



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6939/20

לפני :
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופטת י' וילנר

העותרות :
1. עידן מרכז דימונה בע"מ
2. כפר השקעות בע"מ

נ ג ד

המשיבים :
1. ממשלת ישראל
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת
4. מ"מ המפקח הכללי של משטרת ישראל
5. הממונה על התחרות

המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט :
להב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל

התנגדות למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה :
כ' בטבת התשפ"א (4.1.2021)

בשם העותרות :
עו"ד גדעון פישר ; עו"ד מתן גוטמן

בשם המשיבים 1-2, 4-5 :
עו"ד ערין ספדי-עטילה ; עו"ד אילנית ביטאו

בשם המשיבה 3 :
עו"ד אפרת חקאק

בשם המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט :
עו"ד רועי כהן

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. מזה שנה בקירוב, חיים אנו בצילה של מגפת הקורונה, הבירוקרטיה משנסת מתניים, גם החוק והמשפט נרתמים. בתחילה נעשה שימוש בתקנות לשעת חירום,

בהמשך נחקק חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: החוק), ומכוחו נתקנו תקנות.

2. ענייננו בעתירה זו, בהוראות שנקבעו בתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש"ף-2020 (להלן: התקנות). התקנות קובעות את האסור והמותר בימי הגבלות וסגר, וכוללות, בין היתר, הוראות לגבי פתיחה וסגירה של בתי עסק, תוך הבחנה בין בתי עסק חיוניים לבין בתי עסק שאינם חיוניים. בתי עסק חיוניים רשאים לפעול, בהגבלות מסוימות, גם בימי סגר; בתי עסק לא חיוניים אינם רשאים לפתוח את דלתותיהם לציבור, והאפשרות היחידה שעומדת להם להוסיף ולמכור את מרכולתם היא באופן מקוון, או בהזמנה טלפונית. כבר בעת פרסום נוסח התקנות המקורי, ואף כיום, לאחר תמורות ושינויים שנעשו בהן, לא הוגבלה האפשרות של בית עסק חיוני למכור מוצרים לא חיוניים, ובלבד שעיקר עיסוקו במכירת מוצרי מזון, אופטיקה, היגינה או תרופות.

3. העותרות הן שתי חברות המפעילות באמצעות זכיינים עשרות רבות של בתי עסק ברחבי הארץ. עיקר עיסוקם של בתי העסק הללו – ממכר צעצועים, ציוד לבתי-ספר וגני ילדים, כלי כתיבה, משחקים, מתקני חצר, אופניים, ועוד כיוצא בדברים הללו. העתירה הוגשה בתקופת הסגר השני, בעקבות סגירת המשק והשבתת המסחר, כשאז הותרה פתיחתם של בתי עסק חיוניים בלבד. טענת העותרות היתה, כי יש לאסור על בתי העסק החיוניים למכור מוצרים לא חיוניים, דוגמת צעצועים ומוצרי פנאי. נטען, כי אי-החלת איסור שכזה, מכה עוד את בתי העסק שאינם חיוניים. לטענת העותרות, לא ניתן להשלים עם מצב שבו בתי עסק חיוניים יכולים להציע למכירה מוצרים לא חיוניים בעליל, אגב מכירת מוצרים חיוניים, ובכך יורדים לפרנסתם ואומנותם של בעלי העסקים האחרים, אשר נאלצים להתמודד קשות עם השלכות הסגר. לדידן, ברור לכל כי מי שרכש, לדוגמה, צעצוע ברשת לשיווק מזון ובא על סיפוקו, לא ימהר לרכוש צעצוע נוסף, מבית עסק לממכר צעצועים, מיד בתום ימי הסגר. לדברי העותרות, אם הותרה מכירתם של מוצרים לא חיוניים, יש ליתן היתר כזה בידי כל בתי העסק; אם לא הותרה, יש לאסרה על הכל. בהקשר זה מוסיפות העותרות, כי בתי העסק החיוניים 'מנצלים את המצב', מגבירים מכירות של מוצרים לא חיוניים, ומשתלטים על נתח שוק זה, תוך פגיעה קשה בעותרות ובדומים להן; כל יום שחולף, הריהו "מענות לא יוכל לתקן וחסרון לא יוכל להמנות" (קהלת א, טו). העותרות טוענות אפוא לפגיעה קשה וחמורה בשוויון, ולפגיעה לא מידתית בזכויות חוקתיות נוספות. זאת ועוד, לטענתן, אם מטרת הסגר היא למנוע יציאה מהבית למטרות לא חיוניות, כי אז, אין להתיר מכירה עקיפה של מוצרים לא חיוניים בבתי עסק חיוניים, ובדרך זו להביא, דה-פקטו, ליציאה גם שלא לצורך. מדובר אפוא בפגיעה לא

מידתית, ואף לא לתכלית ראויה. בד בבד, ביקשו העותרות, כי בית המשפט יורה לגורמי האכיפה, בצו ביניים, למנוע מכירת מוצרים לא חיוניים בבתי עסק חיוניים. בהחלטה מיום 11.10.2020, קבע השופט י' אלרון, כי "בשלב זה לא מצאתי לנכון להיעתר לבקשה למתן צו ביניים".

4. במועד הגשת העתירה, בראשית חודש אוקטובר 2020, המצב המשפטי שנקבע בתקנות, כנוסחן אז, במה שנוגע לענייננו, היה זה: לפי תקנה 2(א)(2) לתקנות, איש לא יצא ממקום מגוריו למרחב הציבורי, אלא לשם "הצטיידות בתרופות, במזון ובמוצרים חיוניים וקבלת שירותים חיוניים". כפועל יוצא, נקבעו בתקנה 7 הוראות לגבי פתיחת בתי עסק בתקופה זו, כדי למנוע יציאה שלא לצורך חיוני. לפי פרט (1) לתקנה זו, ניתן להפעיל "מקום שעיקר עיסוקו מכירת מזון, בית מרקחת, מכון אופטיקה או חנות שעיקר עיסוקו מכירת מוצרי היגיינה"; לפי פרט (3) כנוסחו אז, ניתן היה גם להפעיל "מקום שעיקר עיסוקו מכירת מוצרים חיוניים לתחזוקת הבית, מכבסה, מכירת מוצרי תקשורת או מחשבים או מעבדה לתיקון מוצרי תקשורת או מחשבים" (ק"ת 8766, מיום 17.9.2020). הנה כי כן, במועד הגשת העתירה, כלל בתי העסק הנ"ל הוגדרו חיוניים, והמבחן היחיד שנקבע לשם כך הוא כי עיקר עיסוקם במוצרים חיוניים. בכפוף לעמידה במבחן זה, מכירת מוצרים לא חיוניים, אגב מוצרים חיוניים, לא הוגבלה. כאמור, נוכח פגיעה זו, בבתי עסק שאינם מקיימים את מבחן עיקר העיסוק, וממילא אינם מוגדרים כחיוניים, הוגשה העתירה. בעת ההיא, תקנה 9 הקובעת הוראות לעניין מגבלת תפוסה מקסימלית במקומות שפתיחתם הותרה, קבעה הוראות מקלות ביחס לבתי עסק חיוניים, ללא הבחנה בין בתי העסק המצויינים בפרט (1), לבין אלה שבפרט (3).

5. ביום 19.10.2020, הגישו משיבי הממשלה את תגובתם המקדמית, ובגדרה טענו כי דין העתירה להידחות, על הסף ולגופה. לדבריהם, מיצוי ההליכים לא נעשה כהלכה; לא הוצגה תשתית עובדתית מספקת להוכחת הפגיעה הנטענת; ולא צורפו משיבים רלבנטיים – בעלי העסקים שהוגדרו חיוניים. על כן, יש לדחות את העתירה על הסף. לגופו של עניין נטען, כי מבחן 'עיקר העיסוק', שעל-פיו נקבע אם בית עסק נחשב חיוני, הוא מבחן ישים ואכיף, בעוד שחלופות אחרות – כדוגמת קביעת רשימה סגורה של מוצרים חיוניים – אינן ישימות, ואינן ניתנות לאכיפה בחיי המעשה. בנסיבות הללו, יש לקבוע כי החלופה שנבחרה, מידתית וראויה. משיבי הממשלה הוסיפו, כי על-פי ההלכה הפסוקה, לא על נקלה יתערב בית המשפט בחקיקת-משנה, שמתחם ההתערבות בה מצומצם ביותר. בפרט כשמדובר בסוגיה מקצועית, ובעבודה 'תחת אש', בתקופה קשה ומורכבת. נטען אפוא, כי במכלול הנסיבות, יש לאפשר לעניינים להימשך כסדרם. בתגובה מקדמית, שהוגשה בהמשך אותו יום, הצטרפה הכנסת לטיעוני הממשלה,

והוסיפה כי יש לתת את הדעת גם למענקי הקורונה, הניתנים לבתי העסק הסגורים, ומרככים את הפגיעה הנטענת.

6. העתירה נקבעה לדיון ביום 9.11.2020, לפני מותב תלתא. בבקשה להקדמת מועד הדיון (בקשה שנדחתה), שבו העותרות וטענו כי בתי העסק החיוניים 'מנצלים את המצב', ומוסיפים לפגוע בהן, באמצעות הגדלת נתח המכירות של מוצרים לא חיוניים. את דבריהן ביססו העותרות על תחקירים שפורסמו בכלי התקשורת. העותרות הוסיפו וציינו, כי ממשלת ויילס (Wales) הכריזה על סגר כללי בעקבות התפרצות גל שני בשטחה, ובמסגרת ההנחיות אסרה על בתי עסק חיוניים, שפתיחתם הותרה, למכור מוצרים שאינם חיוניים. לדברי העותרות, ניתן ללמוד מכך כי לא בשמים היא, שכן מעבר לים הדבר התאפשר.

7. ביום 8.11.2020, ערב הדיון, הגישו משיבי הממשלה הודעה מעדכנת, שבה פירטו על אודות תיקון מספר 9 שנעשה בינתיים לנוסח התקנות (ק"ת 8879, מיום 6.11.2020), בעקבות ירידה בקצב התחלואה, וכחלק מצעדי היציאה הראשונים מהסגר השני. במסגרת תיקון זה, הותרה פתיחתן של חנויות רחוב, שאינן ממוקמות בקניונים או במרכזי קניות פתוחים. בנסיבות הללו, נטען כי הפגיעה שעליה הצביעו העותרות, צומצמה, ועל כן, יש לקבוע כי ההסדר שבתקנות מידתי, ראוי, ואינו מקים עילה להתערבות. אציין, כי גם לאחר השינוי האמור, הוסיפו בתי העסק החיוניים להחזיק ביתרון משמעותי על פני חנויות הרחוב, שכן במסגרת תיקון מספר 9, נקבע כי הגבלת התפוסה המקסימלית בחנויות הרחוב שאינן חיוניות, תהא מחמירה בהרבה מזו של בתי העסק החיוניים (לפי תקנה 9(א1) כנוסחה אז: "מחזיק או מפעיל של חנות רחוב שהפעלתה מותרת בדרך של פתיחה לציבור לפי תקנה 7, לא יכניס לחנות יותר מ-4 אנשים, למעט עובדי המקום"). משמעות הדבר היא, כי הכניסה לחנויות הרחוב כרוכה, לא אחת, בהמתנה ממושכת ברחוב, בתור ארוך ומייגע, לעומת כניסה (כמעט) חופשית ויותר מהירה, לבתי העסק החיוניים.

8. ביום 9.11.2020 התקיים דיון בעתירה, וב"כ הצדדים חזרו על טענותיהם; נשמעו גם דברים מפי ב"כ עמותת 'להב' – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל, שביקשה להצטרף להליך. תחילה, טענו ב"כ העותרות, כי העתירה רלבנטית גם במועד זה. לדבריהם, אמנם חנויות הרחוב הותרו לבוא בקהל, אך סניפים רבים של העותרות, הממוקמים בקניונים ובמרכזי קניות פתוחים, נותרו סגורים. לגופו של עניין נטען, כי גם משיבי הממשלה אינם מתכחשים לכך שהמצב החוקי הקיים פוגע בעותרות ובדומים להן, אך תשובתם היא כי חלופות אחרות, אינן ישימות ואינן אכיפות. העותרות סבורות כי אין לקבל זאת. לדבריהן, בדומה לאיסור על מכירת אלכוהול בשעות הלילה, או לאיסור על

מכירת חמץ בימי הפסח, ניתן לאכוף גם איסור על מכירת מוצרים לא חיוניים. כמו כן, עינינו הרואות כי במדינות אחרות בעולם ידעו לעשות כן (הוזכרו ויילס וצרפת, והוצגו תימוכין). מנגד, טענה ב"כ הממשלה, כי קיים הכרח ליתן כלים בידי הממשלה, שיאפשרו שמירה ככל הניתן על הבריאות, מחד גיסא, ואספקה רציפה של מוצרים חיוניים, מאידך גיסא. כאשר נדרש להטיל סגר בשל עלייה בתחלואה, נדרשת הכנה והיערכות מהירה ביותר, ועל כן, דרוש מבחן ישים ומזורז – הוא מבחן 'עיקר העיסוק' – שנקודת המוצא שלו, והדגש בו, נתונים לשמירה על הבריאות, ולא לשיקולים של צדק חלוקתי בין עסקים שונים. אמנם, המבחן איננו מושלם, אך הוא המבחן המתאים ביותר, למציאות ההפכפכה ולנסיבות המורכבות. מלבד זאת, שבה ב"כ הממשלה על טענתה המקדמית, כי לא צורפו לעתירה בעלי עסקים חיוניים, כך שאין לדעת אם אכן גדל היקף המכירה של מוצרים לא חיוניים, כנטען על-ידי העותרות. ב"כ הכנסת שבה גם היא על טענותיה בכתב, והוסיפה כי חלקה של הכנסת בהליך זה מצומצם יותר מזה של הממשלה, משום שהתקנות מובאות לפתחה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, רק לאחר גיבוש ההסדר בממשלה. משכך, הלכה למעשה, הוועדה אינה מעורבת בעיצוב התקנות באופן מלא, מהחל ועד כלה.

9. בתום הדיון, לאחר ששקלנו בדבר, הוצאנו צו על-תנאי, ובגדרו הורינו למשיבה 1 – ממשלת ישראל – לבוא וליתן טעם מדוע לא יתוקנו התקנות, "באופן שיתיר לעסקים המקיימים פעילות חיונית [...] למכור מוצרים שיוגדרו חיוניים, ואלו בלבד, בעת שנאסרת פעילותם של עסקים שאינם מקיימים פעילות חיונית כאמור".

10. ביום 14.12.2020, הוגש תצהיר תשובה מטעם הממשלה. בפתח הדברים צוין, כי מאז שהתקיים הדיון נעשו שינויים משמעותיים בתקנות, בכל הקשור למסחר. שינויים אלה, משליכים באופן מהותי על המשך בירור העתירה. כך, לבד מן השינוי שהביא לפתיחת חנויות הרחוב (שעל אודותיו הוגשה הודעת עדכון ערב הדיון), נכנס לתוקף ביום 17.11.2020 תיקון מספר 10 (ק"ת 8902), המאפשר גם פתיחה של חנויות במתחמי קניות פתוחים; ביום 19.11.2020 נכנס לתוקף תיקון מספר 13 (ק"ת 8916), הקובע הקלות מסוימות לגבי התפוסה המקסימלית המותרת בחנויות הרחוב ובמתחמי הקניות הפתוחים; ביום 8.12.2020 נכנס לתוקף תיקון מספר 17 (ק"ת 8974), המבטל את האיסור על הפעלת כלל בתי המסחר, כולל אלה שבקניונים ובמתחמי הקניות הפתוחים. תיקון זה גם הסיר את בתי העסק לממכר מוצרים לתחזוקת הבית, מרשימת בתי העסק החיוניים (כזכור, בתי עסק אלה נכללו עד כה בתקנה 7(3) לתקנות). במסגרת תיקון זה שונתה גם תקנה 9, ונקבע בה הסדר אחיד, אשר חל הן על בתי עסק חיוניים, הן על אלה שאינם, בכל הנוגע לתפוסה המקסימלית המותרת בהם; זאת על מנת להביא להשוואה, במידת האפשר, בין בתי העסק השונים. לצד זאת, מקום שעיקר עיסוקו במכירת מוצרי מזון, אופטיקה, היגיינה או תרופות, הוחרג מתיקון זה, על מנת להבטיח רצף אספקה של

המוצרים הללו, שאין חולק על נחיצותם וחיוניותם, ללא עיכובים, מבלי להיקהל ולעמוד בתורים ארוכים. בהינתן כל זאת, נטען כי השינויים המפליגים שנעשו, מסיטים את נקודת האיזון מן הקצה אל הקצה. שלא כמצב הדברים במועד הגשת העתירה, אז היו בתי העסק של העותרות נעולים וחתומים, אין יוצא ואין בא, בעקבות התיקונים שנעשו, יכולות גם העותרות להציע את מרכולתן לציבור. אמנם נטען, כי עדיין קיים פער מסוים בין בתי העסק השונים, בכל הקשור למגבלת התפוסה, אך ברי כי הפגיעה הנטענת הצטמצמה באופן משמעותי ביותר, ואינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית, לבטח לא כאשר מדובר בעתירה לביטול או שינוי של תקנות. הממשלה הוסיפה עוד כהנה וכהנה טענות גם לגופו של עניין, ממין הטענות שבתגובה המקדמית. לבסוף טענה הממשלה, כי יש להורות על מחיקת העתירה, נוכח התמורות המשמעותיות שחלו בה, ולחלופין, לדחותה לגופה, תוך ביטול הצו על-תנאי.

11. לאחר שעיינו בתצהיר התשובה, הורינו על קיום דיון בהתנגדות לצו על-תנאי. עוד זה מדבר וזה בא; בטרם יבש הדיו על תצהיר התשובה, החל גל תחלואה נוסף, ועמו שיח מחודש על כניסה לריסון מהודק, בואכה פני סגר שלישי. סימן הקריאה האופטימי שהוצג בתצהיר התשובה, הפך, שוב, לסימן שאלה.

12. העותרות, מיהרו לפנות בבקשה לקביעת מועד דחוף לדיון, ובבקשה למתן צו ביניים שימנע מכירת מוצרים לא חיוניים על-ידי בתי עסק חיוניים, אם אכן יוטלו מגבלות מחודשות על המסחר. הורינו כי הדיון יערך בהקדם, וזה נקבע ליום 4.1.2021; דחינו את הבקשה לצו ביניים, נוכח הסמיכות למועד הדיון.

13. ביום 30.12.2020 הוגשה הודעת עדכון מטעם הממשלה, ובה נמסר על אודות תיקון מספר 21 שנעשה לתקנות (ק"ת 9023, מיום 27.12.2020). תיקון זה בא בעקבות עלייה תלולה בקצב התחלואה, ונוכח החלטה להטיל סגר שלישי, בניסיון לבלום את התפשטות הנגיף. במסגרת תיקון זה, פרט (1) שבתקנה 7 נותר על מכונו; נקבע כי בתי עסק לממכר מוצרי מזון, אופטיקה, היגיינה או תרופות, רשאים להוסיף ולמכור, הן מוצרים חיוניים, הן מוצרים לא חיוניים, ובלבד שיעקר עיסוקם במוצרים חיוניים. לעומת זאת, בפרט (3) נעשו שינויים משמעותיים, ונקבע בו כי בתי העסק הנכללים בפרט זה, יהיו רשאים למכור מוצרים חיוניים בלבד, כלשונו: ניתן יהיה להפעיל, בימי סגר, "חנות למכירת מוצרים חיוניים או בית עסק למתן שירות חיוני כמפורט להלן":

"(א) חנות המציעה למכירה והמוכרת מוצרים מהמפורט להלן, ובלבד שהיא מציעה למכירה ומוכרת מוצרים אלה ומוצרים הנזכרים בפסקה (1) לעיל בלבד:

- (1) מכשירי חשמל חיוניים לבית, כגון מקרר, תנור אפייה, תנור חימום ומזגן;
 (2) מוצרים הדרושים לתיקונים חיוניים, לתחזוקת מערכות תשתית של הבית, כגון תיקונים במערכות חשמל, אינסטלציה, גז וחימום;
 (3) מוצרי תקשורת או מחשבים;

(ב) מכבסה;

(ג) מעבדה לתיקון מוצרי תקשורת או מחשבים".

בנוסף, בכל הנוגע לתפוסה המקסימלית המותרת, ההגבלות המקלות שנקבעו לגבי בתי העסק שבפרט (1) – נותרו כפי שהיו. לעומת זאת, ההגבלות על בתי העסק שבפרט (3) – הוכבדו.

על אף הגבלות עדכניות אלה, שלמעשה החיו מחדש את טענות העותרות, חזרה הממשלה על טענתה, כי יש לדחות את העתירה ולבטל את הצו על-תנאי. לדברי הממשלה, הפגיעה הנטענת הנוכחית מצומצמת ותחומה, לעומת זו שהוצגה בעת הגשת העתירה. בגרסה הנוכחית של התקנות, השימוש במבחן 'עיקר העיסוק', נעשה רק ביחס לבתי העסק שבפרט (1), בעוד שבתי העסק שבפרט (3), הוגבלו למכירת מוצרים חיוניים בלבד. לטענת הממשלה, צמצום זה, די בו כדי להביא לאיזון הולם בין התכלית העומדת ביסוד התקנות – שמירה על הבריאות – לבין הפגיעה הנטענת. אמנם, בתי העסק הנכללים בפרט (1) עדיין יוכלו למכור מוצרים לא חיוניים, אך מדובר, ככלל, במוצרים נלווים הנמכרים דרך שגרה בחנויות מסוג זה. ממילא, הדבר אינו פוגע, ודאי לא באופן ניכר, בתכלית הבריאותית שביסוד התקנות, ולצד זאת מאפשר להרחיב את סל המוצרים הזמין לציבור בימי הסגר.

14. עוד באותו יום, הגישו העותרות עיקרי טיעון מטעמן, וטענו, כי הצורך בבירור העתירה, נוכח העלייה המחודשת בתחלואה, ברור ומובהק. לדבריהן, תיקון מספר 21 ממחיש שוב כיצד המטוטלת נעה מצד לצד, מיום ליום ומחודש לחודש, ודרושה הכרעה שיפוטית בסוגיה, אם לעת הזו, אם לעתיד לבוא. נטען, כי התיקון הנוכחי, באופן שבו נעשה, מפריך את טענת הממשלה, כי כביכול לא ניתן לקבוע הסדר מהודק יותר מזה הקיים, משום שאינו ישים ולא אכיף. לדברי העותרות, משעה שנקבעה בפרט (3) רשימה של מוצרים חיוניים, שאותם בלבד יוכלו בתי העסק הנכללים בו למכור, הוכח כי הדבר אפשרי בהחלט. משכך, נטען כי היה על הממשלה לקבוע הוראה דומה גם ביחס לבתי העסק שבפרט (1) לתקנה 7 – בתי עסק לממכר מוצרי מזון, אופטיקה, היגיינה או תרופות – ובדרך זו למנוע את הפגיעה המתמשכת בעותרות. מעבר לכך, נטען כי כיום, חודשים ארוכים לאחר פרוץ המגפה, אין להשלים עם טענת הממשלה, כי לא היה סיפק בידה

לקבוע רשימה של מוצרים חיוניים, שהם, ורק הם, יותרו למכירה בכתי העסק החיוניים. טענות ברוח זו, ניתן אולי היה לקבל בראשית ימי המגפה, אך לא עוד.

15. ביום 4.1.2021 התקיים דיון בהתנגדות לצו על-תנאי, ונשמעו טיעוני ב"כ הצדדים. ב"כ הממשלה התייחסה, בין היתר, לדיון שהתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שבמהלכו נשמעו טענות ברוח העתירה, אך בסופו אושרו התקנות. ב"כ העותרות שב וטען כי לקיומה של פגיעה קשה, שלא ניתן להסכין עמה. בתום הדיון, ביקשנו מנציגי הממשלה לשקול הטלת איסור על מכירת קטגוריות מוצרים מסוימות, אשר ניתן לקבוע לגביהן כי אינן כוללות מוצרים חיוניים (למשל – מכירת צעצועים), לצד השימוש במבחן 'עיקר העיסוק'.

16. ביום 13.1.2021 הוגשה הודעה מעדכנת מטעם הממשלה, ובה נטען כי "הצעת בית המשפט הנכבד הובאה לפני שר הבריאות ולאחר שנדרש לדברים הוא אף שקל בחיוב לקבלה. עם זאת, במסגרת דיונים בין השר לבין היועץ המשפטי לממשלה ולמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חוקתי-ציבורי), ובהתאם לקשיים המשפטיים המפורטים להלן, שהוצגו לשר בקשר עם ההצעה במסגרת דיונים אלה, החליט השר שלא לכלול את המתווה שהציע בית המשפט הנכבד בנוסח של תקנות הידוק ההגבלות שהובא לפני ועדת השרים ואושר על ידי השרים החברים בה". עיינו בהודעה, אך סברנו כי האמור בה אינו משקף באופן ברור מהם אותם קשיים משפטיים שהוצגו לשר הבריאות. בנסיבות, קבענו כי "מאחר שהסוגיה שלפנינו נוגעת להתערבות בחקיקת-משנה, ראינו מקום ליתן למשיבים אפשרות להגיש הודעה משלימה, שבה יפרטו באופן ממוקד, מהם אותם קשיים משפטיים" (ההדגשה במקור – נ' ס').

17. בהתאם, ביום 25.1.2021 הוגשה הודעה משלימה מטעם הממשלה. תחילה, ביקשה הממשלה להסיר מעל הפרק חלופה, שלדבריה אינה ישימה בעליל – יצירת רשימה סגורה של מוצרים חיוניים, שרק מכירתם תותר, ותו לא. נטען, כי הקושי לגבש רשימה כזו איננו משפטי, כי אם פרקטי, מעשי. לדעת הממשלה, נדרשת לשם כך 'עבודת נמלים' לא ישימה ולא ריאלית, בהינתן עומס העבודה העצום המוטל ממילא על גורמי המקצוע השונים, ומחמת הצורך להפנות את מירב המשאבים לצרכי שעה דחופים. אחר זאת, הוצגו שלוש חלופות אחרות, שלגביהן צוין כי נשקלו בחיוב על-ידי שר הבריאות, אך לבסוף ירדו מהפרק, בשל קשיים משפטיים. אלה החלופות, כפי שהוצגו על ידי ב"כ הממשלה:

א. החלופה הראשונה – הותרת מבחן 'עיקר העיסוק' על כנו, תוך הטלת איסור על מכירת מוצרים מקטגוריות מסוימות, שעל פניהן אינן כוללות מוצרים חיוניים, דוגמת צעצועים ובגדים.

ב. החלופה השנייה – הותרת מבחן 'עיקר העיסוק' על כנו, ולצדו איסור כולל על מכירת מוצרים לא חיוניים, תוך נקיטת דוגמאות, כגון צעצועים או בשמים.

ג. החלופה השלישית – ביטול מבחן 'עיקר העיסוק', וקביעה כי גם בתי העסק הרשאים לפעול מכוח תקנה 7(1), יוכלו למכור מוצרי מזון, אופטיקה, היגינה או תרופות בלבד, בדומה לאשר נקבע לגבי בתי העסק הפועלים מכוח תקנה 7(3).

18. לאחר הצגת החלופות, הוצגו הקשיים המשפטיים הנטענים:

ביחס לחלופה הראשונה – נטען כי היא עלולה ליצור הבחנה לא מוצדקת ולא שוויונית, בין בתי עסק שונים, שאינם חיוניים. כך, גם אם תגובש רשימה של מספר קטגוריות, שמכירתן תאסר – צעצועים למשל – יתכן שעדיין ישארו קטגוריות לא חיוניות אחרות, שלא יעמדו לנגד עיני מנסח התקנות, עובר לעשייתן, ומשום כך, לא תאסר מכירתן. במצב דברים שכזה, בתי העסק המוכרים אותן קטגוריות נשכחות, לא יזכו לתרופה, והשוויון יפגע. בנוסף נטען, כי תחום הביגוד, למשל, כולל פריטים רבים שאינם חיוניים לרכישה דווקא בימי סגר, אך נכללים בו גם כמה וכמה פריטים חיוניים (הוזכרו: גרביים, ביגוד לחורף, הלבשה תחתונה, וכדומה). על כן, אם ידרש לקבוע כי קטגוריה זו אסורה כליל, יעמוד הדבר בסתירה לאמור בסעיף 8 לחוק, שלפיו הגבלת המסחר תעשה בכפוף להצבת "סייגים שיבטיחו ייצור, הובלה ואספקה של מוצרים חיוניים או הצטיידות בהם וכן מתן שירותים חיוניים או קבלתם". עוד נטען, כי יצירת חלוקה תת-קטגורית (גרביים – כן, חולצה – לא; צעיף – כן, מכנסיים – לא), היא מלאכה מורכבת מאוד, המחייבת עבודת מטה מעמיקה, שבמגבלות הזמן והנסיבות – אינה מוצדקת. בפרט בשים לב לכך שמדובר בהסדרים לטווח קצר, לתקופת סגר בלבד.

ביחס לחלופה השנייה – נטען כי היא אינה כוללת הגדרה ברורה, המאפשרת לבעלי העסקים, כמו גם לגורמי האכיפה, לקבוע בבירור מהם מוצרים חיוניים, ומהם מוצרים שאינם חיוניים. בלית ברירה, ידרשו בעלי העסקים לעשות שבת לעצמם, ולקבוע, לפי הבנתם, מהי סחורה מותרת, ומהי סחורה אסורה. במצב שכזה, בהעדר פרשנות אחידה וברורה, ובהינתן עקרון החוקיות, לא ניתן יהיה לקבוע איסור בדבר, ודאי לא כזה שסנקציה פלילית בצדו; למצער, הוראה שכזו לא תהא ניתנת לאכיפה.

ביחס לחלופה השלישית – נטען כי אמנם, קביעת איסור גורף יוצרת ודאות, הן לבתי העסק, הן לגורמי האכיפה, ומשכך – ניתנת ליישום בחיי המעשה. עם זאת, נטען

כי היא אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 8 לחוק, המחייב את מתקין התקנות לוודא כי המגבלות אינו מונעות הצטיידות במוצרים חיוניים. נטען, כי בהעדר מיפוי מדויק של המוצרים האסורים במכירה, יתכנו מוצרים שאינם מזון, אופטיקה, היגיינה או תרופות, שהם למעשה חיוניים (דוגמת פריטי הביגוד שהוזכרו לעיל), אך מכירתם תאסר, נוכח האיסור הגורף המוצע בגדרי חלופה זו. צוין, כי על אף שניתן לכאורה להשיג את כלל המוצרים הקיימים בשוק, באמצעות הזמנה מקוונת או טלפונית, ובמשלוח עד הבית, אין די בכך. לעניין זה, ישנן אוכלוסיות שעושות שימוש מוגבל, אם בכלל, בקניות מקוונות, ובמשלוחים (כגון קשישים, מי שאינם משתמשים בכרטיסי אשראי, מי שאינם מנויים ברשת האינטרנט, וקהלים נוספים; בהקשר זה הפנתה הממשלה לסעיף 4(ב) לחוק, שבו נקבע כי התקנות יותקנו "בשים לב לזכויות ולצרכים של אזרחים ותיקים, של קטינים, ושל אנשים עם צרכים מיוחדים, ובכלל זה אנשים עם מוגבלות"). כמו כן נטען, כי לעתים מדובר במוצרים שערכם פעוט, ואשר עלות המשלוח גבוהה משווי המוצר, כך שאופציית המשלוחים, הלכה למעשה, אינה קיימת לגביהם. אם כן, חלופה זו תמנע מהציבור, או למצער מחלקו, את האפשרות לרכוש אותם מוצרים חיוניים הנופלים בין הכיסאות, שלא יהיו זמינים עוד בבתי העסק האמורים.

19. לסיכום הדברים – לאור הקשיים המעשיים והמשפטיים האמורים, ובשים לב לכך שהפגיעה בעותרות צומצמה, נוכח התמורות שעברו על התקנות מאז הגשת העתירה, טענה הממשלה כי ההסדר הקיים מידתי, עומד בהוראות הדין, ולא קמה עילה להתערבות בו.

דיון והכרעה

20. לאחר שבחנתי את מכלול החומר, ולא בלי התלבטות, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להתקבל, ויש להפוך את הצו על-תנאי למוחלט; כך אציע לחברי כי נעשה.

21. כאמור, פגיעתה של המגפה קשה וחמורה, בתחומי חיים שונים. תחום הבריאות הוא הראשון והעיקרי שבהם, אך גם חלקו של התחום הכלכלי לא נגרע. לא בכדי הורה המחוקק בסעיף 4(א) לחוק, כי "בתקופת תוקפה של הכרזה על מצב חירום בשל נגיף הקורונה רשאית הממשלה [...] להתקין תקנות כאמור בסעיפים 6 עד 12, אם שוכנעה כי הדבר דרוש לשם מניעת הדבקה בנגיף הקורונה בקרב הציבור וצמצום התפשטותו, צמצום היקף התחלואה או הגנה על אוכלוסיות בסיכון, והכול רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת המטרות האמורות, לאחר שנשקלו חלופות להשגתן, הפגיעה בזכויות וההשפעות על המשק" (ההדגשה אינה במקור – נ' ס'). הנה כי כן, לצד המאבק הבריאותי, אשר לו משפט

הבכורה, יש לשקול גם את מידת הפגיעה בזכויות, ובצרכי המשק, ולבחון אם קיימות חלופות פוגעניות פחות, אשר עשויות להשיג את המטרות הבריאותיות.

22. נקודת המוצא היא אפוא מניעת פגיעה מקום שבו הדבר אינו הכרחי, ואינו משרת בהכרח את המטרות הבריאותיות. בענייננו, אין ספק כי סגר – מטרתו בלימת עלייה בתחלואה. השימוש בו קשה, אך הכרחי, לצורך הצלת חיים. עם זאת, יש להיזהר ולהישמר, שלא לפגוע בדרך זו, למעלה מן הדרוש, בזכויות חשובות אחרות, דוגמת פרנסה וכלכלה.

23. כפי שצוין לעיל, לטענת העותרות, השיטה הנהוגה כיום, שלפיה בתי עסק לממכר מזון, אופטיקה היגינה ותרופות, רשאים למכור בימי סגר גם מוצרים לא חיוניים, דוגמת צעצועים, ולשם כך די אם הוכיחו עמידה במבחן 'עיקר העיסוק', פוגעת בשוויון, ובזכויות חוקתיות נוספות. לדבריהן, העדפת בתי העסק הפתוחים ממילא, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק, ועם הרציונל שבבסיס התקנות (מניעת יציאה מהבית שלא לצורך). לדברי העותרות, הפגיעה בהן – קשה ביותר; בפרט כאשר היא הולכת ונמשכת חודשים ארוכים, שבהם המסחר נמנע, או פועל תחת מגבלות, בדרך זו או אחרת, לפי מצב התחלואה. דומה כי אילו מדובר היה בפגיעה זמנית, קצרה וממוקדת, יכול שהיו העותרות מחרישות. אולם כיום, בעיצומו של סגר שלישי, לאחר שכמעט שנה חלפה מאז פרוץ המגפה, ניתן להבין לליבן של העותרות, העומדות על שלהן, ומצפות להכרעה ברורה.

24. על פני הדברים, ההסדר הנוכחי משליך על העותרות בשלושה מישורים, וגורם לפגיעה קשה בהן. במישור האחד – העותרות אינן יכולות למכור את סחורתן בחנויות, כי אם באופן מקוון, ובאמצעות משלוחים בלבד, בעוד שברור לכל, כי האופציה הזמינה והנוחה יותר מבחינת הצרכן, היא הגעה לאחת מהחנויות החיוניות, ורכישה של צעצועים ומשחקים בהן; במישור השני – גם לאחר שיסתיימו ימי הסגר, עדיין תהא העדפה לחנויות החיוניות על פני החנויות 'הרגילות', נוכח מגבלת התפוסה המקסימלית המקלה הנוהגת בהן; במישור השלישי – מי שרכש צעצועים בימי הסגר, בחנויות החיוניות, ו'מילא את המכסה', לא יראה צורך לשוב ולרכוש צעצועים נוספים, עם פתיחת החנויות. משכך, הפגיעה בעותרות תוסיף להדהד גם לאחר פתיחת החנויות, ולא תתמצה בימי הסגר בלבד.

25. בענייננו, משעה שגם הממשלה עצמה אינה מתכחשת לקיומה של פגיעה בעותרות – לא בכדי שקל שר הבריאות בחיוב לערוך שינויים בתקנות, על מנת למנוע, או למצער למזער את הפגיעה – אין צורך להרבות דרישה וחקירה אחריה. יש לקבוע כי

קיימת פגיעה, אשר עשויה להצדיק תיקון של נוסח התקנות. כל שנותר הוא לבחון את טענת הממשלה, כי קשיים משפטיים אינם מאפשרים לשנות מההסדר הקיים. כזכור, בהקשר זה נטען, כי הוצגו לשר, מספר קשיים משפטיים, הטומנים בחובם גם קשיים פרקטיים-מעשיים, והם שהניאו אותו מלערוך שינויים בהסדר הנוכחי.

26. בחנתי את הודעת העדכון האחרונה שהגישה הממשלה, ואת ההודעה המשלימה שהוגשה בהמשך, בעקבות החלטתנו. אינני רואה בנימוקים שבהן, קושי משפטי של ממש; לדידי, אין בטעמים שהובאו לפנינו כדי להצדיק את הפגיעה בעותרות, ואין בהם כדי למנוע משר הבריאות לעשות את אשר שקל בחיוב לעשותו.

27. כמפורט לעיל, הממשלה טענה כי לא ניתן לצמצם את הפגיעה בעותרות בדרך כלשהי. ארבע דרכים חלופיות הציגה הממשלה, את כולן דחתה. הראשונה – נשללה על הסף מחמת קושי ליישמה; שלוש האחרות – נדחו בשל קשיים משפטיים נטענים. כל חלופה, טעמיה עמה.

28. מקובלת עלי טענת הממשלה, כי האפשרות ליצור רשימה סגורה של מוצרים חיוניים, שרק מכירתם תותר, אינה ניתנת ליישום באופן סביר, משום שהיא כרוכה בהשקעת משאבים רבים; הן על-ידי גורמי הממשלה, הן על-ידי בתי העסק החיוניים, ובפרט בשים לב לאילוצי השעה. אם בכך לא די, גם אם תיערך רשימה ארוכה ומפורטת, ככל שהדעת משגת, ניתן להניח כי עדיין ימצא, מעת לעת, שמוצרים חיוניים מסוימים נשכחו מלב, וידרש לערוך בה תיקונים, חדשות לבקרים. בנסיבות, ובדוחק הזמנים, נראה כי אכן אין הצדקה לעשות שימוש באפשרות סבוכה זו.

לגבי שלוש החלופות האחרות, סבור היועץ המשפטי לממשלה, או מי מטעמו, כי קיים קושי משפטי משמעותי. דעתי שונה.

29. כזכור, החלופה הראשונה שהוצגה היא הותרת מבחן 'עיקר העיסוק' על כנו, תוך הטלת איסור על מכירת קטגוריות מוצרים מסוימות, שאינן כוללות מוצרים חיוניים. טענה הממשלה, כי חלופה זו תפגע בשוויון בין בעלי עסקים לא חיוניים, שהמוצרים הנמכרים על-ידם יוכנסו לרשימה האסורה, לבין בעלי עסקים לא חיוניים שמרכולתם לא תוזכר באותה רשימה, אם מחמת שכחה, אם בשל העדר יכולת ליצור תת-קטגוריות, מקום שבו הקטגוריה הראשית כוללת מוצרים חיוניים ולא חיוניים כאחד (דוגמת ביגוד). הלכה למעשה, הממשלה גורסת כי גם אם ניתן לצמצם את הפגיעה הקיימת במידה ניכרת, אין לעשות כן, בשל הפגיעה בבתי העסק הנותרים. טענתה-זו – אין לקבל. אם ניתן לצמצם פגיעה קיימת, למצער ביחס לקטגוריות שאין חולק כי אינן חיוניות (צעצועים, תכשיטים,

וכיוצא בהן), חובה לעשות כן. אין הצדקה לכך שפגיעה בזכויות תעמוד בעינה, רק משום שהפתרון המוצע יכול שלא יביא עמו מענה שלם, בבחינת 'הכל או לא כלום'. עקרון השוויון, אינו מצדיק פגיעה רחבה וגורפת בכל בני החבורה, רק בשל העובדה שאחד מבניה עלול להיפגע.

טענה נוספת שהעלתה הממשלה בהתייחס לחלופה זו, נוגעת לקטגוריות 'היברידיות', הכוללות מוצרים חיוניים ולא חיוניים, דוגמת ביגוד. נטען, כי אם תוכנס הקטגוריה לרשימת המוצרים האסורים, יעמוד הדבר בסתירה לאמור בסעיף 8 לחוק, שלפיו אין להגביל את המסחר, אלא בכפוף להצבת "סייגים שיבטיחו ייצור, הובלה ואספקה של מוצרים חיוניים או הצטיידות בהם וכן מתן שירותים חיוניים או קבלתם". גם טענה זו – דינה להידחות. אם אכן סבורה הממשלה כי קיימים פריטים חיוניים בקטגוריית הביגוד, שאם תאסר מכירתם יעמוד הדבר בסתירה להוראות החוק, היה עליה לציין זאת במפורש בתקנות, כפי שנעשה לגבי מכשירי חשמל ומוצרים לתיקונים חיוניים, ולגבי מוצרים מתחום המחשבים והתקשורת. הלכה למעשה, הפועל היוצא מעמדת הממשלה הוא, כי בכל הקשור למכירת מוצרים חיוניים 'סמויים' (שאינם נקובים בתקנות בשמם), דוגמת פריטי ביגוד חיוניים, תלוי הציבור ברצונם הטוב של מוכרי המזון וההיגיינה, התרופות והאופטיקה. כאמור, מכוח מבחן 'עיקר העיסוק', ובשים לב למפורט בתקנה 7 לתקנות, הם, ורק הם, רשאים למכור את המוצרים הללו, אך גם זאת, באופן עקיף בלבד, אם הוכיחו עמידה במבחן 'עיקר העיסוק'. לא ניתן אפוא לומר, בפה מלא, כי קיימים סייגים המבטיחים אספקה של פריטי ביגוד חיוניים. אם בעלי העסקים הללו יבחרו שלא למכור ביגוד – ונזכיר כי מכירת ביגוד אינה עיקר עיסוקם (כמתחייב ממבחן 'עיקר העיסוק') – אין כל הוראה המחייבת אותם לעשות כן; ברצותם ירחיבו, וברצותם יקצרו. ואכן, מי לידנו יתקע כי בתי העסק הנזכרים בתקנה 7(1), אכן מוכרים את כל פריטי הלבוש החיוניים שהזכירה הממשלה בהודעתה המשלימה? [גרבניים, ביגוד לחורף, הלבשה תחתונה, וכדומה]. דווקא לשיטת הממשלה, אם ביקשה למלא אחר הוראות סעיף 8 לחוק, היה עליה לציין את פריטי הביגוד החיוניים באופן מפורש, ובכך למנוע פגיעה באספקתם; אף על-פי כן, הדבר לא נעשה. נאמר בזהירות, כי נראה שטענה זו התעוררה והועלתה לפנינו רק בדיעבד, כדי להצדיק את המצב המשפטי הקיים, למרות הפגיעה הטמונה בו, בעותרות ובדומיה. זאת אין לקבל. אם סבורה הממשלה כי קיימים תחומים חיוניים שלא בא זכרם בתקנות, והם עלולים לעמוד בסתירה להוראות החוק, תתכבד ותעשה כן באופן מפורש. אין להצדיק מכוחם את המשך הפגיעה.

30. החלופה השנייה שהציגה לפנינו הממשלה, היא הותרת מבחן 'עיקר העיסוק' על כנו, לגבי בתי עסק לממכר מזון, היגיינה, אופטיקה ותרופות, אך לצדו איסור כולל על

מכירת מוצרים לא חיוניים, תוך אזכור 'קטגוריות לדוגמה' של מוצרים לא חיוניים (הוזכרו: צעצועים ובשמים). בהתייחס לחלופה זו, נטען כי היא אינה כוללת הגדרה ברורה, מהם מוצרים חיוניים ומהם מוצרים שאינם חיוניים, ועל כן, בהעדר פרשנות ברורה, ובהינתן עקרון החוקיות, לא ניתן יהיה להטיל איסור מכוחה. גם טענה זו – דינה להידחות. כפי שפורט לעיל, בעבר החילה הממשלה את מבחן 'עיקר העיסוק' על כל בתי העסק החיוניים. עם זאת, בחלוף הזמן שונה המבחן ביחס לאמור בפרט (3) לתקנה 7. נקבע, כי בתי העסק הכלולים בפרט זה, אינם רשאים למכור אלא מוצרים חיוניים, ופורטה רשימה, לא סגורה, של המוצרים החיוניים שמכירתם תותר. כאמור לעיל, פרט זה עוסק ב"חנות המציעה למכירה והמוכרת מוצרים מהמפורט להלן, ובלבד שהיא מציעה למכירה ומוכרת מוצרים אלה ומוצרים הנזכרים בפסקה (1) לעיל בלבד", כשבכלל זה "מכשירי חשמל חיוניים לבית, כגון מקרר, תנור אפייה, תנור חימום ומזגן", "מוצרים הדרושים לתיקונים חיוניים, לתחזוקת מערכות תשתית של הבית, כגון תיקונים במערכות חשמל, אינסטלציה, גז וחימום" (ההדגשות אינן במקור – נ' ס') ועוד. הנה כי כן, פרט (3) מקיים תנאים דומים מאוד לאלו שנשללו זה עתה על-ידי הממשלה בהודעתה, ולמרות זאת, לא נטען לגביה כי אינו אכיף. כך, נקבע בו כי תותר מכירת מוצרים חיוניים בלבד, כמפורט בהמשך התקנה, אך למעשה, רשימת המוצרים שנקבעה לא הוצגה כרשימה סגורה (צוינו מספר מוצרים, אך קדמה להם המילה 'כגון'). ממילא, גם כאן יכולה היתה הממשלה לטעון, כי הדבר אינו אכיף, משום שכל בית עסק יציג את פרשנותו-שלו, לגבי זהות המוצרים החיוניים. משלא עשתה כן, וקבעה הסדר כאמור, אין לקבל את טענתה עתה, ביחס לתיקון פרט (1) שלתקנות. היה עליה לקבוע אותו הסדר, כפי שאכן שקל שר הבריאות לעשות, ובכך למנוע את המשך הפגיעה בעותרות ובדומיהן.

31. לגבי החלופה השלישית – ביטול מבחן 'עיקר העיסוק' וקביעה כי בתי העסק הפועלים מכוח תקנה 7(1), יוכלו למכור מוצרי מזון, אופטיקה, היגינה או תרופות בלבד – נטען כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם סעיף 8 לחוק, משום שייטכנו מוצרים שאינם מזון, אופטיקה, היגינה או תרופות, המהווים מוצרים חיוניים (דוגמת פריטי הביגוד שהוזכרו), אך לא ניתן יהיה למכרם, בשל האיסור הגורף, שאינו 'רגיש' להם. נטען עוד, כי גם האפשרות לבצע רכישה מקוונת של המוצרים הללו, אינה עונה על דרישת החוק, משום שיש אוכלוסיות שאינן נגישות די הצורך לדרך זו של רכישה. כפי שפירטתי לגבי החלופה הראשונה, דין טענה זו להידחות. אם סבורה הממשלה כי ישנם פריטים חיוניים, שזכרם לא בא בגדר התקנות, ואשר הגבלת מכירתם לא תעמוד בהוראות החוק, היה עליה לנקוב בהם במפורש. החלופה הקיימת כיום, כך או כך, אינה נותנת למקרים אלו מענה מספיק, אם בכלל. כפי שציינתי לעיל, במצב המשפטי הנוכחי, תלויה כיום אספקת המוצרים הללו ברצונם הטוב של בעלי בתי העסק לממכר מזון, מוצרי היגינה, אופטיקה

ותרופות. כלל לא בטוח שהדבר עונה על דרישת המחוקק: קביעת סייגים שיבטיחו אספקה של מוצרים חיוניים. אם סבורה הממשלה כי מכירת גרביים, למשל, היא חיונית, מדוע לא תותר פתיחת חנויות שכל עיסוקן במכירת גרביים? בדרך זו ניתן יהיה להבטיח, כי תתקיים הוראת המחוקק בסעיף 8, בהידור ובבירור. ודוק, על יסוד אותו קו מחשבה שהוצג לפנינו, משהתברר כי הממשלה תולה את עיקר יהבה ברצונם של בעלי העסקים הנ"ל, לגבי תחומים חיוניים מסוימים, לא נדרש היה גם להתיר את פתיחת בתי העסק לממכר מוצרי חשמל. יכולה היתה הממשלה לסמוך דעתה על רשתות שיווק המזון הגדולות, שתואלנה למכור גם מוצרי חשמל. והנה, לא כך הדבר. על כן, סבורני כי גם הקשיים המשפטיים שהועלו לגבי טענה זו, אינם משכנעים.

32. לסיכום הדברים עד כה, נראה כי דרך הפעולה הנוכחית מביאה לפגיעה קשה בעותרות, בכמה מישורים, בכך שהן מופלות לרעה, ללא הצדקה, מבלעדי תכלית ראויה. כאמור, בתחום המוצרים הלא חיוניים, לא נמצא טעם טוב לחלק בין עסקים חיוניים, לבין אלה שאינם; קיימות מספר חלופות, העשויות לצמצם את הפגיעה, ומהודעת הממשלה למדנו כי שר הבריאות אף שקל בחיוב לקדמן; אין בקשיים המשפטיים שהוצגו לפנינו, ועוד קודם לכן לשר, לגבי כל אחת מהחלופות המוצעות, כדי למנוע את מימושן.

33. נראה אפוא, כי אם יקבע מתקין התקנות, בדומה להסדר הקבוע לגבי בתי העסק שבפרט (3), כי בתי העסק שבפרט (1) רשאים למכור רק מוצרי מזון, היגינה, אופטיקה ותרופות, ובנוסף את כל הכלול בפרט (3), שעל האמור בו רשאית כמובן הממשלה, כפי הבנתה, להוסיף או להפחית – הדבר יעלה בקנה אחד עם דרישת המחוקק בסעיף 8, ועם הצורך בקביעת הסדר שימנע, במידת האפשר, פגיעה בבתי עסק לא חיוניים, שלא לצורך. גם קשיים משפטיים לא נמצאו לחלופה זו. לטענה כי הדבר אינו ישים, אפנה להסדר הקבוע כיום בפרט (3), הכולל דוגמאות בלבד, ולא רשימה סגורה. אפנה גם לדברי העותרות, לגבי הסדרים קיימים בשיטות משפט אחרות, דוגמת ויילס וצרפת.

34. אמנם, בנקודת הזמן הנוכחית נראה כי הסגר השלישי קרב אל סופו, ואת שצופן העתיד, לא נדע. ניתן אפוא לטעון כי עוד מעט ואיננו; שמא התייתר הצורך בהכרעה שיפוטית. עם זאת, בימים טרופים אלה, כשהדלת מסתובבת, נפתחת ונסגרת, ראיתי מקום להכריע בדבר, אולי תופק מכך תועלת מיידית, אם תארך עוד הדרך ליציאה מן הסגר; אולי יסייע הדבר בעתיד, אם יתעורר הצורך, בתקווה שלא ידרש סגר נוסף. כך או כך, הגמישות במקרים מעין אלה נחוצה, על מנת ליתן לעותרות את יומן בבית המשפט (השוו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999)).

35. במציאות הקשה שאנו נתונים בה – השמירה על החיים והבריאות היא עיקר, אך נלווית אליה גם חובה לצמצם את הפגיעה הכלכלית למינימום האפשרי. נצטוונו בתורה: "וכי ימוך אִתְּךָ, וּמָטָה יָדוֹ עִמָּךְ וְהִחְזַקְתָּ בּוֹ, גֵר וְתוֹשֵׁב נָחִי עִמָּךְ" (ויקרא כה, לה). הרמב"ם מזכיר בהקשר זה שמונה מעלות בצדקה; הראשונה שבהן, המכונה על ידו "מעלה גדולה שאין למעלה ממנה – זה המחזיק בידי ישראל עמך, ונותן לו מתנה או הלואה, או עושה עמו שתפוח, או ממציא לו מלאכה, כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות ולא ישאל; ועל זה נאמר "וְהִחְזַקְתָּ בּוֹ, גֵר וְתוֹשֵׁב נָחִי עִמָּךְ", כְּלוֹמֵר הַחֲזִק בּוֹ שְׁלֵא יִפֹּל וַיִּצְטָרֵךְ" (משנה תורה, הלכות מתנות עניים י, ז). בענייננו, ניתן לומר כי המבוקש על-ידי העותרות, נוגע למעלה תשיעית, גבוהה אף מזו שהזכיר הרמב"ם. העותרות אינן מבקשות מענק, מתנה או הלוואה, אינן מבקשות שתעשה עמן שותפות, ואף אינן מבקשות כי תומצא להן מלאכה לעסוק בה. כל בקשתן היא, למנוע המשך ירידה לאומנותן, מצד בתי העסק החיוניים, בעת שדלתותיהן שלהן נעולות על מנעול ובריה, אם אין הכרח ממשי בדבר. ואכן, מקום שבו שר הבריאות שקל בחיוב לעשות כן, ונטען כי קשיים משפטיים הם שהניאו אותו מכך, ראינו מקום לדקדק בדבר, ולקבוע כי שר הבריאות יכול גם יכול.

36. אציע אפוא לחברי, כי נעשה את הצו על-תנאי למוחלט. מעיקר הדין, נוכח הפגיעה המתמשכת, היה מקום להורות על ביטול תקנה 7(1). יחד עם זאת, מחמת הזהירות הרבה שאנו נוקטים בה בכגון דא, וכשבנסיבות העניין, נזקו של ביטול התקנה עולה על תועלתו, ראינו מקום להורות למשיבים לשקול את דרך הפעולה המתאימה. אנו מורים אפוא, כי בתוך פרק זמן של שבוע-ימים, יתקנו המשיבים את המתווה שבתקנה 7(1), בדרך שתצמצם, במידת האפשר, את יכולתם של בתי העסק המקיימים פעילות חיונית, למכור מוצרים לא חיוניים, בימי הגבלות או סגר. הדעת נותנת, כי בכך תוגבל או תופחת הפגיעה בעותרות ובדומיהן.

משיבי הממשלה ישאו בהוצאות העותרות, בסך של 15,000 ₪; הכנסת תשא בהוצאות העותרות, בסך של 5,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

1. אני מסכימה עם חוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג, על מסקנתה ונימוקיה.
2. כידוע, בית משפט זה ממעט, ככלל, להתערב בשיקול דעתן של הרשויות המינהליות המוסמכות, וזאת בייחוד אם שיקול הדעת האמור מבוסס על מומחיות הגורמים המקצועיים. הדברים מקבלים משנה תוקף במקרים שבהם שיקול הדעת מצא אף ביטוי בחקיקת משנה, אשר גדרי ההתערבות בה מצומצמים על אחת כמה וכמה (ראו: בג"ץ 8136/20 י.ג. היכלי מלכות נ' ממשלת ישראל, פסקה 8 (8.12.2020) והאסמכתאות שם; כן ראו: בג"ץ 2435/20 לוונטהל נ' ראש הממשלה, פסקה 17 (7.4.2020); בג"ץ 6575/20 גרנות נ' ראש הממשלה, פסקה 7 (24.9.2020)).
3. דברים אלה נכונים ביתר שאת בעת הנוכחית, שבה מצויים אנו ב"שעת חירום" אשר למרבה הצער נמשכת זה קרוב לשנה. בתקופה זו נדרשת מדינת ישראל, ועמה העולם כולו, למלחמה קשה בנגיף הקורונה ובגלי תחלואה השוככים ועולים – גובים מחירים כבדים מנשוא בחיי אדם, בגוף ובנפש. אלפים הלכו עד כה לעולמם, מאות אלפים חלו ומערכת הבריאות עמוסה לעיפה. כל אלה מחייבים נקיטת אמצעים קשים, לעתים פוגעניים, לשם שמירה על בריאות הציבור וחיי אדם. ממילא גם על הביקורת השיפוטית בכגון דא להיעשות בזהירות יתרה ומתוך התחשבות בצרכי השעה הדוחקים.
4. ואולם, גם כאשר רועמים תותחי הלחימה בקורונה – הצדק והמשפט אינם שותקים, והמאבק בנגיף הקורונה אינו מצדיק נקיטת אמצעים פוגעניים מעבר לנדרש. אדרבה, דווקא בשעת חירום מעין זו, שומה על גורמי המדינה להישמר מפני מדרון חלקלק של פגיעה יתרה בזכויות האדם והאזרח, ובין היתר, בזכויות לחירות, לעיסוק ולקניין.
5. על רקע האמור, וכפי שהיטיב חברי לתאר בחוות דעתו, נדמה כי אכן קיימים אמצעים לצמצום התפשטות הנגיף אשר פגיעתם בעותרות ובדומיהן פחותה – אמצעים אשר הגורם המקצועי (שר הבריאות) אף שקל בחיוב לקדם. לפיכך, אני מסכימה, כאמור, כי הצו על תנאי שהוצאנו ייעשה מוחלט, תוך שיתאפשר למשיבים לתקן את התקנות בתוך שבעה ימים.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, כ' בשבט התשפ"א (2.2.2021).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט