

בעניין:

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

2. הרשימה המשותפת

ע"י עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ו/או מאיסאנה מוראני
ו/או סאוסן זהר ו/או סארי עראף ו/או איה חאגי-עודה ו/או פאדי ח'ורי
ו/או רביע אגבריה

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ת"ד 94, חיפה; פקס: 04-9503140

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

העותרים

נגד

1. מר בנימין נתניהו, ראש הממשלה

2. שירות הבטחון הכללי

3. משטרת ישראל

4. משרד הבריאות

ע"י פרקליטות המדינה

רח' סלאח אלדין 29, ירושלים

המשיבים

עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 1.4.2020 מוגשת בזאת עתירה מתוקנת מטעם העותרים ובמסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא לבטל את תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף – 2020 (להלן: "תקנות המיקום") ואת תקנות שעת חירום (נתוני מיקום) (תיקון), התש"ף-2020 (ק"ת 8420 מיום 25.3.2020);

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

ג. מדוע לא לבטל את החלטת ממשלה מס' 4950 מיום 31.3.2020 המרחיבה את סמכויות השב"כ לאסוף מידע פרטי על אזרחים ותושבים במסגרת הצעדים הננקטים למאבק במגפת הקורונה.

החלק העובדתי

השתלשלות ההליכים עד להגשת העתירה המתוקנת

1. ביום 18.3.2020 הגישו העותרים עתירה כנגד תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020 (להלן: **"תקנות המיקום"**) ותקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: **"תקנות הסמכת השב"כ"**), במסגרתה התבקש בית המשפט לבטל את התקנות הנ"ל בשל התקנתן תוך כדי חריגה מסמכות הממשלה, משזו פעלה בניגוד לאמור בסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה וכן בהיותן לא מידתיות.
2. בעקבות דיון שהתנהל בעתירה ביום 19.3.2020 - במאוחד עם שתי עתירות נוספות (בג"ץ 2190/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת ובג"ץ 2135/20 האגודה לזכויות האזרח נ' ראש הממשלה) - הוציא בית המשפט הנכבד צו ביניים בזו הלשון:

"בשלב זה אנו עושים צו ביניים המורה כי:

א. באשר לתקנות השב"כ – 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 החלטה אחרת.

ב. מבלי לגרוע מן האמור בסעיף קטן (א) לעיל, תקנות השב"כ יופעלו בשלב זה אך ורק לצורך איתור מי ששהו בסביבת חולים עם ממצא מעבדתי חיובי ל-nCoV, ובהתאם להנחיות המסווגות שהוצגו בפנינו, בהסכמת העותרים, במעמד צד אחד ואשר אושרו על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

ג. ככל שתתקבל החלטה בדבר הטלת סגר כללי לפני יום שלישי, 24.3.2020, ניתן יהיה אז לשוב ולבחון את הצורך בהפעלת הסמכויות על פי תקנות השב"כ ואת התאמת צו הביניים למצב דברים זה.

ד. בשלב זה ועד החלטה אחרת, אין לעשות שימוש בסמכויות המוקנות מכוח תקנות המשטרה. בהקשר זה יצוין כי במהלך הדיון שהתקיים בפנינו הודיעו המשיבים כי בשלב זה טרם הושלמה קביעת הנוהל הנזכר בסעיף 4(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (להלן: חוק נתוני תקשורת) אשר הוסף לחוק זה על פי תקנות המשטרה וכי כתוצאה מכך תקנות אלה ממילא טרם הופעלו. כמו כן, הוברר כי בשלב זה אין כוונה לעשות שימוש בסמכות המוקנית למשטרה מכוח תקנות אלה בסעיף 4(א)(1)(א) לחוק נתוני תקשורת."

3. עוד החליט בית המשפט הנכבד כי היות והועלו בדיון "סוגיות משפטיות כבדות משקל הנוגעות, בין היתר, להעדר קיומו של פיקוח פרלמנטרי על הליך התקנת התקנות ועל אופן יישומן, וכן שאלות חוקתיות הדורשות עיון", על המשיבים להגיש השלמת הטיעון ובה יתייחסו לשאלות העקרוניות הבאות:

(א) האם ההכרזה על מצב חירום לפי סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה, נוגעת גם למצבי חירום שאינם נובעים מסיבות ביטחוניות?

(ב) האם מתוקף סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 ניתן להקנות לשירות הביטחון הכללי סמכויות לפעול בתחום שאינו נוגע לביטחון המדינה?

(ג) האם סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה אשר קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום [...] להתיר פגיעה בכבוד האדם" מטיל מגבלה מוחלטת על הפגיעה בזכות לכבוד האדם או שמא פגיעה זו כפופה לתנאים הקבועים בסעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

4. ביום 23.3.2020 הגישו המשיבים השלמת טיעונים כמבוקש על ידי בית המשפט הנכבד וכן בקשה לביטול צו הביניים. תגובות לבקשה לביטול צו הביניים הוגשו ביום 24.3.2020 והחלטה מטעם בית המשפט הנכבד ניתנה בעניין ביום 24.3.2020 ולפיה:

א. בכל הנוגע לתקנות השב"כ – תקנות השב"כ וההנחיות מכוחן ימשיכו לעמוד בתוקפן לעת הזו, וימוצה הליך הפיקוח הפרלמנטרי לגביהן על פי סעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה. בהקשר זה מן הראוי כי תינתן הדעת על ידי ועדת המשנה, בין היתר, לסוגית עצם הסמכתו של השב"כ לפעול בתחום זה. כמו כן, מן הראוי להתחשב בהתפתחויות שחלו בכל הנוגע למגבלות שהטילה הממשלה על האוכלוסייה וכן ביחס להשקתה של אפליקציית "המגן" שפיתח משרד הבריאות, אשר לגביה עודכנו לראשונה רק במסגרת התגובה המשלימה שהוגשה מטעם המשיבים 1-7 ביום 23.3.2020.

לפי הנמסר לנו בהודעת המשיבים 1-7, ועדת המשנה תקיים ישיבה בנושא ביום חמישי, 26.3.2020.

ב. באשר לתקנות המשטרה – המשיבים 1-7 הודיעו כי הושלמה הכנת תזכיר חוק לקביעת ההסדר בחקיקה ראשית והוא אף פורסם להערות הציבור האמורות להיות מוגשות עד מחר, יום 25.3.2020, בשעה 07:00 בבוקר. לנוכח כוונה זו לקדם בדחיפות חקיקה ראשית בנושא, ובהינתן השינויים שנעשו בתקנות המשטרה ובהחלטה לפרסם את הנוהל אשר הותקן מכוחן, אנו סבורים כי לעת הזו יש להיעתר לבקשה לבטל את צו הביניים לעניין תקנות אלה. עם זאת, ככל שלא תקודם החקיקה הראשית כאמור, ניתן יהיה לשוב ולשקול את סוגית צו הביניים לגביהן.

5. הודעות עדכון נוספות הוגשו ב- 24.3.2020, 31.3.2020 ו- 1.4.2020 אשר התייחסו להתפתחויות הנורמטיביות באשר לתקנות והנושאים שבבסיסן.

6. ביום 1.4.2020 נתן בית המשפט הנכבד את החלטתו לפיה אפשר בית המשפט לעותרים לתקן את עתירותיהם עד ליום 5.4.2020. ומכאן העתירה המתוקנת דן.

7. **הטיעון בעתירה זו בתמצית הוא: התקנות הנידונות נעשו בחוסר סמכות ובניגוד לסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה. התקנות הותקנו תוך כדי חריגה מסמכות משום שהן פוגעות בזכות לכבוד במובנה המוחלט (ללא קשר למידתיות הפגיעה) ובניגוד לסעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה. כמו כן, ההחלטה המסמיכה את מעורבות השב"כ בנושאי המאבק בקורונה מהווה חריגה קיצונית מסמכות ובניגוד לתכלית השב"כ על פי החוק. לחילופין, ייטען כי הפגיעה בזכות הפרטיות והזכות לכבוד במקרה דנן אינן מידתיות.**

המצב נכון לכתובת שורות אלה

8. כפי שעולה גם מהודעת העדכון של המשיבים, תמונת המצב נכון לכתובת שורות אלה הינה כלהלן:

א. **תקנות המיקום:** תקנות המיקום נשארו בתוקפן, כפוף למספר שינויים אשר נערכו במסגרת תקנות שעת חירום (נתוני מיקום) (תיקון), התש"ף-2020 (ק"ת 8420 מיום 25.3.2020). נציין כבר עתה כי

השינויים אשר נערכו לתקנות לא שינו מאופיין הדרסטי ומפגיעתן בזכות לכבוד ובזכות לפרטיות כפי שיפורט להלן.

== מצ"ב העתק התיקון לתקנות המיקום כנספח ע/1.

(1) התקנות המתוקנות ממשיכות להעניק סמכויות רחבות ביותר לאסוף מידע פרטי על אזרחים ותושבים ללא פיקוח וללא צו בית משפט, תוך כדי קביעת הגדרות רחבות ביותר ומתן שיקול דעת כמעט מוחלט לפקידי ממשל, ללא יידוע האזרחים או התושבים אודות הבקשה לאסוף לגביהם מידע ותוך כדי הסמכה לשמירת המידע לתקופה ארוכה מהנדרש לתכלית התקנות המוצהרת.

(2) מדובר שוב בתיקונים לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח – 2007 (להלן: "החוק") ומסמיכים "קצין מוסמך", ללא צו של בית משפט, להפעיל סמכויות על פי החוק ולהתיר קבלת נתוני מיקום ממאגר מידע של בעל רישיון בזק (מי שקיבל רישיון כללי או מיוחד לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק, לרבות מי שפועל מכוח היתר כללי לפי חוק התקשורת ומי שקיבל רישיון לפי פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972).

(3) סמכות הקצין לבקש מידע על פי התקנות נועדה לאפשר קבלת נתוני מיקום של "אדם החייב בבידוד" - אדם החייב לשהות בבידוד בית לפי סעיף 2 או 2ב לצו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020. סעיף 1 לצו האמור מגדיר "אדם המצוי בבידוד" כ- : א. "חוזר" - מי שהגיע לישראל מחוצה לה, למעט מי שהגיע מהגדה המערבית או מחבל עזה ולא היה במדינה אחרת במהלך 14 הימים האחרונים שלפני הגעתו לישראל; ב. מי שהיה במגע הדוק עם חולה; ג. מי שרופא קבע לגביו כי היה במגע הדוק עם חולה ב־14 הימים האחרונים. הצו מגדיר "מגע הדוק" - כל אחד מאלה: (א) חשיפה במוסד רפואי לחולה, ובכלל זה כל אלה: טיפול ישיר בחולה, עבודה יחד עם עובדי בריאות שחלו, ביקור חולה או שהייה בחדר עם חולה והכול אם בוצעו בלא מיגון לפי הנחיות משרד הבריאות; (ב) עבודה בסמוך לחולה או שהייה בכיתה עם חולה; (ג) נסיעה עם חולה בכל אמצעי תחבורה ובמרחק של עד שני מושבים ממקום מושב החולה; (ד) בני ביתו של חולה; (ה) כל מגע קרוב עם חולה שמעלה חשש להידבקו (סעיף 1 לצו).

(4) ההגדרות הני"ל הינן רחבות ביותר ויכולות לכלול עשרות אלפי, אם לא יותר, אזרחים ותושבים שבמרביתם אף אינם חולים מאומתים ואינם מודעים להיותם חייבים בבידוד.

(5) כאמור, הסמכויות הדרסטיות על פי התקנות יופעלו ללא צורך בצו בית משפט, ללא פיקוח ולפי שיקול דעתו הרחב של "הקצין המוסמך". אמנם קיימת חובת דווח אחת לשלושה ימים מטעם אגף חקירות במשטרה ליועץ המשפטי לממשלה, אך חובת דווח זו אינה עולה לכדי פיקוח. ודוק, אלה הם עניינים ממשלתיים פנימיים שלא מגיעים לידיעת האזרח או התושב ואין בהם דבר וחצי דבר כדי לאיין את העובדה שאזרחי המדינה נמצאים תחת פיקוח המגיע אל הספירה האישית והפרטית שלהם. בניגוד לטענת המשיבים, עניינים פנימיים אלה אינם נופלים בתחום הגדרת "בלמים ואיזונים" כי הם נמצאים במתחם אותה רשות שלטונית בלבד.

(6) התקנות אף לא קובעות מיהו "קצין מוסמך", כיצד הוא ממונה ועל ידי מי.

(7) יתירה מכך וכאמור, התקנות לא קובעות מי רשאי לבקש את המידע, מהו מנגנון קבלת ההחלטה לבקש מידע, מהו מקור הנתונים בבסיס בקשת לקבל המידע הטכנולוגי וכד'. בהעדר מסגרת להפעלת שיקול דעת בעניין ובהעדר פיקוח כלשהו על מנגנון זה, ניתן שיקול דעת רחב ביותר ל"קצין המוסמך" ללא מסגרת מנחה, מגבילה ומפקחת.

(8) בנוסף, התקנות אף לא קובעות מנגנון יידוע לאזרח או התושב אודותיו מופק המידע, לא בטרם הפקתו, או במהלך הפקתו ואף לא לאחר מכן. דבר זה מונע מהאזרח או התושב להתנגד להפקת המידע ולדאוג למחיקתו לאחר מכן.

(9) יתירה מכך, התקנות קובעות, כי "נתוני מיקום לפי סעיף זה יימחקו בהקדם אפשרי ולכל המאוחר עד 90 ימים לאחר תום תקופת תוקפן של תקנות שעת חירום (נתוני מיקום) (תיקון), התש"ף-2020, למעט נתוני מיקום שעשויים לשמש בהליך פלילי; על אף האמור, נתוני מיקום מתאימים יימחקו לכל המאוחר עד 14 ימים לאחר קבלת; לעניין סעיף קטן זה, "נתון מיקום מתאים" - נתון מיקום של אדם החייב בבידוד התואם את מקום הבידוד. תקופות זמן אלה לשמירת המידע הינן ארוכות ביותר ומעבר לזמן הדרוש לצורך תכליתן של התקנות.

(10) בנוסף, שמירת המידע לצורך 'הליך פלילי' פוגעת היא בזכות להליך הוגן ובכך שהיא פותחת פתח לאיסוף ושמירת ראיות שישמשו בהליכים פליליים שונים. שמירת המידע בהקשר הזה אינה מתיישבת עם תכלית התקנות - שמירה על בריאות הציבור ומאבק בהתפשטות מגפת הקורונה - ומהותן של הסמכויות הפיקוחיות המוענקות במסגרתו ואשר מופעלות בהעדר חשד לפלילים.

(11) לבסוף, וכפי שנמסר בהודעת המשיבים 1-7, קיים ניסיון לקדם הליך חקיקה אשר יעגן את ההסדר שבתקנות בחקיקה ראשי. תזכיר החוק כמעט זהה בנוסחו לתקנות הקיימות כיום. העותרים הביעו את עמדתם כנגד תזכיר החוק במכתב שנשלח ליועץ המשפטי לממשלה ולראש הממשלה ביום 31.3.2020.

== מצ"ב העתק מכתב העותר מס' 1 כנגד תזכיר החוק כנספח ע/2.

ב. **הסמכת השב"כ**: תקנות הסמכת השב"כ פקעו ביום 31.3.2020. במקומן, אישרה הממשלה, באותו יום, החלטה המרחיבה את סמכויות השב"כ "לביצוע" חקירה אפידמיולוגית לצמצום ומניעת התפשטות נגיף הקורונה החדש". ההסמכה הינה כעת על פי החלטת ממשלה (החלטה מס' 4950 (להלן: "החלטת ההסמכה")) לפי סעיף 7(ב)6 לחוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002 (להלן: "חוק השב"כ") ובאישור ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון (להלן: "ועדת המשנה") שניתנה ביום 31.3.2020. כפי שיפורט להלן, החלטת הממשלה מעניקה סמכויות רחבות ביותר לעקוב ולאסוף מידע פרטי על אזרחים ותושבים ללא פיקוח ותוך כדי הענקת שיקול דעת רחב ביותר וללא פירוט תנאים חיוניים ביותר לדרכי הפעלת שיקול הדעת.

(1) ההחלטה מסמיכה את השב"כ לקבל, לאסוף ולעבד מידע טכנולוגי לשם סיוע למשרד הבריאות בביצוע בדיקה בנוגע לתקופה של 14 ימים שלפני אבחוננו של חולה [אדם עם ממצא

מעבדתי חיובי ל-Cov. הגדרת "מידע טכנולוגי" על פי ההחלטה היא: "נתוני תקשורת מסוג נתוני זיהוי, נתוני מיקום ונתוני התקשרויות, למעט תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר, התש"ס-1979" (סעיף 3א. להחלטת הממשלה).

== מצ"ב העתק החלטת הממשלה כנספח ע/3.

(2) המידע הטכנולוגי הנאסף לגבי חולה - אדם עם ממצא מעבדתי חיובי ל-Cov. - הינו: "נתוני מיקום ונתיבי תנועה בתקופה של 14 ימים לפני יום האבחון" (סעיף 13.1) להחלטת ההסמכה). המידע הטכנולוגי הנאסף לגבי "אנשים שבאו במגע עם חולה" מוגדר כ- "שם מלא, מספר תעודת זהות, מספר טלפון, תאריך לידה, מועד ושעת החשיפה האחרונים לחולה ומיקום החשיפה, או חלק מהם" (סעיף 13.2) להחלטת ההסמכה). כאשר "מגע קרוב עם חולה" הוגדר כ- "מגע העלול להביא להדבקה בהלימה ככל הניתן להנחיות הקליניות של נציג משרד הבריאות, בהתייחס בין היתר למרחק מהחולה ולזמן החשיפה אליו, כפי שייקבע בנוהל שיפרסם משרד הבריאות באתר האינטרנט שלו ויתעדכן מעת לעת, ויובא לידיעת ועדת הכנסת לענייני השירות" (סעיף 13.3) להחלטת ההסמכה).

(3) נציין כי בשל פעילותו החשאית של השב"כ, אמצעי איסוף המידע על ידו לא יהיה חשוף לציבור וכלל האזרחים והתושבים לא יקבלו כל הסבר אודות האמצעים העומדים לרשות השב"כ לאיסוף מידע עליהם לצורכי התקנות. סעיף 4(ד) להחלטת ההסמכה קובע, כי "דרכי עבודת השירות במסגרת פעולות הסיוע ובכלל זאת - סוגי המידע הטכנולוגי ותנאים נוספים לשימוש בו, לרבות אופן איסוף המידע הטכנולוגי, שמירתו, העברתו למשרד הבריאות ומחיקתו, יוסדרו בנוהל ייעודי של השירות שיאושר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה; נוהל השירות יהא חסוי וגילוי או פרסומו אסור". מלבד הודעה שתישלח על ידי משרד הבריאות לחולה "על כך שנערכת בעניינו בדיקה באמצעים טכנולוגיים", אין ביכולתו של החולה, או מי שבא "במגע קרוב" עימו לקבל כל מידע נוסף בעניין.

(4) יתירה מכל, ההחלטה לא רק איננה מורה על מחיקת המידע הטכנולוגי מיד עם השימוש בו לתכלית ההחלטה, אלא היא מורה על אפשרות שמירת המידע לתקופה ארוכה מעבר לנחוץ לצורך קיום תכלית ההחלטה. סעיף 5(ב) להחלטת הממשלה קובע כי "לשם בקרה, טיוב ובחינה מחודשת של הנתונים ופעולות הסיוע, השירות ישמור את המידע הטכנולוגי לתכלית האמורה בלבד ולתקופת ההסמכה [30.4.2020], ובסיומה - יימחק; השירות ישמור את פרטי המידע הדרושים לתקופה של שבוע, ובסיומה - יימחק; מידע עודף שנאסף או נוצר בעת איסוף ועיבוד המידע הטכנולוגי - יימחק מיד". סעיף 10(ה) קובע כי "פרטי המידע הדרושים שהועברו מהשירות לפי החלטה זו יימחקו על-ידי משרד הבריאות בתום תוקפה של החלטה זו, ואולם משרד הבריאות רשאי לשמור אותם למשך 60 ימים נוספים מתום תוקפה של החלטה זו לצורך תחקיר פנימי של הפעולות שביצע משרד הבריאות; נציג משרד הבריאות יודא את ביצוע המחיקה".

(5) "פעולות הסיוע" של השב"כ "יתבצעו על פי פנייה מטעם נציג משרד הבריאות לראש אגף בשירות" ללא כל פיקוח. אמנם סעיף 15 להחלטה קובע חובות דיווח למיניהם, אך חובות דווח אלה אינן עלולות לכדי פיקוח. כאשר "הוראות לעניין בקשת הסיוע, אופן השימוש בפרטי המידע

הדרושים שיועברו למשרד הבריאות על ידי בעל תפקיד בשירות, החזקתו ומחיקתו, לרבות קביעת מספר מצומצם של בעלי תפקידים שיוסמכו על ידי מנכ"ל משרד הבריאות, אשר יהיו מוסמכים לעיין בפרטי המידע" ייקבעו על ידי היועץ המשפטי של משרד הבריאות ויאושר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.

(6) החלטת ההסמכה תקפה עד ליום 30.4.2020 עם אפשרות להארכתה (סעיפים 17 ו-18 להחלטת ההסמכה).

(7) במקביל להחלטה הנ"ל, אישרה הממשלה תיקון לתקנות הסמכת השב"כ - תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש) (תיקון), התש"ף-2020 (ק"ת 8445 מיום 31.3.2020) - שמטרתן לאפשר רציפות בהחזקת המידע שנאסף עד כה על פי התקנות (צורף כנספח מש/4 להודעת המשיבים 1-7 מיום 1.4.2020).

(8) הלכה למעשה, הממשלה מסמיכה גוף חשאי שעוסק בענייני ביטחון המדינה במובן הצר של המילה להיות כאחראי על איסוף מידע בנושא כה אזרחי המעסיק את שגרת החיים של האזרחים. התכלית של חוק השב"כ היא דבר והתכלית של התקנות שאמורה להיות בריאותית היא דבר אחר לגמרי. ערבוב זה בין תכליות שונות יורד לשורשו של עניין ועלול לפגוע באימון הציבור שהוא קריטי במאבק האזרחי נגד מגפת הקורונה.

(9) המאבק האזרחי נגד מגפת הקורונה מצריך קודם כל שותפות וערבות הדדית בין כל חלקי הציבור. בלי שקיפות ציבורית, ובלי אימון הציבור בקבלת ההחלטות, שותפות והדדיות זו עלולה להיפגע באופן רציני ביותר. הדברים מקבלים משנה תוקף על רקע ההיסטוריה הסוציולוגית והידועה ואשר לא מצריכה הסבר יתר, על המידה- בין האזרחים הערבים והשב"כ.

החלק המשפטי

9. נטען כי הן תקנות המיקום הן התיקון לתקנות ההסמכה והן החלטת ההסמכה התקבלו תוך כדי חריגה מסמכות וכי לחילופין הן פוגעות בזכויות יסוד באופן לא מידתי. אך מהלך הטיעון יעשה לפי הסדר של פיסקת ההגבלה: ראשית נתייחס לפגיעה בזכויות יסוד ולאחר מכן נדון באם הפגיעה היא על פי חוק, היינו האם היא נעשית על פי סמכות או תוך חריגה מסמכות ולבסוף נטען לחילופין כי הפגיעה אינה מידתית.

הפגיעה בזכות לכבוד

10. הענקת סמכויות לרשויות המנהל לאסוף מידע אודות מיקום, תנועה, קרבה וכד' של אזרחים ותושבים על פי תקנות המיקום והחלטת ההסמכה הנדונות מובילה לפגיעה חמורה ביותר בזכותם לכבוד האדם הנשענת "על ההכרה בשלמותו הפיזית והורחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם וכל זאת בלי

קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים." (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 685, 619 (2006) (להלן: "עניין התנועה למען השלטון בישראל")). מדובר בזכויות "שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי" (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס 3 464, 481 (2005)).

11. הליך המעקב אחר חולים, ואחר מי שהתקרבו או נחשדו כמי שהתקרבו לחולים, כולל מעקב אחר מבודדים, יש בו כדי פלישה לחייהם הפרטיים של חולים וציבור של אזרחים גדול. עניין לנו בפגיעה בליבת הזכות לכבוד האדם שבמרכזה "מונחת קדושת חייו וחירותו [...] האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי." (עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, עמ' 685). בהקשר זה, כיבוד צנעתו של הפרט והשמירה על פרטיותו הן חלק חשוב מכבודו. וכבדרי פרופ' ברק "היבט חשוב של האוטונומיה של רצון הפרט כמשקף את אנושיותו של האדם עניינו בחדירה לד' אמותיו של הפרט" (אהרן ברק, **כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה**, עמ' 253 (נבו, 2014)). (ראו לעניין זה גם: ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, מח(3) 837, 842 (1994)).

12. בנוסף, הפגיעה הנ"ל נוגעת בגרעין של הזכות לכבוד אשר מגיעה לדרגה של השפלה וביזוי של האדם החולה. (השוו עם בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המיסים (2010)). הדין לפי התקנות הנדונות מחייב כל מי שהתקרב לחולה קורונה להיות בבידוד. המשפט מתערב ביחסים בין חולה קורונה לסביבתו, כאשר נושא הסנקציה הוא מרכזי. דבר שמוביל להדרה המתבצעת בשני מהלכים. המהלך הראשון הוא שהחולה על פי המשפט חייב להיות מודר, כי הוא בעצמו ובגופו גורם לנזק לסביבתו. המהלך השני הוא שמי שמתקרב אליו חייב להיות מבודד אחרת יהיה צפוי לעונש. התוצאה היא שגופו של האדם החולה נתפס כגורם נזק בריאותי וחברתי. גרימת הנזק לסביבה בהקשר זה אינה תלויה ברצונו של החולה כי אין לו שליטה אישית על המגפה ועל היותו חולה ואף המדע לא מצליח להוציא אותו בקלות ממעגל ההגדרה של "חולה".

13. כך הופך עצם גופו של האדם החולה כמקרה של שיוך חברתי. אמנם אנחנו כבני אנוש לא מודעים כעת למעמד החברתי החדש שהתקנות מנסות לייצר, כי ההנחה שלנו היא שהתקנות והחלטת ההסמכה מבקשות להגן עלינו מאחרים. אבל האפקט כאן הוא מנותק מהכוונות הטובות. האפקט החברתי אינו רחוק מהאפקט שצבע עורו של האדם ייצר בעבר ובהיסטוריה האנושית. כפי שאין לאדם שליטה על צבע עורו, אין לאדם שליטה על היותו חולה; וכפי שצבע עור הוביל להדרה וריחוק חברתי כתוצאה מהתערבות המשפט, כך הוא מקרהו של חולה הקורונה לפי התקנות הנדונות. כפי שהאפקט של המשפט המוגזע גרם לביזוי והשפלתו של אדם בשל תכונה שאין לו שליטה עליה, כך מצב הביזוי וההשפלה שהתקנות מייצרות אצל חולה הקורונה. המחלה אינה נושא לטיפול רפואי לפי התקנות וההחלטה הנדונות אלא היא נושא להרחקה בכוח (בגלל הסנקציה). המקרה כאן שונה מהמקרה הרפואי שבו מומלץ לחולה שיישאר בביתו מבודד. הוא שונה בגלל שהוא מייצר את שני המהלכים שצוינו לעיל.

14. התקנות וההחלטה הנדונות נוהגות בחולים בדרך לא שגרתית ולא אופיינית לטיפול רפואי בהם. הן מציגות את ציבור החולים כציבור שהוא נושא למעקב וכחשודים. לכן התקנות דגן נוהגות בחולים באופן מפלה ובניגוד לכל הזכויות המוענקות לחולים באשר הם והמעוגנים בחוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996.

15. כפי שפורט בחלק העובדתי לעיל, התקנות הנ"ל וההחלטה של הממשלה הנדונות רואות באדם בכלל ובחולה בפרט כאמצעי ולא כתכלית בפני עצמו. היבט גרעיני של כבוד האדם ואנושיותו מחייבים לראות באדם כתכלית וכערך בפני עצמו ולא לראות בו כאמצעי בלבד "תהא המטרה נאצלת ככל שתהא" (קו לעובד, עמ' 346. ראו לעניין זה גם בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פס' 28 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם במאגרים, 19.9.2007)).

16. לאור האמור לעיל, התקנות וההחלטה הנדונות פוגעות בזכות לכבוד גם במובנה הבסיסי ביותר.

הפגיעה בזכות לפרטיות

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

18. מעקב ואיסוף מידע כפי שפורטו בחלק העובדתי פוגעים קשות בזכותו החוקתית של האדם לפרטיותו המעוגנת בסעיף (א7) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומוגדרת כעוולה אזרחית וכעבירה על פי חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

19. חשוב להדגיש בהקשר הזה, כי הזכות לפרטיות, על אף מינויה כזכות נפרדת בחוק היסוד, הרי היא גם חופפת לזכות לכבוד האדם שכן:

" הערך של כבוד האדם מונח ביסוד הזכות לכבוד האדם. אין הוא מוגבל לזכות זו, שכן הערך של כבוד האדם משתרע על כל הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקה. כל אחת מזכויות חוקתיות 'עצמאיות' אלה נועדה, בין השאר, להגשים היבט מסוים של כבוד האדם. למשל [...] הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט "משרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשט, לפיתוח 'האני' שלו, בלא מוערכות הזולת". במה נשתנתה זכות-הבת של כבוד האדם מזכויות עצמאיות אלה? התשובה היא כי זכות-הבת של כבוד האדם נועדה להגשים הבט זה או אחר של כבוד האדם – זאת ותו לא. לעומת זאת הזכויות החוקתיות האחרות נועדו להגשים, בצד ההביט של כבוד האדם, גם ערכים חוקתיים אחרים. נמצא כי אין חפיפה מלאה בין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין הזכויות החוקתיות האחרות. חפיפה מלאה אין – אך חפיפה חלקית קיימת."

אהרן ברק, **כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה**, עמ' 323 (נבו, 2014).

הסמכות: האם הפגיעה היא על פי חוק?

20. העותרים יטענו, כי הן התקנות דנן והן החלטת ההסמכה נעשו על ידי הממשלה בחוסר סמכות. הטיעון בחלק זה יחולק לשני פרקים. הפרק הראשון יתייחס להעדר סמכות הממשלה להתקין את תקנות שעת חירום הנדונות; הפרק השני יתייחס להעדר סמכות לממשלה בקשר להחלטת ההסמכה האמורה.

חוסר סמכות – תקנות המיקום

21. באשר לתקנות המיקום, חוסר הסמכות מתבטא בשלושה מישורים. הראשון, קשור להעדר הכרזה על מצב חירום מיוחד הקשור למגפת הקורונה (סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה); השני מתייחס לצורך בפניה למחוקק לצורך חקיקה רלבנטית בנושא, כתנאי להפעלת סמכות הממשלה (סעיף 39(ה) לחוק יסוד: הממשלה); השלישי קשור לכך כי הממשלה איננה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום המפרות את הזכות לכבוד במובנו המוחלט וכתנאי סף (סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה),

א. חוסר סמכות - העדר הכרזה על מצב חירום

22. בפרק זה נטען כי הממשלה נעדרת סמכות להתקין תקנות שעת חירום בהעדר הסמכה מיוחדת לכך בהסדר ראשוני על ידי המחוקק אשר יתייחס לסמכויותיה במסגרת המאבק במגפת הקורונה.

23. אכן, במהלך השנים נחקקו הסדרים ראשוניים אשר אימצו הסדרי חירום מיוחדים הקושרים את סמכויות רשויות המדינה למצבי חירום ספציפיים אלה ולתכליותיהם. דוגמא לכך ניתן למצוא בחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951 המאפשר הכרזה על "מצב מיוחד בעורף" (סעיף 9 לחוק) ומכוח כך מעניק סמכויות שונות לרשויות המנהל לפעול בהתאם על מנת להתמודד על מצב החירום המיוחד; פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א - 1971 המאפשרת הכרזה על "אירוע אסון המוני" ומסדיר את סמכויות המנהל לפעול במצב זה; וכך גם ניתן לראות את שימוש שר הבריאות בסמכותו להוציא צווים לפי פקודת בריאות העם - 1940.

24. כאמור, בהתקנה את תקנות המיקום הנ"ל, סומכת הממשלה על 'מצב החירום' אשר הוכרז במדינת ישראל ב- 19 במאי 1948, כאשר אין ספק כי תכליתו הינה ביטחונית צרה והוא איננו יכול לעמוד בבסיס סמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום בעניין המאבק במגפת הקורונה. על תכליתה של ההכרזה משנת 1948 עמד כב' השופט רובינשטיין בעניין **האגודה לזכויות האזרח** עת הבהיר, כי:

"אין ניתן להתעלם מכך שישראל טרם באה אל המנוחה ואל הנחלה. אכן, בישראל היו וישנן תקופות ממושכות של רגיעה בטחונית יחסית, אולם רוחות המלחמה לא חדלו מעולם, ולמרבה הצער היחסיות בעינה. אין זה המקום להכביר מלים על ההתקפות מן האויר והיבשה מצפון ומדרום מערב, תוך פגיעה בנפש ורכוש, ועל האיומים הבלתי פוסקים מצד אויבינו מקרוב ומרחוק. גם במבט לאחור על התקופה בה מונחת עתירה זו בפני בית המשפט ניתן להיווכח, כי המציאות הישראלית היתה ועודנה רגישה ומורכבת ואינה מאפשרת להותיר את רשויות המדינה ללא סמכויות הנדרשות להן בזמני חירום. מלחמת לבנון השנייה, מבצע "עופרת יצוקה", האירועים האחרונים במסגרת המהפכות המכונות "האביב הערבי" במדינות השכנות, מעשי חמאס ואיומי איראן וחיזבאללה מזכירים תדיר את המצב הבטחוני."

בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת**, פסקה י"א לפסק דינו של כ' השופט רובינשטיין (פורסם במאגרים 2012) (להלן: "עניין האגודה לזכויות האזרח").

ראו גם: בג"ץ 6971/98 פריצקי נ. ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, 814-813 (1999) (להלן: "עניין פריצקי"); אריאל בנדור "מצבי חירום", ספר זורית ביניש (אוני בר אילן, נבו 2018) 447, 457.

25. ההכרזה על מצב חירום משנת 1948 המתחדשת מפעם לפעם על ידי הכנסת אינה רלבנטית לנושא האזרחי המתמקד במשבר הבריאותי בגין מגפת הקורונה. תכלית ההכרזה זו שונה לגמרי ועדות לכך ניתן למצוא בדברי חה"כ גבי אשכנזי - יו"ר הוועדה הזמנית לענייני חוץ וביטחון - אשר הבהיר, בדיון האחרון בכנסת שהתקיים בפברואר 2020, את התכלית מאחורי הבקשה להארכת תוקף ההכרזה משנת 1948 כלהלן:

"במהלך העשור האחרון קיימה הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט פיקוח הדוק על משרדי הממשלה כדי לוודא כי מתבצעת העבודה הדרושה להסדרתם של חוקים וצווים אלה במסגרות החקיקתיות המתאימות להם, ושלא יהיו תלויים עוד בהכרזה על מצב חירום. ובכן, אני שמח לבשר שפעילות זאת נשאה פירות. בשנת 2009, לשם המחשה, עמדו בתוקף תשעה חוקים ו-165 צווים שתוקפם מותנה במצב החירום, ואילו כיום עומדים בתוקף חמישה חוקים בלבד ו-21 צווים בלבד. כלומר, במהלך העשור האחרון בוטלו או הוסדרו ארבעה חוקים ו-144 צווים. סקירה אודות ההתקדמות באופן מפורט הופצה לכל חברי הכנסת.

אציין רק כי חמשת החוקים העומדים בתוקף כיום הם: חוק להסדרת תפיסת מקרקעים בשעת חירום; חוק המעצרים המינהליים; חוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (פיקוח על כלי שיט); סעיפים מסוימים בפקודה להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ-לארץ) וסעיפים מסוימים בחוק הסדרי משפט ומינהל. 21 הצווים הם מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים שמסדירים ענפים בתחומים שונים במשק, כגון ענף היהלומים, משק הדבש, התקנה ומתן שירות למעליות ועוד."

פרוטוקול הישיבה העשרים-ושמונה של הכנסת העשרים-ושתיים (17.2.2020), עמ' 75.

== מצ"ב העתק העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול הכנסת מיום 17.2.2020 כנספח 4/ע.

26. חשוב לציין כי הדיון הנ"ל בפני מליאת הכנסת לצורך הארכת תקופת ההכרזה על שעת חירום מפברואר כלל לא התייחס לצורך במאבק בקורונה, על אף תחילת ההיערכות למאבק בנגיף אז. אכן אופי זה של הדיון מבהיר שוב את תכליתה הביטחונית הצרה של ההכרזה ואינו משאיר מקום לספק באשר לחוסר הרלוונטיות שלה למאבק בנגיף הקורונה אשר עומד בבסיס תחיקת שעת חירום על ידי הממשלה החודש האחרון.

27. השוו עם פסק דין פורז שבמסגרתו ביטל בית המשפט הנכבד תקנות שעסקו בעניינית כנון ובנייה ושלא היו קשורות להכרזה על מצב החירום מיום הקמתה של המדינה (בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990)). פרשנות המנתקת את הקשר התכליתי האמור תיתן בידי הרשות המבצעת סמכות רחבה ושרירותית ליטול לידיה סמכויות של הרשות המחוקקת. פרשנות זו הינה בעייתית ביותר מאחר והיא משאירה שיקול דעת רחב ביותר ואף מוחלט לממשלה להעריך כל מצב נתון כמצב חירום ולהעניק לעצמה את הסמכות להתקין תקנות שעת חירום בהתאם. זהו הליך קבלת החלטות דרסטי, לא מפוקח, לא תקין ולא ראוי.

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

במצב הדברים האמור ובהעדר כל קשר תכליתי בין ההכרזה על מצב החירום משנת 1948 למצב השורר כיום בכל הקשור לנגיף הקורונה והצורך במאבק למניעת התפשטותו, אין ההכרזה הנ"ל יכולה להוות בסיס המאפשר הפעלת סמכויות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום בעניין. לעניין משבר הקורונה וההכרזה על מצב החירום משנת 1948, ראו מאמרו של מרדכי קרמינצ'ר שפורסם לאחרונה ואשר שולל את הקשר ביניהם (מרדכי קרמינצ'ר ונדיב מרדכי, 'שעת חירום, מצב חירום וסדר חוקתי' (המכון הישראלי לדמוקרטיה מרץ 2020) (<https://www.idi.org.il/articles/31139>).

29. בהינתן הדוגמאות לעיל בהם חוקקה הכנסת הסדר ראשי להסדרת הטיפול במצבי חירום מיוחדים, ובהעדר קשר תכליתי בין הכרזת מצב החירום משנת 1948 לבין הצורך להיאבק במגפת הקורונה ובהעדר הסדר ראשוני המסמיך את הממשלה להתקין תקנות שעת חירום במצב החירום המיוחד לעניין הקורונה, שוב נעדרת הממשלה כל סמכות להתקין תקנות שעת חירום כפי שהיא עושה כעת.

ב. חוסר סמכות - החובה לפנות להליך חקיקה ראשית

30. הטיעון כאן יתייחס לשני אספקטים של החריגה מסמכות: א. לפי סעיף 38(א) לחוק יסוד: הממשלה, תנאי ראשוני להפעלת סמכות במצב חירום מיוחד הוא שעל הכנסת להכריז על מצב חירום כזה. הדבר לא בוצע עד כה; ב. לפי הסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה, הממשלה תהיה מוסמכת להכריז על מצב חירום ולהתקין תקנות לתקופה זמנית ומוגבלת רק כאשר הכנסת לא יכולה לקיים את תפקידה כמחוקק כתוצאה מן מצב החירום.

31. בעניין פורז ביטל בית המשפט הנכבד תקנות שעת חירום שהתקין שר הבינוי והשיכון כאשר בעת התקנתן הייתה תלויה ועומדת בפני הכנסת הצעת חוק להוראת שעה באותו עניין. בית המשפט קבע לעניין זה כי "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על-ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת" (עניין פורז עמ' 321-322).

32. אמנם בעניין פורז נדונו תקנות שעת חירום אשר הותקנו מכוח סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, אך פסק הדין אומץ על ידי הכנסת בהסדר החקיקתי החדש שנקבע בחוק יסוד: הממשלה אשר נחקק בשנת 1992 ונכנס לתוקף בשנת 1996. סעיף 50(ה) לחוק היסוד משנת 1992 קבע כי "ה) לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת." - זהה לסעיף 39(ה) כיום. (ראו לנושא זה אריאל בנדור "מצבי חירום", ספר **דורית ביניש** (אוני' בר אילן, נבו, 2018), 447, 448).

33. בעניין פריצקי התחדדה ההלכה הפסוקה בנושא זה ולפיה אין סמכות לממשלה להתקין תקש"ח, אלא כאשר קיימת מניעה פיזית כתוצאה ממצב החירום שלא מאפשרת לכנסת לקיים את תפקידה. השופט דורנר קובעת כי הממשלה פעלה מחוסר סמכות כי היא עקפה את סמכותה של הכנסת ובניגוד לחוק כי במקרה דנן לא הייתה כל מניעה לקיים הליכים לחקיקת חוק. ולדבריה:

"אין להתקין תקנות שעת חירום אלא אם מצב החירום מונע חקיקת חוק. ודוק: נדרש, כי חסימתה של האפשרות לחקיקת חוק תיגרם עקב מצב החירום הקיים במדינה. כלומר, ניתן להתקין תקנות שעת חירום רק כאשר כתוצאה ממצב החירום הכנסת משותקת, ואין ביכולתה לקיים הליכי חקיקה."

עניין פריצקי בעמ' 812.

34. השופט חשין אף הוא התייחס לאי הפנייה לכנסת גם כעניין הנוגע לסמכות וקבע כי בהעדר חקיקה ראשית בנושא, הממשלה פעלה בהעדר סמכות. לגישתו של השופט חשין:

"תנאי מוקדם הוא להתקנתן של תקנות־שעת־חירום, שדרכי חקיקה אחרות נחסמו [...] שהרי אם ניתן היה להידרש לחקיקת הכנסת, הכול יסכימו כי התקנתן של תקנות־שעת־חירום לא היה בה אלא שימוש שלא־כדין בסמכות."

(עניין פריצקי בעמ' 795 - 796).

35. השופט חשין מדגיש כי "לו נקטה הממשלה הליכי־חקיקה, קרוב להניח שהייתה דרכה צולחת. ואולם הממשלה אף לא ניסתה." (עניין פריצקי בעמ' 797).

36. גם הנשיא ברק כתוארו אז מגיע לתוצאה דומה אולם במסגרת מבחן "המידתיות הפנימית" העולה מלשון סעיפי החקיקה רלבנטיים שלפיהם הכנסת גוברת על הרשות המבצעת וכדבריו:

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

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

37. בכך שלושת השופטים, ברק, דורנר וחשין קובעים כי אי הפנייה לאפיק חקיקה ראשית יורד לשורשו של עניין. השופטת דורנר נקטה בגישת הבטלות היחסית והשופט חשין בגישת הבטלות המוחלטת והנשיא ברק לא ביטל את התקנות שנידונו ואשר התייחסו לבחירות של הרשויות המקומיות כי נותרו רק ימים אחדים לבחירות. למעשה, ניתן לראות בגישתו של הנשיא ברק כנוקטת בבטלות יחסית.

38. הנה כי כן, פרשנותו של סעיף 39(ה) לחוק יסוד: הממשלה כפי שזו נקבעה בעניין פריצקי הינה כי סמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום קמה לה אך ורק אם הכנסת מנועה מלמלא את תפקידה כרשות מחוקקת בשל מצב החירום (ראו לנושא זה גם אריאל בנדור "מצבי חירום", ספר **דורית ביניש** (אוני' בר אילן, נבו, 2018) 447, 467).

ראו לעניין זה גם דעתם של ברק מדינה ואילן סבן אשר הסבירו כי הממשלה במשבר קורונה אינה מקיימת את הדין בכך שהיא לא פונה אל המחוקק ופועלת בהעדר חקיקה ראשית רלבנטית לענין משבר הקורונה (ברק מדינה ואילן סבן, 'לשחק בנשק לא-קונבנציונלי', (בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית (מרץ 2020)). ניתן למצוא את המאמר בלינק הבא:

www.hujiilawblog.com/single-post/2020/03/26/לשחק-בנשק-לא-קונבנציונלי

39. בענייננו, בהעדר חקיקה ראשית בעניין ומשלא פנתה הממשלה לכנסת בנושא, הממשלה חרגה מסמכותה בהתקינה את התקנות האמורות.

ג. חריגה מסמכות - פגיעה בזכות לכבוד

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

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

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

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

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

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

44. בתגובת המשיבים המשלימה לעתירה המקורית מיום 23.3.2020 הסכימו המשיבים כי "לשון סעיף 39 היא איסור מוחלט" (פסקה 58 להודעה המשלימה מטעם המשיבים 1-7 מיום 23.3.2020). בהקשר הזה הם הבהירו, כי "פרשנות איסור זה מתיישבת עם הגבלת הסמכויות העודפות של הממשלה בעת חירום למינימום ההכרחי, כחלק מתפיסה עמוקה וזהירה באשר לשימוש בסמכויות חירום בידי הממשלה" (פסקה 58). יחד עם זאת טענו המשיבים כי יש לתת לביטוי "כבוד האדם" המופיע בס' 39(ב) לחוק-יסוד: הממשלה פרשנות שונה מזו הניתנת לו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, פרשנות המצמצמת את היקפה של הזכות אך ורק לזכות שלא לעבור ביזוי והשפלה (פסקה 60). פרשנות מוצעת זו מצמצמת את כבוד האדם להיקף שהוא הרבה פחות מהליבה של הזכות. פרשנות זו בעייתית ואיננה מתיישבת עם תכליתו של חוק יסוד הממשלה.

45. תחילה נציין, כפי שצוין לעיל, כי הליבה של הזכות לכבוד האדם, בתור שכזו, אינה מבוססת על מבחן של השפלה וביזוי אלא על מבחן של אנושיותו של הפרט כייצור חופשי, אוטונומי ושמהווה תכלית מפני עצמו ולא כלי. בהתאם למבחן זה, הרי התקנות פוגעות בליבה של הזכות לכבוד ועל כן בהתקינתן, חורגת הממשלה מסמכותה. המבחן של "הביזוי וההשפלה" הינו אחד המודלים אשר הוצעו כדי לבחון אילו היבטים מהזכויות הפרטיקולריות הלא מנויות בחוק היסוד (זכויות הבת), כגון השוויון וחופש הביטוי, עטות תחת כנפיה של הזכות לכבוד האדם (זכות האם). בית המשפט העליון אימץ במספר פסקי דין את מבחן הקשר הענייני ההדוק לכבוד האדם. מכל מקום, מבחן זה אינו רלוונטי לענייני שכן, הפגיעה של התקנות הינה בזכות לכבוד האדם עצמה - ובליבה שלה - וכן בזכות לפרטיות שהינה זכות המנויה מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

46. המשיבים לא נשענים על שום חקיקה או פסיקה כלשהם המאפשרים פרשנות לזכות לכבוד במובן הצר ביותר אותו הם מציעים. לא יתכן כי פרשנות "כבוד האדם" תהיה בחלק מהחוקים שונה מהתקנות הנ"ל. דווקא משום שמדובר בהתקנת תקנות על ידי הממשלה ולא מדובר בחקיקה ראשית, הצורך בהקפדה על המשמעות הרגילה של כבוד האדם מקבלת משנה תוקף. למעשה, וכפי שמציינים ברק מדינה ואילן סבן במאמרם לעיל, המחוקק במכוון ביקש להגביל את הכוח של הרשות המבצעת ולהתנות תנאים מגבילים באופן מיוחד על השימוש בסמכותה. היות ותכליתו של ס' 39(ד) הינו לתחום את הסמכויות החריגות שניתנות לממשלה ולקבוע כללים ברורים להפעלתה של הסמכות - לאור היקפן הרחב של הסמכויות שניתנות לממשלה להתקין תקנות שעת חירום - הרי יש להקפיד הקפדה יתירה על שמירת הזכות לכבוד.

47. דווקא סמיכות הזמנים בחקיקתם של שני החוקים (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: הממשלה) והצורך בהרמוניה פרשנית לחוק היסוד ולנורמות החוקתיות, מחייבים פרשנות זהה לערך כבוד האדם בשני חוקי היסוד. יצוין כי פרופ' ברק תומך בגישה זו שכן הוא מציין בספרו "כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה" כי "דומני כי הדיבור פגיעה בכבוד האדם בסעיף זה מכוון לפגיעה ב"חיינו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (עמ' 107).

48. גם אם בית המשפט הנכבד יקבע כי המשמעות של "כבוד האדם" לצורך חוק יסוד: הממשלה נוגעת לעניין ביזוי והשפלה, הרי כפי שהוסבר לעיל, הפגיעה כאן בכבוד האדם היא מוחלטת ומובילה להשפלה וביזוי לחולה הקורונה.

חוסר סמכות – חוק השב"כ

49. בפרק זה נטען כי החלטת הממשלה המרחיבה את סמכויות השב"כ לבצע "חקירה אפידמיולוגית לצמצום ומניעת התפשטות נגיף הקורונה החדש" לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ התקבלה אף היא בהעדר סמכות. סעיף 7 (א) לחוק קובע כי:

7. (א) השירות מופקד על שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין.
(ב) לענין סעיף קטן (א), ימלא השירות תפקידים אלה:

- (1) סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו ;
 - (2) אבטחת אנשים, מידע ומקומות, שקבעה הממשלה ;
 - (3) קביעת הוראות בדבר סיווג ביטחוני לתפקידים ולמשרות בשירות הציבורי ובגופים אחרים, כפי שקבעה הממשלה, למעט לנבחרי ציבור ולשופטים, וכן קביעה של התאמה ביטחונית של אדם לתפקיד או למשרה שסווגו בסיווג ביטחוני, לרבות על ידי שימוש בבדיקות פוליגרף, והכל כפי שייקבע בכללים ; בפסקה זו, "שופטים" - מי שבידם סמכות שפיטה לפי חוק-יסוד : השפיטה, למעט מועמדים לשפיטה ולמעט שופט צבאי לפי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 ;
 - (4) קביעת נוהלי אבטחה לגופים שקבעה הממשלה ;
 - (5) קיום מחקר מודיעין ומתן ייעוץ והערכת מצב לממשלה ולגופים אחרים שקבעה הממשלה ;
 - (6) פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה ;
 - (7) איסוף וקבלת מידע לשמירה ולקידום הענינים המפורטים בסעיף זה.
- (ההדגשה במקור)

50. מלשון הסעיף הנ"ל עולה באופן ברור, כי פעילויות שהממשלה יכולה להטיל על השב"כ הן אך ורק פעילויות הנופלות בגדר סמכויות השב"כ על פי סעיף 7(א) לחוק. דהיינו, אין הממשלה יכולה להטיל על השב"כ פעולות שחורגות מגבולות סמכויותיו לפי סעיף 7(א).

51. נוכח חשאיות וסודיות פעילותו ואמצעי עבודתו של השב"כ, אי פרסום נהלי עבודתו ואי כפיפותו לחוק חופש המידע יש לפרש את גדר סמכויותיו באופן דווקני - תכלית בטחונית מובהקת. בדברי ההסבר להצעת החוק נומק, כי "ייעוד השירות מתמצה, בעיקרו, בשמירה על בטחון המדינה, סדרי המשטר שלה ומוסדותיה, מפני איומי טרור וריגול ואיומים אחרים ב דומה לאלה." (הצעות חוק 2689, ב"ז ב שבט התשנ"ח, 2.23, 1998, 244, 245). לכן, מקובל על הכל, כי גדר סמכויותיו של השב"כ איננו כולל תפקידים בעלי אופי אזרחי גרידא שאין להם קשר הדוק לייעודי השב"כ על פי סעיף 7(א) לעיל (לסמכויות השב"כ ראו: בג"ץ 5277/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הביטחון הכללי (פורסם במאגרים, 2017); אריה רוטר, חוק שירות הביטחון הכללי – אנטומיה של חקיקה (המכללה לביטחון לאומי, 2009).

52. לכן, לא יכול להיות חולק, כי התפקידים אשר הוטלו על השב"כ לפי החלטת ההסמכה אינם נופלים בגדר ייעודיו על פי החוק. אי לכך, החלטת ההסמכה חורגת היא מסמכות. שכן אין היא יכולה ליצור יש מאין ואין היא יכולה להרחיב את סמכויות השב"כ מעבר לאלה שנקבעו בחוק. בהקשר הזה גם החלטת ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאים של ועדת החוץ והביטחון בעניין ניתנה היא בחוסר סמכות.

53. חשוב להדגיש כי חריגה מהאמור בסעיף 7 לחוק השב"כ הינה מסוכנת ביותר, שכן היא פותחת פתח לעריצות ממשלתית. היא מייצרת תקדים קיצוני שבו הממשלה או הקואליציה יכולים להעביר סמכויות לשב"כ בעניינים אזרחיים אחרים הנגועים בנושאים פוליטיים.

54. במילים אחרות, באם השב"כ יתערב, בניגוד לסמכויותיו על פי חוק השב"כ, גם בנושא אזרחי מובהק כמו מגפת הקורונה, הדבר ייצור מדרון חלקלק אשר יכול להוביל להתערבותו נגד אופוזיציה או מיעוט פוליטי או לאומי החולק על הקונצנזוס הלאומי, בשם השמירה על האינטרס הציבורי החיוני.

העדר מידתיות

55. לחילופין ולמעלה מן הצורך, יטענו העותרים כי התקנות והחלטת ההסמכה הנדונות פוגעות בזכויות יסוד באופן בלתי מידתי.

56. הן התקנות והן החלטת ההסמכה הנדונות בחרו באמצעי הקשה ביותר. בהקשר החלטת ההסמכה, מעורבותו של השב"כ מגבירה את הפגיעה בהיותו ארגון חשאי ולא שקוף כאשר הבקרה והפיקוח על עבודתו הינם מינימאליים ביותר. לא זו בלבד, גם ההגדרות והעמימות במונחים שבתקנות ובהחלטת ההסמכה פותחת פתח ליחס גורף וקיצוני ביותר.

57. נחיצותן של התקנות והחלטת ההסמכה אף מוטלת בספק גם נוכח העובדה כי כל אזרחי ותושבי המדינה נתונים למגבלות תנועה רחבות ביותר וכיום רוב רובם של אזרחי ותושבי המדינה שוהים בבתייהם ללא כל יכולת לנוע בחופשיות.

58. בהקשר הזה נזכיר את החלטת בית המשפט מיום 19.3.2020 ליתן צו ביניים בתיקים דנן ולפיה: "ככל שתתקבל החלטה בדבר הטלת סגר כללי לפני יום שלישי, 24.3.2020, ניתן יהיה אז לשוב ולבחון את הצורך בהפעלת הסמכויות על פי תקנות השב"כ ואת התאמת צו הביניים למצב דברים זה." ואכן, במציאות מגבלות התנועה הקיימות, אין ספק כי לא קיימת כל נחיצות לתקנות או החלטת ההסמכה הנדונות.

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

== מצ"ב העתק מסמך הערות צוות משפטי - וועדת חוץ ובטחון מיום 16.3.2020 כנספח 5/ע.

60. גם המבחן הצר שבוחן תועלת מול נזק איננו מתקיים. במקרה דנן הנזק לזכויות הפרט ולערכי היסוד הינו קיצוני ביותר. התקנות הנדונות עלולות ליצור תקדים משפטי מסוכן ביותר שבו ממשלה, כולל ממשלת מעבר, יכולה להתקין תקנות בכל אימת שיתעורר משבר רציני בין אם זה משבר בריאותי או כלכלי או אסון טבע או אחר, בניגוד לחוק, ללא מיצוי הליכי החקיקה ותוך פגיעה קיצונית בזכויות הפרט. תקדים זה יעוות את כל החקיקה ויאיינן את כל עקרונות היסוד. כנ"ל לגבי החלטת ההסמכה, זו יכולה להוות תקדים מסוכן ביותר להענקת סמכויות אזרחיות לשב"כ אשר פועל באופן חשאי.

61. נדגיש שוב, ולאור העובדה שהציבור נמצא במצב של מעין סגר, התועלת שתצמח מן התקנות הנדונות הינה שולית ביחס לנזק העצום שבו אזרחי ותושבי המדינה ימצאו את עצמם תחת מעקב ופיקוח ובתור מעין חשודים.

62. כמו כן לא ברור באם מעורבות השב"כ בעניין המאבק האזרחי נגד מגפת הקורונה המצריך שיתוף הציבור ושקיפות ציבורית תגרום לתועלת ציבורית. גם בהעדר מחקר בעניין, ניתן לקבוע כי הנזק הציבורי עולה על התועלת. שכן הדבר עלול לפגוע באימון הציבור בקבלת החלטות בעניין המאבק האזרחי ובמיוחד אצל חלקים ניכרים מן הציבור שמעורבות השב"כ אצלם מייצרת הקשר חשוד וקונוטציה שלילית ביותר על רקע היסטוריה מאוד בעייתית.

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



ב/

עו"ד חסן ג'בארין



עו"ד סוהאד בשארה

ב"כ העותרים