



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8196/21

לפני: כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

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

נגד

המשיבים: 1. הממשלה  
2. משרד הבריאות  
3. שירות הביטחון הכללי

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ז בכסלו התשפ"ב (1.12.2012)

בשם העותרים: עו"ד גיל גן-מור; עו"ד דן יקיר

בשם המשיבים: עו"ד שוש שמואלי; עו"ד רן רוזנברג

### פסק-דין

המשנה לנשיאה נ' הנדל:

"וריאנט בא ווריאנט הולך; מוטציות ממדינות קרובות ורחוקות מהגרות לארצנו; והיקף יעילות החיסונים – בוודאי במבחן הזמן – עודנו ממתין לאישור המציאות. על כן, גם כעת, 'ניהול המאבק בהתפשטות נגיף הקורונה מחייב קבלת החלטות דינאמית בהתאם לשינוי הנסיבות התדיר ולפי צו השעה'" (בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פסקה 3 לחוות דעתי (1.3.2021); להלן: עניין האיכונים השני).

1. קיוותה ישראל לשגרה לאחר הדברת הגל הרביעי של הקורונה, אך אז בא לעולם וריאנט חדש של נגיף הקורונה, שזוהה לראשונה ביום 23.11.2021, במהלך סריקת רצפים שהגיעו מדרום אפריקה, בוטסואנה והונג קונג על ידי חוקר מה- Imperial College בלונדון. מאוחר יותר, העניק ארגון הבריאות העולמי לווריאנט החדש את הכינוי "אומיקרון" (להלן: אומיקרון). בחוות הדעת שהגישה לוועדת השרים לעניין התמודדות עם משבר הקורונה והשלכותיו (להלן: קבינט הקורונה) – וצורפה כנספח 1 לתגובת המשיבים – ציינה ראשת שירותי בריאות הציבור, ד"ר אלרעי-פרייס, כי מדובר בווריאנט המכיל "מספר רב במיוחד של מוטציות", אשר עלולות להגדיל את היקף ההתפשטות שלו – ואף לפגוע, או לעקוף כליל, את ההגנה החיסונית נגדו.

לאחר שהתגלה מקרה הדבקה ראשון באומיקרון בישראל, פעלו הרשויות במהירות. ביום 26.11.2021 "הובא הנושא לדיון דחוף לפני ראש הממשלה", והועלתה האפשרות להסתייע ביכולותיו הטכנולוגיות של שירות הביטחון הכללי, לשם "איתור מגעים" של נשאי הווריאנט החדש. למחרת היום, הונחה על שולחן קבינט הקורונה חוות הדעת מטעם ד"ר אלרעי-פרייס בהקשר זה. לדבריה, אף שבפרק הזמן הקצר שחלף מאז זוהה האומיקרון "טרם התבררו השפעות אפידמיולוגיות וקליניות שלו", הרי שקיימים "סימנים מדאיגים" לגביו. נוכח מגבלות החקירה האפידמיולוגית – הנובעות מכך שהחולה אינו מכיר או זוכר תמיד את כל האנשים שבא עמו במגע, ולעיתים גם בשל חוסר רצון לשתף פעולה – היא סבורה שאין מנוס מהסתייעות בשב"כ "לשם סיוע באיתור מהיר ככל האפשר" של אלה שנחשפו לאומיקרון, על מנת לאפשר את בידודם. חוות הדעת הדגישה כי "היכולת לפעול מהר, יעיל ובאופן 'כירורגי' ומדויק [...] יעילה בעיקר כאשר מספר המאומתים באותו וריאנט הוא נמוך, ואז יש להפעילה ללא השהייה". על יסוד המידע שלפניו, החליט קבינט הקורונה – על דעת היועץ המשפטי לממשלה – להתקין תקנות שעת חירום שיסמיכו את השב"כ לסייע למשרד הבריאות "בחקירה אפידמיולוגית לצמצום ומניעת התפשטות" האומיקרון. ביום 28.11.2021, אישרה ממשלת ישראל את תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות זן אומיקרון omicron של נגיף הקורונה החדש), התשפ"ב-2021 (להלן: תקנות הסמכת השב"כ) – שתוקפן עד 2.12.2021. בו ביום, התקנות פורסמו ברשומות, והועברו ליו"ר ועדת החוץ והביטחון של הכנסת לצורך הנחה על שולחן הוועדה, כמצוות סעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה.

ביום 30.11.2021 דנה ועדת החוץ והביטחון בתקנות הסמכת השב"כ, ובמקביל החליטה ממשלת ישראל לאשר טיוטת חקיקה ראשית שתחליף תקנות אלה – הצעת חוק

הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות זן אומיקרון omicron של נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התשפ"ב-2021 (להלן: הצעת החוק) – ולבקש מוועדת הכנסת לקצר את תקופת ההנחה לפני הקריאות השונות של ההצעה.

2. למעשה, עניינו בגלגול רביעי של השימוש באיכוני השב"כ במסגרת המאבק בהתפשטות נגיף הקורונה.

בראשית, הסמיכה הממשלה את השב"כ לפעול בזירה זו באמצעות תקנות שעת חירום. אולם, לאחר השבעת הכנסת ה-23 והקמת ועדותיה הרלוונטיות, הוחלפו תקנות אלה בהסמכה מכוח סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 – המסמיך את הארגון לפעול "בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". בדונו בעתירות נגד החלטת הממשלה, פסק בית משפט זה כי לא נפל בה פגם, אך הורה כי אם יהיה צורך בהמשך מעורבות השב"כ, "על הממשלה לפעול לעיגון הבסיס למעורבות כזו בחקיקה ראשית, על מנת לאפשר את השתתפותם של חברי הכנסת מכלל סיעות הבית בהכרעות הנוגעות לסוגיה חשובה זו. חקיקה כזו, מן הראוי כי תהיה זמנית במהותה ותיחקק כהוראת שעה" (בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, פסקה 33 לחוות דעת הנשיאה א' חיות (26.4.2020); להלן: עניין האיכוני הראשון). נוכח ירידה משמעותית ברמת התחלואה, הוחלט שלא לקדם חקיקה ייעודית, והחלטת ההסמכה פקעה ביום 10.6.2020.

ברם, גל תחלואה חדש שהתפרץ זמן קצר לאחר מכן הוביל, בסופו של דבר, לחקיקת 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 – אשר הסמיך את ממשלת ישראל "להכריז על הסמכת השירות לבצע פעולות סיוע", שעיקרן עיבוד מידע טכנולוגי לגבי החולה ואלה שבאו עמו במגע, והעברתו למשרד הבריאות (סעיפים 3 ו-5 לחוק; להלן: חוק הסמכת השב"כ). בית משפט זה דחה טענות נגד החוק המסמיך, אך הורה – בדעת רוב שופטי עניין האיכוני השני – כי "ככל שהממשלה תבחר להמשיך להסתייע בשב"כ בהתאם לחוק הסמכת השב"כ היא לא תוכל לעשות כן באופן גורף ויהיה עליה לגבש קריטריונים אובייקטיביים בכל הנוגע להיקף ההסתייעות בשב"כ [...] לשם גיבוש הקריטריונים האמורים, אציע כי תיקבע תקופת התארגנות כך שהמועד האחרון לגיבושן יהא 14.3.2021, וכי ממועד זה ואילך, תוגבל בכל מקרה הסמכת השב"כ רק לאותם מקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל

דיווח על מגעים, כאמור בסעיף (א) לצו על תנאי" (פסקה 48 לחוות דעת הנשיאה א' חיות).

בעקבות פסק הדין, ולאור השינויים המהותיים במפת התחלואה וההתקדמות בחיסון אוכלוסיית ישראל מפני נגיף הקורונה, בא, ביום 29.3.2021, קץ להסתייעות במנגנון השב"כ – "על פגיעתו הקשה והחריפה בזכויות יסוד, ובמרקם החברה הדמוקרטית" (שס, פסקה 5 לחוות דעת). למעשה, חוק הסמכת השב"כ שהציב את המסגרת להסתייעות בארגון עבר אף הוא מן העולם, ביום 6.7.2021 (מועד הפקיעה לפי סעיף 24 לחוק, בשילוב סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת). כעת, עם כניסתו של האומיקרון לחיינו, מבקשת ממשלת ישראל לשוב ולגייס את שירות הביטחון הכללי למאבק בקורונה – וזאת, באמצעות המסלול שבו בחרה עם הופעתו הראשונית של נגיף הקורונה, קרי, התקנת תקנות הסמכת השב"כ כתקנות שעת חירום, בהתאם לסמכותה לפי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה.

3. על קצה המזלג, תקנות הסמכת השב"כ מסמיכות את הארגון לסייע למשרד הבריאות – לפי בקשת גורם מוסמך במשרד – "בחקירה אפידמיולוגית לצמצום ומניעת התפשטות של זן אומיקרון". תקנה 3 מונה את פעולות הסיוע הרלוונטיות: עיבוד "מידע טכנולוגי לגבי החולה שהבקשה נוגעת אליו, לגבי האנשים שבאו במגע קרוב עם החולה, בנוגע לתקופה של עד 7 ימים לפני תאריך אבחוןו כחולה ולפי ההנחיות המקצועיות של נציג משרד הבריאות" (תקנה 3(א)(1)), והעברת המידע למשרד הבריאות (תקנה 3(א)(2)). בהתאם לתקנה 2, השב"כ יבצע "פעולות סיוע" אלה, "לשם זיהוי נתוני מיקום ונתיבי תנועת החולה ואיתור מי שהיו עלולים להידבק ממנו, לפי ההנחיות המקצועיות של נציג משרד הבריאות, בתקופה של עד 7 ימים לפני תאריך אבחונם במחלה וזיהוי האנשים שבאו במגע קרוב עם החולים". לא למותר לציין כי תקנה 1 לתקנות מגדירה את ה"חולה" שבו עוסקות התקנות, כדלקמן: "חולה עם ממצא מעבדתי חיובי לזן אומיקרון של נגיף הקורונה החדש או מי שתוצאת הבדיקה שלו העלתה חשד שהוא חולה בזן אומיקרון בהתאם להנחיות קליניות של נציג משרד הבריאות לפי פקודת בריאות העם, 1940". הנה כי כן, מדובר בתקנות שנוצרו אד-הוק כדי לתת מענה להופעת האומיקרון בארצנו, והגבילו את ההסתייעות בכלים הטכנולוגיים של השב"כ למאבק בווריאנט זה בלבד. יתר על כן, תקנה 19 לתקנות מבהירה כי "תוקפן של תקנות שעת חירום אלה" – שהותקנו ופורסמו, כזכור, ביום 28.11.2021 – הוא "עד יום כ"ח בכסלו התשפ"ב (2 בדצמבר 2021)". כלומר, מדובר בהסדר קצר מועד, שנועד לתת מענה הולם ומיידי לאיום החדש, אך אינו מתיימר לשרטט הסדר קבע, ו"לעקוף" את הרשות המחוקקת האמונה על קביעת הסדרים רגישים מסוג זה.

4. על רקע סקירה קצרה זו – ומאחר שהשעה, שעת פקיעתן של התקנות, דוחקת – נידרש כעת לעתירה שבכותרת, בה מעלים העותרים שלושה קווי טיעון עיקריים נגד התקנות: כי הן מנוגדות לפסקי דין שניתנו; כי לא היה מקום לעגן את הסמכת השב"כ בתקנות שעת חירום; וכי ההסדר שנקבע במסגרתן אינו מידתי.

אפתח ואומר כי לא מצאתי ממש בקו הטיעון הראשון של העותרים בדבר "הפרה" של הכרעות בית משפט זה בגלגוליה הקודמים של סוגיית האיכונים. לדבריהם, "לאור פסק הדין בעניין [האיכונים הראשון] וההנחיה המפורשת שניתנה לו נאסר על הממשלה לעשות שימוש בתקנות שעת חירום לצורך הסמכת השב"כ" (פסקה 12). ברם, כפי שכבר ציינתי לעיל, עניין האיכונים הראשון עסק בחוקיות הסמכת הארגון לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, ואין בו כל קביעה לגבי האפשרות של התקנת תקנות שעת חירום. אפשר שחלק מן השיקולים שעמדו ביסוד ההכרעה רלוונטיים גם לגבי אפשרות זו, אך יש לזכור כי "סעיף 39(ג) לחוק היסוד הקובע כי 'תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק...' , מעיד על תוקפן וגבורתן של תקנות שעת חירום, שמעמדן הוא כשל חוק שבכוחו לגבור על חוק רגיל" (בג"ץ 5314/29 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 10 (10.1.2021)); להלן עניין עדאלה – תקנות שעת חירום). לפיכך, שאלת השימוש בחוק שירות הביטחון הכללי לחוד, ושאלת התקנתן של תקנות שעת חירום לחוד, ואין בהכרעה לגבי האחת כדי ליצור "מעשה בית דין" לגבי האחרת.

5. הדברים נכונים גם כאשר לטענה כי "יש פה גם הפרה בוטה של פסק הדין בעניין [האיכונים השני] שבו פסק הרכב מורחב של בית המשפט כי ניתן להמשיך ולהסמיך את השב"כ רק בשני מצבים: כאשר החולה לא משתף פעולה או שהוא מדווח על אפס מגעים" (פסקה 18 לעתירה). אכן, כפי שצינתי בחוות דעתי בעניין האיכונים השני –

"הכרעתנו בהליך דנן מבוססת על תמונת המצב שהוצגה בפנינו בנקודת הזמן הנוכחית – ובכלל זאת שילוש היקף מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות; התקדמותו של מבצע החיסונים; ועמדותיהם של השב"כ ושל הרשות להגנת הפרטיות" (פסקה 47 לחוות דעת חברתי הנשיאה; ראו גם פסקאות 10-12 לחוות דעת חברי, השופט י' עמית, בנוגע לאפקטיביות מעקב השב"כ) – ולא על קביעות נורמטיביות א-פריוריות. ברם, כפי שהוכיחו דברי ימיה הקצרים של מגפת הקורונה, הבלתי צפוי – צפוי, והאפשרות שיתעורר בעתיד צורך בכלי משלים למערך החקירות האפידמיולוגי האנושי אינה בגדר מדע

בידיוני. גם במישור זה אין להיכנע, אפוא, לאינרציה. כל הכרזת הסמכה של ממשלת ישראל, וכל הפעלה של סמכות משרד הבריאות, היא החלטה מינהלית עצמאית, המחייבת גיבוש תשתית עובדתית עדכנית. על כן, אם תשתית זו תצביע בעתיד על שינוי נסיבות מהותי שחל לאחר מתן פסק דיננו – אם במישור הצורך בסיוע השב"כ, ואם במישור האפקטיביות – מובן שלא יהיה בו כדי לכבול את ידי הרשויות, ולמנוע מהן לקבל החלטה מינהלית חדשה התואמת את הנסיבות הרלוונטיות" (פסקה 5).

למעשה, מסקנה זו עולה בבירור גם מחוות דעתה של הנשיאה א' חיות, שהדגישה כי "בהעדר חקיקה חדשה שתחליף את חוק הסמכת השב"כ ואשר תיקח בחשבון את כלל השינויים העובדתיים שהתרחשו בחצי השנה האחרונה, קריטריונים אלה צריך שימקדו את השימוש בכלי השב"כ רק באותם חולים שאינם משתפים פעולה במסגרת החקירה האפידמיולוגית האנושית או שלא דיווחו על מגעים כלשהם – כלומר, ככלי משלים למערך החקירות" (שם, פסקה 47 לחוות דעתה; ההדגשה אינה במקור). הוי אומר, מדובר בהכרעה שנשענה על השינויים העובדתיים באשר לסיכון הנשקף מן המחלה, החלופות לשימוש בכלי השב"כ, ויעילות הכלי (כמפורט בפסקאות 38-40 לחוות דעת הנשיאה) – אשר "ניתן היה לצפות כי [...] יקבלו ביטוי בהכרזות ההסמכה, למצער בדרך של צמצום היקף השימוש בכלי השב"כ" (שם, פסקה 41). מטבע הדברים, התמונה שיצרה הופעת האומיקרון שונה לחלוטין מזו שעמדה לפני בית המשפט באותה עת: מדובר בווריאנט חדש, שבשלב זה קיים חשד שביכולתו לעקוף, במידה כזו או אחרת, את ההגנה החיסונית – על כל המשתמע מכך במונחי סיכון. זאת ועוד, בנקודת הזמן הנוכחית רק ישראלים מעטים זוהו כנשאים של האומיקרון, כך שיש רגליים לטענה כי הסתייעות מיידית באמצעי השב"כ תאפשר לטפל במהירות בהתפשטות הווריאנט. לבסוף, המשיבים הבהירו בתגובתם כי נערך שינוי במתכונת ההסתייעות בארגון, וכי "חלק מסוים מהבדיקות נעשה באופן שונה [...] תוך מעורבות מרכיב של בדיקה אנושית". במהלך הדיון בעתירה, הציגו המשיבים – במעמד צד אחד, ובהסכמת העותרים – חומר בהקשר זה; הבהירו כי מדובר "בשימוש במידע טכנולוגי בגדר התקנות ולא במעקב אנושי" (פרוטוקול הדיון מיום 1.12.2021, בעמוד 13); והניחו את דעתנו לגבי יעילות כלי האיכונים. כך, במיוחד, הואיל ומדובר במספר נמוך של נבדקים. הנה כי כן, יש לבחון האם השימוש בכלי השב"כ מידתי ומוצדק לגופו, ולכך אדרש להלן, אך נוכח שינוי הנסיבות אין לראות בו "הפרה" של פסק דין שניתן בטרם נחת על הארץ צילו של אומיקרון.

6. לפיכך, יש להידרש לקו הטיעון השני של העותרים, התוקף את מסלול ההסמכה שבו בחרה הממשלה. לדידם, לא היה מקום לפעול באמצעות תקנות שעת חירום, משום שניתן היה להביא את הסדרי תקנות הסמכת השב"כ לאישור הכנסת, במתכונת של חקיקה ראשית – מה גם שקיים חוק ייעודי העוסק בסמכויות הטיפול במגיפה. למצער, היה על הממשלה להסמיך את השב"כ מכוח סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי – שעמד במוקד עניין האיכונים הראשון – "ולהבטיח ביקורת פרלמנטרית כלשהי על ההחלטה", כמו גם "דיון ציבורי מינימאלי" בה.

גם בטענות אלה לא מצאתי ממש. אכן, אין מחלוקת "כי 'דרך המלך' לקידום יעדיה התחיקתיים של הממשלה, אף במצב חירום, היא בחקיקה ראשית של הכנסת, ככל שהדבר ניתן, ולא באמצעות התקנת תקנות שעת חירום [...] זאת, משום שהשימוש באמצעי זה של התקנת תקנות שעת חירום יש בו פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ובעיקרון שלטון החוק המהותי" (בג"ץ 2399/20 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 3 (16.8.2020); עניין עדאלה – תקנות שעת חירום, פסקה 12; ראו גם פסקה 39 לתגובת המשיבים).

עם זאת, "אין להתעלם מכך שהכנת דבר חקיקה והשלמת הליכי החקיקה אורכים אף הם זמן, וחוק סמכויות מיוחדות – שכאמור תפס את מקומן של תקנות הקורונה לאחר שתוקפן הוארך בחוק – יוכיח" (עניין עדאלה – תקנות שעת חירום, פסקה 17; והשוו, עניין האיכונים הראשון, פסקה 34 לחוות דעת הנשיאה א' חיות: "מיצוי מהלך חקיקה פרלמנטרי דורש זמן. בנסיבות אלה, ככל שהממשלה תוסיף לסבור כי הסמכת השב"כ לביצוע המשימות שהוטלו עליו עודנה נדרשת, יש לאפשר לכנסת להניע את מהלך החקיקה בהליך שראוי כי יהיה מזורז אך לא חפוז, אשר במסגרתו תתקבלנה הערות הציבור, ויתקיימו דיונים מתאימים"). גם כאשר הכנסת מתפקדת כהלכה, וגם אם צילו של האומיקרון אינו מטיל את אותן "חוסר הוודאות והתבהלה" שיצרה הופעת הבכורה של הקורונה (ראו עניין עדאלה – תקנות שעת חירום, פסקה 16), אין ספק כי מיצוי מהלך חקיקה פרלמנטרי עודנו דורש זמן מסוים. נוכח החשיבות שגורמי המקצוע מייחסים למאבק מהיר ויעיל בחדירת וריאנט האומיקרון לישראל בעודה בראשיתה, דומה כי התקנת תקנות שעת חירום לתקופה בת 5 ימים – תוך קידום במקביל של חקיקה ראשית – אינה מעוררת קושי יוצא דופן.

אשר לחלופת ההסמכה לפי חוק שירות הביטחון הכללי – גם בהנחה שמדובר בחלופה עדיפה (וראו עניין האיכונים הראשון, פסקה 4 לחוות דעת המשנה לנשיאה ח' מלצר), אין בכך כדי להצדיק התערבות בהחלטת הממשלה לפעול באמצעות תקנות שעת

חירום. כפי שציינו המשיבים, פיקוח פרלמנטרי קיים גם במסלול זה, אף אם במידה פחותה: סעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה מצווה כי התקנות יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת "סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן" – וכך נעשה בפועל; הוועדה דנה בהן כבר ביום 30.11.2021, ושמעה קשת של קולות, לרבות רשות הגנת הפרטיות; ובכל מקרה, בכוחה של הכנסת לבטל את התקנות "בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת", לפי סעיף 39(ו) לחוק היסוד. על כן, ובשים לב למורכבות הכרוכה בהסמכת השב"כ לפעול בזירת הקורונה מכוח חוק ההסמכה הכללי של הארגון, ההחלטה לצעוד במסלול התקנות אינה חורגת ממתחם המידתיות.

לבסוף, אעיר כי סעיף 39(ג) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי "תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים" – כך שלא ברור, לפחות בשלב זה, על מה נשענת טענת העותרים, לפיה לא היה מקום להתקין תקנות נוכח קיומה של חקיקה "רגילה" העוסקת בהיבטים מסוימים של הטיפול במגפת הקורונה.

7. לא נותר, אפוא, אלא לדון בקו הטיעון השלישי, הנוגע לגופן של תקנות הסמכת השב"כ – עניין שהעותרים הקדישו לו שורות מעטות יחסית, תוך התמקדות בחוסר האפקטיביות, כביכול, של ההסתייעות בשירות.

מבלי להרחיב יתר על המידה, אעיר כי התקנות מעוררות, בוודאי, חששות רבים. כפי שציינתי בעבר, "אין תמה על כך שעולה חשש מפני שימוש לרעה, או למצער שימוש לא מוצדק, בטכנולוגיות האמורות מצד המדינה אשר ישחק את ההגנה על הזכות לפרטיות. כאן יש להיזהר מפני המדרון החלקלק שגם מדינות דמוקרטיות עשויות ליפול בו כאשר יותר למדינה לעשות שימוש בכוח זה, ואפילו יהא זה לצורך קידום הגשמתן של מטרות ראויות. כדברי חברי השופט עמ'ית: 'פעם השתמשת – התמכרת'" (עניין האיכונים השני, פסקה 6 לחוות דעתי). אולם, באותה נשימה יש לזכור כי "מגפת הקורונה הציבה אתגרים ייחודיים מאוד, אשר אין להם תקדים, בפני המדינה הדמוקרטית. חובתה של המדינה להגן על חיי אזרחיה היא זו העומדת בלב ניהול ההתמודדות השלטונית עם מגפת הקורונה [...] אשר על כן, נודעת חשיבות מכרעת בתקופה מיוחדת זו למציאת נקודת האיזון הראויה בין הזכויות המתחרות, אשר צריכה ללכת יד ביד עם ההגנה על החברה הדמוקרטית" (שם). זאת, בהתאם לסעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המורה כי "בשעה שקיים במדינה מצב של חירום [...] 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". ענייננו, אפוא, במישור המידתיות.



בעניין זה, יש להדגיש מספר נקודות.

ראשית, תקנות הסמכת השב"כ מוקדשות למאבק בווריאנט חדש – או, לפי חוות הדעת של ראשת שירותי בריאות הציבור, בזן חדש – שנדרשת זהירות מיוחדת מפניו, נוכח פוטנציאל הנזק הגלום בו. זאת ועוד, בניגוד לקודמיו, זן האומיקרון טרם הכה שורשים בארצנו, וגורמי המקצוע סבורים כי בשלב זה ניתן יהיה להגביל מאוד את תפוצתו באמצעות שימוש במגוון כלי האיתור – לרבות האמצעים הטכנולוגיים של שירות הביטחון הכללי. בניגוד להסדרים הקודמים, תקנות הסמכת השב"כ "תפורות" למידותיו של הווריאנט החדש; הן נוצרו לצורך המאבק בו, ועל רקע התשתית העובדתית העדכנית ביותר שבנמצא – והן מקנות לשירות סמכות מוגבלת, החלה רק ביחס לחולים שיש יסוד ממשי להניח שהם נושאים את הזן החדש: משמע, חולה "עם ממצא מעבדתי חיובי" לזן, ולחלופין, אדם שתוצאת הבדיקה שלו "העלתה חשד שהוא חולה בזן אומיקרון". המשיבים הבהירו כי "החשד נסמך רק על בדיקת PCR חיובית לקורונה של חולה פלוני שבה נמצא ממצא חריג של העדר גן S" (פסקה 21 לתגובתם). כלומר, איכונים ייערכו רק לגבי אדם שקיימת אינדיקציה פוזיטיבית, בדמות העדר הגן, כי הוא חולה באומיקרון. זאת, בניגוד לטענה שכל מאומת עלול להיחשף לאיכון באמתלה שהוא "חשוד" כנשא של הווריאנט. למעשה, כך נמסר, "במהלך הימים האחרונים" הוחלט לצמצם עוד יותר את היקף האיכון, ולהפעיל אותו רק במקרה של "חשד גבוה" להימצאות האומיקרון – דהיינו, שילוב של העדר גן S ועומס נגיפי גבוה – עניין המצמצם עוד יותר את פגיעתן של התקנות בזכות לפרטיות.

לצד ההיקף המצומצם מאוד של תחולת תקנות הסמכת השב"כ, יש משמעות רבה גם לנתוני היעילות שהוצגו בפנינו – כמו גם לשינוי המסוים במתכונת הפעלת כלי השב"כ, בהשוואה לגלגוליו הקודמים. אלה מעידים כי סימני השאלה לגבי יעילות כלי השב"כ, כפי שהועלו בעניין האיכונים השני, קיבלו לפחות מענה חלקי – ולו ביחס לסיטואציה הנוכחית, שבה מספר המאומתים הרלוונטיים נמוך יחסית.

אשר על כן, בשים לב לחוסר הוודאות האופף את וריאנט האומיקרון ואת השפעותיו, ובהתחשב בכך שענייננו בהוראת שעה לתקופה בת 5 ימים – המגיעה לקיצה מחר – לא הוכח כי ההסדר הקבוע בתקנות הסמכת השב"כ פוגע בזכות לפרטיות בצורה לא מידתית, המצדיקה את פסילתו.

8. סוף דבר – בנסיבות הייחודיות שלפנינו, לא מצאנו כי העתירה מגלה, בשלב זה, עילת התערבות בתקנות הסמכת השב"כ. עם זאת, מובן שיש משמעות רבה לפרמטר הזמן – הן כשלעצמו, משום שהזמן מאפשר לממשלה לצעוד בדרך המלך ולקדם חקיקה ראשית חלף המסלול העוקף של תקנות שעת חירום, והן ככלי לאיסוף מידע על אודות הזן החדש, באופן שיאפשר לקבל החלטות מידתיות ומדויקות יותר לגביו. על רקע הודעת ב"כ הממשלה בדיון, כי "כרגע" לא נבחנת אפשרות הארכת תקנות הסמכת השב"כ במתכונתן הנוכחית (פרוטוקול הדיון מהיום, 1.12.2021, בעמוד 2), לא מצאנו להציב סד זמנים מדויק להחלפת התקנות בחקיקה ראשית. אולם, דומה כי מדובר בפרק זמן קצר הנמדד בימים. יוזכר כי דרך המלך היא חקיקת חוק בהקדם ולא התקנת תקנות שעת חירום. עמדה זו, הן ביחס למסגרת הדין והן ביחס לקצב קידום החקיקה, התקבלה על ידי באת כוח משיבי המדינה בטיעון בעל פה – והמדינה אף פעלה בהתאם, וכבר החלה בקידום הצעת החוק שאושרה בממשלה. לכן, היה ובדעת משיבי המדינה להמשיך בבדיקות האמורות, עליהם לפעול באינטנסיביות להשלמת הליכי החקיקה.

העתירה נדחית. לנוכח העניין שמעוררת העתירה, אין צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

שופט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ח בכסלו התשפ"ב (2.12.2021).

שופט

שופט

המשנה לנשיאה