



www.adalah.org

תפקוד בג"ץ במצבי חירום

קריאה בהחלטות
בית המשפט העליון
בתחילת משבר הקורונה

מאיסאנה מוראני

אוגוסט 2021

תוכן עניינים

1	1. מבוא
4	2. הגל הראשון של הקורונה
4	2.1 התפרצותה של המגפה
6	2.2 המצב המשפטי
9	3. ניתוח כמותני של פסקי הדין
9	3.1 דיונים
9	3.2 צווים
10	3.3 משך הטיפול בעתירות
11	3.4 אורך פסקי הדין
12	3.5 עמדות מיעוט וזהות השופט העיקרי בתיק
12	3.6 תוצאת ההליכים
15	4. ניתוח איכותני של פסקי הדין
15	4.1 סמכויות הממשלה במצב חירום
18	4.2 ההגנה על זכויות אדם
18	4.2.1 עתירות נגד ההגבלות שהוטלו על ידי הממשלה
21	4.2.2 הזכות לבריאות
25	5. סיכום ומסקנות

תפקוד בג"ץ במצבי חירום

קריאה בהחלטות בית המשפט העליון בתחילת משבר הקורונה

The Israeli Supreme Court and the COVID-19 Emergency
قراءة في قرارات المحكمة الإسرائيلية العليا في بداية أزمة الكورونا

© **עדאלה** - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת.ד. 8921 חיפה 3109001

הודפס בחיפה, אוגוסט 2021

כתיבה: **מאיסאנה מוראני**

עזרה במחקר: **מאי דיאב, עדן טאטור ומאיר עבדאללה**

עריכה לשונית: **ד"ר נעמי הגר**

1 מבוא

התפרצות נגיף הקורונה הולידה מצב חירום מיוחד שהעולם לא חווה כדוגמתו מאז השפעת הספרדית לפני כמאה שנה. בדומה לכל מצב חירום, הציבה המגפה אתגרים רבים בפני השמירה על זכויות אדם. שכן, במצב דברים זה ובשם האיום הצפוי לחיי אדם והצורך בפעילות מהירה ונחושה, אצה הדרך אל הפנייה להסדרים של עתות חירום ולשימוש באמצעים החריגים במקום לבחון אמצעים מידתיים יותר ופוגעניים פחות בזכויות אדם ובשלטון החוק. במציאות זו עולה חשיבותה של הביקורת השיפוטית על פעולות הרשות המבצעת, הן לנוכח האמצעים הדרקוניים אשר עומדים לרשותה ופוטנציאל הפגיעה הרב בזכויות אדם; הן לנוכח ריכוז האמצעים בידיה של קבוצה מצומצמת בתוך הרשות המבצעת; הן לנוכח הפעלת כלים אלו על ידי רשויות המנהל, ללא הליך חקיקה או ביקורת פרלמנטרית ואף ללא ביקורת ציבורית ראויה.

במדינת ישראל, הפנייה להסדרים של עת חירום הייתה הבחירה הראשונה והמיידית ובמשך חודשים היא הייתה הכלי העיקרי להתמודדות עם הקורונה. פנייה זו נסמכה על הכרזת החירום הקיימת ושרירה בישראל מאז שנת 1948, "הכרזת החירום הביטחונית", וזאת למרות שמדובר במשבר בריאותי בעל אופי אזרחי. במהלך השנים, נעשה בעטייה של אותה הכרזת חירום ביטחונית שימוש בכלים מגוונים אשר התלוותה אליהם פגיעה חמורה בזכויות אדם, בעיקר של הפלסטינים. גם הפעם, ולמרות אופיו האזרחי של המשבר, די מהר נעשה שימוש באמצעים המיוחדים של השב"כ למעקב שלטוני ופולשני לחיי הפרט. "ביטחוניזציה" זו של משבר אזרחי השתקפה גם בתפקידים השונים שהיו לגופי הבטחון השונים בניהול המשבר החל ממעורבותם בהקמה של הגופים אשר ניהלו את המשבר ותכללו את עבודת הממשלה, וכולי בעובדה כי פיקוד העורף הופקד על מלונות הבידוד וחייליו חילקו מזון ותרופות לציבור.¹

1 גופי הביטחון השונים היו מעורבים בהקמה של הגופים אשר ניהלו את המשבר: המועצה לביטחון לאומי תכללה את עבודת הממשלה; מרכז השליטה הלאומי למאבק בקורונה הינו יוזמה של המוסד והצבא ומרכז המידע והידע הלאומי שהוא גוף הידע המרכזי של המשלה הוקם ביוזמת אגף המודיעין בצבא (ראו: main.knesset.gov.il/Activity/committees/CoronaVirus/Documents/coronareport-final.pdf).

בעוד רוב השיח בציבור הישראלי בתקופה זו התמקד באיזון בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת – בצילן של ארבע מערכות בחירות ואי-יציבות שלטונית – תשומת לב פחותה הופנתה לצלע השלישית של מערכת האיזונים והבלמים, בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. אכן, במשך השנים ביקורת רבה נמתחה על התפקיד שמילא בית המשפט בהכשרה של פגיעה בזכויות אדם, בעיקר של פלסטינים בשם של "מצב חירום" ומשיקולי בטחון. חקיקת חירום שהותקנה על ידי הבריטים – תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 – שכבר עם חקיקתם נתפסו כדרקוניות וקיצוניות ונמתחה עליהם ביקורת חריפה,² הוכשרו על ידי בג"ץ והיו את הבסיס להחלת ממשל הצבאי על האזרחים הפלסטינים עד שנת 1966.³ מאז 1967 הן מהוות את הבסיס המשפטי לממשל הצבאי שחל על השטחים הפלסטינים שנכבשו בשנת 1967. למעשה מדינת ישראל מפעילה תקנות חירום במשך התקופה הארוכה ביותר בעולם מאז סיום מלחמת העולם השנייה. מצב החירום בתקופת הקורונה שבאופיו הוא מצב חירום אזרחי, מעלה את השאלה האם בג"ץ יתערב בשיקולי הרשות המבצעת או שהוא ישעה את מעורבותו על בסיס המסורת השיפוטית ארוכת השנים אשר העניקה לרשות המבצעת שיקול דעת כמעט מוחלט בשם "מצב החירום". דו"ח זה יבחן את מידת מעורבותו של בג"ץ בתקנות שעת חירום שהתקינה הממשלה בעניין הקורונה.

נציין כבר בשלב זה כי סוגיות הנוגעת לפגיעה בזכויות של הפלסטינים נכחו ובעוצמה רבה במצב החירום האזרחי. עיון בעתירות שהוגשו בתקופה הנבחנת כאן מעלה כי עתירות עיקריות ועקרוניות שהוגשו לבג"ץ הם של אזרחים ערבים וכנראה לא במקרה שארגון עדאלה היה בין ארגוני זכויות האדם המובילים שעסקו בייצוג משפטי באותה התקופה. ההשפעה של המדיניות הממשלתית להתמודדות עם המגפה הייתה שונה בנוגע לאוכלוסייה הפלסטינית, זאת בנוסף להזנחה וההפליה ההיסטורית של היישובים הערבים שסבלו מהעדר תשתיות רלבנטיות. עתירות רבות הנוגעות לשמירה על זכויות הפלסטינים הגיעו לבית המשפט העליון וביניהן: הנגשת בדיקות קורונה לבדואים בנגב ולתושבי מזרח ירושלים בשכונות שמעבר למחסום הפרדה וכן בעזה; הקמת מתקני בידוד לנשים בדואיות בכפרים הלא מוכרים בנגב; שמירה על זכויות אסירים המסווגים כביטחוניים בבתי כלא ישראליים; הזכויות של העובדים הפלסטינים העובדים בישראל בעיקר בענף הבנייה; הבטחת גישה ללימודים מרחוק של ילדים בכפרים הלא מוכרים בנגב.⁴

היום, כשנה לאחר סיום הגל הראשון של הקורונה, כאשר כמעט כל העתירות שהוגשו בתקופה הנבחנת בדו"ח כבר הוכרעו, נקודת זמן זו מאפשרת לבחון את תפקודו של בית המשפט העליון בהגנה על זכויות אדם במצב החירום שנוצר בעקבות הקורונה: האם בית המשפט הגן על זכויות אדם בתקופה זו ועל שלטון החוק כתנאי הכרחי, אם כי לא מספק, לשמירה עליהן; ומה היה תפקודו בהליכים שביקשו ליתן סעדים המגינים על זכויותיהם של אזרחים הנמנים על הקבוצות הפגיעות באוכלוסייה בעת המשבר.

2 לא למותר לציין כי למרות השם שלהן שעלול להטעות, תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אינן תקנות שעת חירום אלא דבר חקיקה מנדטורי אשר נקלט לתוך המשפט הישראלי, במעמד של חקיקה ראשית, באמצעות פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

3 בג"ץ 7/48 אל כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב 5 (1949).

4 עוד על השפעת הקורונה של הפלסטינים אזרחי ישראל ראו את הדו"ח של עדאלה לדווחים המיוחדים של האו"ם אשר זמין בקישור הבא: https://www.adalah.org/uploads/uploads/Adalah_UN_COVID-19_Report_with_Major_Findings_16.07.20.pdf

הדו"ח דן בהתנהלות בג"ץ בתקופת הגל הראשון של התפרצות הנגיף. לצורכי דו"ח זה, הגל הראשון כולל את התקופה שבה ההתמודדות של ממשלת ישראל עם נגיף הקורונה התנהלה שלא באמצעות חקיקה ראשית, אלא בתקנות שעות חירום וכן בצווים, מכוח פקודת בריאות העם 1940, הנופלים תחת סמכותם של שר הבריאות ומנכ"ל משרדו. מבחינת ציר הזמן, דו"ח זה התמקד בתקופה שראשיתה ביום 27.1.2020, יום חתימת שר הבריאות על צו לפי פקודת בריאות העם המוסיף את נגיף הקורונה לרשימת המחלות בעלות חשיבות בין-לאומית המחייבות הודעה מיידית, וכולל את העתירות שהוגשו עד יום 31.8.2020 וההתפתחויות שהיו בהן עד מועד פרסומו של דו"ח זה.

במסגרת סקירה זו איתרנו 88 הליכים שהוגשו לבג"ץ בגל הראשון של הקורונה.⁵ העתירה הראשונה הוגשה ביום 23.2.2020 נגד החלטה לבודד את התיירים החולים מדרום קוריאה במתקן צבאי ישן בהתנחלות הר גילה.⁶ העתירה האחרונה על ציר הזמן הנבחן אשר הוגשה ביום 17.8.2020, היא עתירה של 180 אזרחים נגד ההפגנות בתקופת הקורונה, בין היתר בטענה שהפגנות אלה מפרות את המגבלות החלות מכוח ההסדרים הנוגעים למגפת הקורונה.⁷

הדו"ח מתמקד בעתירות לבג"ץ.⁸ בחנו עתירות הקשורות להשלכות של התפשטות נגיף הקורונה ולהתמודדות של הממשלה עם הנגיף והשלכותיו, בין אם במעשה או במחדל. לא כל העתירות האלה העלו בהכרח סוגיות אשר חסות תחת ההגנה על זכויות אדם ושל שלטון החוק, אלא לנושאים אשר העותרים חשבו שיש להביא אותם לביקורת שיפוטית. איתור העתירות נעשה על ידי חיפוש במאגר של בית המשפט העליון לפי סוג הליך, לפי תאריך (27.1.2020-31.8.2020), לפי פרטים מזהים (פסק הדין, אם ניתן, לפי זהות המשיבים וכד') או לפי מידע חיצוני (כתבות בעיתונות ופרסומים שונים) המלמדים כי העתירה קשורה במהותה, ולו באחד מסעדיה, למאבק בנגיף.⁹ יודגש כי עתירות מספר לא נכללו בסקירה, כיוון שלא עלה בידינו לברר אם הן קשורות לקורונה או לאו.¹⁰

5 מספר זה משקף את מספר ההליכים הנפרדים אשר התקיימו. דהיינו, עתירות אשר אוחדו, נספרו פעם אחת בלבד.

6 בג"ץ 1430/20 הר גילה אגודה שיתופית בע"מ נ' שר הבריאות (אר"ש 23.2.2020).

7 בג"ץ 5716/20 מוסלי נ' ראש ממשלת ישראל (אר"ש 26.8.2020).

8 למעט הליך אחד של החלטה בבקשת רשות ערעור על החלטה של בית המשפט לעניינים מנהליים, מאחר שהיא צוטטה בפסקי דין רבים אשר נכללו בסקירה: בר"מ 2199/20 פשה נ' משרד הבריאות (אר"ש 24.3.2020).

9 החיפוש בוצע באתר הרשות השופטת הזמין בקישור הבא:
<https://supreme.court.gov.il/Pages/fullsearch.aspx>

10 למשל עתירות שנחקרו בהיעדר החלטה מהותית של בימ"ש או עתירות שהוגשו בצמוד למועד סיום הסקירה, ועל כן טרם הייתה החלטה אשר אפשרה להבין את תוכן העתירה וכד'.

2 הגל הראשון של הקורונה

2.1 התפרצות של המגפה

ביום 27.1.2020 חתם שר הבריאות, יעקב ליצמן, על צו אשר הוסיף את נגיף הקורונה החדש (Covid-19) לרשימת המחלות המידבקות בעלות חשיבות בין-לאומית המחייבות הודעה מיידית.¹¹ בכך נסללה הדרך, מבחינה משפטית, להפעלת הסמכויות הרחבות המעוגנות בפקודת בריאות העם,¹² 1940.

פקודה זו היא שריד מתקופת המנדט, השלטון הקולוניאלי של האימפריה הבריטית. בין היתר, הפקודה מעניקה סמכויות רחבות ביותר לפקידי הממשל ובעיקר לשר הבריאות ולמנכ"ל משרדו, לשם התמודדות עם מצב חירום בריאותי של מחלה מידבקת. סעיף 20 לפקודה, תחת הכותרת של סמכויות לשעת חירום, מעניק לשר הבריאות את הסמכות להכריז כי סכנה חמורה מרחפת על בריאות העם. סעיף זה מסמיך אפוא את מנכ"ל משרד הבריאות להתקין צווים שונים אשר, בין היתר, מאפשרים בסעיף 20(2)(א) "לסלק, לבודד, לעצור, להעמיד לפיקוח, לבדיקה רפואית ולטיפול רפואי אנשים נגועים ואנשים העומדים במגע עמהם" וכן סעיף 20(2)(ז) "להעמיד להשגחה רפואית נוסעים מאזורים נגועים" ואף למנוע יציאה מאזורים מוגבלים אשר פרצה בהם המגפה. במקרה זה, הפקודה מחייבת אזרחים לדווח בצורה מיידית על חולה הנגוע במחלה,¹³ ומטילה על החולים חובת בידוד,¹⁴ כאשר גורמי רפואה מוסמכים לבדוק ולחטא כל מקום שהייתה בו הדבקה¹⁵ וכן להעביר חולים לבתי חולים למחלות מידבקות או למקומות בידוד.¹⁶

11 צו בריאות העם (שינוי רשימת מחלות מידבקות שבתוספת השנייה לפקודה), התש"ף-2020.

12 פקודת בריאות העם מס' 40 לשנת 1940.

13 ס' 12 לפקודת בריאות העם.

14 ס' 13 לפקודת בריאות העם.

15 ס' 14 וס' 16 לפקודת בריאות העם.

16 ס' 15 לפקודת בריאות העם.

מנכ"ל משרד הבריאות חתם על שישה צווים אשר הסדירו את ההיבטים העיקריים של ההתמודדות עם המגפה.¹⁷ צווים אלה קבעו את חובת הבידוד, בבית או בבית חולים, של חולים במחלה או של אנשים שהיו במגע הדוק איתם, וכן הגדירו את הקריטריונים לכך ואת תנאי הבידוד. הצווים קבעו בין היתר את החובה לעטות מסכה, את האיסור על התקהלויות ואת חובת הבידוד לחוזרים מחו"ל. צווים אלה השתנו בתדירות גבוהה. כך למשל, הצו העיקרי הקובע את חובת הבידוד הביתי, תוקן עד היום כחמישים פעם, בעקבות ההתפתחויות השונות במדיניות.

במקביל, החלה ממשלת המעבר בראשות בנימין נתניהו להתקין תקנות שעת חירום מכוח ס' 39(א) לחוק-יסוד: הממשלה. הסעיף מאפשר לממשלה ב"מצב חירום" להתקין תקנות שעת חירום כדי "להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים". תקנות אלה, כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים (ס' 39(ג)), ותוקפן יפקע כעבור שלושה חודשים לכל היותר מיום התקנתן (ס' 39(ו)). הסעיף קובע שני תנאים להפעלת סמכות זו. התנאי הראשון מגביל את היכולת של תקנות שעת חירום "למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם" (ס' 39(ד)). התנאי השני קובע כי "לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יפעלו מכוחן אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת" (ס' 39(ה)).

בתקופה זו, תקנות שעת חירום הפכו לכלי העיקרי, ואף היחיד, להתמודדות עם נגיף הקורונה.¹⁸ כך למשל, בתקופה זו הותקנו 39 תקנות שעת חירום אשר נגעו למרבית היבטי החיים של האזרחים לרבות: חופש התנועה; כלכלה; ניהול כספים; בריאות; עבודה; תפקוד מוסדות המדינה; תפקוד מעסיקים ומקומות עבודה; זכויות עצורים ואסירים; מעקב אחרי תנועות ומיקומים; חופש הביטוי; סדר דין בבתי משפט; הגבלת פעילות; בידוד; ענייני תכנון ובנייה; ענייני הוצ"פ; הליכי מס; שירות אזרחי; הסמכת השב"כ לעקוב אחרי אזרחים; הסמכת המשטרה לאתר מיקום של מבודדים; סמכויות מעצר; מקומות תפילה וענייני דת; סגירת אזורים ועוד.¹⁹ בפועל תקנות אלה השעו נתח ניכר מהחוקים ונהפכו להיות המסגרת הנורמטיבית העיקרית אשר מנהלת את חיי האזרחים.

חלק מההצדקה לשימוש הנרחב בתקנות שעת חירום על ידי הממשלה נבע מהעובדה כי עם התפרצות נגיף הקורונה, הייתה ישראל בעיצומה של מערכת בחירות, השלישית תוך שנה. הבחירות נערכו ביום 2.3.2020, ואילו הכנסת הושבעה אך ורק ביום 16.3.2020. עם זאת, ואף שוועדות הכנסת החלו לתפקד ביום 26.3.2020 ונסללה הדרך בפני קידום דברי חקיקה אשר יסדירו את ההתמודדות עם נגיף הקורונה בדרך המלך, השימוש בתקנות שעת החירום נמשך עד חקיקתו של "חוק הקורונה" לקראת סוף חודש יולי 2020.²⁰

17 צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הוראות למעסיק של עובד בבידוד בית) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הסדרת מחקרים בנגיף הקורונה החדש) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (הגבלת פעילות מוסדות חינוך) (הוראת שעה), התש"ף-2020; צו בריאות העם (הוראות למניעת הדבקה בקלפי ייעודית למבודדים ובקלפי ייעודית לחולים בבחירות לרשויות המקומיות) (הוראת שעה), התשפ"א-2020.

18 על השימוש הנרחב בתקש"ח ראו: ניר קוסטי "תקנות שעת חירום: מבט עכשווי והיסטורי" ICON-S-IL Blog (7.7.2020).

19 לרשימה מלאה של תקנות שעת חירום בחלוקה לפי נושאים ראו: <https://www.nevo.co.il/general/CoronaUpdates.aspx>

20 חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020.

2.2

המצב המשפטי

מעולם לא התמודדה מערכת המשפט בישראל עם מצב חירום בריאותי. מצב זה העלה מספר רב של סוגיות חוקתיות סביב פגיעה בזכויות אדם, איזונים בין הרשויות, תנאים להפעלת סמכויות חירום והגדרת גבולותיהן של סמכויות אלה.

סוגיה ראשונה נוגעת לעצם קיומו של מצב חירום ולסמכות שהוא מעניק לממשלה להתקין תקנות שעת חירום. הסמכות להכריז על מצב חירום נתונה בצורה בלעדית בידי הכנסת.²¹ בהתקנת תקנות שעת חירום של הקורונה, הממשלה קנתה סמכות מכוח ההכרזה הכללית והביטחונית על מצב חירום המתחדשת מאז 1948.²² הכרזה זו הוארכה ביום 17.2.2020 לתקופה של ארבעה חודשים כאשר הנושא העיקרי שעומד מאחורי ההארכה היה המשך הליך אזרוח החקיקה הביטחונית.²³ הכרזה זו לא צפתה את התפרצות המגפה, ולכן אף לא כיוונה אליה כלל. מצב דברים זה עורר את השאלה אם אפשר להסתמך על קיומה של הכרזה כללית כדי להצדיק את השימוש בתקנות לשעת חירום לשם התמודדות עם התפשטות המגפה. תשובה שלילית תוביל למסקנה שהממשלה פעלה בהיעדר סמכות, והתקנות שהותקנו בטלות.²⁴ וזוהי אכן היא עמדתנו; מצב החירום הבריאותי בעניין הקורונה הוא מצב חירום מיוחד השונה מהותית ממצב החירום הביטחוני שעומד בבסיס ההכרזה הקיימת והמוארכת מדי שנה בצורה כמעט אוטומטית. על כן, על הכנסת היה להשתמש בסמכותה ולהכריז על מצב חירום ספציפי בחקיקה מיוחדת שתעניק לממשלה סמכות לפעול במצב החירום הבריאותי הנוכחי. כפי שנפרט, כך לא אירע, והממשלה התקינה תקנות שעת חירום מכוח ההכרזה הכללית הביטחונית.

היבט נוסף של סוגיה זו נוגע לסמכותה של הרשות המבצעת להמשיך ולהתקין תקנות שעת חירום כאשר הכנסת הושבעה וועדותיה החלו לפעול ונפתחה הדרך להליך של חקיקה ראשית. ונשאלת השאלה האם מוסמכת הייתה הממשלה להמשיך להתקין תקנות שעת חירום כאשר ביכולתה לפנות להליך של חקיקה ראשית, ואיך עובדה זו משפיעה על החוקתיות של התקנות שכבר הותקנו ועל המשך השימוש בהן. הרי ברור לכול כי יש מתח בין הסמכויות הרחבות שמעניק מצב החירום לממשלה, לבין עקרון הפרדת הרשויות וכי סמכויות אלו פוגעות בסמכות החקיקה של הכנסת בצורה המפרה את האיזון בין הכנסת לממשלה לטובת הממשלה. המתח ניכר גם בין סמכויות רחבות אלה לבין עקרון שלטון החוק המחייב כי השימוש בסמכויות רחבות מעין אלה יוסדר בחקיקה ראשית.²⁵ הסמכויות רחבות אלה אף סותרות את הוראות ס' 39(ה) לחוק-יסוד:

21 ס' 38 לחוק-יסוד: הממשלה. יש לציין כי הסעיף מאפשר לממשלה, אם מתעורר צורך דחוף ואין אפשרות לכנס את הכנסת, להכריז על מצב חירום לתקופה של שבעה ימים. סעיף זה אינו רלוונטי לעניינינו שכן לא נעשה בו שימוש, אך אפשר ללמוד ממנו על חשיבותה של ההקפדה על הכרזה על מצב חירום על ידי הכנסת. לעניין זה ראו גם: ברק מדינה ואילן סבן "לשחק בנשק לא-קונבנציונלי" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית (26.3.2020).

22 הכרזה לפי ס' 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948.

23 פרוטוקול ישיבת ועדת החוץ והביטחון מיום 16.2.2020; עוד על "האזרוח" של חקיקת הביטחון ראו: פניית הצוות המשפטי לוועדת החוץ והביטחון לחברי הוועדה המשותפת לעניין ההכרזה על מצב חירום בעניין דיון בבקשת הממשלה לשוב ולהכריז על מצב חירום (31.5.2020). להרחבה ראו את: <https://law.acri.org.il/he/1854>; ואת פסק הדין בבג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (אר"ש ניתן ביום 8.5.2012).

24 ראו: מרדכי קרמיצ'ר ונדיב מרדכי "שעת חירום, מצב חירום וסדר חוקתי" המכון הישראלי לדמוקרטיה (29.3.2020).

25 לדיון מורחב בבעייתיות שיש בחקיקת חירום ראו: בג"ץ 2740/96 **שנסי נ' המפקח על היהלומים משרד המסחר והתעשייה**, פ"ד (א) 481

הממשלה הקובעת כי השימוש בתקנות שעת חירום לא יהיה אלא במידה שמצב החירום מחייב.

הסוגיה השלישית נוגעת למגבלות הנוספות הקבועות בחוק-יסוד: הממשלה לעניין ההגנה על זכויות אדם. הוראת חוק-היסוד קובעת בצורה מפורשת כי אין בכוחן של סמכויות שעת חירום למנוע פנייה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם. העיון בעתירות שהוגשו בתקופת הקורונה מעלה כי עתירות רבות שהוגשו לבית המשפט, העלו טענות נגד הפגיעה של תקנות שעת חירום בזכויות אדם, ובראשן הזכות לכבוד האדם. לשרטוט תמונה מלאה של ההשלכות של מצב החירום על זכויות האדם, נפרט להלן מקצת הנושאים שבגינם הוגשו עתירות לבג"ץ.²⁶

מיפוי העתירות שהוגשו לבג"ץ:

קטגוריה אחת של עתירות העלתה את שאלת הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. הטיעון המרכזי בעתירות אלה היה היעדר סמכות של הממשלה להמשיך ולהתקין תקנות שעות חירום לאחר שוועדות הכנסת החלו לפעול והיה אפשר לפנות להליכי חקיקה רגילים.²⁷

קטגוריה שנייה של עתירות הוגשה נגד הכרזת מצב החירום במערכת בתי המשפט וההוצאה לפועל ובשל הפגיעה של הגבלות אלה בזכות הגישה לערכאות.²⁸ במסגרת קבוצה זו אפשר למנות גם את העתירות שהוגשו נגד תקנות שעת חירום הפוגעות בזכויות של האסירים והעצירים להליך הוגן בשל הגבלת זכות ההיוועצות עם עורך דין, הגבלת ביקורי משפחות והגבלת הנוכחות בדיונים.²⁹

קטגוריה שלישית של עתירות נגעה במישרין לזכות לבריאות.³⁰ מספר עתירות דרשו את הנגשת בדיקות הקורונה לקבוצות שונות כגון האזרחים הבדואים בנגב,³¹ תושבי השכונות הירושלמיות שמעבר לגדר ההפרדה³² וכן דיירי המוסדות הסיעודיים ועובדיהם.³³ עתירה נוספת הוגשה בדרישה להבטחת נגישות

1997); בג"ץ 6791/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(1) 763 (1999); אריאל בנדור "מצבי חירום" ספר דורית ביניש 447 (קרן אזולאי, אייתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, התשע"ח-2018).

26 מספר עתירות אינן נכללות בחלוקה להלן: עתירה לפתיחת בנקים למשיכת קצבאות (בג"ץ 2278/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' המפקחת על הבנקים (אר"ש 30.3.2020)); עתירה בנוגע למענקי סיוע להורים (בג"ץ 2386/20 שאולי נ' ראש הממשלה (אר"ש 16.8.2020)); עתירה בעניין שקיפות וחשיפת מידע (בג"ץ 2414/20 לנדאו נ' ממשלת ישראל (אר"ש 11.6.2020)); עתירה הדורשת ייצוג בגופים המייצגים (בג"ץ 2541/20 עמותת איתן משפטניות למען צדק חברתי נ' ראש הממשלה (אר"ש 26.5.2020)); עתירה לדחיית מועדי תשלומי מיסים (בג"ץ 2589/20 לשכת רואי חשבון בישראל נ' ממשלת ישראל (אר"ש 30.4.2020)); העסקה של פקחים לאיכות הסביבה (בג"ץ 2607/20 צלול-עמותה לאיכות הסביבה נ' ממשלת ישראל (אר"ש 17.5.2020)); עתירה בדרישה לתקצב רשויות מקומיות (בג"ץ 2936/20 הוועדה הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ראש הממשלה (אר"ש 21.5.2020)); בג"ץ 2470/20 אלקין נ' ראש הממשלה (אר"ש 8.4.2020); בג"ץ 2615/20 מאיר נ' המוסד לביטחון לאומי (אר"ש 25.5.2020).

27 ראו להלן פרק 4.1.

28 ראו למשל: בג"ץ 2030/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר המשפטים (אר"ש 18.3.2020); בג"ץ 2130/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (אר"ש 2.4.2020).

29 ראו למשל: בג"ץ 2280/20 גאנם נ' שירות בתי הסוהר (אר"ש 7.4.2021).

30 עתירות נוספות בנושאים קשורים לבריאות, ראו למשל: חובותיה של ישראל לתושבים הפלסטינים בגדה המערבית ובעזה (בג"ץ 2669/20 רופאים לזכויות אדם בישראל נ' שר הבריאות (אר"ש 7.5.2020)); עתירה נגד היעדר אפשרות להשיג על הודעות הבידוד (בג"ץ 4739/20 עמותת טרון למען משתמשים ברשת נ' ראש הממשלה (אר"ש 12.7.2020)); עתירה הדורשת כי היועצות למעמד האישה בשלטון המקומי יזכרו כעובדות חיוניות (בג"ץ 2596/20 איגוד היועצות למעמד האישה נ' שר הפנים (2.6.2020)).

31 ראו למשל: בג"ץ 2359/20 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה (אר"ש 14.04.2020) (להלן: "עניין בדיקות בנגב").

32 בג"ץ 2471/20 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הבריאות (פורסם מאגריס, 16.4.2020) (להלן: "עניין בדיקות במזרח ירושלים").

33 ראו למשל: בג"ץ 2466/20 איגוד בתי אבות ודיור מוגן בישראל נ' ממשלת ישראל (אר"ש 16.4.2020); בג"ץ 2710/20 עמותת דיירי הדיור המוגן בישראל נ' שר הבריאות (אר"ש 10.5.2020). בהקשר זה ראו גם עתירות למניעת העברת קשישים מבית חולים גריאטרי לשם הסבתו לצורכי קורונה: עניין פשה, לעיל ה"ש 8; בג"ץ 2233/20 המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור נ' משרד הבריאות (אר"ש 26.3.2020).

מקומות בידוד לנשים בדואיות בכפרים הלא מוכרים.³⁴ קבוצה נוספת של עתירות דרשה את הבטחת ההגנה על זכות האסירים והעצורים לבריאות בתקופת הקורונה, הבטחת טיפול רפואי ראוי וכן הבטחת תנאי כליאה שישפרו את ההתגוננות מפני הקורונה, ואף דרשה קביעת נהלים להתמודדות עם הקורונה בבית הכלא.³⁵

קטגוריה רביעית של עתירות ביקשה לתקוף את הפגיעה הישירה של תקנות שעת חירום בזכויות יסוד. אחת העתירות הוגשה נגד התקנות שאפשרו לשב"כ לאסוף מידע על אודות חולי קורונה אגב הפרה של הזכות לפרטיות;³⁶ קבוצה נוספת של עתירות הוגשה נגד ההגבלות על חופש התנועה בכניסה ויציאה מישראל,³⁷ על התנועה במרחב הציבורי³⁸ ובשל ההכרזה על אזורים מסוימים כמוגבלים.³⁹ עתירות אחרות הוגשו נגד ההגבלות בחופש הביטוי, בזכות להפגין,⁴⁰ ובחופש הדת והפולחן.⁴¹ קבוצה נוספת של עתירות הוגשה נגד ההגבלות בחופש העיסוק, נגד הפגיעה בשוויון ובזכויות עובדים של קבוצות שונות כגון עובדים שכירים,⁴² בעלי עסקים,⁴³ עצמאיים,⁴⁴ נשים בהיריון ובטיפולי פוריות,⁴⁵ עובדים פלסטיניים⁴⁶ ואזרחים ותיקים.⁴⁷ בסוף, היו עתירות שעסקו בהגנה על הזכות לחינוך ועל השוויון בחינוך בצל המגבלות שהוטלו.⁴⁸

- 34 בג"ץ 3301/20 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (אר"ש 24.6.2020) (להלן: "עניין בידוד נשים").
- 35 ראו למשל: בג"ץ 2234/20 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (אר"ש 6.4.2020); בג"ץ 2279/20 רופאים לזכויות אדם נ' שירות בתי הסוהר (אר"ש 31.3.2020); בג"ץ 3300/20 המוקד להגנת הפרט נ' שירות בתי הסוהר (אר"ש 16.6.2020); בג"ץ 2904/20 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שירות בתי הסוהר (אר"ש 23.7.2020) (להלן: "עניין כלא גלבוני"); וכן עתירות קונקרטיים של אסירים: בג"ץ 2321/20 מבורך נ' השר לביטחון פנים (אר"ש 6.4.2020); בג"ץ 2346/20 נחושטן נ' שירות בתי הסוהר (אר"ש 31.3.2020); בג"ץ 2365/50 ברנס נ' השר לביטחון פנים (אר"ש 1.4.2020); בג"ץ 3643/20 אמסלם נ' השר לביטחון פנים (אר"ש 10.6.2020); בג"ץ 3668/20 הייב נ' השר לביטחון פנים (אר"ש 14.6.2020).
- 36 בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (אר"ש 26.4.2020) (להלן: "עניין איכוני השב"כ").
- 37 ראו למשל: בג"ץ 4205/20 פלוני נ' משרד הפנים (אר"ש 1.7.2020); בג"ץ 5628/20 קטנר נ' משרד הפנים (אר"ש 14.9.2020); בג"ץ 5518/20 שילה נ' שר הפנים (אר"ש 23.9.2020).
- 38 ראו למשל: בג"ץ 2705/20 סמדר נ' ראש הממשלה (אר"ש 27.4.2020).
- 39 ראו למשל: בג"ץ 2435/20 לוונטה נ' ראש הממשלה (אר"ש 7.4.2020); בג"ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמות אלון נ' ממשלת ישראל (אר"ש 14.4.2020); בג"ץ 4327/20 ראש העיר אלעד נ' ראש הממשלה (אר"ש 28.6.2020).
- 40 ראו למשל: בג"ץ 2468/20 הדס נ' ראש ממשלת ישראל (אר"ש 8.4.2020); בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משרת ישראל (אר"ש 16.8.2020); עניין מוסלי, לעיל ה"ש 7.
- 41 ראו למשל: בג"ץ 2394/20 באמונתו יחיה נ' ראש הממשלה בנימין נתניהו (אר"ש 16.4.2020); בג"ץ 2818/20 עציון נ' ראש הממשלה (אר"ש 19.5.2020); בג"ץ 2931/20 באמונתו יחיה נ' ממשלת ישראל (אר"ש 10.5.2020); בג"ץ 2956/20 רוזנבלט נ' ראש הממשלה (אר"ש 10.5.2020); בג"ץ 2960/20 נציג מושב מירון במועצה האזורית מרום הגליל נ' ממשלת ישראל (אר"ש 10.5.2020); בג"ץ 2971/20 משיח נ' המשרד לשירותי הדתות (אר"ש 11.5.2020); בג"ץ 2999/20 פלוק נ' השר לשירותי דת (אר"ש 11.5.2020).
- 42 ראו למשל: בג"ץ 1899/20 הסתדרות העובדים הלאומית בישראל נ' ממשלת ישראל (אר"ש 21.4.2020); בג"ץ 2277/20 משרד עו"ד מיכאל דקר נ' המוסד לביטוח לאומי (אר"ש 31.3.2020).
- 43 ראו למשל: בג"ץ 2176/20 דורון, טיקוצקי, קנטור, גוטמן, נס, עמית גרוס עורכי דין נ' ממשלת ישראל (אר"ש 22.3.2020); בג"ץ 2305/20 חברת שזפופ סחר בע"מ נ' ראש הממשלה (אר"ש 16.4.2020); בג"ץ 2397/20 דורון, טיקוצקי, קנטור, גוטמן, נס, עמית גרוס עורכי דין נ' ממשלת ישראל (אר"ש 12.5.2020); בג"ץ 3011/20 מנריב נ' ממשלת ישראל (אר"ש 21.5.2020); בג"ץ 3432/20 טרקלין אולמות ואירועים-אולמי מונדיאל נ' ממשלת ישראל (אר"ש 7.6.2020); בג"ץ 3887/20 מ.ש. ובניו בע"מ נ' ממשלת ישראל (אר"ש 7.7.2020); בג"ץ 4753/20 ארגון מנהלי בריכות שחייה נ' ממשלת ישראל (אר"ש 12.7.2020); בג"ץ 4794/20 הולמס פלייס אינטרנשיונל נ' ראש הממשלה (אר"ש 15.7.2020); בג"ץ 4979/20 הולמס פלייס אינטרנשיונל בע"מ נ' ראש הממשלה (אר"ש 5.8.2020).
- 44 ראו למשל: בג"ץ 2382/20 לשכת יועצי המס בישראל נ' ראש הממשלה (אר"ש 3.5.2020); בג"ץ 3008/20 עמותת הרצליה למען תושביה נ' המוסד לביטוח לאומי (אר"ש 21.6.2020); בג"ץ 2418/20 איגוד ארצי לדיגי חופי ומים עליונים נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר (אר"ש 10.5.2020).
- 45 ראו למשל: בג"ץ 2486/20 תומא-סלימאן נ' ראש הממשלה (אר"ש 20.4.2020); בג"ץ 2656/20 פלונית נ' ראש הממשלה (אר"ש 4.6.2020).
- 46 ראו למשל: בג"ץ 2730/20 קו לעובד נ' שר הבריאות (אר"ש 24.9.2020).
- 47 ראו למשל: בג"ץ 2759/20 ריבי בלר נ' ראש הממשלה (אר"ש 6.5.2020).
- 48 ראו למשל: בג"ץ 2398/20 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה (אר"ש 20.5.2020); בג"ץ 2784/20 עטר נ' ראש הממשלה (אר"ש 26.5.2020); בג"ץ 3200/20 עיריית נתיבות נ' מנכ"ל משרד הבריאות (אר"ש 26.5.2020); בג"ץ 3299/20 למברסקי נ' שר הבריאות (אר"ש 24.5.2020); בג"ץ 2503/20 עמותת מקום נ' משרד החינוך (אר"ש 20.4.2020); בג"ץ 4710/20 האוניברסיטה

3

ניתוח כמותני של פסקי הדין

49

3.1

דיונים

בית המשפט העליון ניהל בתקופה הנבחנת 29 דיונים בלבד ב-27 עתירות. רק שתי עתירות זכו לשני דיונים: העתירה בעניין איכוני השב"כ,⁵⁰ והעתירה בעניין תקנות שעת חירום המונעות כניסת מבקרים ועורכי דין לבתי הכלא.⁵¹

היינו מבין 88 העתירות שהוגשו, רק ב-30% מהעתירות ניהל בית המשפט דיון במעמד הצדדים טרם הכרעתו בעתירה. בשאר העתירות, 70% מהעתירות, בית המשפט הכריע ללא דיון. 24 עתירות הוכרעו מבלי שנתבקשה תגובת המשיבים כלל (כ-27% מכלל העתירות).

3.2

צווים

רק בארבע מבין העתירות ניתן צו על תנאי: בעתירה נגד איכוני השב"כ;⁵² בעתירה נגד תעודת המחלה הגורפת למבודדים;⁵³ בעתירה בעניין סמכות הממשלה להמשיך ולהתקין תקנות שעות החירום לאחר

העברית בירושלים נ' שר ההשכלה הגבוהה והמשלימה (אר"ש 16.7.2020); בג"ץ 5082/20 החברה להגנת הטבע נ' ממשלת ישראל (אר"ש 10.8.2020).

49 פרק זה מכיל נתונים מעודכנים עד ליום 1.7.2021.

50 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 36.

51 עניין גאנס, לעיל ה"ש 29.

52 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 36.

53 בג"ץ 1633/20 "סל" שירותי סיעוד נ' מדינת ישראל (אר"ש 27.7.2020).

השבעת הכנסת;⁵⁴ ובעתירה נגד ההפגנות.⁵⁵ בשתי האחרונות נוהל הדיון כאילו ניתן צו על תנאי. בית המשפט העליון נתן אך ורק צו ביניים אחד בכל התקופה הזו – בעתירה בעניין איכוני השב"כ.⁵⁶

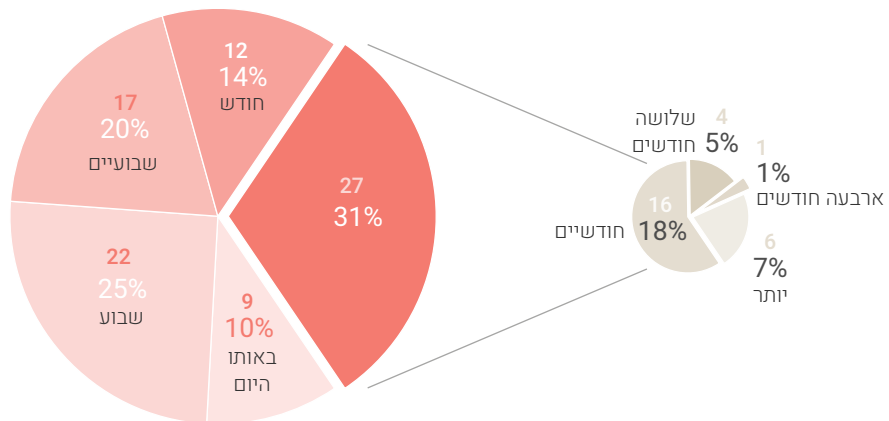
3.3

משך הטיפול בעתירות

עד לכתיבת שורות אלה, כמעט כל העתירות הוכרעו. בעתירה אחת בלבד, הדנה בהקמת מרכזי טוהרה לנפטרי קורונה בקרב האוכלוסייה הערבית,⁵⁷ טרם ניתנה החלטה סופית אם כי העיון בהחלטות האחרונות בתיק מעלה כי העותרים ביקשו למחוק את העתירה וכי בית המשפט צפוי להכריע בעניין ההוצאות בקרוב.⁵⁸

מבין 87 העתירות שהוכרעו, 60 הוכרעו תוך פחות מחודש ימים (69%). תשע עתירות הוכרעו עוד באותו יום (10%); 22 תוך שבוע ימים (25%); 17 תוך שבועיים (20%). 16 עתירות נוספות הוכרעו תוך חודשיים (18%), ארבע עתירות תוך שלושה חודשים (5%), עתירה אחת תוך ארבעה חודשים (1%) ושש עתירות תוך שהטיפול בהן התארך עוד יותר (7%).

התפלגות העתירות לפי משך הטיפול בתיק



54 בג"ץ 2399/20 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה (אר"ש 16.8.2020) (להלן: "עתירת תקנות שעת חירום").

55 עניין פדידה, לעיל ה"ש 40.

56 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 36, החלטה מיום 19.3.2020.

57 בג"ץ 5442/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (תלוי ועומד).

58 שם, החלטה מיום 30.6.2021.

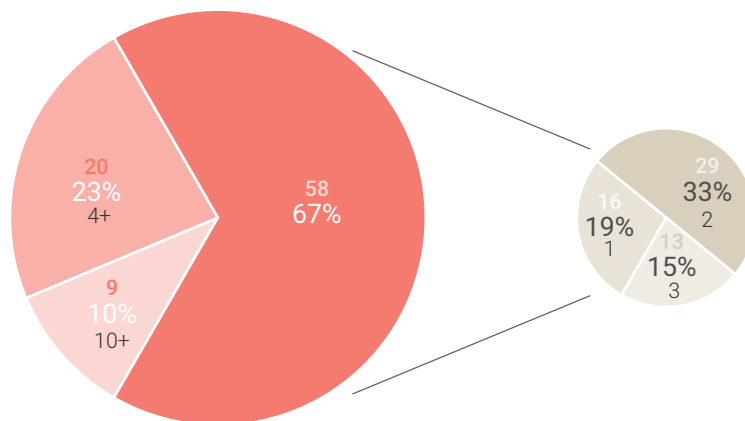
מבין העתירות שהוכרעו, העתירה שמשך הטיפול בה היה הארוך ביותר היא העתירה אשר תקפה את חוקתיות תקנות שעת החירום אשר מונעות כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי סוהר. העתירה הוגשה ביום 26.3.2020, תוקנה במהלך התקופה וצומצמו סעדיה, והוכרעה אך ורק ביום 7.4.2021. דהיינו העתירה הייתה התלויה ועומדת במשך יותר משנה, 377 ימים, ולבסוף נמחקה. בעתירה השנייה בתור, נמשך הטיפול 165 ימים והיא נגעה לחוקיות הטלת הקנסות בשל הפרת תקנות שעת החירום (הוגשה ביום 29.7.2020, ופסק הדין ניתן רק ביום 10.1.2021).⁵⁹ אחריה מבחינת משך הטיפול, העתירה הנוגעת לזכויות העובדים הפלסטינים בתקופת הקורונה (149 יום) והעתירה בעניין חוקיותה של תעודת המחלה הגורפת למבודדים (148).⁶⁰

3.4

אורך פסקי הדין

רובם המוחלט של פסקי הדין קצרים ביותר. פסק הדין הארוך ביותר הותרע על פני 37 עמודים.⁶¹ תשעה פסקי דין (10%) הותרעו על יותר מעשרה עמודים (פסק דין ארוך); 58 פסקי דין (67%) היו פסקי דין קצרים ביותר אשר הותרעו על פחות משלושה עמודים (פסקי דין טכניים).

התפלגות פסקי דין לפי מספר עמודים



59 בג"ץ 5314/20 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (אר"ש 10.1.2020) (להלן: "עניין הקנסות").

60 עניין קו לעובד, לעיל ה"ש 46; עניין "סל" שירותי סיעוד, לעיל ה"ש 53.

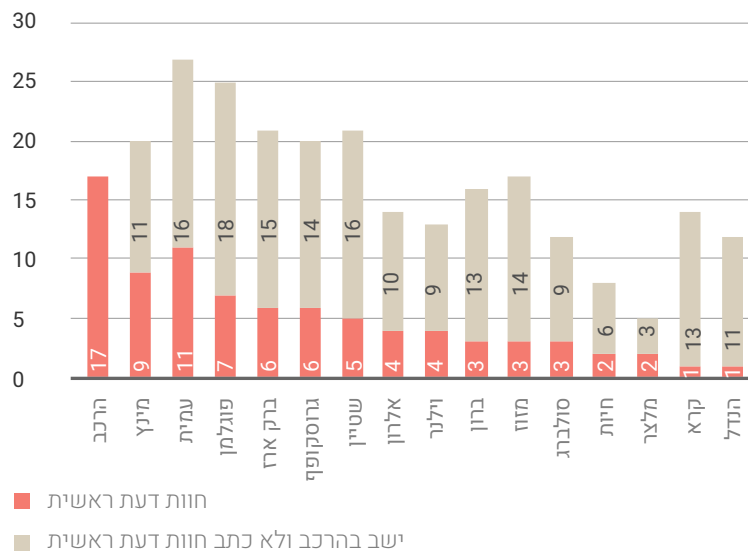
61 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 36.

3.5

עמדות מיעוט וזהות השופט העיקרי בתיק

אפיון נוסף אשר בלט בפסקי הדין היה שאף לא אחד מבין 87 פסקי הדין שיקף מחלוקת אמיתית בין השופטים אשר התבטאה בחוות דעת מיעוט. לכל היותר היו פסקי דין שבהם השופטים בחרו להוסיף את הערותיהם לפסק הדין העיקרי, אם כי הצטרפו אליו בהסכמה.

זהות השופטים שישבו בהרכב



3.6

תוצאת ההליכים

בתקופת הגל הראשון של הקורונה, בג"ץ קיבל אך ורק שתי עתירות (2%) שלא נגעו לשימוש הממשלה בסמכויות חירום.

העתירה הראשונה שנתקבלה הופנתה נגד השימוש באיכוני השב"כ לאיסוף מידע על אודות אזרחים חולי קורונה או כאלה שהיו איתם במגע.⁶² בג"ץ קבע כי אי-אפשר יהיה להסמיק את השב"כ לסייע בהתמודדות עם התפרצות נגיף הקורונה באמצעות המנגנון הנוכחי וכי ככל שהמדינה מבקשת להמשיך ולהסתייע באמצעים המצויים בידי השב"כ, עליה לעגן הסמכה זו בחקיקה ראשית. אומנם בראשית דרכה נגעה עתירה זו בתקנות שעת חירום ועל כן היא נכללה בסקירה זו, אך לאור ההתפתחויות, העתירה תוקנה ובסופו של יום פסק הדין נסב סביב שאלת פרשנותו של חוק השב"כ. על כן, פסק הדין אינו נוגע לסמכויות שעת חירום.

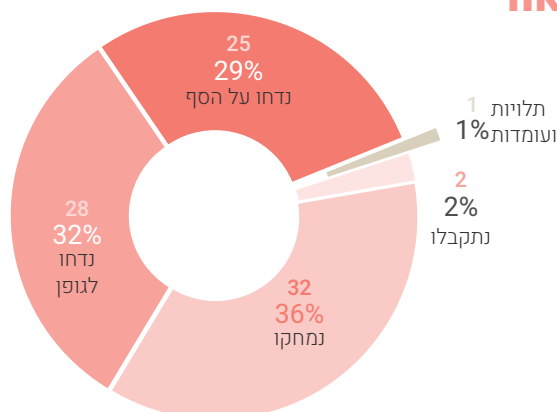
העתירה השנייה סבבה סביב החוקתיות של תעודת המחלה הגורפת שהנפיק משרד הבריאות לעובדים המבודדים.⁶³ פסק דין זה לא נגע בזכויות אדם או בסמכויות להתקין תקנות שעת חירום, אלא בפרשנות של הסדרים חוקיים קיימים. העותרים ביקשו שבית המשפט יכריז על עובדים שכירים שאינם בגדר חולים בפועל ושנכנסו בעל כורחם לבידוד מכוח צו הבידוד, כמי שנמצאו בחופשה ללא תשלום. עוד הם ביקשו לחייב את המדינה לפצות את המעסיקים על ההפסדים שספגו עקב תשלום דמי מחלה לכל אותם העובדים בבידוד מבלי שבאה בגדר "מחלה" בחוק דמי מחלה, התשל"ו-1976. בית המשפט קבע כי אכן חוק דמי מחלה אינו מאפשר למשרד הבריאות להוציא תעודת מחלה גורפת כדי לחייב מעסיקים לשלם לעובדיהם דמי מחלה. בין היתר, קבע פסק הדין כי דרישת הקשר הסיבתי הקבועה בחוק שוללת מאותם עובדים את הזכאות לדמי מחלה, שכן הם לא נפקדו מעבודתם עקב אירוע פיזי, קרי מחלה, אלא עקב אירוע משפטי, קרי צו הבידוד שהוציאה הממשלה. לאור זאת, בית המשפט הכריז על בטלותה של תעודת המחלה הגורפת וזאת החל מיום 30.9.2020.

אומנם בג"ץ קיבל את העתירה החשובה כנגד השימוש באמצעים הטכנולוגיים של השב"כ לאיתור מגעים של חולים מאומתים, עם זאת, דחה את שאר העתירות באשר לסמכויות שעות חירום ולהפעלתן.

מספר העתירות שנדחו הוא 53 (60%): 28 מהעתירות נדחו לגופן (32%) ועוד 25 נדחו על הסף (29%) (29%).⁶⁴ 32 מבין העתירות שהוגשו, נמחקו (37%). 14 עתירות מיצו את עצמן או שהנסיבות השתנו ועל כן התייתרו. 13 עתירות נוספות נמחקו לבקשת העותרים.

המסקנה של כל האמור לעיל היא כי בפועל בית המשפט לא התערב בהחלטות הממשלה בתקופת החירום ולא קיבל אף עתירה שהוגשה בנוגע לתקנות שעת חירום או כתוצאה מהן.

התפלגות פסקי הדין בהתאם לתוצאה



63 עניין "סל" שירותי סיעוד, לעיל ה"ש 53.

64 הקביעה אם העתירה נדחתה או נדחתה על הסף אינה תמיד חד-משמעית, ולפעמים גם בית המשפט משתמש במושגים אלה בערבוביה. במקרים שבהם בית המשפט השתמש בשני המושגים בערבוביה, בחנו את הרציונל של ההחלטה ואם נערך דיון לגופן של טענות העותרים, ככל שכן העתירה סווגה כעתירה שנדחתה לגופה.

פסקי הדין בתקופת הקורונה משקפים גם עלייה ניכרת בשימוש בעילות סף לדחיית עתירות. בייחוד עלה קרנה של עילת אי-מיצוי ההליכים. ב-19 פסקי דין עלתה עילת אי-מיצוי ההליכים כעילת דחייה, לכל הפחות כאחת מבין כמה.⁶⁵ לא אחת הקדיש בית המשפט את ההחלטה הראשונה בתיק לבירור המהלכים של מיצוי הליכים שננקטו על ידי העותרים.⁶⁶ יתרה מזו, בית המשפט לא הסתפק אך ורק בפנייה לרשויות, אלא דרש גם שהעותרים יחכו זמן סביר לקבלת המענה בטרם הפנייה לערכאות.

הדרישה למיצוי הליכים היא דרישה מקובלת בהליכים בבג"ץ והצדקותיה בצידה, אולם בג"ץ הקפיד עליה הקפדה יתרה. הקפדה זו בעייתית, בייחוד בתקופת חירום מעין זו. מדובר בתקופה שבה דיני החירום מעניקים לממשלה סמכויות רחבות ביותר ללא פיקוח פרלמנטרי ראוי. הן החומרה של פוטנציאל הפגיעה בזכויות אדם הן היעדרו של פיקוח פרלמנטרי היו אמורים להוביל להפעלת ביקורת שיפוטית קפדנית יותר ולא להפך. האמור לעיל מקבל משנה תוקף כאשר ענייננו בהוראות אשר פוגעות בצורה קשה בזכויות אדם ואשר נכנסו לתוקף מיידית (ולעיתים אף נאכפו בטרם פורסמו בצורה רשמית), ולא אחת תוקפן נקבע לתקופה קצרה. במצב דברים זה, העמידה על דרישה לתת שהות למשיבים להשיב, משמעה איון כל אפשרות לפנות לבית המשפט. לבעייתיות זו מצטרפת העובדה כי בית המשפט לא היסס למחוק עתירות לנוכח שינוי במצב העובדתי.

עוד נציין כי מבין העתירות שהוכרעו, בחמש עתירות בית המשפט הטיל הוצאות על העותרים.⁶⁷ בשתי עתירות בית המשפט הטיל הוצאות לטובת העותרים: באחת, הוצאות על סך 50,000 ש"ח ובשנייה על סך 1000 ש"ח.⁶⁸

65 ראו למשל: הר גילה אגודה שיתופית בע"מ, לעיל ה"ש 6; התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 28; חברת שוחפו סחר בע"מ, לעיל ה"ש 43; עניין הדס, לעיל ה"ש 40; עניין מניב, לעיל ה"ש 43.

66 ראו למשל: עניין דורון, לעיל ה"ש 43.

67 עניין דורון, שם, הוטלו על העותרים הוצאות על סך 3000 ש"ח; עניין כלא גלבוט, לעיל ה"ש 35, הוטלו על העותרים הוצאות על סך 5000 ש"ח; עניין המוקד להגנת הפרט, שם, הוטלו על העותרים הוצאות על סך 2500 ש"ח; בג"ץ 5605/20 לוי נ' ממשלת ישראל (אר"ש 12.8.2020) הוטלו על העותרים הוצאות על סך 1000 ש"ח; בעניין הקנסות, לעיל ה"ש 59, בית המשפט הטיל על העותרים הוצאות על סך 5,000 ש"ח.

68 בעניין "סל" שירותי סיעוד, לעיל ה"ש 53, בית המשפט הטיל על המשיבים הוצאות על סך 50,000 ש"ח; בעניין שילה, לעיל ה"ש 37, בית המשפט הטיל על המשיבים הוצאות על סך 5,000 ש"ח.

4

ניתוח איכותני של פסקי הדין

בפרק זה נבחן לעומק כיצד התמודד בית המשפט עם הסוגיות המשפטיות החדשות שעורר מצב החירום האזרחי. הביקורת השיפוטית בסוגיות העיקריות שעלו בתקופת הקורונה כללו: (1) הסמכות להכריז על מצב חירום ולהתקין תקנות שעת חירום; (2) הפגיעה בזכויות אדם.

4.1

סמכויות הממשלה במצב חירום

טענות נגד סמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום במצב החירום הבריאותי וגבולותיה של סמכות זו התעוררו לראשונה בעתירות נגד **איכוני השב"כ**. באמצע חודש מרץ התקינה הממשלה את תקנות שעת חירום המעניקות למשטרה סמכויות רחבות לעניין איסוף נתוני מיקום של אזרחים וכן את תקנות השב"כ המסמיכות אותו להשתמש בכלים שונים למען איתור ומעקב אחרי אזרחים חולי קורונה ואחרי מי שהיה איתם במגע. נגד תקנות אלה הוגשו לבית המשפט העליון ארבע עתירות אשר נידונו בצורה מאוחדת.⁶⁹

לעניין עצם ההכרזה על מצב חירום, טענו העותרים שכדי שהממשלה תקנה סמכות להתקין תקנות שעת חירום, לפי ס' 39 לחוק יסוד: הממשלה, על הכנסת להכריז על מצב חירום לפי ס' 38 לחוק היסוד. העותרים טענו כי אין בהכרזה על מצב החירום הביטחוני המתחדשת מאז 1948 כדי להצדיק את השימוש בתקנות שעת חירום במצב חירום "אזרחי" כגון זה הנובע מהקורונה.⁷⁰

69 עניין **איכוני השב"כ**, לעיל ה"ש 36; העתירות המקוריות: בג"ץ 2135/20 **האגודה לזכויות האזרח נ' ראש הממשלה** (אר"ש 26.4.2020); בג"ץ 2141/20 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה** (אר"ש 26.4.2020); בג"ץ 2187/20 **ארגון העיתונאים בישראל נ' ראש הממשלה** (אר"ש 26.4.2020). הטענות בעתירות השונות לא היו זהות, אך לצורך הדיון בנדו"ח זה, איחדנו את כל הסוגיות כפי שבית המשפט נדרש להכריע בהן ללא קשר לזהות העותרים הפרטניים.

70 עוד על עניין זה ראו: לילה מרגלית **על חשיבות ההכרזה הספציפית על מצב חירום - הסדר החירום הקבוע בחוק-יסוד: הממשלה בראי**

בית המשפט דן בעתירות ביום 19.3.2020, הוציא צו ביניים האוסר על שימוש בתקנות המשטרה וקבע כי אם לאחר יום 24.3.2020 לא תוקם ועדה בכנסת אשר תאפשר פיקוח פרלמנטרי, לא יהיה אפשר להשתמש גם בתקנות השב"כ. בסופו של דבר, תקנות המשטרה פקעו, והמשיבים הודיעו לבית המשפט שאינם מתכוונים לחדשן. תקנות השב"כ, לעומת זאת, הוחלפו בהחלטת ממשלה לפי ס' 7(6) לחוק השב"כ המסמך את הממשלה להטיל על השב"כ תפקידים נוספים. לאור התפתחויות אלה, בית המשפט הורה לעותרים לתקן את העתירות.

פסק הדין שניתן ביום 26.4.2020 דן בחוקיות הסמכת השב"כ בהחלטת ממשלה לפי חוק השב"כ. בהתאם לפסק הדין, עם פרוץ המגפה התממשה סכנה חמורה ומידתית לאינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי שחייבה דחיפות בהפעלת ההסדר. על כן היה אפשר לראות בהסמכה הנתונה בס' 7(ב) (6) לחוק השב"כ כהסמכה מפורשת דייה לנקיטת צעדים כגון החלטת הממשלה שאינה סותרת את עקרון ההסדרים הראשוניים. בעת ההחלטה על הארכת תוקפו של ההסדר ולנוכח חלוף הזמן, בית המשפט הגיע למסקנה כי אין די בסכנה ובדחיפות כדי להאריך את ההסמכה שמכוחה נקבע ההסדר הראשון וכי יש לפנות למסלול של חקיקה ראשית.

להשלמת התמונה נציין כי לבית המשפט הוגשו עתירות נוספות שעניינן הסדרי החירום עבור בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל. העתירה הראשונה נדחתה על הסף.⁷¹ העתירה השנייה נמחקה כדי לאפשר למשיבים לבחון במהלך השנה שאחרי סיום משבר הקורונה, את הסדרת הסמכות להוציא תקנות אלה.⁷² עתירה נוספת אשר ביקשה לבטל את ההכרזה על מצב החירום, נדחתה.⁷³

סוגיית הסמכות של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום התעוררה שוב והגיעה לפתחו של בית המשפט במלוא העוצמה, אם כי מהיבט אחר. עתירת **תקנות שעת חירום** תקפה את החוקיות של המשך התקנת תקנות שעת חירום לאחר שהכנסת החדשה הושבעה וועדותיה החלו לפעול. עמדה זו של העותרים התבססה על קביעות קודמות של בית המשפט העליון⁷⁴ וקיבלה חיזוק מחוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה אשר פנה לראש הממשלה והתריע על אי-חוקיות המשך שימוש בתקנות שעת חירום כאשר דרך המלך של חקיקה ראשית של הכנסת זמינה.⁷⁵ על אף זאת, בית המשפט נמנע מלהוציא צו ביניים בעתירה זו גם לאחר בקשות נשנות וחוזרות של העותרים.

דיון בעתירה נקבע בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים ליום 7.5.2020, דהיינו לאחר חודש ימים מיום הגשת העתירה, והוא נוהל כאילו ניתן צו על תנאי. באותה העת עמדו בתוקפן 38 תקנות שעת חירום אשר האחרונות שבהן היו אמורות לפקוע בחודש אוגוסט. המשיבים מסרו לבית המשפט כי הם

משבר הקורונה המכון הישראלי לדמוקרטיה (מאי 2021) זמין בקישור הבא: <https://www.idi.org.il/media/16335/on-the-importance-of-a-specific-declaration-of-emergency-israels-constitutional-emergency-framework-through-the-covid-19-crisis.pdf> ; קרמניצר ומרדכי, לעיל ה"ש 24.

71 עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 28; עתירה נוספת כוונה לפתיחת תיקי הוצאה לפועל בצורה מקוונת: 2540/20 **אבולפיה נ' שר המשפטים** (אר"ש 4.5.2020).

72 עניין **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, לעיל ה"ש 28.

73 עניין **לוי**, לעיל ה"ש 67.

74 ראו למשל: בג"ץ 2994/90 **פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מד(3) 317, 321 (1990).

75 את המכתב של היועץ המשפטי לממשלה אפשר למצוא בקישור הבא: https://www.adalah.org/uploads/uploads/AG_Letter_to_PM_060420.pdf

עמלים על קידום חקיקה בנושא בדמות "חוק המסגרת", ובית המשפט ביקש מהמשיבים לשוב ולעדכן על אודות התקדמות הליכי החקיקה. ביום 16.8.2020, לאחר הודעת עדכון מטעם המשיבים שהכנסת אישרה את חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: "**חוק הקורונה**"),⁷⁶ ומספר ימים לפני פקיעת תוקפן של האחרונות מבין תקנות שעת החירום,⁷⁷ בית המשפט קבע כי הדיון בעתירה התייטר ומחק אותה.

בפסק דינו הקצר, בית המשפט לא דן לגופו של עניין בשתי הסוגיות שהעתירה העלתה – הסמכות להתקין תקנות שעת חירום בצל הכרזת החירום הביטחונית המתמשכת, וחוקיות המשך התקנת תקנות שעות חירום לאחר השבעת הכנסת. תחת זאת הוא הסתפק באמירה כללית שלפיה "ניתן היה לצפות" כי הצעות החוק הממשלתיות שנועדו להחליף את תקנות שעת חירום תונחנה על שולחן הכנסת בצורה מהירה יותר. כלומר, בית המשפט הכיר באיחור רב כי התנהלות הממשלה סתרה את פסיקתו וכי היה עליה לפנות אל הכנסת כבר קודם לכן.

עתירה עקרונית זו העלתה טענות הנוגעות לאי-חוקיות השימוש בכלי העיקרי של הממשלה להסדרת החיים בתקופת הקורונה, אי-חוקיות אשר גובתה בחוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה. על אף זאת, העתירה הייתה תלויה ועומדת במשך ארבעה חודשים ללא הכרעה ולבסוף נמחקה בטענה שהדיון בה התייטר.

בצורה זו, **בית המשפט "חסך לעצמו" את הצורך להכריע בסוגיות עקרוניות אלה ואפשר לממשלה להמשיך לפעול כאשר עננה של אי-חוקיות מרחפת מעליה. תוצאה זו בעייתית בייחוד לנוכח הצגת טיעון זה בשבע עתירות נוספות לפחות. אף על פי כן, בית המשפט נמנע מלדון או מלהכריע בטיעון זה בנימוק שעתירה עקרונית תלויה ועומדת וכי הנושא יוכרע במסגרתה.**⁷⁸ במאמר מוסגר יצוין כי לעתירה זו קדמו עתירות אשר ביקשו לבטל את כל תקנות שעות החירום או תקנות ספציפיות בלבד, אך הן נדחו על הסף.⁷⁹

טענת חוסר הסמכות פותחה עוד יותר **בעתירת הקנסות.**⁸⁰ עתירה זו אשר הוגשה טרם פסק הדין בעתירה העקרונית, תקפה את החוקיות של ארבע תקנות שעת חירום אשר הגדירו את הפרתן של הגבלות שונות שהטילה הממשלה, כגון הפרת חובת בידוד או אי-עטיית מסכה במרחב הציבורי,

76 יצוין כי תוקפן של תקנות שעת חירום לפי חוק-יסוד: הממשלה פקע בטרם חקיקת חוק זה, ועל כן נחקקו חוקים מספר להארכת תוקף התקנות. ראו למשל: חוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"ף-2020; חוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020; חוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (בידוד במקום לבידוד מטעם המדינה), התש"ף-2020; חוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), התש"ף-2020.

77 תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (מכסת מפקחים בפיקוח אלקטרוני), התש"ף-2020 היו בתוקף עד ליום 25.8.2020.

78 עניין **באמונתו יחיה**, לעיל ה"ש 41; עניין **דורון**, לעיל ה"ש 43; עניין **לוונטהל**, לעיל ה"ש 39; עניין **סמדר**, לעיל ה"ש 38; בג"ץ 2798/20 **לירן-שקד נ' ממשלת ישראל** (אר"ש 18.6.2020) העותרות ביקשו לאחד דיון עם עתירת תקנות שעת חירום, אך בית המשפט לא אישר את האיחוד ולבסוף דחה את העתירה בשל שינוי במצב העובדתי; עניין **עציון**, לעיל ה"ש 41; בג"ץ 3140/20 **העמותה לדמוקרטיה מתקדמת נ' ראש הממשלה** (אר"ש 4.6.2020); עניין **ראש העיר אלעד**, לעיל ה"ש 39.

79 בג"ץ 2194/20 **בוקמן נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם מאגריס, 25.3.2020) דחה על הסף עתירה אשר ביקשה לבטל בשל פגיעה בזכויות אדם את מכלול התקנות והצווים שהוצאו לטיפול בקורונה; בעניין **חברת שוזפו סחר בע"מ**, לעיל ה"ש 43, דחה בית המשפט על הסף עתירה אשר ביקשה לבטל את תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020.

80 עניין **הקנסות**, לעיל ה"ש 59.

כעבירות פליליות אשר גוררות קנס מנהלי.⁸¹ העתירה ביקשה לבטל את כל הקנסות שהוטלו מכוח אותן תקנות ותקפה הן את החוקתיות של קביעת עבירות פליליות בתקנות שעת חירום הן את הסמכות להתקין את תקנות שעת חירום לאחר שהכנסת החלה לפעול.

עתירה זו הייתה תלויה ועומדת במשך כחמשה חודשים עד שלבסוף נדחתה אף היא. אף שבית המשפט ציטט בהסכמה את פסק הדין בעתירה העקרונית ואת הביקורת שהובעה על אי-הפנייה לחקיקה ראשית, הטענה כי תקנות שעת חירום הותקנו בחוסר סמכות נדחתה בצורה מפורשת. השופט עמית אישש מסקנה זו בתקדים האי-התערבות בעתירות רבות שהוגשו נגד התקנות ואשר העלו טענת של חוסר סמכות. לגישתו, פרקטיקה זו מלמדת כי אין בטענה זו כדי להטות את הכף לעבר קבלת העתירות. בית המשפט קבע כמו כן שאין לקבל את הטענה כי התקנות איבדו מתוקפן לנוכח חלוף הזמן. לגישת השופט עמית, חלוף הזמן יכול לכל היותר להישמע במסגרת הטענה כנגד מידתיות השימוש בתקנות אלה ולא כנגד הסמכות גופה.

למעשה אי-התערבות בג"ץ ומחדלו בעתירות קודמות מאז תחילת משבר קורונה הפכו צידוק להמשך המצב הבלתי-חוקי והמנוגד לשלטון החוק. דחיית טענות חוסר הסמכות נעשתה עשרה חודשים לאחר הגשת העתירה העקרונית בעניין ולאחר שפג תוקפן של כל תקנות שעת חירום. במהלך כל תקופה זו בית המשפט אפשר לממשלה להמשיך לפעול כאשר מרחפת מעל פעילותה עננה של חוסר סמכות.

4.2

ההגנה על זכויות אדם

בחלק זה בחרנו להתמקד בשתי קבוצות של עתירות מבין העתירות הרבות שהעלו טענות בדבר פגיעה בזכויות אדם. הקבוצה הראשונה תקפה את ההגבלות אשר הוטלו על ידי הממשלה. עם קבוצה זו נמנות עתירות נגד הסגר, נגד ההגבלות על חופש התנועה וכן נגד ההגבלות על הפעילות הרגילה של המשק. הקבוצה השנייה סובבת סביב הזכות לבריאות והדרישה מהרשות המבצעת לפעול כדי לשמור על הבריאות או לספק שירותי בריאות בצורה נגישה ושוויונית.

4.2.1

עתירות נגד ההגבלות שהוטלו על ידי הממשלה

עתירות נגד הסגר

בני ברק היא העיר הראשונה שהוכרזה כאזור מוגבל ושהוטל עליה סגר. תושבי העיר עתרו לבג"ץ נגד הכרזה זו.⁸² אומנם בית המשפט הכיר בכך שסגר פוגע בזכויות יסוד כגון חופש התנועה, אולם נקבע כי הפגיעה מידתית.

81 תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה חדש – אכיפה), התש"ף-2020; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), התש"ף-2020; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (בידוד במקום לבידוד מטעם המדינה), התש"ף-2020.

82 עניין לוונטה, לעיל ה"ש 39.

סוגיה זו הגיעה בשנית לפתחו של בית המשפט עקב הטלת סגר על שכונת רמות אלון בירושלים.⁸³ גם במקרה זה, בית המשפט דחה את העתירה וציין כי החלטת הממשלה נתקבלה על יסוד תשתית עובדתית ואין מקום להתערבות בית המשפט. השופטת ברון הרחיקה לכת וציינה כי:

בימים של שגרה לא ניתן היה להסכים עם פגיעה חמורה כזו בזכויות חוקתיות כדוגמת חופש התנועה והזכות לפרטיות, לקניין ולחופש העיסוק. אך הימים הם "ימי קורונה", והסכנות הגלומות בהתפשטותה של מגפה זו הן מיידיות ומוחשיות [...]. בנסיבות חריגות אלה וחרף המחיר הכבד שהדבר גובה מן האוכלוסייה בישראל, ממי יותר וממי פחות, ניכר כי אין מנוס מהירתמות חברתית כוללת למאבק בהתפשטות הנגיף – כל אחד ב-ד' אמותיו...⁸⁴

השופטת ברון לא רק מניחה קיומה של הצדקה לפגיעה בזכויות, אלא שהיא מצפה מהאזרחים להשלים עם פגיעה זו ואף ל"הירתם למשימה". נראה כי השופטת ממאנת ליישם את מבחן המידתיות המחייב בחינת תכליתה של הפגיעה, את הקשר הרציונלי בין הפגיעה לתכלית, חלופות פוגעניות פחות בזכויות הפרט ואת התועלת מפגיעה זו אל מול הנזק הנובע ממנה. על אף שהסתייג מאמירה זו, הצטרף השופט עמית בהסכמה לפסק הדין של השופטת ברון:

גם כשנגיף הקורונה מתהלך ברחובותינו המוזות אינן שותקות והביקורת הפרלמנטרית והשיפוטית אינן נאלמות דום. בימים אלה של מצב חירום, ובמיוחד בימים אלה, היד אינה צריכה להיות קלה על ההדק, והפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות צריכה להיות מידתית וממוקדת ככל שניתן.⁸⁵

למסקנה דומה הגיע בית המשפט בעתירה נגד הטלת סגר על העיר אלעד.⁸⁶

עתירות נגד הגבלת הפעילות והתנועה

הגבלות נוספות אשר נתקפו במספר עתירות נגעו להגבלות על התנועה ועל ההתקהלויות.

שש עתירות שונות הוגשו נגד ההגבלות אשר מנעו את הגישה להר מירון בל"ג בעומר.⁸⁷ בית המשפט קבע שאין מקום להתערב בהחלטת הממשלה שכן לגישתו ההגבלות משקפות מענה רגיש למכלול השיקולים הנוגעים לעניין.⁸⁸ כמו כן, בית המשפט ציין כי אכן אפשר להניח כי ההגבלות פוגעות במידה מסוימת בזכויות מסוימות, אך על אף הפגיעה, זכויות אלה נסוגות מפני הזכות לחיים.⁸⁹ איזון זה בעייתי שכן במקום לאזן בין הזכות של הפרט לבין האינטרס הציבורי במניעת התקהלויות, האינטרס הציבורי נהפך לזכות לחיים של הקולקטיב. באיזון מעין זה, הפגיעה בזכויות הפרט תמיד מוצדקת.⁹⁰ נקודה נוספת שעלתה בהקשר זה נוגעת להיעדר יכולתו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על תקנות

83 עניין **המנהל הקהילתי רמות אלון**, לעיל ה"ש 39.

84 שם, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ברון.

85 שם, בס' 1 לפסק דינו של השופט עמית.

86 עניין **ראש העיר אלעד**, לעיל ה"ש 39.

87 ראה את הפירוט לעיל בה"ש 41; עניין **סמדר**, לעיל ה"ש 38.

88 עניין **באמונתו יחיה**, לעיל ה"ש 41.

89 עניין **רוזנבלט**, לעיל ה"ש 41.

90 על חשיבות ההבחנה בין זכויות לבין אינטרסים ועל ההשפעה של הבחנה זו על סוג האיזון הנבחר ראו: אורן גל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים בזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97 (2018); עוד על נושא זה ראו את הרצאתו של פרופ' אמנון רייכמן במרכז מינרבה לשלטון החוק במצבי קיצון תחת הכותרת "Judicial Review and the Coronavirus". זמין בקישור הבא: <https://www.youtube.com/watch?v=DVC-17W8kA&feature=youtu.be>.

שמשנתנות בתכיפות גבוהה, שנכנסות לתוקף באופן מיידי ושתוקפן מוגבל לפרק זמן קצר בלבד. **כך אופיין הארעי של תקנות שעת חירום כשלעצמו מאיין את הביקורת השיפוטית.**

בעתירה אחרת ביקשו העותרים לבטל את המגבלות אשר הוטלו על תפילה במקום פתוח. בית המשפט הכיר בפגיעה בחופש הדת והפולחן של העותרים, אך קבע כי ההגבלה מידתית.⁹¹ בהליך אחר ביקשו עותרים מן הימין הקיצוני להחריג את מתחם מסגד אלאקצא מההגבלות על התנועה ולאפשר ליהודים להגיע ולהתפלל במקום. השופט עמית קבע כי אומנם הזכויות הדתיות נפגעות, אך מול הפגיעה בהן עומדת השמירה על בריאות הציבור ועל ביטחונו.⁹² אחד מפסקי הדין המפורטים שבית המשפט כתב בתקופה זו נגע לאיסור על ביקורים בבית עלמין ביום הזיכרון.⁹³ לדידו של השופט עמית, דווקא במקרה זה "הפגיעה בזכות החוקתית הינה ברורה מאליה" והיא כוללת פגיעה בחופש התנועה, חופש הביטוי והאוטונומיה האישית. בית המשפט ייחד ארבעה עמודים שלמים לבחינת המידתיות של ההסדר ולעמידה שלו בכל אחד מהתנאים.

כמו כן, הוגשו שתי עתירות המבקשות לאכוף את ההגבלות על ההתקהלות, בין היתר לשם הפגנות, ושתייהן נדחו.⁹⁴ בנוסף, הוגשו עתירות נגד אופן יישום ההגבלות המוטלות על החוזרים מחו"ל בין בבקשה למנוע כניסת אברכים מארה"ב,⁹⁵ בין בדרישה להחריג את בני הזוג והילדים של אזרחים מהאיסור ולהתיר את כניסתם⁹⁶ ובין לפתוח את מעבר הגבול למצרים.⁹⁷ סוג נוסף של עתירות דן בהשפעה של הגבלות אלו על פעילות עסקית. בניגוד לעתירות שהוזכרו בפסקה הקודמת, עתירות אלה נמחקו או נדחו ללא ניתוח חוקתית ומבלי שהייתה הכרה בפגיעה בזכות חוקתית.⁹⁸

בהקשר זה, מעניין לא רק לבחון באילו מקרים בחר בית המשפט לסווג את הפגיעה לה טוענים העותרים כפגיעה בזכות חוקתית ובאילו מקרים לא, אלא גם להתייחס לצורה בה יישם בית המשפט את מבחני המידתיות. שכן, בית המשפט בחר ליישם איזון אופקי ואל מול בזכויות הפרט הציב את הפגיעה בזכות לחיים של הציבור, להבדיל מהאינטרס הציבורי בשמירה על הבריאות. מרגע שנבחרה נוסחת איזון זו, הרי נחרץ גורלה של הפגיעה בזכות הפרט להיקבע כמידתית.⁹⁹

לסיכום חלק זה, נראה כי בהקשר של זכויות אזרחיות קלאסיות כגון חופש התנועה וחופש הדת, בית המשפט היה נכון יותר להכיר בקיומה של פגיעה בזכויות חוקתיות. עם זאת, בית המשפט בחר לאזן בצורה אופקית בין הפגיעה בזכות של הפרט לבין הפגיעה בזכות לחיים של הקולקטיב, ולא אל מול אינטרס ציבורי. באיזון מעין זה, הגבלות על זכויות הפרט לעולם יימצאו

91 עניין באמנתו יחיה, לעיל ה"ש 41.

92 עניין עציון, לעיל ה"ש 41.

93 עניין סמדר, לעיל ה"ש 38, פס' 8-9.

94 עניין פדידה, לעיל ה"ש 40; עניין מוסלי, לעיל ה"ש 7.

95 בג"ץ 5593/20 בילט נ' פרויקטור הקורונה (פורסם מאגרים, 12.8.2020); בג"ץ 5682/20 קוביצנקי נ' שר הפנים (אר"ש 9.9.2020).

96 עניין פלוני, לעיל ה"ש 37; עניין קטנר, לעיל ה"ש 37.

97 עניין שילה, לעיל ה"ש 37.

98 עניין חברת שזפפו סחר בע"מ, לעיל ה"ש 43; עניין ארגון מנהלי בריכות שחייה, לעיל ה"ש 43; עניין הולמס פלייס אינטרנשיונל, לעיל ה"ש 43; עניין מ.ש. ובניו בע"מ, לעיל ה"ש 43; עניין טרקלין אולמות ואירועים-אולמי מונדיאל, לעיל ה"ש 43.

99 ראו: ההרצאה של פרופ' רייכמן, לעיל ה"ש 90.

מוצדקות ומידתיות. היבט נוסף אשר בלט בהקשר זה הוא ממד הזמן, שכן כאשר התקנות משתנות בתדירות גבוהה, נכנסות לתוקף בצורה מיידית ותקפות לתקופה מוגבלת, בית המשפט ממאן להפעיל ביקורת שיפוטית ראויה.

4.2.2

הזכות לבריאות

מספר עתירות הוגשו לבית המשפט העליון והעלו סוגיות הקשורות להגנה על הזכות לבריאות. לרוב, עתירות אלה כללו דרישה לפעולה מטעם המדינה אשר יש בה, לדעת העותרים, כדי להבטיח את השמירה על בריאות האזרחים וכן שוויון בנגישות לשירותי בריאות.

שלוש עתירות הוגשו לבית המשפט ותקפו את היעדר הנגישות של קבוצות שונות לבדיקות קורונה.

העתירה הראשונה ביקשה להנגיש את בדיקות הקורונה לתושבים של הכפרים הבדואים המוכרים והלא מוכרים כדי שיוכלו לממש בצורה שוויונית את זכאותם לבדיקות.¹⁰⁰

בית המשפט דחה את העתירה על הסף וללא דיון בשל היעדר עילה מבוררת להתערבות. בפסק הדין שנכתב על ידי השופט שטיין, נקבע כי אין פגיעה בזכויות של האזרחים הבדואים שכן:

בהינתן גודל המשימה ומורכבותה, לא ייפלא כי זו איננה כוללת בתוכה אסתטיקה של קווים ישרים. מסיבה פשוטה זו, טענת אי-השוויון שבפני העותרים תקרוס תחתיה כל אימת שנמצא כי המדינה עיצבה את משימתה הלאומית על בסיס שיקולים מקצועיים וענייניים.¹⁰¹

לפי השופט שטיין, כאשר הזכאות לבדיקה היא אותה זכאות "עבור על כל אדם ואדם" ואין טענה לאפליה ברמה זו, הרי ההחלטה אינה נגועה בשיקולים שלא מן העניין ואין מקום להתערב. לגישתו "טענת האפליה של העותרים מצטמצמת אפוא לקשיי תחבורה ועלותה כגורם אשר מצמצם את הנגישות לבדיקות".¹⁰² משכך, הוא מגיע לכלל מסקנה כי "הפרשי העלות התחבורתית" זניחים לעומת התועלת של בדיקות נחוצות ואף מצילות חיים אלה: "גודל ההטבה הבריאותית בדמות בדיקות הקורונה שהמדינה מספקת לכלל תושביה מגמד את הטרוניה בעניין העלות התחבורתית – וכל תלונה דומה – ושומט את הקרקע שמתחת לטענת האפליה..."¹⁰³

יוצא כי הביקורת השיפוטית מסתכמת בבחינת קיומם של שיקולים זרים בלבד ללא קשר לאופייה של הזכות הנפגעת ולמשמעות של אי-הנגישות וללא קשר לשאלה אם התושבים נהנים מהזכות באופן

100 עניין **בדיקות בנגב**, לעיל ה"ש 31.

101 שם, בפס' 7.

102 עוד על הבעייתיות שבניתוח זה של מבחני המידתיות ראו: ההרצאה של פרופ' רייכמן, לעיל ה"ש 90.

103 עניין **בדיקות בנגב**, לעיל ה"ש 31, בפס' 9.

שווה. לפי השופט שטיין, טענת האפליה כאן היא רק טרוניה בשל "הפרשי עלות תחבורתית" אשר בטלה בשישים לעומת "ההטבה" שהמדינה מספקת בדמות בדיקות קורונה – הטבה ולא זכות – שנראה שאינה כפופה לחלוקה שוויונית. קביעה זו אשר מטילה את "העלות השולית הנוספת" של אספקת השירותים על האזרחים ולא על המדינה, נוגדת פסיקה קודמת של בית המשפט.¹⁰⁴

השופט עמית מציין כי בהינתן "אי-הבהירות לגבי המשאבים העומדים כיום לרשות המדינה בנושא הבדיקות, אין מקום להתערבותנו באופן הקצאת המשאבים כפי שהתבקש על ידי העותרים". עם זאת, הוא מציין כי "חזקה על המשיבים כי יהיו 'עם יד על הדופק' ויבחנו בהתאם להתפתחויות את הצורך...".¹⁰⁵

קביעות אלה אשר מניחות שרשויות המדינה עושות כל שאפשר בנסיבות אלו, חוזרות ומופיעות במספר רב של פסקי דין. בכך הביקורת השיפוטית מסתכמת בבחינת תום הלב והכוונות הטובות של הממשלה ללא דיון חוקתי במידת הפגיעה בזכויות אדם וללא קשר לפגיעה בשלטון החוק. בהקשר של שוויון, תפיסה זו עומדת בסתירה לפסיקה רבת שנים של בית המשפט העליון אשר אימץ את מבחן התוצאה לבחינת הפגיעה בשוויון וכעת היא נסוגה למבחן המתבסס על קיומה של כוונה להפלות.¹⁰⁶

עתירה נוספת דרשה את הנגשת הבדיקות לתושבי השכונות הערביות של ירושלים אשר נמצאות מעבר לגדר ההפרדה.¹⁰⁷ תושבי שכונות אלה חיים בתנאים של צפיפות רבה וסובלים מהיעדר תשתיות ושירותי בריאות בסיסיים ובכך הם חשופים יותר להתפשטות הקורונה. בית המשפט דחה את העתירה ללא דיון על בסיס תגובת המדינה בלבד שלפיה יש כוונה שסיני קופת חולים כללית בשכונות יחלו לבצע בדיקות קורונה למבוטחיהם. דהיינו, די שהממשלה תכריז על כוונות טובות ועל הבטחות עתידיות כדי לדחות את הביקורת השיפוטית אף מבלי לוודא שהבטחות אלה מומשו או שיש בהן כדי לאיין את הסיכון לחיי התושבים.

עתירה שלישית שהוגשה לבית המשפט בנוגע לבדיקות קורונה הייתה עתירה של עמותת דיירי הדיור המוגן בישראל, קבוצת הסיכון העיקרית, שאחד הסעדים בה דרש כי שר הבריאות יורה על ביצוע בדיקות קורונה שבועיות לכל דיירי הדיור המוגן, למטפלים, לעובדים ולנותני השירותים.¹⁰⁸ בית המשפט דחה את העתירה בשל היעדר עילה להתערבות אגב הפניה לפסקי הדין שלעיל ולקביעה כי מספר הבדיקות וסדרי העדיפויות הנוגעים לביצוען מצויים בליבת שיקול הדעת המקצועי שבית המשפט אינו מתערב בו בהיעדר הוכחת קיומם של שיקולים זרים.

104 טיעון זה הוסבר בהרחבה ב: נדיב מרדכי "ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות של משרד הבריאות" המכון הישראלי לדמוקרטיה (30.4.2020). זמין בקישור: [HTTPS://WWW.IDI.ORG.IL/ARTICLES/31454](https://www.idi.org.il/articles/31454).

105 עניין **בדיקות בנגב**, לעיל ה"ש 31, בפס" 3.

106 ראו למשל: בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1 (2006).

107 עניין **בדיקות במזרח ירושלים**, לעיל ה"ש 32.

108 עניין **עמותת דיירי הדיור המוגן בישראל**, לעיל ה"ש 33; בהקשר זה נציין כי הוגשו מספר עתירות אשר נוגעות להתנהלות בבתי אבות או בדיוור מוגן: בג"ץ 3046/20 **מירון נ' שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים** (אר"ש 21.5.2020); עניין **איגוד בתי אבות ודיור מוגן בישראל**, לעיל ה"ש 33; בג"ץ 3447/20 **איגוד בתי אבות בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל** (אר"ש 30.6.2020). כמו כן, הוגשו שתי עתירות הנוגעות להסבה של בתי חולים לטיפול בקורונה: עניין **פשה**, לעיל ה"ש 8; עניין **המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור** לעיל ה"ש 33. דיון מעניין בשתי העתירות האחרונות ראו אצל מרדכי, לעיל ה"ש 104.

עתירה נוספת דרשה לספק פתרונות בידוד מנע לנשים בכפרים הבדואים הלא מוכרים בנגב.¹⁰⁹ דרישה זו התבססה על הייחודיות של הצרכים של הנשים הבדואיות בכפרים הלא מוכרים אשר התבטאו בהיעדר תנאים פיזיים לבידוד בבתים בד בבד עם קיומן של מגבלות חברתיות המונעות שימוש בפתרונות הבידוד שהוצעו על ידי המדינה, אך היו רחוקים ממקום המגורים. צרכים אלה הוכרו על ידי המדינה במסמכים שונים מטעמה.¹¹⁰ בית המשפט דחה הגם עתירה זו בעילה שמדובר ב"עתירה כוללנית ותאורטית" כאשר "אין בנמצא על פי הידוע נפגעת קונקרטיית". קביעה זו מעלה קשיים רבים כאשר מדובר בדרישה לספק שירותי בריאות מניעתיים וכן לנוכח הפוטנציאל לשינוי דרסטי במצב התחלואה בן לילה. גם לעניין הצורך בהכנת תוכנית פעולה למתן מענה לצרכים הייחודיים, סירב בית המשפט להתערב בציינו כי:

העותרים מעלים חשש, אשר הגם שיייתכן כי יהפוך לממשי בעתיד (ואולי אפילו, חס וחלילה, בעתיד הקרוב), הוא תאורטי לעת הגשת העתירה והדיון בה. מטעם זה סבורות הרשויות הרלוונטיות, על פי מיטב שיקול דעתן המקצועי, כי אין מקום בשלב הנוכחי להתמודד עם החשש האמור, וכי ניתן יהיה לתת לו מענה נאות אם וכאשר יתעורר הצורך. ביצוע הערכת סיכונים מסוג זה, וקביעת סדרי קדימויות על בסיסן, מצויה בליבת שיקול הדעת המנהלי, וקשה לראות מהו הבסיס להתערבות שיפוטית בו.¹¹¹

קבוצה נוספת של עתירות עסקה בזכות לבריאות של אסירים. בתי הסוהר תמיד היו מקור לדאגה בעת התפרצות מגפה בגלל הפוטנציאל להתפשטות המגפה בשל תנאי הכליאה הירודים בכלל וצפיפות היתר בפרט, וכן בשל המצב הבריאותי הרעוע המאפיין חלק ניכר מאוכלוסיית הכלואים ואשר הופך אותה ליותר פגיעה. חשש זה מצטרף לפוטנציאל הפגיעה הרב בזכויות אדם הקיים ממילא בבתי סוהר.

החשש לחייהם של הכלואים ולבריאותם התעצם עד מאוד לנוכח תקנות החירום שהתקינה הממשלה עוד באמצע מרץ, תקנות אשר מנעו כניסת מבקרים ועורכי דין לבתי כלא.¹¹² הרציונל של תקנות אלה לפי דברי ההסבר היה למנוע חדירה של הנגיף לתוך בית הכלא על ידי בידודו. הגבלות אלה פוגעות בזכות לביקורי משפחה, בזכות להיוועצות וכן בזכות הגישה לערכאות – אך יתרה מזו, הגבלות אלה מנתקות את הקשר בין האסירים לעולם שמחוץ לבתי הכלא ומונעות כל יכולת לפקח, שאינה מטעם המדינה או מבקרים רשמיים,¹¹³ על הנעשה בין כותלי בית הכלא ועל השמירה על חייהם של האסירים ועל בריאותם. פגיעה זו מקבלת משנה תוקף בהקשר של האסירים הפלסטינים המוגדרים ביטחוניים, שבניגוד לאסירים פליליים, נמנעת מהם האפשרות לשמור על קשר טלפוני עם יקיריהם.

109 עניין **בידוד נשים**, לעיל ה"ש 34.

110 ראו למשל: https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/arab-documents-corona/he/news_2020_corona_arab-muni_bidud-arab.pdf

111 עניין **בידוד נשים**, לעיל ה"ש 34, בפס' 11.

112 תקנות שעת חירום (מניעת כניסת מבקרים ועורכי דין למקומות מעצר ובתי הסוהר), התש"ף-2020.

113 אומנם באותה תקופה לא נאסרה כניסת מבקרים רשמיים כגון לשכת עורכי הדין, הסניגוריה הציבורית או הצלב האדום. אך אין בפיקוח של גופים אלה, שלמיטב ידיעתנו גם נעשה בצורה מצומצמת בתקופה של הגל הראשון של הקורונה, כדי לפתור את הקשיים בפיקוח על הזכויות של כל אסיר ואסיר ואין בו כדי לתת מענה לקשיים של משפחות האסירים לקבל מידע על אודות הזכויות של בני משפחתם. בהקשר זה נציין כי גם הכניסה של חברי הכנסת לבתי הכלא באותה תקופה הוגבלה מאוד, וכי בקשה לבית המשפט העליון לתת צו ביניים אשר יאפשר את כניסת חברי כנסת לביקורים בתקופה זו – במסגרת עתירה אשר תוקפת את ההגבלה כולה – לא נענתה. ראו: בג"ץ 4252/17 **ה"כ ג'בארין נ' הכנסת** (בקשה לצו ביניים מיום 3.5.2020).

מספר עתירות ביקשו לוודא ששירות בתי הסוהר נערך בצורה מתאימה להתפשטות המגפה, וכן דרשו להפחית את הסכנה לאסירים על יד התאמת תנאי הכליאה לנסיבות.¹¹⁴ עתירות אלה נדחו או נמחקו.

העתירה העיקרית שהוגשה בעניין ביקשה לאתגר את החוקיות של תקנות שעת חירום האוסרות על ביקורים בבתי כלא.¹¹⁵ בין היתר, טענו העותרים כי התקנות פוגעות בצורה לא מידתית בזכויות יסוד של האסירים והדגישו את אי החוקיות של התקנות בעניין זכות הגישה לערכאות בניגוד להוראות סעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה, בייחוד לנוכח מניעת ההיוועצות של אסירים ביטחוניים שפוטים עם עורכי דינם, אם לא קבוע דיון בפני הערכאות בעניינם. אף שעתירה זו תוקפת את אבן היסוד שעליה מושתתת התוכנית של שירות בתי הסוהר להתמודדות עם התפשטות נגיף הקורונה בבתי הסוהר, בית המשפט נמנע מהכרעה בחוקיות של מדיניות זו ובמידתיות שלה.¹¹⁶

עתירה נוספת ביקשה ליישם את חובת הריחוק החברתי שקבע משרד הבריאות כאמצעי היעיל ביותר להתמודד עם המגפה, בתאים של האסירים הביטחוניים בבית כלא גלבו.¹¹⁷ בית המשפט דחה את העתירה בקובעו כי תקנות הריחוק החברתי אינן חלות שכן אסירים עולים כדי "יחידים השוהים יחד במקום מגורים אחד" וכן כי שירות בתי הסוהר נוקט שורה של אמצעים לשם התמודדות עם מחלת הקורונה, אמצעים שכזכור טרם הוכרעה העתירה בדבר החוקתיות שלהם. בית המשפט ציין עוד כי מאחר שנתוני התחלואה בבתי הסוהר טובים יותר מאשר באוכלוסייה הכללית, העתירה אינה מציפה בעיה קונקרטית הדורשת פתרון ועל כן הטיל על העותרים הוצאות. יצוין כי עתירה זו באה על רקע מספר מהלכים אשר נקט שירות בתי הסוהר כדי להפחית את הצפיפות בתוך בתי הכלא ואשר הוחלו אך ורק על אסירים פליליים ולא על ביטחוניים.¹¹⁸ יצוין עוד כי כשלושה חודשים לאחר פסק הדין התפרצה הקורונה בקרב האסירים הביטחוניים בבית כלא גלבו וגרמה להדבקה של כמאה אסירים.¹¹⁹

ברוב המוחלט של פסקי הדין, לא סיווג בית המשפט את הפגיעה שטוענים לה העותרים כפגיעה בזכות החוקתית לבריאות ולשוויון בבריאות. בשל כך בית המשפט לא ניתח חוקתית את הפגיעה בזכות לבריאות כלל. יתרה מזו, בית המשפט אף אימץ גישה מאוד מרוסנת הנותנת שיקול דעת רחב למדינה לעניין ניהול המאבק בהתפשטות הנגיף הן מבחינת חלוקת המשאבים הן מבחינת צורת ההתארגנות.

114 ראו את העתירות המנויות לעיל בה"ש 35.

115 מדובר בשתי עתירות אשר הדיון בהן אוחד: עניין גאנם, לעיל ה"ש 29; ובג"ץ 2282/20 בכר נ' ראש הממשלה.

116 בית המשפט ניהל שני דיונים בעתירה, והוגשו מספר הודעות עדכון מטעם המשיבים הן על שינוי שערכו בפועל כדי למזער את הפגיעה של התקנות בזכות לקשר עם המשפחה, בזכות להיוועצות ובגישה לערכאות הן על התקדמות יוזמת חקיקה בנושא לאחר שתוקפן של התקנות האמורות פקע עוד בחודש יוני. לאור התפתחויות שונות, בית המשפט ביקש מהעותרים לתקן את העתירה לנושא שמירת הקשר עם המשפחה. העתירה המתוקנת זמינה בקישור הבא: <http://www.hamoked.org.il/files/2020/1664158.pdf>.

117 שכן הסוהרים נמצאים במגע הדוק עם הכלואים ובה בעת חשופים להדבקה בשל מגע עם האוכלוסייה הכללית. עניין כלא גלבו, לעיל ה"ש 35.

118 כנגד הסדרים אלה הוגשו מספר עתירות אסירים. ראו את פירוט העתירות בה"ש 35.

119 ראו את הפנייה של מרכז עדאלה לשירות בתי הסוהר בנושא זה. זמינה בקישור הבא: <https://www.adalah.org/he/content/view/10177>.

5

מסקנות וסיכום

מהמכלול המובא לעיל עולה תמונה מדאיגה באשר לתפקודו של בית המשפט בהגנה על זכויות הפרט במצב חירום בריאותי.

מהניתוח הכמותני של פסקי הדין בעתירות שהוגשו עד ל-31.8.2020 עולה בבירור כי בית המשפט דחה או מחק את מרביתן של העתירות שהוגשו (85 מתוך 88; 2 נתקבלו; אחת עודנה תלויה ועומדת). בתקופה זו בית המשפט כמעט שלא נתן צווים על תנאי (2 עתירות שניתן בהן צו על תנאי; שתי עתירות נידונו כאילו ניתן צו על תנאי וצו ביניים אחד בלבד ניתן).

מבחינת זמן הטיפול בעתירות, קבוצה אחת של עתירות נדחו בצורה מיידית (10% עוד באותו יום; 25% נוספים תוך שבוע ימים), רובן אף מבלי שהתקיים דיון במעמד הצדדים (70%) ומקצתן אף מבלי שנתבקשה תגובת המשיבים (27%). 67% מפסקי הדין היו קצרים והשתרעו על פחות משלושה עמודים. בקבוצה השנייה של העתירות, הטיפול התארך עד מאוד, כאשר לא פעם המדינה נתבקשה לשוב ולעדכן על אודות התפתחויות שונות כדי לייתר את ההכרעה בעתירה.

בכל מקרה, באף פסק דין לא הייתה מחלוקת אמיתית בין השופטים אשר התבטאה בעמדת מיעוט.

הניתוח האיכותני של פסקי הדין הדגיש את קיומה של מגמת אי-התערבות מצד בית המשפט. למגמה זו מספר פנים שלהלן נעמוד על העיקריות שבהן.

אסטרטגיות הימנעות

בית המשפט נקט מספר אסטרטגיות הימנעות (Avoidance) כדי לפטור את עצמו מדיון מעמיק ומהכרעה בשאלות עקרוניות. בין היתר, אסטרטגיות אלה כללו שימוש מורחב בעילות סף; דחיית

עתירות בשל שינוי בתשתית העובדתית או הנורמטיבית שבבסיסן גם אם שינוי זה אינו שינוי מהותי אשר מאיין את הפגיעה; בקשות חוזרות ונשנות מהמדינה להגיש הודעות עדכון, לרוב על התקדמות הליכי חקיקה, עד שהעתירות הפכו תיאורטיות; הימנעות ממתן הנחיות או מקביעת מסגרת נורמטיבית צופה פני עתיד כדי להתוות קווים כלליים להפעלת הסמכויות.

בית המשפט לא הכריע בשאלות משטריות עקרוניות הנוגעות לשימוש בתקנות שעת חירום ולאופן התנהלות הממשלה בששת החודשים הראשונים ממועד התפרצות המגפה: שאלות על טיבו של מצב החירום כמצב חירום בריאותי הנבדל במהותו ממצב חירום ביטחוני; הצורך בהכרזה נפרדת על ידי הכנסת כמתבקש מחוק-יסוד: הממשלה; סמכות הממשלה להשתמש בתקנות שעת חירום לאחר השבעת הכנסת וגבולותיה של סמכות זו. גם בעתירות הנוגעות להגנה על זכויות אדם, לא שש בית המשפט להתערב, ורובן המוחלט נמחק או נדחה.

אומנם, אסטרטגיות אלה של הימנעות אינן חדשות ובמקרים שונים בעבר פעל בית המשפט באמצעים דומים כדי שלא להכריע בשאלות הבאות לפתחו כאשר לא חפץ בכך. עם זאת, השימוש באסטרטגיות אלו היה קיצוני בתקופת הקורונה בייחוד על רקע הסמכויות הרחבות שיש בידי הממשלה ופוטנציאל הפגיעה הרב בזכויות אדם.

שימוש מוגבר בעילות סף

בג"ץ עשה שימוש מוגבר בעילות סף לדחיית עתירות, בייחוד בעילת אי-מיצוי הליכים אגב דרישה למתן תקופה סבירה לקבלת מענה מהרשויות גם כאשר הפגיעה בזכויות אדם אינה מידתית. גישה זו זלגה מאוחר יותר גם לפסקי דין בעתירות אשר תקפו חוקתיות של החוקים שהחליפו את תקנות שעת החירום.

מאחר שמלכתחילה מדובר בעתירות אשר תוקפות תקנות ודברי חקיקה זמניים, הדרישה למיצוי הליכים עולה בהקשר זה לכדי אסטרטגיית הימנעות מהכרעה, שכן עד שהעניין ימוצה בין העותרים לרשות הרלוונטית, תוקף התקנה או דבר החקיקה עשוי לפקוע. על כן, השימוש המוגבר בעילות סף כאשר המציאות העובדתית והנורמטיבית משתנה תכופות, משמעו בפועל איון התועלת של פנייה לבית המשפט ומשמעה כי בפועל בית המשפט אינו מתערב במציאות המשתנה במהירות ואינו נותן סעד מהיר. יתרה מזו, שימוש בעילות סף יוצר אפקט מצנן אצל עותרים פוטנציאליים שלא ימהרו לפנות לבית המשפט, אם בכלל.

איון הביקורת השיפוטית על מציאות משתנה

בית המשפט בחר לנטרל את האפשרות לביקורת שיפוטית בעת המגפה בתואנה של שינויים תכופים. כך למשל, בית המשפט מחק לא אחת עתירות בשל שינויים בתשתית העובדתית או הנורמטיבית שעליהן היא נסמכה. אומנם, על פני הדברים יש היגיון מסוים בגישה זו. אך בית המשפט מחק עתירות גם כאשר השינויים היו מינוריים ולא סדקו את הטענות של העותרים בדבר פגיעה בזכויות אדם או כאשר היה ברור שהשינוי העובדתי אינו סוף פסוק וכי המציאות והפגיעה בעקבותיה צפויות

לחזור על עצמן בעתיד הקרוב. יתרה מזו, לא פעם נראה כי בית המשפט מבקש הודעות עדכון חוזרות ונשנות עד שיתרחש אותו שינוי שיש בו כדי לייטר את ההכרעה לגופה.

ראוי לתת את הדעת גם על מקרים שבהם ההוראות המגבילות נכנסו לתוקף בצורה מיידית או שהן היו בתוקף לתקופה קצרה, לפעמים בת ימים מספר. במקרים אלה, בחר בית המשפט שלא להתמודד עם פגיעות לטווח קצר בזכויות אדם, ללא קשר לעוצמת הפגיעה.

השעייתה של ההגנה על זכויות אדם

המקרים היחידים שבהם בית המשפט הכיר בקיומה של פגיעה בזכויות אדם היו מקרים הנוגעים לזכויות פוליטיות קלאסיות. בית המשפט לא הכיר באף עתירה בקיומה של פגיעה בזכויות חברתיות ובראשן הזכויות לבריאות ולשוויון. גם באותם מקרים שבהם בית המשפט הכיר בפגיעה בזכויות אדם, הושעתה ההגנה עליהן בשם ההגנה על הזכות לחיים של הקולקטיב. במצב דברים זה, ידן של הזכויות החוקתיות של הפרט תהיה לרוב על התחתונה.

בית המשפט לא בחן את הפגיעה במישור החוקתי ואת המידתיות שלה, אלא בחן אותה במישור המנהלי בלבד והסתפק בבחינת סבירות ההחלטה במישור המנהלי ואם נפלו פגמים בהליך קבלת ההחלטה בשילובה של חזקת תקינות המנהל. גם לעניין השוויון, אימץ בית המשפט את מבחן הכוונה, אגב נסיגה ממסורת ארוכה של פסיקה לפי מבחן התוצאה לבחינת הפגיעה בשוויון במנותק משאלת קיומה או היעדרה של כוונה להפלות.

היעדרה של ביקורת שיפוטית כאמור, בייחוד בעת שבה סמכויות רחבות מרוכזות בידי הממשלה ובהיעדר פיקוח פרלמנטרי ראוי, משמעה בפועל יד חופשית לממשלה להתקין תקנות שעת חירום לפי שיקול דעתה המוחלט. בהיעדרה של ביקורת שיפוטית כלשהי במשבר הקורונה, הממשלה עלולה, במצבי חירום אזרחיים עתידיים, לפעול באותו אופן בהסתמך על החלטות בית המשפט שאישרו את סמכותה להתקין תקנות שעות חירום ללא בקרה פרלמנטרית כשלהי, אך ורק משום שיש הכרזה כללית על מצב חירום ביטחוני. מחדלו של בית המשפט הפך את תחום השמירה על זכויות אדם בעמות חירום לשטח הפקר שבו המילה האחרונה לעניין האיזון בין אינטרס הציבור לזכויות הפרט נתונה לרשות המבצעת.

מסקנות אלה עולות בקנה אחד עם הביקורת הרבה אשר נמתחה על המסורת השיפוטית של בית המשפט העליון בהקשר של הגנה על זכויות אדם מפני פגיעה בהם על ידי סמכויות שעת חירום ומשיקולי בטחון. גם בצלה של מגיפת הקורונה, ולמרות אופיו האזרחי של המשבר, בית המשפט העליון לא הפעיל ביקורת שיפוטית מהותית ולא סיפק הגנה על זכויות אדם. התנהלות זו שיש בה לאשש את ביקורות העבר, יש בה גם כדי לעורר חשש מהותי לגבי העתיד.

תפקוד בג"ץ במצבי חירום קריאה בהחלטות בית המשפט העליון בתחילת משבר הקורונה

עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 3109001

טל: 04-9501610 | פקס: 04-9503140

www.adalah.org

