

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 2109/20
בג"ץ 2135/20
בג"ץ 2141/20**

עו"ד שחר בן מאיר

בעצמו

טלפון: 03-6127878; פקס: 03-6127979

העותר בבג"ץ 2109/20

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י עוה"ד דן יקיר ו/או גיל גן-מור

טלפון: 03-7050734; פקס: 03-5608165

העותרת בבג"ץ 2135/20

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

2. הרשימה המשותפת

ע"י עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין

נייד: 050-7456580; דוא"ל: suhad@adalah.org

העותרים בבג"ץ 2141/20

נ ג ד

1. ראש הממשלה

2. ממשלת ישראל

3. שירות הביטחון הכללי

4. משטרת ישראל

5. משרד הבריאות

6. היועץ המשפטי לממשלה

7. הרשות להגנת הפרטיות

על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 073-39253542; פקס: 02-6467011

8. הכנסת

9. חה"כ גבי אשכנזי

על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת

טלפון: 02-6408636; פקס: 02-6753495

המשיבים בבג"ץ 2901/20

1. ראש הממשלה

2. הממשלה

3. שירות הביטחון הכללי

4. משטרת ישראל

5. משרד הבריאות

על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 073-3925542; פקס: 02-6467011

המשיבים בבג"ץ 2135/20

1. מר בנימין נתניהו, ראש הממשלה

2. שירות הביטחון הכללי

3. משטרת ישראל

4. משרד הבריאות

על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 073-3925542; פקס: 02-6467011

המשיבים בבג"ץ 2141/20

הודעה משלימה מטעם המשיבים 7-1

בהתאם להחלטת כב' הנשיאה חיות מיום 22.3.20, מתכבדים משיבי המדינה בשלוש העתירות (להלן: **המשיבים**) להגיש הודעה משלימה מטעמם כדלקמן:

1. כזכור, עניינן של העתירות שבכותרת בבקשת העותרים להורות על ביטולן של תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: **"תקנות ההסמכה"**), שפורסמו ברשומות ביום 17.3.20; ועל ביטולן של תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020 (להלן: **"תקנות נתוני מיקום"**), שפורסמו ברשומות ביום 16.3.20.

2. בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.3.20, אשר ניתנה בעקבות הדיון שהתקיים לפניו באותו יום, הורה בית המשפט הנכבד למשיבים להגיש השלמת טיעון מטעמם בשלוש סוגיות:

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?"

3. להלן תובא התייחסות המשיבים לשלוש הסוגיות האמורות, וכן עדכון בדבר מצב הדברים והתייחסות משלימה נוספת במספר סוגיות נוספות שעלו בדיון אשר התקיים לפני בית המשפט הנכבד.

4. בצד כל אשר יפורט בהודעה משלימה זו, נבקש לציין כי המשיבים יגישו בנפרד בקשה לביטול צו הביניים המורה כי בשלב זה ועד להחלטה אחרת לא ייעשה שימוש בסמכויות לפי תקנות נתוני המיקום. בענין זה נעדכן כאן, כי הוכן נוסח מתוקן לתקנות, במסגרתו, בין היתר, תקוצר תקופת התקנות משלושה חודשים ל-14 יום ונערכו התאמות נוספות שיפורטו בבקשה. בנוסף היועץ המשפטי לממשלה אישר את נוסח נוהל המשטרה בהתאם לתקנות נתוני המיקום. על רקע עדכונים אלה, תוגש בקשה כאמור.

הכרזה על מצב חירום

5. הסוגיה הראשונה לגביה הורה בית המשפט הנכבד למשיבים להגיש התייחסותם היא השאלה: "האם ההכרזה על מצב חירום לפי סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה, נוגעת גם למצבי חירום שאינם נובעים מסיבות ביטחוניות?"

6. הכרזת הכנסת על מצב חירום לפי חוק-יסוד: הממשלה, בהתאם לסעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה (האחרונה נערכה בישיבת הכנסת מיום 17.2.20, ופורסמה ברשומות ביום 27.2.20), היא הארכה נוספת בשרשרת הארכות ברצף שנעשו מאז הוכרז לראשונה מצב החירום בסעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948, על רקע מצב הלחימה בו נמצאה ישראל אותה עת. ההארכה האחרונה נעשתה אף היא על רקע מצב החירום הנובע מסיבות ביטחוניות, בדומה לכל ההארכות שנעשו ברצף מאז קום המדינה. אולם, עמדת המשיבים היא כי הכרזה זו מעמידה בסיס מספק להתקנת תקנות שעת חירום גם בענין מצב החירום דנן, ואין צורך בהכרזת מצב חירום נוספת בעת שהכרזה זו עומדת בתוקף, נוכח לשון החוק והנוהג רב השנים בנושא. אין בכך להוציא את יתר הדרישות בהתאם לחוק ולפסיקה כי אכן יוצאו התקנות בגין מצב חירום, וכי יתר תנאי הסעיף יתקיימו, לרבות העדיפות לקיומו של הליך חקיקה סדור בפיקוח פרלמנטרי, כשהדבר ניתן בעת חירום.

7. תחילה נפנה לפסק הדין בבג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל פ"ד נג' (1) 763 (1999) (להלן: ענין פריצקי), ממנו עולה בדעת הרוב של כב' הנשיא ברק וכב' השופטת דורנר, כי **בידי הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום גם לצורך אספקת שירותים חיוניים ולא בהקשר ביטחוני, על יסוד הכרזת מצב החירום הקיימת וללא צורך בהכרזה נוספת על מצב חירום אד הוק.**

בתוך כך, ראו פסק דינה של כב' השופטת דורנר בענין פריצקי, אשר התייחסה במישרין אף למהות הכרזת מצב החירום, וקבעה כי ניתן להתקין תקנות שעת חירום אף בגין מצבי חירום שאינם ביטחוניים, **דוגמת מגפה**, אסון טבע וכדומה. כן קבעה כב' השופטת דורנר, כי הממשלה רשאית להתקין תקנות שעת חירום מכוח מצב חירום שהכנסת לא ראתה בעת שהכריזה על מצב חירום על רקע המצב הביטחוני, וכי אין יסוד לדרוש מן הממשלה להכריז על מצב חירום פעם נוספת בעת שקיימת הכרזה שעומדת בתוקפה. כב' השופטת דורנר הותירה בצריך עיון אך את השאלה אם ראש הממשלה או שר רשאים להתקין תקנות שעת חירום על יסוד מצב חירום שהכנסת לא ראתה בעת שהכריזה על מצב החירום, אולם ברור מפסק דינה כי **הממשלה רשאית לעשות כן**. נביא את הדברים במלואם:

7. מהו "מצב חירום", שנדרש קשר סיבתי בינו לבין השימוש באמצעי של התקנת תקנות שעת חירום? חוק-יסוד: הממשלה אינו מגדיר "מצב חירום" מהו. חברי הנשיא ברק ציין בפסק-דינו, כי הגם שבדרך-כלל מדובר במצב חירום ביטחוני, כגון מלחמה, הרי שייתכנו גם מצבי חירום שאינם ביטחוניים, שבעטיים תהיה מניעה מלקיים הליכי חקיקה בכנסת. לדברים אלה אני מסכימה. אכן, הסמכתה של הממשלה למלא את תפקידי הרשות המחוקקת מיועדת בראש ובראשונה להתמודד עם מצבים של מצוקה ביטחונית קשה, שיש בהם כדי למנוע את פעילותה הסדירה של הכנסת. הדבר אף נרמז בהוראת סעיף 50(א) סיפה לחוק היסוד, כי תקנות שעת חירום יונחו דווקא על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת. עם זאת, אפשר להעלות על הדעת גם מצבי חירום שאינם על רקע ביטחוני שימנעו את פעולתה הסדירה של הכנסת, כגון מגפה, אסון טבע או מהומות המוניות שיסכלו גישה לבניין הכנסת. גם מצבים מסוג זה עשויים להיכנס לגדר "מצב חירום" כמובנו בחוק-יסוד: הממשלה.

8. הטרידה אותי השאלה, אם מצב חירום המצדיק התקנת תקנות שעת חירום לא צריך להיות על אותו רקע שעמד ביסוד הכרזת הכנסת על מצב חירום. שכן, במקרה הרגיל חוק-יסוד: הממשלה אינו מסמיך את הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כאשר לדעתה שלה שורר במדינה מצב חירום, אלא מתנה את סמכות ההתקנה בקיום מצב של חירום שעליו הכריזה הכנסת מכוח סעיף 49(א) לחוק היסוד, אם ראתה היא-ולא הממשלה- שקיים במדינה מצב של חירום. והנה, מצב החירום שעליו הכריזה מועצת המדינה הזמנית ובעקבותיה הכנסת, והעומד בתוקפו מאז ימיה הראשונים של המדינה, נובע מן הבעיות הביטחוניות שבהן שרויה ישראל. זהו, ולא אחר, מצב החירום שאותו "ראתה הכנסת". האם רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום מכוח מצב שהכנסת לא ראתה בעת שהכריזה על מצב חירום, ושכלל לא התקיים בעת ההכרזה?

לדעתי, יש להשיב לשאלה זאת בחיוב. שכן, בסעיף 49(ג) לחוק-יסוד: הממשלה נקבע כאמור, כי אם "ראתה הממשלה שקיים במדינה מצב של חירום ושעקב דחיפות הענין יש להכריז על מצב חירום עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת, רשאית היא להכריז על מצב חירום...". כלומר, גם במקרה שבו אין עומדת בתוקפה הכרזה של הכנסת על מצב חירום ולא ניתן לכנס את הכנסת רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, ובלבד שתמצא כי במדינה שורר מצב של חירום-בין במובן הביטחוני ובין במובן אחד-ותכריז על כך. אין זה מתקבל על הדעת לגרוע מסמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום אך בשל כך שבהתעורר הצורך להתקינן תעמוד בתוקפה הכרזה של הכנסת על מצב חירום, ואפילו מדובר בהכרזה שהתקבלה על רקע שונה מזה שבעטיו מבקשת הממשלה להתקין את התקנות. במקרה

כזה גם אין יסוד לדרוש מן הממשלה, או מן הכנסת, לשוב ולהכריז על מצב חירום, שכן הכרזה כזו כבר עומדת בתוקפה. זאת, ובלבד שהממשלה תיתן את דעתה למהותו של מצב החירום ולמידה שבה הוא מחייב התקנתן של תקנות שעת חירום.

שאלה קשה היא, אם ראש-הממשלה או שר (להבדיל מן הממשלה) רשאים לעשות שימוש בסמכותם לפי סעיף 50(ב) לחוק-יסוד: הממשלה להתקין תקנות שעת חירום על סמך מצב שאותו לא ראתה הכנסת בהכרזה על מצב חירום. שאלה זו אני מעדיפה להשאיר בצריך עיון."

כן ראו פסק דינו של כב' הנשיא ברק בדעת הרוב בענין פריצקי, המסכים אף הוא כי המטרות לשמן ניתן להתקין תקנות שעת חירום משתרעות לא רק על מצבי איום ביטחוני, כי אם גם על מצבי משבר, שאינם מאפשרים מתן שירותים חיוניים, דוגמת הבטחת הגשמת זכות ההצבעה, קיום שידורי תעמולת בחירות ואף בהקשר קליטת עלייה:

"11. חוק-יסוד: הממשלה קובע (בסעיף 50(א)) את המטרות לשמן ניתן להתקין תקנות שעת חירום. מטרות אלה הן:

"...להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים..."

על-פי הוראה זו-כפי שנתפרשה על-ידי בית-משפט זה בעבר שעה שהייתה כלולה בסעיף 9(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948-מטרות אלה כוללות לא רק מצבים של איום על קיום המדינה וחוסנה (למקרים אלה של מצב חירום "במובן הצר", ראו מ' כהן "מעשי טלאים' בדיני החירום" [33]). מטרות אלה משתרעות גם, בין השאר, על מצבי משבר, שאינם מאפשרים מתן שירותים שהם חיוניים. כך, למשל, נפסק כי "קליטת העליה היא 'פעולה חיונית' מובהקת מאין כמוה, בפרט בימים אלה, כשאלפי עולים נוהרים לישראל והעם כולו נחלץ למבצע הקליטה" (השופט ש' לוי, בפרשת פורז [7], בעמ' 321). בדומה נפסק כי הבטחת שידורי תעמולת בחירות בטלוויזיה וברדיו הינה שירות חיוני (בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות (להלן-פרשת קלופפר-נוה [10]), בעמ' 237). ברוח זו נראה לי, כי הבטחת הגשמתה של זכות ההצבעה בבחירות לרשויות המקומיות לכ-400,000 מצביעים נועדה להבטיח ולקיים את "השירותים החיוניים". הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות יסוד בכל משטר דמוקרטי...."

8. ראו גם פסק הדין בבג"ץ 2994/90 ח"כ אברהם פורז נ' ממשלת ישראל פ"ד מד(3) 317 (1990) (להלן: **ענין פורז**), בו אמנם בוטלו תקנות שעת החירום שהתקין שר הבינוי והשיכון דאז מהטעם שהותקנו **במקביל** להליך חקיקה שהתנהל באותו ענין בכנסת, אם כי לענייננו יפים הדברים שנאמרו בדבר היות ענין שאינו ביטחוני - העמדת דיור בדחיפות לצורך קליטת עליה - בגדר העניינים שניתן להתקין בגינם תקנות שעת חירום:

"...במקרה שלפנינו אין ספק בדבר, שנתמלאו שני היסודות הראשונים מן היסודות המנויים לעיל: **אין ספק בדבר, שקליטת העלייה היא "פעולה חיונית" מובהקת מאין כמוה, בפרט בימים אלה, כשאלפי עולים נוהרים לישראל והעם כולו נחלץ למבצע הקליטה. בנסיבות אלה יש צורך לנקוט אמצעים בלתי שיגרתיים, להתגבר על מכשולים ביורוקרטיים ולגייס משאבים כדי להיערך במהירות וביעילות למשימה חשובה זו. כמו כן, אין לנו כל יסוד להטיל ספק בכך, שהשר מאמין, בתום-לב, שהתקנת תקנות לשעת חירום היא הדרך הנאותה להשיג את יעדיה הדחופים של קליטת העלייה ולפתור את מצוקת הדיור הכללית, ולא חלקו ברצינות לפנינו, שהתקנת תקנות כאלה באה בגדר הסמכות הכללית המנויה בסעיף 9 לפקודה".**

9. סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה נוקט בלשון כללית, בלא להעמיד דרישת זיקה כטענת העותרת בבג"ץ 2141/20: **"במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים"**. לכך יש להוסיף, כי בפועל ראתה הממשלה גם בעבר בהכרזת החירום הקיימת בדבר היותה של המדינה נתונה במצב חירום, בסיס להתקנת תקנות לשעת חירום **שלא בהקשר ביטחוני**, ובהתאם לכך נהגה לאורך השנים בעת הצורך.

ראו, למשל, דוגמאות לתקנות שהותקנו במענה לשביתות עובדים ובנושאים נוספים, מהן שהותקנו מספר פעמים לאורך השנים: תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים במגן דוד אדום), התשמ"ד-1984; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בפרקליטות המדינה), התשמ"ד-1984; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בחברת החשמל לישראל בע"מ), התשמ"ד-1984; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בעיריית תל-אביב-יפו), התשמ"ה-1984; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים ברשויות המקומיות), התשמ"ה-1984; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים במשק הגז), התשמ"ז-1986; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים במשק הדלק), התשמ"ח-1988; תקנות שעת חירום (מיסוי הכנסות פיננסיות מסויימות), התש"ן-1990; תקנות שעת חירום (קיצוץ כמויות מים מוקצות לחקלאות, לתעשייה ולצריכה ביתית), התש"ן-1990; תקנות שעת חירום (הסדרת שימוש במים באזורי קיצוב - קיצור הליכים), התשנ"ה-1991; תקנות שעת חירום (תקופת מצב מיוחד בהג"א), התשנ"א-1991; תקנות שעת חירום (טלגרף אלחוטי), התשנ"א-1991; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים במשרד החינוך והתרבות), התשנ"ג-1993; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים

בטחנות קמח), התשנ"ד-1994; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בעבודה סוציאלית), התשנ"ד-1994; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים ב"בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ), התשנ"ז-1997; תקנות שעת חירום (הפקת מים, הספקתם וצריכתם), התשנ"ט-1999; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי), התשס"א-2001; תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים - מצילי ים ברשויות מקומיות), התשס"ד-2004.

10. יודגש, כי זולת פסקי הדין שהובאו לעיל בעניין **פריצקי** ובעניין **פורז**, דן בית המשפט הנכבד לאורך השנים לא אחת בעתירות שהופנו כלפי תקנות שעת חירום אשר הותקנו בהקשרים שאינם ביטחוניים, ומעולם לא נקבע בפסיקה כי נפל פגם בהתקנתם מכוח ההכרזה הכללית על מצב החירום. ראו למשל בג"ץ 372/84 **קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות**, לח(3) 233 (1984), שם נדונה חוקיותן של תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים ברשות השידור), התשמ"ד-1984. עוד ראו בג"ץ 3975/03 **שפטל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נז(3) 847 (2003), שם נדונו תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבור), התשמ"ג-2003.

11. הממשלה פירשה אפוא את הדין בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד בנושא, והנהוג לפיו פעלה המדינה לאורך השנים גם בנושאים אזרחיים הוא בסיס מספק להתקנת התקנות במצב הנוכחי, אשר לא יהיה חולק כי הוא עולה כדי מצב חירום מובהק, כאשר על הכף מונחים חיי התושבים ובריאותם, כמו גם עמידתו של המשק באתגר על השלכותיו. אף הכנסת קיבלה את פירוש הדין כאמור, ולא פעלה במאומה כלפי תקנות שעת חירום שהתקינה הממשלה לאורך השנים.

12. לחלופין, ככל שיסבור בית המשפט כי נדרשת הכרזה נוספת ונפרדת לענין מצב החירום הקונקרטי, יטענו המשיבים כי יש להחיל בענייננו את דוקטרינת הבטלות היחסית, ולהחיל קביעה זו אך מכאן ואילך. זאת, נוכח הנהוג האמור, עליו הסתמכה הממשלה בתקנות שעת החירום שהתקינה במסגרת אירוע החירום הנוכחי, ונוכח הדחיפות והחיוניות להותיר את האמצעים שנקבעו במסגרתן על כן, עד אשר יושלמו הליכי האישור הרלוונטיים בכנסת.

13. כאן יובהר, כי האמצעים נקבעו במסגרת תקנות שעת חירום נוכח הדחיפות, בשילוב האילוץ שנוצר בעיתוי התקנתן, בזמן חופף לימי חילופי הכנסת ה-22 והכנסת ה-23, בעת שטרם הוקמו ועדות הכנסת, ולפיכך לא ניתן היה להתקין את ההסדר בדרך המלך, קרי בחקיקה רגילה או בפעולה לפי חקיקה רגילה.

שוב ונדגיש, כי הגורמים אשר טיפלו בנושא, בהם גורמים בכירים ביותר במשרד המשפטים, שלושה משנים ליועץ המשפטי לממשלה וכן היועץ המשפטי לממשלה עצמו, העדיפו מראשית התהליך להביא את הנושא לביקורת פרלמנטרית. לכן, בחרו לכתחילה, ביחס לסמכויות שירות הביטחון הכללי, במסלול החלטת הממשלה לפי סעיף 7(ב)(6)

לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: "חוק שירות הביטחון הכללי") הטעונה אישור ועדה של הכנסת, ולא בחלופה של התקנת תקנות שעת חירום, אשר עמדה אף היא על הפרק מראשית הדרך.

הפניה לחלופת התקנת תקנות שעת חירום נעשתה, בלית ברירה, רק לאחר שלא נתאפשרה השלמת אישור החלטת הממשלה, נוכח פיזור הכנסת ה-22 והשבעת הכנסת ה-23, סמוך מאוד לאחר סיום דיוני הממשלה בהחלטה, בישיבות ממשלה טלפוניות. יובהר, כי הליך גיבוש הצעת ההחלטה ארך ימים ספורים למן העלאת הצורך על-ידי משרד הבריאות, בהם התקיימו תחילה דיונים ללימוד האפשרויות הטכנולוגיות הקיימות בידי היחידות השונות, אשר על יסודן הובהר כי המשימה לא תוכל להתבצע באופן הנדרש על ידי משטרת ישראל, אלא רק בידי שירות הביטחון הכללי (ולהלן גם: "השירות"). רק לאחר שהוברר מעל לכל ספק כי אין מנוס מכך גובשו פרטי ההסדר, לרבות הסייגים והמגבלות לצמצום הפגיעה בזכות הפרטיות; התקיימו מספר ישיבות ממשלה טלפוניות ארוכות במהלכן נדונו, לובנו ושנונו פרטים בהסדר, בהשתתפות היועץ המשפטי לממשלה והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-חוקתי), מר רז נזרי; ישיבת ממשלה טלפונית נוספת נערכה ביום שני, 16.3.20, הוא יום השבעת הכנסת ה-23, אשר מיד בסמוך לאחריה שמו פעמיהם הגורמים לכנסת להנחת ההחלטה על שולחן ועדת המשנה של ועדת החוץ והביטחון.

שטחנו את כל האמור, על מנת להבהיר, כי נעשה מאמץ לפעול בדרך המלך ולהניח על שולחן הכנסת החלטת ממשלה לאישורה, אולם נוכח העיתוי מול התפר בין הכנסות לא צלח הדבר ולא היה סיפק בידי הוועדה להשלים את הדיון בזמן שנותר עד לשעה 16:00, שאז תמה סמכותה של הוועדה הרלוונטית לדון בנושא, והוחל בהשבעת חברי הכנסת ה-23.

14. נוכח כל האמור בפרק זה, עמדת המשיבים היא כי ההכרזה על מצב החירום אשר נעשתה על-ידי הכנסת ביום 17.2.20, היא בסיס מספק להתקנת תקנות ההסמכה במצב החירום בו נתונה מדינת ישראל, ולא היה צורך בהכרזה נוספת ונפרדת.

סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי

15. הסוגיה השנייה לגביה הורה בית המשפט הנכבד למשיבים להגיש התייחסותם היא השאלה "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?".
16. תחילה נציין כי לעמדת המשיבים סוגיה זו אינה צריכה, בעת הנוכחית, הכרעה במסגרת העתירה דנן. אכן, כמתואר לעיל, בתחילה ביקשו המשיבים להסמיך את שירות הביטחון הכללי באמצעות החלטת ממשלה לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, שתהא כפופה לאישור ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (היא "ועדת הכנסת לעניני השירות", כפי שהוגדרה בחוק זה; להלן: "**ועדת המשנה**").
- ברם, משפקעה סמכותה של ועדת המשנה אשר פעלה במסגרת הכנסת ה-22, וזאת ביום 16.3.20 בשעה 16:00, ומשהובהר כי אין צפי לכינוס מהיר של הוועדה בכנסת ה-23, החליטה הממשלה, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, לנקוט ללא דיחוי באפיק פעולה אחר, ולהסמיך את שירות הביטחון הכללי בדרך של תקנות שעת חירום (שאינן טעונות אישור של הכנסת), אשר תותקנה למשך 14 יום בלבד, וזאת בשים לב גם למשך הזמן הדרוש לתחילת פעילותן של ועדות הכנסת ה-23, ולהשלמת הדיון בוועדה הרלוונטית.
17. בתגובה המקדמית מטעם המשיבים נאמר כי לקראת מועד פקיעתן של תקנות ההסמכה (שתוקפן עד ליום 31.3.20), וככל שעדיין יהא בהסדרים הכלולים בהן הכרח לצורך התמודדות עם התפשטות מגפת הקורונה, בכוונת הממשלה לבחון באיזו דרך להסדיר בהמשך את הסמכת שירות הביטחון הכללי האמורה.
- עתה נבקש לעדכן, כי לכשתוקם ועדת החוץ והביטחון בכנסת ה-23, בכוונת הממשלה להביא לאישורה החלטת ממשלה עדכנית לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, המעגנת את ההסדר הקבוע כיום בתקנות ההסמכה.
18. אלא שבשלב זה טרם הוקמה ועדת החוץ והביטחון בכנסת ה-23, וממילא אף טרם הובאה בפניה החלטת ממשלה כאמור לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי. על כן, דומה כי סוגיית פרשנותו הראויה של סעיף 7(ב)(6) היא לעת הנוכחית סוגיה תיאורטית ומוקדמת, שאינה מחייבת הכרעה (ראו והשוו: בג"ץ 8145/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.1.20), פסקאות 8-11 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).
19. עתה לעמדת המשיבים לגופה של הסוגיה. וכך מורה סעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי, שכותרתו "ייעוד השירות ותפקידיו":

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 לנבחר 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 לענין השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה;
- (7) איסוף וקבלת מידע לשמירה ולקידום הענינים המפורטים בסעיף זה.

[ההדגשות הוספו – ר.א.]

20. עמדת המשיבים היא, כי התמודדות הולמת של מדינת ישראל עם משבר נגיף הקורונה – משבר חסר תקדים בהיבטי בריאות הציבור, המאיים על בריאותם ושלומם של כלל תושבי המדינה ומאיים אף לשתק את המשק הישראלי ולפגוע בחוסן הלאומי – נופלת בגדרם של "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה", כמשמעותם בסעיף 7(ב)6 לעיל, ומשכך רשאית היתה הממשלה, ועודנה רשאית, להסמיך את שירות הביטחון הכללי לבצע פעילות בתחום זה, בכפוף לאישור ועדת המשנה. להלן נפרט, ותחילה לפרשנות הלשונית, שהיא כידוע נקודת המוצא לכל פרשנות חוק.

21. פרשנות לשונית – סעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי עוסק בייעודו של השירות ובתפקידיו. סעיף 7(א) קובע את ייעודו של השירות, וסעיף 7(ב) מונה את תפקידיו. התיבה "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" מופיעה הן בסעיף הייעוד (סעיף 7(א)) הן בסעיף התפקידים (סעיף 7(ב)6), וזאת בכפוף לקביעה פרטנית של הממשלה בעניין, ובאישור ועדת המשנה.

22. מכאן, שייעודו של השירות כולל, בין היתר, שמירה וקידום של "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". עם זאת, נוכח הקושי הברור לצפות מראש את כלל התפקידים השונים העשויים לבוא בגדרי תיבה זו, לרבות עניינים המחייבים סודיות מיוחדת; ובהינתן הכלים רבי העוצמה שהופקדו בידי השירות, נקבע בחוק מנגנון מיוחד המאפשר לממשלה להקנות לשירות תפקיד נוסף שלצורך מילוי יוכל השירות להפעיל את סמכויותיו לפי החוק.
23. מבט על **ייעודו של השירות** לפי סעיף 7(א) מלמד, כי ייעוד זה כולל **שמירה** על שלושה מושאי הגנה שאחד מהם הוא "ביטחון המדינה", ואילו השניים האחרים הם "סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו". זאת, מפני איומים שונים המנויים בהמשך הסעיף ("איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה"). לעומת זאת, בכל הנוגע ל-"אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה", ייעודו של השירות על פי לשון החוק הוא לפעול **לשמירתם וקידומם**.
24. הבחנה דומה נעשתה ביחס **לתפקידיו של השירות** בסעיף 7(ב) לחוק, שם הוגדרו, בסעיפים 7(ב)(1)-(5), שורה ארוכה של תפקידים המתייחסים לביטחון המדינה ולשמירת סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, ואילו בסעיף 7(ב)(6) הוספה האפשרות להסמיך את השירות לפעילות "**בתחום אחר** [...] **שנועדה לשמור ולקדם** אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה".
- היינו, גם כאן תפקידו של השירות ביחס ל-"תחום האחר" אינו מתמצה בשמירה, והוא עשוי להתייחס גם **לקידומם** של אינטרסים חיוניים נוספים אלה.
25. לסיכום, פרשנותו הלשונית של סעיף 7, הן בחלק הנוגע לייעודו של השירות (סעיף 7(א)), הן ביחס לתפקידיו (סעיף 7(ב)), מלמדת בבירור כי התיבה "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" מתייחסת ל**אינטרסים רחבים יותר** מאשר שמירת "ביטחון המדינה" במובנו הצר.
- ראשית**, בעוד שביחס לביטחון המדינה מופקד השירות על שמירתו, הרי שביחס לאינטרסים החיוניים האחרים ייעודו ותפקידו כולל פעילות למען **קידומם**.
- שנית**, החוק מבהיר במפורש כי עסקינן באינטרסים ממלכתיים חיוניים **אחרים**, ופעילות בתחום **אחר**, היינו – תחומים שאינם נוגעים במישרין לשמירה על ביטחון המדינה.
- בטרם נתייחס לפרשנותה התכליתית של הוראת הדין שבפנינו, נסקור בקצרה את משמעות המונח "ביטחון לאומי" בהקשרים נוספים.

26. על מושג הביטחון הלאומי – מה נכלל אפוא בגדרי מושג "הביטחון הלאומי"?

המושג "ביטחון לאומי", בהקשריו האפשריים השונים, נעדר הגדרה מפורשת בחקיקה, ולמיטב הידיעה לא ניתנה הכרעה פרשנית חדה וממצה ביחס למונח זה אף בפסיקת בית המשפט הנכבד. על כן, יש לפרש מושג זה בהתאם להקשר הדברים שבו הוא מופיע. מרחב התפרשותו עשוי להיות שונה מעניין לעניין. בשים לב לכך, נבקש לבחון את השאלה תוך הסתייעות במקורות פרשניים נוספים, ובהתייחסות שניתנה בפסיקה למינוחים קרובים.

27. כך למשל, מורה סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, כי "הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הנדרשות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הבטחוניים-לאומיים".

הביטוי "יעדיה הביטחוניים-לאומיים", אשר הוסף לחוק בשנת 1995 (חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 7 והוראת שעה)(שירות במשטרה ושירות מוכר), התשנ"ה-1995), פורש בבג"ץ 7455/05 **הפורום המשפטי למען ארץ ישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 905, 913 (2005), ככזה שמסמך את כוחות צה"ל להוציא לפועל את תכנית ההתנתקות. וכך נקבע בפסק הדין:

"יעדיה הביטחוניים-לאומיים מחייב כמובן פירוש. הוא עשוי לעורר שאלות לא פשוטות באשר להיקף פריסתו. שאלות קשות אלה אינן מתעוררות במקרה שלפנינו, שכן יישום ההתנתקות הינו יעד ביטחוני-לאומי. אכן, בבסיס ההתנתקות עומדות תכליות מדיניות, לאומיות וביטחוניות. על מהותן של תכליות אלה עמדנו בפרשת המועצה האזורית חוף עזה ... תוך שהודגש כי "התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות עליהם מבוססת תכנית ההתנתקות הן כבדות משקל". ... אכן, חוק יישום ההתנתקות נועד להגשים מה שנראה לכנסת ולממשלה צורך ביטחוני-לאומי. לאור הוראת סעיף 18 לפקודה, חיילי צה"ל מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם השגת יעדיה הביטחוניים לאומיים של תכנית ההתנתקות".

ראו גם בג"ץ 1785/17 **הרמתי נ' הרמטכ"ל** (25.7.18), שם פורש אותו ביטוי ככולל מכירת אימונים של כוחות צה"ל לצבאות זרים (ראו פסקה 21 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה מלצר).

28. הביטחון הלאומי מוצא את מקומו גם בחוק המטה **לביטחון לאומי**, התשס"ח-2008 (להלן: "חוק המל"ל"), הקובע בסעיף 1(ב) כי "המטה לביטחון לאומי ישמש גוף המטה לראש הממשלה ולממשלה בענייני החוץ והביטחון של מדינת ישראל", ומפרט בסעיף 2 את תפקידי המל"ל.

נכון להיום, בהתאם לקביעת ראש הממשלה, המטה לביטחון לאומי הוא הגורם המתכלל את ההתמודדות עם מגפת הקורונה ברמה הלאומית, כאשר משרד הבריאות מהווה הגורם המקצועי האחראי על כלל ההיבטים הבריאותיים. במסגרת זו, מוביל המטה לביטחון לאומי, בשם ראש הממשלה, את מלאכת התיאום בין משרדי הממשלה השונים, וזאת בדיונים יומיים בהם נוטלים חלק משרד הבריאות, משרד האוצר, משרד המשפטים, המשרד לביטחון פנים (לרבות המשטרה ושירות בתי הסוהר), משרד הביטחון (לרבות עוזר השר להתגוננות, מנהל ההרכשה והייצור ורשות החירום הלאומית), צה"ל (לרבות פיקוד העורף) בנק ישראל, משרד החוץ, משרד הפנים (לרבות רשות האוכלוסין וההגירה והשלטון המקומי), משרד הכלכלה, משרד התחבורה (לרבות רשות התעופה האווירית), משרד העבודה והרווחה, נציבות שירות המדינה, משרד התיירות, משרד התקשורת, המשרד לשוויון חברתי, משרד החינוך, המשרד לשירותי דת, משרד הבינוי והשיכון, המשרד לקליטה ועלייה, המשרד להגנת הסביבה, המשרד לענייני מודיעין, רשות הטבע והגנים, הסוכנות היהודית, מטה ההסברה הלאומי, כלל הדוברים של משרדי הממשלה הרלוונטיים וכן גורמים אחרים, על פי צורך. בנוסף, אחראי המטה לביטחון לאומי על הובלת עבודת המטה לקראת הדיונים המתקיימים בראשות ראש הממשלה מדי יום (וליל), מבצע מעקב אחר ביצוע החלטות הדרג המדיני ומלבן מחלוקות בין המשרדים השונים.

המשימה הלאומית המוטלת על המטה לביטחון לאומי, והיקף מוטת השליטה הנדרשת כדי לתאם בצורה מיטבית את ההתמודדות עם המשבר – כפי שמלמדת רשימת הגורמים הארוכה שהובאה לעיל – ממחישים כי עסקינן באתגר ראשון במעלה ל**ביטחון הלאומי** של מדינת ישראל.

29. עוד ניתן להזכיר את מסקנות "הוועדה לגיבוש תפיסת הביטחון של ישראל", בראשות מר דן מרידור, אשר מונתה על ידי ראש הממשלה דאז, אריאל שרון ז"ל, ושר הביטחון דאז, שאול מופז, משנת 2006. הוועדה הגדירה ארבעה יעדים מרכזיים לתפיסת הביטחון של ישראל, וקבעה כי אלו יהיו המסד לעבודתה. היעדים שנקבעו הם: הבטחת קיומה של מדינת ישראל, הגנה על שלמותה הטריטוריאלית ועל ביטחון אזרחיה ותושביה; השמירה על ערכיה ועל צביונה של מדינת ישראל – מדינה יהודית ודמוקרטית ובית לעם היהודי; **הבטחת יכולתה של מדינת ישראל לקיים חוסן כלכלי-חברתי כמקובל במדינה מתקדמת**; חיזוק מעמדה הבינלאומי והאזורי של מדינת ישראל וחתירה לשלום עם שכניה" [ההדגשה הוספה – הח"מ] (ראו דן מרידור ורון אלדדי "תפיסת הביטחון של ישראל דו"ח הוועדה לגיבוש תפיסת הביטחון (ועדת מרידור) ובחינתו בחלוף עשור (המכון למחקרי ביטחון לאומי, מזכר 182, ספטמבר 2018)).

30. זאת ועוד, בדוח של המכון למחקרי ביטחון לאומי משנת 2017, שכותרתו "תפיסת ביטחון לאומי מעודכנת לישראל", נקבעו חמישה "מימדים" הנכללים בגדרי מושג ה**ביטחון הלאומי**, ואלו הם: ביטחון החוץ והפנים; יחסי החוץ ומעמדה הבינלאומי של ישראל;

הכלכלה והמשאבים הלאומיים; מידת המשילות שבאה לידי ביטוי, בין היתר, ביכולת לקבל החלטות ולממשן; עוצמתה של החברה האזרחית: **הלכידות החברתית, החוסן החברתי והמשאבים האנושיים** [ההדגשות הוספו – הח"מ] (אודי דקל ועומר עינב "תפיסת ביטחון לאומי מעודכנת לישראל" (המכון למחקרי ביטחון לאומי, פברואר 2017)).

בין היתר, קבעו מחברי הדוח כך: "החוסן הלאומי מבוסס על שני רכיבים קריטיים: החוסן החברתי והחוסן התפקודי. [...] החוסן התפקודי בא לידי ביטוי ביכולת לשמור על שגרת פעילות אזרחית במצב חירום ובמלחמה וביכולת לחזור במהירות לשגרת פעילות לאחר אסון שהוא מעשה ידי אדם או טבעי (רעידת אדמה, פגעי מזג אוויר חריגים)" (עמ' 35 לדוח).

31. הנה כי כן, גורמי מקצוע אשר עסקו בשני העשורים האחרונים בגיבוש תפיסת הביטחון של ישראל, כללו תחת מושג "**הביטחון הלאומי**" גם את חוסנה הכלכלי-חברתי וחוסנה התפקודי של ישראל, לרבות יכולתה לשמור על שגרת פעילות אזרחית במצב חירום, כגון זה בו אנו מצויים כיום.

עתה נידרש בקצרה גם למבט השוואתי על מושג "הביטחון הלאומי".

32. **בארצות הברית** סוגיית ההתמודדות עם מגפות נכללת בשנים האחרונות במדיניות הביטחון הלאומי של ארה"ב (ראו, למשל, National Security Strategy לשנת 2010 של הנשיא אובמה). בעקבות התפרצות נגיף האבולה בשנת 2014, הוקמה במטה לביטחון לאומי של ארה"ב קבוצת מומחים ייעודית לנושא. פעילותה אמנם פסקה בתקופת ממשל טראמפ, אולם הנושא עודנו מהווה נדבך בתפיסת האיומים הביטחוניים של ארה"ב. רק בשנה האחרונה, במסגרת הערכת האיומים לשנת 2019 של קהילת המודיעין, הוגדרה החשיפה להתפרצות מגפה מדבקת כאחד האיומים על הביטחון הלאומי של ארה"ב (Worldwide Threat Assessment of the US Intelligence Community, 29 January 2019,) <https://www.dni.gov/files/ODNI/documents/2019-ATA-SFR---SSCI.pdf> (p. 21-22).

33. הרחבת תפיסת הביטחון כאמור נובעת, בין היתר, מההבנה לפיה במקרה של התפרצות מגיפה יוטל על כוחות הביטחון תפקיד מורחב ואף מרכזי בבלימתה, בשל גישתם הבלעדית לאמצעים טכנולוגיים מסוימים, לכוח אדם ולמנגנוני פיקוד ושליטה שיאפשרו טיפול באירוע. כפי שמציינת Laura Donohue:

As with climate change, the threat of pandemic disease became incorporated into the existing national security infrastructure. [...] Homeland Security Presidential Directive 10 suggested that the traditional public health approach could no longer form the basis for the State's response to the threat. Health care

providers and public health officials were to be considered part of the national security infrastructure—on the very front lines of defense.

Like the climate change dialogue, the folding of public health into the national security structure has resulted in an expanded role for traditional national security institutions and, in particular, for the armed forces. [...] the involvement of the military also stems from institutional capabilities, should the potential threat become manifest. The military may be the only institution with the necessary technology, resources, manpower, and command and control devices to organize response to a debilitating crisis on a massive scale. (Laura K. Donohue, *The Limits of National Security*, 48 AM. CRIM. L. REV. 1573, 1734-1736 (2011))

34. גם **בבריטניה** ניתן להצביע על מגמה דומה. בסקירה של המוכנות בתחום הביטחון הלאומי אשר הוכנה בשנת 2018 עבור המטה לביטחון לאומי (National Security Capability Review), התווספו לארבעת האתגרים שזוהו בדוח שקדם לכך משנת 2015 (איומי טרור, עלייתם מחדש של איומים בין-מדינתיים, שחיקת הסדר הבין-לאומי ואיומי סייבר) שני אתגרים נוספים, ובכלל זה ההתמודדות עם מחלות
- ראו: National Security Capability Review, March 2018, pp. 5-6, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/705347/6.4391_CO_National-Security-Review_web.pdf
35. באסטרטגיית הביטחון הלאומי של **שוודיה** הוקדש פרק מיוחד לנושא ההתמודדות עם מגפות, תוך התייחסות מפורשת לעובדה שהתעבורה הבין-מדינתית צפויה להעצים התפשטות מגפות, המועברות מבעלי חיים לבני אדם ועמידות בפני טיפול. עוד כלל המסמך תחזית לפיה במקרה של תחלואה בהיקף גדול במקביל, מערכת הבריאות לא תוכל להתמודד עם העומסים המוטלים עליה ועלולות להיווצר הפרעות גם לאספקת שירותים חיוניים נוספים. לפיכך, נקבע כי יש להיערך באפיקים שונים לתרחיש כגון דא.
- ראו: Government Office of Sweden, National Security Strategy, 4 Jan. 2017, <https://www.government.se/4aa5de/contentassets/0e04164d7eed462aa511ab03c890372e/national-security-strategy.pdf>
36. **במשפט הבינלאומי** ניתן למצוא מספר דוגמאות להכרה ברוחבם של האינטרסים החיוניים לביטחון המדינה כמשתרעים מעבר לאלו הנוגעים במישרין לעניינים ביטחוניים-צבאיים. זאת, בין היתר בהקשרים כלכליים שונים בהם מוכרת בהסכמה רחבה בזירה העולמית הפררוגטיבה של מדינות ריבוניות להכריע מה נכלל בגדר האינטרסים החיוניים שלהן לשמירה על הביטחון הלאומי. על פי רוב, הדיון ברוחבו של המונח אינטרסים חיוניים לשמירה על הביטחון הלאומי (Essential National Security)

(Interests) מתעורר במקום שבו מדינה מבקשת להישען על אינטרסים אלו כדי לחרוג ממחויבויותיה על פי הסכמים בין-לאומיים כלכליים המכילים חריגי ביטחון לאומי (שלעיתים מכונים "חריגים ביטחוניים" - "Security Exceptions").

37. במישור זה נראה כי העמדה המקובלת בקרב מדינות רבות בקהילה הבינלאומית ופסיקת ערכאות של טריבונלים בינלאומיים אשר הכריעו בסכסוכים משפטיים בין מדינות לבין עצמן, ובין מדינות בין למשקיעים זרים, מלמדת אף היא על מרחב פרשנות רחב של המונח "ביטחון לאומי". כך למשל, בתחום הסחר הבינלאומי העניקה לאחרונה ערכאת יישוב הסכסוכים הראשונה של ארגון הסחר העולמי (WTO), פרשנות מרחיבה יחסית למונח Essential Security Interests המופיע בחריג הביטחוני של ההסכם בדבר סחר בטובין (בו חברה גם מדינת ישראל) וקבעה כי המונח יכול שיכלול גם אינטרסים שאינם בעלי היבטים צבאיים מטבעם (Russia - Measures Concerning Traffic in Transit -) WT/DS512/7 Panel report - Action by the Dispute Settlement Body, פסקאות 7.130-7.131 (להחלטה).

38. הרחבת פרשנות המונח אינטרסים חיוניים לביטחון ניכרת גם מפסיקת ערכאות בתחום בורות הגנה על השקעות. בתחום זה קיימת הסכמה רחבה בקרב טריבונלים בינלאומיים, המכריעים בסכסוכים בין משקיעים זרים לבין מדינות החתומות על הסכמים בינלאומיים להגנה על השקעות, לפיה ענייני ביטחון לאומי אינם מוגבלים אך ורק לסכנות פיזיות קיצוניות הנובעות ממלחמה או ממהפכה, ויכולים למשל לכלול גם משברים כלכליים חמורים (ראו Jeswald W. Salacuse *The Law of Investment Treaties* (2nd Edition, 2015) p. 381-385).

39. מדוח הוועדה לסחר ופיתוח של האו"ם (UNCTAD) משנת 2009 עולה, כי מושג הביטחון הלאומי בהסכמים בינלאומיים זוכה לפרשנות רחבה. עוד עולה כי בעוד שביטחון העם והאומה נכללים באופן מובהק בליבת המושג "ביטחון לאומי", סביר יהיה לטעון כי איומים על בריאות האוכלוסייה או על הסביבה נכללים אף הם בגדר מונח זה, כמו גם איומים פוליטיים, כלכליים, איומים על תשתיות ואיומים על המערכת הפיננסית של מדינה. התפתחות הקונספט של ביטחון לאומי אף מאפשרת כי עם הזמן יוכנסו בגדרי המושג איומים נוספים שאינם מוכרים כיום (UNCTAD, THE PROTECTION OF NATIONAL SECURITY IN IIAS, 2009, p.7-8).

40. זאת ועוד, מסקר שנערך על ידי ארגון ה-OECD ביחס למדיניות ההשקעות של 54 מדינות שונות בנוגע לביטחון לאומי, נמצאו מספר דרכים בהן מדינות שונות מגדירות "ביטחון לאומי", אולם באף אחת מהמדינות לא מוגדר המונח ככזה המתייחס אך ורק לתחום הצבאי-ביטחוני. כן נמצא כי במידה שהן מגדירות את המונח, הן נוקטות באחת משתי גישות עיקריות: הגדרה מבהירה של המונח ביטחון לאומי או רשימה של סקטורים רלוונטיים לביטחון לאומי המובאים כדוגמאות לסקטורים שהגנה עליהם יכולה להיחשב

כהגנה על ביטחון לאומי. בתוך כך, נמצאו לכל הפחות שתי מדינות (צרפת ואוסטריה), המזכירות באופן מפורש בחקיקה שלהן את סקטור הבריאות ושירותי הבריאות כסקטור מוגן במסגרת ההגנה על אינטרסים חיוניים של ביטחון לאומי (ראו Wehrlé, F. and J. Pohl *Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices*, OECD Working Papers on International Investment 28 (2016)).

41. **פרשנות תכליתית** – נשוב עתה לסעיף 7(ב)6 לחוק שירות הביטחון הכללי, ונידרש לפרשנותו התכליתית הראויה.

42. ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף מלמדת כי בהצעת החוק שהונחה על-ידי הממשלה על שולחן הכנסת כלל לא נכללה בסעיף 7 התיבה "ביטחון לאומי", ודובר רק באינטרסים ממלכתיים חיוניים של המדינה.

כך, נוסחו המקורי של סעיף 7(א) כפי שנכלל בהצעת החוק קבע כי "השירות מופקד על שמירת בטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומי טרור, ריגול, חשיפת סודות ופעילות אחרת **כיוצא באלה**, וכן מופקד השירות על שמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין" (ה"ח 2689, 23.2.1998).

סעיף 7(ב)6 בנוסחו המקורי מתייחס ל-"פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים של המדינה".

43. במהלך הדיונים בכנסת בהצעת החוק הוספה התיבה "הביטחון הלאומי", ובמקביל הושמט הביטוי "וכיוצא באלה" מסעיף 7(א). נראה אפוא כי המחוקק ביקש לצמצם את ייעודו ותפקידו של שירות הביטחון הכללי פעמיים – ראשית, רק לאלו שיהיו מנויים במפורש בחוק, ושנית, בקביעה כי התפקידים הנוספים אשר ניתן יהיה להטיל על השירות יהיו לצורך הגשמת ייעודו בתחום השמירה והקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים עבור "הביטחון הלאומי" של המדינה, וזאת בשונה מאינטרסים ממלכתיים חיוניים גרידא (להרחבה בעניין זה ראו אריה רוטר **חוק שירות הביטחון הכללי – אנטומיה של חקיקה** (2010). המחבר שימש כיועץ המשפטי של שירות הביטחון הכללי בעת חקיקת החוק).

44. לעמדתנו, הן מבחינה לשונית הן מבחינה תכליתית, נראה בבירור כי הביטוי "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" מתפרש גם על אינטרסים החורגים מביטחון המדינה במובנו הצר.

מבלי למצות בשלב זה את מלוא היקפם האפשרי של אותם אינטרסים, עמדת המשיבים היא כי המשבר הנוכחי בו מצויה ישראל, ומדינות רבות בעולם כולו, על רקע התפרצות

מגפת הקורונה, פוגע באינטרסים ממלכתיים חיוניים של ביטחונה הלאומי. מדובר באיום ממשי ודוחק על שלום הציבור ועל תפקודה התקין של המדינה ומוסדותיה, ובנסיבות חריגות אלו, ניתן היה להסמיך את שירות הביטחון הכללי, בהתאם לאמור בסעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, למלא תפקיד במאמץ הלאומי החריג ורחב-ההיקף הננקט בימים אלו על-ידי רשויות המדינה השונות לצורך התמודדות עם המגפה.

45. בראש ובראשונה, מגפת הקורונה מאיימת, פשוטו כמשמעו, על בריאותם ושלומם של כלל תושבי ישראל. איש אינו חסין מהדבקה. לשיעורי התמותה בקרב אלו המצויים בקבוצת סיכון, נבקש להפנות לאמור בסעיף 6 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים.

46. מעבר לכך, בימים האחרונים כבר מאובחנים בישראל כ-150 חולים חדשים מדי יום והצפי הוא להמשך גידול מעריכי שיוכפל אחת לכשלושה ימים.

נכון ליום 23.3.20 בשעות הבוקר, אובחנו 1,238 ישראלים כחולים בנגיף, כ-24 מהם במצב קשה, 34 במצב בינוני, ואדם אחר שנפטר; כ-74,500 ישראלים שוהים בבידוד בית לפי צו בריאות העם (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן – **צו בידוד בית**), וחייבים לדווח על כך למשרד הבריאות; על פי תקנות שעת חירום שנכנסו לתוקף ביום 22.3.20, חל על תושבי ישראל איסור יציאה מביתם, אלא לצורך הגעה למקום העבודה וחזרה ממנו, הצטיידות במזון ומוצרים חיוניים, ומספר מצומצם של מטרות נוספות (תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020 (להלן: **תקנות הגבלת פעילות**)); זאת ועוד, על פי תקנות שעת חירום צומצם מספר העובדים במגזר העסקי ובמגזר הציבורי בעשרות אחוזים (תקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום והתפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: **תקנות הגבלת מספר העובדים**)).

צילום תקנות הגבלת פעילות מצורף ומסומן **מש/1**.

צילום תקנות הגבלת מספר העובדים מצורף ומסומן **מש/2**.

47. משמעותם של כל אלה היא פגיעה קשה בפעילות המשק הישראלי, כדי שיתוק ענפים מסוימים במשק.

48. זאת ועוד, בתסריט אפשרי של קריסת מערכת הבריאות כתוצאה מעליה דרסטית בשיעור ההדבקה, וקריסת מערכות חיוניות נוספות עקב תחלואה מוגברת של עובדים חיוניים והשבתה של מפעלים חיוניים, ייודעו לכך מטבע הדברים השלכות גם כלפי כוחות הביטחון, בהם המשטרה, הצבא, שירות בתי הסוהר, רשות הכבאות ועוד. אף אין להוציא מכלל אפשרות התפרצות מוגברת בבסיסי צה"ל או בקרב ריכוזים אחרים של כוחות הביטחון, העלולה להוות איום על ביטחון המדינה גם **במובנו הצר**.

49. המשיבים יטענו אפוא כי במצב החירום הנוכחי, ובשעת המשבר בה שורות אלו נכתבות, הסמכת שירות הביטחון הכללי לנקוט באמצעים אשר נועדו לצמצם את מספר הנדבקים והחולים ("השטחת העקומה"), כדי לסייע לתושבי ישראל ולמשק הישראלי לשוב מהר יותר לפעילות שגרתית, נועדה בבירור לקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה, ויכולה בהחלט לבוא בגדרי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי.
50. כאן נשוב ונזכיר, כי לכתחילה נבדקה האפשרות להטיל את המשימה שנקבעה בתקנות על משטרת ישראל בכלים המצויים בידה. זו היתה העדפת הגורמים ולכך חתר התהליך בראשיתו. אולם, ישיבות מקצועיות שקוימו בין הגורמים לימדו, כי הפער בין יכולותיו של שירות הביטחון הכללי לבין יכולתה של המשטרה להעמיד את המענה הנדרש הוא פער מובהק, בגינו שונה המתווה לבסוף והוחלט כי המשימה תוטל על שירות הביטחון הכללי.
51. עוד נזכיר, כי שירות הביטחון הכללי אינו מטפל באירוע כולו, אלא משרד הבריאות, המנהל את הטיפול באירוע, אך מסתייע בכלים הטכנולוגיים אשר בידי שירות הביטחון הכללי, ואשר אינם מצויים בידי אף גורם ממשלתי אחר. בשים לב לחריגות המשבר, ולתכלית הראויה מאין כמותה להצלת חיים ולמניעת קריסת מערכת הבריאות ושיתוק המשק, הסתייעות המשרד הממשלתי המנהל את האירוע ביכולותיה הטכנולוגיות של יחידה ממשלתית אחרת, שאיננה בידיו, היא ראויה ומתבקשת.
52. ההסתייעות של משרד הבריאות בשירות הביטחון הכללי אינה אלא רכיב אחד ממאמץ משולב של שורת משרדי ממשלה, אשר התגייסו וחברו יחד כדי להילחם במגפת הקורונה. בתוך כך, משרד הבריאות מסתייע גם ביכולותיהם של גורמים נוספים במדינה, שטיפול במשבר בריאות אינו חלק מתפקידם היומיומי, כגון משרדי התקשורת, הכלכלה, העבודה והחקלאות, רשות האוכלוסין, צה"ל (פיקוד העורף), משטרת ישראל, וכל גורם שיש בידו לסייע, נדרש לעת הזו להושיט כתף ולתרום מיכולותיו הייחודיות.
53. אשר על כן, סבורים המשיבים כי ניתן להסמיך את שירות הביטחון הכללי לבצע את האמור בתקנות ההסמכה, בדרך של החלטת ממשלה לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, אשר תהא כפופה לאישור ועדת המשנה בכנסת.

היחס בין סעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה לסעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

54. הסוגיה השלישית לגביה הורה בית המשפט הנכבד למשיבים להגיש התייחסותם, היא שאלת היחס בין סעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה, לבין סעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "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?".

55. הרשות המכוננת בחרה להתייחס בשני חוקי יסוד נפרדים לקשר שבין הסמכות להתקין תקנות לשעת חירום לבין ההגנה על זכויות האדם.

סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה (להלן גם: **סעיף 39**), אשר מעניק לממשלה את הסמכות להתקין תקנות לשעת חירום וקובע את הדרך להתקנתן, אף כולל מגבלות מפורשות על כוחן. זו לשון סעיף 39(ד):

"התקנת תקנות שעת חירום

39. (א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; **תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.**

(ב) ראה ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת חירום, רשאי הוא להתקין או להסמיך שר להתקין.

(ג) תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק.

(ד) **אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם.**

(ה) לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

(ו) תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

(ז) תקנות שעת חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

(ח) חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת חירום להתקיים לתקופת תוקפן אך לא יותר מ-60 ימים מסיום מצב החירום; תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן."

בצד זאת, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא התשתית המרכזית של מגילת זכויות האדם בישראל, מתייחס אף הוא לאפשרות כי זכויות האדם ייפגעו או יישללו בידי תקנות שעת חירום שהותקנו לפי חוק-יסוד: הממשלה. סעיף 12 לחוק היסוד (להלן גם: **סעיף 12**) קובע הוראה מפורטת וברורה שזו לשונה:

"12. אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש."

56. שני הסעיפים – 12 מזה ו-39 מזה - מתייחסים למהות דומה. הוראת סעיף 12 מתייחסת לכל זכויות האדם המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו סעיף 39 מתייחס רק ל"כבוד האדם". משהזכות לכבוד האדם מנויה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נוצרת כפילות הטעונה הסבר. האם בכוחן של תקנות שעת חירום לפגוע בזכות לכבוד המנויה בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואף לשלול אותה, בתנאי שהן מקיימות את המגבלות המנויות בסיפה של סעיף 12, או שמא אין בכוחן להתיר כל פגיעה בכבוד האדם, כהוראתו המפורשת של סעיף 39?

57. **עמדת המדינה היא שפרשנותו הנכונה של סעיף 39(ד) היא כי האיסור על פגיעה ב"כבוד האדם" באמצעות תקנות לשעת חירום הוא מוחלט, אולם משמעותו של המושג "כבוד האדם" בסעיף זה צרה בהרבה ממשמעות המושג בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא כוללת רק את ליבת הזכות.**

פרשנות זו נסמכת על לשון סעיף 39, ההיגיון עליו הוא מבוסס והצורך להשיג הרמוניה חקיקתית בין שני חוקי היסוד מבלי לפגוע בתכלית סעיף 39(ד) לאפשר חקיקת חירום תוך הגנה על זכויות האדם בשעת חירום (ראו לענין זה עמנואל גרוס "קוד פלילי בשעת חירום" **משפט וממשל** ג 263, 267 (1995); וכן אריאל בנדור "מצבי חירום" **ספר דורית ביניש** 468 ה"ש 98 (2018). בשני המקרים מציעים המחברים פרשנות דומה לזו המוצעת כאן באשר למונח "כבוד האדם" בסעיף 39(ד)).

58. **נפתח בלשון:** לשון סעיף 39 היא איסור מוחלט. "אין בכוחן של תקנות שעת חירום". ללא סייג וללא פתח לשוני, לחריגה, איזון או צמצום של אותו איסור. שלוש מגבלות מצבי הסעיף: אין למנוע גישה לערכאות; אין לקבוע ענישה למפרע; אין להתיר פגיעה בכבוד האדם.

פרשנות איסור זה מתיישבת עם הגבלת הסמכויות העודפות של הממשלה בעת חירום למינימום ההכרחי, כחלק מתפיסה עמוקה וזהירה באשר לשימוש בסמכויות חירום בידי הממשלה. מטבע הדברים בשעת חירום לאומי נחלשים מנגנוני הבקרה והפיקוח, המוסדרים (כגון הליך חקיקה מלא ושקיפות ציבורית של הליכי קבלת ההחלטות) והבלתי מוסדרים (כגון יכולת התקשורת לבקר את הממשל ולקבל נתונים, יכולת הציבור לצרוך מידע, או יכולת של ארגונים אזרחיים לפעול באופן אפקטיבי). בה בעת דווקא בעתות כאלה נדרשים הממשלה וכוחות השלטון לכלים חריגים שמידת הפגיעה הכרוכה בהם בזכויות האדם צפויה להיות גדולה מהמקובל בשגרה. עצם הענקת הסמכות לממשלה להתקין תקנות שבכוחן לשנות את חוקי הכנסת (גם אם לא את חוקי היסוד) משמעותה חריגה מעקרון הפרדת הרשויות, והיא טומנת בחובה איום מסוים על ריבונותה של הכנסת המייצגת את העם. אולם למרות סיכונים אלה, כדי להגן על המדינה, ביטחונה ואספקת השירותים החיוניים בשעת חירום, מוענקות לממשלה סמכויות חריגות בשעה כזו, והדבר מוסדר ברמה החוקתית כחלק מהמבנה המשטרי הכולל, הצופה גם את ימי החירום בצד ימי השגרה.

אולם, עם פתיחת הפתח, היתה הרשות המכוננת חייבת לגדור גדרות גם לסמכות החירום, שאם לא כן עלול הדבר ליצר סיכון מופרז ליסודות השלטון הדמוקרטי. סעיף 39 קובע לשם כך מגבלות הליכיות ומהותיות על התקנת תקנות שעת חירום (כגון החובה להניחן על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך לאחר התקנתן, והאיסור על התקנה או הפעלת הסדרים מכוחן של תקנות שעת חירום מעבר למידה המתחייבת ממצב החירום). אף פסיקת בית המשפט הנכבד חידדה והוסיפה מגבלות בהקשר זה בדרך פרשנית, כגון ההבהרה כי הסמכות להתקין תקנות שעת חירום מותנית בכך שבאותה העת הכנסת אינה מסוגלת, מסיבות עובדתיות ואובייקטיביות, להשלים את החקיקה החיונית (עניין פורז, פסקה 8 לפסק הדין). הפסיקה הכירה אפוא באפשרות שתקנות שעת חירום יותקנו כאשר אין הכנסת מסוגלת למלא את תפקידיה העיקריים – לחוקק, ולפקח על רשות המבצעת במהירות הנחוצה, או בכלל.

לכך נוסיף, כי הוראה חוקתית המעניקה סמכות חקיקה ראשית חריגה לממשלה, לרבות סמכות לגבור על חקיקה קיימת של הכנסת הריבונית, יש לפרש בזהירות יתירה. הרי הרשות המכוננת בחרה להתיר לרשות המבצעת להסיג את גבולה של הכנסת רק במידה שקבעה. בשל החריגות של ההסמכה והסיכונים הנובעים ממנה למבנה השלטוני, יש לדבוק בהקשר זה בלשון חוק היסוד ולא לנקוט בפרשנות מרחיבה שאין לה עוגן לשוני. בהקשר זה נזכיר כי חוק-יסוד: הממשלה הנוכחי נחקק בשנת 2001, כשלנגד עיני הכנסת עמד כבר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לרבות סעיף 12 ב, והפרשנות התשתיתית שניתנה לו בפסיקה (כגון סמכותו של בית המשפט לבטל חקיקה ראשית). כלומר סעיף 39 העוסק באופן מסוים בהגבלת כוחן של תקנות שעת חירום הוא מאוחר לסעיף 12. למעשה, חוק-יסוד: הממשלה הקודם, נתקבל בכנסת ביום 18.3.1992, יום אחד בלבד לאחר קבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ביום 17.3.1992), כך ששני חוקי היסוד היו על שולחנה של ועדת החוקה חוק ומשפט באותה תקופה.

59. **ומן הלשון לתכלית ולפרשנות שתאפשר הרמוניה בין שני חוקי היסוד.** המשיבים יטענו, כי הפרשנות המוצעת על ידם, לפיה לפנינו איסור מוחלט לפגוע בכבוד, אולם זאת במשמעותו הצרה, הולמת אף את התכלית של סעיף 39 ומאפשרת הרמוניה בין שני חוקי היסוד.

אם נלך בדרך פרשנית שונה, ונקרא לתוך "כבוד האדם" אשר בסעיף 39 את משמעותו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נגיע לתוצאה שאין בה הגיון ואין בה הלימה לתכלית ההסדר המעניק לממשלה את הסמכות להתקין תקנות לשעת חירום. והרי אם משמעות סעיף 39 (ד) היא ש"אין בכוחן" של תקנות שעת חירום לפגוע בכבוד האדם במובנו הרחב, אזי לא ניתן יהיה באמצעותן לפגוע כלל בזכות לשוויון, למשל. מובן כי תוצאה זו אינה הגיונית ואינה מעשית, משחקיקת החירום נאלצת מעת לעת לפגוע, גם אם באופן מידתי, בזכות לשוויון. הרי סעיף 39 נועד להבטיח כי בידי הרשות המבצעת יהיו הכלים המשפטיים החיוניים לשם הגנה על המדינה ואזרחיה גם במצבי חירום בעת שהכנסת אינה יכולה להתכנס.

כדי לתקן תוצאה פרשנית לא סבירה זאת ניתן היה לטעון כי יש להוסיף באופן פרשני רובד נוסף של גמישות, ברוח מודל פסקת ההגבלה המוכר בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, בין בדרך של החלה עקיפה של סעיף 12 על סעיף 39 ובין בדרך של יצירה, יש מאין, של פסקת הגבלה שתחול על סעיף 39(ד). אולם אפשרות זו מוקשית מכמה טעמים. ראשית, וכבר עמדנו על כך לעיל, בנושא חוקתי רגיש זה של תיחום הסמכות החריגה של הממשלה לגבור על חקיקת הכנסת בשעת חירום, נדרשת זהירות ודיוק במימוש הוראות הרשות המכוננת. שנית, מהלך כזה ירוקן את לשון סעיף 39 (ד) מתוכן. שלישית, וחשוב לא פחות, יש לזכור כי לגדר החוקתית שהציב סעיף 39(ד) שלושה רכיבים אחים הצמודים זה לזה, תחת איסור זהה. הפרשנות שנאמץ לגבי השלישי שבהם, קרי כבוד האדם, תחול גם על שני הקודמים לו, המגנים אף הם על זכויות אדם. אם נאמר כי הפגיעה בכבוד האדם בתקנות שעת חירום אפשרית לפי תנאי פסקת הגבלה שמוחלת בהיקש, משמעות הדבר כי סעיף 39(ד) מתיר לכאורה גם חריגה (מידתית) מהאיסור על ענישה למפרע ועל מניעת הגישה לערכאות. תוצאה זו אינה מתיישבת עם לשון הסעיף, תכליתו ועקרונות יסוד חוקתיים שהצגנו לעיל.

60. לעומת קשיים אלה בפרשנות החלופית, עמדת המדינה באשר לסעיף 39(ד) ולהיקף הזכות לכבוד הנכללת בו, הולמת את לשון חוק היסוד ותכליתו, ומאפשרת פרשנות הרמונית לשני חוקי היסוד. ראו לעניין זה עמנואל גרוס "קוד פלילי בשעת חירום" **משפט וממשל ג** 263, 267 (1995); אריאל בנדור "מצבי חירום" **ספר דורית ביניש** 468 ה"ש 98 (2018).

"כבוד האדם" פנים רבות לו. קולמוסין רבים נשברו בניסיון להסביר את מהותה, גדרה ומאפייניה של הזכות לכבוד ושל המושג "כבוד האדם". ואף בית המשפט הנכבד עסק לא אחת בזכות ייחודית זו והעשיר בהלכותיו את דיני זכויות האדם בישראל בפרשנותו הרחבה את סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. על כך, בהמשך.

במישור הלשוני מדובר במושג עמום ורחב. במישור החקיקתי, עצם בחירתה של הרשות המכוננת לכלול את "כבוד האדם", יחד עם "חירות" האדם, בשמו של חוק היסוד ובסעיף המטרה בחוק (סעיף 1א), מלמדת כי לשני אלה לכאורה משמעות-על אשר יש לה נגיעה לכל שאר הזכויות הפרטיקולריות, שהתגדרו להן, זכות זכות בסעיף המיוחד לה. הכבוד נזכר עוד בשני סעיפים נוספים – סעיף 2 וסעיף 4, המיוחדים בכך שהם מתייחסים לאותן זכויות אך מוסיפים זה על זה בטיב ההגנה – סעיף 2 מורה כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבוד של אדם באשר הוא אדם". וסעיף 4 מוסיף ומורה כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". שימוש מרובה זה באותו מושג, בדרכים שונות באותו חוק יסוד קצר, שכל מהותו ותוכנו הם הגנה על זכויות האדם, מעורר שאלות פרשניות ועשוי ללמד על כך שהמושג רב פנים ומורכב ועשוי רבדים שונים.

בית המשפט הנכבד עמד על פניו הרבים של "כבוד האדם" בפסיקתו הענפה. בית המשפט קבע לא אחת כי הזכות עשויה ליבה, הכוללת זכות שלא לעבור ביזוי והשפלה, לצד מעטפות (ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד ס"א(1) 619 (2006), פסקאות 38-40 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק). משמעותה המובהקת ביותר של מורכבות זו באה לידי ביטוי בהלכה הפסוקה שהכירה כי ההגנה על "כבוד האדם" בסעיפים 2 ו-4 כוללת גם הגנה על זכויות יסוד אחרות שאינן מנויות במפורשות בחוק היסוד, אשר הבולטות בהן היא חופש הביטוי והזכות לשוויון. הלכות אלה התפתחו והשתכללו לאורך השנים תוך שבית המשפט הנכבד קובע, למשל בהתייחס לזכות לשוויון, כי משהגנה החוקתית על השוויון נסמכת על ההגנה על "כבוד האדם", אין היא מקיפה את כל היבטי השוויון במובנו הרחב, אלא את אותם היבטים של הפליה שיש בהם גם משום פגיעה בכבוד (ראו בג"ץ 7245/10 **עדאלה נ' ממשלת ישראל** (4.6.13), פסקה 52 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל).

לאור העולה מן החקיקה והפסיקה כאמור, יש בסיס פרשני מספק לקביעה כי המושג "כבוד האדם" בחוק-יסוד: הממשלה אינו זהה למושג זה המשמש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, למרות סמיכות הזמנים בחקיקתו של השני עם חוק-יסוד: הממשלה **הקודם** בשנת 1992 (אשר סעיף 50(ד) בו זהה ללשון 39(ד) דהיום).

אכן, יש לשאוף כי למושג זה בחוקי יסוד שונים תהיה משמעות זהה. הפרשנות המוצעת על ידינו אמנם אינה מעמידה הרמוניה לשונית, אולם היא מבססת הרמוניה תכליתית-מהותית בפרשנות שני דברי החקיקה, ומעניקה משמעות הגיונית לכל אחד מהסעיפים הנדונים.

61. מהי ליבת "כבוד האדם" הכלולה בסעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה במתווה הפרשני שהצגנו? ומה יחסה לפגיעה בזכות לפרטיות, שרכיביה החוקתיים מפורטים כשלעצמם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? שאלות אלו אינן פשוטות כלל ועיקר.

62. אולם המדינה סבורה כי נסיבות העתירה שלפנינו אינן מחייבות בירור ממצה של שאלה חוקתית זו. זאת מן הטעם, שלעמדת המשיבים ההסדר הכלול בתקנות ההסמכה, על האיזונים והבקורות שנכללו בו, אינו קרוב כלל וכלל לפגיעה בתחום הליבה של כבוד האדם. למעשה אנו סבורים כי תקנות ההסמכה אינן פוגעות בכבוד האדם, גם שלא בליבת הזכות. ואף אם תאמר כי יש פגיעה מסוימת בכבוד, שלא בליבת הזכות, הפגיעה הדומיננטית בתקנות ההסמכה היא באופן מובהק הפגיעה בזכות לפרטיות, כך שיש לבחון את הפגיעה בהיבט זה דווקא, וזאת בהתאם למבחנים החוקתיים הקבועים בסעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

נפרט טענתנו זו.

63. סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מונה **במפורש** את **רכיביה החוקתיים** של הזכות לפרטיות המנויה בו, כדלקמן:

- "(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
 (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
 (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
 (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו."

64. אמנם נכון הוא, כי תחום התפרשותה של הזכות לפרטיות עשוי, במישור המושגי ובהתאם לכך גם במערך נסיבות מסויים, לחפוף את תחומה של הזכות לכבוד. כפי שהראינו, "כבוד האדם" משקף, בצד משמעויות פרטיקולריות, גם מהות עמוקה הנוגעת מושגית לכל זכויות האדם. זכות אדם במובנה החוקתי מספקת ליחיד מעטפת של הגנה מפני פעילות שלטונית ומחייבת הכרה בו כסובייקט, ישות אנושית בעלת רצונות, מחשבה ויכולת בחירה אשר מכוון את חייו ושולט בהם. החברה מחויבת לכבד את קיומו המובחן, הייחודי והמשמעותי של היחיד. רעיון זה משתקף בעצם ההכרה בקיומן של זכויות אדם, כגון חופש המצפון, חופש התנועה והפרטיות. ההגנה על הפרטיות למשל, מוסברת במישור החוקתי, בין היתר, בכך שהחברה מכבדת את זכותו של אדם לשלוט במידע אודותיו ולשמר מעטפת החוצצת בינו עצמו לבין הסובבים אותו, מעטפת המאפשרת לו להגדיר את עצמו ואת ייחודיותו במובחן מכל אדם אחר זולתו.

אולם חפיפה כזאת קיימת במקרי קיצון, ופגיעה כזו אינה קיימת במקרה דנן. כך, חשיפת מידע אישי מביך אודות אדם עשויה לעלות כדי ביזוי והשפלה ופגיעה בכבודו. בדומה, חיוב אדם להיות נתון למעקב מלא אחר מעשיו, או חדירה מתמדת ל"רשות היחיד" או ל"צנעת חייו" עלולים להביא לכך שהאדם יאבד את מעטפת ההגנה האנושית ואת האוטונומיה שלו לנהל את חייו כרצונו, עד כדי פגיעה בכבודו.

65. **ומן הכלל אל הפרט:** עמדת המדינה היא כי תקנות ההסמכה אינן פוגעות בכבוד האדם, ואף פגיעתן בזכות לפרטיות, במישור המושגי, אינה מהסוג או מהחומרה שעולה כדי פגיעה בכבוד האדם. הפגיעה הרלוונטית בענייננו היא פגיעת ההסדר בזכות לפרטיות באמצעות תקנות שעת חירום, והיא ראויה להיבחן בהתאם לסעיפים 7 ו-12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

66. תקנות ההסמכה אינן פוגעות בכבוד האדם, אף לא בראי פגיעתן בזכות לפרטיות. מסקנה זו מבוססת גם על הנסיבות המיוחדות העוטפות את ההסדר החרגי: החולה שהמידע אודותיו מועבר, נאסף ומעובד, מיועד אודות התהליך ומטרתו; המטרה היא ממוקדת וראויה באופן מובהק - מניעת הפצת מגיפה לשם הצלת חיים ממש; ההסדר מטיל מגבלות נוקשות על המידע אותו ניתן להפיק, ועל השימוש במידע. קשה לומר כי בנסיבות של מאבק לאומי משותף למניעת התפרצות בלתי נשלטת של מגיפה, החולה יחוש מבוזה או מושפל מעצם איסוף ועיבוד המידע אודות מסלול תנועתו במהלך 14 יום טרם אבחונו,

ובפרט כאשר תהליך זה נועד להצלת חיים, ותחת המגבלות החמורות בהן נעשה במידע שימוש, צמצום הנגישות אליו, מחיקתו וכו' - עד כדי שניתן היה לטעון שכבודו נפגע.

בהקשר זה נבקש לדחות מכל וכל את טענת העותרת בבג"ץ 2141/20, כי התקנות הופכות את החולים ל"נושא למעקב ולחשודים", ובדיון בעל-פה אף הגדילה וטענה כי התקנות הופכות אותם ל"מצורעים". טענה זו משקפת סטיגמה שלילית לאדם שחלה לאחר שנדבק בנגיף. אין לכך כל בסיס ואנו מסתייגים מן המבט על אדם חולה כעל 'מצורע'. מטרת איסוף המידע היא איתור מי שבא במגע עם חולה בנגיף ועשוי שלא להיות מודע לכך (והרי אם היה מודע, היה מחויב לדווח בעצמו על כניסה לבידוד בהתאם להנחיות), וזאת על מנת להודיע לו, **ורק לו במישרין**, כי בא במחיצת חולה בנגיף, ולכן הוא בסיכון לחלות ולהדביק אחרים, ולפיכך עליו לשהות בבידוד מלא, ולעקוב אחר הופעת תסמינים, על מנת שלא להדביק אנשים נוספים בנגיף ועל מנת שיוכל לקבל טיפול רפואי תומך בהקדם האפשרי, אם ידרש לו. אין כאן כל סימון אנשים כנושא למעקב, כחשודים או כמצורעים, כטענת העותרת, היוצאת למעשה נגד צו הבידוד עצמו, מבלי שהוא נתקף בעתירתה. לחולה עצמו יש עניין ממשי באיתור המגעים, שחלקם יהיו בני משפחתו, עמיתיו לעבודה וחבריו, שיש מקום להניח שהוא רוצה בטובתם.

עוד יוער, בהמשך לדברים שנאמרו בדיון, כי אף שהשפה הרפואית נוקטת במונח "חקירה אפידמיולוגית" ו"חשוד כחולה", אין מקום לבלבל בין מונחים אלה עם מונחים מהעולם המשפטי הפלילי. אין בהם כדי להטיל דופי באיש.

מודגש כי מתן טיפול תומך מתאים בעוד המחלה קלה עשויה לשפר את הפרוגנוזה של חולה, ולעניין זה נפנה גם לאמור בתגובה המקדמית, אודות מקדם ההתפשטות של המחלה, והצורך החיוני לצמצם במהירות האפשרית את המשך הפצת הנגיף על ידי מי שנחשפו לו (ראו סעיף 16 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים).

67. עמדת המדינה, כאמור לעיל, היא כי המושג "כבוד האדם" בסעיף 39 מתייחס רק לליבה של הזכות לכבוד כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזו לא נפגעה, כאמור לעיל. יתרה מזאת, גם לשיטת מי שסבור ש"כבוד האדם" בסעיף 39 דומה למושג זה שבחוק-יסוד: כבוד האדם במלוא היקפו, הרי שהביקורת השיפוטית החוקתית על חקיקה הפוגעת בזכות יסוד צריכה להיבחן לפי טיב הפגיעה **הדומיננטית** הכרוכה באותה חקיקה.

כאמור, חוק-היסוד מונה את מאפייניה השונים של הזכות לפרטיות בסעיף ארוך ומפורט המחזיק ארבעה סעיפי משנה. לפיכך, דרך המלך לבחינת פגיעה בפרטיות היא בחינת הפגיעה **ברכיביה החוקתיים** של הזכות לפי סעיף 7 לחוק-היסוד, בצירוף סעיף 12, ולא בסעיפים 2 או 4 או בבחינה של הפגיעה ב"כבוד האדם" כמושג רחב וכללי.

ניתן אף לטעון, כי כבודו של כל אדם באשר הוא, מגולם ביכולתו ונכונותו להגן על משפחתו ועל עצמו, לפעול באופן אלטרואיסטי ולתרום להגנת הזולת. מהנסיון הקרוב

ידוע כי תחושתם של חולים שהדביקו את הסובבים אותם, קשה מנשוא, וככל שניתן לצמצם זאת, או לכל הפחות לסייע באיתור מוקדם של הנדבקים – יש בכך תרומה משמעותית לא רק לבריאותו הגופנית של הציבור, אלא גם לתחושת הערך, ולבריאות הנפשית של החולים.

תמונת מצב עדכנית והתייחסות משלימה

68. אחר ההתייחסות לשאלות העקרוניות המתעוררות בדיונונו, נבקש להציג לבית המשפט הנכבד תמונת מצב עדכנית באשר להיקף התפשטות נגיף הקורונה, יישום תקנות ההסמכה, ועדכון אף באשר לאמצעים הנוספים הננקטים להאטת התפשטות הנגיף.

69. לענין היקף התפשטות הנגיף נעדכן, כי לפי הנתונים שמפרסם ארגון הבריאות העולמי, נכון ליום 22.3.20 בשעה 22:00 ישנם 294,110 מקרים בהם אובחן נגיף הקורונה בלמעלה מ-180 מדינות, מתוכם 12,944 מקרי מוות, ו-95,828 מקרים שהחלימו. לפי נתוני משרד הבריאות, אובחנו בישראל נכון ליום 23.3.20 בשעות הבוקר 1,238 אנשים שנדבקו בנגיף, אחד מהם הלך לעולמו, 24 מהם במצב קשה, 34 במצב בינוני ו-37 מהם החלימו מן המחלה.

70. כן נוסיף ונעדכן, כי מספרם העדכני של השוהים בבידוד בהתאם לצו בידוד בית עומד, נכון ליום 23.3.20, על 74,498 אנשים, בהתאם למדווח למשרד הבריאות לפי צו הבידוד. המספר הכולל של אנשים ששהו בבידוד למן ראשית הצו עומד על 118,002 איש, אולם חלקם כבר השלימו את 14 ימי הבידוד להם נדרשו.

71. בימים האחרונים מבוצעות למעלה מ-2,000 בדיקות ביום, וקיבולת הבדיקה של המעבדות גדלה. מספר המעבדות המבצעות בדיקות גדל כמעט פי 20 מתחילת האירוע. יצוין עוד כי אובחנו חולים בכל טווחי הגיל, מילוד-פג ועד קשישים, ולא ניתן לומר כי המחלה מתפרצת רק בקרב אוכלוסייה מסוימת, אותה ניתן היה לבודד. קבוצת הגילאים בה מספר החולים הגבוה ביותר בישראל היא בין גיל 20 ל-49, וישנם כבר עשרות מקרים גם בקרב חיילים.

72. אשר ליישום תקנות ההסמכה נעדכן, כי התקנות יושמו למן יום 18.3.20 ועד עתה, וכי בימים 19.3.20 ו-20.3.20 העבירו שירות הביטחון הכללי ומשרד הבריאות (בהתאמה) אל היועץ המשפטי לממשלה דיווחים אודות יישום התקנות, בהתאם לחובתם להעביר דיווח כזה לפי הוראת סעיף 10 לתקנות ההסמכה. נציין, כי בהוראות היישום נקבע שתדירות הדיווח תהא אחת לשלושה ימים וכך אכן נעשה (ראו סעיף 12.2 לנוהל משרד הבריאות ליישום התקנות, אשר צורף כנספח מ/ש6 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים; נוהל שירות הביטחון הכללי מסווג, והוצג לבית המשפט הנכבד במהלך הדיון החסוי שהתקיים בעתירות).

73. אשר להנחיות הניתנות לציבור נעדכן, כי ביום 21.3.20, במוצאי השבת, פורסמו תקנות הגבלת פעילות, נספח מש"ב 1, אשר תחילתן ביום 22.3.20 והן יעמדו בתוקף למשך 7 ימים, אלא אם תחליט הממשלה על שינוי מוקדם יותר. בהתאם לתקנות אלה, ככלל אין לצאת ממקום המגורים או מקום השהייה הקבוע, למעט הגעה לעבודה וחזרה ממנה; הצטיידות במזון, תרופות ומוצרים חיוניים, וקבלת שירותים חיוניים; קבלת שירות רפואי; תרומת דם; הפגנה; הליך משפטי; הגעה לכנסת; פעילות ספורטיבית לא מאורגנת של עד שני אנשים; יציאה יחידנית או של אנשים הגרים באותו מקום לזמן קצר בקרבת מקום המגורים; יציאה לטקס דתי, ובכלל זה חתונה, הלוויה, תפילה ויציאה לטבילה במקווה; יציאה לצורך סיוע לאדם אחר בשל גילו, בעיה רפואית או כל קושי אחר; וכן צורך חיוני אחר. כן נקבעו כללי התנהגות בדבר שמירת מרחק במרחב הציבורי, נסיעה משותפת ברכב פרטי, קבלת שירות משלוחים. עוד נקבעו הגבלות לענין פעילות מסחר, בילוי ופנאי, בצירוף הוראה עונשית בצדה, תוך החרגת בתי אוכל, מקומות למכירת מזון, בתי מרקחת ועוד.

74. כן פורסמו אור ליום 22.3.20 תקנות הגבלת מספר העובדים, נספח מש"ב 2, במסגרת תקנות אלה נקבעו הוראות בדבר הגבלת מספר העובדים במקום העבודה, אשר יחולו מיום 22.3.20 ועד ליום 16.4.20, הוא מועד תום חופשת חג הפסח. תכלית ההגבלות היא להגדיר עבודה בהיקף שיאפשר לשמור על תפקוד המדינה והמשק ולהעמיד שירותים חיוניים לטובת הציבור, מחד גיסא, ולשמור על בריאות העובדים והציבור, מאידך גיסא. הכלל הוא הגבלה ל-30% ממצבת העובדים, ובצדו רשימת מקומות עבודה, עסקים ומפעלים במגזר הציבורי והעסקי, אשר יפעלו בשיעור גדול יותר, עד 100% מן העובדים, בהתאם לענין.

75. יודגש, כי על אף האמור לעיל, אין בו כדי לייתר את ביצוע הבדיקות האפידמיולוגיות בסיוע שירות הביטחון הכללי, מהסיבות שלהלן: ראשית, גם על פי התקנות שנכנסו לתוקפן אתמול (22.3.20) – תושבי ישראל אינם מצויים בסגר כללי והרמטי. כך, בהתאם לתקנות ימשיכו לעבוד כל עובדי משרד הבריאות, אגודת מגן דוד אדום, בתי החולים, קופות החולים, מרפאות, מכונים רפואיים ובתי מרקחת; תאגיד השידור הישראלי וכל הגופים המעניקים שירותי תקשורת, הבנקים וגורמים נוספים במגזר הפיננסי ובשוק ההון; הגופים המפעילים את משק החשמל, הגז והמים; מכלול שירותי התקשורת; גורמים העוסקים בייצור, אריזה, הובלה ושיווק של מוצרי מזון; גורמים העוסקים במכס; חקלאות; תחבורה; נמלים; מערך הסיעוד; פינוי אשפה ברשויות המקומיות; דת וקבורה ועוד.

כן ימשיכו לעבוד 95% ממצבת עובדי שירות בתי הסוהר והמטה לביטחון לאומי, 90% ממצבת עובדי הרשות הארצית לכבאות והצלה, 90% מעובדי שירות התעסוקה, 85% מעובדי המוסד לביטוח לאומי, 75% מעובדי משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, 60% מעובדי משרד הביטחון, משרד ראש הממשלה, משרד המשפטים, 50%

מעובדי המשרד לביטחון פנים, תעשייה ביטחונית ועוד. כל יתר משרדי הממשלה, חברות ממשלתיות, רשויות מקומיות ומועצות דתיות יעבדו בהיקף של 30% ממצבת עובדיהם.

76. יובהר כי תקנות הגבלת פעילות, בצירוף תקנות הגבלת מספר העובדים, אינן הנחיות בדבר סגר כללי, כי אם הגבלת תנועה חלקית, וכוללות למשל חריג בדבר צורך חיוני אחר. כפי שמסרו המשיבים בדיון, ככל שיוטל סגר ייבחן הצורך בשינוי נקודת האיזון באמצעים הננקטים בהתאם למרכיביו והוראותיו, אולם כל עוד יהיה **מספר גבוה של חולים חדשים מדי יום**, יישאר על כנו הצורך בביצוע חקירות אפידמיולוגיות בכלים חדשניים, שאינם ביצוע חקירה פרטנית אישית ובלתי אמצעית לכל אחד ואחד מהחולים החדשים – כלי בלתי-ישים בהינתן היקף החולים החדשים, הן מבחינת המשאבים הנחוצים לכך הן מבחינת משך הזמן שתהליך זה אורך.

נדגיש כי אין כיום כל דרך אחרת לבצע חקירה אפידמיולוגית פרטנית, במספרי החולים החדשים הנוספים בכל יום, ומכאן שלאור חיוניותן הרבה של החקירות האפידמיולוגיות לשם התמודדות עם המגפה, אין מנוס מהזדקקות לכלי המוסדר בתקנות ההסמכה.

77. אשר להגבלת התנועה הנוכחית, הרי כעולה ממכלול הוראות התקנות, בצד הכלל המורה להישאר בבתים מתירות ההנחיות יציאה מן הבית לצרכים רבים שפורטו לעיל. בתוך כך, הותרה יציאת עשרות אלפי עובדים לעבודתם – 30% ממצבת העובדים בכל מקום עבודה, ובשורה ארוכה של מקומות עבודה במגזר הציבורי והעסקי בשיעור גדול יותר ועד 100%, בהתאם לחיוניות השירות, על מנת לאפשר המשך תפקוד של המשק, מחד גיסא, והגנה על בריאות העובדים והציבור מאידך גיסא.

78. בהקשר זה ובהמשך להערות בית המשפט הנכבד בדיון שהתקיים ביום 19.3.20, נבקש לעמוד על כך כי האמצעים שנוקטת המדינה במסגרת הטיפול במגפה הם אמצעים **משלימים, ולא חלופיים**. אין בכוחו של אף אחד מן האמצעים הננקטים לתת מענה שלם לבדו, ולכן **בהיבט המידתיות – מדובר באמצעים משלימים**, שכולם יחד, לרבות תקנות ההסמכה, מכוונים להשגת התכלית החיונית של שמירה על החיים ובריאות הציבור. נסביר.

79. תקנות הגבלת הפעילות והעבודה יוצרות בקרב מכלול הציבור ריחוק וצמצום המגע החברתי, אולם ראוי להבין שאין בהן די, שכן הן מאפשרות יציאת עשרות אלפי עובדים מבתיים לצורך עבודתם או לשורת צרכים חיוניים ואחרים שהותרו, כפי שפורט לעיל. יתר על כן – אלה הנחיות החלות מכאן ולהבא, בעוד שחקירה אפידמיולוגית היא צופה לאחור. כמו כן, הנחיות אלה אינן מונעות מגע בין בני המשפחה ובמקומות אליהם מותר להגיע, אף שההנחיה היא למעט בקרבה ככל שניתן. להנחיות אלה מצטרף אמצעי הבידוד האישי בבית, המכוון למנוע **כל מגע שהוא** בין מי שהיה במגע עם חולה מאומת או הגיע מחוץ לארץ או אובחן כחולה, לבין כל אדם אחר, לרבות בני משפחתו, על מנת למנוע

הדבקה. מניעת המגע **כליל** מקבוצה זו היא אמצעי מרכזי בצמצום התפשטות המחלה, אולם לכך נדרש, מטבע הדברים, אמצעי שיאפשר זיהוי המקרים החייבים בבידוד כאמור, ובהקדם האפשרי.

עריכת בדיקות לאיתור החולים בנגיף אף הן אינן אמצעי שדי בו, ראשית נוכח הקיבולת המוגבלת של המערכת להפעיל אמצעי זה, בפרט בשל קיבולת המעבדות וקצב הפקת תוצאות הבדיקות, הגדל בהתמדה אולם מוגבל באמצעים העומדים לרשות המדינה. לכך יש להוסיף מגבלה חשובה נוספת, והיא כי עצם קבלת תשובה שלילית בבדיקה ביום מסוים אינו מהווה אישור סופי לבריאותו של מי שנחשף לחולה או חזר מחו"ל, כיוון שיתכן שרמת הנגיף בגופו טרם הגיעה לרמה המאפשרת אבחון ודאי, דהיינו, העובדה שבדיקה ביום מסויים במהלך תקופת הדגירה יצאה שלילית – אין פירושה שלא תתקבל תשובה חיובית לגבי אותו נבדק בבדיקה נוספת בימים הבאים. לכך יש להוסיף שאדם עשוי להיחשף לחולים מספר פעמים, וככל שירבו החולים כך יגדל מספר החשיפות הפוטנציאלי לאחרים, ומכאן שאדם עשוי להימצא שלילי בבדיקה, ולמחרת להיחשף שנית ולהידבק בנגיף עקב מגע עם חולה. אך מובן הוא, שלא ניתן באופן מעשי לבדוק את כל הציבור על בסיס יומי, על מנת לאתר את כל מי שנדבקו בינתיים ולהכניסם לבידוד.

80. יצוין, שגורמי המקצוע במשרד הבריאות בוחנים כל העת תרחישים אפשריים ואפשרויות התמודדות שונות, ומקבלים החלטות על בסיס המידע העדכני המצוי בידיהם, על בסיס הידע המדעי בתחום אפידמיולוגיה ובריאות הציבור, על סמך הנעשה במקומות אחרים בעולם, ועל פי פרסומים מדעיים המתעדכנים מדי יום, ואף מספר פעמים ביום. כל רעיון נבחן וכל אפשרות נבדקת, על מנת שלא להותיר אבן בלתי הפוכה ולא להחמיץ אף אפשרות לשיפור.

עוד יש לציין שמשרד הבריאות והממשלה בוחנים כל העת גם דרכים אחרות, אולם כל הדרכים שנבחנו עד כה מצריכות זמן לפתח ולהטמיע אותן – וזאת בד בבד עם התפשטות המגפה.

81. בהקשר זה יצוין, כי אתמול (22.3.20) העלה משרד הבריאות יישומון (אפליקציה) ששמו "המגן", ונועד לציבור הרחב, להתקנה באופן וולונטרי. היישומון שומר את מיקומו של בעל מכשיר הטלפון החל ממועד התקנתו במכשיר, ומצליב אותם עם נתוני משרד הבריאות אודות מסלול תנועתם של חולים מאומתים, אותם היישומון מוריד משרתי משרד הבריאות אל המכשיר. ראשית – נותן היישומון מידע לבעל המכשיר, המשתמש, אם מסלול תנועתו חפף את מסלוליו ומיקומו של חולה שבוצעה לו חקירה אפידמיולוגית. שנית, היישומון מאפשר לכל שאדם שהתקין אותו ויאובחן כחולה, לבחור האם להעביר למשרד הבריאות את מסלול תנועתו בתקופה שמההתקנה ועד האבחון, כפי שנשמר ביישומון, ולסייע בכך לחקירה האפידמיולוגית שיש לבצע בעניינו.

כאמור, רק אתמול הוחל בהפעלת היישומון, כך שמידת יעילותו תוכל להיבחן מטבע הדברים רק בחלוף פרק זמן מסוים, ובכפוף לכמות המשתמשים שיבחרו להתקינו על מכשיר הטלפון שלהם. יובהר כי יישומון זה אינו מחליף את ההכרח לקבלת הסיוע משירות הביטחון הכללי, הן בהיותו חדש ולפיכך טרם הותקן על ידי מספר גדול דיו של אנשים, והן בהיותו **וולונטרי**, גם לעצם ההתחברות ליישומון וגם בבחירת המשתמש האם להעביר את נתוני מיקומו שלו למשרד הבריאות. לא ניתן לבצע חקירה אפידמיולוגית **אך ורק** בהסתמך על רצונם של החולים, וודאי לא במציאות שבה ישנם כ-150 חולים מדי יום. עם זאת, עד כמה שיאפשר היקף המידע שיצטבר ביישומון יוכל הוא להשלים את הכלי שמעמיד שירות הביטחון הכללי ולזרז את החיווי למשתמש.

למען הסר ספק נציין כי שירות הביטחון הכללי אינו מקבל מידע מתוך היישומון.

חזרה לתקנות ההסמכה

82. בהמשך לאמצעים אלה, האמצעי שמעמידות תקנות ההסמכה לאיתור האנשים שבאו במגע עם חולה הוא אמצעי משלים ונחוץ בפני עצמו. הוא נחוץ על מנת ליידע בדבר חובת הבידוד את אלה מבין עשרות אלפי האנשים הנעים בכל יום, גם תחת הגבלת התנועה הנוכחיות, וגם לפני שהוחלו, ובאו במגע עם חולה. המדובר כיום גם בעובדים המפעילים שירותים חיוניים בינם לבין עצמם ובינם לבין הנזקקים להם, בבתי המשפט, בבתי החולים ובמרפאות, בבתי המרקחת, במשרדי הממשלה, בחנויות לממכר מזון, בתחבורה ועוד ועוד, וגם באנשים הנזקקים לשירותים אלה ויוצאים מביתם לשם כך.

שוב ונדגיש, כי נוכח הגידול במספרי החולים לכדי מאות חולים, התחקור האפידמיולוגי הפרטני, הנעשה על ידי גורם אנושי, אחד אחד, אינו מעשי עוד, הן מבחינת היכולת לערוך תחקור אישי לחולים רבים, הן מבחינת יכולתו של הציבור לעקוב אחר מאות מסלולים של חולים ולאתר את נוכחותו באחד מהמיקומים בהם חלפו ועברו משך 14 ימים, וזאת נוסף לחסרונות המובנים ממילא בכלי זה, נוכח התלות בזיכרון הנחקר באשר למסלול המפורט בו עבר משך 14 ימים ומידת שיתוף הפעולה שלו, כמו גם העובדה שגם לו יזכור את המסלול במפורט, אין בידו להצביע על האנשים עמם שהה בכל מקום ועל משך השהייה במחיצתם.

83. בנסיבות אלה, ועל מנת למנוע הדבקה גם בקרב עשרות אלפי האנשים היוצאים מן הבית גם תחת תקנות הגבלות הפעילות והעבודה וקל וחומר בתקופה של שבועיים לאחור מהפעלתן, נדרש השימוש בתקנות ההסמכה על מנת לאתר את החייבים בבידוד ולהרחיקם למשך 14 יום מכל אדם, לרבות מניעת מגע בני משפחתם, ובכך לצמצם את התפשטות המגפה. ככל שמדובר במי שיוצאים מן הבית בימי הגבלות התנועה, או לכל הפחות שהו במחיצת חולה בנגיף קודם לכן, יש טעם רב בזיהויים כחייבים בבידוד, על מנת שלא יוסיפו לצאת מהבית ולא יהיו בכל מגע, לרבות ובפרט עם בני ביתם, לתת שירות חיוני או להיזקק לו, ועל מנת שלא ידביקו את בני משפחתם.

לאור האמור, איכון החייבים בבידוד אינו חלופי לאמצעי הגבלת התנועה, אלא משלים לו.

84. המשיבים ערים לכך שמדובר באמצעי חמור שפגיעתו בפרטיות אינה מבוטלת, המשיבים אף מודעים לכך שהסתייעות בשירות הביטחון הכללי בהקשר הנדון אינה דבר של מה בכך. זו היתה נקודת המוצא של הדיונים בנושא כפי שתואר לעיל, ואולם לעמדת המשיבים, על יסוד כל הבדיקות שנעשו מסקנת הדיונים בנושא היתה כי מדובר באמצעי חיוני והכרחי להצלת חיים. אולם לעמדת המשיבים, מדובר באמצעי הכרחי וחיוני להצלת חיים ובריאות, פשוטו כמשמעו, אשר לא נמצא גורם אחר במדינת ישראל שיוכל לבצעו. נוכח חיוניותו לצד הסייגים והגדרות שנקבעו לו, עולה המסקנה בדבר מידתיותו.

85. **ראשית**, מדובר באמצעי הכרחי וחיוני בטיפול במשבר. לאי נקיטתו מוקדם ככל האפשר – עלולה להיות תוצאה חמורה ביותר בטיפול במגפה, נוכח מהלך התפשטותה. מן ההסבר שנביא בהקשר זה תעלה מידתיות האמצעי הן לענין מבחן הקשר הרציונלי לתכלית, הן לענין היחס בין התועלת שיביא להצלת חיים ובריאות לבין הפגיעה שיגרום בזכות לפרטיות.

במסגרת התגובה המקדמית הודגשה עמדת משרד הבריאות בדבר הצורך בהאטת קצב ההדבקה, המכונה "השטחת העקומה". נשוב ונבהיר, כי התפשטות הנגיף היא מעריכית – כל אדם עלול להדביק יותר מאדם נוסף אחד, ובהנחה שהדביק שניים עשויים הם להדביק שניים נוספים כל אחד (4 נדבקים), והארבעה ידביקו שניים נוספים כל אחד (8 נדבקים) וכן הלאה (16, 32, 64, 128, 256...). וככל שמספר הנדבקים המפיצים את הנגיף גדל - המכפלה הפשוטה והקבועה מביאה **לקפיצות ענק** במספר הנדבקים. בהתנהלות רגילה של האוכלוסייה, ללא בידוד וריחוק חברתי, קצב ההדבקה יהא מהיר ביותר. אם בימים הראשונים של המגפה מדובר בחולים אחדים, ואח"כ בעשרות בודדות של חולים, במהירות רבה יצמחו המספרים לאלפי נדבקים, ומשם למאות אלפי נדבקים. המטרה העיקרית של איתור הנחשפים לחולים ושל הבידוד, היא להפחית את קצב הגידול במספר החולים.

כאמור, לב ניהול המשבר עניינו בקצב ההדבקה. נניח לצורך הדיון שתי חלופות בהן אותו מספר אנשים יידבק בנגיף – בחלופה אחת יידבקו הם בקצב מרבי, ובחלופה שניה בקצב איטי. החלופה הראשונה ללא ספק תעמיד רבים יותר בסכנת מוות, על אף שמדובר במספר נדבקים זהה, וזאת נוכח מגבלת קיבולת מערכת הבריאות מבחינת מספר רופאים, מיטות אשפוז ומכשירי הנשמה, והעדר האפשרות לתת לכל החולים כולם טיפול רפואי תומך מספק, שיכול לסייע בסיכויי ההחלמה (בהיעדר טיפול). קצב איטי אף יאפשר יותר הזדמנות לפיתוח תרופה או חיסון. בהתאם, קצב ההדבקה המהיר של הנגיף, ככל שהאוכלוסייה תוסיף להתנהל כרגיל, יביא לקריסת מערכת הבריאות ולמותם של חולים רבים, הן מהנגיף והן ממחלות אחרות ומצבים אחרים המצריכים משאבי בריאות.

על רקע מהלכה זה של המגפה, בהתאם לעמדת גורמי המקצוע של משרד הבריאות, מוקד הטיפול בה הוא בנקיטת אמצעים שתכליתם להאט את ההדבקה כבר בתחילת התפשטותה. יש לנקוט את האמצעים **בעוצמה** ובשלב מוקדם ככל האפשר, הגם שבראשית התפשטות המגפה הם נדמים כדרסטיים ולא פרופורציונליים לחומרת המצב. הבנה מלאה של האופן והקצב בו מתקדמת מגפה כאמור מעלה, כי מתחייבת הפעלת כלים דרסטיים כבר בתחילת ההתפשטות, אף שחומרת המצב אינה משתקפת עדיין בנתוני מספרי החולים. מיצוי כוחם של האמצעים להאט קצב התפשטות המחלה מחייב הפעלתם מוקדם ככל האפשר, בלא להמתין לכך שחומרת המצב תשתקף בנתונים, שאז הכל יסכימו שלא יהיה מנוס מהפעלתם אולם כוחם להאט את קצב ההתפשטות ייחלש לעומת כוחם לו היו מופעלים בראשית הטיפול. כשמדובר במגיפה עולמית, כל אמצעי שננקט נראה לפניה – חמור מדי, ואחריה – לא מספיק.

נבקש להפנות לענין זה לסרטון קצר, המסביר וממחיש את האמור באופן בהיר :

<https://youtu.be/fgBla7RepXU>

86. במבט אל הנתונים בענייננו, הרי בימים הראשונים של התפשטות המגפה בישראל, לפני כשלושה שבועות בלבד, עמד מספר הנדבקים החדשים על בודדים בכל יום, ובהמשך על עשרות בודדות. והנה, בימים האחרונים כבר עומדים המספרים על כ-150 חולים ביום, ולפני כן על כ-100 חולים חדשים ביום. המשיבים **פעלו** לנקוט במהירות מכלול אמצעים משמעותיים דוגמת בידוד וריחוק חברתי וכן אמצעים לאיתור החיובים בבידוד כאמור, ולעדכן אותם בהתאם להתפתחות הדברים. תחילה בתחקור פרטני וכעת באמצעים דיגיטליים, שעבורם נדרשות בין היתר תקנות ההסמכה. תכליתם של האמצעים הללו היא לצמצם ככל האפשר את המגע בין אנשים בריאים לאנשים הנושאים את הנגיף ואינם מודעים לכך עדיין, ובכך להאט את קצב התפשטות המחלה ולמנוע גידול מספר הנדבקים לכדי מאות אלפים ומספר החולים לכדי אלפים רבים - במהירות, דבר שעלול להביא לקריסת מערכת הבריאות, ולמותם של רבים מהם עקב אי היכולת להעמיד להם טיפול, ולו טיפול תומך, נשימתי, בימי מחלתם, וכן מותם של רבים ממצבים אחרים, שבימי שגרה יש להם טיפול, אך שלא יוכלו להגיע אליו או לקבלו.

87. **שנית**, נשוב ונזכיר, כי נוכח פגיעת תקנות ההסמכה בזכות לפרטיות, נקבעו בהן ובנהלים שגובשו ליישומן מרכיבים המגדרים את הפגיעה, ואף לכך משמעות לענין מידתיות ההסדר, ובפרט "מבחן הפגיעה הפחותה".

כך, תוקף התקנות הוגבל ל-14 יום, בשים לב למועד כינוסה של הכנסת ולניסיון העבר ביחס למועדי הקמת הועדות בכנסת חדשה. כאמור לעיל, לכשתוקם ועדת החוץ והביטחון בכנסת ה-23, בכוונת הממשלה להביא בהקדם לאישור ועדת המשנה שלה, החלטת ממשלה עדכנית לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, המעגנת את ההסדר הקבוע כיום בתקנות ההסמכה.

כן פירטנו את המגבלות על תוכן המידע שייאסף, על השימוש שיעשה בו, אופן איסופו, שמירתו, חובת מחיקתו, צמצום בעלי התפקידים שיהיו מוסמכים לעיין בו. עוד ציינו, כי שירות הביטחון הכללי ומשרד הבריאות חויבו בחובת דיווח ליועץ המשפטי לממשלה מידי שלושה ימים אודות יישום התקנות, וכי בכוונת היועץ המשפטי לממשלה לקיים פיקוח הדוק ביותר בעניין זה. כאמור לעיל – בתום שלושה ימים אכן מסרו שני הגופים דיווח בכתב ליועץ המשפטי לממשלה, וגורמים בכירים בשני הגופים אמונים על קיום פיקוח הדוק ויומיומי על התהליך, ועל הדיווחים.

ודוק: המשיבים אינם מקלים ראש בפגיעת האמצעי שנקבע בתקנות ההסמכה בזכות לפרטיות. מטעם זה נקבעו בהסדר מרכיבים לגידור הפגיעה בזכות, כאמור. יצוין, כי בתוך כך הוטמעו בתקנות כמה מהערות הייעוץ המשפטי לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת לטיוטת החלטת הממשלה שהועברה אליה יום לפני הנחתה לדיון בוועדה. כך למשל, הובהר בנוסח עוד יותר ממה שהוסכם מלכתחילה, כי המידע הטכנולוגי שיאסוף שירות הביטחון הכללי לא יכלול מידע "תוכני", ונקבע פירוט פרטי המידע אשר יעביר משרד הבריאות לשירות, וכן פרטי המידע שיעביר השירות למשרד הבריאות בהתאם לתקנות. כן הוגדר בנוסח התקנות, כי האיכון יתייחס לפרק זמן של 14 יום, בהתאם לפרק הזמן של דגירת המחלה.

88. לאור האמור, עמדת המשיבים היא כי התקנות הותקנו לתכלית ראויה שהוצגה בהרחבה בתגובה המקדמית, ואין חולק לגביה, והן אף עומדות בדרישת המידתיות. לכך נבקש להוסיף, כי הגם שחשש התקדים מובן, ראוי לחדד, כי לפנינו אירוע חריג ביותר, אשר יש לקוות כי לא ישוב כמותו, ולפיכך לא ישוב אף הצורך בנקיטת שורת אמצעים חריגים כפי שנקטה לפתרון המשבר הנוכחי.

סיכום

89. לאור כל האמור לעיל ובתגובה המקדמית מטעם המשיבים, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות.

90. העובדות בתגובה זו הנוגעות למשרד הבריאות נתמכות בתצהירה של פרופ' סיגל סדצקי, ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות.

היום, כ"ז באדר תש"פ

23 במרץ 2020

ראובן אידלמן
סגן בכיר במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

שוש שמואלי
סגנית מנהל מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה