**אירועון 2 – שילה תומר**

בבואי לדון במקרה, אתייחס למספר סוגיות משפטיות העולות מהצעדים בהם נקטה המדינה:

1. חיקוק חוק הסדרת פעילות עסקית בתקופת נגיף הקורונה (הוראת שעה), התשפ"א-2020 (להלן: החוק).

2. תיקון תקנות הסדרת פעילות עסקית בתקופת נגיף הקורונה (הוראת שעה) (להלן: התקנה).

3. שימושו של שר הביטחון בסמכות הנתונה לו בחוק הגבלת תנועת אזרחים, התש"י-1950.

**איתור הזכויות הנפגעות:**

תמיר וישראל (להלן: העותרים) יטענו שהחוק, התקנה וכן שימושו של שר הביטחון בסמכותו פוגעים במספר זכויות:

הזכות לחופש העיסוק המעוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק נפגעת במקרה זה מאחר והחוק מחייב את בעלי העסקים להתקין אביזרים שונים על חשבונם בשביל לקבל את הרישיון הנדרש להפעלת העסק ממשרד הבריאות וכן התקנה של שר הבריאות ופעולתו של שר הביטחון יפחיתו משמעותית את כמות הלקוחות שיפקדו את העסקים.

הזכות לפרטיות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נפגעת כאן גם היא מכיוון שהתנאים אותם מעמידה התקנה כוללים צילום של הלקוחות וזיהויים במערכת ביומטרית.

הזכות לחופש התנועה המעוגנת גם היא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נפגעת גם מכיוון שעל פי חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו כל אדם רשאי לצאת מישראל וכל אזרח ישראלי הנמצא בחו"ל ראשי להיכנס אליה ואילו לפי קביעתו של שר הביטחון הכניסה והיציאה מישראל אסורות.

**מנגד**, יכולה המדינה לטעון שנקיטת הצעדים אשר יזמה המדינה נועדו לשמור על אינטרס ציבורי שהוא בריאות הציבור, שכן מטרת צעדים שהמדינה נקטה הייתה למנוע גל הדבקה חדש של מגפת הקורונה שיכל לגרום לנזק גופני לאזרחים רבים.

**"איזון אופקי" ו"איזון אנכי"**

במקרה של התנגשויות זכויות ואינטרסים, ישנן שתי דרכים לאזן את ההתנגשות:

1. "איזון אופקי"

כאשר הזכויות הן שוות מעמד וניתן לפשר ולקיים את שתיהן.

1. "איזון אנכי"

כאשר יש הבדלי חשיבות בין הצדדים, נכריע לטובת הזכות המרכזית מבינן.

במקרה זה כשאין לנו איזון אופקי יאלץ ביהמ"ש לבצע איזון אנכי.

העותרים יטענו שלזכויות שנפגעו מעמד על חוקתי והפגיעה בהן קריטית יותר מן הפגיעה באינטרס הציבור לבריאות, שכן הזכות לבריאות הינה זכות לא מנויה ובמקרה זה מהווה פגיעה בזכויות אחרות.

**מנגד** יכולה המדינה לטעון שזכויות האדם אינן מוחלטות ואינטרס ציבור (במקרה זה בריאות הציבור) יכול במקרים מסוימים לגבור עליהן.

**בחינות פסקת ההגבלה**

כשנחקקת חקיקה במדרג נורמטיבי נמוך מחוקי היסוד יש לבחון האם הפגיעה של אותה חקיקה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק היסוד. פסקות ההגבלה של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה של חוק יסוד חופש העיסוק זהות ומכילות בתוכם ארבעה תנאים מצטברים (תנופה, דורנר 1):

1. מבחן ההסמכה - הפגיעה צריכה להיות מעוגנת בחוק

העותרים יכולים לטעון כי אין למדינה את הסמכות לפגוע בזכויות הנ"ל ע"פ הגישה שניתן לפגוע בזכויות אלו בחקיקת משנה רק בקיום של שני תנאים מצטברים: 1. קיום הסמכה להתקין תקנות מסוג זה. 2. קיום הסכמה מפורשת לפגיעה בזכויות היסוד של אותה תקנה – הסמכה בלשון ברורה בה ניתן היתר לפגוע בזכויות (גזל, 407). בהקשר תנאים אלו ניתן לראות כי: 1. אע"פ שלשר הבריאות יש היתר להתקין תקנות בנושא, לא נכתב באופן מפורש מהו הגבול בו הוא יכול לפגוע בזכויות. 2. לשר הביטחון אין קיום הסמכה להתקין תקנות מסוג זה מתוקף החוק למרות שיש לו הסכמה לפגוע בזכות לחופש התנועה, אך גם פה למרות שחוק הגבלת תנועת אזרחים נהנה משמירת דינים (שכן הוא נחקק לפני 1992) ומוגן מפני ביקורת על חוקיותו יש לפרשו ברוח הוראת חוק היסוד ויש אפשרות לבחון אותו במבחני המידתיות (חורב, ברק 54).

**מנגד**, תוכל המדינה להשיב שלפי גישת תכלית החוק לא נדרשת הסמכה מפורשת בלשון החוק, אלא נדרש שהפגיעה תהיה כחלק מעצם הגשמת מטרה, ומאחר שמטרת הפגיעה באותן זכויות היא שמירה על בריאותם של האזרחים מוקנית למדינה הסמכות לפגוע באותן זכויות (גזל, 408).

1. החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל

המדינה יכולה לטעון שערכי המדינה כמדינה יהודית הינם שמירה על הגוף והנפש, והתקנות וההגבלות באו במטרה להגן על האזרחים מגל הדבקות נוסף, וכן גם מן ההיבט הדמוקרטי הזכות לבריאות מעוגנת כערך (דיזיין, ברק 15).

1. תכלית החוק הפוגע צריכה להיות ראויה

המדינה יכולה לטעון שמטרת הצעדים שננקטו היא הגנה על בריאות הציבור ולכן התכלית היא הבאת תועלת לציבור, ומאחר ואינטרס ציבורי גובר על כל זכות במקרים בהם קיימת וודאות חזקה שיגרם נזק ממשי במידה והמדינה לא תגביל זכויות אלה ועוצמת הפגיעות תהיה גבוהה, יש לראות שהתכלית ראויה (שטיין, ברק 18).

**מנגד**, יכולים לטעון העותרים שהשימוש בהם כאמצעי להגשמת התכלית הבריאותית פוגע בכבודם ובזכויותיהם יתר על המידה ולכן התכלית איננה ראויה (סטטמן, 545).

1. במידה שאינה עולה על הנדרש

כדי לקבוע האם הפגיעה מידתית יש צורך לבחון את שלושת מבחני המידתיות באופן מצטבר (תנופה, דורנר 3):

1. התאמת האמצעי הפוגע לתכלית

הצעדים שננקטו באו במטרה לשמור על בריאות האזרחים, לכן יכולים לטעון העותרים שהלקוחות הם מקור הבעיה, ולכן יש להטיל הגבלות על הלקוחות ולא על העסקים. בנוסף החיוב בקבלת רישיון נוסף וכן החיוב בהתקנת מצלמות ואמצעי זיהוי ביומטריים אינם מגנים על בריאות הציבור והקשר בין הגבלות אלה לבין בריאות הציבור הוא קלוש עד לא קיים.

**מנגד**, יכולה המדינה לטעון שאותן הגבלות מתאימות לתכלית מכיוון שעצם החזקת הרישיון הנוסף נועד לוודא שאותו העסק נאמן להנחיות משרד הבריאות והחיוב באמצעי זיהוי ביומטריים והתקנת מצלמות יוכל למנוע הדבקה בכך שאם אדם נמצא כחולה קורונה יוכלו לדעת היכן היה ומי היה בקרבתו.

1. האמצעי הפוגע בזכות במידה הפחותה ביותר לצורך השגת התכלית

העותרים יכולים לטעון שהפגיעה והנזק שנגרמים לבעלי העסקים יכולה להיות במידה פחותה, למשל: במקום חיוב התקנת מצלמות ואמצעי זיהוי ביומטריים הסתפקות רק באחד מהם, או במקום איסור מוחלט של יציאה וכניסה מהמדינה – הכנסה לבידוד לתקופה קצובה של יוצאים או נכנסים למדינה, כך שהזכויות יפגעו במידה פחותה.

**מנגד** יכולה המדינה לטעון שבשני הגלים הקודמים של מגפת הקורונה המדינה נקטה בצעדים נוקשים פחות, ולכן הפעם, בניגוד לפעמים הקודמות יש לנקוט בהגבלות קשות יותר בשביל שהמדינה תמנע מלהגיע למצב של גל שלישי ולכן אין אפשרות להפחית את הפגיעה בזכויות הפעם.

1. תועלת מול נזק

מצד אחד ניתן לומר שהצעדים שנקטה המדינה אינם בהכרח ימגרו את המגיפה אך בעלי העסקים בהכרח יפגעו ולכן התועלת אינה שווה במקרה זה לנזק שיגרם.

**מנגד** ניתן לטעון כי לנגד המדינה עומדת בריאות האזרחים ולכן התועלת אותה המדינה מנסה להשיג היא אינטרס ציבורי רחב יותר מאשר הפגיעה בעסקים וכך התועלת במקרה זה עולה על הנזק שהצעדים שנקטה המדינה גורמים (תנופה, ברק 4).

**לסיכום**, נראה שהצעדים שננקטו מתוך אינטרס לבריאות הציבור פוגעים בזכויות המוזכרות לעיל, ביהמ"ש יצטרך להחליט האם למתקיני התקנות יש סמכות להתקין תקנות מסוג זה והאם התקנות שהותקנו עומדות במבחני פסקת ההגבלה.