

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 158/21
בג"ץ 166/21
בג"ץ 204/21
קבוע: 19.1.2021

1. רופאים לזכויות אדם – ישראל
 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 3. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 4. שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם
 5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג
- על ידי ב"כ עו"ד תמיר בלנק ואח'
רח' שמואל הנגיד 27 ירושלים, 94269
טל': 02-6222808 ; פקס: 03-5214947

העותרות בבג"ץ 158/21

- העמותה לזכויות האסיר ע.ר 580701647**
- על ידי ב"כ עו"ד אביגדור פלדמן ואח'
רח' דרך בגין 36, תל אביב
טל': 053-3327043 ; פקס: 077-3181637

העותרת בבג"ץ 166/21

- לשכת עורכי הדין בישראל**
- על ידי ב"כ עו"ד רותם טובול ואח'
רח' שופן 1, ירושלים 9219000
טל': 02-5416300 ; פקס': 02-5610554

העותרת בבג"ץ 204/21

נ ג ד

1. השר לביטחון הפנים
2. שירות בתי הסוהר
3. משרד הבריאות

המשיבים בבג"ץ 158/21,
בבג"ץ 166/21 ובבג"ץ
204/21

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466305 ; פקס: 02-6467011

תגובה מטעם המדינה

א. פתח דבר

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 10.1.2021 ומיום 11.1.2021, ולארכות שניתנו, מתכבדת המדינה להגיש את תגובתה לעתירות שבכותרת.

2. עניין של העתירות בבקשתן של העותרות כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים לחסן לאלתר את כלל אוכלוסיית הכלואים המוחזקים על ידי המדינה כנגד נגיף הקורונה, בהתאם לתיעדוף שקבע משרד הבריאות.

העותרות בבג"ץ 158/21 (להלן: **העתירה הראשונה**) מבקשות כי בית המשפט הנכבד יחייב את המשיבים ליתן טעם: "(1) מדוע לא יפעלו המשיבים לחסן לאלתר את כלל אוכלוסיית הכלואים, ללא אבחנה ביניהם על בסיס סוג העבירות, שיוך לאומי או אתני, בהתאם לתיעדוף שקבע משרד הבריאות, בדגש על אסירים בני 60 ומעלה ואסירים המשתייכים לקבוצות סיכון. (2) מדוע לא ייקבע שהוראתו של המשיב 1, שלא לחסן את הכלואים לאלתר ולהמתין לבחינת העניין עד להשלמת חיסון סגל שב"ס, בטלה".

העותרות בבג"ץ 166/21 (להלן: **העתירה השנייה**) מבקשת כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים ליתן טעם: "מדוע לא יחסנו באופן מידי את כל אוכלוסיית הכלואים המוחזקים על ידי המדינה כנגד הנגיף קורונה ולחילופין ליתן טעם מדוע לא יחסנו את כלל אוכלוסיית הכלואים המצויים בקבוצות הסיכון הרלוונטיות ולהמשיך ולחסן את אוכלוסיית הכלואים, על פי אותם סדרי עדיפויות הנוהגים באוכלוסיית המדינה".

העותרות בבג"ץ 204/21 (להלן: **העתירה השלישית**) מבקשת כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים ליתן טעם: "מדוע לא ינקטו באופן מידי בצעדים הדרושים והמתחייבים לצורך חיסונם של אוכלוסיית האסירים והעצורים (להלן: "הכלואים") שגילם 60 או יותר, לרבות אלה הנמנים על קבוצות הסיכון השונות, המוחזקים בבתי הכלא השונים בארץ, והכל – בהתאם לתקנות שעת החירום (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), תש"ף-2020; ולהנחיות משרד הבריאות (להלן: "הנחיות משרד הבריאות"). ב. לחילופין, מדוע לא לקבוע כי הוראת המשיב 1, לפיה בשלב הראשוני יחסנו אנשי סגל שב"ס ורק בסיומו ההליך יבחן, אם בכלל, ענינם של הכלואים – תהיה בטלה לאלתר".

3. נפתח ונאמר כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ההנחיה שהוציא השר לביטחון הפנים לשירות בתי הסוהר, לפיה אין לחסן עצורים ואסירים המוחזקים במשמורת שירות בתי הסוהר נגד וירוס הקורונה בטרם יחסנו הסוהרים, ניתנה בחוסר סמכות ומכאן שאין היא יכולה לעמוד. עסקינן בהחלטה הפוגעת בזכותם של אסירים לכבוד, לשוויון, ולבריאות וטמונה בה פגיעה פוטנציאלית גם בזכותם לחיים. כל זאת, ללא כל הסמכה בדין ליתן אותה. יתרה מכך – החלטה זו של השר לביטחון פנים ניתנה בניגוד לעמדתו המקצועית של משרד הבריאות, האמון על קביעת תיעדוף החיסונים, תוך שהיא אינה נשענת על תשתית עובדתית כלשהי. משאלו פני הדברים, הבהיר היועץ המשפטי לממשלה עמדתו לשר לביטחון הפנים, כי החלטתו ניתנה בניגוד להוראות הדין ואינה ניתנת להגנה משפטית; וכי היה מקום להעניק חיסון לאסירים בהתאם לסדרי העדיפויות שנקבעו על-ידי הגורמים המוסמכים במשרד הבריאות ללא כל התניה שנקבעה על-ידי השר לביטחון הפנים שלא כדיון.

כפי שיוצג בהמשך בהרחבה, במוקד העתירות שלפנינו שתי סוגיות מרכזיות:

האחת - סוגיה מעשית הנוגעת למבצע חיסון האסירים בשירות בתי הסוהר נגד נגיף הקורונה; השנייה - סוגיה משפטית בעלת חשיבות עקרונית הנוגעת להחלטתו של השר לביטחון פנים להתערב בשיקול הדעת של הגורמים המוסמכים בעניינה של הסוגיה הראשונה, וזאת בחוסר סמכות ובניגוד להוראות הדין.

אשר לסוגיה הראשונה נבקש להביא כבר בפתח הדברים את עמדת השר לביטחון הפנים, אשר מובאת בשלמותה בסעיף 84 להלן, ולפיה: "השר מבקש להודיע כי הושלמו חיסוני סגל שירות בתי הסוהר והחלו חיסוני האסירים, ע"פ תכנית שהכינו גורמי המקצוע בשירות בתי הסוהר. מבצע חיסון האסירים כבר בעיצומו והחיסונים ניתנים לכל אסיר שזכאי וחפץ בכך בהקדם האפשרי. הואיל והמחלוקת שבה עסקו העתירות נפתרה באמצעות מתן החיסונים לאסירים ע"פ תכנית גורמי המקצוע, ובהיעדר צורך בהכרעה ביחס לסעד כלשהו, הרי שהעתירות התייתרו. לפיכך, השר מבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירות ולבטל את הדיון הקבוע בהן למחר. [...]"

בהמשך לכך, כפי שעוד יפורט להלן (סעיפים 39-41), ביום 17.1.2021 ובהתאם להנחיית ממלאת מקום נציבת בתי הסוהר (להלן: "מ"מ הנציבה"), גובשה תכנית חיסונים אופרטיבית עדכנית על ידי גורמי המקצוע בשירות בתי הסוהר, וזאת על מנת לזרז ולקדם בכל ההקדם את מבצע החיסונים לכל האסירים, וזאת בשיתוף פעולה מול מד"א וגורמי משרד הבריאות. על פי התכנית שהעתקה מצ"ב ומסומן מש/1, יחסן שירות בתי הסוהר את כלל האסירים בכלל מתקני הכליאה אשר הביעו ויביעו את רצונם בכך בפני צוותי החיסון - וזאת **עד ליום ה-21.1.21**. על פי מתווה התכנית, בשלב הראשון יבוצע החיסון בתוך מתקני הכליאה בסדר עדיפות כפי שהוגדר על ידי משרד הבריאות, דהיינו, כלואים מעל גיל 45 וכלואים בעלי מחלות רקע על פי תבחיני משרד הבריאות. עוד יובהר, כי בכוונת שירות בתי הסוהר לחסן במסגרת המבצע הכולל את כלל האסירים המעוניינים בכך. בכך באה הסוגיה הראשונה על פתרונה, ובמובן זה התייתרו הסעדים שהתבקשו בעתירות ללא צורך במתן סעדים שיפוטיים.

בצד זאת, ובאשר לעניינה של הסוגיה השנייה ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, מתבקש בית המשפט הנכבד להעמיד הלכה נכונה על מכונה, וזאת בהינתן עקרוניות הסוגיה השנייה והנסיבות החריגות של המקרה דנן (כמפורט להלן בסעיף 85).

צילום תכנית חיסון האסירים בשירות בתי הסוהר, מצורף ומסומן מש/1.

מהלך הטיעון יעשה באופן הבא: תחילה נציג בקצרה את המסגרת המשפטית הרלוונטית לסוגיות הנדרשות לצורך ההכרעה. לאחר מכן, נעמוד על עיקרי העובדות הצריכות לעניין, ובכלל זאת על אופן היערכות שירות בתי הסוהר לחיסון אוכלוסיית האסירים, על הנחיית השר לביטחון פנים בנושא ועל התכתובות שבאו בעקבותיה עובר להגשת העתירות. לבסוף, ועל יסוד הנדבכים הקודמים, תובא עמדת המדינה ביחס לעתירות.

כך בתמצית, וכעת ביתר הרחבה.

ב. המסגרת המשפטית

ב.1. עקרון חוקיות המנהל

6. כלל יסודי במשפט המינהלי ובפסיקתו מקדמת דנא של בית משפט נכבד זה הוא **עקרון חוקיות המנהל**, הקובע את כפיפותה של הרשות המינהלית לחוק. על פי עקרון זה, הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק את אותן פעולות אשר החוק הסמיך אותה לעשותן. עיקרון זה נועד להגביל את כוחו של השלטון ולהבטיח את חירויותיו של הפרט. העיקרון טומן בחובו הן את האיסור על פעולה בחוסר סמכות והן את האיסור על פעולה בחריגה מסמכות (ראו: דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** (כרך א, 2010), עמודים 97-98 (להלן: **ברק-ארז, משפט מינהלי**)).

ראו עוד לעניין זה, למשל: בג"ץ 1550/18 **עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות** (פורסם באר"ש, 30.04.2020) פסקה 30 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן (להלן – **בג"ץ הפורום החילוני**) והאסמכתאות המופיעות שם: ע"א 7368/06 **דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה**, פסקה 33 (פורסם אר"ש, 27.6.2011); בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479, 498-497 (2010); בג"ץ 7186/06 **מלינובסקי נ' עיריית חולון**, פסקה לט (פורסם באר"ש, 29.12.2009); בג"ץ 2887/04 **אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד סב(2) 57, 85 (2007); בג"ץ 7455/05 **הפורום המשפטי למען א"י נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 905, 910-911 (2005); יצחק זמיר, "הסמכות המינהלית", משפט וממשל, א 81, 74-80 (2010).

7. עוד נקבע בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, כי מקום בו הפעולה המינהלית הנבחנת פוגעת בזכויות יסוד, אין די בכך שהרשות תוכל להצביע על הוראת חוק אשר ניתן לפרש אותה כמקור הסמכה לפעולתה, אלא **שההסמכה לפעולה חייבת להיות ברורה ומפורשת** (ברק-ארז, משפט מינהלי בעמ' 122). בית משפט נכבד זה חזר על הלכה פסוקה זו בשורה ארוכה של מקרים, לרבות מן העת האחרונה בפסק הדין בבג"ץ **הפורום החילוני**:

"כאשר פעולותיה של הרשות עלולות להביא לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, עקרון חוקיות המינהל מחייב את הרשות להצביע על הסמכה ברורה, מפורטת ומפורשת לפעולותיה בחקיקה ראשית ואין היא יוצאת חובתה בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה. כך היה הדין מקדמת דנא... וכך הוא הדין גם בנקודת הזמן הנוכחית, לאחר חקיקת חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם, ששבו ועיגנו את הדרישה להסמכה מפורשת וברורה, בקבעם בפסקת ההגבלה כי בכפוף ליתר התנאים שבה, פגיעה בזכויות המוגנות בגדר חוקי היסוד תיעשה רק בחוק, או "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (פסקאות 30-31 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן).

וכן ראו האסמכתאות המוזכרות שם: בג"ץ 333/85 **אביאל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד מה(4) 581, 600 (1991); בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3) 337, 353, 360-359 (1983); בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294, 302 (1980); בג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה 399, 407 (1951); בג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר-המשטרה**,

פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד ב 5, 11 (1949) רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פסקה 38 (5.11.2017); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, 337-335 (2012); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762-763 (2004).

8. מידת ההקפדה על הדרישה להסמכה מפורשת משתנה בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת ולמידת הפגיעה בזכות. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר כן תתחזק הדרישה להסמכה מפורשת; ולהיפך:

”אשר לאופי ההסמכה המפורשת הנדרשת, פסיקתו של בית משפט זה חזרה ושנתה כי ככל שזכות היסוד שעלולה להיפגע בעלת זיקה עניינית והדוקה לזכויות אדם מוגנות, כך יש לנהוג ביתר הקפדה בפירוש הדרישה לקיומה של הסמכה מפורשת...וכפי שציינתי בעניין מנאע, בבואנו להחיל את הדרישה להסמכה ברורה ומפורשת יש לנקוט גישה ”הקשרית”, שבמסגרתה ייתן משקל לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת, למידת הפגיעה בה, לתכלית החוק ולמכלול הנסיבות...ובמילים אחרות, ”ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה חמורה יותר, כך יעמוד בית המשפט בדווקנות רבה יותר על דרישת ההסמכה ויפרשה בצמצום” (בג"ץ הפורום החילוני, פסקה 32 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן).

וכן ראו האסמכתאות המובאות שם; בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 499-497 (2010); דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פסקאות 13-14 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות ופסקאות 5-6, לפסק דינה של כב' השופטת ד' ברק-ארז (פורסם באר"ש, 9.9.2019); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 52 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן (פורסם באר"ש, 13.9.2017); בג"ץ 10203/03 ”המפקד הלאומי” בע”מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 822-825 (2008); בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה, פסקה 7 (פורסם באר"ש, 7.10.2008); דנג"ץ 9411/00 ארקו נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 65-64 (2009); ברק-ארז, משפט מינהלי בעמ' 121-125).

9. עוד הובהר בפסיקה, כי תוצאותיה של פעולה בחוסר סמכות הן שהיא נעדרת תוקף ולכן יש לבטלה, בכפוף לדוקטרינת הבטלות היחסית (ברק-ארז, משפט מינהלי בעמ' 119).

10. הנה-כי-כן, הרשות המינהלית – ובענייננו השר לביטחון הפנים – מוסמכת לפעול רק במסגרת דלת אמות הסמכות שהועיד לה המחוקק הראשי. היבט נוסף המשלים את עקרונות חוקיות המעשה המינהלי עוסק בעיצוב גבולות המותר והאסור ביחס להתערבות הדרג המיניסטרילי בהחלטות שהופקדו באופן מפורש בידי בעלי תפקידים ברשות המינהלית, באופן המבטיח את עצמאות שיקול הדעת של הגורמים המקצועיים המוסמכים במערכת המינהלית, כך שהחלטותיהם יהיו מבוססות מומחיות ונטולות השפעות לא ענייניות. הלכה זו נוטעת יתדותיה בפסיקתו המוקדמת של בית המשפט הנכבד עוד מלפני שבעה עשורים, במסגרת בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319 (1950); שעל אף הכרסום שחל בה, היא רלוונטית לענייננו נוכח נסיבותיו החריגות של המקרה דנן:

"אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה, ועל כל פנים אינו מחוייב להישמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו – ולא לאחרים – את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת. להיפך, יש אסמכתא לדעה, כי, אם פקיד כזה יפעל על-פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו, הוא, תהא פעולתו בטלה".

וראו גם את סיכום ההלכה בכגון דא בספרה של פרופ' ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 162 :

"ההלכה הבסיסית האוסרת על מתן הוראות לרשות מוסמכת נקבעה בעניין מיכלין...אם כן, פסק הדין לא הסתפק בשלילתה של חובת הכפיפות של הרשות המוסמכת, אלא הוסיף והתייחס לאיסור שחל עליה לציית לממונים עליה. האופי הקיצוני של הפסיקה במקרה זה בולט גם על רקע ההקשר העובדתי שלרקעו ניתנה – פעולה בניגוד לעמדתו של הדרג המיניסטריאלי, להבדיל מחילוקי דעות עם גורם פקידותי אחר בתוך המשרד או מחוצה לו. ההלכה שנקבעה בעניין מיכלין היתה נתונה במשך השנים לביקורת חריפה, שאף הובילה לכרסום הדרגתי בה, כמפורט בהמשך. עם זאת, חשוב לשים לב כי היא אינה עיקרון פורמלי גרידא, אלא הלכה המקדמת ערכים חשובים לשירות הציבורי, אשר ראוי לתת את הדעת עליהם (אם כי יש מקום לאזנם כנגד שיקולים אחרים)".

דומה, אפוא, כי אף בשים לב לכרסום ההדרגתי שחל לאורך השנים בהיקפה של ההלכה שנפסקה בעניין מיכלין, העתירות שלפנינו ממילא באות בקהלם של המקרים שיישומה של הלכת מיכלין יפה להם (וראו גם: רע"א 4696/19 פלונית נ' קצין התגמולים, בפסקה 17 להחלטת כבוד השופט מזוז (פורסמה בנבו, 12.12.2019). כל זאת, גם בשים לב להוראת סעיף 80(א) לפקודת בתי הסוהר, שכן בענייננו – כפי שיפורט להלן – הנחיית השר לביטחון הפנים ניתנה בחוסר סמכות נוכח חובתו של שירות בתי הסוהר להעניק טיפול רפואי לשמירת בריאותם של האסירים, כמפורט בסעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר.

2. בריאות האסירים – מבט כללי

11. הזכות לבריאות היא אחת מהזכויות הבסיסיות והחיוניות ביותר לאדם. הזכות חובקת בתוכה מגוון זכויות בעלות אופי שונה, תוכן שונה והגנה משפטית שונה, בין היתר: הזכות לקבלת טיפול רפואי במצב חירום; הזכות לקבל שירותי בריאות בסיסיים; **הזכות לשוויון בקבלת טיפול רפואי; והכל בהתאם להוראות הדין הרלבנטיות.**

היקף מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות טרם לובן בפסיקה, אך ניתן לומר כי קבלת שירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית ביותר הנדרשים להגנת החיים והבריאות, היא נגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם ושל הזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד נפסק, כי הפליה בהספקת שירותי בריאות עלולה לעלות לכדי פגיעה חוקתית בזכות לשוויון. ראו לעניין זה: בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה פסקאות 59, 62 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל (פורסם באר"ש, 22.06.2014)

12. שירות בתי הסוהר אחראי לבריאותם ושלומם של המוחזקים במשמורתו. בתוך כך, חובתו היא ליתן טיפול רפואי הולם לעצירים ואסירים. כך, נקבע מפורשות מהוראות הדין הבאות:

סעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, (להלן: **פקודת בתי הסוהר**):

"(ב) אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע
בבריאותו ובכבודו.

(ג) אסיר יהיה זכאי, בין השאר, לכל אלה:
(1) תנאי תברואה הולמים, תנאים שיאפשרו לו לשמור על ניקיונו האישי, טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו, ותנאי השגחה מתאימים לפי דרישת רופא של שירות בתי הסוהר" [ההדגשה הוספה - הח"מ].

וכן ראו סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק המעצרים**); ובפרט סעיפים 9(א) ו-9(ב)(1) לחוק זה.

13. סעיף 74(א) לפקודת בתי הסוהר, שעניינו "סמכויות רופאים", קובע כדלקמן:

"הרופא ידאג לבריאות האסירים דרך כלל, בכפוף לפיקוחו של הנציב; כל דבר הנוגע לבית הסוהר או לטיפול באסירים שיש לדעת הרופא לעיין בו מטעמים רפואיים, ידווח עליו הרופא לנציב ויודיע על כך למנהל".

14. במסגרת סמכותו וחובתו זו של שירות בתי הסוהר, התווה נציב בתי הסוהר כללים שונים (פקודות הנציבות ונהלים המהווים דין לפי סעיף 80א(א) לפקודת בתי הסוהר), המסדירים את סוגיית הטיפול הרפואי במסגרת שירות בתי הסוהר. כאן המקום להדגיש, עוד בטרם נפנה לסקירת תוכן הכללים, כי פקודת בתי הסוהר, כפי שעולה מסעיף 74(ה), אינה מקימה כל סמכות פיקוח לשר לביטחון הפנים על החלטותיהם הרפואיות של רופאי שירות בתי הסוהר.

15. סעיף 1 לפקודת נציבות בתי הסוהר 04.44.00, שכותרתה 'הטיפול הרפואי באסיר' (בנוסחה העדכני), (להלן: **פקודת נציבות בתי הסוהר**) קובע כך:

"א. אסיר יהיה זכאי לטיפול הרפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו ותנאי השגחה מתאימים לפי דרישת רופא של שירות בתי הסוהר.

ב. השירותים הרפואיים כפי שהוגדרו על ידי משרד הבריאות ישמשו קו מנחה במסגרת החלטות גורמי מערך הרפואה בשב"ס בדבר מתן טיפול רפואי לאסיר.

ג. הטיפול הרפואי יינתן באיכות סבירה ובזמן סביר, והכל בכפוף לשיקול דעת רפואי ובמסגרת המשאבים ומקורות המימון העומדים לרשות שב"ס.

ד. המערך הרפואי בשב"ס יופעל בהתאם לנוהלי מחלקת הרפואה.
ה. כלל הסוהרים יקפידו על שמירת הסודיות הרפואית של המוחזקים במשמורת".

16. למען הסדר הטוב, עוד נפנה להוראת סעיף 3(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן – **חוק זכויות החולה**) אשר קובע כי "כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם **לכל דין** ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל", ובענייננו - הוראת סעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר וסעיף 9(ב) לחוק המעצרים שהובאו לעיל.

טיפול רפואי על פי סעיף 2 לחוק זכויות החולה מוגדר כך: "לרבות פעולות אבחון רפואי, **טיפול רפואי מונע**, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

17. חובת שירות בתי הסוהר לספק לאסירים הנתונים במשמורתו שירות בריאותי הולם הוכרה כבר בעבר בפסיקתו של בית משפט נכבד זה. ראו, מתוך רבים אחרים, את פסק הדין בעע"א 4/82 **מדינת ישראל נ' תמיר**, פ"ד לז(3) 201, 206 (1983):

"זכות יסוד זו לשלמותו ולשלמו הגופניים והנפשיים ולבחירת הטיפול הרפואי הנראה לו לשם קיומם שמורה לו לאדם, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין. ומאחר שכך, משמבקשים שלטונות בית הסוהר לשלול מן העצור או מן האסיר זכות זו, חובת ההוכחה וההנמקה מוטלת עליהם, כי שלילה זו טעמה ונימוקה עמה ובדין יסודה".

ראו גם, וקצרה היריעה מלהביא את כלל הפסיקה, את בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שב"ס**, פס" 5 לפסק דינו של כב' השופט (דאז) ברק (פורסם באר"ש, 10.4.1980):

"חומות הכלא אינן מפרידות בין העציר לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי...אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העציר לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעציר. צלם האדם לא נלקח ממנו".

ג. עיקרי העובדות הצריכות לעניין

ג.1. התמודדות שירות בתי הסוהר עם נגיף הקורונה

18. במהלך החודשים האחרונים הוגשו לבית המשפט הנכבד מספר עתירות הנוגעות להערכות שירות בתי הסוהר וגורמי המדינה להתמודדות עם התאמת מערך הכליאה הלאומי להתמודדות עם מגפת הקורונה. עד כה, מרביתן של העתירות האמורות נדחו, תוך שבית המשפט הנכבד התרשם מהמקצועיות ומההתעמקות שאפיינה את היערכות שירות בתי הסוהר בבניית תכנית עבודה מקיפה ומפורטת לטיפול בנגיף הקורונה, תוך פעולה בהתאם להוראות שהוציא משרד הבריאות ובשיתוף פעולה הדוק בין גורמי המקצוע הרפואיים.

19. כך למשל, ביום 31.3.2020, דחה בית המשפט הנכבד עתירה אשר עניינה היה בהנחיות, נהלים ופרסומים בכל הנוגע להתמודדות שירות בתי הסוהר בשלל היבטים עם נגיף הקורונה – בג"ץ 2279/20 **רופאים לזכויות אדם**. בתום הדיון דחה בית המשפט הנכבד את העתירה וקבע בין היתר כי

"בהינתן התגובה המפורטת שהוגשה על ידי המשיבים וההבהרות הנוספות שנמסרו במהלך הדיון היום, נחה דעתנו כי הסוגיות שהועלו בעתירה קיבלו מענה מניח את הדעת בתכנית ההיערכות ובהנחיות הסדורות של המשיב ומשכך מצאנו כי העתירה מיצתה את עצמה ודינה להימחק" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

20. ביום 6.4.2020 דחה בית המשפט הנכבד עתירה נוספת אשר עניינה בתנאי האסירים והעצורים בבתי הסוהר ובבתי המעצר בתקופת מגפת הקורונה, תוך שימת דגש על האסירים והעצורים שמצויים בקבוצה המוגדרת כקבוצת סיכון – בג"ץ 2234/20 **לשכת עורכי הדין נ' שרות בתי הסוהר**. בפסק הדין קבע בית המשפט הנכבד, בין היתר, כדלקמן:

"...כבר בתחילת פברואר השנה, שירות בתי הסוהר נערך למצב וגיבש הנחיות וכללים סדורים ומפורטים, שאותם הוא מיישם בפועל. זאת, תוך התייעצות עם הגורמים הרלוונטיים במשרד הבריאות. כמו כן, נערכו תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה) בנושאים שונים הרלוונטיים לקבוצת האסירים והעצורים, לרבות לעניין דיונים בבית המשפט. עולה כי הוקדשו מחשבה והקפדה גם יחד.
[...]
עולה כי ניתן מענה מקיף ומקצועי לסוגיות המועלות בעתירה, נכון לשלב זה. העתירה נמחקת ללא צו להוצאות." [ההדגשה הוספה – הח"מ]

21. ביום 23.7.2020 דחה בית המשפט הנכבד עתירה אחרת, אשר עניינה ביישום הנחיות משרד הבריאות לעניין מניעת התפשטות נגיף הקורונה ופרסום המידע לגבי הצעדים הננקטים על ידי המשיב להתפשטות המגיפה בבתי הסוהר בישראל – בג"ץ 2904/20 **עדאלה**. בעניין זה קבע בית המשפט הנכבד, בין היתר, כי **"נחה דעתנו כי המשיב 1 נקט ונוקט בשורה של אמצעים ופעולות לשם התמודדות עם מחלת הקורונה"**.

22. ביום 9.12.2020 דחה בית המשפט הנכבד על הסף עתירה נוספת אשר עניינה התנאים של כלל הכלואים במתקני שירות בתי הסוהר בתקופת מגיפת הקורונה, בשל היותה עתירה כוללת ובשים לב לכך ש"במהלך תקופת הקורונה ניתנו פסקי דין שונים שנוגעים לתנאי הכלואים במתקני שירות בתי הסוהר, והעתירה אינה כוללת התייחסות אליהם". לשלמות תמונת הפסיקה, ציין בית המשפט הנכבד באותו הליך כי ישנם שני נושאים אשר ראוי שהמדינה תיתן עליהם את הדעת – כמות המסכות שמחולקות לכל אסיר ומספר שיחות הטלפון שאסירים רשאים לבצע בתקופה זו (בג"ץ 6905/20 **עמותת דרור למשפחה נ' מ"מ נציב שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 9.12.20).

23. אם הבאנו מקצת מקביעות אלו, אין זאת אלא כדי להצביע על התרשמותו של בית המשפט הנכבד מהמקצועיות ומההתעמקות שאפיינה את היערכות שירות בתי הסוהר בבניית תכנית עבודה מקיפה ומפורטת לטיפול בנגיף הקורונה, במהלך השנה האחרונה כולה.

כאן המקום לציין, כי במסגרת תגובות המדינה בהליכים אלה, עמד שירות בתי הסוהר על הקשר ההדוק של גורמי המקצוע הפועלים בשירותיו והתיאום הננקט מול גורמי המקצוע במשרד הבריאות בכל מה שקשור להנחיות הניתנות מטעמו. כך, למשל, במסגרת ההליך בבג"ץ 2904/20 עמדה המדינה בתגובה המקדמית, שנתמכה בתצהירו של רע"ן מבצעים בחטיבת הביטחון בשירות בתי הסוהר, על הדברים הבאים: **"גורמי מערך הרפואה בשירות בתי הסוהר עומדים לאורך כל התקופה הרלוונטית בקשר הדוק עם גורמי משרד הבריאות, לעניין התאמת ההתנהלות להנחיות הניתנות מטעם המשרד"** (פסקאות 8-9, 17 לתגובה).

צילום התגובה מיום 21.5.2020 מצורף לתגובה זו ומסומן **מש/2**.

24. אחר הדברים האמורים, נרחיב מעט את נקודת המבט ונפנה מבטנו אל מדיניות התיעוד המלווה את מבצע החיסונים הלאומי לנגיף הקורונה.

25. ביום 22.11.2020 מינה מנכ"ל משרד הבריאות "קבוצת עבודה לחיסוני קורונה" (להלן: **"ועדת התיעוד"**) בראשות ד"ר בעז לב, שתפקידה להמליץ עבורו על מדיניות החיסון הלאומית ביחס לתיעוד אוכלוסיות הסיכון, תיעוד תרכיבי החיסון, וסוגיות נוספות.

צילום כתב המינוי מיום 22.11.2020 מצורף לתגובה זו ומסומן **מש/3**.

26. הוועדה מייעצת למנכ"ל משרד הבריאות בעניינים שפורטו בכתב המינוי. ועדה זו פועלת במקביל לקבוצת עבודה אחרות במשרד הבריאות העוסקות בסוגיות שונות שמעלה מבצע החיסונים המורכב, ובהן סוגיות בנושאי לוגיסטיקה, תקציב, מעקב אחר תופעות הלוואי, ועוד. ועדת התיעוד כפי שמונתה הורכבה בתחילה מכ-27 חברים ובהמשך נוספו לה חברים, ממגוון תחומים, בין היתר אפידמיולוגים, מומחים למגיפות ומחלות זיהומיות ויועצים מתחום האתיקה והמשפט, שבוחנים את המתווים השונים.

27. על יסוד המלצותיה, מפרסם משרד הבריאות את מסמך מדיניות תיעוד החיסונים, וזאת מכוח סמכות המנהל לפי סעיף 20 לפקודת בריאות העם מס' 40 לש' 1940 (להלן: **פקודת בריאות העם**).

הסעיף האמור מסמיך את שר הבריאות להכריז על קיומה של מחלה מידידת מסוכנת בישראל, ומשהוכרזה הכרזה זאת בעניינה של וירוס הקורונה,¹ מוסמך "המנהל" להתקין שורה ארוכה של צווים או הוראות, ובכלל זאת קובע כדלקמן:

¹ ביום 27.1.2020 הכריז שר הבריאות (דאז) מתוקף סמכותו לפי סעיף 20(1) לפקודת בריאות העם, כי המחלה הנגרמת על ידי נגיף הקורונה החדש 2019 היא מחלה מידידת מסוכנת וכי קיימת בעטיה סכנה חמורה לבריאות הציבור. בהמשך לכך, הוצאו על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות שורת צווים מכוח סעיף 20 לפקודת בריאות העם. עוד יצוין, כי ביום 15.3.2020 הסמיך מנכ"ל משרד הבריאות את המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, את ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות; את סגן ראש שירותי בריאות הציבור במשרד

"(1) אם נראה כי מרחפת על איזה חלק של ישראל סכנה של מחלה איומה אפידמית, מקומית או מידבקת או כי הוא נגוע במחלה כזאת, דהיינו, דבר, חולירע, קדחת צהובה, אבעבועות, טיפוס הבטן או מחלה אחרת שהכריז עליה שר הבריאות, במודעה ברשומות כי היא מחלה מידבקת מסוכנת, רשאי שר הבריאות...להכריז במודעה כנ"ל כי סכנה חמורה מרחפת על בריאות העם על ידי איומה או קיומה של מחלה כזאת בישראל או בארצות השכנות, ומשפורסמה הכרזה זאת יהא המנהל מוסמך לסדר, או להתקין, בין בצו ובין בהוראה או בכל דרך אחרת שהיא, כי ייעשו על ידי כל אדם, לרבות קופת חולים:

(א) ביקורים מבית לבית;

(ב) הגשת עזרה רפואית, חלוקת רפואות, הספקת מקומות-שיכון, טיפוח הנקיון, האיורור והחיטוי ושמירה בפני התפשטות המחלה;

(ג) כל ענינים או דברים שימצאם רצויים לשם מניעתה או הקלתה של המחלה;

ורשאי הוא להטיל את הסידורים או הקביעות האלה, כולם או מקצתם, על כל הארץ או על כל חלק או חלקים ממנה ועל כל אניות הנמצאות בחופי הארץ הפנימיים או במימיה הטריטוריאליים". [ההדגשה הוספה – הח"מ]

מנהל מוגדר בפקודה כ"מנהל שירותי הרפואה או בא כוח מוסמך של מנהל שירותי הרפואה בכפוף לאמור בסעיף 42א: "יוער, כי "מנהל שירותי הרפואה" הוא "המנהל הכללי של משרד הבריאות", וזאת מכוח התוספת לפקודת פקידי הממשלה (שינוי תארים), 1940).

28. ביום 25.11.2020 התכנסה לראשונה ועדת התייעדוף, כחלק מההכנה לקראת מבצע חיסונים נרחב נגד נגיף הקורונה בישראל. נכון למועד כתיבת שורות אלה, קיימה ועדת התייעדוף שמונה דיונים (במסגרת היוועדות חזותית) וכן ניהלה התכתבויות קבוצתיות רבות.

29. ועדת התייעדוף מגבשת את המלצותיה על סמך מידע מדעי ומקצועי המתקבל באופן שוטף מגורמים שונים ועל בסיס הידע והנסיון המקצועי של חבריה. המלצותיה מועברות לעיון מנכ"ל משרד הבריאות, ולאחר אימוצן מפורסמות הנחיות התעדוף על ידי האגף לאפידמיולוגיה במשרד. מעת לעת מעדכנת הוועדה את המלצותיה בהתאם להתפתחויות בידע בנושא החיסונים, ובצפי הגעת כמויות החיסונים למדינת ישראל. כך, בישיבתה הראשונה פעלה הוועדה תחת ההנחה שיגיעו מאות אלפי חיסונים בלבד, בשלב הראשון, ולאחר שהתברר כי תגיע כמות גדולה בהרבה, עדכנה היא את המלצותיה בהתאם.

30. ביום 16.12.2020 פרסם משרד הבריאות "מסמך מסכם לנושא תיעדוף חיסונים נגד קורונה על פי המלצת הוועדה לחיסונים נגד קורונה" (להלן: **מסמך מסכם בנושא תיעדוף חיסונים**), בו נקבעו העקרונות המנחים לגבי תיעדוף החיסונים לקורונה במדינת ישראל והם: קדימות בריאותית ואפידמיולוגית; בטיחות; פשטות; רוחביות; גמישות וזרימה של מבצע החיסון כדי להבטיח את בטיחות, יעילות ונצילות החיסונים. כן נקבע במסמך סדר העדיפות למתן החיסון:

הבריאות לבאי כוחו לעניין סעיף 120(1) לפקודה. בנוסף ביום 18.10.2021 הסמיך מנכ"ל משרד הבריאות את ראש חטיבת רפואה לבא כוחו לעניין סעיף 120(1) לפקודה.

"בעדיפות ראשונה ובזה הסדר:

- סגלים רפואיים -
- מוסדות "מגן אבות" ומוסדות רווחה לחוסים – ומטפליהם
- גיל 60 ומעלה – באחריות קופות החולים;
- במסגרת החיסון בקופות יש לנהוג גמישות ולחסן, לדוגמא:
 - קשיש בקהילה המלווה או המטפל
 - אוכלוסיות בסיכון מיוחד כמו מושתלי ראות.

(1) עדיפות שנייה:

- המשך חיסון קבוצות סיכון: סכרת, השמנת יתר חולנית, COPD, יתר לחץ דם, מטופלים עם דיכוי חיסוני מושתלים איברים, חולים המטולוגים וכו'...;
- קבוצות בחשיפה גבוהה כמו - מורים וגננות; עובדים סוציאליים; **בתי סוהר אסירים** ו**סוהרים**; מגיבים ראשוניים;
- צה"ל וגופים ביטחוניים יקבלו הקצאה בהתאם לתכנית חיסון שתוצג למשרד הבריאות
- בהמשך פתיחת החיסון לכלל האוכלוסייה על פי הגעת החיסונים ותזמון הקופות" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

צילום המסמך המסכם בנושא תיעדוף חיסונים מיום 16.12.2020 מצורף לתגובה זו ומסומן **מש/4**

31. ביום 19.12.2020 נפתח מבצע החיסונים הלאומי כנגד נגיף הקורונה, "לתת כתף", עם התחסנותם של ראש הממשלה ושר הבריאות במרכז הרפואי "שיבא". נקבע כי המבצע ינוהל בשלבים ובאופן הדרגתי, על פי קצב אספקת החיסונים למדינת ישראל וקצב ההתחסנות.

יצוין כי בשלב זה יש הוכחות שהחיסון מונע מחלה ומחלה קשה ביעילות גבוהה מאוד, גם בגיל מבוגר ובאוכלוסיות סיכון. עם זאת, טרם הובהר אם החיסון מונע הידבקות בנגיף ואפשרות הדבקת הזולת, כיוון שבמחקרים הקליניים נבדק רק האם החיסון מונע התפתחות של מחלת קורונה סימפטומטית. לכן ישנה חובה על שמירת כללי הריחוק הפיזי ועל עטיית מסכה גם לאחר קבלת החיסון [ראו: מסמך "היערכות חיסונים" שפרסם משרד הבריאות באתר המשרד באינטרנט: <https://govextra.gov.il/ministry-of-health/covid19-vaccine/covid19-vaccine-fqa/>].

32. ביום 23.12.2020 פרסם משרד הבריאות מסמך עדכון לעניין תיעדוף החיסונים, שכותרתו "תיעדוף למתן חיסונים עפ"י המלצת הועדה לחיסונים נגד קורונה – עדכון מס' 1 – תיקון" (להלן: **התיקון הראשון**) המכניס קבוצות סיכון נוספות בתיעדוף ראשון למתן חיסון [צילום התיקון הראשון מיום 23.12.2020 צורף כחלק מנספח ו' לעתירה הראשונה].

33. ביום 31.12.2020 פרסם משרד הבריאות עדכון שני לעניין תיעדוף החיסונים, "תיעדוף למתן חיסונים עפ"י המלצת הועדה לחיסונים נגד קורונה – עדכון מס' 2" (להלן: **העדכון השני**). **במסגרת עדכון זו, נוספה קבוצות האסירים והסוהרים בכללותם** (וקבוצות נוספות) **לקבוצות הנמצאות בעדיפות הראשונה לקבלת חיסון נגד נגיף קורונה** [צילום העדכון השני מיום 31.12.2020 צורף כחלק מנספח ו' לעתירה הראשונה].

כאן המקום להבהיר, כי על-פי הנמסר ממשרד הבריאות, הקבוצות השונות המנויות בקבוצת התיעדוף הראשונה מחוסנות בפועל במקביל, ללא משמעות לסדר הופעתן בתוך קבוצת התיעדוף הראשונה.

34. ביום 7.1.2021 התקיים הדיון השמיני של ועדת התיעדוף. לדיון זה הוזמן קצין הרפואה הראשי של שירות בתי הסוהר (קרפ"ר), אשר הציג בפני הוועדה את סטטוס ההתחסנות של הסוהרים בשירות בתי הסוהר ואת הצרכים והמאפיינים של אוכלוסיית האסירים. בדיון זה תיקפה ועדת התיעדוף את המלצתה לחסן אסירים מגיל 60 ומעלה בתיעדוף ראשון, וביחס לכלל האסירים ביקשה להמתין עם עדכון המלצתה עד לקבלת תוספת חיסונים:

"הצוות המליץ בדיונים קודמים לתעדף את האסירים והסוהרים בעדיפות ראשונה כמו שאר הקבוצות הגרות בצפיפות ואשר מתקשות לשמור על ריחוק חברתי ועטיית מסיכות. המלצת הצוות הוטמעה בהנחיית בריאות הציבור בנושא. בדיון הנוכחי הציג קרפ"ר שב"ס מידע בנושא. בין היתר נמסר כי מבין הסוהרים, יש עדיין מעל 2000 סוהרים המעוניינים להתחסן, שטרם חוסנו. הייתה הסכמה על החובה לחסן את האסירים מגיל 60 ומעלה בתיעדוף ראשון. לגבי השאר נחלקו הדעות בשאלה האם הם קודמים לאוכלוסייה הכללית. בשלב זה ממתנינים לתוספת החיסונים כדי לקבוע המלצה לגבי קבוצה זו.

ככל שקיימת מגבלת היצע יש להשלים חיסון אסירים וסוהרים בני 60 ומעלה במקביל למבצע החיסון הכללי". [ההדגשה הוספה – הח"מ]

המלצות אלו (יחד עם כלל ההמלצות מדיון זה) הועברו למנכ"ל משרד הבריאות ביום 10.1.2021, אך נכון לכתובת שורות אלה טרם הפכו להנחיות תעדוף חדשות. לפיכך, נכון למועד זה, מדיניות תיעדוף החיסונים התקפה של משרד הבריאות היא על-פי האמור במסמך העדכון השני שהוצג לעיל.

35. על-פי פרסומי משרד הבריאות, עד ליום 11.1.2021 הזכאים לחיסון באוכלוסייה הכללית, בנוסף לסגלים הרפואיים, מוסדות "מגן אבות" ואוכלוסיות בסיכון מיוחד, היו מבוגרים מגיל 60 ומעלה. החל מיום 12.1.2021 נוספו למעגל הזכאים גם כל מי שגילו 55 ומעלה; מיום 13.1.2021 נוספו למעגל הזכאים כל מי שגילו 50 ומעלה; והחל מיום 17.1.2021 עתידים להצטרף למעגל הזכאים להתחסן כל מי שגילו 45 ומעלה.

כמו-כן, נכון ליום 15.1.2021 התחסנו עד כה במנה הראשונה נגד נגיף הקורונה 2,005,905. נתונים אלה מתעדכנים באופן דינמי.

2.ג. היערכות שירות בתי הסוהר לחיסון האסירים נגד נגיף הקורונה

36. שירות בתי הסוהר אמון על החזקת אסירים במשמורת בטוחה ונאותה. כפועל יוצא מהגדרת הייעוד ועל פי הנחיית מ"מ הנציבה נערך שירות בתי הסוהר למבצע החיסונים באופן מלא תוך תיאום מול משרד הבריאות. היערכות זו עוגנה במסגרת פקודת מבצע סדורה לחיסון אסירי שירות בתי הסוהר - מבצע "לתת כתף", אשר אושרה באופן אישי על ידי רח"ט כליאה וראש אג"מ בשירות בתי הסוהר.

37. היערכותו המקורית של שירות בתי הסוהר למבצע חיסון האסירים כללה הערכות רפואית, כליאתית ומבצעית כאחד. העיקרון האופרטיבי שהוחלט עליו הוא כי חיסון האסירים יעשה על ידי מערך הרפואה הקיים בשירות בתי הסוהר. עוד נקבע כי החיסון יבוצע בהתאם למדיניות התיעדוף של משרד הבריאות, כאשר בשלב ראשון יחוסנו אסירים מגיל 60 ומעלה וחולים במחלות כרוניות, שהם סה"כ כ-1900 אסירים אשר מופו מאוכלוסיית הכלואים בהתאם להגדרות הרפואה והכליאה. בשלב שני, על-פי הנמסר משירות בתי הסוהר, כי תחוסן כלל אוכלוסיית הכלואים, באופן הדרגתי, אשר תואם את מדרגות החיסון באוכלוסייה הכללית - גילאי 55 ומעלה וכן הלאה עד לחיסון כלל הכלואים.

38. לצורך ביצוע החיסונים על פי התוכנית המקורית לאוכלוסיית הכלואים על ידי מערך הרפואה הקיים בשירות בתי הסוהר, בוצע רכש של ציוד רפואי נדרש על פי הנחיות משרד הבריאות - 15 מקררים, צידיניות ולידיות, פרגודים, אוגרי טמפרטורה וציוד רפואי נלווה. תהליך השלמת כלל הרכש הושלם; הוכשרו שני צוותי חיסון בכל מחוז, סך הכל שישה צוותים ברמה הארצית שעברו הדרכה לביצוע החיסון על ידי נציגי משרד הבריאות וגורמי רפואת שירות בתי הסוהר; הוקם ממשק טכנולוגי למול משרד הבריאות על בסיס המערכת באמצעותה מנוהל הליך החיסון במוסדות מחסנים אחרים, אשר נבחרה על ידי משרד הבריאות; נקבעו נקודות חיסון קבועות בכלל מתקני הכליאה על פי הנחיות מערך הרפואה; ונקבע הליך רפואי מקצועי לביצוע החיסון תוך מעטפת כליאה ואבטחה מותאמת.

39. לפי הנחית מ"מ נציבת בתי הסוהר, גובשה ביום 17.1.2021 תכנית חיסונים אופרטיבית עדכנית חדשה על ידי גורמי המקצוע בשירות בתי הסוהר, וזאת על מנת לזרז ולקדם בכל ההקדם את מבצע החיסונים לכלל האסירים, כל זאת בשיתוף פעולה מלא למול מד"א, אשר יבצעו יחד עם צוותי החיסון מקרב שירות בתי הסוהר, שהוכשרו כאמור לעיל, את המבצע.

יובהר, כי ככל שיחולו שינויים בהקצאת החיסונים על ידי משרד הבריאות יתכן שהתוכנית תעודכן בשים לב לנסיבות העדכניות.

על פי התכנית החדשה שהעתקה צורף **כמש/1**, יחסן שירות בתי הסוהר את כלל האסירים בכלל מתקני הכליאה אשר הביעו ויביעו בפני צוותי החיסון, את רצונם להתחסן וזאת עד ליום חמישי הקרוב, ה-21.1.2021.

יש לציין כי בשלב ראשון יבוצע החיסון בתוך מתקני הכליאה בסדר עדיפות כפי שהוגדר על ידי משרד הבריאות, דהיינו תחילה, כלואים שגילם הינו 45 ומעלה, וכלואים בעלי מחלות רקע על פי כללי משרד הבריאות. בהקשר האמור, נבקש להדגיש כי בכוונת שירות בתי הסוהר לחסן במסגרת המבצע הכולל את כלל האסירים המעוניינים בכך. ברי כי בדעת שירות בתי הסוהר להשלים את מבצע החיסונים לאחר כ-21 יום, בו תתבצע פעימת החיסון השנייה.

כן חשוב לציין, כי נכון לבוקר יום 18.1.2021 ישנם 169 אסירים שאובחנו כמאומתים לנגיף הקורונה, כולם שוהים באגפים ייעודיים שהוקמו לשם כך, כאשר מתוכם 20 אסירים נמנים על קבוצת סיכון או שגילם מעל 60.

צילום גרף המתאר את מספר האסירים החולים מתחילת החודש מצורף ומסומן **מש/5**.

40. במקביל, על-פי הנמסר משירות בתי הסוהר, נכון למועד הגשת תגובה זו חוסנו 6,470 סוהרים, המהווים כ-86% מברי החיסון מקרב סגל שירות בתי הסוהר. מתוכם 2,353 סוהרים במהלך הימים 15.1.21 ועד 17.1.21, בעקבות הנחיית מ"מ הנציבה. עוד יצוין, על-פי הנמסר משירות בתי הסוהר, כי ישנם נכון למועד הגשת התגובה 141 סוהרים מאומתים לקורונה.

41. נוכח התכנית העדכנית המצורפת, היום פורסם עדכון התכנית בהתאם למתווה המצוין ולפי הנחיות מ"מ הנציבה, לפיו תחילת מבצע חיסון האסירים והעצורים נקבע ליום 18.1.2021.

ג.3. חיסון האסירים – השתלשלות העניינים והנחיית השר לביטחון פנים

42. ביום 24.12.2020 הודיע מנכ"ל המשרד לביטחון הפנים למ"מ הנציבה כי "בהמשך להקצאת החיסונים כנגד נגיף הקורונה לשב"ס, בשלב זה מנחה השר לבט"פ להשלים את חיסוני סגל שב"ס **ולא להחל בחיסוני האסירים** עד לקבלת אישור ובהתאם להתקדמות החיסונים בציבור הכללי" [ההדגשה במקור, הח"מ] [צילום פניית מנכ"ל המשרד לביטחון הפנים למ"מ הנציבה מיום 24.12.2020 צורפה כנספח ח' לעתירה הראשונה].

43. בעקבות זאת, ביום 26.12.2020 פנה ח"כ עופר כסיף לשר לביטחון הפנים בבקשה "**לפעול מיידית וללא כל דיחוי לחיסונם של האסירים**" [צילום פנייתו של ח"כ כסיף צורף כנספח י"א לעתירה הראשונה].

44. למחרת, ביום 27.12.2020, פנה המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, פרופ' איתמר גרוטו, למנכ"ל המשרד לביטחון הפנים, בהמשך למכתבו של מנכ"ל המשרד לביטחון הפנים למ"מ הנציבה שירות בתי הסוהר מיום 24.12.2020, אשר הובא לידיעתו, וביקש להבהיר כדלקמן:

"בהתאם להנחיות משרד הבריאות החלו חיסונים לציבור הכללי מעל גיל 60. בהתאם לכך יש לחסן גם אסירים הנמצאים בקבוצה זו...אנו נוכל לסייע ולהקצות חיסונים גם לאוכלוסייה זו".

[צילום מכתבו של המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, מיום 27.12.2020, צורף כנספח י"ד לעתירה הראשונה].

45. עוד באותו היום, בעקבות האמור לעיל, פנו העותרות 1 ו-2 בעתירה הראשונה במכתב לשר הבריאות, לשר לביטחון הפנים ולמ"מ הנציבה. בפנייה זו, טענו העותרות 1-2 כנגד החלטת השר לבט"פ שלא לחסן אסירים וציינו, בין היתר, כי "מדובר בהחלטה בלתי חוקתית ובלתי סבירה לאור המאפיינים הייחודיים של אוכלוסייה זו הסובלת ממחלות רקע בהיקפים נרחבים ונוכח הסיכון הגבוה להידבקות בתנאי המחיה בכלא". על כן, ביקשו העותרות דגן כי אוכלוסיית הכלואים תיכלל בקבוצת העדיפות הראשונה למתן חיסון וטענו כי החלטת השר לביטחון הפנים, לחסן בשלב זה רק את הסוהרים בשירות בתי הסוהר, היא החלטה פסולה ומפרה זכויות יסוד.

[צילום מכתבו של המשנה למנכ"ל משרד הבריאות מיום 27.12.2020 צורף כנספח י"ב לעתירה הראשונה].

46. במקביל, גם כן באותו היום, פנתה עותרת 3 בעתירה הראשונה (להלן: **ארגון עדאלה**) אל השר לביטחון הפנים, מ"מ הנציבה, ומנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, בעניין "חיסון אסירים ביטחוניים בבתי הכלא כנגד נגיף הקורונה". ארגון עדאלה ציין במכתבו כי על-פי דיווחים בתקשורת הנחית השר לביטחון הפנים שלא לחסן אסירים מתייחסת רק לאסירים ביטחוניים.

ארגון עדאלה טען כי הנחייה כזו מנוגדת לכללי האתיקה הרפואית, פוגעת בזכויותיהם החוקתיות של האסירים וכן מנוגדת לכללי המשפט הבין-לאומי, ועל כן דרש לבטל לאלתר הנחייה זו ולפעול לחיסונם המידי של כלל האסירים ובמיוחד אלו הנמנים על קבוצת הגיל שמתחשנת בימים אלה בקהילה. כן ביקש לראות במכתבו כקדם בג"ץ [צילום מכתבה של העותרת 3 מיום 27.12.2020 צורף כנספח י"ג לעתירה הראשונה].

47. כמו כן פנה, ח"כ משה ארבל בשאלתה לשר לביטחון הפנים, אף זאת ביום 27.12.2020, בעקבות הנחיית מנכ"ל המשרד לביטחון הפנים, ובה ביקש לדעת "מדוע לא יחל באופן מיידי מבצע החיסונים של האסירים ומתן ההיתרים בהתאם לביקורי משפחות והתייחדויות לאסירים המחוסנים?".

48. ביום 28.12.2020, בתיאום עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), נשלח מענה ממחלקת הבג"צים לפניית ארגון עדאלה, במסגרתו נמסר כי פנייתו הועברה ללשכת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי).

צילום המענה מטעם פרקליטות המדינה מיום 31.12.2020 מצורף לתגובה זו ומסומן מש/6.

49. ביום 30.12.2020, במסגרת דיון שהתקיים בבג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון הפנים, שנסוב על בקשת המדינה לדחות את מועד קיום "הפעילמה השנייה" בעניין שטח המחיה בשירות בתי הסוהר, ביקש בית המשפט הנכבד ללמוד על היערכות שירות בתי הסוהר לחיסון אוכלוסיית האסירים בסיכון. סמוך לאחר הדיון הורה בית המשפט הנכבד למדינה להגיש הודעת עדכון "בדבר היערכותם למתן חיסונים נגד נגיף הקורונה לאסירים ולעצירים בני 60 או יותר, או הנמנים עם קבוצות סיכון, ובמסגרת זו ינקבו במועד שבו צפוי להתחיל מבצע החיסונים במתקני הכליאה לגבי הנ"ל, וכן משכו המוערך".

50. בהמשך לכך, פנה גם הסניגור הציבורי הארצי, ד"ר יואב ספיר, למנכ"ל המשרד לביטחון הפנים ולמנכ"ל משרד הבריאות בבקשה דחופה לפעול באופן מיידי להסדרת מתן החיסון נגד נגיף הקורונה לאוכלוסיית הכלואים במתקני שירות בתי הסוהר.

במכתבו עמד הסניגור הציבורי הארצי על הסיכון הייחודי לתחלואה בנגיף בקרב אוכלוסיית הכלואים, תוך שציין כי סיכון זה הוביל את שירות בתי הסוהר לקבוע הגבלות רבות על האסירים במטרה לשמור על בריאותם של האסירים והסוהרים. כן ציין, כי "עיכוב החיסונים לאסירים בני ה-60 ומעלה וההנחיה למנוע מתן חיסון לכלל האסירים מעוררים קשיים משפטיים וערכיים ניכרים".

צילום מכתבו של הסניגור הציבורי הארצי מיום 30.12.2020 מצורף לתגובה זו ומסומן מש/7.

51. כזכור, ביום 31.12.2020 פרסם משרד הבריאות את העדכון השני למסמך תיעודי החיסונים, שהוסיף את קבוצות האסירים והסוהרים כקבוצה אחת (יחד עם קבוצות נוספות) לקבוצות הנמצאות בעדיפות הראשונה לקבלת חיסון נגד נגיף קורונה.

52. במקביל, וכחלק מן הטיפול בפנייה שהגיש ארגון עדאלה, ביקשו נציגי מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) מהמשרד לביטחון הפנים ומשירות בתי הסוהר לקבל עדכון בנושא.

נציגי המשרד לביטחון הפנים השיבו לבקשה זו כי :

"לאחר שיח מול השר לביטחון הפנים בנושא, שבו הוצגו לו ההיבטים המשפטיים של הנחייתו כפי שפורסמה במכתב מנכ"ל המשרד מיום 24.12.20, הבהיר השר את מדיניותו בעניין מתן חיסונים לאסירים, לפיה יש להשלים בעדיפות ראשונה מתן חיסונים לסגל שב"ס. לאחר חיסון כלל האוכלוסייה המצויה בסיכון מקרב אזרחי ישראל, יבחן השר את סוגיית החיסונים לכלואים במתקני שב"ס ויגבש מדיניותו".

53. בעקבות עדכון זה, ביקשו נציגי מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) מנציגי המשרד לביטחון הפנים לפרט אודות הבסיס המשפטי עליו התבססה הנחיית השר לביטחון פנים. עוד ביקשו לדעת, האם הדברים מתואמים עם משרד הבריאות, כאמור במענה שנמסר משירות בתי הסוהר ביום 23.12.2020. לפנייה זו לא ניתן מענה ספציפי.

54. ביום 3.1.2021 השיב נציג מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) לארגון עדאלה כי בכוונת המחלקה לקיים בירור אודות הנטען בפנייתם.

צילום המענה מטעם ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) מיום 3.1.2021 מצורף לתגובה זו ומסומן מ/ש/8.

55. ביום 4.1.2021 נמסר מהמשרד לביטחון הפנים לנציגי מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) כך:

"לעמדת השר, אין חולק כי החשיבות הראשונה במעלה היא חיסון סגל שב"ס, אשר מטבע הדברים נכנס ויוצא מבתי הסוהר ועל כן בעל פוטנציאל הדבקה. עם סיום הליך התחסנותם של אנשי הסגל ייבחן נושא חיסוני אוכלוסיית הכלואים, בין היתר בשים לב לכך שמדובר במשאב לאומי מוגבל, ובהתחשב בהתקדמות החיסונים בציבור הנורמטיבי הכללי" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

56. ביום 5.1.2021, בהמשך לעדכון שהתקבל מהמשרד לביטחון הפנים, פנו נציגי מחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי) ליועץ המשפטי (בפועל) של המשרד לביטחון הפנים. במכתבם הבהירו כי **"לא ניתן להצדיק מבחינה משפטית את הנחיית השר כי אסירים בקבוצת הסיכון לא יקבלו חיסון במקביל לחיסון אוכלוסייה דומה בציבור הכללי"**. בתוך כך, הובהר כי ההנחיה שלא לחסן בשלב זה אסירים התקבלה שלא על-פי הוראת חוק המתירה זאת ומשכך ניתנה בחוסר סמכות; היא מהווה הפליה פסולה של אוכלוסיית האסירים בקבוצת הסיכון ומעל גיל 60 ללא בסיס מקצועי ענייני להבחנתם ביחס למקביליהם בקהילה שהיו נגישים לחיסונים; היא סוטה מהנחייתו המקצועית של משרד הבריאות בעניין ולא הוצגה כל תשתית עובדתית שהיא לביסוסה.

צילום פניית ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי), מיום 5.1.2021, מצורף לתגובה זו ומסומן מ/ש/9.

57. ביום 6.1.2021 השיב ראש המנהלת להיערכות מערכת הבריאות, מטעם משרד הבריאות, ד"ר טריף בדר, לסניגור הציבורי הארצי כי **"משרד הבריאות יקצה חיסונים עבור אוכלוסיית האסירים מעל גיל 60, כפי שנעשה לגבי קבוצת הגיל הזו באוכלוסייה הכללית... עם קבלת המשלוח הנוסף של החיסונים והרחבת אוכלוסיות המתחסנים, נפעל בהתאם גם לגבי הכלואים והאסירים"**.

בתגובה לכך, ביקש הסניגור הציבורי הארצי לברר האם חיסונים אלה טרם הוקצו, שכן אוכלוסיית בני ה-60 ומעלה מתחסנת מזה מספר שבועות ואין כל הצדקה לעכב חיסונים אלה כשמדובר באסירים. כן ציין, כי באופן דומה גם קבוצת "העדיפות השנייה" אשר קבוצת האסירים נכללת בתוכה [כיום נכללת בקבוצת "העדיפות הראשונה", הח"מ] החלה להתחסן, לכן יש לפעול במהירות כדי לחסן את כלל אוכלוסיית האסירים.

במענה לפנייה זאת השיב ראש המנהלת להיערכות מערכת הבריאות כי: "החיסונים הוקצו ע"י משרד הבריאות. על מנת לנפק חיסונים אלו, על הגוף המחסן, במקרה זה, שירות בתי הסוהר, להזמין את החיסונים ואנו נספק בהתאם לדרישה שתאושר. לא יהיה עיכוב בין הזמנת החיסונים ע"י הגורמים הרלוונטיים בשב"ס לאישורם ע"י משרד הבריאות וניפוקם".

58. באותו יום התקבלה תזכורת מארגון עדאלה לפנייתו מיום 27.12.2020 [צילום התזכורת מיום 6.1.2020 צורף כחלק מנספח י"ג לעתירה הראשונה].

59. ביום 7.1.2021, בהמשך למענה שקיבל הסניגור הציבורי הארצי ממשרד הבריאות, פנה שוב הסניגור הציבורי הארצי למנכ"ל המשרד לביטחון הפנים, וציין כי "על פניו נראה כי הדבר היחיד המונע את חיסון אוכלוסיית האסירים מעל גיל 60 הוא אי-הזמנת החיסונים על ידי שירות בתי הסוהר" וביקש תשובה בעניין.

צילום מכתבו של הסניגור הציבורי הארצי מיום 7.1.2021 מצורף לתגובה זו ומסומן מש/10.

60. כמפורט מעלה, באותו היום (7.1.2021), התקיים הדיון השמיני של ועדת התייעדוף, בו "הייתה הסכמה רחבה על החובה לחסן את האסירים מגיל 60 ומעלה בתייעדוף ראשון. לגבי השאר נחלקו הדעות בשאלה האם הם קודמים לאוכלוסייה הכללית". עוד נקבע, כי בשלב זה ימתינו לתוספת החיסונים כדי לקבוע המלצה לגבי כלל האסירים וסוהרים, וכי "ככל שקיימת מגבלת היצע יש להשלים חיסון אסירים וסוהרים בני 60 ומעלה במקביל למבצע החיסון הכללי". בצד זאת, יוזכר כי המלצות הוועדה מדיון זה טרם קיבלו ביטוי בהנחיות תעדוף חדשות של משרד הבריאות, כך שהוראות העדכון השני הן ההוראות התקפות.

61. ביום 8.1.2021 פנה המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, פרופ' גרוטו, פעם נוספת למנכ"ל המשרד לביטחון הפנים, בהמשך למכתבו מיום 27.12.2020, וציין שנמסר לו כי למרות הנחייתו טרם החלו חיסונים לאסירים שגילם מעל 60.

כן הדגיש פרופ' גרוטו במכתבו כי "ברורה לנו היטב המורכבות שנדונה לאורך כל תקופת המגיפה, בחשיבות מניעת התפרצות הנגיף בקרב האסירים והעצורים המוחזקים במשמורת בתי הסוהר, על כל המשמעויות הנובעות מכך. לרבות – בחשיבות מניעת התחלואה וההידבקות בקרב סגל סוהרי שב"ס, הבאים במגע שוטף ורציף [ההדגשה במקור, הח"מ] עם אסירים ועצורים המוחזקים במתקני שב"ס, שכן סגלים אלו, ממשיכים לבוא במגע הן עם החוץ והן עם פנים בתי הסוהר והאסירים... חוות הדעת המקצועית של משרד הבריאות, ובהתאמה לכך ההנחיות בפועל, באשר להקצאת חיסונים וקביעת כללי תיעדוף נאותים יתכללו מטבע האמור גם שיקולים אלו, שיש בהם כדי להילחם במגיפה, באופן המיטבי ביותר".

לסיום, כתב המשנה למנכ"ל משרד הבריאות סיכום אופרטיבי ברור וחד. מפאת חשיבות הדברים לעניינין של העתירות, יובאו הדברים במלואם:

א. משרד הבריאות יקצה חיסונים עבור אוכלוסיית האסירים מעל גיל 60, כפי שנעשה לגבי קבוצת הגיל הזו באוכלוסייה הכללית. מדובר על כ-1600 חיסונים נוספים לאסירים, בהתאם לנתונים שיעביר שב"ס למשל"ט הלאומי בצינורות המוכרים.

ב. החיסונים הוקצו ע"י משרד הבריאות, על מנת לנפק חיסונים אלו, על הגוף המחסן, במקרה זה, שירות בתי הסוהר, להזמין את החיסונים ואנו נספק בהתאם לדרישה שתאושר בימים אלו.

ג. לא יהיה עיכוב בין הזמנת החיסונים ע"י הגורמים הרלוונטיים בשב"ס לאישורם ע"י משרד הבריאות וניפוקם.

ד. נדגיש כי הקצאות המיועדות לאסירים – יעודם הוא אסירים בלבד, ללא יכולת שינוי יעודם, ויש לחסנם לאלתר.

ה. לגבי חיסון סוהרים נדרש תיעודף – כמו בגופים ביטחוניים אחרים, למתן החיסונים לסוהרי יחידת הליוויים הארצית של שב"ס "נחשון" וכן לסגל הסוהרים המשרתים בקביעות ובדרך קבע במתקני הכליאה – אלו הבאים במגע שוטף ורצוף עם אסירים.

ו. נדגיש ונציין כי לאור המורכבות והרגישות שצוינו, כי כמות החיסונים שהוקצו לשב"ס ביחס פרופורציונאלי לשאר גופי הביטחון – היא הגבוהה ביותר בכמותם!

ז. בהמשך לביצוע האמור באופן מידי, יוקצו חיסונים בהתאמה לכמות החיסונים שיגיעו, וע"ב המלצות הוועדה לתיעודף המפורסמות ברבים, והנחיות משרד הבריאות המפורסמות.

ח. לעת הזאת כאמור ולאחר, בוודאי לאור השיהוי מאז מכתבי הקודם, הריני להבהיר בשנית, כי בהתאם להנחיות משרד הבריאות החלו חיסונים לציבור הכללי מעל גיל 60. בהתאם לכך, יש לחסן גם אסירים הנמצאים בקבוצה זו" [ההדגשות במקור - הח"מ].

62. באותו יום, 8.1.21, פנתה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), על דעת היועץ המשפטי לממשלה לשר לביטחון הפנים במכתב, בו פירטה את המצב המשפטי בנושא חיסון אוכלוסיית הכלואים בשירות בתי הסוהר. זאת, בהמשך להנחיית השר לביטחון הפנים שלא לחסן בשלב זה את אוכלוסיית העצורים והאסירים, לרבות אלו הנמנים עם קבוצת הסיכון כפי שהוגדרה על ידי משרד הבריאות.

במכתב הובהר על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), על דעת היועץ המשפטי לממשלה, כי "כפי שפורט במכתב שבסימוכין, אנו סבורים שהחלטה זו ניתנה בחוסר סמכות, ולפיכך אינה יכולה לעמוד". עוד הובהר כי אין בחקיקה כל מקור סמכות המאפשר לפגוע בזכותם של אסירים ועצורים לקבלת טיפול רפואי, זכות המעוגנת בחוק ובפסיקה, באמצעות הנחייה המנוגדת למתווה משרד הבריאות בנושא. כך גם הובהר כי "אין סמכות "להעניש" את האסיר באמצעות שלילת זכויות נוספות מעבר למתחייב לפי גזר הדין".

כן חזרה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי) על העמדה לפיה :

”מעבר להיעדר הסמכות, בהיעדר הבחנה רלוונטית בין אוכלוסיית הכלואים בשב”ס לבין הציבור הכללי, המבוססת על שיקולים בריאותיים בלבד, הרי שממילא אין כל בסיס משפטי להבחנה בינם ובין האוכלוסייה הכללית בכל הנוגע למתן שירותי בריאות” [ההדגשות במקור - הח”מ].

לבסוף, הבהירה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), כדלקמן :

”נוכח כל האמור, משניתנו הנחיות של משרד הבריאות בנושא זה והוקצו במשרד הבריאות מנות החיסון הנדרשות עבור העצורים והאסירים, בדומה לכלל האוכלוסייה – הרי שעל שירות בתי הסוהר לפעול לחיסונם של העצורים והאסירים ללא דיחוי, בכפוף להיערכות הלוגיסטית הנדרשת לשם ביצוע החיסונים.” [ההדגשות הוספו – הח”מ].

צילום מכתב המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי) מיום 8.1.2020 צורף כנספח ט”ז לעתירה הראשונה.

63. בתגובה למכתב זה, עוד באותו יום, השיב השר לביטחון הפנים למשנה למנכ”ל משרד הבריאות ולמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), ואלו עיקרי התשובה :

1. “לאחרונה הנחיתי כי יש להשלים את חיסוני סגל שירות בתי הסוהר, שלהבדיל מהאסירים - נכנס ויוצא מבתי הסוהר ועל כן מידת הסיכון בקרבם גבוהה יותר, בטרם מתחילים בחיסוני אוכלוסיית האסירים.

2. גם לאחר שיושלם המהלך של חיסוני הסגל, אבחן את חיסוני האסירים ביחס להתקדמות החיסונים בקרב אוכלוסיית אזרחי ישראל שאינם אסירים.

3. תאמתי את עמדתי זו עם עמיתי הממונה על פרופסור גרוטו, שר הבריאות חה”כ יולי אדלשטיין.

4. במכתבכם שבסימוכין, ובתפוצה מרובת נמענים, אתם משיגים על הנחיה זו ונותנים הנחיה המנוגדת לה.

5. [...]

6. עד אז, הואיל והאחריות על כלל הגופים הכפופים למשרד הבט”פ מונחת על כתפיי, ואת הדין וחשבון לציבור אתן אני, ולא אתם - החלטתי תעמוד בעינה.

7. למותר לציין כי אהיה מוכן לגבות את עמדתי זו מול כל פורום שהוא, ציבורי או משפטי” [ההדגשה הוספה – הח”מ].

צילום מכתב השר לביטחון הפנים מיום 8.1.2020 צורף כנספח י”ז לעתירה הראשונה.

64. ביום 14.1.2021, ולאחר שהעתירות שבכותרת הוגשו, פנה נשיא המדינה לשר הבריאות ומסר כי הוא

”עוקב בדאגה אחר ההתפתחויות בנוגע למתווה החיסונים של אוכלוסיית הכלואים בישראל ואני מבקש לחזק את ידיך, בהחלטתך לתמוך בעמדת הוועדה המקצועית של משרדך, משרד הבריאות, שקבעה את סדר תעדוף למתן חיסונים מפני נגיף הקורונה לכל האוכלוסייה בישראל, לרבות אוכלוסיית הכלואים, על בסיס שיקולים מקצועיים – בריאותיים...אודה לך אם תפעל להבטיח בהתאם לסמכויותך שהנושא יבוא לידי פתרון בהקדם”.

צילום מכתבו של נשיא המדינה מיום 14.1.2021 מצורף לתגובה זו ומסומן מש/11.

4.ג. העתירות שהדיון בהן אוחד – קווי מתאר כלליים

65. ביום 10.1.2021 הוגשו העתירות הראשונה והשנייה בעקבות הנחיית השר לביטחון הפנים, כעולה ממכתבו לעיל. הטענות העיקריות העולות מן העתירות דומות ברובן. העותרות בעתירה הראשונה טוענות כי ”מחדלם של המשיבים לחסן את האסירים פוגע בזכויות האסירים לבריאות, לכבוד, וחלילה לחיים” (סעיף 52 לעתירה הראשונה); כי ”מחדלם וסירובם של המשיבים לחסן את האסירים מנוגד לדין, מפלה אותם באופן בוטה, מהווה ענישה נוספת בניגוד לחוק, והיא אינה כדין”. העותרות מפנות בהקשר זה בין היתר לסעיף 11ב(ב) לפקודת בתי הסוהר, לסעיף 9(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) ולפקודת נציבות שירות בתי הסוהר (סעיפים 53-57 לעתירה הראשונה).

כמו-כן, טוענות העותרות בעתירה הראשונה כי ”השר לביטחון פנים, אינו יכול לפעול בניגוד למדיניות הממשלה והוראותיה” (סעיף 69 לעתירה הראשונה); וכי ”החלטת המשיבים...התקבלה ללא תשתית עובדתית ראויה” (סעיף 74 לעתירה הראשונה).

העותרות בעתירה השנייה מעלה טענות דומות ומדגישה בנוסף כי ”בשל תנאי הכליאה בישראל יש לחסן ללא דיחוי את כל הכלואים, אף מעבר לחיסונים הניתנים באוכלוסייה הכללית, שבכוחה לשמור טוב יותר על ריחוק חברתי מאסיר...לכל הפחות, יש לחסן באופן מידי את כל הכלואים מגיל 60 ומעלה” (סעיף 18 לעתירה השנייה).

66. באותו יום (10.1.2021), קבע בית המשפט הנכבד כי העתירות תקבענה לדיון בהקדם האפשרי, וכי תגובת המשיבים תוגש עד 24 שעות לפני מועד הדיון. כן הוגשה באותו יום עתירה נוספת - בג”ץ 186/21 רונן בר נ’ מדינת ישראל על ידי אסיר הנמצא על פי הנטען בקבוצת סיכון ומבקש להתחסן.

במקביל לכך, ביום 10.1.2021, הוגשה הודעת עדכון בבג”ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ’ השר לביטחון הפנים, בה עדכנה המדינה על אודות הגשת העתירות בנושא החיסונים. משכך, ביקשה המדינה כי יתאפשר בידה להגיש הודעת עדכון נוספת במסגרת ההליך האמור, לה תצורף התגובה המקדמית שתוגש במסגרת ההליכים שלפנינו. בית המשפט הנכבד נעתר לבקשה זו.

צילום הודעת העדכון בבג”ץ 1892/14 מיום 10.1.2021 מצורף לתגובה זו ומסומן מש/12.

67. בהמשך אותו היום פנה השר לביטחון הפנים ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לייצוג עמדתו על ידי עורך דין חיצוני במסגרת ההליכים המשפטיים שבפנינו, בטענה כי מדיניותו אינה תואמת את עמדתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה בנושא, וכי ראוי שתישמע עמדתו של השר לביטחון הפנים בפני בית המשפט הנכבד באמצעות ייצוג עצמאי.

צילום פניית השר לביטחון הפנים מיום 10.1.2021 מצורף לתגובה זו ומסומן מש/13.

68. ביום 11.1.2021 הוגשה העתירה השלישית אשר חוזרת גם היא על הטענות המרכזיות שמופיעות בעתירה הראשונה ומוסיפה כי "מדיניות המשיבים...פוגעת בזכויותיהם החוקתיות לחיים, לבריאות ולטיפול רפואי, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם החוק, עם חוק היסוד ובניגוד לתנאי פסקת ההגבלה" (פסקה 32 לעתירה השלישית). כמו כן הוגשה עתירה פרטנית נוספת - בג"ץ 198/21 **ניסים ברנס נ' השר לביטחון הפנים** על ידי אסיר המבקש להתחסן.

69. ביום 15.1.2021 השיב היועץ המשפטי לממשלה לשר לביטחון הפנים בנוגע לבקשתו לייצוג נפרד בעתירות העוסקות במדיניות חיסוני אסירים. במכתב התשובה הבהיר היועץ המשפטי לממשלה, כי "**מקרה זה אינו נמנה עם המקרים הנדירים והחריגים בהם יש מקום לאפשר ייצוג נפרד בפני בית המשפט, אך כן ניתן יהיה להביא עמדתך במלואה בפני בית המשפט במסגרת תגובת המדינה**". בין יתר השיקולים שהובילו למסקנה זו, עמד היועץ המשפטי לממשלה במכתבו על הטעמים הבאים:

"הנחייתך...ניתנה בחוסר סמכות ובניגוד לכללים בסיסיים של המשפט המינהלי. הנחייה זו נגועה באי-חוקיות בולטת, וממילא, היא אינה מקובלת כאמור על המשרד הממשלתי שאמון על קביעת סדרי העדיפויות במתן החיסונים, שאף הוא מיוצג בעתירות האמורות על-ידי פרקליטות המדינה...לכך יש להוסיף כי עד כה, על אף חלופת המכתבים הענפה שבסמך, טרם הובאה בפנינו ולו ראשיתה של הנמקה שיש בה כדי להצביע על מקור סמכות...או כל הצדקה עניינית לסטייה מההנחיות אשר נקבעו על ידי משרד הבריאות בעניין מדיניות החיסונים".

בנוסף, מצא היועץ המשפטי לממשלה להדגיש בסוף מכתבו את הדברים הבאים:

"החובה לפעול על פי דין חלה בכל עת ואינה תלויה בעתירות התלויות ועומדות. משכך, ועל רקע דיווחים על תחלואת הקורונה המאמירה בקרב אסירים, אשוב ואזכיר את האמור במכתב של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), אשר נוכח מצב התחלואה מעלה דחיפות של ממש, לפיו על חיסונים להינתן בהתאם לשיקולים בריאותיים וענייניים בלבד, כפי שנקבעו על ידי הגורם המוסמך - בענייננו, משרד הבריאות. הנחיה בניגוד לאמור, לוקה בחוסר סמכות מובהק ומנוגדת לדרישות הדין. לפיכך, על שב"ס לחסן את אוכלוסיית האסירים ללא דיחוי בהתאם לסדרי העדיפויות שנקבעו על ידי גורמי הבריאות המוסמכים".

צילום מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה, מיום 15.1.2021, מצורף לתגובה זו ומסומן

מש/14.

ד. עמדת המדינה

70. כפי שפורט מעלה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, היא כי הנחיית השר לביטחון הפנים לעכב חיסוני עצורים ואסירים במתקני שירות בתי הסוהר, בניגוד להנחיות משרד הבריאות, ניתנה בחוסר סמכות ועל כן אינה יכולה לעמוד. עמדה זו הובאה בפני השר לביטחון הפנים טרם הוגשו העתירות ואף לאחר הגשתן, אך השר נותר בהחלטתו זו, וסירב לשנות את הנחייתו לשירות בתי הסוהר.
71. זכותם של אסירים ועצורים לקבלת טיפול רפואי מעוגנת בחוק ובפסיקתו של בית משפט נכבד זה. זכויותיהם לבריאות, לחיים, לשוויון ולכבוד מוקנות להם גם בין כותלי הכלא. האינטרס הציבורי בענישתם של עבריינים מקבל אפוא את ביטויו המלא במסגרת גזר הדין שגזר בית המשפט בהליך הפלילי, ואשר משקף את כלל שיקולי הענישה. משכך, לבד מהמשמעויות הישירות הנובעות מעצם המאסר, מכוח הגבלת חירותו של האסיר, הרי שאין סמכות "להעניש" את האסיר באמצעות שלילת זכויות נוספות מעבר למתחייב לפי גזר הדין, גם לא במסווה החלטה מנהלית של "סדרי עדיפויות" שרירותיים שאינם מבוססים על שיקולים מקצועיים.
72. בהתאם לכך, על שירות בתי הסוהר לספק לאוכלוסיית הכלואים שירות רפואי באופן שיבטיח כי בריאות האסירים לא תיפגע כתוצאה מכליאתם. כפי שהובהר מעלה, גורמי המקצוע בשירות בתי הסוהר נערכו מבעוד מועד, בתיאום עם משרד הבריאות, לחסן את האסירים בהתאם לסדרי העדיפויות של משרד הבריאות. בפועל, מבצע החיסונים לא יצא אל הפועל עד כה, בעקבות הנחייתו של השר לביטחון פנים שלא להתחיל לחסן את האסירים הנמנים עם קבוצות הסיכון ובכלל, עד שלא יחוסנו סוהרי שירות בתי הסוהר; וכי רק לאחר חיסונם של אלה, ישקול השר לביטחון פנים את "חיסוני אוכלוסיית הכלואים, בין היתר בשים לב לכך שמדובר במשאב לאומי מוגבל, ובהתחשב בהתקדמות החיסונים בציבור הנורמטיבי הכללי" [ההדגשה הוספה – הח"מ].
73. אל מול הנחיית השר לביטחון פנים, וכפי שפורט מעלה, ניצב מסמך תיעדוף החיסונים שפורסם על-ידי משרד הבריאות, בתום הליך מקצועי וענייני במסגרתו נדרשה ועדת מומחים להגיש את המלצותיה למנכ"ל משרד הבריאות. משאימץ מנכ"ל משרד הבריאות את המלצות הוועדה המקצועית המייעצת לו – ועדת התיעדוף – לעניין סדר העדיפות למתן החיסון כנגד מחלת הקורונה בנוגע לכלל האוכלוסייה, ומשנקבע כי אין חולק כי אסירים מעל גיל 60 ואסירים הנמנים על קבוצות סיכון מצויים בראש סדר העדיפות למתן חיסונים (לכל הפחות כמו מקביליהם בקהילה), הרי שהיה על מ"מ הנציבה ושירות בתי הסוהר, לכל הפחות, להתחיל לאלתר וללא כל דיחוי בחיסון אסירים אלו.

74. על כן, משהחלו חיסונים למחלת הקורונה לציבור הכללי מעל גיל 60 ולאוכלוסיות בסיכון, ולאחר השלמת ההיערכות הלוגיסטית הנדרשת לכך, היה על מ"מ הנציבה ושירות בתי הסוהר, לכל הפחות, להתחיל לחסן לאלתר וללא דיחוי אסירים ועצורים הנמצאים בקבוצה זו; וזאת גם בהינתן החלטת השר שהיוותה התערבות פסולה בשיקול דעתה המקצועי, ללא בסיס ענייני – החלטה אשר היועץ המשפטי לממשלה חיווה דעתו בעניינה. זאת, על מנת למנוע סכנת חיים או פגיעה חמורה בבריאותם של אוכלוסייה המצויה ברמת סיכון. כך אז, וכך כעת – ואף ביתר שאת – משהחלו החיסונים למחלת הקורונה באוכלוסייה הכללית לכל הציבור מעל גיל 45 ולאוכלוסיות בסיכון.

75. לא רק זאת, אלא שבעולה מהחלטת ועדת התייעדוף מיום 31.12.2020, אוכלוסיית האסירים והסוהרים נמצאת בסיכון מיוחד ועל כן משתייכת לקבוצה "בעדיפות ראשונה".

לפיכך, ובהינתן מלאי החיסונים הלאומי, ובהתאם להנחיות שתינתנה על-ידי משרד הבריאות, ייתכן שיש לחסן את כלל אוכלוסיית האסירים והעצורים בשלב זה, אף מעבר לחובה הבסיסית לחסן את כלל העצורים והאסירים אשר נמנים עם הקבוצות הזכאיות להתחסן מקרב הציבור הכללי, שמחוץ לבתי הסוהר. כל זאת, גם בשים לב לנתונים המדאיגים על התפרצות המחלה במספר מוקדים במתקני שירות בתי הסוהר בימים האחרונים.

76. עוד יודגש, כי מבירור שנערך אגב הכנת תגובה זו, נמסר על-ידי גורמי משרד הבריאות כי עמדתו של שר הבריאות היא שהגוף היחיד שקובע את סדרי החיסונים הוא ועדת התייעדוף, שהיא גוף מקצועי, והוא סומך את ידיו על החלטותיה.

77. יוצא מכלל האמור עד כה, כי החלטת השר לביטחון פנים להנחות את שירות בתי הסוהר להימנע מחיסון אסירים, לכל הפחות עד שיושלם מבצע לחיסון כלל סגל שירות בתי הסוהר, לא כל שכן אסירים מעל גיל 60 ואסירים הנמנים עם קבוצות סיכון, סתרה את עמדתו המקצועית של משרד הבריאות, כפי שאף הובהרה לשר לביטחון פנים בזמן אמת. עוד עולה כי גורמי המקצוע בשירות בתי הסוהר ובמשרד הבריאות ערוכים להתחלת חיסון האסירים מעל גיל 60 ואלו הנמנים עם קבוצות סיכון; כי חיסונים עבורם ישנם בנמצא; וכי כבר ניתן היה להתחיל במבצע חיסונם, אשר יכול היה להסתיים בתוך שבוע בלבד מעת התחלתו.

78. אחר הדברים האמורים, וכפי שפורט לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי החלטת השר לביטחון פנים להנחות את שירות בתי הסוהר שלא להתחיל במבצע החיסונים של האסירים, ודאי אלו הפגיעים ביותר למחלת הקורונה, פוגעת פגיעה קשה וחמורה בשורה ארוכה של זכויות יסוד שמוקנות לאסירים ולעצירים במדינת ישראל, ובכלל זאת זכותם לבריאות ולחיים, זכותם לשלמות הגוף, זכותם לכבוד וזכותם לשוויון. משכך, ההלכה הפסוקה מחייבת הקפדה בדרישה להצביע על קיומה של הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית, שתתיר פגיעה בזכויות יסוד, ואף זאת על יסוד תשתית עובדתית איתנה, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי החלטת השר לביטחון הפנים ניתנה ללא כל מקור סמכות, והשר אף לא הצביע על מקור סמכות להנחייתו זו.

אמנם, סעיף 132(10) לפקודת בתי הסוהר קובע כי השר רשאי להתקין תקנות בעניין **"בדיקות רפואיות וטיפול רפואי של אסירים"** וסעיף 132(11) מסמיך את השר לקבוע תקנות בעניין "מניעת מחלות מידבקות בבתי הסוהר", ברם, אין בכך כדי להוות מקור סמכות או עוגן כלשהו להנחייה שנתן השר לשירות בתי הסוהר, וזאת מן הטעמים הבאים:

ראשית, הנחיית השר כלל לא עוגנה בתקנות, ולכן סעיפים מסמיכים אלו אינם אוצרים את הסמכות למתן החלטתו.

שנית, ולגופן של הוראות סעיפים 132(10) ו-132(11), עסקינן בהסמכה כללית ביותר, ולא ניתן לפרש סמכויות אלו כמקור סמכות המאפשר לשר לביטחון הפנים להורות על מניעת מתן חיסון לאסירים, שעה שחיסון זה ניתן בקהילה, בהיעדר הוראה מפורשת ומפורטת בנושא.

כמו-כן, גם הוראת סעיף 80(א) לפקודת בתי הסוהר, לפיה "בתי הסוהר והסוהרים יהיו בפיקודו, בפיקוחו ובניהולו של הנציב, בכפוף לכל הוראה או הנחיה של השר", אינה מהווה מקור סמכות להנחיית השר לביטחון פנים. **ראשית**, משום שאין השר מוסמך ליתן הנחייה העומדת בניגוד לזכות מפורשת של אסירים שנקבעה בסעיף 11ב לפקודת בתי הסוהר עצמה. **שנית**, עסקינן ממילא בהסמכה כללית, שאינה מפורשת ומפורטת דיה כדי לאפשר פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות מן המעלה הראשונה.

80. מקור סמכות אחר שיש לפנות אליו הוא סעיף 80א(א) לפקודת בתי הסוהר, אשר קובע כי **"הנציב יוציא, באישור השר, הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לענין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה"**. עם זאת, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי גם סעיף זה אינו מהווה מקור סמכות, ודאי לא מפורשת ומפורטת כדרישת הפסיקה, מכוחו רשאי הנציב לקבוע הוראות כלליות למניעת מתן טיפול רפואי לשם שמירה על בריאות האסירים, ובכלל זאת, מתן חיסון לאסירים.

זאת ועוד, החלטת השר אינה מהווה הוראה עקרונית, היא אינה מתחייבת לצורך ניהול תקין של בתי הסוהר, או לצורך שמירה על הסדר והמשמעת (ראו לעניין זה: רע"ב 5493/06 **פלד נ' שרות בתי הסוהר**, פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 12.10.2010). כפי שהוצג לעיל, גם לא הועלתה טענה כי חיסון האסירים עלול לפגוע ביכולת של שירות בתי הסוהר לנהל את בתי הכלא, ולא עלתה טענה לקושי לוגיסטי כזה או אחר שמצדיק את דחיית מתן החיסון מעבר לתקופה ההכרחית הנדרשת לצורך היערכות לוגיסטית מתאימה, לצורך עמידה בהנחיות משרד הבריאות. ההיפך הוא הנכון – גורמי המקצוע נערכו להתחלת חיסון האסירים, וברור כי חיסונם עתיד להקל על ניהול תקין של בתי הסוהר, ולא לפגוע בו. לבסוף, אף לא נטען כי השר לביטחון פנים הנחה את מ"מ הנציבה לקבוע הוראות בנושא.

עוד יודגש, כי אף לו ניתן היה להצביע על מקור הסמכה לכאורי, היות ומדובר בהוראה הפוגעת בזכותם של האסירים והעצורים לקבלת טיפול רפואי מונע, טיפול רפואי חיוני ביותר, ייתכן שאף מציל חיים, הרי שההסמכה נדרשת להיות ברורה ומפורשת ויש לעמוד עליה בדיוקנות רבה. כזאת, כאמור, איננה בנמצא.

81. אף מעבר לשאלת הסמכות, בהיעדר הבחנה רלוונטית בין אוכלוסיית הכלואים בשירות בתי הסוהר לבין הציבור הכללי לעניין מתן חיסוני הקורונה, המבוססת על שיקולים בריאותיים וענייניים בלבד, **הרי גם אם היתה לשר לביטחון הפנים סמכות להוציא ההנחיה – וכאמור אין לו – ממילא אין כל בסיס משפטי להבחנה בין האסירים לבין האוכלוסייה הכללית בכל הנוגע למתן חיסונים.**

בענייננו, חיסונו של הציבור הכללי במדינת ישראל מתבצע על פי הקריטריונים המקצועיים שקבע משרד הבריאות, אשר נוגעים ישירות לרמת הסיכון מהמגיפה. בהתאם, הרי ששירות זה חייב לעמוד לרשותם של אסירים ועצורים העונים לקריטריונים אלה בדומה לכל שירות רפואי אחר, ללא הבחנה בינם לבין הציבור הכללי. משכך, הנחיה על פיה לא יחוסנו בשלב זה אסירים, אשר מבחינת נתונייהם האישיים (גיל וקבוצת סיכון) יש מקום לחסנם בהתאם להנחיות משרד הבריאות, מהווה הפליה פסולה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי הפליה במתן טיפול רפואי חיוני ומציל חיים מהווה פגיעה של ממש בערך השוויון, אשר בהיעדר בסיס מקצועי-ענייני להבחנה, עולה כדי פגיעה בזכותם החוקתית של האסירים לכבוד. הולמות לעניין זה קביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8300/02 נאסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.12), אשר נדרשו למהותה של חובת השלטון לנהוג בשוויון בחלוקת משאבי ציבור. אף שעניינן של העתירות שונה הוא, הרי שהחובה המשפטית ביחס לחלוקת חיסונים, בהתבסס על המאפיינים הרלוונטיים המתקיימים הן באסירים והן באוכלוסייה הכללית, זהה היא. וכך נקבע בהקשר זה בעניין נאסר :

"46. לפי מודל הביניים, פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם מקום בו נפגעת יכולתו של אדם לנהל את חייו; לפעול באופן אוטונומי, לשמור על **שלמותו הפיסית והנפשית**; לפתח את אישיותו ולזכות ביחס שאינו מפלה. [...] היא פגיעה בזכותם הבסיסית שלא לסבול יחס מקפח מהשלטון. [...] חלוקה כגון דא של משאבי ציבור, ללא קריטריונים, מבנה מציאות בה יחידים נבחרים זוכים לעדיפות על פני זולתם, אף שאין ביניהם כל שונות רלוונטית שתצדיק זאת. יש בכך משום זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות. שמירה על כבודו של האדם באשר הוא אדם – כמתחייב מהוראת סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם חלוקה כה שרירותית של משאבי ציבור."

82. אשר לנימוק של השר לביטחון הפנים לפיו "החשיבות הראשונה במעלה היא חיסון סגל שב"ס, אשר מטבע הדברים נכנס ויוצא מבתי הסוהר ועל כן בעל פוטנציאל הדבקה", עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי טעם זה אינו יכול לעמוד מבחינה משפטית.

ראשית, ועל יסוד עמדתו המקצועית של משרד הבריאות, אין כל מחסור בחיסונים אשר בכוחו להצדיק את מניעת חיסון האסירים עד אשר יושלם חיסונם של הסוהרים. עמדה זו הובהרה מפורשות על-ידי גורמי המקצוע במשרד הבריאות בהתכתבותם עם המשרד לביטחון פנים. לכן, לא היתה כל מניעה לקיים את החיסון לשתי האוכלוסיות – אסירים וסוהרים – במקביל.

שנית, ועדת התייעדוף שהיא ועדת מומחים נדרשה לנושא ולא מצאה לערוך כל הבחנה בין אוכלוסיית האסירים – ודאי לא האסירים מעל גיל 60 ואלו הנמנים עם קבוצות סיכון – לבין מקביליהם בקהילה. אלה גם אלה מצויים בקבוצת התייעדוף הראשונה.

שלישית, משתמע מעמדת השר לביטחון פנים כי עמדתו להתחיל בחיסון הסוהרים, שהם בעלי פוטנציאל הדבקה, מתבססת על כך שהחיסון מונע הדבקה אסירים. עמדה זו לא גובתה בכל תשתית עובדתית שהיא, ודאי לא מקצועית, וכפי שהובהר לציבור באתר משרד הבריאות, "בשלב הנוכחי, חשוב להמשיך את השימוש בכל האמצעים בידינו כדי לבלום את הפנדמיה, כגון כיסוי פה ואף על ידי מסכה, חיטוי ידיים לעתים קרובות, ושמירת מרחק של 2 מטר מאחרים. **הסיבה שאין אפשרות להשתמש בקבלת החיסון בלבד כי טרם התקבל מידע אם קבלת החיסון מונעת הדבקה**" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

בהקשר זה, יצוין כי כלל יסוד במשפט המינהלי הוא כי החלטה מינהלית צריכה להתבסס על תשתית עובדתית רלוונטית. החלטה מינהלית הפוגעת בזכויות יסוד צריכה להישען על תשתית עובדתית מוצקה עם ראיות חד-משמעיות ומשכנעות (ראו לעניין זה: בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-426 (1994); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד ל"ט(2) 225, 249-250 (1985)).

כאמור, החלטת השר לביטחון פנים להורות על חיסון הסוהרים לפני האסירים (ובמיוחד אלו הנמנים על קבוצות הסיכון), בטענה שיהיה בכך כדי למנוע הדבקות, לא נסמכה על תשתית עובדתית כלשהי. ממילא, התשתית העובדתית ביחס להיצע החיסונים וסדר העדיפויות לתיתם, כפי שעולה מעמדת גורמי המקצוע במשרד הבריאות, הפוכה מעמדת השר לביטחון פנים.

83. נימוק אחר אשר יכול היה להשתמע מעמדת השר לביטחון פנים, כפי שהועברה ביום 4.1.2021, היא הבחנה בין זכאותו של ציבור "נורמטיבי כללי" לקבלת חיסון לבין זכאותו של ציבור האסירים והעצורים. מהתייחסות זאת עולה לכאורה כי השר לביטחון פנים הביא בחשבון את מידת "הנורמטיביות" של ציבור האסירים והעצורים, בשים לב להליך הפלילי שהתנהל נגד האסירים, או להליך הפלילי שעודנו מתנהל נגד העצורים, כשיקול לעניין זכאותם ליהנות מהמשאב הלאומי המוגבל שהוא החיסון מפני הנגיף.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי שיקול זה כלל אינו יכול להיחשב לשיקול ענייני בהקשר הנוכחי. על המדינה מוטלת החובה לספק לאסירים ועצורים טיפול רפואי שאינו נופל מזה שזכאית לו האוכלוסייה הכללית, ללא קשר לחומרת המעשים אותם הם ביצעו או לגזר הדין שהוטל עליהם. האינטרס הציבורי שבעניינם של עבריינים מקבל את ביטויו המלא במסגרת גזר הדין שגוזר בית המשפט בהליך הפלילי, ואשר משקף את כלל שיקולי הענישה. אין אפוא מקום "להעניש" את הנאשם באמצעות שלילת זכויות נוספות מעבר למתחייב בגזר הדין, ובוודאי שלא בהחלטה מינהלית של מי שלא הוסמך לכך. יפים לעניין זה דברי כבוד השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון הפנים, פ"ד סב(1) 762, 770-769 (2007):

"עונש מאסר המוטל על אדם אינו מפקיע מאליו את זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל. זכויות אלה נגרעות מן האסיר רק במידה שהגבלתן מתחייבת באופן הכרחי משלילת חירותו עקב המאסר, ובמידה שהפגיעה בזכות מוגנת על-פי יסודות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד".

84. סמוך למועד הגשת התגובה, פנה השר לביטחון הפנים ליועץ המשפטי לממשלה וביקש כי בהינתן עמדת היועץ המשפטי לממשלה שתוארה לעיל, תובא עמדתו בגוף התגובה, כדלקמן:

"השר מבקש להודיע כי הושלמו חיסוני סגל שירות בתי הסוהר והחלו חיסוני האסירים, ע"פ תכנית שהכינו גורמי המקצוע בשירות בתי הסוהר. מבצע חיסון האסירים כבר בעיצומו והחיסונים ניתנים לכל אסיר שזכאי וחפץ בכך בהקדם האפשרי.

הואיל והמחלוקת שבה עסקו העתירות נפתרה באמצעות מתן החיסונים לאסירים ע"פ תכנית גורמי המקצוע, ובהיעדר צורך בהכרעה ביחס לסעד כלשהו, הרי שהעתירות התייתרו. לפיכך, השר מבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירות ולבטל את הדיון הקבוע בהן למחר.

אציין כי החריגים שנקבעו בפסיקה לדיון בעתירות תיאורטיות לא מתקיימים בעניין דנן, מכיוון שהעותרות כמו גם היועץ המשפטי לממשלה לא הצביעו על מניעה מובנית להגשתן של עתירות בעתיד ולהכרעה בהן (ראו: בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); ולאחרונה: עע"מ 1798/20 עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל-אביב יפו (7.1.2021)).

יתרה מכך, השר מבקש להבהיר כי שיקול הדעת שהפעיל בטרם התברר כי יועמדו לרשות שב"ס חיסונים בכמות מספקת, התייחס ספציפית לעובדות ולנסיבות באותו המקרה והוא לא קיבל החלטה צופה פני עתיד כלשהי. לפיכך, לא מדובר אפילו בעתירה תיאורטית. לא בסוגיית הסמכות ולא בסוגיית שיקול הדעת.

בקשתו של היועץ המשפטי לממשלה להוסיף ולדון בעתירה – ועוד במועד הדחוף שקבע ביהמ"ש בהתאם לנסיבות שעמדו בפניו - כמוה כבקשה מבית המשפט הנכבד לקיים סימפוזיון על אירוע היסטורי גרידא. למותר לציין שסעיף 15 בחוק יסוד: השפיטה לא הסמיך את בית המשפט הגבוה לצדק לקיים דיונים תיאורטיים על אירועי עבר שלא נדרש בהם סעד כלשהו. בקשת היועץ היא להשחית זמן שיפוטי יקר ללא כל תכלית מעשית. ממילא, בהיעדר האפשרות התאורטית להעניק את הסעדים בעתירות (בניגוד לעניין צמח שהוזכר לעיל), - גם הלכה לא יכולה להיקבע בעניין זה.

השר גם מבקש להביע בפני בית המשפט הנכבד את התנגדותו להחלטת היועץ המשפטי לממשלה להגיש בשמו עמדה הפוכה מעמדתו. בעוד השר מבקש לדחות את העתירה, היועץ מבקש בשמו מבית המשפט לקבל אותה.

נהוג להציג את הרעיון כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי לכפות על הממשלה את העמדה המשפטית שתוצג לבית המשפט הנכבד – רעיון שלו השר מתנגד מכל וכל וסבור שאין לו כל בסיס חוקי – כנועד למקרים חריגים שבחריגים שנועדו למנוע הפרת חוק בוטה וקיצונית. אולם באירוע דנן לא נותרה מחלוקת ביחס לסעד מעשי כלשהו, והשר אף מבהיר שלא עומדת החלטה עם השלכות תיאורטיות עתידיות. לפיכך לעמדת השר על בית המשפט לדחות את עמדת היועץ המשפטי לממשלה."

85. לעניין עמדת השר לביטחון הפנים שהובאה בסעיף 84, יובהר כך:

ראשית, הלכה פסוקה היא כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת, וחוות דעתו מחייבת אותה, אלא אם כן פסק בית המשפט המוסמך אחרת. כפועל יוצא מכך, העמדה המשפטית המוצגת בפני בית המשפט הנכבד בהליכים שהמדינה היא צד להם, נקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה. ראו לעניין זה: בג"ץ 5124/18 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית נ' שר האוצר** (פורסם באר"ש, 4.3.2009). נציין כי בענייננו התגלו גם חילוקי דעות בקרב הרשות המבצעת עצמה, בשים לב לעמדת שר הבריאות וגורמי המקצוע הבריאותיים, על כן ממילא הגורם הנדרש לגבש עמדה אחידה מטעם הממשלה בפני בית המשפט הנכבד הוא היועץ המשפטי לממשלה. ראו לעניין זה: בג"ץ 4862/18 **המיזם הרב מגזרי למיגור העישון נ' שר האוצר**, פסקה 23 לפסק דינה של כב' השופטת ד' ברק-ארז (פורסם באר"ש, 4.2.2019).

שנית, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי המקרה הנוכחי הוא מסוג המקרים החריגים בהם מוצדק כי בית המשפט הנכבד יידרש לעתירה הגם שהסעדים המעשיים המתבקשים במסגרתה באו על סיפוקם. בליבה של העתירה עומדת החלטת השר לביטחון הפנים להורות את מ"מ נציבת בתי הסוהר ואת שירות בתי הסוהר להימנע מלחסן אסירים, למרות עמדתם המקצועית של גורמי משרד הבריאות. מ"מ נציבת בתי הסוהר פעלה לפי הנחיית השר, למרות שזו ניתנה בחוסר סמכות, ועל אף פגיעתה הקשה בזכויות האדם הבסיסיות של האסירים.

הגם שכפי שפורט לעיל, שירות בתי הסוהר החל בסופו של יום בחיסון האסירים, בהתאם לסדרי העדיפויות הבריאותיים, עמדת השר לפיה הוא מוסמך להורות למ"מ נציבת בתי הסוהר ולשירות בתי הסוהר להימנע מהפעלת חובותיהם המשפטיות, תוך פגיעה בזכויות האדם של האסירים, עומדת בעינה. מדובר בסוגיה בעלת חשיבות ראשונה במעלה, שיש בה כדי להשפיע על זכויות האדם של האסירים. כך למשל, היה ויחליט השר למנוע זכויות אחרות מאסירים, מטעמים השמורים עימו, ולהנחות את מ"מ נציבת בתי הסוהר ואת שירות בתי הסוהר לשלול זכויות אלו, בניגוד לדין ולהנחיית היועץ המשפטי לממשלה.

כאמור לעיל, עמדת השר לביטחון הפנים היא שהוא מוסמך לעשות כן, ולפיכך, אין מדובר בסוגיה תיאורטית. מדובר, אפוא, בעניין בעל חשיבות עקרונית שעשוי לחזור על עצמו, אך הוא על פי טבעו קצר מועד, כפי שמוכיח המקרה דנן (ראו: בג"ץ 8145/19 **ברי נ' היועץ**

המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.1.20), פסקה 9; בג"ץ 1181/03 **אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פורסם בנבו, 28.4.11) פסקה 31 והאסמכתאות שם). לנוכח זאת, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שעל בית המשפט הנכבד לדון בסוגיה העקרונית אותה מעוררות העתירות על מנת להעמיד הלכה על מכונה.

86. מכלל האמור עולה, בבירור, כי לא ניתן היה להצדיק משפטית כל דחיה שהיא במתן חיסונים לאוכלוסיית העצורים והאסירים בשירות בתי הסוהר, בשונה ממקביליהם בקהילה, בהתאם להתוויה ולתיעדוף שנקבעו על ידי משרד הבריאות משיקולים מקצועיים בתחום הבריאות בלבד. והכל בכפוף להיערכות לוגיסטית מתאימה של שירות בתי הסוהר בהתאם לנדרש על מנת לעמוד בכללי משרד הבריאות ולשמור על ביטחונם ובריאותם של האסירים במסגרת זו.

87. **סוף דבר**, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, החלטת השר לביטחון פנים ניתנה בחוסר סמכות מובהק; בניגוד לדרישות הדין; והיא ניתנה בניגוד לעמדת המשרד הממשלתי שאמון על קביעת סדר העדיפויות לעניין זה.

88. תגובה זאת נתמכת בתצהירם של גנ"מ רגב דחרוג', ראש מחלקת האסיר בשירות בתי הסוהר, ביחס לעובדות הנוגעות לשירות בתי הסוהר; וכן בתצהירו של פרופ' גרוטו, המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, ביחס לעובדות הנוגעות למשרד הבריאות.

היום, ה' בשבט, תשפ"א
18 בינואר, 2021

מתן שטיינבוך, עו"ד
עוזר במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

רוזנברג, עו"ד
סגן בכיר במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

ענר הלמן, עו"ד
מנהל מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה