



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1107/21

בג"ץ 1157/21

בג"ץ 1337/21

בג"ץ 1638/21

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

העותרים בבג"ץ 1107/21 : אורן שמש ו-11 אח'
העותר בבג"ץ 1157/21 : עו"ד טל שחר
העותרים בבג"ץ 1337/21 : פלוני ו-10 אח'
העותרת בבג"ץ 1638/21 : התנועה למען לאיכות השלטון בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 1107/21 :
1. ראש הממשלה מר בנימין נתניהו
2. יו"ר הכנסת - ח"כ יריב לוין
3. ממשלת ישראל
4. שר הבריאות מר יולי אדלשטיין
5. שרת התחבורה גב' מירי רגב

המשיבים בבג"ץ 1157/21 :
1. ראש הממשלה
2. יו"ר הכנסת
3. ממשלת ישראל
4. שר הבריאות
5. שרת התחבורה

המשיבה בבג"ץ 1337/21 : מדינת ישראל - ממשלת ישראל

המשיבים בבג"ץ 1638/21 :
1. שרת התחבורה והבטיחות בדרכים
2. ועדת השרים לעניין ההתמודדות עם משבר הקורונה
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. הכנסת

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

כ' באדר התשפ"א (4.3.2021)
כ"ז באדר התשפ"א (11.3.2021)
א' בניסן התשפ"א (14.3.2021)

תאריכי הישיבות :

בשם העותרים בבג"ץ

: 1107/21

עו"ד בתיה זקס; עו"ד ירון דוד; עו"ד שירלי
הגדיש; עו"ד ריטה פרייס

בשם העותר בבג"ץ : 1157/21 בעצמו

בשם העותרים בבג"ץ

: 1337/21

עו"ד ולנטינה נלין

בשם העותרת בבג"ץ

: 1638/21

עו"ד תומר נאור; עו"ד הידי נגב

בשם משיבי הממשלה:

עו"ד יונתן ברמן; עו"ד שרון אבירם

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

האם רשאית המדינה להטיל על אזרחיה מגבלות על יציאה מישראל וכניסה אליה בשל התפרצות מגפת הקורונה, בדרך של קביעת מכסה מקסימלית למספר הנכנסים ארצה בכל יום והטלת חובה על מי שאינו מחוסן או מחלים לקבל אישור לצאת מהארץ – ובפרט האם רשאית המדינה לעשות כן בסמיכות למועד הבחירות לכנסת ה-24?

אלו הן השאלות המרכזיות העומדות לדיון בעתירות שלפנינו.

1. כשנה חלפה מאז פרצה מגפת הקורונה לחיינו. במהלך שנה זו נקטה הממשלה שורה של אמצעים חריגים ביותר במטרה להתמודד עם התפשטות הנגיף ולצמצם את נזקיו. חלק מאותם אמצעים כרוכים בפגיעה ממשית בזכויות יסוד חוקתיות ובימי שגרה לא ניתן היה להעלותם על הדעת. ב-20.12.2020 החל בישראל מבצע חיסונים חסר תקדים בהיקפו אשר נטע תקווה כי אנו מתקרבים לסופה של תקופה קשה ומורכבת זו. ואולם, בחודשים דצמבר 2020 – ינואר 2021 התפרץ בישראל גל תחלואה נוסף, חריג בהיקפו, שהתאפיין בגילוי וריאנטים (זנים) של הנגיף, המכילים מוטציות שיש להן השפעה על מהירות ההתפשטות של הנגיף, על הסיכון לתחלואה קשה וכן על יכולתו של החיסון ליתן מענה לווריאנטים אלה. להערכת גורמי המקצוע, התחלואה הגבוהה בגל האחרון של התפרצות הנגיף נבעה מהתפשטות של מה שכונה "הווריאנט האנגלי" (ובשמו המקצועי – B.1.1.7), שזוהה כווריאנט מדבק וקטלני יותר מהנגיף שהיה קיים בארץ עד לחדירתו של וריאנט זה. לנוכח החשש מפני "ייבוא" של וריאנטים נוספים, ובפרט של וריאנטים אשר לגביהם האפקטיביות של החיסון היא פחותה או אינה ידועה (בהקשר זה צוין במיוחד הווריאנט שמקורו בדרום אפריקה ואשר ממצאים קליניים

ראשוניים מעלים כי החיסון פחות יעיל ביחס אליו) ואשר עלולים לסכן את תוצאותיו של מבצע ההתחסנות, הטילה הממשלה החל מסוף חודש ינואר 2021 מגבלות שונות על היציאה מישראל והכניסה אליה.

2. מרבית העותרים בעתירות שלפנינו ובעתירות נוספות שהתייתרו בינתיים בנסיבות שיתוארו להלן, הם אזרחי ישראל ותושביה שנקלעו למצוקה בין משום שלא התאפשרה חזרתם ארצה ובין משום שלא התאפשרה יציאתם מישראל בשל שורה של הגבלות שהטילה הממשלה על הכניסה לישראל והיציאה ממנה בתקנות שהתקינה מכוח תיקון מס' 6 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: תיקון מס' 6 לחוק הסמכויות). תקנות אלה עברו מאז הגשת העתירות שינויים לא מעטים שעליהם נעמוד בהמשך הדברים, אך חלק מן ההגבלות שהוטלו מכוחן עומדות בתוקפן גם בעת הזו. בעקבות שינויים אלה ניתנה לעותרים האפשרות לתקן את עתירותיהם וחלק מן העתירות אף התייתרו, כאמור. לקראת הדיון בעתירות המתוקנות צורפה עתירה נוספת שהגישה העותרת בבג"ץ 1638/21 – התנועה למען איכות השלטון בישראל (להלן: התנועה) – אשר מתמקדת בהשפעת מגבלות הכניסה לישראל על הזכות להצביע בבחירות הקרובות לכנסת ה-24.

מכיוון שמעת הגשת העתירות ועד עתה התקיימו שלושה דיונים והמצב המשפטי השתנה יותר מפעם אחת, יש לעמוד בקצרה על השתלשלות העניינים וההתפתחויות שחלו בהסדרים החלים על מי שמבקש לצאת מישראל ולהיכנס אליה.

השתלשלות העניינים

3. בשל העלייה החדה בתחלואה ולנוכח עמדת גורמי המקצוע לפיה תחלואה זו נגרמת בשל התפשטותו של הווריאנט האנגלי, הוחמרו מגבלות התנועה החל מחודש ינואר 2021 ועוד טרם שנחקק תיקון מס' 6 לחוק הסמכויות. כך, הוגבלה היציאה מהבית לצורך טיסה אל מחוץ לישראל למטרות חיוניות בלבד (תקנה 5 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הידוק הגבלות), התשפ"א-2021). עוד נקבע כי כל נוסע ששהה מחוץ לישראל מעל ל-72 שעות חייב להציג כתנאי לעלייה לטיסה לישראל תוצאה שלילית של בדיקת קורונה שהתבצעה במהלך 72 השעות שקדמו לטיסה (ראו תיקון מס' 7 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלות על הפעלת שדות תעופה וטיסות), התש"ף-2020 (להלן: תקנות הגבלת התעופה), שנכנס לתוקפו ביום 23.1.2021). בתחילה התאפשרה הצגת תעודת מחלים או מתחסן חלף תוצאת בדיקה שלילית, אך החל מיום 11.2.2021

הוטלה החובה להציג בדיקה כאמור גם על מחוסנים ומחלימים (ראו תיקון מס' 11 לתקנות הגבלת התעופה, וכן תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (חובת ביצוע בדיקה בכניסה לישראל), התשפ"א-2021 (להלן: תקנות חובת בדיקה)).

ביום 25.1.2021 אישרה הממשלה את תיקון מס' 8 לתקנות הגבלת התעופה, אשר במסגרתו צומצם מספר הטיסות הנכנסות לישראל ונאסרה כניסת טיסות נוסעים של חברות תעופה זרות (מסחריות ופרטיות). במקביל, הוטלו הגבלות שונות על חברות התעופה הישראליות, והוחלט על הפעלת טיסה יומית בקו ת"א-פרנקפורט-ת"א במטרה לאפשר יציאה חיונית מישראל ושיבה אליה. שדה התעופה של פרנקפורט נבחר, כעולה מתגובות המשיבים לעתירות דנן, בשל היותו שדה מרכזי באירופה ממנו מתאפשרות טיסות המשך למגוון יעדים, וכן לנוכח עמדת גורמי המקצוע במשרד הבריאות לעניין רמת התחלואה בגרמניה.

4. ביום 3.2.2021 אושר במליאת הכנסת תיקון מס' 6 לחוק הסמכויות, אשר פורסם ברשומות ביום שלמחרת. במסגרת התיקון נוסף לחוק סעיף 7א, אשר מסמיך את הממשלה להתקין תקנות להגבלת הכניסה לישראל והיציאה ממנה ככל ששוכנעה, על סמך חוות דעת אפידמיולוגית מטעם משרד הבריאות, כי קיים סיכון מוגבר להגעת חולים לישראל ממדינות מסוימות או מכל המדינות; כי כניסה לישראל ממדינות כאמור עלולה להביא להחמרה ברמת התחלואה בישראל; וכי אין די בדרכי פעולה חלופיות על מנת להתמודד עם סיכונים אלה. עוד קובע הסעיף כי התקנת תקנות כאמור מותנית בכך שהממשלה שקלה את "הצורך בתקנות מול מידת הפגיעה בזכות הכניסה לישראל והיציאה ממנה לפי סעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהתחשב, בין השאר, בפרק הזמן הרצוף של הגבלת כניסה ויציאה כאמור" (סעיף 7א(ב)(3) לחוק הסמכויות). תיקון מס' 6 מותיר לממשלה את שיקול הדעת בנוגע לטיב ההגבלות, אך מדגיש כי לא ניתן לאסור על "יציאה מישראל של מי שאינו אזרח ישראלי ושאין בידו אשרה ורישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, ושל מי שיוצא מישראל אל מקום מגורים קבוע מחוצה לה" (סעיף 7א(א)(1) לחוק הסמכויות). נוסף על כך, סעיף 7א(ג) לחוק מורה על הקמת ועדת חריגים אשר תבחן ותאשר כניסה ויציאה במקרים פרטניים בהתאם לסייגים שיפורטו בתקנות.

5. מכוח תיקון מס' 6 לחוק הסמכויות הותקנו ביום 5.2.2021 תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת היציאה מישראל והכניסה אליה), התשפ"א-2021 (להלן: תקנות היציאה והכניסה). תקנות אלה נכנסו

לתוקפן ביום 7.2.2021 בשעה 7:00 ובהתאם לאמור בהן על פי נוסחן המקורי, חל איסור על יציאה מישראל ועל כניסה אליה אלא אם ניתן לכך אישור של ועדת החריגים. הסייגים שחלו על איסור היציאה מישראל ושאותם הוסמכה ועדת החריגים לבחון פורטו בתקנה 4 וכללו קבלת טיפול רפואי חיוני ודחוף; השתתפות בהלוויה של קרוב משפחה מדרגה ראשונה; השתתפות של ספורטאי מקצועי בתחרות; ו"סעיף סל" שלפיו תאפשר יציאה מישראל לצורך הומניטרי או צורך אישי מיוחד. הסייגים שחלו על איסור הכניסה פורטו בתקנה 5, והבחינו בין אזרחים ותושבים (וכן בני זוגם והוריהם) למי שאינם כאלה, וכללו אף הם "סעיף סל" לפיהם תאפשר כניסה לישראל בהינתן צורך הומניטרי או צורך אישי מיוחד. עוד נקבע כי תאשר כניסתו של מי שיצא כדין מישראל בהתאם למגבלות שחלו בעת יציאתו, ומקום מגוריו הקבוע הוא בישראל. לצד ועדת החריגים שהוקמה לבחינת המקרים הפרטניים כאמור (סעיף 7א(ג) לחוק הסמכויות), הוקמה גם ועדת השגות על החלטותיה של ועדת החריגים, והחלטותיה של ועדת ההשגות נתונות לביקורת שיפוטית בבית המשפט לעניינים מנהליים (סעיף 7א(ח) לחוק הסמכויות).

6. במקביל התקינה הממשלה את תיקון מס' 10 לתקנות הגבלת התעופה, אשר נכנס לתוקף ביום 7.2.2021 ומכוחו הוטל, בין היתר, איסור על הפעלת כלי טיס הנושאים נוסעים לישראל או ממנה אלא אם כל הנוסעים רשאים להיכנס לישראל או לצאת ממנה בהתאם לתקנות היציאה והכניסה (תקנה 1א). עוד נקבע, בין היתר, כי טיסות "חילוץ" לישראל (המכונות "טיסות ציבוריות") תאשרנה רק אם הן מופעלות על ידי חברת תעופה ישראלית (אך הגבלה זו בוטלה בהמשך). עד ליום 21.2.2021 קבע "צוות מנכ"לים", שפעל מכוח תקנות הגבלת התעופה בנוסחן דאז, מגבלה מקסימלית של 600 נוסעים נכנסים ביום דרך נתב"ג, ואישר את קיומן של טיסות ציבוריות קבועות מניו יורק ופרנקפורט; לצד זאת אושרה טיסה ציבורית אחת מדובאי וכן "טיסות ייעודיות" לצרכים מדיניים, הומניטריים, הבאת עולים חדשים ועוד, שנוסעיהן אינם נכללים במכסה המקסימלית שנקבעה לנוסעים נכנסים. תיקון מס' 12 לתקנות הגבלת התעופה, שהותקן כשבועיים לאחר תיקון מס' 10 ונכנס לתוקפו ביום 21.2.2021, קבע מכסה יומית של 2,000 נכנסים ו-2,000 יוצאים, תחת "משטר" של ועדת חריגים. מכסה זו נקבעה כאמת מידה עבור מפעיל שדה התעופה ואותה עליו "לתרגם" להקצאת חלונות זמן לטיסות נוחות ויוצאות (סלוטים) על בסיס חישוב של קיבולת המושבים בכל הטיסות באותו יום, ובהתחשב במקדם התפוסה הממוצע של הטיסות בימים קודמים. עוד נקבע כי טיסות ציבוריות מניו-יורק ומפרנקפורט תתקיימנה ללא צורך באישור מטעם גורם ממשלתי.

גם לאחר הגדלת המכסה היומית בתיקון מס' 12, הוגבלה תחילה מכסת הנוסעים הנכנסים על ידי הגורמים הרלוונטיים ל-600 נוסעים ביום, בשל קשיים ביישום המתווה

שעמד בתוקפו באותה עת על פי הכרזות מתחדשות מטעם הממשלה, ואשר מכוחו חויבו הנוסעים הנכנסים בבידוד למשך 14 ימים (או 10 ימים בהצגת שתי בדיקות שליליות) במקומות בידוד מטעם המדינה ("מלונות"). למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 7.3.2021 ביטלה הממשלה בעיקרו של דבר את חובת הבידוד הגורפת במלונות שחלה על נוסעים נכנסים.

7. ביום 6.3.2021 החליטה הממשלה על תיקונים נוספים במערך ההגבלות שהוטלו על הכניסה לישראל ועל היציאה ממנה. מדובר בתיקון מס' 4 לתקנות היציאה והכניסה ובתיקון מס' 13 לתקנות הגבלת התעופה. תיקונים אלה נכנסו לתוקפם ביום 7.3.2021 ובמסגרתם הוכנסו מספר שינויים מהותיים בתקנות הגבלת התעופה ובתקנות היציאה והכניסה, שתוקפן הוארך לעת הזו עד 20.3.2021. ואלה עיקרי התיקונים:

- ביחס ליציאה מישראל נקבע כי מחוסנים, מחלימים וזרים רשאים לצאת מישראל ללא צורך באישור ועדת חריגים; ישראלים המבקשים לצאת למקום מגורים קבוע בחו"ל רשאים לצאת בכפוף להגשת הצהרה ומסמכים מתאימים לוועדת החריגים; וישראלים שאינם מחוסנים או מחלימים אשר מבקשים לצאת מישראל ולשוב אליה בסמוך לאחר מכן, נזקקים לאישור ועדת חריגים בהתאם לתנאים הקבועים בתקנה 4 לתקנות היציאה והכניסה.

- ביחס לכניסה לישראל: אזרחים ותושבי קבע רשאים להיכנס לישראל דרך נתב"ג ללא צורך באישור ועדת חריגים. כניסתם של זרים תתאפשר לפי החלטת משרד הפנים, ובשים לב לכך שבהתאם לנוהל שנקבע לעניין זה, עד יום הבחירות (23.3.2021) יש להעדיף כניסת ישראלים כדי לאפשר להם להצביע. כמו כן, הועלתה מכסת הנכנסים ל-3,000 נוסעים ביום, ונקבע כי הקצאת חלונות הזמן לטיסות נכנסות תתבצע "בשים לב למספר הנכנסים ממעברים יבשתיים" לפי תקנה 3 לתקנות היציאה והכניסה (תקנה 1א(ד)(1) לתקנות הגבלת התעופה).

- יעדי טיסות: במסגרת תיקון לתקנה 1א(ד)(2) לתקנות הגבלת התעופה נוספו שישה יעדים לטיסות ציבוריות ואלה נתאפשרו בהתאם משמורת היעדים הבאים: פרנקפורט, ניו יורק, קייב, ניו ג'רזי, לונדון, הונג קונג, פריז וטורונטו. לצד יעדים אלה הוסמכה שרת התחבורה והבטיחות בדרכים, בהסכמת שרי הבריאות והחוץ, להוסיף טיסות נקודתיות מיעדים נוספים בהתאם לצורך (תקנה 1א(ה) לתקנות הגבלת התעופה).

8. תיקון מס' 14 לתקנות הגבלת התעופה, שחל על טיסות שמועד המראתן הוא החל מיום 16.3.2021, ביטל את מגבלת היעדים שמהם ניתן להפעיל טיסות לישראל. תיקון אחרון זה בשרשרת התיקונים והשינויים שתוארו לעיל, מותיר בתוקפן שתי מגבלות משמעותיות על הכניסה לישראל ועל היציאה ממנה החלות על אזרחי המדינה ותושביה מכוח תקנות הגבלת התעופה ומכוח תקנות היציאה והכניסה: (1) ישראלים שאינם מחוסנים או מחלימים נזקקים לאישור של ועדת חריגים לצורך יציאה מהארץ (תקנות 3-4 לתקנות היציאה והכניסה; להלן: מגבלת היציאה מהארץ למי שאינם מחוסנים); ו-(2) הכניסה לישראל בטיסות בינלאומיות מוגבלת למכסה של 3,000 נוסעים ביום (תקנה 1א(ד)(1) לתקנות הגבלת התעופה; להלן: מגבלת מכסת הנכנסים).

על המבקשים להיכנס לישראל, לרבות מחוסנים ומחלימים, חלה חובה להציג בדיקה שלילית שנערכה לכל היותר 72 שעות לפני העלייה לטיסה, וכמו כן עוברים הנכנסים ארצה בדיקת קורונה נוספת בנמל התעופה לאחר הנחיתה (תקנה 3 לתקנות חובת בדיקה). עוד יצוין כי כל הנכנסים ארצה מחויבים בבידוד, למעט מחוסנים ומחלימים (ראו סעיף 2(ט) לצו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: צו בידוד בית)). משבוטלה לעת הזו חובת הבידוד במלוניות, על הנכנסים לקיים חובה זו בביתם או ב"מקום אחר שניתן לקיים בו את תנאי הבידוד" (סעיף 2(א) לצו בידוד בית).

9. בתגובותיהם לעתירות ציינו משיבי הממשלה כי שיעור ההקפדה על בידוד ביתי בקרב החוזרים מחו"ל אינו מעודד. ממנהלת האכיפה הארצית נמסר כי נכון להיום מוקצים 164 מפקחים לפיקוח על קיום הבידוד של החוזרים מחו"ל, וכי גובשה רשימה של 127 מפקחים נוספים הנמצאים בתהליכי קליטה והצבה ביחידות האכיפה (פסקה 65 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה מיום 14.3.2021). עוד עדכנו משיבי הממשלה כי בימים אלו מצויה בשלבים מתקדמים הצעת חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (תיקון מס' 7) (בידוד בפיקוח טכנולוגי של אדם שנכנס לישראל), התשפ"א-2021 – שעניינה בקיום בידוד ביתי בפיקוח טכנולוגי ("צמיד אלקטרוני"), או במלונית ככל שהמבודד אינו מסכים להקצאת הצמיד.

הדיונים בעתירות

10. שלוש מתוך ארבע העתירות שלפנינו (כולן פרט לעתירת התנועה) הוגשו לפני תיקון מס' 13 לתקנות הגבלת התעופה ותיקון מס' 4 לתקנות היציאה והכניסה. על פי

המצב המשפטי ביום 4.3.2021, בעת שהתקיים הדיון המקדמי הראשון בעתירות, נדרש אישורה של ועדת חריגים הן לכניסה והן ליציאה מישראל; מחוסנים ומחלימים לא היו פטורים מחובה זו; הוחלה מכסה יומית מקסימלית של 2,000 נוסעים יוצאים ו-2,000 נוסעים נכנסים; וטיסות חילוץ סדירות הותרו רק מניו-יורק ומפרנקפורט. בעתירות המקוריות נטען כי הסדר זה הוביל לפגיעה בלתי-מידתית בזכויותיהם של העותרים, כמו גם של אזרחים ותושבים רבים אחרים, לכניסה וליציאה מישראל. העותרים טענו כי חלקם אינם יכולים להגיע למקומות שמהם יוצאות טיסות חילוץ; כי חלקם הפכו לשוהים בלתי חוקיים במדינות שבהן הם נמצאים; כי חלקם אינם יכולים לשאת בעלויות הכרוכות בהגעה ארצה דרך אחד מהיעדים הספורים שמהם ניתן היה, עד לאחרונה, לקיים טיסות חילוץ; כי חלקם נתקלים בקשיים רפואיים ואחרים; וכי מגבלת היעדים יוצרת צורך של אזרחים רבים בהחלפת טיסות (קונקשן), אשר גורר עלויות כלכליות, מקשה על תכנון צעדיהם ומגדיל את הסיכוי לחשיפה לנגיף. חלק מן העותרים העלו טענות בנוגע לחוקתיותו של תיקון מס' 6 לחוק הסמכויות, ואחרים מיקדו טענותיהם בפגיעה הנובעת מהתקנות. העותר בבג"ץ 1157/21 מיקד את עתירתו בפגיעה הנגרמת לזכויותיהם של המחוסנים והמחלימים כתוצאה מן המגבלות הקבועות בתקנות.

במהלך הדיון המקדמי הראשון שהתקיים כאמור ביום ה', 4.3.2021, התייחסה ראש שירותי בריאות הציבור, ד"ר שרון אלרעי-פרייס, לטעם המרכזי אשר בגינו, לגישתה, נדרשת הטלת ההגבלות שעמדו אז בתוקפן, ובמילותיה: "אם אנשים היו נכנסים מחו"ל ושומרים על הבידוד הם לא היו מדבקים אף אחד" (עמ' 12 שורות 18-19 לפרוטוקול הדיון). על הקושי הכרוך באכיפת חובת בידוד הבית באופן אפקטיבי, הוסיפה ד"ר אלרעי-פרייס את הקושי הכרוך בביצוע בדיקות בנתיב ג. בא-כוח משיבי הממשלה ציין מצידו כי בתוך ימים ספורים צפוי שינוי מהותי בנוסח התקנות, ועל כן הוחלט באותו שלב שלא להיכנס לעובי הקורה ולקיים דיון מקדמי נוסף בעתירות בתוך שבוע, תוך מתן אפשרות לעותרים לתקן את עתירותיהם ככל שהדבר יידרש לאחר שינוי התקנות כאמור.

11. כפי שפורט לעיל, ביום א', 7.3.2021, נכנסו לתוקפם תיקון מס' 13 לתקנות הגבלת התעופה ותיקון מס' 4 לתקנות היציאה והכניסה, ובהתאם להם לא נדרש עוד אישור מוועדת חריגים לשם הכניסה ארצה; אישור מוועדת חריגים לשם יציאה מהארץ נדרש רק עבור מי שאינו מחלים או מחוסן; נקבעה מכסה מקסימלית של 3,000 נוסעים נכנסים ביום; והוגדרו שמונה יעדים שמהם ניתן לבצע טיסות ציבוריות. על רקע זה התייתרו שתיים מן העתירות המקוריות וביום 11.3.2021 קיימנו דיון מקדמי נוסף בעתירות הנותרות ואליהן צורף הדיון בעתירת התנועה. העתירות המקוריות תוקנו

בהתאם למצב המשפטי החדש שנוצר בעקבות תיקון התקנות ועתירת התנועה התמקדה בפגיעה בזכות לבחור, נוכח המגבלות המוטלות על כניסת אזרחים לישראל בסמיכות למועד הבחירות לכנסת ה-24. בין היתר, העלתה התנועה טענות בדבר קיומן של חלופות שפגיעתן פחותה, ובהן שימוש בשדות תעופה נוספים בארץ; שימוש בטרמינל 1 בנתב"ג, בנוסף לטרמינל 3; שימוש באמצעים טכנולוגיים לצורך הגברת הפיקוח על הבידוד הביתי; ותגבור אכיפת הבידוד הביתי.

12. לאחר הדיון מיום 11.3.2021 הוצא בעתירות צו על תנאי הקובע:

ניתן בזאת צו על תנאי המופנה כלפי משיבי הממשלה ומורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא תבטלנה תקנה 4 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת היציאה מישראל והכניסה אליה), התשפ"א-2021; ותקנות 1א(ד)(1) ו-1א(ד)(2) לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלות על הפעלת שדות תעופה וטיסות), התש"ף-2020 – במובן זה שלא יידרש אישור מטעם ועדת החריגים לשם יציאה מישראל; שלא תוטל מכסה יומית מקסימלית של 3,000 נוסעים נכנסים לישראל דרך שדות התעופה הבין-לאומיים; ושלא יוגבל מספר היעדים שלגביהם ניתן להקצות חלונות זמן לנחיתה או להמראה של טיסות נוסעים ציבוריות.

בהינתן הצורך להוסיף ולדון בעתירות בדחיפות לאחר הוצאת הצו על תנאי, הורינו על קיום דיון בהתנגדות ביום א', 14.3.2021 בשעות אחר הצהריים. כתב התשובה מטעם משיבי הממשלה ועיקרי הטיעון מטעם העותרים הוגשו על פי הוראתנו שעות ספורות לפני קיום הדיון.

13. במסגרת כתב התשובה מטעמם, עדכנו משיבי הממשלה כי בעקבות הערות בית המשפט והצו על תנאי שניתן, התקיימה ביום 11.3.2021 התייעצות בראשות המשנה לראש המל"ל ובהשתתפות נציגי משרד התחבורה, משרד הבריאות, המשרד לביטחון פנים, משרד החוץ, משרד המשפטים וכן גורמי אכיפה ומנהל נתב"ג. בישיבה זו הבהירו גורמי משרד הבריאות שהטעם המקצועי שעומד בבסיס ויסות הכניסה לישראל והיציאה ממנה – "החשש מפני כניסת וריאנטים מחו"ל" – בעינו עומד, וכי בשים לב לקשיים באכיפת הבידוד הביתי בעת הזו, לא ניתן להסיר כליל את המגבלות שהוטלו. עוד עדכנו המשיבים כי בישיבת הממשלה שהתקיימה ביום 14.3.2021 הוחלט לבטל את מגבלת היעדים, אך סוכם שמכסת הנכנסים לישראל בטיסות בינלאומיות תמשיך לעמוד על 3,000 נוסעים ביום.

"מרכז הכובד" של הטענות שהציגו משיבי הממשלה בכתב התשובה להצדקת ההגבלות, התמקד בחשש מפני כניסתם של וריאנטים מסוכנים ואילו הקשיים התפעוליים שעליהם הורחב הדיבור בדיונים הקודמים – המגבלה על הקיבולת בנתב"ג ובעיות באכיפת הבידוד הביתי – זכו להתייחסות מועטה ביותר במסגרת כתב התשובה. ובמילותיהם של משיבי הממשלה:

"[...] נכון להיום, לא ניתן לדעת מהיכן תגיע הסכנה ולמקד את פעולות המניעה. לפיכך, ובשים לב לכך ש'יבואם' של הווריאנטים האמורים וכן וריאנטים נוספים לישראל על-ידי מי שנדבק לחו"ל, עלול להוות סכנה ממשית לעלייה בתחלואה ובתמותה וסכנה ממשית לבריאות הציבור בישראל, ואף לפגוע במבצע החיסונים המתקיים בימים אלו; נדרש היה לנקוט בצעדים למזעור הסיכון הנגרם מכניסת הווריאנטים לישראל, וזאת על-דרך של ויסות כמות הנכנסים והיוצאים מישראל, בעת הנוכחית" (פסקה 99 לכתב התשובה; ההדגשה במקור).

במהלך הדיון בהתנגדות הוסיפה ראש שירותי בריאות הציבור, ד"ר שרון אלרעי-פרייס, והדגישה את החשיבות הגדולה שמייחסים גורמי המקצוע במשרד הבריאות לפתיחה זהירה ומדודה של שער הכניסה הראשי לישראל – נמל התעופה בן גוריון. ד"ר אלרעי-פרייס הסבירה שבעת הזו אין ריצופים גנומיים שיטתיים של וריאנטים במרבית מדינות העולם, ועל כן לא ניתן לצפות מהיכן יגיעו וריאנטים המסכנים את בריאות הציבור. עוד הוסיבה כי עד אשר מתבררת משמעותו הקלינית של וריאנט חדש, נרשמת הדבקה ניכרת במדינת המוצא שלו והוא מופץ למדינות אחרות. בנסיבות אלה, ובהתחשב בסיכון שנשקף מכניסתו ארצה של וריאנט שיעילות החיסון נגדו פחותה, טענו משיבי הממשלה כי יש לאמץ את עיקרון "הזהירות המונעת" ולנקוט באמצעים מתאימים הבאים לידי ביטוי במגבלות המעודכנות שהוטלו.

תמצית טענות הצדדים

14. העותרים כולם טוענים כי התקנות שהותקנו מכוח תיקון מס' 6 לחוק הסמכויות פוגעות בחופש התנועה ובזכותם של אזרחי המדינה להיכנס לישראל ולצאת ממנה. עוד נטען כי ההגבלות שהוטלו מונעות את מימושן של זכויות יסוד אחרות כגון הזכות לחיי משפחה ולחופש העיסוק. פגיעה קשה זו, כך העותרים, אינה צולחת את מבחני פסקת ההגבלה: לטענת העותרים, ההגבלות אינן עולות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; לא ניתן לאתר תכלית ראויה שעומדת בבסיסן; והפגיעה

שנובעת מהן אינה עומדת במבחן המידתיות המשולש. בעתירת התנועה נטען עוד כי הפגיעה בזכות היסוד של אזרחי המדינה להיכנס לישראל "מתעצמת לאין ערוך" בעת הזו לנוכח הפגיעה הנוספת הנגרמת בעקבות כך בזכות החוקתית לבחור, המעוגנת בחוק-יסוד: הכנסת ומבטאת עקרונות דמוקרטיים חשובים של שוויון וחופש ביטוי. התנועה סבורה אפוא כי השילוב בין טיב ההגבלות ובין החלתן בסמוך למועד הבחירות, מוביל לפגיעה חמורה ובלתי-מידתית בזכויות אזרח המצדיקה התערבות שיפוטית.

15. משיבי הממשלה, מצדם, סבורים כי בנקודת הזמן הנוכחית אין עילה להתערבות במגבלות נושא העתירות המתוקנות, בהינתן העובדה שנעשות כל העת פעולות לפתיחה הדרגתית של השמיים – בייחוד בשים לב לבחירות הקרבות – אך זאת תוך מתן מענה לחשש מפני כניסת וריאנטים העלולים לסכן את ההישגים המשמעותיים שהושגו בעקבות מבצע החיסונים. לטענת משיבי הממשלה, המגבלות הנוכחיות משקפות איזון בין הזכויות והאינטרסים הנוגדים שעומדים על הפרק, לרבות הסמיכות למועד הבחירות. משיבי הממשלה מוסיפים ומציינים כי ההגבלה על היציאה מישראל משקפת את ההבנה שכל מי שמבקש לצאת מישראל לתקופה קצרה צפוי לבקש להיכנס אליה במועד קרוב ועל כן נדרש לווסת גם את מספר היוצאים. עם זאת, מי שאינם אזרחים או תושבים ומי שמקום מגוריהם הקבוע הוא מחוץ לישראל, פטורים מהחובה לבקש את אישור ועדת החריגים ליציאה מישראל ובאיזון הנדרש פטורים מכך גם המחסונים והמחלימים. על כן, לטענת משיבי הממשלה, ההגבלות על היציאה מישראל משרתות אף הן באופן מידתי את התכלית המבקשת למנוע את כניסתם של וריאנטים מסוכנים ארצה.

דיון והכרעה

16. תיקון מס' 6 לחוק הסמכויות הסמיך את הממשלה להטיל הגבלות על הכניסה לישראל ועל היציאה ממנה. בימים כתיקונם, כפי שציינו בפתח הדברים, אין להעלות על הדעת הטלת הגבלות מסוג זה על אזרחי המדינה ותושביה. אך הימים אינם ימים כתיקונם, והזכות להיכנס לישראל ולצאת ממנה שבסעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיו "כל אדם חופשי לצאת מישראל" ו"כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל" – אינה מוחלטת. זאת, בדומה ליחסיותן של זכויות יסוד אחרות. אך הפגיעה בה כפופה למבחני פסקת ההגבלה ובכללם מבחני המידתיות והאיסור על פעולה שרירותית (למסקנה דומה במשפט זכויות האדם הבינלאומי, ראו והשוו: פרנסס רדאי "הגבלות על זכות היציאה מישראל והכניסה אליה במסגרת המאבק בהתפשטות נגיף הקורונה לאור משפט זכויות האדם הבינלאומי" מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט

הבינלאומי בישראל (10.3.2021) (נספח 6 לעתירה המתוקנת בבג"ץ 1107/21); יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כג 69, 8377- (התשנ"ד) (להלן: זילברשץ).

הצו על תנאי שניתן בעתירות דגן מתמקד בהגבלות שהוטלו בתקנות היציאה והכניסה וכן בתקנות הגבלת התעופה, כנוסחן המתוקן והמעודכן, ובהתאם לו השאלה המרכזית הצריכה הכרעה היא אם הגבלות אלה נוכח מהותן, התמשכותן וסמיכותן למועד הבחירות – הן חוקתיות.

הפגיעה בזכויות שנגרמת מכוח ההגבלות

"הבית זה מקום שאם אתה צריך לשוב אליו תמיד פתוחה בו דלת לקראתך"
(*"פלורידה"* - נתן יונתן)

17. דומה כי אין צורך להכביר מילים על חשיבותה של הזכות הנתונה לאזרח לצאת ממדינתו, ולא פחות – הזכות לשוב אליה. זכויות אלו נמנות עם זכויות היסוד המרכזיות בכל משטר דמוקרטי, והן הוכרו ככאלה בישראל עוד קודם לעיגוןן בסעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על מעמדן הרם עמד בית משפט זה סמוך לאחר קום המדינה בקבעו כי "חופש האדם לצאת ולבוא בתחום המדינה כאוות נפשו" הוא "אחד מיסודות החיים הקונסטיטוציוניים" (בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480, 1486 (1951)), ועוד נקבע כי "חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרה, כדבר המובן מאליו, בכל מדינה בעלת משטר דימוקרטי" (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536 (1953)). אכן, בבסיס הזכות לצאת ממדינת אזרחותו של אדם ולהיכנס אליה ניצבת הזכות לחופש תנועה, אשר הוכרה בפסיקתנו כ"זכות-על, בעלת עוצמה ומעמד מיוחד בין זכויות וחירויות היסוד של הפרט" (בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 10 (12.1.2006)) הנגזרת "מהיותו של אדם בן חורין ומאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית, ומהיותנו חלק מהקהילייה הבינלאומית" (בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 506 (1994)).

18. שלילת הזכויות לצאת ממדינת ישראל ולהיכנס אליה מובילה, לרוב, לפגיעה בזכויות יסוד נוספות, ומכאן החשיבות הרבה שיש לייחס להגנה עליהן. כך, מימוש הזכויות להיכנס למדינה ולצאת ממנה עשוי להוות תנאי למימושן של זכויות יסוד כגון חופש העיסוק, קיום חיי משפחה, חופש ההתאגדות, הזכות לחינוך ועוד (זילברשץ, בעמ' 88-89). והא ראייה – רבים מן העותרים שבפנינו מלינים לא רק על היעדר היכולת לצאת

מהארץ או לשוב אליה, אלא גם על פגיעות נלוות בזכויות נוספות, ובהן הזכות לחיי משפחה (ראו בג"ץ 1337/21) והזכות לחופש העיסוק (ראו בג"ץ 1157/21).

19. עוצמת הפגיעה הטמונה בהגבלות הנתקפות בעתירות שלפנינו מושפעת משני משתנים נוספים: האחד, פרק הזמן הרצוף שבו חלות הגבלות אלה על תיקוניהן, במיוחד לנוכח העובדה שהן הוטלו מלכתחילה ללא הוראת מעבר ומבלי שניתנה שהות מספקת להתארגנות; והשני, מידת הקרבה בזמן ליום הבחירות.

באשר לפרק הזמן שבו חלות ההגבלות, יש להדגיש כי המגבלות על טיסה לחו"ל חלות לכל הפחות מיום 26.1.2021 וביתר שאת החל מיום 4.2.2021. לפיכך, מדובר בתקופה של חודשיים ימים בקירוב שבה חלות המגבלות בשינויים כאלה ואחרים. בזכרנו כי המגבלות הוטלו מלכתחילה ללא כל הוראת מעבר שאיפשרה לאזרחי המדינה ולתושביה שהיו באותה העת מחוץ לישראל לתכנן את צעדיהם ולשוב אליה בטרם ייסגרו עליהם השמיים, אין ספק כי מדובר בפגיעה שעוצמתה משמעותית ביותר – וכפי שעולה מן העתירות השונות, השילוב בין מגבלת המכסות ומגבלת היעדים (שבוטלה אך לפני ימים אחדים) הוביל לכך שחלק מהעותרים שהו בחו"ל תקופה ארוכה ללא אפשרות מעשית לשוב לישראל, על כל ההשלכות הנפשיות, המשפחתיות, הבריאותיות והכלכליות הכרוכות בכך.

התקנות הרלוונטיות צפויות אמנם לפקוע ביום 20.3.2021, אך אין כל ודאות שתוקפן לא יוארך לפרק זמן נוסף. למעשה, מכתב התשובה שהגישו משיבי הממשלה עולה כי נקודת הזמן שבה לא יהיה עוד צורך בהגבלות אלו אינה ודאית בלשון המעטה, ותלויה במספר פרמטרים ובכלל זה "קידומו של מערך החיסונים [...]. הבנת יעילות החיסון על וריאנטים אחרים [...]. המשך בניית מערך הריצוף הגנומי [...]. [ו]מציאת מנגנון אפקטיבי לוידוא בידוד [ה]חוזרים מחו"ל" (פסקאות 139-143). במילים אחרות, המועד שבו יוסרו במלואן ההגבלות שתחילתן עוד בחודש ינואר 2021, מי ישורנו.

20. באשר לסמיכות הזמנים למועד הבחירות – התנועה מדגישה ובצדק כי הטלת הגבלות על הכניסה ארצה ביום הבחירות או בסמוך לפניו, יוצרת מניה וביה פגיעה בזכות לבחור. זכות זו, המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת, הוכרה זה מכבר כזכות יסוד חוקתית, ונאמר עליה כי הגשתה "מונחת ביסוד המבנה המדיני של מדינת ישראל" (בג"ץ 6601/95 שמגר נ' ראש המטה הכללי, פ"ד מט(5) 240, 243 (1996)) וכי "בלי הזכות לבחור מתערערת התשתית של כל זכויות היסוד האחרות" (בג"ץ 2757/96 אלדאי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 26 (1996)). על החשיבות הרבה שמייחסת מדינת ישראל

לזכות לבחור ניתן ללמוד, בין היתר, מן העובדה שבשונה ממדינות דמוקרטיות אחרות הדין הישראלי אינו שולל את זכות הבחירה מאוכלוסיות מיוחדות דוגמת אסירים.

21. משיבי הממשלה אינם מכחישים את קיומה של פגיעה בזכות לבחור עקב ההגבלות שהוטלו, אך לגישתם "הפגיעה הנטענת בזכות לבחור היא לכל היותר תוצאת לוואי" של הפגיעה העיקרית בזכות להיכנס לישראל ולצאת ממנה (פסקה 116 לכתב התשובה מטעמם), והם מפנים בהקשר זה לבג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996) (להלן: עניין מישראל). בעניין, ההיקש מעניין מישראל למקרה דנן הוא מוקשה. זאת, בהינתן העובדה כי בשונה מהסוגיה שנדונה בעניין מישראל ובהתאם למבחנים שנקבעו בו (שם, בעמ' 30-31), אין מדובר במקרה דנן בפגיעה שהיא "תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי" מהפגיעה בזכות להיכנס לישראל, ויתרה מכך מדובר בהחלט בפגיעה בעלת עוצמה ממשית בזכות לבחור, בהינתן העובדה כי ההגבלות עלולות להוביל לשלילתה.

22. הנה כי כן, בהינתן היקף הפגיעה הישירה והנלווית בשורה של זכויות יסוד המצויות בליבת מרקם החיים הדמוקרטיים, וכן בהינתן פרק הזמן הממושך יחסית והסמיכות למועד הבחירות – עניין לנו בפגיעה משמעותית וחמורה.

האם ניתן להצדיק פגיעה זו על פי מבחני החוקתיות הנוהגים עמנו?

מבחני פסקת ההגבלה

23. כדי להצדיק פגיעה בזכויות יסוד יש להראות כי פגיעה זו צולחת את ארבעת התנאים שנקבעו בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קרי על הפגיעה להיות לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו; להלום את ערכיה של מדינת ישראל; ולהיות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. העותרים העלו בהקשר זה מגוון טענות ובעתירת התנועה נטען בפרט כי הבסיס העיוני העומד ביסוד הזכות לבחור נובע מן הזכות לשוויון והזכות לחופש הביטוי, אשר בתורן נגזרות מכבוד האדם. על כן, כך התנועה, יש להכפוף את הפגיעה בזכות לבחור למבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות דרישת ההסמכה המפורשת בחוק המנויה בסעיף זה. בהקשר זה נטען כי משהמשיבים לא הצביעו על הוראת חוק אשר מסמיכה את הממשלה לפגוע בזכות לבחור, דינן של התקנות הרלוונטיות – בטלות.

שאלה זו בדבר המבחן הראוי לבחינת חוקתיותה של פגיעה בזכות שמקורה הנורמטיבי הוא בחוק-יסוד: הכנסת ולא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאלה נכבדה היא (ראו והשוו לעניין זה: ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 811, 793 (2003); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 70 (1996)). ואולם, נוכח התוצאה שאליה הגעתי כפי שיפורט להלן, ולפיה הפגיעה בזכות להיכנס לישראל ולצאת ממנה אינה צולחת את מבחני המידתיות – אינני רואה צורך להידרש לשאלה זו כעת וניתן להשאירה בצריך עיון. באופן דומה, מוכנה אני להניח שהמגבלות צולחות את מבחן ערכיה של מדינת ישראל ושברמת הפשטה גבוהה – התכלית אשר לשמן הוטלו המגבלות, קרי מניעת התפשטות המגיפה באמצעות מניעת כניסתם של וריאנטים מסוכנים לישראל – היא תכלית ראויה. לפיכך אפנה מכאן לבחינת מידתיות ההגבלות על פי מבחן המידתיות המשולש.

מבחן הקשר הרציונלי

24. המשיבים סבורים כי האמצעי שנבחר – ויסות מספר הנכנסים מישראל באמצעות מכסות כניסה, והצורך באישור ועדת חריגים לשם היציאה מישראל למי שאינם מחוסנים או מחלימים – מקיים קשר רציונלי לתכלית של צמצום "ייבוא" הווריאנטים לישראל. זאת, בפרט בתקופה הנוכחית, בה וריאנטים של הנגיף מתגלים חדשות לבקרים ולגבי חלק מהם רב הנסתר על הנגלה. העותרים, מצדם, טוענים כי המשיבים לא עמדו ברף הנדרש להוכחת קשר רציונלי ולגישתם מכסת 3,000 הנכנסים נקבעה באורח שרירותי והיא נובעת אך מטעמים תפעוליים. העותר בבג"ץ 1157/21 טוען כי אף לשיטת המשיבים עצמם – מחוסנים ומחלימים מציבים סיכון פחות בהשוואה לאחרים, ועל כן הכללת אוכלוסיות אלו במכסת הנכנסים אינה מקיימת קשר רציונלי לתכלית.

25. על פני הדברים, קיים קשר רציונלי בין התכלית למניעת כניסתם של וריאנטים לישראל ובין האמצעי של ויסות התנועה מישראל ואליה: במדינות שמעבר לים מתפתחים וריאנטים, ולכאורה דרך פשוטה שבאמצעותה ניתן למנוע את הגעתם ארצה היא צמצום מספר הנכנסים לישראל. ואולם, חרף שאלות ששבנו והפנינו למשיבי הממשלה במהלך הדיונים בעתירות, לא קיבלנו הסבר מניח את הדעת לשאלה מדוע נקבעה מכסה של 3,000 נכנסים ביום ומדוע לא ניתן לקבוע בעת הזו מכסה אחרת, גבוהה יותר. זאת, בהתחשב בעובדה שמספר המחוסנים והמחלימים הולך ועולה ובעובדה שנכון ליום 10.3.2021 קיבולת טרמינל 3 בנתב"ג עומדת על 4,000 נוסעים נכנסים ביום – גם בהינתן תנאים של ריחוק חברתי והצורך בבדיקת הנכנסים (ראו חוות דעתו של מנהל נתב"ג מיום 10.3.2021, אשר צורפה כנספח מש/4 לתגובת משיבי הממשלה מיום

10.3.2021). המסקנה כי בענייננו מתקיימת, ולו בעת הזו, דרישת הקשר הרציונאלי בין התכלית ובין האמצעי (שכולל מכסת נכנסים יומית של 3,000 נוסעים) אינה חפה, אפוא, מקשיים וכבר נפסק כי מבחן הקשר הרציונאלי אינו מבחן של קשר סיבתי גרידא בין האמצעי לתכלית וכי "הדגש במבחן הקשר הרציונאלי הוא על היותו של הקשר רציונאלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון" (בג"ץ 9593/04 מורדאר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 25 (26.6.2006); ההדגשה במקור).

26. משיבי הממשלה סברו כי ניתן לצלוח את מבחן הקשר הרציונאלי נוכח הקשר הקיים, לגישתם, בין אמצעי הוויסות בכללותם ובין התכלית למניעת כניסתם של וריאנטים לישראל. בהקשר זה ציינו המשיבים בכתב התשובה מטעמם כי שיעור המאומתים מתוך כלל הנכנסים לישראל "בעת האחרונה" עומד על "אחוזים בודדים בלבד" ועל פי הנתונים שהוצגו, מאז הטלת חובת הבדיקה לפני הטיסה ארצה עומד שיעור זה על 1.6% בלבד מכלל החוזרים (פסקאות 61 ו-112 לכתב התשובה). לשיטת המשיבים, "תמונת מצב זו משקפת את קיומו של [ה]קשר הרציונאלי בין ההסדר לתכלית העומדת בבסיסו, קרי כניסה מבוקרת של נוסעים לישראל, באופן אשר ימנע במידת הניתן חדירת וריאנטים לארץ" (פסקה 112 לכתב התשובה). טענה זו מעוררת קושי. לא ברור מדוע לשיטת המשיבים שיעור החוזרים-המאומתים הנמוך נובע מהגבלות הכניסה והיציאה מישראל, ועל פני הדברים נראה כי הדבר נובע מהחובה להציג תוצאת בדיקה שלילית לפני הטיסה ארצה, ולא מעצם הגבלת הזכות להיכנס לישראל.

עם זאת, וחרף הקשיים שעליהם הצבעתי, אני מוכנה להניח שלמצער ברמת הפשטה גבוהה ניתן לומר כי מתקיים קשר רציונאלי, ולו חלקי, בין האמצעי לתכלית של מניעת כניסת וריאנטים מסוכנים לישראל ולפיכך אוסיף ואדרש להלן ליתר מבחני המשנה של דרישת המידתיות.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

27. חלק משמעותי מטענות העותרים בעתירות שלפנינו, בכתב ובעל פה, הוקדש להצעת חלופות פוגעניות פחות שניתן היה לבכר על פני הגבלת היציאה מישראל והכניסה אליה. ההתמקדות בחלופות אלו נבעה מכך שבתחילה משיבי הממשלה עצמם הצדיקו את המגבלות שהוטלו בטעמים תפעוליים. כאמור לעיל, בדיון המקדמי ביום 4.3.2021 התייחס בא-כוח משיבי הממשלה לקושי הנובע מן הצורך למנוע צפיפות ועומס בנתב"ג, אך משנשאל על חלופות שבכוון להביא לפתורנו של קושי זה ציין כי

"בסופו של דבר החסם העיקרי הוא היכולת לאכוף בידוד בייתי אפקטיבי" (ראו, בהתאמה: עמ' 9 שורות 25-26; ועמ' 7 שורה 16 לפרוטוקול הדיון מיום 4.3.2021). לעומת זאת, בדיון מיום 11.3.2021 ציין בא-כוח המשיבים כי אילו הבידוד הביתי היה נאכף במלואו "היכולת של משרד הבריאות שתנוח דעתו שאנחנו לא נוטלים סיכון הייתה יותר קלה", אך הוא הוסיף וציין כי "צווארי הבקבוק הם כניסה וביקורת גבולות [ו] גם הרצון למנוע התקהלות ולגבי הבדיקות" (ראו, בהתאמה: עמ' 31 שורות 12-14; ועמ' 30 שורות 19-20 לפרוטוקול הדיון מיום 11.3.2021).

העותר בבג"ץ 1157/21 טען כי לנוכח טיעוני המשיבים, מתחדדת עמדתו לפיה יש מקום להחריג מחוסנים ומחלימים ממכסות הכניסה, מכיוון שאוכלוסיות אלו משקפות סיכון פחות והן אף פטורות מבידוד עם הכניסה ארצה. בתגובה ציין בא-כוח משיבי הממשלה כי החרגה פרטנית מן הסוג שמבקש העותר, להבדיל מהחרגה סטטיסטית המבוססת על אחוז המתחסנים והמחלימים באוכלוסיית הנכנסים לישראל בתקופה האחרונה, אינה אפשרית מבחינה תפעולית, שכן המכסה מחושבת מראש בהתאם ללוח הטיסות ולקיבולת המטוסים, ולא באמצעות חישוב פרטני לעניין כל נוסע ונוסע.

28. המשיבים הוסיפו ופירטו בכתב התשובה (פסקאות 101-107) מדוע לא ניתן לשיטתם להסתפק בחלופות שפגיעתן בזכויות חוקתיות פחותה – אך גם בטיעונים אלה לא הובהר מדוע לא ניתן להגדיל את קיבולת נמלי התעופה (דוגמת שימוש בטרמינל 1 בנתב"ג בנוסף לטרמינל 3 והסתייעות בשדה התעופה "רמון"), לשחרר את "צוואר הבקבוק" הנטען בהקשר זה, ולתגבר את מערך אכיפת הבידוד הביתי, באופן שייתר את הצורך להידרש לאמצעי הפוגעני של הטלת הגבלות על הכניסה ארצה ועל היציאה ממנה. כך, למשל, באשר לחלופת הפיקוח הטכנולוגי על בידוד הבית הדגישו משיבי הממשלה כי הצעת חוק בנושא מצויה כעת בשלביה המתקדמים, אך לטענתם גם אם ההצעה תתקבל עשויות להיות לה "השלכות תפעוליות ביחס לקיבולת נתב"ג". בכתב התשובה לא הובהר מהן השלכות אלו ומדוע לא ניתן לבדוק אותן וליתן להן מענה. באשר לחלופת האכיפה היעילה של חובת בידוד הבית, צוין כי הממשלה החליטה על תגבור האכיפה אך גם לדברי משיבי הממשלה אין מדובר במענה מספק ו"ככל שתבוטל המכסה, יכולות האכיפה אף יהיו מצומצמות יותר בשים לב להיקף המבודדים" (פסקאות 61 ו-104 לכתב התשובה). לא הוסבר מדוע לא ניתן לתגבר עוד יותר את מערך האכיפה, ולחלופין או בנוסף להחמיר את הענישה על הפרת חובת הבידוד.

29. הטעמים התפעוליים הנוגעים לקיבולת בנמלי התעופה ולקשיים באכיפת חובת הבידוד כמעט ונזנחו על ידי משיבי הממשלה במסגרת הדיון בהתנגדות, וראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות, ד"ר שרון אלרעי-פרייס, הציגה באותו הדיון את העמדה לפיה החשש מווריאנטים מצדיק, הוא לכשעצמו, דבקות בעיקרון "הזהירות המונעת" והטלת הגבלות משמעותיות על הכניסה לישראל ועל היציאה ממנה. אולם, משנשאלה ד"ר אלרעי-פרייס כיצד מצדיק טעם עקרוני זה את הטלת המכסה הספציפית של 3,000 הנכנסים, היא שבה אל הטעם התפעולי וציינה כי ישנה בעייתיות בהכנסת "מאות מאומתים בלי פיקוח" וכי היא "מפחדת [שהאכיפה] תהיה על נייר ואנשים לא יהיו בבידוד וידביקו שרשרת" (עמ' 17 שורה 10, ועמ' 18 שורות 30-31 לפרוטוקול הדיון מיום 14.3.2021).

קשה אפוא לחלץ מטיעוני המשיבים תשובה ברורה ועקבית לשאלה מדוע לא ניתן להתמודד עם החשש מפני וריאנטים מסוכנים באמצעות פעולות הנותנות מענה לקשיים התפעוליים, וזאת חלף הגבלת כניסת אזרחים ותושבים ישראלים לארצם או יציאתם ממנה. למרבה הצער, הרושם שנוצר הוא כי תחת השקעת מאמץ ומשאבים באמצעים שפגיעתם פחותה ותועלתם דומה – כגון הגדלת קיבולת שדות התעופה ושיפור הפיקוח על הבידוד, שהפרתו היא העומדת במוקד החשש מפני התפשטות וריאנטים – העדיפו משיבי הממשלה להפעיל משטר של מכסות כניסה לישראל והגבלת היציאה ממנה, שהוא משטר פשוט יותר לביצוע אך פגיעתו בזכויות יסוד קשה הרבה יותר.

בנסיבות אלה, אין מנוס מן המסקנה שההגבלות שעומדות בתוקפן כיום אינן צולחות את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אך גם אם נניח שאין בנמצא אמצעים אחרים שיש בהם כדי להפחית באופן דומה את החשש מפני כניסת וריאנטים, אני סבורה כי ההגבלות שהטילו משיבי הממשלה אינן עומדות במבחן השלישי, הוא מבחן המידתיות במובן הצר.

מבחן המידתיות במובן הצר

30. פגיעתן של ההגבלות שהוטלו על אזרחי ישראל ביחס לכניסה לישראל וליציאה ממנה היא, כאמור, חמורה וקשה, ופרק הזמן שבו נמשכות ההגבלות וכן העובדה שהוטלו ללא התראה מספקת ובסמיכות למועד הבחירות – מעצימים אותה עוד יותר. מנגד, היקף התועלת הטמון בהגבלות שהוטלו הוא, לעת הזו, ערטילאי ובלתי-ודאי.

נוכח ניסיון העבר בכל הנוגע לווריאנט האנגלי, ובשל החשש שעליו מצביעים גורמי המקצוע להתפתחות וריאנטים שעמידים בפני החיסון, ניתן לקבל כי קיימת הצדקה לנקוט מידה של זהירות, גם בהינתן אי-הוודאות באשר להתממשות הסיכון הנשקף מווריאנטים כאלה. אך בנסיבות שתוארו, נראה כי נקיטה בהגבלות על כניסה לישראל ועל יציאה ממנה כאמצעי של זהירות מונעת, פגיעתו רבה מתועלתו. תמיכה למסקנה זו ניתן למצוא בעובדה שישראל היא המדינה הדמוקרטית היחידה בה הוגבלה באופן כה גורף זכותם של אזרחים להיכנס למדינה (לסקירה משווה ראו יובל שני, מרדכי קרמניצר, עמיר פוקס, גיא לוריא ונדיב מרדכי "מידתיות הגבלות על אזרחים להיכנס ולצאת מישראל" המכון הישראלי לדמוקרטיה (23.2.2021)), וכן בקיומם של אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה, אף אם תועלתם פחותה (בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת, פסקה 40 (23.4.2020)).

קיומה של תשתית עובדתית לצורך הטלת המגבלות

31. בשולי הדברים אוסיף כי במהלך הדיונים שהתקיימו בעתירות התחוויר לנו כי הליך התקנת התקנות וההגבלות שנקבעו בהן אף לקה בהיעדר תשתית עובדתית רלוונטית. כידוע, כל החלטה של רשות מנהלית, לרבות החלטה להתקין חקיקת משנה, צריכה להתבסס על תשתית עובדתית מספקת (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 442-439 (2010)). מן הטיעונים שנשמעו לפנינו התברר במהלך הדיונים כי אין בפני משיבי הממשלה נתונים כלשהם על אודות מספר האזרחים המצויים בחו"ל המבקשים לשוב ארצה (ראו עמ' 14 שורות 2-4 לפרוטוקול הדיון מיום 4.3.2021, ועמ' 24 שורה 27 לפרוטוקול הדיון מיום 11.3.2021). נתון בסיסי זה שיכול היה ללמד על היקף הפגיעה הצפוי לא היה בידי משיבי הממשלה לאורך כל התקופה שתחילתה ב-26.1.2021, בה נתקבלו החלטות על הטלת ההגבלות, ואף לא לאחר הגשת העתירות וקיום הדיונים בהן. רק ביום 12.3.2021, לאחר שהוצא צו על תנאי, פורסם "סקר ביקושים" מטעם משרד החוץ ובו קריאה לישראלים המבקשים לשוב ארצה להודיע על כך ועל מקום הימצאם. סקר דומה פורסם עוד לפני כשנה, בחודש מרץ 2020 עם פרוץ המגפה (פסקה 118 לכתב התשובה מטעם המשיבים), וברי כי ניתן היה להשתמש בכלי זה טרם הטלת ההגבלות. ביום 15.3.2021 הגישו משיבי הממשלה נתונים ראשוניים מ"סקר הביקושים" מהם עולה כי מספר הישראלים המבקשים להיכנס ארצה מחו"ל עומד עתה על 1,886. מאליו מובן כי בהינתן פרק הזמן הקצר והמאוחר שבו נאספו נתונים אלה אין בהם כדי להציג תשתית עובדתית מדויקת וממצה, ומכל מקום בוודאי שאין בה כדי לרפא את הפגם שנפל לכתחילה בהליך התקנת התקנות בהיעדר כל תשתית עובדתית בהקשר זה. העדרה של

תשתית כאמור אף מדגיש את מידת השרירותיות שבה לוקה העמדת מכסת הנכנסים היומית על 3,000 נוסעים.

הסעד הראוי

32. בשים לב לכך שבשבועות האחרונים פועלים משיבי הממשלה להפחתה הדרגתית של המגבלות שהוטלו על הכניסה לישראל ועל היציאה ממנה – החל בביטול הצורך באישור ועדת החריגים לכניסה ארצה, עבור במתן פטור למחוסנים ולמחלימים מהצורך באישור ליציאה מישראל, וכלה בביטול מגבלת היעדים; נוכח העובדה כי תקנות הגבלת התעופה ותקנות היציאה והכניסה עתידות לפקוע בעוד ימים ספורים (ביום 20.3.2021); ובשים לב לנתוני "סקר הביקושים" ולכך שעל פי הנתונים שהוצגו בפנינו תפוסת הטיסות בשבוע האחרון עמדה על כ-50% מהמכסה היומית – אציע לחבריי לאפשר לתקנות אלה להוציא את הימים הספורים שעוד נותרו להן, אך להוסיף ולהורות כי אין מקום להאריך את תוקפן במתכונתן הנוכחית וכי ככל שיוטלו בעתיד הגבלות חדשות כלשהן על הכניסה לישראל ועל היציאה ממנה, יש לבסס אותן על תשתית עובדתית מקיפה ועדכנית ולהבטיח כי הן עומדות כנדרש במבחנים החוקתיים.

סוף דבר

33. כפי שהבהירו משיבי הממשלה בטענותיהם בכתב ובעל פה, נראה שאיום נגיף הקורונה על זניו השונים אינו צפוי להיעלם מחיינו בטווח הזמן הנראה לעין, וזאת חרף הצלחתו של מבצע החיסונים. משכך, יש לתור כל העת אחר נקודת האיזון הראויה שבין פוטנציאל הנזק העלול להיגרם עקב חדירתו של וריאנט מסוכן ובין הפגיעה בזכויות יסוד של אזרחי המדינה ותושביה. איזון כזה, שאותו יש לבסס על מסד נתונים רלוונטי ועדכני, יאפשר לקיים שגרת חיים לצד הנגיף, תוך ניהול נכון של הסיכונים הכרוכים בכך. ניהול נכון כזה מן הראוי שיביא בחשבון, בין היתר, את הסיכון המופחת הנשקף לאוכלוסיית המחוסנים והמחלימים וממנה, תוך מתן משקל מתאים להיות היוצא או הנכנס אזורי ישראל שהוא תושב המדינה ומרכז חייו בה.

מן הטעמים שפורטו לעיל, אציע לחבריי לקבוע כי המגבלות שנקבעו בתקנה 4 לתקנות היציאה והכניסה ובתקנה 1א(ד)(1) לתקנות הגבלת התעופה, אינן צולחות את מבחני המידתיות ואינן חוקתיות – אך בנסיבות שנוצרו אוסיף ואציע לחבריי להסתפק בהתראת הבטלות המפורטת בפסקה 32 לעיל. עוד אציע לחבריי לחייב את משיבי

הממשלה בהוצאות העותרים בעתירות שבכותרת ובשכר טרחת עורכי דינם בסך של 5,000 ש"ח לכל עתירה.

ה נ ש י א ה

השופט י' עמית:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי הנשיאה השופטת א' חיות ואוסיף דברים משל עצמי.

1. עשר "מכות מצרים" חוקתיות הושגו וניחתו על אזרחי ותושבי מדינת ישראל בתקופת הקורונה, ועל כל אחת ואחת מהן ניתן לומר "דיינו":

- (1) פגיעה בחופש התנועה בתוך הארץ (סגר, כתר ועוצר);
- (2) פגיעה בחירות (בידוד);
- (3) פגיעה בפרטיות (איכוני השב"כ);
- (4) פגיעה בחופש הביטוי (הגבלת הפגנות);
- (5) פגיעה בחופש הדת (איסור תפילות בבתי תפילה ואיסור לימודים בישיבות);
- (6)(7)(8) פגיעה בחופש העיסוק, בזכות לקניין ובזכות לעבודה (סגירת בתי עסק, פיטורים ואבטלה);
- (9) פגיעה בזכות לחינוך (סגירת מערכת החינוך);
- (10) פגיעה בזכות לאוטונומיה אישית (איסור על משפחות שכולות לפקוד את קבר יקירם ביום הזכרון; השיח "להתחסן או לא להתחסן")

[ויהיו שיטענו כי על כל אלה יש להוסיף פגיעה בשוויון (טענה לאכיפה בררנית בתחומים שונים); פגיעה בזכות למינימום קיום אנושי בכבוד (המצב הכלכלי אליו נקלעו אנשים ומשפחות); ופגיעה בזכות להליך הוגן במשפט הפלילי (דיונים ב-V.C עקב אי הבאת אסירים ועצורים לבתי המשפט)].

2. זכויות חוקתיות אלה עברו בסך לפנינו כשהן פצועות וחבולות. כעת מונחת לפנינו פגיעה חוקתית נוספת, בבחינת ה"מכה ה-11": פגיעה בזכות הכניסה והיציאה לישראל. לדידי, פגיעה זו קשה במיוחד והאמצעים שננקטו באופן ובעיתוי שבהם ננקטו לא עמדו במבחן המידתיות. בשורות הבאות אנמק את עמדתי ואתמקד בכניסה לישראל, באשר הפגיעה בזכות זו היא עוצמתית במיוחד. גם בימי קורונה אלה אין אנו פטורים מן

המלאכה, וכפי שנודמן לי לומר "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)).

3. סעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כלהלן:

יציאה מישראל וכניסה אליה
 6. (א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.
 (ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.

לא ניתן להפריז בחשיבותה של הזכות החוקתית של הכניסה לישראל. הזכות החוקתית של אזרח ישראל לחזור לארצו ולמולדתו ולבית אביו היא יותר מזכות חוקתית. היא המהות של החוזה הבלתי כתוב בין מדינת ישראל לבין אזרחיה, חוזה שבו המדינה מתחייבת בפני האזרח "לעולם אהיה כאן בשבילך", ובשעת צרה וצוקה נגע ומגפה, דלתי תהיה פתוחה בפניך, עיר מקלט שאליה תוכל תמיד לשוב.

ביום ה-26.1.2021 המדינה הפרה ברגל גסה את האמנה החברתית בינה לבין אזרחיה, ובאבחת פתע טרקה את שעריה בפניהם. היו שנותרו במדינות הים ללא ביטוח רפואי או כיסוי רפואי, לעיתים במדינות מוכות קורונה; היו שנותרו ללא תרופות; היו שנותרו ללא כסף לממן את המשך שהייתם; והיו כאלה שאשרת שהייתם פגה. ועיקרו של דבר, באופן פתאומי ובלתי צפוי, נכפה על האזרח הישראלי ניתוק מבני משפחתו ומחבריו בארץ. הסיפורים האנושיים הכואבים הם רבים מספור, כפי שיעידו הבקשות והתחינות שזרמו אל ועדת החריגים מכל קצווי תבל.

4. המדובר אפוא בפגיעה בליבת הזכות החוקתית המפורשת הקבועה בסעיף 6 לחוק היסוד. אך יותר מכל צורבת הידיעה שמדינת ישראל היא המדינה היחידה שסגרה למעשה את שעריה בפני אזרחיה שלה (בניו זילנד ובאוסטרליה הוגבלה כניסת האזרחים בהתאם לקיבולת המלונות והמלונות שהאזרחים החוזרים נדרשו לשהות בהם לאחר חזרתם על חשבונם). ענייננו בפגיעה חוקתית קשה ביותר ופגיעה קשה גם באתוס הישראלי. מאז ומעולם האזרח בישראל ידע כי יש על מי לסמוך. מדינת ישראל אינה כמו כל מדינות העולם. המדינה תשלח מטוס לחלץ את אזרחיה ש"נתקעו" בנפאל או בתורכיה

לאחר רעידת אדמה והיא תשלח את שגרירה לסייע בחילוץ של מטייל שנקלע לצרה במדינה רחוקה.

אכן אין ענייננו באזרחים שהיו נתונים בצרה, אך ענייננו באזרחים שהמדינה קלעה לצרה במדינות הים עקב סגירת מעברי הגבול. הפרת החוזה בין המדינה לבין אזרחיה ערערה את האתוס הישראלי ופגעה ברקמת היחסים ביניהם. לא זו בלבד שהמדינה הותירה את אזרחיה לאנחות במדינות הים, היא אפילו לא טרחה לברר בכמה אנשים מדובר. רק בעקבות הדיון שהתקיים בפנינו ביום 11.3.2021, בעקבות שאלתה של הנשיאה במהלך הדיון בנוגע למספר האזרחים בהם מדובר, נזכרה המדינה לפרסם "סקר ביקושים" שבו התבקשו אזרחים ישראלים "התקועים" בחו"ל להודיע לשגרירויות ולקונסוליות על מקום הימצאם ורצונם לחזור לארץ.

5. ועדיין. אילו שוכנעתי כי לא הייתה ברירה אלא לנקוט בצעד דרסטי זה, נכון הייתי "לכופף" גם זכות חוקתית זו. בשיטתנו המשפטית אין זכויות מוחלטות, ולא בכדי הצו על תנאי שניתן על ידנו הופנה כלפי התקנות ולא כלפי החוק המסמיך. ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם היה או יהיה צורך להגביל את הכניסה והיציאה מהארץ. יש לזכור כי במהלך השנה שחלפה, המגפה שינתה את פניה מספר פעמים וההתמודדות עמה ודרכי הטיפול בה הן דינמיות, בהתאם לידע הקיים בזמן אמת. מכאן, שבמישור העקרוני ניתן להבין את הרציונל של הזהירות המונעת שבבסיס ההגבלה על מספר הנכנסים לישראל.

ענייננו אפוא במישור המינהלי. כפי שהראתה חברתי הנשיאה בפסק דינה, המגבלה הדרסטית שהטילה הרשות המבצעת על הציבור באופן ובעיתות שבו הדבר נעשה, הייתה בגדר פגיעה בלתי מידתית בזכות חוקתית מהמעלה הראשונה, לאור מכלול הנסיבות שיפורטו להלן.

6. סגירת שערי נתב"ג כמוה כסגירת האורווה לאחר שהסוסים כבר נכנסו. משך חודשים רבים יצאו ונכנסו נוסעים לישראל דרך נתב"ג ונטען כי הנוסעים הביאו עמם מרחבי תבל (איחוד האמירויות, תורכיה, ארצות הברית ועוד) וריאנטים. כך, הווריאנט הבריטי שהתגלה כבר בחודש ספטמבר 2020 הביא להתפשטות מהירה של הנגיף ולעליה תלולה ומהירה בתחלואה, וניתן לומר כי כבר "התאזרח" במדינה, מאחר שהוא נמצא ב-90% מהחולים המאומתים. הווריאנט הדרום אפריקאי, שנתגלה בעיקר בחוזרים מאיחוד האמירויות, פגיעתו רעה מאחר שיעילות החיסון כנגדו פחותה, לעומת 95% יעילות כנגד הווריאנט הבריטי (מתשובת משיבי המדינה עולה כי עד עתה נמנו 210 חוזרים מחו"ל

שהביאו עמם את הווריאנט הדרום אפריקאי, מתוך 483 חולים מאומתים שנושאים את הווריאנט).

העלייה התלולה בתחלואה בישראל הביאה את הרשות המבצעת להחליט לסגור את השערים, וממהירות של מאה נעצרה התנועה בחריקת בלמים למהירות של אפס. ודוק: לישראלים השוהים בחו"ל לא ניתן ולו פרק זמן של מספר ימים להגיע לישראל טרם נעילת השערים. כאמור, משך חודשים רבים שערי נתב"ג היו פתוחים לרווחה והחשש מפני וריאנטים לא היה בבחינת אירוע פתאומי שנתגלה לפתע. לכן, קשה להלום פגיעה כה קשה בליבת הזכות, ללא הוראת מעבר, וליתר דיוק, "התראת מעבר" לישראלים השוהים בחו"ל על מנת שימהרו לחזור לארץ טרם סגירת השערים. באספקלריה של עילת הסבירות, המדובר בחוסר סבירות קיצוני.

לא למותר לציין כי פגיעה אנושה זו בזכות החוקתית של כניסה לישראל, נעשתה תחילה שלא מכוח חוק מסמך, אלא על ידי הגבלה של מספר הטיסות מכוח אישור הממשלה ביום 24.1.2021 את תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלות על שדה תעופה וטיסות) (תיקון מס' 8) התשפ"א-2021 (להלן: תקנות התעופה). הגבלה זו עמדה בתוקפה עד ליום 31.1.2021 ולאחר מכן הוארכה בתיקון מס' 9 עד ליום 3.2.2021, שאז נכנס לתוקפו תיקון מס' 6 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכויות). סגירת דלתות המדינה נעשתה אפוא מכוח תקנות, ואף לא ברור מה התשתית הראייתית שעמדה באותה עת לנגד עיני הממשלה.

7. איננו עוסקים בשאלה כיצד הגענו עד הלום. השאלה הצריכה לעניין היא משהגענו עד הלום, האם איסור הכניסה לישראל והיציאה מישראל יכול לעמוד? מאז שהוגשו העתירות, נכנס לתוקפו תיקון מס' 13 לתקנות התעופה, שהגדיל את מכסת הנכנסים לישראל ל-3,000 נכנסים ליום והרחיב את היעדים לטיסות הציבוריות, כך שפחתה עוצמת הפגיעה בזכות הכניסה לישראל. המגבלה על היעדים בוטלה בתיקון מס' 14 לתקנות התעופה, מה שמאפשר ליותר ישראלים לחזור ממדינות הים. מספר האזרחים הישראלים שמרכז חייהם בארץ ואשר "נתקעו" בחו"ל הולך וקטן ועמו החשש למספר רב של נכנסים ביום. אין ספק שהמצב השתפר לאין ערוך מכפי שהיה בעת הגשת העתירות המקוריות.

8. על מה ולמה נטרקו שערי הכניסה לישראל? מוטציות חדשות (וריאנטים) בנגיף אינן דבר חריג. ככל שהנגיף משתכפל ומדביק עוד ועוד אנשים, הסיכוי למוטציות

חדשות הולך וגדל. בכך אין כל רבותא. החשש שהביעו משיבי המדינה הוא מפני וריאנט חדש שעלול להיות אלים או מדבק יותר. החשש הגדול יותר הוא מפני וריאנט שהחיסון יהא בעל יעילות נמוכה כלפיו. החשש החמור יותר הוא, שהווריאנט יתברר כעמיד בפני החיסון שניתן בארץ עד כדי הדבקה חוזרת של אנשים שחוסנו או שכבר החלימו, מה שעלול להוריד לטמיון את מבצע החיסונים המוצלח במדינת ישראל. המדינה רואה בתרחיש זה כאיום אסטרטגי.

בשל החשש מאותם וריאנטים, חלקם ידועים אך השפעתם לא ידועה (כמו הווריאנט הברזילאי, האוגנדי ווריאנט לוס אנג'לס) וחלקם עדיין לא באו לעולם או טרם זוהו – נסגרו שערי המדינה. ואם נחזור למשל האורווה, הטענה היא שסוסי פרא עלולים לחדור לאורווה ומכאן הצורך בסגירת דלתותיה. ובמילים אחרות, עקרון הזהירות המונעת, שמא בעתיד יחדור למדינת ישראל וריאנט שטרם בא לעולם או שטרם נודע על סגולותיו המסוכנות, הוא שהביא לסגירת השמיים הפתוחים. אכן, אין להקל ראש בחשש זה, ואיני סבור כי המבחן שעל פיו יש לבחון את הדברים הוא מבחן "הוודאות הקרובה" כפי שהוצע על ידי מי מהעותרים. מקום שבו מדובר במגיפה ובחשש לחיי אדם ולבריאות הציבור הרף הוא נמוך יותר (להחלת מבחן האפשרות הסבירה מקום שבו עומדת מנגד הזכות לחיים ולשלמות הגוף, ראו ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359, 366 (2003)).

סגירת שערי נתב"ג נועדה אפוא להפיג או להפחית את החשש לחדירת וריאנט שפגיעתו רעה. זו התכלית של האמצעי שננקט, וההגיון שבבסיסו הוא פשוט לכאורה: יסות והפחתה של הנכנסים לישראל = הפחתת הסיכון.

9. התכלית היא אפוא הקטנת הסיכון והאמצעי שננקט הוא סגירת השמיים, אך מאחר שאין מדובר בנגיף קטלני כמו נגיף האבולה, אין מדובר בסגירה הרמטית. עולים חדשים שיש דחיפות בהעלאתם ארצה, ספורטאים מקצועיים או מלוויהם הנדרשים לשם השתתפות בתחרות בינלאומית ועובדים זרים מגיעים בטיסות ייעודיות, ואלה אינם נכללים במכסת הנכנסים. בנוסף, הוקמה בתחילת הדרך ועדת חריגים שבסמכותה היה לאשר כניסה של אזרחי המדינה או תושבי קבע בהתקיים אחד החריגים (ועדת החריגים בוטלה בכל הקשור לכניסה לישראל, כמתואר בפסק דינה של הנשיאה).

10. בנקודה זו נבחן את תרחיש הייחוס של איום הווריאנטים, על פי הנתונים שעלה בדינו לחלץ במהלך הדיונים בעתירה.

כל אזור שחוזר לארץ חייב בבדיקה בחו"ל עד 72 שעות לפני עלייתו למטוס, ועם הגעתו נערכת לו בדיקה נוספת בנתב"ג (שתוצאותיה מתקבלות כעבור כשמונה שעות). לפנינו אפוא שתי תוצאות שליליות, אך כאלה לא די כדי להבטיח שאותו אזור לא נדבק בוורוס הקורונה. זאת, הן בשל החשש לתשובה שגויה בבדיקות והן מחשש שההידבקות תיתן אותותיה רק בחלוף מספר ימים (זו הסיבה לבידוד של 10-14 ימים למי שבא במגע עם חולה מאומת). בעקבות שאלות חוזרות ונשנות שהפנינו אל משיבי המדינה, התברר כי כאחוז אחד בלבד מהחוזרים מחו"ל נמצאו חיוביים לקורונה, אך לשם הזהירות, ובהינתן שיש להמתין עוד מספר ימים עד לתום הבידוד, יש להעמיד מספר זה על 1.6%. לא הצלחנו לקבל תשובה כמה מתוך אלה שנמצאו חיוביים נשאו גם וריאנטים ומאיזה סוג.

מכסת הנוסעים כיום, לאחר העלאתה, עומדת על 3,000 איש ליום. לשם הדוגמה, בהנחה ששערי נתב"ג היו נפתחים ו-10,000 איש היו נכנסים מדי יום לארץ, הרי שהסיכון מתבטא כלהלן: לאחר הפחתה של כ-20% מחוסנים ומחלימים שאינם חייבים בבידוד, מתוך כ-8,000 איש יימצאו 1.6% חיוביים = 128 איש (וכאמור, לא ברור כמה מתוכם ישאו וריאנטים ומאיזה סוג). זה הגרעין, זה הזיק או הגפרור שהמדינה חוששת כי יצית להבה ויגרום להתפשטות של הווריאנט הדרום אפריקאי או של וריאנט עלום שטרם נודע או שטרם בא לעולם.

על אף שמדובר במספר קטן של אנשים, הרי שלא ניתן לדעת מראש מי הם אותם אנשים שיימצאו חיוביים, ומכאן כי אם היו נכנסים 10,000 איש ביום, היה על המדינה לאכוף על 8,000 איש מתוכם בידוד מדי יום. לכן, ולנוכח הקושי באכיפה, העמידה המדינה את מכסת הנכנסים היומית על 3,000 איש ביום.

מנגד, יש להביא בחשבון כי ייתכן שהחיסון יימצא יעיל ואפקטיבי גם כנגד וריאנט זה או אחר, ולנוכח האחוז הגבוה של מחוסנים בישראל, עוצמתו של אותו זיק פוטנציאלי שעלול להצית להבה אינה כה גדולה.

11. במהלך גלגוליה של העתירה, ניתנו שלושה נימוקים לסגירת נתב"ג ונצטט מתוך אחת התגובות שהוגשו על ידי המדינה:

"בשים לב לחוות הדעת האפידמיולוגית העדכנית מיום 5.3.2021 בדבר הסיכון הכרוך מכניסה של וריאנטים של נגיף הקורונה לישראל, הצורך בוידוא שמירה על בידוד בתי אפקטיבי לחיבים בבידוד, ובשים לב לאילוצים

הלוגיסטיים של נתב"ג – במישור של שמירה על הוראות הריחוק החברתי ועריכת בדיקות לכלל הנכנסים".

שלושה נימוקים אפוא לפנינו: חשש לחדירה לישראל של וריאנטים שהם עמידים לחיסוני הקורונה, מה שעלול להוריד לטמיון את כל מבצע החיסונים המוצלח בישראל; מגבלות הנוגעות לקיבולת של נתב"ג, בשים לב לצורך בעריכת בדיקות לכלל הנכנסים תוך שמירה על ריחוק חברתי של 2 מטר בין נוסע לנוסע; אין דרך אפקטיבית לפקח על כך שהנכנסים ימלאו אחר הוראת הבידוד.

12. הנימוק של מגבלות הנוגעות לקיבולת של נתב"ג הוסר מהשולחן במהלך הדרך. ככל הנראה, לאחר שהתברר כי בטרמינל 3 בנתב"ג בלבד ניתן לקלוט 4,000 איש ליום (ואף 10,000 איש ככל שמגבלת הריחוק תוקטן משני מטרים למטר אחד בין אדם לאדם). למעשה, אין מדובר במגבלה של ממש, שהרי לצורך המטרה הנעלה של החזרת אזרחי המדינה לארצם, ניתן היה להפעיל גם את טרמינל 1 ושמא גם את שדה התעופה רמון.

13. הנימוק האמיתי והעיקרי לסגירת שערי נתב"ג בתחילת הדרך, ולאחר מכן לקביעת מכסה של חוזרים לארץ, הוא אפוא מגבלות האכיפה לנוכח החשש מפני חדירת וריאנטים חדשים. הטענה היא שנבצר מהמדינה לאכוף על החוזרים את הבידוד באופן אפקטיבי "בשים לב למגבלות האכיפה על בידוד ביתי בעת הנוכחית". המדינה חזרה והדגישה בתשובתה לצו על תנאי (פסקה 143):

"לצד כלל האמור, יודגש כי על אף כל ההתקדמות המתוארת, הבסיס לפתיחה בטוחה של השמיים יהיה מציאת מנגנון אפקטיבי לוידוא בידוד חוזרים מחו"ל. גם בתחום זה נבחנים ומקודמים פתרונות שונים, אולם עד למימושם באופן ראוי, ישנה חשיבות בוויסות התנועה לישראל וממנה" (הדגשה הוספה – י"ע).

14. נימוק זה לא עומד ברכיב המידתיות ועל כך עמדה הנשיאה בפסק דינה.

נקודת המוצא היא שהווריאנטים לא ייעלמו אלא להיפך. ככל שהנגיף משכפל את עצמו ויותר אנשים נדבקים, הסיכוי למוטציות חדשות הולך וגדל. מכאן שהסיכון לווריאנט כזה או אחר לא ייעלם, שהרי מדינות שונות בעולם נמצאות בשלבים שונים של התפשטות המגפה. לכן, כבר ביום שבו החליטה הממשלה על סגירת שערי נתב"ג "מהיום למחר" היה ברור כי סגירת השמיים אינה יכולה להיות פתרון לטווח ארוך, אף לא פתרון לזמן קצר, ויש למצוא פתרון מיידי לבעיה הקרדינלית של אכיפת הבידוד על הנכנסים

לישראל. לא בכדי ד"ר שרון אלרעי-פרייס חתמה את חוות דעתה מיום 18.2.2021 במילים: "חשוב להבין: הבסיס לפתיחה בטוחה של השמיים יהיה מציאת מנגנון לוודא בידוד החוזרים מחו"ל. גם בתחום זה נבחנים פתרונות שונים ועד למציאתם חשוב להאריך את התקנות להפחתת תעבורה" (הדגשה במקור – י"ע).

ניתן היה לצפות אפוא שביום 24.1.2021, בשעות הלילה, בעצם היום שבו החליטה הממשלה לטרוק בחוקה את דלתות הכניסה לישראל, ישבו מיד הגורמים הרלוונטיים לטכס עצה בשאלה הבאה: כיצד ניתן לאכוף באופן אפקטיבי את הבידוד? "תובנה" זו חייבה את הרשות המבצעת לפעול לאלתר למציאת פתרונות להידוק האכיפה. מה עוד, שבחלוף זמן קצר התברר כי לא עלה בידי המדינה לאכוף את הבידוד במלוניות (ואיננו נדרשים לשאלה אם מדובר באוזלת יד או בנתונים אובייקטיביים שלא אפשרו זאת). מה עוד, שהבחירות כבר התדפקו בשער, שהרי תאריך הבחירות ידוע זה מכבר.

קשה שלא לתמוה מדוע כבר למחרת יום הסגירה הפתאומית של שערי נתב"ג לא החלה המדינה לנקוט בצעדים בהם היא נוקטת רק כעת: צמידים אלקטרוניים (בימים האחרונים נעשים הליכים מזורזים לתיקון החוק ונערך פיילוט הכולל מספר קטן בלבד של צמידים); הגדלת מספר המפקחים על הבידוד (רק ביום 10.3.2021 גובשה רשימה של 127 מפקחים נוספים "הנמצאים בהליכי קליטה והכשרה"); ותעדוף והגדלה של מספר "ביקורי הבית" ופיקוח טלפוני כדי לוודא שהבידוד נשמר. יש להצר על כך שצעדים אלה ננקטים אך בימים האחרונים ודומה כי נשכחה הוראת סעיף 7א(ב)(3) לחוק הסמכויות, הקובע כלהלן:

(ב) הממשלה לא תתקין תקנות כאמור בסעיף קטן (א)(1) אלא אם כן מתקיימים כל אלה:

(1) ...

(2) ...

(3) הממשלה שקלה את הצורך בתקנות מול מידת הפגיעה בזכות הכניסה לישראל והיציאה ממנה לפי סעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהתחשב, בין השאר, בפרק הזמן הרצוף של הגבלת כניסה ויציאה כאמור.

מאז סגירת נתב"ג ביום 26.1.2021 ועד למועד כתיבת שורות אלה חלפו כ-50 יום. המדובר בפרק זמן ארוך ורצוף של הגבלת כניסה ויציאה מן הארץ.

15. נעצור קמעה את הילוכנו על מנת לחזור ולהדגיש כמה דברים אמורים:

(-) זכות אזרח ישראלי להיכנס לארצו-שלו היא זכות יסוד חוקתית שאין להפריז בחשיבותה. התקנות פוגעות בזכות יסוד זו.

(-) שערי הכניסה לארץ ננעלו בטריקה פתאומית – מה שמגביר את עוצמת הפגיעה.

(-) בהגבלת הכניסה של אזרחי המדינה לארץ בעת הזו יש פגיעה בזכות היסוד להצביע בבחירות – מה שמגביר עוד יותר את עוצמת הפגיעה.

ובקיצור, לפנינו פגיעה חוקתית קשה כשלעצמה, שעוצמתה כפולה ומשולשת בהינתן הפתאומיות שבה נעשתה ובהינתן מועד הבחירות. זאת, להבדיל מפגיעה בזכותו של אזרח ישראלי, שמרכז חייו אינו בישראל והוא לא מי ש"נתקע" בחו"ל (לדוגמה, מי ששוהה שנים בחו"ל ומבקש לבקר את קרוביו בארץ בפסח הקרוב). עוצמת הפגיעה באזרח כזה היא קטנה יותר, באשר הגבלת הכניסה לישראל לא פוגעת במרכז חייו.

16. הנה כי כן, המדינה בחרה בצעד של הגבלת הכניסה לישראל כאמצעי הראשון, חלף נקיטה בצעדים אחרים הקשורים באכיפת הבידוד. העדר בידוד אפקטיבי בישראל הביא לאיסור קולקטיבי של כניסה לישראל.

אין זה מתפקידו של בית משפט זה לומר לרשות המבצעת כיצד לפעול ומהם האמצעים שנמצאים בהישג יד באשפת החיצים של המדינה. אך על מנת להרתיע מפני הפרת הבידוד ניתן היה לחשוב על שורה של צעדים נוספים, כגון: להעלות באופן דרסטי את שיעור הקנסות למפרי בידוד שחזרו מחו"ל, לקבוע עבירה פלילית מיוחדת בנדון, ולהפגין יד קשה וזרוע נטויה כלפי חוזר מחו"ל שהפר את הבידוד למען יראו וייראו. יש להניח כי אל מול האפשרות להישאר "תקועים" בחו"ל, מרבית האזרחים הישראלים היו נוטלים על עצמם מרצון עול בידוד והתחייבות כדי לחזור לארץ.

עמדת המדינה משקפת הנחת מוצא שמרבית אזרחי ישראל אינם שומרי חוק ולא יצייתו לחובת הבידוד. לכאורה, להנחה זו ניתן למצוא תימוכין בנתונים שהעבירה המדינה ולפיה מאז ה-1.11.2020 ועד ליום 14.3.2021 מאומתים רבים שהיו אמורים להיות בבידוד מלא לא הקפידו על הבידוד (האם הוטלו קנסות על אותם מפרי בידוד? לא נמסרו נתונים על כך). כשלעצמי, איני משוכנע שיש להעמיד את רוב אזרחי ישראל בחזקת עבריינים. אך גם בהנחה שזו המציאות העגומה, נזכיר: מספר החיוביים עומד על כאחוז וחצי ולא כולם נושאים עמם וריאנטים; כל נכנס לישראל חייב להציג תוצאה

שלילית בבדיקת קורונה שנערכה לכל היותר 72 שעות לפני המועד שבו התייצב בתחנת גבול. כל נכנס לישראל גם עובר בדיקת קורונה. שתי תוצאות שליליות מפחיתות את החשש, הגם שלא לחלוטין, בהינתן שמהימנות הבדיקות אינה בשיעור של 100%, כלומר חשש לתוצאה שגויה (false) ובהינתן שהתחלואה מתגלה לעיתים בשלב מאוחר יותר. ניתן להוסיף גם בדיקה שלישית לאחר מספר ימים, שאם הפעם תצא חיובית, יוגבר הפיקוח המשטרתי והעירוני על החולה המאומת. כל זאת לצד צעדים נוספים שעיקרם התמקדות ומתן תעדוף לאכיפת הבידוד על הנכנסים לארץ, לרבות תעדוף לקטיעת שרשראות הדבקה של מי שבא במגע עם מי ששב מחו"ל ולרבות ריצוף גנומי מהיר של דגימות נגיף חיוביות מקרב השבים מחו"ל.

17. האכיפה היא אפוא נקודת המוצא והיא נקודת הסיום. טרם מרימים ידיים ומתייאשים מהאפשרות לאכוף בידוד אפקטיבי וטרם עושים שימוש באמצעי הקיצוני של הגבלה מיידית של כניסה לארץ ערב בחירות, יש להשתמש באמצעים אחרים ומתונים יותר על מנת להשיג אכיפה אפקטיבית יותר. זהו מבחן המשנה השני ברכיב המידתיות, מבחן הצורך/הנחיצות (האמצעי שפגיעתו פחותה), שלפיו יש לבדוק אם ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, המקיים את דרישת הקשר הרציונלי לפחות באותה מידה, 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); בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 796 (2003)). אכן, לא די להראות שקיים אמצעי אחר שפגיעתו בזכות פחותה. הדרישה היא שאותו אמצעי יגשים את התכלית באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר (ראו בג"ץ 2705/20 סמדר נ' ראש הממשלה, פסקה 15 והאסמכתאות שם (27.4.2020)). לאור האמור לעיל, וכפי שהראתה חברתי הנשיאה, הפגיעה בזכות הכניסה לישראל אינה צולחת גם את מבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר.

18. בהינתן עוצמת הפגיעה המיוחדת שמקורה בסגירת השערים הפתאומית ומועד הבחירות, אך משעה שהתקנות עתידות לפקוע ב-20.3.2021 בחצות ובשים לב לנתוני "סקר הביקושים" והטעמים שהובאו על ידי חברתי הנשיאה, אני מצטרף לסעד האמור בסעיף 32 לפסק דינה.

1. אני מסכים לחוות דעת חברתי, הנשיאה א' חיות. אוסיף מספר הדגשים.

ראשית, אומר כי תקנה 1א(ד)(1) לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלות על הפעלת שדות תעופה וטיסות), התש"ף-2020 (להלן: תקנות ההפעלה), המגבילה את מספר הנכנסים לישראל דרך שדות התעופה הבין-לאומיים, פוגעת בצורה חמורה בזכותו החוקתית של "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ [...] להיכנס לישראל" (סעיף 6(ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). יש לזכור כי כבר ביום 26.1.2021 הוגבל מספר הטיסות הנכנסות (הן באמצעות תיקון מס' 8 לתקנות ההפעלה, והן מכוח חוק רישוי שירותי התעופה, התשכ"ג-1963), ובהמשך נקבעו מכסות שנעו בין 600 ל-2000 נוסעים נכנסים. משמע, אף שהמכסה הנוכחית, העומדת על 3000 נוסעים נכנסים ביום, "נדיבה" יותר מקודמותיה, יש לבחון אותה בשים לב לתקופה הארוכה שבמהלכה הוגבלה משמעותית הכניסה לישראל – ונמנעה מאזרחים רבים האפשרות לחזור הביתה, בשיאה של מגפת הקורונה.

בכמה אזרחים מדובר, וכמה זמן תאלץ אותם מגבלת המכסה להמתין עד לפתיחת שערי המולדת? מעבר להשערות המבוססות על מספר הפניות לוועדת חריגים שפעלה בעבר, ול"סקר ביקושים" שהמדינה החלה לערוך רק בימים האחרונים, לא קיבלנו תשובה ברורה לשאלות אלה. לכך אשוב בהמשך. בשלב זה, די לומר כי בהתחשב במועד הבחירות לכנסת ה-24, הקבועות ליום 23.3.2021, מתווספת לפגיעה בזכות הכניסה לישראל פגיעה קשה נוספת. במצב החוקי הקיים, אזרח מן השורה יכול להצביע בבחירות רק "בתחום היבשה של ישראל" (סעיף 6 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969; ראו גם פרקים ט' ו' ו-י' 2 לחוק, היוצרים הסדרים שונים לגבי חיילים, ימאים ובוחרים שהם עובדי מדינה או המוסדות הציוניים) – ומכאן שמניעת הכניסה ארצה, שוללת לחלוטין את הזכות החוקתית לבחור לכנסת (סעיף 5 לחוק יסוד: הכנסת). אמנם, אין זו הכוונה, אך זו התוצאה.

הזכות לבחור היא מהזכויות החשובות בחברה דמוקרטית. היא נמנית על סימני ההיכר היסודיים ביותר של חברה כזו. קול אחד לכל אזרח. השוויון במיטבו. מנעת מאזרח לבחור, ופגעת בזכותו להשתתף בעיצוב פני החברה והשלטון. זכות הבחירה עומדת בליבת הזכויות שבין אדם למדינה. הנטל המוטל, אפוא, על הרשויות המבקשות להכשיר את המכסה הפוגענית, ולהוכיח שהיא עומדת במבחני המידתיות, רב הוא.

2. דא עקא, למרות השלכותיה הממשיות של המכסה, התקשינו לקבל מן המשיבים תשובות ברורות לשאלה מה נשתנה המספר 3,000 מיתר המספרים – ומדוע הוחלט לאמץ

דווקא מספר זה בתקופת תוקפו של תיקון מס' 13 לתקנות ההפעלה, קרי, בין התאריכים 6 עד ה-20 במרץ 2021. ב"כ המדינה טען כי מדובר בהגדלה הדרגתית של המכסות שעמדו בתוקף בשלבים מוקדמים יותר, אך הסברו אינו שופך אור על ייחודו של המספר 3,000 לעומת מספרים אחרים. יתר על כן, כפי שציינה חברתי הנשיאה, המדינה שינתה את טעמה במהלך הדיון בעתירות – ולאחר שהתברר שאין ממש בשיקולים הלוגיסטיים שהוצגו תחילה, העבירה את מרכז הכובד לטענה בדבר קשיי אכיפה של חובת הבידוד הביתי. שינוי משמעותי זה בקו הטיעון, בתוך ימים ספורים, מעלה שאלות לגבי עמדת המדינה, ומחליש אותה.

3. קושי מהותי יותר נובע מכך שהמדינה, כאמור לעיל, לא הציגה נתונים מספריים ממשיים באשר לכמות האזרחים המבקשים לשוב ארצה. בהעדר מחלוקת לגבי עצם קיומה של פגיעה בזכות הכניסה, ובהתחשב בכך שהכלים לבחינת היקף הפגיעה מצויים בידי המדינה, נטל הוכחת המידתיות מוטל על כתפיה. לפיכך, על הרשויות – ולא על העותרים – לאסוף ולהציג את הנתונים הרלוונטיים, בניסיון להוכיח כי הפגיעה בזכויות עומדת במבחני המידתיות (השוו, בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פסקה 48 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (14.6.2010)). אף על פי כן, רק בימים האחרונים, ולאחר מתן הצו על תנאי בעתירות שבכותרת, ערכה המדינה סקר ראשוני בעניין.

למעשה, נדמה שהפגם שנפל בהקשר זה בהתנהלות המדינה חמור אף יותר, שהרי כלל בסיסי של המשפט המינהלי מורה כי "כל החלטה סבירה ראוי לה שתהיה מושתתת על כל העובדות הרלוונטיות הדרושות לקבלתה" (בג"ץ 2205/97 מסאלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נא(1) 233, 239 (1997)). למרות זאת, ואף שחשיבות התשתית העובדתית המלאה מתעצמת כאשר ניצבת על הפרק פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, תיקון מס' 13 לתקנות ההפעלה התקבל מבלי שנודעו, ולו בהערכה גסה, מספר הישראלים המבקשים לשוב מחו"ל, ועוצמת הפגיעה בהם.

ההתגייסות החלקית והמאוחרת של המשיבים לבירור נתוני השהים בחו"ל מנעה גיבוש של תמונה מלאה. בכך, יצרה המדינה מעין "נזק ראייתי" שפגע ביכולתה לכמת, כנדרש, את עוצמת הפגיעה בזכויות היסוד, ולאזן בינה לבין האינטרסים והזכויות שמנגד. כידוע, התפיסה החוקתית בישראל אינה מכירה בזכויות אבסולוטיות, ולכן נדרשת מלאכת איזון בין השיקולים השונים שעל הפרק. בענייננו – בין זכויות היסוד להיכנס לארץ, ולהצביע בה, לבין אינטרס ההגנה על חיי הציבור ובריאותו. ברם, דווקא מנקודת הנחה שתכלית תקנות ההפעלה ראויה, ושאפשר שגם היה מקום להגביל את כמות הנוסעים הנכנסים – בניסיון לשלוט בזרם הווריאנטים שהם עלולים "לייבא" – החסר בתשתית העובדתית בולט במיוחד, ומקשה מאוד על הערכת סבירות ומידתיות

המספר שנבחר. איזון המבוסס על תשתית עובדתית מלאה יותר, היה מאפשר להעניק לזכות הכניסה ולזכות לבחור את משקלן הראוי – אם בדרך של הגדלה כללית של המכסה, ואם באמצעות הגמשה זמנית של המגבלות ביחס לתקופה הקצרה שעד יום הבחירות (פחות מעשרה ימים ממועד הדיון האחרון בעתירות). אולם, בהעדר תשתית כזו, ההסדר הגורף שגיבשה המדינה מציב את בית המשפט בפני הכרעה בינארית – לקבל את התקנות כמות שהן, או לפסול אותן כליל. זהו מצב המצמצם עד מאד את שיקול דעתו.

4. בסופו של דבר, עסקינן בקביעת מידות, מכסות ושיעורים. זוהי מלאכת הכימות בשדה הביקורת החוקתית. זוהי מלאכת מחשבת ולא מלאכת מחשב. לא ניתן לקבוע מספר מדויק על ידי נוסחה אריתמטית, אבל אינך פטור מן המלאכה בשל כך. כפי שכתבתי בעניין גרסגהר –

”מצד אחד – לא ייתכן כי שאלות חוקתיות בעלות אופי כמותי הן מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית החוקתית. המחוקק – דרך סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הכיר בקיומה של ביקורת שיפוטית חוקתית ואין לאפשר כי אמצעים בעלי אופי כמותי יהיו חסינים מפני ביקורת זו. המספר הוא נתון שלא פעם עומד בלב החוק – הוא רכיב חשוב מדי שלא ניתן להתעלם ממנו. בהתאם, דעתי היא כי אם המספר נראה קיצוני [...] די בכך כדי להביא לפסילת האמצעי. ברם, במצב שבו האמצעי הכמותי עלול שלא לצלוח את הביקורת החוקתית, אך הוא אינו מספר קצה – מחובתו של בית המשפט הבוחן את החוק להיעזר בהנמקה רציונלית. לא די באמירה כי המספר גבוה מדי כמסקנה. על בית המשפט להיזקק לָנו חיצוני שעליו הוא יכול לתלות את מסקנתו כדי לבסס את הסתייגותו מקביעת המחוקק. וזו חיצוני זה אינו חייב להיות מסוג אחד. הוא יכול להיות למשל הנמקה רציונלית, חוק, תקדים, עיקרון יסוד משפטי או מקור חיצוני אחר. הדגש הוא שבמקרים שאינם קיצוניים ומובהקים מבחינה מספרית לא די באינטואיציה לקביעת מסקנת אי-החוקתיות” (בג”ץ 2293/17 גרסגהר נ’ הכנסת, פסקה 2 לחוות דעתי (23.4.2020)).

קביעות אלה לגבי הביקורת השיפוטית על חקיקה “כמותית”, משקפות את שיקול הדעת הרחב של גורמי החקיקה בעניין – ועם זאת, את חובת המחוקק, ובוודאי מחוקק המשנה, להניח בסיס מסוים להכרעתו. זאת במיוחד כאשר כרוכה בה פגיעה בזכויות יסוד, כגון מניעת כניסתם לארץ של אזרחים, ושליטת זכותם לבחור – והדברים ישימים גם ביחס למכסת 3,000 הנוסעים הנכנסים.

להשקפתי, הכשל במבחן המידתיות מצוי, במקרה שלפנינו, במבחן השלישי – הוא מבחן המידתיות במובן הצר. אמנם, מקובל עלי כי בתנאי אי הוודאות השוררים ביחס להופעתם של וריאנטים שונים, פוטנציאל הנזק הגלום בכניסתו האפשרית ארצה של וריאנט עמיד מצדיק נקיטת אמצעי זהירות לא מבוטלים. ברם, הערכת נזקיהם של אמצעים אלה מול תועלתם מחייבת מיפוי מדויק של הנזקים – ולמצער, גיבוש תמונה רחבה ככל האפשר בעניין. דא עקא, משנתונים רלוונטיים לביצוע המבחן הצר, הן במישור הנזק והן במישור התועלת, לא עמדו לנגד עיני מקבלי ההחלטות, ואינם ידועים גם כעת, לא ניתן לומר שהורם הנטל – ואין אפשרות לקבוע שתועלתה של הפגיעה בזכויות היסוד החוקתיות עולה על נזקה. ושוב, כך במיוחד בתקופה קצרה זו, בהינתן הבחירות הקרובות.

5. באשר לסעד, אודה כי נוכח החסר בנתונים – על משמעויותיו המינהליות, החוקתיות והמוסדיות האמורות – שקלתי להורות על הגדלת המכסה לימים הספורים שנותרו עד מועד הבחירות. זאת, למשל, למספר של 5000 נוסעים נכנסים, המבוסס על עמדת מנהל נמל התעופה בן גוריון לגבי היכולות הלוגיסטיות של הנמל – ובשים לב לאפשרות להיערך בצורה אפקטיבית יותר לטיפול במחלימים ומתחסנים, שאין מחלוקת שהאיום הנשקף מהם נמוך יותר. אף על פי כן, החלטתי שלא לצעוד במסלול זה. בהיבט הענייני, מפני שהמספר 5,000 נגוע אף הוא בחוסר דיוק, וייתכן באותה מידה שהמספר הראוי אף גבוה יותר, ובהיבט המעשי, בהתחשב באילוצים הנובעים ממועד פקיעת תוקף תקנות ההפעלה במתכונתן הנוכחית – 20.3.2021.

ושיקול נוסף בנקודה זו. מן הנתונים שהוצגו בכתב התשובה מטעם המדינה (פסקה 71), עולה כי נכון לאותה עת (14.3.2021) אושרו טיסות שקיבולת המושבים היומית שלהן עולה בהרבה על מכסת 3,000 הנוסעים הנכנסים – ומגיעה עד 4,343 נוסעים (ביום ב', 15.3.2021). משמע, המדינה מכירה בכך שהמנגנון הקבוע בתקנות ההפעלה מאפשר גמישות, ומאשרת טיסות בקיבולת העולה על מכסת ה-3,000 – שאינה נתפסת כהחלטית ונחרצת. בלשונו של ב"כ המדינה, "אין אדם שבודק כמה אנשים וסוגר את השער אחרי 3,000", במקרה שבו תפוסת הטיסות עולה על ההערכה המוקדמת (עמ' 11, ש' 15 לפרוטוקול הדיון מיום 14.3.2021). אכן, דברים אלה נובעים במישרין מלשון תקנה 1א(ד)(1) לתקנות ההפעלה, הקובעת כי המפעיל "יבטיח, ככל האפשר, כי מספר כלל הנוסעים הנכנסים לישראל בשדות התעופה הבין-לאומיים לא יעלה על 3,000 נוסעים נכנסים ביום" (ההדגשה אינה במקור). נוכח שיקול הדעת שמותירות התקנות, והתנהלות הרשויות בפועל, הייתי קובע כי יש לגלות גמישות בתקופה הקצרה שנותרה

עד הבחירות, ולהעניק פרשנות מרחיבה ככל האפשר לביטוי "ככל האפשר" הקבוע בתקנות.

מנימוקים אלה, ולנוכח מכלול השיקולים הרלוונטיים – לרבות הגמישות שמותירות תקנות ההפעלה הנוכחיות; פקיעתן בעוד ימים ספורים; הנתונים החלקיים שהתקבלו בימים האחרונים לגבי מספר המבקשים לשוב לישראל; ותרומת העתירה לשינוי ההסדר הקיים, במישור של ביטול מגבלת היעדים – אני מצטרף לעמדת הנשיאה. דהיינו, כי יש להתמקד בסעד צופה פני עתיד, ולקבוע שאם תחפוץ הממשלה לשוב ולהגביל את הכניסה והיציאה מישראל, לאחר פקיעת התקנות הנוכחיות, עליה לעשות זאת על יסוד תשתית עובדתית מקיפה. כלומר, להביא בחשבון גם את מספר הישראלים המבקשים לשוב ארצה, ואת עוצמת הפגיעה בהם, ולאזן כהלכה בין מכלול השיקולים הרלוונטיים. זאת, מעבר לפרשנות המרחיבה של הביטוי "ככל האפשר" בתקנות הנוכחיות – אשר, כפי שצינתי לעיל, דומה שכבר אומצה על ידי המשיבים.

6. לסיום, גם בימי משבר קשה, כגון מגפה עולמית, זכויות האדם וזכויות האזרח אינן יורדות למחתרת. אכן, לאינטרס הציבורי ולזכויות הפרט לבריאות, חיים ושלמות הגוף ממד נעלה, ואין ספק שהמאבק בנגיף הקורונה ממלא תכלית ראויה. מסיבה זו, האיזונים המקובלים בין הזכויות עשויים להשתנות, ואפילו בצורה ניכרת, בתקופה זו. אולם, נכון לנהוג ברגישות ובמחשבה רבה ביחס לתמונה בכללותה. ברי כי מלאכתם של מקבלי ההחלטות קשה ומורכבת, בהתחשב באי הוודאות הסובב את הטיפול במגפת הקורונה, ובחזית הרחבה שבה הם נדרשים להילחם בנגיף. עם זאת, אין להניח לרוח השגרה-שבהעדר-השגרה בתקופה הנוכחית להקהות את החושים החוקתיים, ולהעביר לשוליים זכויות מהותיות, המשפיעות ושזורות בחיי האזרח, ללא בחינה מתאימה והצדקה ראויה.

יצוין, בהקשר של הזכות לבחור, כי ועדת הבחירות המרכזית עשתה מאמצים רבים, בבחירות שהתקיימו לפני כשנה, לאפשר גם למספר הנמוך יחסית של מבודדים וחולי קורונה לממש את זכותם להצביע. כך גם השנה, לקראת הבחירות לכנסת ה-24. ההשקעה, של משאבים אנושיים וכספיים, אינה בגדר מותרות, אלא בגדר מילוי תפקיד הוועדה – הבטחת זכות היסוד של כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה ומעלה לבחור. כך ראוי לפעול בתוך המדינה – ובשינויים הנדרשים, גם מחוץ לגבולותיה.

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, ד' בניסן התשפ"א (17.3.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה