

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

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

עוה"ד שחר בן מאיר
מרחוב אבא הלל 12 רמת גן
טלפון : 03-6127878 ; פקס : 03-6127979

העותר בבג"ץ 2109/20

האגודה לזכויות האזרח בישראל
באמצעות ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או גיל גן-מור ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75 תל אביב 65154
טלפון : 03-7050734 ; פקס : 03-5608165
דוא"ל : gil@acri.or.il

העותרת בבג"ץ 2135/20

1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. הרשימה המשותפת
באמצעות עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ואח'
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
טלפון : 050-745658 ; פקס : 04-9503140

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, משרד המשפטים
באמצעות מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה
8. הכנסת
9. חבר הכנסת גבי אשכנזי, יו"ר ועדת החוץ והביטחון של הכנסת ה-22
באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

המשיבים

תגובה מטעם העותרים בבג"ץ 2135/20 ובבג"ץ 2141/20 לבקשה לביטול צו הביניים

עמדת העותרים הינה שאין מקום לבטל את צו הביניים והם מבקשים להוציא צו על תנאי בעניין תקנות המשטרה ולקבוע דיון דחוף בעתירה. להלן טעמי העותרים :

1. עמדת העותרים הינה שתם עידן היד הקלה בהתקנת תקנות שעת חירום ויש לפעול באמצעות חקיקה ראשית. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור תיקוני החקיקה הרלבנטית שבחוק יסוד: הממשלה (סעיפים 38 ו-39), חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, התפתחות הפסיקה בעניין פיסקת ההגבלה לרבות ביסוס עקרון הפרדת הרשויות.
2. בניגוד למצב בשבוע שעבר, כיום מתפקדת הכנסת ה-23. ביום 23.3.2020 אישרה הכנסת את הקמת הוועדה המסדרת, הוועדה המסדרת הקימה את הוועדות הזמניות לענייני חוץ ובטחון וכספים, ומונו להן יושבי ראש. לצד ועדות אלו אמורות לקום ועדות זמניות נוספות באישור מליאת הכנסת בימים הקרובים. לכן אין עוד עילה להתקנה סיטונית של תקנות שעת חירום ואין מניעה להביא בפני הכנסת הצעות חוק.
3. תקנות שעת חירום הן כלי אנטי דמוקרטי. הן הכרח בל יגונה רק במצבים שבהם הן נועדו "להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים" (סעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה), ולא ניתן לכנס את הכנסת בשל מצב החירום, בתנאי שיתקיימו התנאים הפרוצדורליים שבסעיף 39 בצירוף המגבלות שבסעיף 39(ה), לפיהן "לא יותקנו תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם". אחרת הן מהוות לא רק פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות (בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (1) 763 (1999)) אלא חריגה מסמכות.
4. בענין פריצקי נקבע על ידי השופט חשין, כי העדפת מסלול התקנת תקנות שעת חירום על ידי הממשלה כשניתן לפנות למחוקק מהווה חריגה קיצונית מסמכות המובילה לבטלות מוחלטת. השופט דורנר קבעה, כי שימוש כזה מוביל לבטלות יחסית, לאור הנסיבות שהתעוררו. הנשיא ברק הדגיש, כי שאלת המידתיות של התקנת תקנות לשעת חירום נקבעת גם על בסיס מידת היכולת לקדם את תכליותיה בחקיקה רגילה:

"השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם עצם השימוש בתקנות שעת חירום הינו אמצעי מידתי, או שמא היה מקום לנקוט את האמצעי האחר המצוי תמיד בידי הממשלה, והוא הפנייה לכנסת לחקיקתה של חקיקה ראשית (חוסר מידתיות "חיצונית"). בהיעדר מידתיות זו, אין לממשלה סמכות להתקין תקנות שעת חירום. על היבט מיוחד זה של מבחן המידתיות עמד בית-משפט זה, בציינו, מפי השופט ש' לוי: "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על-ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת" (פרשת פורז, בעמ' 321-322) (עניין פריצקי, בעמ' 781).

5. מההתנהלות בימים האחרונים עולה כי הממשלה כבר עושה שימוש נרחב, מוגזם ולא הכרחי בתקנות שעת חירום. אתמול אף הודיע שר הפנים על כוונתו לדחות את שעון הקיץ בתקנות שעת חירום, באישור היועמ"ש – בסופו של דבר הדבר לא הסתייע בשל טעמים טכניים, אך הוא מצביע על הקלות שבה הממשלה מבקשת לעקוף חוקים של הכנסת גם למטרות שספק אם יש להן תועלת כלשהי במאבק להאטת התפשטות המגיפה, ובוודאי שהן רחוקות מאוד מהצורך לנקוט בפעולה דחופה למניעת סכנה מידית ודחופה.

6. התקנות הן תקנות שמיועדות לסייע למשטרה באכיפת צווי בידוד ביתי למי שחייבים בבידוד ביתי בשל נסיבות כמו חזרה מחו"ל או מגע קרוב עם חולה (רק בנוסח החדש מבקשים להרחיב את הסמכות גם לגבי חולים השוהים בבידוד), ונתוני המיקום אף יכולים לשמש ראיה במקרים מסוימים בהם יוחלט להעמיד לדין אדם בשל הפרת צו הבידוד. התקנות מתירות לקצין משטרה לקבל נתוני מיקום של עשרות אלפי אזרחים כדי לוודא שהם אינם נמצאים מחוץ לביתם.
7. כיוון שכמות החייבים בבידוד עצומה – כשאין ידיעה לגבי מי מהם שהוא אכן נושא את הנגיף – מדובר בבדיקה מדגמית בלבד שכל מטרתה היא הרתעת הרבים. תכלית זו אינה יכולה להצדיק צעד כה חריג וקיצוני של איכון המיקום ללא צו.
8. רבים רואים בערבות ההדדית את האמצעי המרכזי להתגברות על המחלה. הערבות ההדדית התבטאה במתן אחריות לאזרחים להכניס עצמם לבידוד ולדווח למשרד הבריאות, להימנע מסיכון אחרים בעת שהם בבידוד, להישמע להוראות ההסגר, להימנע מיציאה מהבית, להקפיד על כללי הריחוק וההיגיינה. ייתכן שערבות הדדית לבדה היא בגדר "אוטופיה" ויש מי שמפירים את ההנחיות. לכן הוטלו בתקנות שעת חירום קנסות כבדים על מפרי בידוד ויש גם אפשרות להעמיד לדין את מפרי הבידוד בגין הפרת הוראה חוקית וייתכן שאף בשל הפצת מחלה מדבקת, אם הם חולים שהפרו צו בידוד.
9. גם אם ערבות הדדית הינה בגדר אוטופיה, לא נטען וממילא לא הוכח שקיימת תופעה רחבת היקף של הפרת תנאי הבידוד וכי לא ניתן לשלוט בציבור מבודדי הבית אלא באמצעות השמתם תחת מעקב טכנולוגי בידי המשטרה, הסמכתה לחדור לפרטיותם ולצנעת הפרט, ולעקוב אחר מיקומם, והכל – ללא פיקוח כלשהו וללא צורך בצו שיפוטי. גם הטענה שחוזרים מחו"ל לא דיווחו באתר משרד הבריאות על כניסתם לבידוד אינה מצביעה על כך שהם מפירים את חובת הבידוד אלא רק שלא דיווחו על כך.
10. הסדר זה מוצג על ידי המשיבים כאילו הוא נועד למנוע חיכוך בין השוטרים לאזרחים הנורמטיביים וכדי להגן על השוטרים מפני מגע עם מי שעלול להיות נשא. אולם מעקב לצרכי אכיפה הוא צעד קיצוני המהווה שינוי של נקודת האיזון שבה במקום שאזרח יהיה בבחינת חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו, הוא בגדר מי שיש לעקוב אחריו. עשרות אלפי אזרחים שומרי חוק מוכנסים תחת מעקב מתמשך כדי לוודא שהם מציינים לחוק. מה יהיה הצעד הבא? אזיק אלקטרוני? הלחמת דלתות? ומה יעשו אם אזרחים יפרו את ההסגר, שגם הוא נועד להיאבק בהתפשטות הנגיף – האם יבצעו מעקבים אחר כלל האזרחים בעוד כמה ימים?
11. שינוי כזה של נקודת האיזון בין האזרח למדינה מחייב פנייה לכנסת וקידום חקיקה, כדי שתהנה מלגיטימיות ציבורית. הדברים מקבלים משנה תוקף גם לאור עמדתה של המדינה שהמשמעות לאיסור הפגיעה בכבוד האדם שבסעיף 39(ה) לחוק יסוד: הממשלה מתייחס לאיסור הפגיעה באופן מוחלט בזכות. וכפי שנטען על ידי העותרים, אכן מדובר כאן בפגיעה הן בזכות לפרטיות והן בכבוד האדם.
12. בנוסף, קשה גם לומר שיש בתקנות החדשות משום דחיפות למיגור סכנה מיידית, שמחייבת תקנות שעת חירום. למרות שהנוהל המשטרתי שצורף לבקשה נושא תאריך 17.3.2020 במהלך הדיון בבג"ץ ביום 19.3.2020 הצהירו המשיבים כי הכנת הנוהל טרם הסתיימה. מדובר בעשרות אלפי אזרחים בבידוד ביתי ורובם המכריע מבין היטב את חומרת המצב, שומע להוראות ולא

מפר את הבידוד. הרוב המכריע של האזרחים פשוט לא מעוניינים לסכן את הקרובים להם, את שכניהם וגם לא להסתכן בסנקציות פליליות, מנהליות וקהילתיות. ככלל – תושבי המדינה גם מורגלים במצבי חירום ובכיבוד הוראות בעתות חירום.

13. לגבי אותם אזרחים, מעטים יש להניח, שמפרים את הבידוד בגאון, ספק אם התקנות יסייעו. מי שבבידוד ומוכן לסכן את סביבתו יכול להשאיר את הטלפון הנייד בבית בזמן שהוא יוצא מביתו, ויכול לארח חברים בביתו. דווקא הגעה פיזית של שוטרים לביתו של המבודד (וניתן למנוע את סיכון השוטרים על ידי שימוש באינטרקום, או בבקשה מהמבודד שייגש לחלון באופן שניתן יהיה לראות אותו מהרחוב), היא יותר אפקטיבית. הקהילה גם היא מבצעת פיקוח לא פורמאלי, ולמיטב הידיעה, עניינם של אותם מעטים שהפרו הבידוד הובא לידיעת הרשויות באמצעות פניות של שכנים וקרובים, גם בלי ביצוע מעקבים.

14. גם יש לקחת בחשבון את הסיכון לצורך הבנת הדחיפות. המחלה אינה מדבקת באוויר, אלא דרך התעטשות ושיעול ולכן הדבקה מתבצעת רק במגע קרוב של פחות משני מטר ושל 15 דקות. לא כל הפרה של צו הבידוד מסכנת מיידית את הציבור בסכנה חמורה המחייבת צעדים כה קיצוניים כמו ביצוע מעקבים המוניים. אדם שהוא בריא ונמצא בבידוד בשל חזרה מחו"ל למשל, שירד עם הכלב וישמור על מרחק מאחרים, לא יהווה סיכון. יש לסמוך גם על אחריותם האישית של אזרחים ולהימנע מהיגררות לקיצוניות, והטלת אמצעי מעקב לא דמוקרטיים.

15. למרות טענות המשיבים, די בשכל הישר כדי להבין כי גם העובדה שבינתיים הותקנו תקנות ההסגר (תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש - הגבלת פעילות), התש"ף-2020), והודעת ראש הממשלה על הרחבת המגבלות, מפחיתה משמעותית את הצורך בתקנות מושא הבקשה, ובכל מקרה ההסגר מעניק את חלון הזמן הנדרש לקידום המעקבים אחר מבודדי הבית בחקיקה ראשית. בשל ההסגר, אוכלוסיות בסיכון ממילא מסוגרות היום בביתן, וכך גם מרבית אוכלוסייה המדינה, הנדרשת בצו להימנע מיציאה מהבית למעט מספר מצומצם של מקרים. הרחובות נטושים ונקודת האיזון השתנתה שכן אין מדובר יותר במצב בו מרבית הציבור מתפקד כרגיל ויש למנוע מאותם בודים שחולים להפר את הצו כדי למנוע התפשטות נרחבת. הסיכון להדבקה המונית נמוך בנסיבות של הסגר כללי.

16. לבסוף, אם הממשלה סבורה כי יש צורך דחוף במעקבים אחרי מבודדי בית, היא יכולה לקדם חקיקת בוק בנושא ובלבד שתעמוד בפיסקת ההגבלה. כפי שציין השופט חשין בעניין **פריצקי**, ברצותה יודעת הממשלה לקדם חקיקה גם בלוח זמנים חריג ומהיר ביותר, ולאשר חוק אף ביום אחד, ורשימת החוקים שהוזכרו בפסק דינו של השופט חשין מדברת בעד עצמה (שם, בעמ' 798 ואילך). חזקה על הכנסת שתפעל לתיקון החוק בדחיפות ההולמת את המצב.

17. אם הכנסת תאשר את החוק תוכל המשטרה לאכוף את הבידוד בתוך זמן קצר באמצעות ההסדר שייקבע. אם הכנסת תסרב לאשר אותו, כי תמצא שההסדר פוגע בזכויות האדם או לא ראוי מכל סיבה אחרת ממילא לא ייגרם נזק. לפיכך מאזו הנוחות נוטה בבירור לטובת השארת צו הביניים.

18. לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להותיר את צו הביניים בעינו. כיוון שהממשלה עומדת על כוונתה לתקן את תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), ולאור השאלות החוקתיות כבדותך המשקל לגביהם השיבו המשיבים, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי ולקבוע דיון בדחיפות.

24 במרץ 2020

סוהאד בשארה, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

גיל גן-מור, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

ב"כ העותרים