

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

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
נחלת בנימין 75 תל אביב 65154  
טל': 03-7050734 ; פקס: 03-5608165  
דוא"ל: [gil@acri.or.il](mailto:gil@acri.or.il)

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. הכנסת
- באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
2. הממשלה
  3. שירות הביטחון הכללי
  4. משרד הבריאות
  5. הרשות להגנת הפרטיות
- באמצעות מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה

## תגובת העותרים לבקשת משיבי הממשלה בעניין מיצוי ההליכים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 23.8.2020 מוגשת בזה תגובת העותרים לבקשת משיבי הממשלה לדחות את העתירה על הסף.

1. עניינה של עתירה זו הוא בחוקתיות חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן – **חוק מעקבי השב"כ או החוק**).
2. העתירה הוגשה ביום 16.8.2020 ולמחרת קבע בית המשפט הנכבד כי על המשיבים להגיש בתוך 60 ימים תגובה מקדמית לעתירה. בבקשה לעיון חוזר מיום 17.8.2020 ביקשו העותרים מבית המשפט הנכבד להורות על דיון דחוף בעתירה ולקבוע מועד קצר להגשת תגובות המשיבים, שאחרת עד שתוגש התגובה המקדמית כבר תחלוף רוב תקופת החוק, שקובע הוראת שעה לחצי שנה, וכך, גם אם תתקבל העתירה, הסעד המבוקש יהיה מצומצם בהיקפו ובינתיים תיגרם פגיעה חוקתית המונית, שבעטיה הוגשה העתירה מלכתחילה.
3. בקשת העותרים הועברה לתגובת משיבי הממשלה (להלן – **המשיבים**), אך ב"תגובה" שהם הגישו (ביום 20.8.2020), אין כל התייחסות לבקשה לקביעת דיון דחוף. תחת זאת המשיבים ביקשו לדחות

את העתירה על הסף בשל "אי מיצוי הליכים" כביכול. הכנסת אינה שותפה לעמדה זו. היא אינה עומדת על מיצוי הליכים מולה בעתירות חוקתיות – וכפי שנראה להלן – לא בכדי.

4. ניסיונה של הפרקליטות למנוע, באמצעות טענות סף, ביקורת שיפוטית על חוק או לעכב את הדיון בעתירה עד שכמעט לא יהיו לו ערך, אינו ראוי ואינו הולם את האינטרס הציבורי שאמור לעמוד לנגד עיניה. האינטרס הציבורי הוא **שמירה על זכות הגישה לערכאות**, וכן בירור לגופן של טענות לפגיעה בזכויות חוקתיות ללא דיחוי. מניעת דיון ענייני ובזמן אפקטיבי פוגעת קשות באמון הציבור ברשויות השלטון.

5. בכל מקרה, כיוון שההלכה בדבר מיצוי הליכים לפני הגשת עתירה חוקתית מעולם לא לובנה לעומק בפסיקת בית המשפט הנכבד, ולאור השלכותיה החוקתיות, שחורגות הרבה מעבר להליך זה, ביקשו העותרים להגיב לבקשת המשיבים בנושא זה.

### טענות מקדמיות

6. בטרם ניגש למהות יש מקום להדגיש כמה עניינים חשובים, כדי להעמיד על דיוקן כמה מטענות המשיבים. **ראשית**, מהתגובה מצטיירת תמונה מעוותת כאילו העותרים כלל לא פנו לרשויות. אלא שגם המשיבים מודים בכך, שהעותרים פעלו רבות מולם בנושא החוק, ועל כן טענתם היחידה היא שהיה על העותרים לפנות אליהם פעם נוספת לאחר אישורו של החוק בקריאה שנייה ושלישית. העותרים השקיעו בנושא מאות שעות. מיצוי ההליכים החל עוד בשלב שהסמכת השב"כ נעשתה באמצעות החלטות הממשלה, המשיך בדיוני החקיקה של הוראת השעה מיום 1.7.2020 (נוסחו הקודם של החוק מושא העתירה) ובעתירה שהוגשה נגדה, והתייחס גם לתיקונים שהוכנסו בחוק – הנוסח שעומד עתה במוקד העתירה (ר' פסקאות 102-115 לעתירה).

7. תמונה גם הטענה, שלפיה פניה נוספת הייתה ממקדת את המחלוקת, שכן העותרים מכוונים את חיצייהם **לעצם הסמכת השב"כ** לעשות שימוש מתמשך באמצעי המעקב הקיצוניים שלו לצורכי חקירות אפידמיולוגיות, והטענות בעניין זה עומדות מול מקבלי החלטות מאז אמצע חודש מרץ. זוהי ליבת המחלוקת והיא בשלה להכרעה שיפוטית. התיקונים בחוק מושא העתירה (שכאמור גם אליהם העתירה מתייחסת) אינם משנים את מה שעומד במרכז ההתדיינות בעתירה הנוכחית.

8. אפילו ההחלטה לחייב פיתוח והשקת אמצעי טכנולוגי אזרחי (הכוונה היא ליישומון 'המגן 2') כפי שנקבע בחוק המתוקן, אינה משנה את ליבת המחלוקת, ובוודאי לאחר שהוחלט שהחלופה האזרחית אינה באה **במקום** אמצעי השב"כ אלא **בנוסף** אליהם. למעשה, שיווק 'המגן 2' כאמצעי משלים למעקבי השב"כ הוא מתכון בדוק להכשלתו של היישומון, ונציגי העותרים התריעו גם על כך במהלך הליכי החקיקה.

9. בכל מקרה, גם לולא היה מפותח היישומון 'המגן 2', וגם אם רבים יבחרו שלא להתקין אותו, עדיין היו העותרים עומדים על הסעדים שביקשו מבית המשפט הנכבד. שכן אמצעי השב"כ פסולים לכשעצמם, לא מתאימים למשימה, ויש להם חלופה בדמות החקירה האפידמיולוגית האנושית. אף אחת מהדמוקרטיה המתמודדות עם המגיפה לא עוקבת אחר חולים ואזרחים לאיתור מגעים באמצעות שירות הביון שלה, בין שיש לה יישומון אזרחי בין אם לאו, בין שהתקינו אותו רבים ובין אם מעטים.

10. **שנית**, לפני שהמשיבים מאשימים את העותרים בהיעדר פניה לרשויות, טוב שייטלו קורה מבין עיניהם. עד עצם היום הזה לא התקבל מענה ענייני כלשהו מהמשיבים לטענות שנכללו, בין היתר, במכתב ששלחה העותרת 1 ליועץ המשפטי לממשלה ביום 30.6.2020 ובניירות העמדה המפורטים שהוגשו על ידי העותרים הן בתגובה לתזכירי החוק והן במהלך הליכי החקיקה בכנסת. לכן הם מושתקים מלהעלות עתה טענה כלשהי בדבר מיצוי הליכים.

11. נוסף, כי העתירה לא הוגשה מיד לאחר קבלת החוק, אלא לאחר שהממשלה שבה ואישרה את ההכרזה על הסמכת השב"כ לשלושה שבועות נוספים ביום 11.8.2020 חרף הביקורת הציבורית. העותרים עוד המתינו לראות אם ההחלטה תובא לאישור ועדת החוץ והביטחון כדי לשוב ולבקשה שלא לאשר את המשך ההסמכה בטרם הגשת העתירה, אך הוועדה החליטה לוותר על זכותה לדון בהכרזה, ומשכך התברר, הוגשה העתירה ביום 16.8.2020.

12. **שלישית**, אין יסוד לטענה של משיבי הממשלה כאילו שניים מבין ארבעת העותרים דכאן, שגם הגישו את העתירה הקודמת (העתירה נגד הוראת השעה מיום 1.7.2020: בג"ץ 4762/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** – ר' פסקה 112 לעתירה), הפרו כביכול פסק דין שכוון אליהם, ושהורה להם להגיש עתירה חדשה לאחר מיצוי הליכים. טענה זו יש בה להטעות את בית המשפט ומוטב היה שלא נטענה.

13. אכן העותרים 1 ו-3 הגישו גם את העתירה נגד הוראת השעה מיום 1.7.2020 (בג"ץ 4762/20) ואכן ביום 28.7.2020 פסק בית המשפט הנכבד, בפס"ד קצר, שדינה להימחק תוך שמירת כל הטענות, וזאת לאחר שהחוק תוקן, והוראת השעה "הזמנית" הוחלפה בהוראת שעה לחצי שנה (החוק מושא עתירה זו). אכן בית המשפט הנכבד סירב לבקש העותרות לתקן את העתירה הקודמת וקבע כי ככל שלעותרים יש "טענות הנוגעות לחוק במתכונתו הנוכחית מן הדין שאלה תועלינה בעתירה חדשה ולאחר מיצוי הליכים". בכך בית המשפט הנכבד **לא קבע כל הוראה אופרטיבית לגבי האופן שבו על העותרים למצות הליכים**. ממילא לא עמדה לנגד עיניו תמונה עובדתית כלשהי לגבי פעולות העותרים ביחס לחוק המתוקן, ובית המשפט גם לא ביקש מהעותרים להציג תמונה כזו. בית המשפט הנכבד בהחלטתו הנ"ל לא התיימר לתת הוראות אופרטיביות לעותרים, כעותרים פוטנציאליים בעתירה עתידית אפשרית ולקבוע שמיצוי ההליכים מחייב פעולה כלשהי שמאוחרת למועד פסק הדין. בית המשפט הנכבד בפסק דינו מיום 28.7.2020 אף לא קבע שיש לדחות את העתירה שהוגשה נגד הוראת השעה מיום 1.7.2020 בשל אי מיצוי הליכים, אלא רק בשל העובדה שהיא "מיצתה את עצמה" עקב תיקון החוק. בית המשפט הוסיף בשולי פסק הדין, כי פתוחה בפני העותרים האפשרות להגיש עתירה חדשה לאחר מיצוי הליכים, אך זו אמירה נורמטיבית כללית, שמשמעותה היחידה היא שאת העתירה החדשה יש להגיש לאחר מיצוי הליכים, והעותרים אכן פעלו כמפורט לעיל.

14. מכאן שכל קו הטיעון, לפיו שתיים מהעותרות הפרו כביכול פסק דין מפורש הוא חסר יסוד. העותרים השקיעו מאות שעות בניסיון לשכנע את הממשלה והכנסת לשנות את עמדתן, ולהעמידן על הפגם החוקתי הקשה בחוק שמסמיך את השב"כ, ורק כמוצא אחרון עתרו לבית המשפט הנכבד.

15. כל זה לא מספק את משיבי הממשלה והם סבורים כי היה על העותרים לשוב ולפנות גם לאחר חקיקת החוק לממשלה. בכך הם מסתמכים, בין היתר, על פסק דינו הקצר של בית המשפט הנכבד בעתירה אחרת שהוגשה נגד החוק (בג"ץ 5261/20 **בן מאיר נ' הכנסת** (פס"ד מיום 20.8.2020) (להלן

– עניין עו"ד בן מאיר)). פסיקה זו התקבלה מספר ימים לאחר הגשת העתירה דכאן, ומטבע הדברים לא הייתה יכולה להנחות את העותרים.

### מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות

16. אי מיצוי הליכים הינה עילת סף יצירת הפסיקה, המעניקה לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת לדחות על הסף עתירה אם העותר לא הקדים ופנה לרשות המוסמכת ופרש בפניה את טענותיו. לצד זאת, בית המשפט מוסמך לדון בעתירה גם ללא מיצוי הליכים, בנסיבות המצדיקות זאת. מחיקת עתירה שהוגשה ללא פניה מוקדמת ומיצוי הליכים אחרים פוגעת, ככל עילת סף, בזכות הגישה לערכאות, שהיא זכות חוקתית, ולכן יש צורך בהצדקה רציונלית לשימוש בה. היא צריכה להיות לתכלית ראויה ולא שרירותית. ואכן, קיימים טעמים ענייניים לשימוש בסמכות במקרים שונים. ד"ר אדם שנער עמד על ארבעת הרציונלים המרכזיים:

"הטעם העיקרי לכך הוא חסכון במשאבים שיפוטיים, בפרט כאשר קיימת דרך יעילה יותר לפתרון הסכסוך, שיכולה אף לייתרו. טעם נוסף הוא שבשל העדר מיצוי הליכים, יכול להיווצר חוסר בתשתית העובדתית בפני בג"ץ (בג"ץ 6917/17 **בר לבניא נ' המפקח על הביטוח באגף שוק ההון הביטוח** (פורסם בנבו, 2018)). טעם אחר הוא כי מיצוי הליכים עשוי **למקד את המחלוקת, ולצמצמה** רק לסוגיות המצריכות את הכרעתו של בית המשפט (בג"ץ 7505/10 **ראש מועצת הכפר חרבתא בני-חארת נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 2011), בפס' 5). לבסוף, טעם עקרוני יותר הוא כי לפני שמבקשים מבית המשפט לבקר את שיקול דעתה של הרשות, יש ליתן **הזדמנות לרשות להפעיל סמכותה ולגבש עמדתה** (שם)"

(אדם שנער "[על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות](#)" **ICON-S-IL Blog** (24.8.2020), (להלן – **שנער**)).

17. נדגיש תחילה, כי מרבית פסקי הדין שהובאו על ידי משיבי הממשלה מתייחסים למיצוי הליכים בעתירות נגד תקנות, כשבחלקם נוספה באימרת אגב הקביעה שההלכה יפה אף למקרים של תקיפת חוק. באף אחד מפסקי הדין לא לובנה הסוגיה ולא הוסבר מה הרציונל להחיל הקביעה אף על מקרים של תקיפת חוק. **אין מקום לכרוך בין עתירות נגד חוקים לבין עתירות נגד תקנות ביחס לחובת מיצוי הליכים**. לעניין תקנות שמתקין שר, הסמכות להתקין תקנות ולבטל תקנות היא בידיו ולא בידי הכנסת, ולכן פניה אליו עשויה להניב החלטה על ביטול או תיקון. גם כאשר מדובר בתקנות שדורשות אישור של ועדה מוועדות הכנסת, בסמכות השר לבטלן, והדבר מצדיק פניה מוקדמת אליו. כך היה, למשל, בעניין **ארגון בריכות השחייה**, שם נדחתה עתירה על הסף נגד תקנות שעת חירום שהתקינה הממשלה, ולא נגד חוק, שכן לא קדמה כל פניה מוקדמת לממשלה לפני הגשת העתירה. כאן מתממש הרציונל של יעילות, ומתן אפשרות לרשות לפעול באופן שייתר את ההתדיינות (בג"ץ 4753/20 **ארגון מנהלי בריכות שחייה נ' ממשלת ישראל** (פס"ד מיום 12.7.2020); ור' גם פסקי דין נוספים מהתקופה האחרונה, שהמשיבים מפנים אליהם, אך כולם עוסקים בתקיפת תקנות, ולא בתקיפת חוקים: בג"ץ 2030/20 **התנועה לאיכות השלטון נ' שר המשפטים** (18.3.2020); בג"ץ 3643/20 **אמסלם נ' השר לביטחון פנים** (10.6.2020); בג"ץ 3668/20 **הייב נ' השר לביטחון הפנים** (14.6.2020)).

18. חקיקה שונה מתקנה או מהחלטה מנהלית, שכן אין גורם מינהלי שמוסמך לבטלה ואין גורם משפטי ברשות המינהלית שיכול להורות שלא לאוכפה, וכבר אירע שחקיקה התקבלה בתמיכת הממשלה ובניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.
19. בכל אחת מסדרת הספרים המונומנטליים על המשפט המינהלי – זו של פרופ' יצחק זמיר וזו של פרופ' דפנה ברק-ארז – נכלל פרק מקיף וממצה על חובת מיצוי הליכים לפני הגשת עתירה: "היעדר פנייה קודמת לרשות המינהלית" בתוך פרק 52: עתירה מוקדמת ביצחק זמיר **הסמכות המינהלית כרך ג - הביקורת השיפוטית: כללי הסף** 1874 (2014); "פנייה מוקדמת" בתוך פרק 36: מבחני הסף בהליך של ביקורת שיפוטית בדפנה ברק-ארז **משפט מינהלי כרך ד - משפט מינהלי דיוני** 346 (2017) (להלן – **ברק-ארז**). באף אחד מפרקים אלו לא נמצא דיון בחובת מיצוי ההליכים לפני עתירה חוקתית, ונראה כי גם המחברים המלומדים לא מוצאים ממש בטענה זו.
20. מכאן השאלה האם יש מקום לקבוע חובת מיצוי הליכים בטרם הגשת עתירה חוקתית. לעניין זה מן הראוי **להבחין בין מיצוי הליכים בטרם עבר החוק לבין מיצוי הליכים לאחריו**. החידוש בעמדת הפרקליטות, שזכה לראשונה לעיגון בפסק הדין בעניין **עו"ד בן מאיר**, הוא שאפילו השתתפות בדיוני החקיקה אינה מהווה מיצוי הליכים.
21. **לעמדת העותרים, ככלל אין מקום להטיל חובת מיצוי הליכים בתקיפת חוק, ודאי שלא לאחר שהחוק התקבל**. עתה נרחיב.

### השתתפות בהליכי החקיקה כמיצוי הליכים

22. העותרים בעתירה דן השתתפו באופן פעיל בדיונים על הצעת החוק מושא העתירה, שלחו ניירות עמדה לוועדה ופנו ליועץ המשפטי לממשלה ולגורמים ממשלתיים אחרים עובר לחקיקת החוק. הם הוסיפו והעירו הערות במהלך הדיון, ככל שהתאפשר להם. הפרקליטות סבורה כי אין בכך די. העותרים סבורים כי אף זה מעבר לנדרש. לעמדת העותרים אין לחייב עותר בעתירות חוקתיות להשתתף בהליך החקיקה ולטעון טענותיו קודם לחקיקת החוק. ככל שעותר מבקש לתקוף את החוק לאחר קבלתו, יש לאפשר את הגשת העתירה בשל זכות הגישה לערכאות.
23. בניגוד להחלטה מינהלית מעורבות בהליך החקיקה פתוחה רק לגורמים "חזקים". הציפיה שכל אדם שנפגע מחוק ייקח חלק פעיל בהליכי החקיקה היא בלתי סבירה. ההשתתפות בהליך החקיקה דורשת ידע, יכולת התמצאות, מעמד ציבורי ומשאבים. ממילא ההשתתפות בדיונים אינה פתוחה לציבור כולו, ואף למרבית הארגונים החוץ ממשלתיים אין המשאבים הנדרשים כדי להשתתף בכל הליכי החקיקה בכנסת.
24. פסיקת בית המשפט האחרונה בעניין **עו"ד בן מאיר** הרחיקה לכת עד מאוד, שכן היא קבעה לראשונה שאין די אפילו בהשתתפות העותר בדיונים בכנסת. על כך אומר ד"ר שנער:

"לדעתי אין כל צורך בנוכחות בדיונים בכנסת – דרישה שהייתה מתגמלת עותרים חזקים – אולם מכל מקום זוהי קביעה תמוהה. מכיוון שמדובר בעתירה חוקתית, הבעת עמדה בכנסת עובר לחקיקת החוק צריכה להיחשב כמיצוי הליכים. מטרתה של עילת מיצוי ההליכים היא להביא לידיעת הרשות את הקשיים בעמדתה, כדי שזו תשקול אותם לגופם. היה והעותר אכן עשה זאת מול הרשות הנכונה – ולגבי חקיקה מדובר על הכנסת – אין כל הגיון בקביעת בית המשפט שעליו לעשות זאת

מול הרשות המבצעת. הטענה שהשתתפות בדיונים בכנסת אין בה מיצוי הליכים משולה לטענה שמי שעבר שימוע והרשות לא קיבלה את עמדתו צריך לפנות אליה שוב לאחר קבלת ההחלטה ולפרוש מחדש את טענותיו".

### **פניה לאחר שהחוק התקבל בנוגע לפגמים חוקתיים בו**

25. לעמדת העותרים גם אם מוטלת חובה למצות הליכים במסגרת הליכי החקיקה, וכאמור – הטלת חובה כזו איננה רצויה – בוודאי שאין להטיל חובה לפנות דווקא לאחר קבלת החוק. בניגוד לתקנות או להחלטות מנהליות, פניה לאחר החקיקה היא חסרת תוחלת. הרשות המוסמכת במקרה של חקיקת חוק הינה הכנסת, ולא הממשלה, ואין אף גורם שיש לו סמכות לבטל חוק שהתקבל מלבדה או להורות שלא ליישם אותו. פנייה לממשלה לביטול החוק אינה מגשימה אף אחד מהרציונלים לדרישת מיצוי ההליכים. זו גם עמדתו של ד"ר שנער:

"בעוד שבעניינים מנהליים בהם העותר פונה לרשות שקיבלה את ההחלטה אכן קיים סיכוי שהרשות תשקול מחדש עמדתה, הרי שאין סיכוי שדבר דומה יקרה בעתירה חוקתית. נניח שהעותר פונה ליועמ"ש בטענה כי חוק שזה עתה התקבל אינו חוקתי, מה אמור היועמ"ש (או כל גורם אחר ברשות המבצעת) לעשות? האם ביכולתו לחוקק חוק חדש? לא. האם ביכולתו לבטל את הסעיפים הבעייתיים? לא. הרשות המוסמכת לביטול חוקים היא לא היועמ"ש, משרד המשפטים, הפרקליטות, או משרד ממשלתי אחר, אלא הכנסת שקיבלה את החוק, ורק היא מוסמכת לשנותו. גם במצב בו היועמ"ש משתכנע מטענות העותר, האם מתפקידו להנחות את הרשות המוסמכת על יישום החוק להתעלם מחוק של הכנסת בטענה כי החוק אינו חוקתי? ספק אם זה מצב רצוי. אם היועמ"ש סבור שחוק אינו חוקתי, פתוחה בפניו הדרך לעתור לבג"ץ בעצמו, אולם לצורך הגשת עתירה שכזו לא נדרש מיצוי הליכים של עותר אחר".

26. כפי שהעותרות ציינו בעתירה, ככל כלל גם לכלל זה ישנם יוצאים מן הכלל. כך, למשל, כשעותר מבקש לתקוף חוק שנחקק לפני למעלה מיובל שנים בשל כך שהוא סותר את חוק יסוד: חופש העיסוק, שכידוע פסקת שמירת הדינים שנכללה בו מראשיתו פקעה. במקרה כזה לא היו לכנסת ולממשלה הזדמנות קודמת לבחון את חוקתיות החוק, ומן הראוי להקדים פנייה ולאפשר לרשות האחראית ליישום החוק לבחון את חוקתיותו בטרם תוגש העתירה.

27. הוא הדין בחוק שנחקק על ערש העידן החוקתי של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ולא הופעל מאז. בינתיים התפתחו התפיסות החוקתיות ופרשנות חוקי היסוד, ועצם חלוף הזמן עשוי להצדיק פנייה לרשות כדי שתבחן את הטענות נגד חוקתיות החוק.

28. חריגים אפשריים נוספים הם מקרים, בהם מועלים שיקולים שלא הועלו בהליך החקיקה או כאשר חלפו מספר שנים מאז נחקק החוק ובינתיים הצטברו נתונים על אופן יישומו (ר', למשל, בג"ץ 1381/19 בן-חיים נ' כנסת ישראל (מיום 16.7.2019)). במקרה כזה יש הצדקה לפניה מוקדמת כדי לקבל את התייחסות הרשויות ולהעמיד בפני בית המשפט תשתית עובדתית שלמה וממוקדת.

29. חריג אחר נוגע למקרים בהם קיימת מחלוקת בדבר פרשנות החוק, כאשר פנייה מוקדמת ליועץ המשפטי לממשלה בעניין פרשנות החוק עשויה להוביל לצמצום המחלוקת או ליתור ההליך (יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף החוק" **ספר אליהו מצא** 167, 189 (2015) (להלן – **מרזל**)).

30. למעט חריגים אלו, כאשר מוגשת עתירה חוקתית בסמוך לקבלת החוק בכנסת, כאשר הטענות בה לובנו בדיוני החקיקה ונדחו, אין תוחלת לדרישה למיצוי הליכים נוסף, והיא לא משרתת רציונל כלשהו, ומכאן שהצבתה כתנאי להגשת העתירה מהווה פגיעה בלתי מוצדקת בזכות הגישה לערכאות, כמו גם בכל זכויות היסוד שהחוק הנתקף פוגע בהן.

### **החשיבות בריסון השימוש בעילות סף בעתירות חוקתיות**

31. עתירות חוקתיות הן עתירות שמבוססות על חוקי היסוד, ומטבען שהן מעוררות סוגיות רחבות של פגיעה בזכויות חוקתיות או בכללים חוקתיים. משום כך, אף אם בית המשפט סבור בניגוד לעמדת העותרים כי יש מקום למיצוי הליכים בעתירות נגד חוק, יש מקום לייחד את השימוש בדרישה זו כעילה לדחייה על הסף למקרים מתאימים ויוצאי דופן. במיוחד אין מקום לדרישה למיצוי הליכים נוסף לאחר חקיקת החוק כאשר העותר פרס את כל השגותיו נגד החוק במסגרת הליכי החקיקה. קל וחומר שכך הוא כאשר כבענייננו החוק עצמו כולל מנגנון ליישומו המידי (סעיף 23(א) לחוק), והפגיעה הנטענת בזכויות החוקתיות היא רחבת היקף ונוגעת למאות אלפי בני אדם. יפים לעניין זה דבריו של ד"ר יגאל מרזל בעניין השימוש בעילת מיצוי ההליכים בעתירות חוקתיות:

"מצב דברים זה של הפעלת שיקול דעת פרטני ואמת מידה גמישה יחסית בנדון אינו מפתיע. מחד גיסא הוא מאפשר לבית המשפט לקיים את המצב הנוהג, שבו בית המשפט שומר לעצמו את האפשרות לדון ישירות בעתירות נגד תוקף החוק אם מוצא הוא לנכון לעשות כן ואם הנסיבות מצדיקות זאת (למשל מפאת דחיפות העניין או השלכות הרוחב שלו). באותם המקרים שבהם מתעוררת שאלה אמיתית המצריכה הכרעה עקרונית בעניין תוקף החוק נראה כי בית המשפט ידון בה גם אם לעותר הספציפי סעד חליפי אחר. בכך מוגשם העיקרון של שמירת החוקה על ידי בית המשפט. **יש חשיבות לכך במיוחד כשמדובר בפגיעה חמורה בזכויות היסוד של הפרט. במקרים אלה הותרת הנורמה החוקית על כנה תוך הפניית העותר למיצוי ההליכים – לרבות הימשכות פרק זמן שבו רובצת עננה חוקתית מעל לחוק – מעוררת קושי בכל הקשור בהגנה החוקתית על זכויות היסוד ושמירת ערכי החוקה. אשר על כן ראוי הוא להימנע ממנה"** (מרזל, בעמ' 191 (ההדגשה הוספה)).

32. העתירה דן מעמידה תשתית ברורה לפגיעה קשה בזכויות חוקתיות, פגיעה שצפויה להימשך תקופה של מספר חודשים. כמפורט בעתירה, בית המשפט הנכבד כבר הכיר בפגיעה החוקתית הכרוכה בהסמכת השב"כ לעשות שימוש באמצעיו לצורך חקירות אפידמיולוגיות, בעת שפסק בעתירות נגד החלטות הממשלה בנושא. חרף דבריו הנוקבים של בית המשפט הנכבד לגבי השימוש באמצעי השב"כ, וחרף פריסת כל הפגמים החוקתיים שרואים העותרים בחוק בפני המשיבים, החוק התקבל בכנסת. בנסיבות העניין, קבלת הטענה בדבר מיצוי הליכים נוסף לא רק שהיא חסרת תוחלת, אלא היא גם תעכב דיון הכרחי בחוק פוגעני, שפגיעתו היא בעלת תוקף מידי והשפעתו נרחבת ביותר.

33. מכל האמור, הקביעות בעניין **עו"ד בן מאיר**, שנקבעו לאחורונה, מרחיקות לכת ויש בהן **פגיעה בלתי מיידתית** בזכות הגישה לערכאות ובזכויות שהוראת השעה מושא העתירה פוגעת בהן. כאשר מדובר בתקנות, חובת מיצוי ההליכים לא שונה מזו הנוהגת לגבי כל החלטה מינהלית אחרת. אך כאשר עותרים נגד חוק שזה מקרוב עבר בכנסת והטענות החוקתיות נדונו במהלך הליכי החקיקה, אין כל מקום לדרישה מכבידה בעניין השתתפות בהליכי חקיקה עובר לקבלת החוק, כדי לא לנעול את שערן של בית המשפט בפני נפגעים מחקיקת הכנסת שאינם מסוגלים להשתתף בהליכי חקיקה, ובוודאי שאין מקום לדחות על הסף עתירה של מי שכבר טרח והשתתף בהליך החקיקה. יש לקבוע שאין כל תוחלת בפנייה לממשלה או לכנסת לבטל את החוק לאחר שהתקבל. הצבת דרישה זו פוגעת בזכות הגישה לערכאות ומעכבת ללא הצדקה את האפשרות להעמיד החוק לביקורת שיפוטית. יש לעיכוב זה השלכות ברורות על היכולת לבחון חוקתיות של הוראות שעה פוגענית שתחולתן מיידית ותוקפן מוגבל, כמו במקרה דנן. חובה לנהוג בזהירות רבה בשימוש בעילת סף זו בעתירות חוקתיות, שמטבען באות להגן מפני פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות.

34. בעניין אחרון זה נדגיש – **גם עילות סף כפופות למבחנים החוקתיים. עליהן להיות לתכלית ראויה ופגיעתן תתאפשר רק אם היא מיידתית**. בית המשפט עמד לא פעם על כך, שיש לשקול דחיית עתירה בשל עילות סף אל מול הפגיעה בשלטון החוק ועוצמת הפגיעה בציבור (ר', למשל, בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קרית גת**, פ"ד מב(1) 678, 685-684, 693-695 (1988)). אין לקבל אמת מידה פחותה מזו דווקא בעתירות חוקתיות (ר' **ברק-ארז**, בעמ' 276). "השאלה שצריכה ללוות את הדיון במבחני הסף היא אם יישומם מבטא את האיזון המתאים בין שיקולים של הקפדה עם העותר לבין שיקולים של הגנה על זכויותיו ועל האינטרס הציבורי בכללותו. יש להימנע ממצב שבו שימוש קפדני יתר על המידה במבחני הסף יפגע בזכות הגישה לערכאות, וכפועל יוצא מכך בהגנה על הזכויות העומדות לפרט כלפי השלטון" (שם, בעמ' 277). משום כך, המשקל היחסי של טענות הסף נבחן לעולם למול "הקשיים המהותיים שהעתירה נסבה עליהם" (שם, בעמ' 278).

**לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות הבקשה לדחייה על הסף ולקבוע דיון דחוף בעתירה.**

25 באוגוסט 2020

דן יקיר, עו"ד

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ העותרות