והאינטימי נמצאים במעקב ונאספים (ראו: ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691 (2014); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (2012); עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) (2008) עבודה עבודה ע"ע 90/08 ענבר נ' מדינת ישראל (2011)).

44. מעקב ואיסוף מידע זה פוגעים קשות בזכותו החוקתית של האדם לפרטיותו המעוגנת בסעיף (א7) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומוגדרת כעולה אזרחית וכעבירה על פי חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

הסמכות: האם הפגיעה היא על פי חוק:

45. העותרים יטענו, כי התקנת התקנות דגן נעשית היא בחוסר סמכות המתבטאת בשלושה מישורים. הראשון, קשור להעדר הכרזה על מצב חירום מיוחד הקשור למגפת הקורונה; השני קשור לכך כי הממשלה איננה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום המפרות את הזכות לכבוד כתנאי סף (סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה), והשלישי מתייחס למנגנון הבקרה של הכנסת המעוגן בחקיקה.

46. מאחר וסוגיית העדר סמכות וחריגה מסמכות מתייחסת בעיקר לסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה, נציג את הוראותיהם של סעיפים אלה כאן:

38. (א) ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום רשאית היא, ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום.

(ב) תקופת תוקפה של ההכרזה תהא כפי שנקבע בה, אך לא תעלה על שנה; הכנסת רשאית לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור.

(ג) ראתה הממשלה שקיים במדינה מצב של חירום ושעקב דחיפות הענין יש להכריז על מצב חירום עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת, רשאית היא להכריז על מצב חירום; תוקפה של ההכרזה יפקע כעבור שבעה ימים מיום נתינתה, אם לא אושרה או בוטלה קודם לכן על ידי הכנסת בהחלטה של רוב חבריה; לא התכנסה הכנסת, רשאית הממשלה לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור בסעיף קטן זה.

(ד) הכרזות הכנסת או הממשלה על מצב חירום יפורסמו ברשומות; לא ניתן לפרסם הכרזה על מצב החירום ברשומות, תפורסם ההכרזה בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שתפורסם ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

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

39. (א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

(ב) ראה ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת חירום, רשאי הוא להתקין או להסמיך שר להתקין.

- (ג) תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק.
- (ד) אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם.
- (ה) לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.
- (ו) תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.
- (ז) תקנות שעת חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.
- (ח) חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת חירום להתקיים לתקופת תוקפן אך לא יותר מ-60 ימים מסיום מצב החירום; תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן.

47. **חוסר סמכות - העדר הכרזה על מצב חירום**: אמנם סעיף 39(א) לחוק היסוד מסמיך את הממשלה, במצב חירום, "להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים", אך סמכות זו כפופה היא להכרזה על מצב חירום לפי סעיף 38 לחוק היסוד. דהיינו, סמכות התקנה מותנית בקיום מצב חירום מיוחד שעליו הכרזה הכנסת מכוח סעיף 38 לחוק היסוד.

48. בהקשר הזה יטענו העותרים, כי אין בכוחה של ההכרזה הכללית על מצב חירום במדינה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948 ואשר מוארכת מאז לפי סעיף 38 לחוק היסוד, בכדי להוות בסיס להתקנות התקנות דנן כתקנות שעת חירום. אין כל קשר בין תכליתן – מניעת התפשטות נגיף הקורונה – לבין ההכרזה הכללית הקיימת, שתכליתה הינה ביטחוניית במובן הצר כפי שעלתה והובהרה בבג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת** (פורסם במאגרים 2012) (להלן: "**עניין האגודה לזכויות האזרח**").

49. הדברים גם מתיישבים עם לשון סעיף 39(ה) לחוק היסוד לפיו "לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". דהיינו, צריך להתקיים קשר סיבתי ותכליתי בין מצב החירום שהוכרז עליו לבין הצורך בהתקנת התקנות.

50. הדברים מתבקשים גם נוכח העובדה כי מדובר בשימוש בסמכות התקנת תקנות תוך כדי פגיעה בעקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות, דבר המחייב פרשנות דוקנית ומצמצמת בעניין (ראו לנושא זה אריאל בנדור "מצבי חירום", **ספר דורית ביניש** (אוני בר אילן, נבו, 2018) 447, 464). כמו כן, השוו עם פסק דין פורז ששם ביטל בג"ץ התקנת תקנות מסוג זה שלא היו קשורות להכרזה על מצב החירום מיום הקמתה של המדינה (בג"ץ 2994/90 **פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מד(3) 317).

51. אי לכך, תנאי להפעלת סמכויותיה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום על פי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, הינו הכרזה על מצב חירום מיוחד בהתאם לסעיף 38 לחוק היסוד. בהקשר דנן זהו מצב חירום מיוחד בעקבות מגפת הקורונה. בהעדר הכרזה כאמור, התקנות הינן בטלות משהותקנו בחוסר סמכות.

52. יצוין, כי שאלת הזיקה בין מהותה ותכליתה של ההכרזה על החירום הביטחוני הכללי לבין תכליתן של תקנות שעת חירום ספציפיות טרם נידונה בפסיקה. אמנם בעניין פריצקי נידונו תקנות שעת חירום הדנות בנושא אמצעי זיהוי לצורך עריכת בחירות לרשויות המקומית בהתבסס על הכרזת מצב החירום הכללית, אך בית המשפט הנכבד לא נדרש להכרעה בשאלת הזיקה התכליתית והקשר הסיבתי הנ"ל.

53. אכן אנו ערים שהיו הערות אגב בענין פריצקי כמו הערותיה של השופטת דורנר שמתייחסות להכרזה על חירום בשנת 1948 כאמורות לחול על כל מצב חירום, עם זאת, הדברים לא נידונו לאחר מכן וגם לא נערך דיון עקרוני לאור התפתחות הפסיקה מאז.

54. נטען כי הן התפתחות המשפט בעניין פיסקת ההגבלה והן אודות שיטת הפרשנות המבקשת ליתן פרשנות מצמצמת לחקיקה הפוגעת בזכויות אדם, והן לפי לשונם של הסעיפים הנ"ל שבחוק יסוד : הממשלה והן הקביעות של בית המשפט הנכבד בעניין האגודה לזכויות אזרח - בו היתה התייחסות לתכליתה של הכרזת החירום בשנת 1948 שהיא נוגעת למצב של מלחמה והעדר שלום כולל - כולם מובילים למסקנה שההכרזה על מצב חירום מאז 1948 אינה כוללת ואינה מתייחסת לכל מצב חירום כולל מצב חירום בריאותי. הקביעה כי די בהכרזה מאז 1948 כדי להסמיך את הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום בכל קונטקסט שיהא עלולה להוביל לאיון שלטון החוק והפרדת הרשויות.

חריגה מסמכות לאור סעיף 39(ד) לחוק יסוד : הממשלה :

55. חוק יסוד : הממשלה קובע הגבלות על סמכות הממשלה לפגוע באמצעות תקנות שעת חירום בזכות לכבוד באופן מוחלט וכתנאי סף. כך קובע סעיף 39(ד) לחוק היסוד כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם." (ההדגשה לא במקור). ודוק, כאן לא מדובר בפגיעה שאמורה להיות מידתית אלא מדובר בתנאי סף האוסר על פגיעה באופן מוחלט בזכות לכבוד (ראו עניין פריצקי בפסקה 10 לפסקי דינו של כב' הנשיא לשעבר ברק).

56. זוהי גם הקביעה של הפסיקה בעניין. כך למשל נקבע בעניין בנק המזרחי שם קבע כב' הנשיא דאז שמגר, כי :

"יש לקרוא את סעיף 12 הנ"ל יחד עם סעיף 50(ד) לחוק-יסוד : הממשלה מתשנ"ב [סעיף 39(ד) כיום], המסדיר את סוגיית חקיקת החירום תוך ביטול סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (סעיף 59 לחוק-יסוד : הממשלה מתשנ"ב). סעיף 50(ד) קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם." במילים אחרות, עם כניסתו לתוקף של חוק-יסוד : הממשלה החדש אין כל אפשרות לפגוע ב"כבוד האדם" בחקיקת חירום. סעיף 50(ד) הנ"ל משתלב מבחינה מהותית בסעיף 12 שלפנינו. מובן שסעיף 50(ד) הנ"ל בא להוסיף על סעיף 8 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו ולא לגרוע ממנו." (ההדגשה לא במקור)

בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 312 (1995).

57. וכדברי פרופ' שטרית, לשון סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה, האוסרת על פגיעה בזכות לכבוד באופן מוחלט מעניקה הגנה מרחיבה "שתמנע כל פגיעה שהיא בכבוד האדם על ידי תקנות שעת חירום" (שמעון שטרית, "הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה" (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, י' זמיר עורך, מכון סאקר, נבו, 2018), עמ' 650).

58. לכן מאחר והתקנות פוגעות בכבוד האדם וללא קשר למידתיות הפגיעה, הן חורגות מסמכות באופן קיצוני ביותר.

חריגה מסמכות לאור סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ:

59. כאמור חוק השב"כ מסמיך את הממשלה ליעד לשב"כ פעילות נוספת לאלה המנויות בחוק, אך הדבר צריך להיעשות "באישור ועדת הכנסת לענייני השירות" ועל מנת "לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" (סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ). כאמור בחלק העובדתי, אישור כנ"ל לא התקבל והדבר היורד לשורשו של ענין ומעיד על התקנה בניגוד ותוך חריגה מסמכות.

60. יצוין כי דרישה זו המחייבת אישור הכנסת הינה מהותית ביותר למען הבטחת מנגנון של בקרה ולמען הקפדה מסוימת ולו מינימאלית על עקרון הפרדת הרשויות. ראו לעניין זה את מאמרו לעיל של פרופ' שטרית בעמ' 45).

61. לעניינו ניתן להקיש מפסק הדין בעניין הסדר מס ריבוי דירות (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם במאגרים, 6.8.2017). באותו מקרה פסל בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב וברוב דעות של 4 שופטים מתוך 5, את הסדר מס ריבוי דירות בהתבסס על העובדה שלא ניתנה לחברי הכנסת אפשרות נאותה לגבש עמדה בטרם אישור החוק. כבי' השופט סולברג אשר כתב את פסק הדין של הרוב ציין את חשיבותה של הביקורת השיפוטית במקרים מעין אלו בהם לא ניתנה לחברי הכנסת, בהליכי החקיקה, אפשרות לפקח על עבודת הממשלה:

"39. נדבך מהותי בעבודתה של הכנסת – וממנו נגזר הצורך בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה – הוא תפקידה בפיקוח על פעילות הממשלה: "אחד מתפקידיה העיקריים של הכנסת – בצד מעשה החקיקה – הוא בפיקוח ובבקרה על מעשה הרשות המבצעת" (עניין סיעת כ"ך, בעמוד 164). תפקיד זה בא לידי ביטוי מובהק בפועלן של ועדות הכנסת: "ועדות הכנסת השונות שהקמתן ופעילותן מעוגנים בסעיף 21 לחוק יסוד: הכנסת, ממלאות תפקיד מרכזי וחשוב בהליך החקיקה ומהוות כלי פיקוח מרכזי של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת [...] במסגרת ועדות אלה ניתנת לחבריהן ובכלל זה לחברי האופוזיציה האפשרות לדרוש, לחקור ולקבל הבהרות מן הגורמים הרלוונטיים בממשלה לגבי דבר החקיקה העומד על הפרק" (בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, [פורסם בנבו] פסקה 13 (17.8.2016) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת). על כן, נדרשת הרשות השופטת להבטיח כי הכנסת אכן ממלאת את תפקידה זה בנאמנות ובאחריות, בין היתר באמצעות קיומו של הליך חקיקה תקין ופורה. דברים אלו נכונים ביתר שאת בשיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל, שבה מחזיקה הרשות המבצעת ברוב מקרב חברי הרשות המחוקקת; כפועל יוצא מכך, בדרך כלל 'שולטת' הממשלה בכנסת הלכה למעשה. במצב דברים זה גוברת החשיבות שבפיקוח על תקינותו של הליך החקיקה; ואם כך בהליך חקיקה 'רגיל', על אחת כמה וכמה כאשר בהליך חקיקה 'חריג' דוגמת חוק ההסדרים עסקין. או אז ניכר הצורך בתיחום הגבולין ובהגנה על הפרדת הרשויות, במישור יחסי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת (עניין ההסתדרות הרפואית בישראל, בפסקה ה' לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין) [...].

40. הנה כי כן, ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה אינה 'לעומתית' כלפי הכנסת; היא בעדה. היא נעשית תוך הקפדה על איזון עדין וזהיר, להבטחת עצמאותה של הכנסת, רום-מעמדה ודרכי פעולתה, בד בבד עם הבטחת התנאים לחקיקת חוק ראוי לשמו; לא בביקורת על תוכנו של החוק עסקינן, אלא בביקורת על הליכי חקיקתו."

62. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בענייננו, כאשר לא ניתנה לכנסת אפשרות כלשהי לקיים פיקוח על הממשלה ואף נעקפה סמכותה של הכנסת על ידי התקנת התקנות הנ"ל.

63. **אי לכך, התקנות הנדונות הותקנו בחוסר סמכות ולמצער תוך חריגה קיצונית מסמכות וזאת משום (א) לא התקיימו התנאים הנדרשים בדבר ההכרזה על מצב חירום מיוחד בעניין מגפת הקורונה והתקנות אינן נובעות מעצם מצב החירום שהוכרז בשנת 1948 (ב) משום שהן פוגעות בזכות לכבוד בתור תנאי סף, ללא קשר למידתיות הפגיעה (ג) לא התקיימו תנאי 7(ב)(6) לחוק השב"כ.**

העדר מידתיות

64. הלכה פסוקה היא שהשימוש בסמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום על בסיס חוק יסוד: הממשלה מחייבת קודם כל לפנות להליך של חקיקה ראשית (בתור הוראת שעה) וכי אי מיצוי הליך זה הינו פגיעה בעקרון המידתיות ובבחינת אי בחירת החלופה הפחות הפוגענית.

65. זוהי ההלכה שנקבעה בעניין **פריצקי** ששם הנשיא ברק כתוארו אז והשופט דורנר התייחסו לנושא הפנייה לחקיקה ראשית בתור האמצעי שפגיעתו פחותה בערכי יסוד. כך קובע הנשיא ברק:

"השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם עצם השימוש בתקנות שעת חירום הינו אמצעי מידתי, או שמא היה מקום לנקוט את האמצעי האחר המצוי תמיד בידי הממשלה, והוא הפנייה לכנסת לחקיקתה של חקיקה ראשית (חוסר מידתיות "חיצונית"). בהיעדר מידתיות זו, אין לממשלה סמכות להתקין תקנות שעת חירום." (עניין **פריצקי** בעמ' 780).

"אכן, מחד גיסא, שיקולים הכרוכים בעיקרון הדמוקרטי תומכים בביטול תקנות שעת חירום שהותקנו במועד שבו ניתן היה בשעתו לפנות לאמצעי חלופי של חקיקה ראשית" (עניין **פריצקי** בעמ' 782).

66. גם השופט דורנר מציינת בעניין **פריצקי** כי במקרה הנדון, לא התקיים התנאי שלפיו התקנת תקנות שעת החירום מחייבת קודם כל בחירה בהליכי חקיקה וכי במקרה דנן לא הייתה כל מניעה לקיים הליכים לחקיקת חוק. לכן היא קבעה כי, מתבקשת המסקנה כי הממשלה פעלה שלא כדין בהתקינה את תקנות החירום הנדונות (עניין **פריצקי** בעמ' 815).

67. השופט חשין בעמדת מיעוט התייחס לאי הפנייה לכנסת לא כעניין של מידתיות אלא כעניין הנוגע לסמכות היינו, עצם העובדה שהממשלה לא פנתה לאפיק של חקיקה ראשית היא פעלה מחוסר סמכות. ולדבריו:

"תנאי מוקדם הוא להתקנתן של תקנות-שעת-חירום, שדרכי חקיקה אחרות נחסמו – למעשה אם לא להלכה – וכי אי-שימוש בכלי חד זה של תקנות-שעת-חירום עלול להזיק באורח ממשי ומהותי, יותר מאשר שימוש בו עלול לפגוע בעיקרי-יסוד של החברה בישראל [...] הוראת סעיף 50(א) לחוק-יסוד: הממשלה מסמיכה את הממשלה להתקין תקנות-שעת-חירום, ואולם כנגדה מתייצבת הוראת סעיף 50(ה) בלשון של שלילה: "לא יותקנו תקנות שעת-חירום... אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". כמו נטל הוא המוטל על הממשלה להיווכח כי "מצב החירום" – באורח

ספציפי – "מחייב" התקנתן של תקנות־שעת־חירום; וא־אז – ורק כך – קמה סמכותה להתקין תקנות־שעת־חירום. הרשות להשתמש באמצעי יחיד־ומיוחד זה ניתן רק בדלית־בררה; הסמכות להתקין תקנות־שעת־חירום קמה רק כאמצעי אחרון ובהיחסם כל דרך אחרת".

עניין פריצקי בעמ', 795.

68. לגישתו של השופט חשין במצב שבו עומדת בפני הממשלה האפשרות לפנות לדרך החלופית של ייזום חקיקה ראשית לא קמה סמכותה להתקין תקנות שעת חירום.

69. הנה כי כן שלושת השופטים, ברק, דורנר וחשין רואים שעצם אי הפנייה לאפיק חקיקה ראשית יורד לשורשו של ענין. הנשיא ברק לא ביטל את התקנות שנידונו ואשר התייחסו לבחירות המקומיות כי נותרו רק ימים אחדים לבחירות, השופטת דורנר נקטה בגישת הבטלות היחסית והשופט חשין בגישת הבטלות המוחלטת לפיה "תנאי מוקדם הוא להתקנתן של תקנות־שעת־חירום, שדרכי חקיקה אחרות נחסמו" (עניין פריצקי, חוות דעתו של כב' השופט חשין בעמ' 795).

70. לענייננו, הממשלה היתה חייבת לפנות בנסיבות העניין למחוקק ולהציע הצעת חקיקה בנדון במקום התקנת התקנות נושא עתירה זו. הדברים מקבלים משנה תוקף דווקא משום שמדובר בממשלת מעבר. אי פנייה למחוקק שהיא אפשרית, ועודנה אפשרית, מהווה פגיעה קיצונית הן בעקרון הפרדת הרשויות והן באימון הציבור במהלכה של הממשלה.

71. גם היום לא מדובר במצב של מניעה טוטאלית מן הכנסת לקיים את תפקידה. וכפי שנקבע, "ניתן להתקין תקנות שעת חירום רק כאשר כתוצאה ממצב החירום הכנסת משותקת, ואין ביכולתה לקיים הליכי חקיקה." (עניין פריצקי, פסק דינה של כב' השופטת דורנר בעמ' 813).

72. בנוסף, התקנות הנדונות בחרו באמצעי הקשה ביותר שבו מעורבות השב"כ אשר עלולה להגביל את הפגיעה בהיותו ארגון חשאי ולא שקוף כאשר הבקרה והפיקוח על עבודתו הינה מינימאלית ביותר. הממשלה לא שקלה למשל שגופים אזרחיים ממשלתיים יקיימו את הליך האיכוון שכן שגם הם יכולים לבצע את הפעולות שהשב"כ נדרש לבצען.

73. לא זו בלבד. גם ההגדרות והעמימות במונחים שבתקנות פותחת פתח ליחס גורף וקיצוני ביותר, - וללא קשר לעניין ההסכמה עם עמדת הצוות המשפטי של וועדת החוץ והבטחון, צוות זה הביע את דעתו בקשר לחוסר המידתיות של תקנות הסמכת השב"כ ואף הציע שינויים שיש בהם לדעתו לקרב את התקנות למבחני המידתיות שלא נענו. כך למשל, ועל מנת לצמצם את היקף תחולת התקנות, הצוות הציע להגדיר אנשים שיש חשש לגביהם שנדבקו בקורונה כ"חולה שנשלחה לגביו בדיקה לזיהוי הנגיף וטרם התקבלה תשובה בעניינו."

74. גם עניין סודיות המידע והשמירה עליו לפי התקנות הינה פוגענית ביותר. כך למשל, הציע הצוות המשפטי הנ"ל להוסיף הוראה שתקבע כי "המידע שיועבר לפי [התקנות] יהיה מצומצם ככל שניתן וזאת על מנת לשמור על כבודו ופרטיותו של החולה או של מי שבא במגע עמו", כי "נכון שהשירות יעביר את המידע מיד לאחר הפקתו וימחק את המידע מיד לאחר העברתו למשרד הבריאות" ולא בכל מועד מאוחר יותר, "הפנייה תיעשה רק לאחר שמנכ"ל משרד הבריאות או ראש שירותי בריאות הציבור בחן את האפשרויות האחרות להשגת המידע, ונוכח כי לא ניתן להשיגו בדרך

אחרת", כי "יש לקבוע חובת יידוע של האנשים כל אימת שמשרד הבריאות מעביר מידע לגביהם לשב"כ" וכי "הודעה על הפנייה לשירות תימסר לחולה".

75. גם המבחן הצר שבוחן תועלת מול נזק איננו מתקיים. במקרה דנן הנזק לזכויות הפרט ולערכי היסוד הינו קיצוני ביותר. התקנת התקנות הנידונות עלול ליצור תקדים משפטי מסוכן ביותר שבו ממשלה, כולל ממשלת מעבר, יכולה להתקין תקנות בכל אימת שיתעורר משבר רציני בין אם זה משבר בריאותי או כלכלי או אסון טבע או אחר, בניגוד לחוק, ללא מיצוי הליכי החקיקה ותוך פגיעה קיצונית בזכויות הפרט. תקדים זה יעוות את כל החקיקה ואיין את כל עקרונות היסוד.

76. לבסוף נוסף, כי גם גופי זכויות אדם בינלאומיים מודעים לסכנות בפגיעה בזכויות האדם הטמונות במסגרת הליכי המאבק בקורונה. על כן מזהירים הם מפני סכנות אלה וקוראים למדינות העולם לשמור על זכויות האדם בצל המשבר הקיים. כל למשל הוציא נציב זכויות האדם באומות המאוחדות דרישה למדינות העולם לשמור על זכויות האדם גם בצל המשבר והצעדים הננקטים להתגברות עליו:

"UN human rights experts today urged States to avoid overreach of security measures in their response to the coronavirus outbreak and reminded them that emergency powers should not be used to quash dissent.

"While we recognize the severity of the current health crisis and acknowledge that the use of emergency powers is allowed by international law in response to significant threats, we urgently remind States that any emergency responses to the coronavirus must be proportionate, necessary and non-discriminatory," the experts said.

[...]

Some States and security institutions may find the use of emergency powers attractive because it offers shortcuts, the experts said. "To prevent such excessive powers to become hardwired into legal and political systems, restrictions should be narrowly tailored and should be the least intrusive means to protect public health."

Finally, in countries where the virus is waning, authorities must seek to return life to normal and must avoid excessive use of emergency powers to indefinitely regulate day-to-day life, they said.

"We encourage States to remain steadfast in maintaining a human rights-based approach to regulating this pandemic, in order to facilitate the emergence of healthy societies with rule of law and human rights protections," the UN experts said."

ניתן למצוא בקישור הבא:

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25722&LangID=E>

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי וצו ביניים כאמור בפתח העתירה דנן.



ב/

עו"ד חסן ג'בארין



עו"ד סוהאד בשארה

ב"כ העותרים