

25.2.2021

לכבוד

מר יולי אדלשטיין	ד"ר אביחי מנדלבליט	מר יריב לוין
שר הבריאות	היועץ המשפטי לממשלה	יושב ראש הכנסת
בפקס: 02-5655993	בפקס: 02-6467001	בפקס: 02-6496193

דחוף!!

הנדון: חוק לתיקון פקודת בריאות העם (מס' 36 – הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש), התשפ"א - 2021

ביום 24.2.2021 התקבל בכנסת חוק לתיקון פקודת בריאות העם (מס' 36 – הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש), התשפ"א- 2021 (להלן: החוק). אנו פונים אליכם בדרישה לבטל את החוק בשל פגיעתו בזכות החוקתית לפרטיות, ו/או לפעול שלא ליישמו, והכל כדלקמן:

רקע

1. מאז חודש דצמבר 2020, משרד הבריאות בשיתוף קופות החולים, החלו במבצע להענקת חיסונים לאוכלוסייה כנגד נגיף הקורונה החדש. מאז תחילת מבצע החיסונים ונכון ליום 25.2.2021, קיבלו כ-4.5 מיליון תושבים את מנת החיסון הראשונה, וכ-3.5 מיליון תושבים קיבלו את שתי מנות החיסון (המידע מאתר משרד הבריאות, ראו: https://datadashboard.health.gov.il/COVID-19/general?utm_source=go.gov.il&utm_medium=referral).
2. על אף שמבצע החיסונים המנוהל על ידי משרד הבריאות וקופות החולים נחשב למוצלח עד כה, אזרחים ותושבים רבים מסרבים להתחסן ו/או טרם החליטו אם רצונם להתחסן כאשר במקרים רבים, הדבר נובע מסיבות אידיאולוגיות ו/או מסיבות שנוגעות להעדר השתכנעות ו/או העדר אמון בחיסון עצמו, זאת במיוחד כאשר מדינת ישראל נחשבת כמדינה ניסיונית לצורך בחינת יעילות החיסון ומבצע החיסונים בה נחשב למבצע היחיד בעולם שמנוהל באופן כל כך אינטנסיבי. כך, שמאז חודש דצמבר 2020 עד היום, סוגיית ההתחסנות נחשבת לאחת הסוגיות שבלב הדיון הציבורי בישראל ובעולם.

פרטי החוק

3. כאמור, ביום 24.2.2021, התקבל החוק. החוק מסמיך את מנכ"ל משרד הבריאות, להעביר מידע אודות התושבים אשר לא קיבלו את החיסון או קיבלו את המנה הראשונה אך לא הגיעו לקבל את המנה השנייה, לעובד רשות מקומית שראש הרשות המקומית הסמיכו לכך ואשר בה מתגורר התושב לפי מרשם האוכלוסין. כמו כן החוק מסמיך את מנכ"ל משרד הבריאות להעביר את אותו

מידע גם למנכ"ל משרד החינוך בנוגע לתושבים המועסקים במוסדות חינוך, או למשרד הרווחה בנוגע לתושבים השוהים במוסדות המופעלים על ידי רשויות הרווחה.

4. המידע אשר יועבר לפי החוק, כולל מידע רפואי אודות העובדה האם אותו תושב קיבל את מנת החיסון הראשונה בלבד, או לא קיבל חיסון בכלל. לגבי תושבים אשר קיבלו את מנת החיסון הראשונה בלבד, יועבר גם מועד קבלתה. החוק מסמיך את מנכ"ל משרד הבריאות להעביר גם את הכתובת, השם, ומספר הטלפון של אותם תושבים.

5. נדגיש כי בחוק אין שום פירוט אודות סוג ומעמד אותם עובדים ברשויות המקומיות, במשרד החינוך או במשרד הרווחה אשר יקבלו את המידע ובכך פותח פתח להעברת מידע לכל עובד זוטר ברשויות אלו.

6. החוק קובע כי המידע יועבר על ידי משרד הבריאות לאחר בקשה מאת הגורם המעוניין בקבלת המידע, והצגת תכנית של אותו גורם אשר יש בה לשכנע את מנכ"ל משרד הבריאות כי אותו גורם יכול לעודד התחסנות. בחוק אין כל פירוט אודות אופי התוכניות, מרכיביהן והיקפיהן. בנוסף, מקבל המידע, רשאי להסמיך עובדים שלו כך שאלה יעיינו במידע וישתמשו בו לפי התכנית שיציגו צורך עידוד חיסון. עוד נקבע כי עובדים אלו יחתמו על טופס שמירת סודיות, לא יגלו מידע זה לאחר, ולא יטפלו בענייניו של אדם שהם מכירים. כמו כן, נאסרה בחוק מניעת שירותים או פגיעה בזכויותיו של אדם או של עובד בשל העובדה כי לא קיבל את החיסון או קיבל את המנה הראשונה בלבד.

7. זאת ועוד, מנכ"ל משרד הבריאות רשאי לדרוש מגופים ציבוריים כהגדרתם בסעיף 23 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981 (להלן: **חוק הגנת הפרטיות**), מידע מזהה לגבי תושבים. החוק מטיל חובה לשמור את המידע בסוד, וחובה למחוק את המידע עם תום השימוש בו, ולכל היותר תוך 60 יום מקבלתו. כמו כן, תוקפו של החוק הוגבל ל3 חודשים, או עד סיום מצב החירום בשל ההתמודדות עם נגיף הקורונה, לפי המוקדם.

8. נדגיש כי החוק אינו מחייב קבלת הסכמה של הפרט להעברת מידע רפואי לגביו.

החוק פוגע בזכות לפרטיות ולאוטונומיה אישית

9. החוק גורם לפגיעה בזכויות החוקתיות לפרטיות ולאוטונומיה אישית. ראשית, מידע לגבי קבלת טיפול רפואי או טיפול מניעתי על ידי כל פרט, הוא מידע פרטי וחסוי. כך שהעברת מידע כזה לרשויות ולבעלי תפקידים שאינם חלק מהצוות הרפואי המטפל באותו אדם, וללא הסכמת הפרט, מהווה פגיעה בפרטיותו של הפרט.

10. שנית, כאשר המידע מגיע לרשויות המקומיות, ואלו משתמשות במידע זה בכדי ליצור קשר עם אותו אדם אשר לא קיבל את החיסון, השיחה עלולה לחשוף מידע על סיבות ההימנעות מקבלת החיסון, כך שעלול להיחשף מידע אינטימי לגבי מצבו הבריאותי, דעותיו, אמונותיו האישיות, מצבו הכלכלי והאישי, ואף מידע לגבי קשריו האישיים והחברתיים.

11. שלישית, קיים חשש ממשי שהמידע יזלוג לידיהם של מי שאינם מוסמכים לקבלו, וזאת בשל התמריץ שיוצר מידע אישי למכירה או העברה של מידע זה לסוחר מידע, הן על ידי עובדי הרשויות המקומיות המוסמכים עצמם, והן על ידי פריצות חיצוניות למאגריהן של הרשויות המקומיות.

12. כמו כן, החוק מציין כי לא ישתמש מקבל המידע במידע זה כדי לפגוע בזכויות או למנוע שירותים ממי שלא התחסן. על אף זאת ועל אף חובת החתימה על טופס שמירת סודיות, עדיין קיים חשש רב שהרשויות המקומיות יעשו שימוש במידע זה בכדי למנוע שירותים ללא כל הסמכה בחוק, וזאת במסגרת הלחצים שהם עשויים להפעיל על מי שלא התחסן. זאת במיוחד לאור העובדה כי החוק איננו קובע סנקציות כנגד רשות מקומית אשר מונעת שירותים או פוגעת בזכויותיהם של לא מתחסנים.

13. חוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996, (להלן: **חוק זכויות החולה**) קובע בסעיף 10 את עקרון החיסיון הרפואי ומחייב כי מטפל ומוסד רפואי ישמרו את פרטיותו של מטופל בכל שלבי הטיפול הרפואי, באופן אשר מקים חובה חוקית לשמור בסודיות את המידע הרפואי של כל מטופל באשר הוא. הערך הציבורי שבשמירה על הסודיות הרפואית הוא באיון החשש של חולים ומטפלים מפני פגיעה בפרטיותם ובאוטונומיה שלהם עת שהם מגיעים לקבלת טיפול רפואי. נציין גם, כי חוק הגנת הפרטיות קובע בסעיף 7(2) כי הפרת חובה סודיות חוקית בנוגע לענייניו הפרטיים של אדם מהווה פגיעה בפרטיותו.

14. נדגיש, כי הזכות לפרטיות היא זכות חוקתית המעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר מהווה גם חלק מהזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בסעיף 2 לאותו חוק יסוד. (בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (סב) 4, 715 (2008); דנג"ץ 9411/00 **ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון**, פ"ד (סג) 3(41) (2006); בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998)). כמו כן, רק לאחרונה נתקבל פסק דינו של בית המשפט העליון אשר הורה על ביטול מדיניות האוסרת על הכנסת חמץ לבתי החולים במהלך חג הפסח וזאת מהנימוק כי כפיית מזון מסוים על פרט בניגוד לרצונו מהווה פגיעה בזכות לפרטיות ולאוטונומיה אישית שכן מדובר בהתערבות בבחירתו האישית של הפרט. ראו: בג"ץ 18/1550 **עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות**, (פורסם בנבו, 30.4.2020).

15. זאת ועוד, אי חיוב מתן הסכמה מטעם הפרט להעברת מידע רפואי או בריאותי אודותיו, מעצימה את הפגיעה בזכות לפרטיות. לא מזמן עמד בית המשפט בעניין איכוני השב"כ על חשיבותה של הסכמת הפרט בנוגע לשמירה על זכותו לפרטיות (בג"ץ 2109/20 **עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה**, (פורסם בנבו, 26.4.2020), בעמ' 28):

"הסכמת הפרט לאיסוף המידע מהווה "ברית התיכון" של ההגנה על הזכות לפרטיות (מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 252 (2010)). זאת, משום שכאשר הרשות אוספת מידע אודות הפרט בלא שמתקבלת לכך הסכמתו, מופקעת למעשה יכולתו האוטונומית לשלוט בזרם המידע אודותיו..."

הפגיעה בזכויות החוקתיות מרובה יותר ביישובים הערבים

16. ביישובים הערביים, הנתונים מראים כי אחוזי המתחסנים הם פחותים יותר ביחס לכלל האוכלוסייה. כך, לפי נתוני משרד הבריאות עד ליום 25.2.2021, אחוז המתחסנים במנה ראשונה בחברה הערבית הוא 32% לעומת 49% באוכלוסייה הכללית, ואחוז המתחסנים במנה השנייה הוא 17.2% לעומת 34% באוכלוסייה הכללית. מכך עולה כי החוק פוגעני יותר ביחס לאוכלוסייה הערבית עת שהוא עלול לפגוע בפרטיותם ובחיסיון הרפואי של יותר מ-80% מהאוכלוסייה הערבית (לעניין זה ראו: <https://www.haaretz.co.il/health/corona/premium-1.9452556>)

17. נזכיר בהקשר זה כי מיד לאחר פרוץ המגפה, בחודש אפריל 2020 פנינו למשרד הבריאות וביקשנו כי יפרסם נתונים אודות חולי קורונה ביישובים בהם מתחת ל-5,000 תושבים, כאשר טענו כי יישובים רבים כאלה הם יישובים ערבים. הנימוק העיקרי שנתקבל בתשובת משרד הבריאות הוא כי העקרון המנחה הוא מניעת הפגיעה בפרטיותם של תושבי יישובים קטנים אלה. למרות שבעקבות פנייתנו שונתה המדיניות ונאסר על פרסום מידע ביישובים בהם מתחת ל-2,000 תושבים, אך העקרון המנחה נותר כפי שהוא (ראו בהקשר זה נוהל פרסום מידע בנוגע למגיפת הקורונה, 19.7.20). כך שלא ברור, מדוע לא ניתן לפגוע בפרטיות בדרישה לקבלת מידע כללי אודות חולי קורונה כאשר הדבר עלול לגרום להדבקה בנגיף ובהקשר של חיסון, עקרון מנחה זה אינו מקבל עדיפות.

החוק אינו עונה על מבחני המידתיות

18. מבחן המידתיות הראשון הוא קיומו של קשר רציונלי בין החוק לבין תכלית החוק. מדובר על קשר רציונלי, ואין להסתפק בקשר כלשהו בין האמצעים למטרה. מבחן זה מחייב שהאמצעים אינם שרירותיים, בלתי הוגנים, או מחוסרי היגיון (ראו: בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, (פורסם בנבו, 9.6.2020), בעמ' 63). והנה, החוק מאפשר העברת מידע רפואי או בריאותי-מניעתי לגורמים שאינם רפואיים כלל ועיקר; שאינם בגדר מומחי ומקצוענים בתחום הבריאות לא כל שכן תחום בריאות הציבור; שאין להם מידע מקצועי אודות החיסון. מכאן שהכלי לעידוד חיסון על ידי מי שאינו מומחה או בעל מקצוע בתחום הבריאות או בריאות הציבור, מחייב מסקנה כי אין כל קשר בין האמצעי שנבחר בחוק זה לבין התכלית אותה הוא מבקש להשיג.

19. בנוסף, בחוק נקבע כי המידע יועבר לרשויות המקומיות רק לאחר הצגת תכנית מפורטת על ידיהם אשר תשכנע את מנכ"ל משרד הבריאות כי קיימות לרשויות המקומיות כלים שבנקיטתם יש יתרון על הכלים הנוכחיים שבידי משרד הבריאות וקופות החולים להגשמת מטרת החוק. החוק שותק ביחס למהותם של אמצעים אלו, ביחס לכלים אשר יכולים הרשויות המקומיות להפעילן, וביחס לקריטריונים של משרד הבריאות לבחינת תכניותיהם של הרשויות. מכך עולה, כי הכלים אשר יעמדו לרשות הרשויות המקומיות הם כלים שרירותיים, נתונים לשיקול דעתו המוחלט של מנכ"ל משרד הבריאות ללא כל אמות מידה להפעלת שיקול דעת זה. שיקול דעת גורף זה המלווה בשרירות בשימוש במידע הפרטי, יגרום לפגיעה גורפת בזכות לפרטיות ולאוטונומיה אישית.

20. כמו כן, החוק אינו עומד במבחן המידתיות השני הנוגע לקיומן של אמצעים פחות פוגעניים בזכויות החוקתיות. לעניין זה ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 436; בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.09.2014), בעמ' 50. הכלים אשר נמצאים היום בידי משרד הבריאות, וקופות החולים משיגים את המטרה אשר החוק בא להשיג, תוך פגיעה פחותה יותר בזכויות חוקתיות. בדברי ההסבר להצעת החוק, אין נתונים ואין תשתית עובדתית אשר מחדדים את הצורך בחוק זה בדבר העלאת שיעור ההתחסנות, ובוודאי שאין נתונים לגבי הדרך לפיה החוק יגשים את המטרה שלשמה חוקק.

21. לא למותר לציין כי מדינת ישראל היא המדינה בעלת שיעור ההתחסנות הגבוה ביותר מבין מדינות העולם. לפי משרד הבריאות, כ-34% מהתושבים קיבלו שתי מנות חיסון, וכ-49% חיסון את מנת החיסון הראשונה. בשבועיים האחרונים נוספו כחצי מיליון מחוסנים חדשים, קצב שהוא מהגבוהים ביותר בעולם. ניתן לראות ששיעור ההיענות להתחסנות בקרב התושבים הולך וגובר, ואיננו מצדיק, שימוש בחקיקה הפוגעת בזכויות יסוד על מנת לדחוף את התושבים להתחסן. המספרים הנ"ל אשר מצביעים על קיומה של היענות מספיקה לחיסונים, מראים שדרך השימוש באמצעים אשר משמשים את קופות החולים ומשרד הבריאות לעידוד התחסנות; הן דרך הקמפיינים במדיה, והן דרך שליחת מסרים לטלפון מאת קופות החולים, היא דרך ראויה ביותר, איננה פוגענית, ומהווה דרך המלך להשגת המטרה של התחסנות האוכלוסייה.

22. המצב כיום מראה שקיימים תמריצים רבים בכדי לדחוף אנשים להתחסן, כך שמתאיין הצורך בתמריצים נוספים שהרשויות המקומיות יכולות להציע. כך למשל, סעיף 7 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התשפ"א – 2020, קובע מקומות אשר יתירו את כניסתם של מתחסנים, ומהוות חלק מפתחת המשק הכוללת פתיחה הדרגתית של מקומות הביילוי תעודד אנשים רבים להתחסן; סעיף 10(ג) לאותן תקנות, קובע כי ייפתחו בתי התפילה למתחסנים; סעיף 2(ט) לצו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020, קובע כי חובת הבידוד לא תחול על מתחסנים אשר היו במגע עם חולה קורונה כך שפטור זה מהווה עוד תמריץ לכלל האוכלוסייה.

23. מן האמור לעיל עולה כי קיימים כלים רבים בידי המחוקק, משרד הבריאות, קופות החולים, ואף הרשויות המקומיות בכדי לפעול לעודד אנשים להתחסן, באופן שפגיעתו פחותה בזכויות חוקתיות. כך, שבהתאם למבחן המידתיות השני בדבר האמצעי שפגיעתו פחותה, אין הצדקה לפגיעה בזכות לפרטיות על מנת להגשים תכלית, ראויה ככל שתהיה, אך מוגשמת כבר עתה באמצעות כלים פוגעניים פחות או שניתנת להגשמה באמצעות כלים רבים אשר עדיין עומדים לרשות המדינה. בנסיבות אלו, אין כל ספק שהחוק אינו יכול לעמוד גם במבחן המידתיות השלישי, שהוא מבחן ערכי המחייב להראות כי התועלת מהפגיעה בזכויות החוקתיות עולה על הנזק שנגרם.

החוק התקבל בחקיקת בזק ודינו להתבטל

24. בנסיבות לעיל ומשהזכרנו בתחילת פנייתנו כי סוגיית ההתחסנות עומדת בלב השיח הציבורי, אישור חוק כזה הפוגע באופן גורף בזכויות החוקתיות, הוא פסול גם לאור העובדה כי הוא אושר בהליך

בזק בשלושת הקריאות מבלי לאפשר לחברי הכנסת ולציבור בכלל להעביר את הערותיהם לעומק וכנדרש ותוך לוח זמנים צפוף ביותר. בהקשר זה נפנה לפסק הדין של בית המשפט העליון אשר ביטל את חוק מס דירה שלישת רק מהטעם כי הוא אושר בהליך בזק מבלי לאפשר פיקוח פרלמנטארי כראוי. בבג"ץ 16/10042 צחי קווינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017) פסקה 38 לפסק הדין, נקבע:

"הביקורת השיפוטית עשויה להועיל גם ב'איתותים' או ב'אותות' כלפי המחוקק על מאפייני הליך החקיקה הראוי והנכון; לסייע לכנסת לשפר את הליכי החקיקה ולהקפיד על תקינותם באופן עצמאי (Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39 ISR. L. REV. 182, 184 (2006)). זאת ועוד, הליכי חקיקה תקינים, מעבר לחזותם ה'טכנית' לכאורה, עשויים להיטיב את התוצאה ה'מהותית' – את פרי של ההליך, את החוק עצמו. הליך ראוי וסדור של עיון ודיון, מחשבה, ויכוח והסכמה, צפוי להביא לתוצאה איכותית טובה – לחוק ראוי לשמו. הליכי חקיקה תקינים והולמים אף יתרמו להגברת הלגיטימיות הציבורית של בית המחוקקים ושל תוצריו (בג"ץ [4927/06](#) ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בנבו] פסקה א' לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (25.9.2007): "שעה שההליך כמעט אוטומטי, והוא חפוז או אקראי, נוצר פקפוק בערך שמייחס המחוקק עצמו לחקיקה היוצאת מתחת ידיו, ונוכח המחיר של אבדן אמון מתמשך, ספק אם הצר שווה בנוק, קרי, האם ההישג של חקיקה מהירה ויעילה' בחוק ההסדרים שווה בזילות ההליך ועמו הפגיעה באמון"; נכונות האזרחים לציית לחוקים אשר התקבלו בהליך שנתפס כהוגן ונכון, צפויה להתחזק; וערכים דמוקרטיים חשובים כגון שוויון, שקיפות, פלורליזם וכיוצא באלה – יצאו נשפכים (Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915, 1928-1931, 1934-1935 (2011))."

25. לאור האמור לעיל, נבקשכם לפעול לביטול החוק ו/או להורות על אי ביצועו או הקפאתו של החוק. על מנת לכלכל את צעדינו המשפטיים ולאור דחיפות העניין, נודה לקבלת התייחסותכם העניינית וזאת תוך 5 ימים מהיום.

בכבוד רב,

ויסאם שרף, עו"ד

סאוסן זהר, עורכת דין