



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2705/20

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותר: נתן (נתני) סמדר

נגד

המשיבים: 1. ראש הממשלה
2. ממשלת ישראל
3. היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ג' באייר התש"ף (27.4.2020)

בשם העותר: עו"ד איתמר בן גביר

בשם המשיבים 1-3: עו"ד עמרי אפשטיין; עו"ד שרון אבירם

פסק-דין

השופט י' עמית:

עתירה למתן צו על תנאי התוקפת את סעיף 4 לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות) (תיקון מס' 6), התש"ף-2020 (להלן: התקנות), שעניינו במניעת כניסה לבתי עלמין ביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ולנפגעי פעולות האיבה (להלן: יום הזיכרון). נציין כי העתירה הוגשה אתמול, והדיון בה נערך היום, ערב יום הזיכרון.

רקע ותמצית טענות הצדדים

1. ושוב נדרשים אנו להוראות שקבעה ממשלת ישראל במסגרת תקנות שעת חירום, המטילות מגבלות קשות על זכויות האזרח, והכל בצלו של נגיף הקורונה והצורך להתגונן

מפני התפשטותו. זו הפעם פורטת העתירה על נימיהם החשופים והרגישים ביותר של אזרחי מדינת ישראל, והיא נסבה על זכותם של בני משפחות חללי מערכות ישראל ונפגעי פעולות האיבה לעלות לקברי יקיריהם ויקירותיהם ולהתייחד עם זכרם, כמדי שנה בשנה, ביום הזיכרון שיחול השנה ביום 28.4.2020.

2. כפי שנזדמן לי לפרט אך זה לא מכבר, כחלק מצעדי המנע שנקטה המדינה לצורך התגוננות מפני התפשטות נגיף הקורונה, הוטלו מגבלות מרחיקות לכת על זכויות חוקתיות בסיסיות של תושבי ישראל, שבימים כתיקונם היו נפסלות על אתר כבלתי חוקתיות בעליל (בג"ץ 2435/20 לוונטה' נ' בנימין נתניהו ראש הממשלה (7.4.2020) (להלן: עניין לוונטה)). העתירה שלפנינו מתמקדת בפגיעה בחופש התנועה ובזכויות נוספות של אזרחי ישראל, ובפרט של בני משפחתם של חללי מערכות ישראל ונפגעי פעולות האיבה. נציין כי הזכות לחופש תנועה בתוך מדינת ישראל, להבדיל מהזכות להיכנס ולצאת ממנה, לא הוכרה במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך מקובל לראותה כאחת מהזכויות החוקתיות הנגזרות מהזכות לכבוד (אהרן ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 781-792 (2014)).

3. בימים כתיקונם, רשאי אדם לילך היכן שיחפוץ, זולת אם הדבר נאסר מכוח חוק. תחת כובד עולן של התקנות, התהפכה ברירת המחדל, וכיום אין אדם יכול לצאת ממקום מגוריו אלא למקומות שהותרו לפי דין. כך, תקנה 2 לתקנות קובעת כי "לא יצא אדם ממקום מגורים או ממקום שהייה קבוע אחר (להלן - מקום מגורים) למרחב הציבורי אלא לאחת מהפעולות או המטרות האלה". בהמשך, מונה התקנה שורה של פעולות ספציפיות שהוחרגו מהאיסור הכללי, ובכללן: יציאה למקום עבודה שהותר לפי דין (תקנה 2(1)); רכישת מוצרים במקומות שפעילותם לא נאסרה (תקנה 2(2)); קבלת טיפול רפואי (תקנה 2(3)); ועוד. החריג שנקבע תחילה בקשר ליציאה לבתי קברות נגע לקיומן של הלוויות בלבד (תקנה 2(11)), ומכאן שהגעה לבית קברות לכל צורך אחר לא הותרה.

4. ביום 22.4.2020 התקינה ממשלת ישראל את תיקון מס' 6 לתקנות (להלן: תיקון מס' 6). כחלק מתיקון זה, הותקנה הוראת שעה שמכוחה נוספה לתקנה 2 תקנת משנה חדשה, המחריגה סוג פעילות נוסף מגדרו של האיסור הכללי על יציאה ממקום מגורים (להלן: הוראת השעה). וזו לשונה של תקנה 2(16):

(16) יציאה לביקור בבית קברות צבאי, בחלקה צבאית או בקבר צבאי המצויים בבית קברות אזרחי, או בקבר של חלל מערכות ישראל אף אם אינו קבר צבאי, בקבר של

חלל פעולות איבה, באתר הנצחה לחללי מערכות ישראל
או לנפגעי פעולות איבה או בבית יד לבנים.

אם כן, ביד אחת התירו התקנות לפקוד את בתי העלמין הצבאיים ואתרי ההנצחה. ברם, ביד השנייה הגבילה הוראת השעה את תוקפה של תקנה 2(16), וקבעה כי זו תעמוד בתוקפה עד ליום 27.4.2020 בשעה 16:00. בכך תחמו התקנות את הזכות לצאת לבתי עלמין צבאיים לחלון זמנים צר של כחמישה ימים, מיום התקנת הוראת השעה ועד ערב יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ולנפגעי פעולות האיבה.

5. העותר הוא בנו של חיים סמדר ז"ל, שנרצח על ידי מחבלת מתאבדת ביום 29.3.2002 בפיגוע בסופרמרקט בקרית יובל בירושלים, עודנו נאבק במחבלת כדי להציל חיי אחרים. העותר, המבקש לעלות לקבר אביו ביום הזיכרון, מעלה שורה של טענות נגד תיקון מס' 6 והוראת השעה. ראשית, העותר טוען כי תיקון מס' 6 הותקן בחוסר סמכות, שכן הגורם המוסמך להתקינו אינו ממשלת ישראל, כי אם כנסת ישראל, הנדרשת לקיים דיון מקיף לגבי המגבלות שהוטלו מכוח התקנות. לעניין זה הפנה העותר לדבריו של המשיב 3, היועץ המשפטי לממשלה, שהתריע בפני ממשלת ישראל כי לא ניתן לקבוע הסדרים חקיקתיים חדשים באמצעות התקנת תקנות שעת חירום, מקום בו ניתן לעשות זאת באמצעות הכנסת (העותר מפנה לעתירה עקרונית שהוגשה לאחרונה לגבי סמכותה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום בעניין ההתמודדות עם נגיף הקורונה, שלעת הזו תלויה ועומדת (בג"ץ 2399/20 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה) (להלן: בג"ץ 2399/20)).

בנוסף, העותר טוען כי הפגיעה הכרוכה בהוראת השעה, גם אם נעשתה כחוק, וגם אם היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ונעשתה לתכלית ראויה, הרי שהיא בלתי סבירה ובלתי מידתית. בין היתר, נטען כי קיים ספק אם האמצעי שנבחר מגשים את התכלית, וכי ניתן היה להסתפק באמצעי פוגעני פחות, כגון חבישת מסיכה והקפדה על מרווחים בין באי בתי העלמין. במהלך הדיון הוסיף העותר והעלה אפשרויות שונות, שלא נזכרו בעתירה, כגון: הקמת מוקד שבו יירשמו המשפחות השכולות וכל מי שיירשם יוכל לצאת לדרכו ולהיכנס לבית העלמין; צמצום המשפחה הגרעינית רק לאחד מבני המשפחה תוך הגבלת גילו של הנציג; מתן הנחיות באיזה צד של הקבר יש לעמוד כדי לשמור על ריחוק; ופריסת הכניסה לבתי העלמין לכל אורך היום. עוד נטען כי הוראת השעה מפלה לרעה את הציבור המבקש להיכנס בשעריהם של בתי העלמין הצבאיים ופוגעת בעקרון השוויון. זאת, לנוכח ההיתר שניתן לאזרחים להשתתף בהפגנות ולצאת לקניות בחנויות מסחר. לטענת העותר, הערך הטמון במתן אפשרות למשפחות השכול

לעלות לקברי יקיריהם, בוודאי אינו נופל מהזכות להפגין או לקנות רהיטים. מכאן טענתו של העותר להפליה אסורה ולפגיעה בזכות לשוויון, זכות שאף היא נגזרת של כבוד האדם.

העותר טוען אפוא כי יש להורות על בטלותה של ההוראה המגבילה את הזכות להיכנס לבתי העלמין הצבאיים במהלך יום הזיכרון, ולחלופין כי יש לאפשר לבני המשפחה הגרעינית של חללי מערכות ישראל ונפגעי פעולות האיבה, לפקוד את קבר יקיריהם.

6. מנגד, המדינה טוענת כי ההחלטה להגביל את האפשרות להגיע לבתי העלמין, התקבלה בלב כבוד, אך בלית ברירה, וזאת כדי לשמור על בריאותם של בני המשפחות השכולות והציבור כולו. לטענת המדינה, המאפיינים של בתי העלמין, לרבות צפיפותם והיותם מגודרים, על פי רוב עם שערי כניסה בודדים, אינם מאפשרים הקפדה על כללי משרד הבריאות; ומכאן החשש להידבקות בנגיף במהלך פרק הזמן המצומצם שבו תישמע הצפירה וייערכו טקסי הזיכרון, שאז רבים פוקדים את בתי העלמין. לשאלת הסמכות, המדינה טוענת כי בשים לב לצורך הדחוף בגיבוש הסדר נקודתי ותחום בזמן, לא נפל פגם בכך שהדבר נעשה בדרך של התקנת תקנות שעת חירום, חלף קידום הליך חקיקה בכנסת; כי קידום ההסדר אושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה; כי ההסדר שנקבע גובש תוך התייעצות של גורמי המקצוע באגף משפחות, הנצחה ומורשת במשרד הביטחון ועם המועצה הציבורית להנצחת החייל הפועלת מכוח חוק בתי קברות צבאיים, התש"י-1950 (שחבריה הם בני משפחות שכולות); וכי גם ארגון משפחות נפגעי פעולות האיבה לא הביע הסתייגות ביחס להסדר.

לעצם ההסדר, המדינה טוענת כי ההסדר שנקבע הוא מידתי. בין היתר, נטען כי הוא מאפשר הגעה מדורגת של בני משפחות החללים במשך חמישה ימים; כי לא קיימת חלופה ריאלית המהווה אמצעי שפגיעתו פחותה; כי גם הגעתם של בני המשפחה הגרעינית בלבד טומנת בחובה סיכון בריאותי; וכי האמצעים של חבישת מסיכה ושמירת מרחק הם בבחינת אמצעים משלימים, שאינם מחליפים את הצורך במניעת התקהלויות. באשר לטענת העותר להפליה ופגיעה בשוויון, המדינה טוענת כי מדובר בהסדר שוויוני כלפי כלל האוכלוסיות; כי אין בסיס להשוואה בין סוגי הפעילויות השונים, שבבסיסם תכליות שונות, כגון השבת הפעילות למשק וחזרה למעגל העבודה. על כל פנים, גם לגבי החריגים אליהם התייחס העותר (הפגנות ומסחר), נקבעו תנאים שנועדו לצמצם התקהלויות לשמור על מרחק בין אנשים.

7. השבוע שבין יום השואה לבין יום העצמאות כמוהו כבין כסה לעשור עבור הציבור בישראל, שבוע שמסמל את המעבר משואה לתקומה. יום הזיכרון זכה לעיגון סטטוטורי בחוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, התשכ"ג-1963, ואף למעמד חוקתי בסעיף 9(ב) לחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שבמסגרתו עוגן כיום זיכרון רשמי של המדינה.

משפחות שכולות אינן נדרשות לחוק וליום זיכרון כדי לזכור את יקירם. בכל יום ויום הם זוכרים את "מי שהלך הוא לא ישוב עוד לעולם". כל משפחה מתאבלת בדרכה. כל משפחה מנציחה בדרכה. כל משפחה מתייחדת באבלה ביום הרת-עולם שבו התרגש עליה אסונה-שלה. אך ביום הזיכרון המילה התייחדות מקבלת משמעות מיוחדת – גם יחד וגם לחוד. בשעה 11:00 בבוקר נשמעת צפירת דומיה בת שתי דקות, ומאות אלפי אנשים, בבתי העלמין ברחבי הארץ, עומדים דום במבט מושפל. קהל רב ועצום, מנער ועד זקן, עומדים כתף-אל-כתף ליד קברם של הנופלים. משפחה, חברים, ידידים ומכרים מצטופפים כולם במעין "פגישת מחזור" ליד הקבר שאותו הם פוקדים. כל קבר לחוד אך באותה עת כל הקברים יחדיו. אין קבר ללא פוקד. גם ליד קברו של חלל שמשפחתו כבר הלכה לבית עולמה ואין מי שיפקוד את קברו, ניצב על משמרתו חייל צעיר, שיודע ומכיר את סיפורו ונסיבות נפילתו. בבית קברות צבאי ביום הזיכרון משפחת השכול הופכת למשך שעה אחת למשפחה מורחבת. בימים כתיקונם, הצפיפות והדוחק בבתי העלמין הצבאיים הם חלק מסממני יום הזיכרון, והמעבר מקברו של חבר לקברו של מכר אחר, קשה לעיתים כחתיירה נגד הזרם. אך הימים בהם אנו מצויים אינם כתיקונם:

"מגפת הקורונה שהחלה להתפשט ברחבי העולם לפני חודשים מספר וגבתה קורבנות רבים במדינות שונות, לא פסחה על מדינת ישראל ומאז שהתגלה כאן החולה הראשון לפני כחודשיים, אותרו בישראל עד כה למעלה מ-15,000 חולים מאומתים וכ-200 בני אדם נפטרו מן המחלה. מזה כחודש ספונים מרבית אזרחי ישראל בבתיהם ומערכת החינוך מושבתת. ענפי משק רבים מושבתים ואחרים עומדים בפני קריסה, או פועלים במתכונת מצומצמת, והפגיעה הכלכלית הנגרמת למשק עקב כך מדי יום מגיעה כדי למעלה ממיליארד שקלים; נתוני משרדי הממשלה מלמדים כי יש בישראל כיום למעלה ממיליון מובטלים. על ערים וישובים שלמים הוטל סגר ובמשך ימים ארוכים נאסר המעבר מעיר לעיר. פעילותו של נמל התעופה בן גוריון שובשה והושבתה כמעט לחלוטין. את חג הפסח חגגנו השנה בחוג בני המשפחה הגרעינית הגרים עימנו בלבד, והמצב בחלק

ממדינות העולם – ובכלל זה מדינות שלהן מערכת
בריאות מתקדמת ומפותחת – חמור עוד יותר" (דברי
הנשיאה א' חיות בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה,
פסקה 1 (26.4.2020) (להלן: עניין בן מאיר)).

8. החשש מפני מגפת הקורונה הביא להתקנת התקנות, ולראשונה בתולדות מדינת ישראל, נאסר על המשפחות השכולות לפקוד את קברי יקיריהם ביום הקדוש הזה. בהיבט זה, העתירה שהוגשה נוגעת בנימי הנפש של הציבור בישראל. וכפי שציין בא כוח העותר במהלך הדיון, בעתירה זו "כולנו בסירה אחת". אכן, אין לפנינו שני צדדים משני צידי המתרס.

הפגיעה בזכות החוקתית היא ברורה מאליה, ואין צורך להרחיב. מאחורי הפגיעה בחופש התנועה, מסתתרות פגיעות חוקתיות נוספות, כמו הפגיעה בחופש הביטוי, ולדידי, גם פגיעה באוטונומיה האישית. בהקשר שונה - יש שיאמרו בהקשר הפוך - אמרתי את הדברים הבאים:

"תשעים ותשע דרכים להנצחה. תשעים ותשע דרכים לבטא את השכול. כאן מונחת הליבה של חופש הביטוי, של האוטונומיה האישית, זו המעניקה לכל אדם את האפשרות לכתוב ולעצב את סיפור חייו על פי דרכו-שלו. בסיפור החיים של כל משפחה שכולה יש צער, כאב וגעגוע אין קץ ליקירה" (בג"ץ 3052/19 לוחמים לשלום בע"מ נ' שר הביטחון, פסקה 5 (6.5.2019)).

9. אין חולק שהאיסור על המשפחות השכולות לפקוד את בית העלמין ביום הזיכרון, היא בגדר פגיעה בזכות חוקתית. מול פגיעה חוקתית זו, מציבה הממשלה את השמירה על בריאותן של המשפחות ובריאות הציבור כולו, דהיינו, את הזכות לחיים. בדומה, נאמר בעניין בן מאיר כי "אל מול הזכות לפרטיות עומדת הזכות לחיים ולבריאות של אנשים ושל הציבור כולו – סכנת נפשות, פשוטה כמשמעה – וחשש ממשי לתפקודו של המשק בישראל" (שם, דברי השופט נ' סולברג בפסקה 4). אולם האיזון האופקי מול הזכות לחיים אינו סוף פסוק ואינו חורץ על-אתר את גורלה של העתירה לשבט. כפי שנזדמן לי לומר לאחרונה, "גם כשנגיף הקורונה מתהלך ברחובותינו המוזות אינן שותקות והביקורת הפרלמנטרית והשיפוטית אינן נאלמות דום. בימים אלה של מצב חירום, ובמיוחד בימים אלה, היד אינה צריכה להיות קלה על ההדק, והפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות צריכה להיות מידתית וממוקדת ככל שניתן" (בג"ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמות אלון נ' ממשלת ישראל (14.4.2020)).

10. ההסדרה של דיני החירום בישראל זכתה לעיגון בסעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה הקובע כלהלן:

התקנות 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.

מסעיף 39(ג) לחוק היסוד אנו למדים כי מעמדן של תקנות שעת חירום הוא כשל חוק, ונוכח תוקפן וגבורתן בכוחן "לשנות כל חוק", כך שהן גוברות על כל חוק רגיל. עם זאת, הכנסת, כרשות מכוננת, הגבילה את סמכותה של הרשות המבצעת גם בשעת חירום, ולצד מגבלת הזמן של שלושה חודשים, הטילה בסעיף 39(ד) לחוק היסוד מגבלה מהותית ולפיה אין בכוחן של התקנות להתיר פגיעה בכבוד האדם. "תמונת ראי" של הגבלה זו אנו מוצאים בפסקת ההגבלה זוטא הקבועה בסעיף 12 סיפא לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כלהלן:

יציבות החוק

12. אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו 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.

11. העתירה שלפנינו תוקפת תקנות לשעת חירום. כמו בעניין לוונטה, גם הפעם לא נדרש למגבלות על סמכות הממשלה מכוח סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, מאחר שבנושא זה תלויה ועומדת עתירה נפרדת בבית משפט זה (בג"ץ 2399/20 שהוזכר לעיל). עם זאת, איננו פטורים לבחון את התקנות באספקלריה של סעיף 12 סיפא לחוק היסוד, קרי, האם ההגבלה היא מידתית ולתכלית ראויה.

בעניין לוונטה עמדנו על כך שאין דרכו של בית משפט זה להתערב בענייני מדיניות של הרשות. כך בדרך כלל, כך במיוחד כאשר מדובר במדיניות המתבססת על נתונים מקצועיים מובהקים, וכך עוד יותר בעניינים מקצועיים הקשורים בבריאות הציבור. כך לגבי החלטות מינהליות, וכך עוד יותר לגבי חוק. כידוע, נקודת המוצא לבחינת חוקתיותו של חוק היא כי מדובר בחוק של הכנסת המבטא את רצון נבחר העם. מכאן הזהירות המיוחדת הנדרשת מבית המשפט, שלא בנקל יקבע כי חוק מסוים אינו חוקתי (ראו, מבין רבים, בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה ע"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין והאסמכתאות שם (11.9.2016)).

יכול הטוען לטעון כי זהירות יתר זו בעת בחינת חוקתיותו של חוק, מתעצמת עוד יותר כאשר בתקנות לשעת חירום עסקינן, הגוברות על חוק רגיל. מנגד, תקנות לשעת חירום מותקנות על ידי הממשלה, הרשות המבצעת, ולא על ידי הכנסת, וכשלעצמי, אני נוטה לדעה כי בשל כך, הביקורת השיפוטית על תקנות לשעת חירום צריכה להיעשות דווקא ביתר קפדנות. נותיר שאלה זו בצריך עיון (להרחבה בעניין הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכויות לשעת חירום, ראו דפנה ברק-ארז "חוקה למצבי חירום" 89 פורטוגל 671 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013)).

12. ומכאן לבחינת התקנות באספקלריה של פסקת ההגבלה-זוטא שבסעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לעניין התכלית אין צורך להכביר מילים, וגם העותר הסכים כי התכלית היא ראויה, כך שמטבע הדברים, השאלה מתמקדת במידתיות. נבחן אפוא את ההגבלות שבפנינו בפריזמת שלושת תתי-המבחנים של רכיב המידתיות.

13. מבחן הקשר הרציונלי: העותר הטיל ספק אם קיים קשר רציונלי מובהק בין האמצעי לבין התכלית של שמירה על שלום הציבור, אך דומה כי בדיון שבפנינו זנח טענה זו. מכל מקום, כדי שלא יהיו הדברים חסרים, אתיחס גם לטענה זו.

בימים אלה של קורונה, אכן קיימת מחלוקת עזה בין המומחים לגבי דרך ההתמודדות עם הנגיף ודרכי היציאה מהמגפה, אם "חיסון העדר" או בידוד וסגר, וכל מדינה בחרה לילך בדרכה-שלה בנושא זה. לא לנו להכניס את ראשנו למחלוקת מקצועית זו. מכל מקום, דומה כי קיים קונצנזוס כלל עולמי כי התקהלויות המוניות מהוות כר פורה להדבקה, והתוצאות הן מיידיות – בין אם מדובר במשחק כדורגל באיטליה ובין אם מדובר בעדלאידה בפורים בישראל. ענייננו ביום הזיכרון, יום יחיד ומיוחד, ועמדנו לעיל על כך שבתי העלמין הצבאיים עולים ביום זה על גדותיהם בהמוני אדם, שרובם מגיעים לבית הקברות במערך היסעים שהמדינה מעמידה לרשותם. סכנת ההידבקות ההמונית היא ברורה ומיידית.

14. מבחן הצורך/הנחיצות (האמצעי שפגיעתו פחותה): על פי מבחן-משנה זה יש לבדוק אם ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, המקיים את דרישת הקשר הרציונלי באותה מידה או אף במידה העולה עליה, אך שפגיעתו בזכות החוקתית ובזכות האדם היא קטנה יותר (ראו, מבין רבים, בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997) (להלן: עניין מנהלי השקעות); בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 796 (2003)).

כאמור, העותר הציע תחילה כי רק למשפחה הגרעינית תינתן האפשרות לפקוד את קברו של יקירם, ובמהלך הדיון, הציע להסתפק בנציג מבני המשפחה הגרעינית. בהצעה זו יש איסור והיתר בחדא מחתא: איסור על מי שאינו שייך למשפחה הגרעינית, להגיע לבית העלמין, והיתר למשפחה הגרעינית או לאחד מבניה בלבד לפקוד את בית העלמין. לא אכחד, כי בהצעה זו יש כדי להפחית באופן משמעותי את מספרם של הפוקדים את בתי העלמין.

אלא שקשה לראות כיצד ניתן לאכוף את צד האיסור תוך שמירה על כבוד המקום ועל רגשות בני המשפחות. מי שוטר או חייל עם לב של אבן, שביום זה יעמוד בפתח בית

העלמין ויסנן את הנכנסים בשאלה כואבת ונוקבת: מי אתה ומה קרבתך לחלל הטמון בבית עלמין זה? שלא לדבר על בדיקה ואימות של התשובה שיקבל. כשלעצמי, אני נכון להניח כי הציבור נכון ומבין כי אין להפר את האיסור, על מנת לאפשר רק למשפחה הגרעינית להתייחד עם אבלה. ועדיין, מדובר במספרים גדולים, ובצפיפות של ממש ליד חלקות הקבר. הורים, בני זוג ואחים – יש משפחה גרעינית קטנה ויש משפחה גרעינית גדולה. ומה לגבי הסבים והסבתות? ומה לגבי הנכדים והנכדות? בהקשר זה אזכיר כי לפי הנתונים שהציגה המדינה, כ-70% מבני המשפחות השכולות של חללי צה"ל הם בני 70 ומעלה, מה שמחדד את הצורך להקפיד הקפדה יתרה על מניעת התקהלויות, גם לצורך שמירה על בריאותם של בני המשפחות עצמם.

ההצעה שהועלתה לראשונה במהלך הדיון לצמצם את ההיתר לאחד מבני המשפחה, מעוררת קשיים מעשיים קשים, בסד הזמנים הדוחק. כפי שציין בפנינו בא כוח המדינה בתום ההפסקה הקצרה בדיון, ההצעה לא עומדת בהנחיות משרד הבריאות לגבי המרחקים בין האנשים, היא מעוררת בעיות לוגיסטיות, בין היתר, כאלה הקשורות בהיסעים לבתי הקברות וכמובן בעיות אכיפה. אך מעבר לקשיים המעשיים, הצעתו של העותר מעוררת קושי אנושי-רגשי. היא עלולה ליצור מחלוקות כואבות וקורעות לב – האם או האלמנה? האם או האב? היתום או האח? חזקה על המועצה הציבורית להנצחת החייל (שבה חברים, בין היתר, יו"ר ארגון יד לבנים ויו"ר ארגון אלמנות ויתומי צה"ל) והגורמים המקצועיים במשרד הביטחון, שהגיעו למסקנה כי הנזק הרגשי והאנושי הכרוך באפשרויות מעין אלה גדול מתועלתו.

15. נזכיר כי במסגרת מבחן המשנה השני, לא די להראות שקיים אמצעי אחר שפגיעתו בזכות פחותה. הדרישה היא שאותו אמצעי יגשים את התכלית באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 601, 545 (2009); בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פסקה 51 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2008)). "החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 388, 367 (1997)).

הצעתו של העותר לשחרר מהאיסור בתקנות את המשפחה הגרעינית או את נציגיה, היא בגדר הערכה גרידא לגבי מספר האנשים שיפקדו את בתי העלמין ביום הזיכרון והיא טומנת בחובה סיכון של ממש להידבקות המונית: "ייתכנו מצבים שבהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת

במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל-כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור" (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280 (2002)).

ולבסוף, פתחנו בכך שהתקנות פתחו חלון זמנים של כחמישה ימים, שבהם התאפשר למשפחות הנופלים להגיע אל בתי העלמין. גם באמצעי זה, היה כדי להקלות במידת-מה את הפגיעה.

סוף דבר, שהתקנות עומדות במבחן המשנה השני.

16. המידתיות במובן הצר: האמצעי שנקבע צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין עומק הפגיעה בזכות האדם החוקתית. בנקודה זו אנו חוזרים לכאבן של המשפחות השכולות, שלא ניתן להפריז בעומקו, אל מול התועלת שבשמירה על חיי אדם, וגם על היכולת של המדינה לצאת בהדרגה ובבטחה ממצב של בידוד וסגר חזרה לשגרה, גם אם לא שגרה של ימים רגילים. התקנות עומדות גם במבחן-משנה זה ואין צורך להאריך.

17. לבסוף, ולא אחרון בחשיבותו. ההסדר שנקבע בהוראת השעה, גובש תוך התייעצות של גורמי המקצוע באגף משפחות, הנצחה ומורשת במשרד הביטחון עם המועצה הציבורית להנצחת החייל (שחבריה הם בני משפחות שכולות), וגם ארגון משפחות נפגעי פעולות האיבה לא הביע הסתייגות ביחס להסדר. היועצות זו היא בעלת חשיבות, ויש בה כדי לתמוך במסקנה כי ההסדר שנקבע הוא מידתי ומאזן בצורה סבירה בין הפגיעה הכואבת בזכויות המשפחות השכולות וברגשותיהן, לבין הצורך להגן על בריאותן ועל בריאות הציבור (השוו לעניין לוונטהל בפסקה 25, שם הפנינו את תשומת לבו של המדינה לצורך להיוועץ עם הגורמים הרלוונטיים, ככל שהדבר ניתן).

18. לסיכום, ההסדר שעוגן בתקנות שעת חירום במסגרת תיקון מס' 6 לתקנות, המגביל את האפשרות לפקוד את בתי העלמין ומונע הגעה אליהם ביום הזיכרון, אינו בלתי חוקתי, ועל כן אין מקום להורות על ביטולו או על שינויו.

אי לכך, ועל אף הצער והכאב שעתירה זו עוררה בלב כולנו, איננו רואים מנוס מדחייתה.

סוף דבר, שהעתירה נדחית.

ניתן היום, ג' באייר התש"ף (27.4.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט