



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5746/20

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופטת י' וילנר

העותרים: 1. האגודה לזכויות האזרח בישראל  
2. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט  
הערבי בישראל  
3. רופאים לזכויות אדם - ישראל  
4. פרטיות ישראל

נגד

המשיבים: 1. הכנסת  
2. הממשלה  
3. שירות הביטחון הכללי  
4. משרד הבריאות  
5. הרשות להגנת הפרטיות

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים: עו"ד גיל גן-מור; עו"ד דן יקיר  
בשם המשיבה 1: עו"ד אביטל סומפולינסקי  
בשם המשיבים 2-5: עו"ד שוש שמואלי; עו"ד רן רוזנברג

### פסק-דין

השופט מ' מזוז:

1. עתירה נוספת נגד חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: החוק).

2. כחלק ממאמצי למניעת התפשטות הנגיף, החליטה הממשלה להסמיך את שירות הביטחון הכללי (להלן: השירות) לעבד מידע טכנולוגי לתקופה של עד 14 ימים לפני מועד אבחון של חולה בנגיף הקורונה (להלן: הנגיף), וזאת לצורך זיהוי אנשים

שבאו עמו במגע קרוב, על מנת שיהיה בידי משרד הבריאות להורות להם להיכנס לבידוד. תחילה בוצעה הסמכה זו מכוח החלטת ממשלה, באמצעות המנגנון הקבוע בסעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק שירות הביטחון). החלטה זו נבחנה על-ידי בית משפט זה, אשר קבע כי הסמכת השירות האמורה נעשתה כדין בשלביו הראשונים של משבר הקורונה, אולם לאחר העמדת המענה המידי הדחוף, נדרש לעגן זאת בחקיקה ראשית (בג"ץ 2109/20 שחר בן מאיר ואח' נ' ראש הממשלה, 26.4.2020). הסמכה זו אכן עוגנה בחוק, אשר חוקק ביום 1.7.2020 כהוראת שעה למשך 21 יום (להלן: הוראת השעה המקורית). ביום 21.7.2020 תוקן החוק ובכלל זה הוראת השעה לתקופה של שישה חודשים, עד ליום 20.1.2020 (להלן: החוק המתקן). החוק המתקן פורסם ונכנס לתוקף ביום 21.7.2020.

3. עתירה שהגישו האגודה לזכויות האזרח ועמותת רופאים לזכויות אדם (העותרות 1 ו-3 בהתאמה בעתירה הנוכחית) נגד הוראת השעה המקורית, נמחקה בפסק דין מיום 28.7.2020 (בג"ץ 4762/20 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (27.7.2020), להלן: העתירה הראשונה). בית משפט זה קיבל את עמדת המשיבים לפיה העתירה מיצתה את עצמה נוכח חקיקת החוק המתקן, והורה על מחיקתה, תוך שנקבע כי טענות הנוגעות לחוק המתקן ניתן יהיה להעלות "בעתירה חדשה ולאחר מיצוי הליכים".

4. באותו היום הוגשה על-ידי עורכי הדין שחר בן מאיר ויצחק אבירם עתירה חדשה התוקפת את החוק המתקן. עתירה זו נדחתה ביום 20.8.2020 מחמת אי מיצוי הליכים ומחמת היעדר בשלות, לאחר שנקבע כי "אין להלום אפוא הגשת עתירה נגד החוק, ימים ספורים בלבד לאחר קבלת הנוסח הסופי והמתקן שלו בכנסת, בלא שקדמה לעתירה פניה כלשהי למשיבים" (בג"ץ 5261/20 שחר בן מאיר נ' הכנסת (20.8.2020), להלן גם: עניין בן מאיר).

5. ביני לביני, ביום 16.8.2020 הגישו העותרים את העתירה דנן, בטענה כי "הגיעה העת להכריע בסוגיה האמיתית – בשאלת חוקיותו של חוק המסמיך את השב"כ לעשות שימוש בכלי מעקב" לצורך איתור מגעים וחקירות אפידמיולוגיות. בהמשך לכך, נטען כי יש להורות על ביטול החוק מן הטעם שהוא פוגע בזכויות יסוד באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. כן ביקשו העותרים לקבוע כי לא ניתן לעשות שימוש בסמכויות שמקנה סעיף 11 לחוק שירות הביטחון (שעניינו ב"נתוני תקשורת") לעניין החוק המתקן. אשר לחובתן למצות הליכים מול המשיבים, נטען כי "עמדת העותרים היא, כי ככלל לא מוטלת על העותר החובה למצות הליכים בטרם הגשת עתירה חוקתית", וכך גם

בענייננו, שכן "אין בכוחה של פנייה מטעם העותר לשנות את עמדת הרשות" לגבי מעשה החקיקה שעבר תהליך של בחינה ושקילה חוקתית.

6. בהחלטה מיום 17.8.2020 הוריתי למשיבים להגיש תגובה מקדמית לעתירה בתוך 60 ימים. בו ביום, הגישו העותרים בקשה לעיון חוזר בהחלטה, בה ביקשו לקבוע מועד קצר יותר להגשת התגובות ולהורות על קיום דיון דחוף בעתירה, נוכח דחיפות הסוגייה.

7. בתגובת המשיבים 2-5 (להלן: משיבי הממשלה) לעתירה ולבקשה לעיון חוזר, נטען כי העתירה לוקה באי מיצוי הליכים, בניגוד להלכה הפסוקה ובניגוד להוראה מפורשת בפסק דינו של בית משפט זה בעתירה הראשונה, וביקשו בשל כך לדחותה על הסף. הודגש, כי מדובר באי קיום הוראת בית המשפט ביחס לתקיפת אותו החוק בו עסקינן בעתירה דנן, בהליך בו חלק מהעותרים דנן היו צד. עוד נטען, כי לפי הפסיקה, חובת מיצוי ההליכים שרירה וקיימת גם ביחס לתקיפת חוקים או תקנות. בהקשר זה עמדה המדינה על התכלית של צמצום גבולות המחלוקת, שהיא אחת מתכליות מיצוי ההליכים, וטענה כדוגמא כי פניה מקדימה למשרד הבריאות והצגת הטענות הנוגעות לקיומם של אמצעים טכנולוגיים חלופיים, הייתה יכולה למקד את יריעת המחלוקת ולהציג לבית המשפט תשתית עובדתית רלבנטית בסוגית מבחן המידתיות.

8. בתגובת הכנסת מיום 25.8.2020, נטען כי אין הכרח לקיים דיון בעתירה בלוחות הזמנים הצפופים שביקשו העותרים, אולם מכל מקום, ביקשה הכנסת כי נכריע בבקשת משיבי הממשלה לדחיית העתירה על הסף, בטרם הדיון בשאלת המועד להגשת תגובת המשיבים לעתירה לגופה.

9. בתגובת העותרים לבקשת משיבי המדינה לדחיית העתירה על הסף, חזרו העותרים על עמדתן לפיה ככלל אין להטיל חובת מיצוי הליכים בתקיפת חוק, בעיקר מן הטעם כי בניגוד לתקנות או להחלטות מנהליות, אין גורם מנהלי שמוסמך לבטלו. הצבת חובה כאמור, כך נטען, פוגעת בזכות הגישה לערכאות ומעכבת ללא הצדקה את האפשרות להעמיד את החוק לביקורת שיפוטית. כמו כן, נטען כי ראוי שהשתתפות בהליכי החקיקה תיחשב כמיצוי הליכים, אף שאין לצפות כי כל אדם שנפגע ייקח חלק פעיל בהליכי החקיקה. אשר להוראה הספציפית בפסק הדין בעתירה הראשונה, נטען כי "בית המשפט לא קבע כל הוראה אופרטיבית לגבי האופן שבו על העותרים למצות הליכים", ומדובר אך ב"אמירה נורמטיבית כללית".

10. לאחר עיון אני סבור כי הדין עם משיבי הממשלה כי יש לדחות את העתירה על הסף מחמת אי מיצוי הליכים.

11. פסק דינו של בית משפט זה מיום 28.7.2020 בעתירה קודמת של העותרים באותו ענין ממש הורה במפורש כי העותרים יוכלו להעלות טענות נגד החוק המתקן "בעתירה חדשה ולאחר מיצוי הליכים". העותרים אכן הגישו עתירה חדשה, כעבור כעשרים ימים, היא העתירה שלפנינו, אך זאת תוך התעלמות מהוראתו המפורשת של בית משפט זה. טענות וסברות העותרים באשר לתחולתה של החובה הכללית למיצוי הליכים בעתירה חוקתית נגד תוקפו של חוק בסמוך לאחר חקיקתו, אין בה כדי להצדיק התעלמות והפרה של הוראתו המפורשת כאמור של בית משפט זה בפסק הדין שמחק את עתירתם הקודמת באותו ענין.

יתרה מזו, כמצוין כבר לעיל, ביום 20.8.2020 - קודם להגשת העתירה דנן - דחה בית משפט זה על הסף עתירה אחרת נגד תוקפו של החוק המתקן, תוך שנקבע כי "אין להלוט אפוא הגשת עתירה נגד החוק, ימים ספורים בלבד לאחר קבלת הנוסח הסופי והמתוקן שלו בכנסת, בלא שקדמה לעתירה פניה כלשהי למשיבים" (פסקה 4 לעיל).

12. בנסיבות אלה אין לקבל את התעלמות העותרים מקביעה ברורה ומפורשת של בית משפט זה, בשני פסקי דין בנדון דידן, המורה על חובה למיצוי הליכים בטרם פניה לבית משפט זה בעתירה נגד החוק המתקן.

13. גם בעמדת העותרים ובטענותיהם באשר לתחולת ההלכה בדבר חובת מיצוי הליכים על עתירות חוקתיות, אין כדי להצדיק התעלמות מהוראה מפורשת של בית משפט זה, באותו ענין ממש, לרבות בהליך בו העותרים היו צד. אוסיף, כי הטלת חובת מיצוי הליכים בהליך של תקיפת תוקפו של חיקוק בהליכים הקודמים אינה בגדר חידוש בפסיקתו של בית משפט זה –

"מעבר לדרוש אוסיף כי מקובלת עליי גם השקפתם של המשיבים שלפיה עתירות אלו מוקדמות הן בכל הנוגע לשינוי החקיקה, הואיל והיה על העותר לפנות לרשות המוסמכת, ורק אם דרכו לא תצלח שם, פתוחה בפניו הדרך לשוב ולפנות לבית-משפט זה, ובלבד שתהיה בידו

עילה מתאימה" (בג"ץ 3481/02 קריב נ' מדינת ישראל,  
פ"ד נו(6) 869, 873 (2002)).

ובמקום אחר:

"דין העתירה להידחות על הסף... ניתן להוסיף, כי ככל  
שהעותר ביקש להעלות טענות חוקתיות כלליות כנגד  
הסעיף הרי שאף לא נקט בכל פעולה קודמת כנדרש לצורך  
מיצוי הליכים לפני הגשת עתירה לבית משפט זה" (בג"ץ  
5852/13 קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 6  
(1.9.2013)).

וכן לאחרונה:

"לאחר עיון בעתירה ובתגובת המשיבים הגעתי לכלל  
מסקנה כי דינה להידחות על הסף. אכן, טרם יפנה עותר  
לבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, עליו  
לפנות לרשות המוסמכת הרלוונטית... כלל זה תקף גם  
כאשר מדובר בעתירה שעניינה ביטול חוקים או  
תקנות..." (בג"ץ 1381/19 בן-חיים נ' כנסת ישראל, פסקה  
2 (16.7.2019)).

ועוד באותה רוח:

"הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר הסעד המבוקש הוא  
הכרזה על ביטול דבר חקיקה, סעד שלא יינתן בנקל...  
לכך יש להוסיף כי לא קדמה להגשת העתירה פנייה  
למשיבים בגדרי חובת מיצוי הליכים, שעומדת בתוקפה  
אף כשמדובר בעתירה לביטול חוק או תקנות..." (בג"ץ  
2305/20 חברת שופרו סחר בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה  
3 (16.4.2020)).

וכן ראו: בג"ץ 2030/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר המשפטים,  
פסקה 15 (18.3.2020), להלן: ענין התנועה לאיכות השלטון; בג"ץ 4753/20 ארגון  
ברית השחייה נ' מדינת ישראל (23.7.2020) ואחרים זולתם).

14. אכן, עשויים להיות הבדלים בהחלת הכלל בדבר מיצוי הליכים בין עתירות  
המכוונות נגד מעשי מינהל לעתירות התוקפות את תוקפו של דבר חקיקה, נוכח התכליות  
השונות של כלל זה. ואולם אין לקבל כי לכלל בדבר החובה למצות הליכים בטרם פניה  
לבית משפט זה אין תחולה בעתירה התוקפת תוקפו של חיקוק.

אחת התכליות המרכזיות של הכלל בדבר מיצוי הליכים היא לתרום "למיקוד המחלוקת ולצמצום גבולותיה עוד בטרם הפנייה לבית-המשפט", גם אם הפניה המוקדמת לא תחסוך את הצורך בהתדיינות משפטית, וכי "הפנייה לרשות המוסמכת והתשובה המתקבלת בעקבות כך, תורמים לגיבוש תשתית עובדתית ומשפטית המאפשרת לבית-המשפט להפעיל את ביקורתו השיפוטית לפי אמות-המידה החלות על העניין" (בג"ץ 7505/10 ראש מועצת הכפר חרבתא בני-חארת נ' המפקד הצבאי, פסקה 5 (25.7.2011)). תכליות אלה מתקיימות כמובן גם כאשר מדובר בעתירה נגד תוקפו של דבר חקיקה.

"לא בדקדוקי-עניות של פרוצדורה עסקינן, אלא במהות: הסדר הטוב; היעילות; החסכון במשאבים; מיקוד המחלוקת וציוני-דרך לפתרונה; הפעלת שיקול דעת מקצועי; הפריית השיח שבין האזרח לבין הרשות; כיבוד הדדי בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת; כל אלה מחייבים מיצוי הליכים תחילה, וביקורת שיפוטית אחר כך" (בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל, פסקה 8 (24.5.2012)). ודוק, חובת מיצוי ההליכים שרירה וקיימת גם כשמדובר בעתירות הנוגעות לביטול חוקים או תקנות" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בפסקה 15).

15. אשר על כן, העתירה נדחית על הסף. לפנים משורת הדין לא ייעשה צו להוצאות.

ניתן היום, י' באלול התש"ף (30.8.2020).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט