

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

ע"י ב"כ עוה"ד גיל-גן-מור ו/או דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או עודד פלר ו/או גדיר ניקולא ו/או דבי גילד-חיו ו/או
עביר ג'ובראן דכורר ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או
אן סוצ'יו ו/או רוני פלי ו/או רעות שאער

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75 תל אביב 65154
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165
דוא"ל: gil@acri.or.il

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. הממשלה
 2. משרד הבריאות
 3. שירות הביטחון הכללי

באמצעות מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים ולדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע שתקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות זן אומיקרון של נגיף הקורונה החדש), התשפ"ב-2021 (להלן – **התקנות**) – בטלות. כמו כן מתבקש בג"ץ להוציא צו ביניים הקובע כי לא ניתן יהיה לעשות שימוש בתקנות עד להחלטה אחרת. כמו כן מתבקש בג"ץ לקבוע דיון בהול בעתירה.

העתק תקנות שעת חירום מצורף ומסומן ע/1.

להלן הטעמים לצו על תנאי ולבקשות הנ"ל:

1. העותרים הם ארגונים אזרחיים הפועלים להגנה על זכויות אדם. העותרת 1, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, הינה עמותה והיא ארגון זכויות האדם הוותיק בישראל. היא פועלת מזה חמישים שנה להגנה על זכויות האדם, ובכלל זה על הזכות לפרטיות ולחירות. העותרת 2, **מרכז עדאלה**, הוא עמותה שמטרתה היא ההגנה על זכויות האדם בכלל וזכויות האזרחים הערבים בפרט. העותרת 3, **רופאים לזכויות אדם**, הינה עמותה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, שמטרתה לפעול להגנה וקידום זכויות האדם הנוגעות לבריאות בתחומי השליטה של מדינת

ישראל, ובמיוחד סוגיית הנגישות והשוויון בשירותי הבריאות לקבוצות שונות. העותרת 4, **פרטיות ישראל**, היא עמותה העוסקת בהגנה על הזכות לפרטיות. מייסדיה הם חוקרות וחוקרים מהאקדמיה, מתחומי המשפטים, מדעי החברה, מדעי המחשב וההנדסה, ובכירים לשעבר בשירות הציבורי. העמותה פועלת לבצר, לטפח ולקדם את הפרטיות וההגנה על מידע אישי בישראל ואת תפיסת הפרטיות כזכות חוקתית.

2. התקנות מושא העתירה הן **תקנות שעת חירום** שהתקינה הממשלה מכוח סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, שתוקפן לעת עתה הוא עד יום חמישי הקרוב, 2.12.2021. הן מאמצות מנגנון זהה למדי למנגנון שנקבע בתקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (מיום 17.3.2020), ובהחלטת הממשלה בעניין "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש" בהתאם לסעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 שהחליפה אותן (מיום 31.3.2020), וכן בחוק 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 – **חוק מעקבי השב"כ**), שהיווה את המסגרת החוקתית לאיכוני השב"כ מיולי 2020 ועד יוני 2021.

תקנות שעת חירום והחלטת הממשלה מחודש מרץ 2020 עמדו במוקד פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה** (מיום 26.4.2020) (להלן – עניין **בן מאיר**). חוק מעקבי השב"כ והחלטות הממשלה שהוצאו מכוחו עמדו במוקד פסק דינו של בית המשפט בבג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (מיום 1.3.2021) (להלן – עניין **איכוני השב"כ**). העותרים היו בין העותרים גם בעתירות אלו.

3. התקנות מסמיכות את שירות הביטחון הכללי לעשות שימוש באמצעיו כדי לזהות מיקומים של חולי קורונה ושל כל מי שעמדו עמם במגע בשבעת הימים שקדמו למועד חשיפת מחלתם. השב"כ מבצע זאת בהסתמך על מאגר נתוני התקשורת שבשליטתו מכוח סמכותו פי סעיף 11 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן – **חוק השב"כ**). מאגר זה כולל נתונים רגישים ביותר שמועברים מחברות התקשורת וממגוון מקורות נוספים על כלל אזרחי המדינה, וניתן לעבד ממנו מידע רגיש ביותר על מיקומים וקשרים חברתיים.

4. ההבדל המרכזי הוא שבניגוד להסדרים הקודמים שעסקו בכל מי שנמצא חיובי לנגיף הקורונה, התקנות הנוכחיות מאפשרות מעקב רק אחרי חולים בזן אומיקרון. אלא שחשוב להדגיש כי התקנות מתירות להעביר לשב"כ את פרטיו של חולה גם אם תוצאת הבדיקה שלו העלתה **חשד** שהוא חולה בזן אומיקרון אך לא נקבע ממצא מעבדתי בעניין. חשד יכול שייקבע בידי נציג משרד הבריאות (תקנה 1 לתקנות). מכאן שנציג משרד הבריאות יכול להחליט שלגבי כל מי שחלה קיים חשד שהוא חולה בזן החדש.

5. התקנות התקבלו באופן בהול. במוצאי שבת הועלה הנושא לראשונה לדיון וקבינט הקורונה המליץ לעשות שימוש מחדש באיכוני השב"כ. אתמול בבוקר שלחה העותרת 1 מכתב בהול ליועץ המשפטי לממשלה, לראש הממשלה ולשר הבריאות ובו עיקר טענותיה הנכללות בעתירה, וביקשה לא להפר את פסיקת בג"ץ ולא לאשר את האיכוני בתקנות שעת חירום. גם העותרת 4 שלחה מכתב דומה.

העתק המכתב של העותרת 1 מצורף ומסומן ע/2 ושל העותרת 4 מצורף ומסומן ע/3.

6. ביום 28.11.2021 מיהרה והחליטה הממשלה לאמץ את המלצת קבינט הקורונה, לצד צעדים נוספים, הקשורים בעיקר לכניסה ויציאה מישראל. ההחלטה התקבלה תוך חילוקי דעות בממשלה, כאשר ארבעה שרים התנגדו ושלושה נמנעו. תוך דקות מהחלטת הממשלה כבר פורסמו התקנות ברשומות ונכנסו לתוקף באופן מיידי. עד עתה לא נמסרה כל התייחסות מטעם המשיבים לפניית העותרות. מכאן שאין מנוס מעתירה דחופה ולא ניתן להמתין עוד לתגובת המשיבים, שכן די בכך כדי שהתקנות הלא חוקיות יסיימו את דרכן ותסוכל האפשרות להעמידן לביקורת שיפוטית.
7. מכיוון שבית המשפט הנכבד דן בחוקיות ההסדרים הכלולים בתקנות בהרחבה בשני פסקי הדין, לא נחזור על כלל הטענות החוקתיות של העותרים, שכבר נדונו, כלפי הפגיעה של איכוני השב"כ, אלא נתמקד בהיבט של הסמכת השב"כ בתקנות לשעת חירום.

הסמכת השב"כ שלא בחקיקה – הפרה בוטה של פסיקת בית המשפט

8. השאלה האם רשאית הממשלה להסמיך את השב"כ בהחלטה מינהלית של הממשלה ולא באמצעות חקיקה נדונה בהרחבה בעניין **בן-מאיר**. באותה פרשה דן תחילה בית המשפט בתקנות שעת חירום הדומות לתקנות מושא עתירה זו. התקנות התקבלו ביום 17.3.2020 והוגשו נגדן עתירות, בין היתר על ידי כמה מהעותרים דכאן. לאחר הדיון שהתקיים כבר ביום 19.3.2020 בעתירות, הוצא בהן צו-ביניים ובו נקבע ביחס לתקנות השב"כ כי "ככל שעד יום שלישי, 24.3.2020 בשעה 12:00 לא תוקמנה על ידי הכנסת הוועדות הרלוונטיות כדי לאפשר פיקוח פרלמנטרי על תקנות אלה, לא ניתן יהיה לעשות כל שימוש בסמכויות המוקנות על פיהן מאותו מועד ועד להחלטה אחרת", וכן צומצמה תחולת הסמכות בתקנות השב"כ לחולים מאומתים בלבד, ולא למי שיש חשד שהוא חולה (ר' עניין **בן מאיר**, בפסקה 2).
9. בעקבות צו הביניים המותנה הנ"ל, ביום 23.3.2020 מינתה הכנסת החדשה ועדות זמניות, לרבות ועדת החוץ והביטחון הזמנית. בעקבות כך הודיעה הממשלה לבית המשפט הנכבד ביום 24.3.2020 על ההחלטה שקיבלה, בהתאם לסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ – החלטה מספר 4916 בעניין "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש". סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ מתיר לממשלה להסמיך את השב"כ ל"פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". לכן הודיעה הממשלה, כי בכוונתה להעביר את ההחלטה לאישור ועדת המשנה לעניני השירות, שהיא ועדת המשנה למודיעין ולשירותים החשאיים של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (להלן – **ועדת המשנה**), ובכך להסמיך את השב"כ לבצע חקירות אפידמיולוגיות ולאתר אנשים שבאו במגע עם חולים.
- ביום 31.3.2020 אישרה ועדת המשנה את החלטת הממשלה (להלן – **החלטת ההסמכה**).
- ביום 5.4.2020 תיקנו העותרות את עתירותיהן וביקשו לפסול את החלטת ההסמכה בטענה שהסמכת השב"כ אינה עונה לתנאים של סעיף 7(ב)(6) והיא אינה מידתית, וכן כי המסלול שנבחר פסול. ביום 16.4.2020 התקיים דיון בארבע העתירות.
- ביום 26.4.2020 קיבל בית המשפט הנכבד את העתירות, וקבע כי לא ניתן להמשיך להשתמש בשב"כ מכוח החלטת ההסמכה מעבר ליום 30.4.2020, וכי אם הממשלה רוצה להמשיך ולהסתייע בשב"כ, יש לעגן זאת בחוק.

10. בית המשפט הנכבד פסק כי בעת שהתקבלה החלטת ההסמכה ניתן היה לקבלה הן במישור המהותי והן במישור ההליכי. במישור המהותי ניתן בג"ץ את המונח ביטחון לאומי וקבע סייגים חשובים לשימוש בהחלטת הסמכה מכוח סעיף 7(ב)6. במישור ההליכי, נפסק שהממשלה יכולה הייתה לקבל הסדר שפוגע בזכויות חוקתיות ומהווה הסדר ראשוני מובהק בהחלטת ממשלה, רק משום שהממשלה טענה לקיומה של סכנה חמורה ומיידית לאזרחיה ולתושביה של מדינת ישראל.

בית המשפט הדגיש את הנסיבות הייחודיות והחריגות שנוצרו בראשית המגיפה, ובמיוחד בהינתן סד הזמנים שהוכתב נוכח התפשטותו המהירה של נגיף הקורונה, שלא איפשרו לקדם חקיקה ראשית לצורך הסדרת תפקידו של השב"כ במסגרת המשבר. בנסיבות אלו נקבע שניתן היה להפעיל את הסמכות מכוח סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ.

אולם, בחלוף שבועות ספורים נפסק שככל שידרש המשך מעורבות השב"כ לצורך בלימת המגפה על הממשלה לפעול לעיגון הבסיס למעורבות כזו בחקיקה ראשית, על מנת לאפשר את השתתפותם של חברי הכנסת מכלל סיעות הבית בהכרעות הנוגעות לסוגיה זו.

11. בשורה התחתונה פסק בג"ץ כי לא ניתן עוד להמשיך ולהסמיך את השב"כ בהחלטת ממשלה אלא יש צורך לפעול על בסיס הסמכה מפורשת בחוק ראשי של הכנסת. חוק כזה חוקק בתחילת יולי 2020 כאמור, אך בינתיים הוא פקע ולא הוארך.

12. לאור פסק הדין בעניין **בן מאיר** וההנחיה המפורשת שניתנה לו נאסר על הממשלה לעשות שימוש בתקנות שעת חירום לצורך הסמכת השב"כ. מדובר בהפרה בוטה של פסק הדין.

אין בנסיבות הקיימות כדי לשנות את ההלכה שנקבעה בעניין **בן מאיר**. אדרבא – מצבה של ישראל וההערכות שלה להתמודדות עם המגיפה הן עשרות מונים טובות יותר מאשר היה באפריל 2020 עת פסק בג"ץ שהסמכת השב"כ מחייבת חקיקה. במרץ 2020 עמד העולם בפני הלא נודע. נגיף שלא ידעו מה טיבו, מה רמת מסוכנותו, ולא נערכו לו. בישראל לא היה אז מערך אפידמיולוגי הולם מגיפה בסדר גודל שכזה לאיתור מגעים, לתחקור חולים ולקטיעת שרשראות הדבקה, בתי החולים לא היו ערוכים לטפל בחולים, לא היה מערך הולם של בדיקות, לא היו תרופות ולא היו חיסונים. אלו היו נסיבות קיצוניות ומיוחדות שגם בהן קבע בית המשפט הנכבד שהיה מותר להסמיך את השב"כ ללא חקיקה רק לתקופה קצרה ומוגבלת.

13. לא זה המצב כיום. גם החשש מווריאנט אומיקרון לא מצדיק צעדים שרומסים זכויות חוקתיות בתקנות שעת חירום, וגם לא ניתן כל נימוק רפואי לקיומה של סכנה שמחייבת התקנת תקנות שעת חירום ולא מאפשרת אפילו גיבוי חקיקה, בהליך מהיר. גם **בהצהרה שפרסם אתמול ארגון הבריאות העולמי** נכתב כי אין כל עדות עד עתה שהזן החדש אליו יותר או שהחיסונים לא מונעים מחלה קשה ממנו ואף אין עדות כי הזן מדבק יותר מקודמיו. בעת הגשת העתירה יש בישראל שני מאומתים בזן אומיקרון.

14. יודגש כי גם אם מדובר בזן שמתפשט במהירות רבה יותר ומהווה סיכון רב יותר לבריאות הציבור, למרבה הצער אין אמצעי אחד שימנע את הסכנה. לאור הניסיון הרב שנצבר הסמכת השב"כ לא תהווה גורם משמעותי במניעת התפשטות הזן, מסקנה שהובילה גם את בית המשפט הנכבד לפסול את המשך השימוש באיכונים. במשך התקופה הארוכה שבה פעלו האיכונים השב"כ איתר באופן

בלעדי רק כמות קטנה של חולים. כמחצית מהחולים לא אותרו כלל ומבין אלו שאותרו הרוב המכריע אותר על ידי החקירות האנושיות (ר' פסק דינו של השופט עמית בעניין **איכוני השב"כ**).

15. יתר על כן, התקנות לוקות בכשלים פנימיים בוטים. ראשית, אם משרד הבריאות רציני לגבי מיקוד האיכוני בחולי זן אומיקרון בלבד, הרי שעד שניתן יהיה להעביר את נתוניו של חולה לאיתור מגעים יעבור זמן רב. הזמן כולל את התקופה שבה החולה מדבק אך לא חש תסמינים ולכן לא נבדק, את הזמן שלוקח בין הרגע שבו הוא הולך להיבדק ועד שמתגלה כחולה קורונה עם ממצא מעבדתי, ואת הזמן שלוקח עד שניתן לפענח את הרצף הגנטי של הווירוס כדי לדעת שהוא אכן מזן האומיקרון, ואת הזמן שלוקח לשב"כ לאתר את מגעיו ולהחזיר את רשימת המגעים למשרד הבריאות. משך זמן זה יכול לקחת ימים לא מעטים, שבהם בינתיים החולה כבר הדביק אחרים והם המשיכו והדביקו מעגלים נרחבים. אם היה צידוק לשב"כ הוא המהירות, אבל נראה שבמתווה המוצע השימוש בשב"כ אינו אמצעי מתאים להשגת התכלית וחקירה אפידמיולוגית היא הכלי המהיר והיעיל.

16. זאת ועוד, בניגוד לעבר כיום מחוסנים פטורים מבידוד מניעתי, ובינתיים לא התקבלה החלטה אחרת, ולכן מעקב מגעים שיאתר מחוסנים ממילא לא יוביל לבידודם ולקטיעת שרשראות הדבקה, ונראה שמדובר באמצעי רחב יתר על המידה שפולש לפרטיותם של אזרחים מחוסנים שלא נדרשים לבידוד. כעת משרד הבריאות מתכוון לבקש מאנשים שנמצאו במגע להיבדק, אך אין חובה בדין על אזרחים להיבדק ואין דרך לאכוף את זה. שינוי מדיניות זו, אם יתרחש, משמעו שינוי תפיסה משמעותי, שכן הפטור מבידוד היווה את אחד התמריצים המשמעותיים להתחסנות.

17. לסיכום – באפריל 2020, עם כל המורכבות וההתמודדות תוך כדי למידה של המגיפה, וללא חיסונים, הורה בג"ץ לממשלה לא להסמיך את השב"כ בלי חוק, ולכן אין כל אפשרות לעשות זאת בנובמבר 2021 כאשר הממשלה ערוכה היטב להתמודדות עם המגיפה, גם כאשר יש זן חדש, ואפילו היה מתגלה שהוא עמיד לחיסון. לא חל כל שינוי מהותי בנסיבות ומדובר **בהפרה בוטה וקשה של צו שיפוטי מפורש**.

הסמכת השב"כ למעקב שלא בנסיבות שהוחרגו בפסיקת בית המשפט – הפרה בוטה של פסה"ז

18. מעבר להפרה הבוטה של פסק הדין בעניין **בן-מאיר**, בהסמכת השב"כ בתקנות שעת חירום ולא בחקיקה, יש פה גם הפרה בוטה של פסק הדין בעניין **איכוני השב"כ** שבו פסק הרכב מורחב של בית המשפט כי ניתן להמשיך ולהסמיך את השב"כ רק בשני מצבים: כאשר החולה לא משתף פעולה או שהוא מדווח על אפס מגעים.

19. בניגוד לפסיקה המפורשת ממרץ האחרון, התקנות מתירות לבצע מעקב גם אחר חולה קורונה בזן אומיקרון או מי שחשוד שיש לו זן זה, ואחר כל מי שהיה עמו במגע, גם אם החולה משתף פעולה עם תחקור אפידמיולוגי ומוסר על מגעים שקיים.

20. פסק הדין של בית המשפט הנכבד בהרכב המורחב ניתן ברוב של ששה שופטים מול עמדת מיעוט אחת, כאשר בית המשפט היה מודע לכך שייכתנו זנים חדשים ומדבקים יותר, טענה שעלתה במפורש בטענות המשיבים. אין צורך במסגרת עתירה זו לחזור ולצטט את פסק הדין הארוך, שבסופו החלטה חד משמעית שלא ניתן להמשיך את האיכוני למעט באותן נסיבות חריגות.

עוד יודגש, כי צו על תנאי שזהה לצו המוחלט שניתן הוצא על ידי בית המשפט עוד בנובמבר 2020 כשלא היו חיסונים, כך שגם אין קשר לשאלה האם החיסון יעיל באותה רמה מול הזן החדש או לא. בית המשפט נשען בהחלטתו על בחינה יסודית של יעילות האיכונים מצד אחד, מול הפגיעה שלהם מצד שני ופסק מה שפסק.

מכאן שהתקנות מפרות ברגל גסה את פסיקת בית המשפט גם במישור המהותי.

21. אין אלא לחזור ולהדגיש כמה המשטר הדמוקרטי ושלטון החוק תלויים בכיבוד פסקי הדין של בג"ץ, וכפי שקבעה הנשיאה בבג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת** (מיום 25.3.2020):

"כיבוד שלטון החוק הוא יסוד המסד בכל משטר דמוקרטי והוא נבחן, בין היתר, בציות להחלטות וצווים שיפוטיים. חובת ציות זו מוטלת על הציבור כולו ורשויות השלטון אף הן אינן פטורות ממנה. אדרבא, על רשויות אלה מוטלת חובה כפולה ומכופלת לציית להחלטות ולצווים שיפוטיים והמשפט הישראלי, על מכלול ההסדרים הקבועים בו בהקשר זה, אימץ את הגישה הרווחת במשפט המקובל המייחסת חזקת לגימות לרשויות השלטון. ההנחה שביסוד חזקה זו היא כי פסק דין שניתן נגד המדינה יקוים כדבעי (אורי אהרונסון "אי-קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית" משפט ועסקים יט 1271, 1285 (2016)). על הסכנות הטמונות באי-קיום צווים שיפוטיים על ידי רשויות השלטון כבר עמד בית משפט זה בציינו:

"מדינה שבה רשות שלטונית נוטלת את החוק לידיה - ברצותה, מקיימת צו שיפוטי שניתן נגדה, וברצותה מתעלמת ממנו, היא מדינה שזרעים בה זרעי פורענות ואנרכיה, ומתפתחת בה תרבות מסוכנת של שלטון כח ושרירות. רשות שלטונית היא נאמן הציבור, אשר "משלה אין לה ולא כלום" (בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971)). ככזו, היא אמורה לשמש אות ומופת לכיבוד החוק ושלטון החוק. עיני הציבור נשואות לרשויות השלטון ולנושאי המשרה בהן. כיבוד ערכי החוק והמשפט, ופיתוח מסורת של הגנה על ערכי שלטון החוק מושפעים מהתנהגותם. אי קיום הדין, ואי ציות לפסקי דין על ידי רשות שלטונית טומנים בחובם פגיעה ערכית עמוקה לא רק בתשתית הפורמלית של סדרי השלטון והמשטר, אלא גם בליבה של המסורת ותרבות השלטון הראויה, המשמשים דוגמא ומופת להתנהגות הראויה של הפרט בחברה" (בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי - התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, 602-603 (2008))."

22. אם ממשלת ישראל מתעלמת, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, משני פסקי דין מפורשים שהופנו אליה והגבילו אותה, מה יגיד האזרח הפשוט?

התקנות לא חוקיות ולא מידתיות

23. גם אם בית המשפט יקבע שהתקנות לא סותרות את הפסיקה בעניין **בן מאיר** ובעניין **איכוני השב"כ**, יש לפסול את התקנות לגופן.

24. **ראשית**, אם אכן סבורה הממשלה כי הסכנה הנשקפת לבריאות הציבור זהה לנסיבות שהיו במרץ 2020 ועולה כדי סכנה לביטחון הלאומי, ולא ניתן להמתין לחקיקה, אז היה עליה לכל הפחות לנקוט בהליך מכוח סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ, ולהבטיח ביקורת פרלמנטרית כלשהי על ההחלטה, ולא לנקוט בתקנות שעת חירום שמתבצעות ללא פיקוח פרלמנטרי. דיון פרלמנטרי היה לפחות מאפשר דיון ציבורי מינימאלי, בהנחה שהיו פותחים את דיוני ועדת החוץ והביטחון להשתתפות הציבור כפי שנעשה בסיבוב הקודם. חברי הכנסת היו יכולים לשמוע קולות נוספים ולהחליט האם הממשלה קיבלה החלטה ראויה או לא. בתקנות שעת חירום הדיון הוא לחלוטין פנים ממשלתי והשרים לא חשופים למגוון נתונים ודעות.

25. **שנית**, לעמדת העותרים לא מוסמכת הממשלה להתקין תקנות שעת חירום שעה שקיים חוק ספציפי שעוסק בסמכויות הטיפול במגיפה – חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), תש"ף-2020.

26. **שלישית**, בכל מקרה לא מתקיימים בענייננו נסיבות המצדיקות שימוש בכלי של תקנות שעת חירום. במדינת ישראל הוכרז מצב חירום מיום הקמתה, וההכרזה על מצב חירום נמשכת מאז ברציפות בהחלטות של הכנסת, כיום מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה (ר' בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** 8.5.2012)). ההכרזה מתירה לממשלה להתקין תקנות שעת חירום לתקופה של עד שלושה חודשים (סעיף 39 לחוק היסוד). תקנות שעת חירום הפוגעות בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו במקרה דנן, כפופות לפיקוח ההגבלה, כמצוות סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שקובע: "בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשליטה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש" (ר' גם דפנה ברק-ארז "חוקה למצבי חירום" **ספר שלמה לוי** 671 (2013)).

בעניין **פריצקי** פסק בית המשפט הנכבד, כי "התקנתן של תקנות שעת חירום הוא עניין חמור. החומרה נובעת מתוך כך שתקנות שעת חירום – שהן בגדר של חקיקת משנה – כוחן יפה "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים..." (סעיף 39(ג) לחוק-יסוד: הממשלה). כוח זה של תקנות שעת חירום פוגע בשני עקרונות בסיסיים של כל משטר דמוקרטי: עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק (המהותי)" (בג"ץ 6971/98 **פריצקי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(1) 763 (1999)). לכן נפסק, כי לא די בכך שבמדינה קיים מצב של חירום. זהו תנאי הכרחי אך לא מספיק להתקנתן של תקנות שעת חירום. נפסק שהשימוש באמצעי של התקנת תקנות שעת חירום אינו עומד במבחן המידתיות אם הממשלה יכולה לעשות שימוש בכוחה לפנות לכנסת לחקיקתה של חקיקה ראשית. בנוסף, החלטתה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום צריכה להתקבל לתכלית ראויה. האמצעים שתקנות שעת החירום נוקטות צריכים להיות מידתיים (שם, ור' גם בג"ץ 5314/20 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (מיום 10.1.2021)).

27. בענייננו אין מניעה לפעול להליך של חקיקה, ולמעשה – הממשלה הודיעה כבר שהיא מניעה הליך כזה שאמור לקחת ימים ספורים. ייתכן והממשלה חוששת שלא יהיה רוב למהלך ולכן הקדימה והתקינה תקנות שעת חירום. בתקנות שעת חירום שהותקנו במרץ טענה הממשלה שלא היה מנוס

מהתקנתן שכן הכנסת שזה אך נבחרה טרם הקימה ועדות זמניות ולכן לא הייתה אפשרות לקדם חקיקה. אולם עתה הכנסת מתפקדת ויש ממשלה מתפקדת ולא ממשלת מעבר.

בנוסף, כבר פסק בית המשפט הנכבד בעניין **איכוני השב"כ** כי הפגיעה הכרוכה בהסמכת השב"כ לא מידתית, ופוגעת הן בזכות לפרטיות והן בזכות לחירות ובזכות לכבוד. בית המשפט דן לעומק בנושא ומצא כי נימוקי המדינה לא משכנעים וכי התועלת השולית של ההסתמכות על איכוני שב"כ השב"כ לא רבה ונזקה גדול מהתועלת. שימוש בתקנות שעת חירום לא יכול להתגבר על הקביעה כי תוכנן פוגע פגיעה לא מידתית בזכויות חוקתיות.

אמנם במקרה זה כביכול צומצמה הפגיעה בשל צמצום המעקבים הכופים רק למי שחולה בזן אומיקרון וכל מי שבא עמו במגע, אך כפי שצינו מדובר גם במי שחשוד כחולה בזן, ומכאן שיש להניח שתוך זמן קצר רוב החולים יועברו לשב"כ ולו מתוך גישה של זהירות מונעת. בנוסף, העובדה כי משרד הבריאות דרש להמתין עד לריצוף גנטי של הווירוס שהתגלה בחולה ממילא הופכת את האמצעי לחסר אפקטיביות במניעת מעגלי הדבקה, וכך גם העובדה שלעת עתה מי שכבר יעלה כמי שהיה במגע עם חולה בזן אומיקרון והוא מחוסן, כלומר – מרבית האוכלוסייה, לא נדרש בכלל להיכנס לבידוד ויכול להמשיך להסתובב ולהדביק. יודגש כי רוב הלא מחוסנים הם ילדים שלגביהם ממילא אין איכוני שב"כ כי הם לא נושאים מכשיר סלולארי. אם יוחלט על חובת בידוד למחוסנים שנפגשו עם חולה בזן החדש, שעשוי להשתלט, הרי הדבר יהיה כרוך בהפרת התחייבות משרד הבריאות לציבור כי חיסונים מאפשרים הימנעות מבידוד ופגיעה קשה באמון הציבור.

לעומת זאת, כל הנזקים החוקתיים והדמוקרטיים של שימוש בכלי השב"כ למטרות אזרחיות וההתרגלות אליו לא רק שלא שונים במקרה דנן, אלא הם רק מתחזקים שעה שהממשלה מחזירה בבהילות, תוך יום, ובתקנות שעת חירום, את השב"כ לטיפול במשבר אזרחי, בשעה שאין גל תחלואה במדינה, שרוב אוכלוסייתה מחוסנת, ועוד לפני שנקטו צעדים רבים אחרים כמו מניעת התקהלויות. הממשלה מוכיחה כי מדובר באמצעי הראשון ולא האחרון, והיא לא מתייחסת אל השימוש בכלי של השב"כ בחרדת קודש, אלא כעוד כלי רגיל שבאמתחתה.

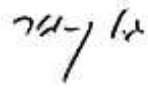
28. לפני סיום נחזור על דברי הנשיאה חיות כי "השימוש בכלים אשר פותחו במטרה להילחם בגורמים עוינים והפנייתם כלפי אזרחי ותושבי המדינה שאינם מבקשים להרע לה, הוא מהלך העשוי להדיר שינה מעיניו של כל שוחר דמוקרטיה" (עניין **בן מאיר**, פסקה 38).

לאור כל האמור נבקש:

- א. להוציא **צו על תנאי** כמבוקש.
- ב. לקיים **דין בהול** בעתירה.
- ג. להוציא **צו ביניים** המונע את השימוש באיכוני השב"כ עד להחלטה אחרת. לאור העובדה כי השימוש באיכונים כבר נפסל בבג"ץ, כמו גם השימוש בהחלטות ממשלה ללא הסמכה מפורשת בחקיקה, סיכוי העתירה גבוהים ומאזן הנוחות נוטה בבירור להקפאת המצב שהיה ערב התקנת התקנות, עד לבירור הנושא בבית המשפט. בינתיים עומדת לממשלה האפשרות לברר מגעים באמצעות מערך מנוסה מאוד של מתחקרים, והיא יכולה לבקש מחולים גם לנדב את מיקומיהם באמצעות שימוש בהיסטוריית המיקומים של הנייד שלהם, גם בלי כפייה.

מנגד, כבר נקבע בעניין איכוני השב"כ שלשימוש בשב"כ מחירים גבוהים וקשים המתבטאים בשיעור גבוה מאוד של איכונים שגויים ולא מדויקים, בידוד יתר ופגיעה באמון הציבור.

29 בנובמבר 2021



גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ העותרים