



## היועצת המשפטית לממשלה

ירושלים, כ"ד סיוון תשפ"ג  
13 יוני 2023

מס' מסמך: 004-99-2023-010450  
(בתשובה נא לציין מספרנו)

לכבוד  
מר רונן בר  
ראש שירות הביטחון הכללי

שלום רב,

הנדון: עקרונות חוקתיים בעיבוד מידע אישי בגופים ציבוריים ובשירות הביטחון  
הכללי בפרט

אבקש להביא לידיעתכם את פרשנותי לדין בדבר העקרונות החוקתיים החלים על עיבוד מידע אישי (להלן: מידע) בידי גופים ציבוריים, ובפרט בידי שירות הביטחון הכללי (להלן: השירות). פרשנות זו תוצג בפני הנציבות האירופאית במסגרת הליך בחינת התאמת משטר הגנת הפרטיות והמידע בישראל לשם המשך ההכרה בה כמדינה שרמת ההגנה בה על מידע הולמת את רמת ההגנה האירופאית (Adequacy Decision).

אזכיר, כי בהתאם לפסיקה עקבית ומושרשת של בית המשפט העליון, היועצת המשפטית לממשלה היא הפרשנית המוסמכת של הדין עבור הרשות המבצעת, וחוות-דעתה המשפטית, ובכלל זה חוות הדעת המוצגת במסמך זה, מחייבת את כלל גורמי הממשלה בפעולתם ומשקפת מבחינתם את הדין הקיים, בכפוף לפסיקת בתי המשפט.<sup>1</sup>

מטבע הדברים, העקרונות שיפורטו להלן הם מושכלות ראשוניים עבור הגורמים האמונים על טיפול בסוגיות משפטיות בתחום זה. עקרונות אלה באו לידי ביטוי בשיח שהתקיים לאורך השנים בין היועצים המשפטיים לממשלה ונציגיהם בייעוץ וחקיקה ובפרקליטות המדינה לבין הייעוץ המשפטי

<sup>1</sup> ראו לעניין זה, ולו לשם המחשה, את ההלכה הפסוקה כפי שנקבעה בשורה ארוכה של פסקי דין שאלו הם רק מקצתם: בג"ץ 4723/96 עטיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 11 לפסק דינה של השופטת ביניש (1997); בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, סעיף 42 לפסק דינו של השופט ברק (1993); בג"ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (4.3.2019); בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (31.1.2021); כן ראו: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0000 בנדון "תפקידי היועץ המשפטי לממשלה".



## היועצת המשפטית לממשלה

לשירות, אשר נסוב על בחינה משפטית מקצועית ויסודית של סוגיות מורכבות ורגישות שניצבו לפתחו של השירות במילוי ייעודו ותפקידיו. שיח זה התאפיין בפתיחות רבה ובהכרה הדדית בצורך להתוות איזון הולם בין צרכי הביטחון הדוחקים שעמם מתמודדת מדינת ישראל, לבין עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ובפרט ההגנה המתחייבת על זכויות הפרט ובכללן הזכות לפרטיות. בהתאם, ניתן לומר כי ההכרעות המשפטיות שניתנו על-ידי היועצים המשפטיים לממשלה ומטעמם לאורך השנים התבססו על העקרונות האמורים להלן ויישמו אותם בסוגיות השונות.

בהמשך לכך, מדובר בעקרונות מוכרים ומקובלים, המשמשים בעקביות את היועצים המשפטיים בגופים ציבוריים בכלל וביעוץ המשפטי לשירות בפרט.

הדין החל על פעולות שונות ביחס למידע (כמפורט בסעיף 1 מטה, קרי איסוף, שימוש, העברה ואחסון; להלן: עיבוד מידע) בגופים ציבוריים, ובשירות בפרט, נשען על הוראות חקוקות במספר רבדים נורמטיביים. על עיבוד מידע כאמור חלות הוראות פרטניות בדין ספציפי, כגון חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק שב"כ) וחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 וחקיקת משנה מכוחם; הוראות כלליות שנקבעו בעיקר בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 ובתקנות על פיו; ובמדרג הנורמטיבי העליון, כללים משפטיים חוקתיים הנובעים מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). משכך, כל הסדר חוקי הנוגע לעיבוד מידע בגופים ציבוריים בכלל, ובשירות בפרט, כפוף לרובד הנורמטיבי של חוק היסוד, ועליו לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה המעוגנת בסעיף 8 לחוק היסוד, ובתוך כך במבחני המידתיות, כפי שיפורטו להלן. כפיפות זו חלה הן בעת חקיקתו של ההסדר, הן בעת פרשנותו, והן בעת הפעלת סמכות לפיו. להלן תובא פרשנות הדין ביחס לאופן שבו חלה החובה ליישם את מבחני פסקת ההגבלה על הפעלת סמכות לעיבוד מידע בגופים ציבוריים בכלל, ובשירות בפרט.

על-פי תנאי פסקת ההגבלה, נדרשת הפגיעה בזכות לפי חוק יסוד זה לעמוד בתנאים שונים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד. כך, על פגיעה בזכות להיעשות מכוח הסמכה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל או מכוח חקיקת משנה על פי הסמכה מפורשת בו, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש (להלן: דרישת המידתיות). בפסיקת בית המשפט העליון נקבעו לדרישת המידתיות שלושה מבחני משנה מצטברים: המבחן הראשון הינו "מבחן הקשר הרציונלי", שבו נבחנת מידת ההתאמה בין דבר החקיקה, או הפעלת סמכות מכוחו, הפוגעים בזכות החוקתית מכוח חוק היסוד לבין התכלית אותה הם נועדו להגשים. המבחן השני הינו "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה" שבוחן האם אין אמצעי אחר שיש ביכולתו להגשים את התכלית, תוך פגיעה פחותה יותר בזכות החוקתית מאשר הפגיעה הנובעת מהאמצעי הנבחר. המבחן השלישי הינו "מבחן המידתיות במובן הצר", שהינו הגרעין של דרישת המידתיות, לפיו נדרש יחס ראוי בין האמצעי למטרה. על-פי מבחן זה, גם אם האמצעי החקיקתי צולח את המבחן הראשון והשני, דהיינו שהוא צפוי להשיג את מטרתו תוך פגיעה פחותה ככל הניתן ביחס לחלופות הקיימות, נדרש להוסיף ולבחון את התועלת שתצמח



## היועצת המשפטית לממשלה

מהאמצעי שנבחר לעומת הפגיעה בזכויות הפרט הנגרמת בהפעלתו, ולהראות כי מתקיים יחס ראוי בין התועלת לבין הפגיעה.<sup>2</sup>

מבין הזכויות המנויות בחוק היסוד, מנויה הזכות לפרטיות במפורש בסעיף 7 לחוק היסוד, ומשכך, נתון לה מעמד נורמטיבי חוקתי מפורש. כפי שנקבע לא אחת בפסיקה, לזכות לפרטיות מעמד חשוב באגד זכויות האדם במשפט הישראלי, והיא אף חלק ממאפייניו של המשטר הישראלי כמשטר דמוקרטי:

**"זכות זו, אשר זכתה למעמד חוקתי עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7 לחוק היסוד), ועוד קודם לכן עוגנה בדברי חקיקה ובראשם חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, הוכרה בפסיקה כאחת מן החשובות שבזכויות האדם (ראו ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 353, 309 (1995); ע"א 439/88 רשם מאגרי המידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808, 835 (1994)). יתרה מכך, לא אחת צוין בפסיקה כי הזכות לפרטיות היא "אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, [פורסם בנבן] פס' 39 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (5.11.2017); ראו גם: עע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, [פורסם בנבן] פסקה 41 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (19.5.2009)). וברוח דומה ציין חברי, השופט נ' סולברג בע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691, 740 (2014):**

**"המשטר הדמוקרטי דורש אף הוא את קיומה של הזכות לפרטיות. קיומו של מרחב חיים פרטי שלא נמצא תחת עינה הפקוחה של המדינה, הוא הכרחי לקיומה של חברה פלורליסטית המעניקה דרור למגוון הקולות בקרבה. ביקורת פוליטית לא תצמח במקום בו חיי האדם מנוטרים באמצעים שונים. קיומו של מרחב פרטי, הכרחי לפיתוחן של עמדות ייחודיות אשר יוכלו לקבל בהמשך ביטוי פוליטי [...] ודוק: הזכות לפרטיות אינה משרתת רק את האדם כאדם. נודעת לה משמעות חברתית נרחבת, מעבר לזכותו של הפרט. מעלתה גדולה וחשובה לעצם קיומה של החברה האנושית."**<sup>3</sup>

כעולה מן האמור לעיל, בשל מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות, הפגיעה בה על ידי רשות מרשויות השלטון, ובכלל זה על ידי השירות, מותרת רק בכפוף לעמידתה במבחני פסקת ההגבלה וביניהם בדרישת המידתיות. משכך, על כל פעולה של עיבוד מידע בידי רשות מרשויות השלטון, ובכללן השירות, הכרוכה בפגיעה בזכות לפרטיות (כמפורט בסעיף 1 מטה), לעמוד בדרישת המידתיות, אף

<sup>2</sup> ר' מיני רבים: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (1995); בג"ץ 2605-05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (2009). פסקי דין אלה ניתנו בהרכב מורחב של 9 שופטים.

<sup>3</sup> בג"ץ 2109/20 שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה (2020) (להלן: בג"צ הסמכת שב"כ הראשון), סעיף 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות.



## היועצת המשפטית לממשלה

אם היא נעשית מכוח הסמכה מפורשת בחוק או על פיו. יפים לעניין זה דברי בית המשפט העליון, בפסק דין שעסק בפגיעה בפרטיות עקב הפעלת הסמכות להעברת מידע לגופים ציבוריים:

**”העברת המידע לגופים ציבוריים מותרת על-פי חוק הגנת הפרטיות. אני מוכנה להניח כי ההיתר בחוק הולם את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. אף תכלית ההעברה – מתן שירות יעיל ומהיר לציבור – היא תכלית ראויה. על רקע זה השאלה המתעוררת היא אם החיבור הישיר הוא מידתי, כלומר אם הוא עומד בשלושת המבחנים המצטברים – מבחן ההתאמה, מבחן הפגיעה הפחותה ומבחן היחסיות – שרק בהתקיימם מותר לרשות לפגוע בזכות יסוד.”<sup>4</sup>**

להלן יפורטו סוגי הפעולות לעיבוד מידע הפוגעות בזכות החוקתית לפרטיות ובהתאם נדרשות לעמוד בבחינה של חוקתיותן; עיקרי השיקולים שנדרש לשקול בעת בחינת החוקתיות של פעולות עיבוד מידע אלה, בהתאם לדרישת המידתיות; ולבסוף, תיכלל התייחסות ספציפית לתחולתה של דרישת המידתיות ולשיקולים הנבחנים במסגרתה ביחס לעיבוד מידע על ידי השירות.

### 1. סוגי הפעולות השונות ביחס למידע הכפופות לדרישת המידתיות:

על כל פעולה של רשות מרשויות השלטון, ובכללן פעולה של השירות, במסגרתה נפגעת הזכות החוקתית לפרטיות, חלה כאמור החובה לעמוד בהוראות חוק היסוד ובכלל זה בדרישת המידתיות, כמו גם בהסדרים הפרטניים שנקבעו לעניין אותה פעולה. כך בכלל, וכך בפרט ביחס לפעולות של עיבוד מידע. הפסיקה עמדה על כך שהפעולות השונות הנוגעות למידע, המפורטות להלן, מהוות פגיעה בזכות לפרטיות. ניתן לראות שפעולות שונות אלה, שלכל אחת מהן התייחסה כאמור הפסיקה, משקפות למעשה את כל “מחזור חייו” של פריט מידע:

- א. איסוף או קבלה של המידע;<sup>5</sup>
- ב. השימוש במידע;<sup>6</sup>
- ג. העברתו של המידע לאחר;<sup>7</sup>
- ד. אחסון המידע עד למחיקתו.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> בג”צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ’ משרד הפנים (2004) (להלן: בג”צ מרשם האוכלוסין), סעיף 6 לפסק דינה של שופטת (בדימוס) דורנר.

<sup>5</sup> בג”צ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ’ משרת ישראל (2012) (להלן: בג”צ חוק נתוני תקשורת), סעיפים 5-7 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש. פסק הדין ניתן בהרכב מורחב של 7 שופטים; ע”פ 1302/92 מדינת ישראל נ’ נחמיאס ואח’ (1995) (להלן: נחמיאס), סעיף 10 לפסק דינו של השופט בד; בג”צ הסמכת שב”כ הראשון, סעיף 38 לפסק דינה של הנשיאה חיות; בג”צ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח נ’ הכנסת (2021) (להלן: בג”צ הסמכת שב”כ השני), סעיף 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. פסק הדין ניתן בהרכב מורחב של 7 שופטים.

<sup>6</sup> שם, שם.  
<sup>7</sup> בג”צ הסמכת שב”כ הראשון, סעיף 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות; בג”צ מרשם האוכלוסין, סעיף 7 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) דורנר.

<sup>8</sup> בג”צ הסמכת שב”כ השני, סעיף 7 לפסק דינו של השופט הנדל; סעיף 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.



## היועצת המשפטית לממשלה

לאור האמור לעיל, לגבי כל אחת מפעולות אלה של עיבוד מידע חלה החובה, על הרשות השלטונית המפעילה סמכות לעבד מידע או לאשר את עיבוד המידע, לרבות השירות, לשקול את השיקולים המפורטים בהמשך כחלק מבחינת עמידת ההסמכה לפעולה והפעולה עצמה בדרישת המידתיות.<sup>9</sup> למותר לציין כי לאורם של שיקולים אלו גם יבחנו החקיקה והפעולות המבוצעות על-ידי הרשות מכוחה בידי בתי המשפט.

## 2. השיקולים הכלליים שיש לשקול במסגרת בחינת מידתיות הפגיעה בזכות פרטיות כתוצאה מעיבוד מידע:

בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון, נמנו שיקולים מרכזיים שעל רשות מרשויות השלטון, ובכללן השירות, לשקול בעת בחינת מידתיותו של פעולות שונות של עיבוד מידע, בכלל, ובין היתר כאלו שמטרתן אכיפת החוק ושמירה על ביטחון המדינה. שקילת השיקולים הבאים מתחייבת לפי דין, מאחר שהיא נערכת במסגרת החובה לוודא כי פעולת עיבוד המידע עומדת בדרישת המידתיות לפי חוק היסוד, וזאת גם כאשר החוק במסגרתו הוסדר עיבוד המידע לא קובע אותם במפורש.<sup>10</sup>

חשוב להדגיש כי השיקולים האמורים אינם מחייבים בהכרח תוצאה כזו או אחרת, והדבר תלוי בנסיבות המקרה, ובאיזון בין הפגיעה בפרטיות, ולעיתים גם בזכויות אחרות, לבין חשיבות הגשמת התכלית שלשמה מעובד המידע. לעיתים קרובות, ובמיוחד בהקשרים של אכיפת החוק ושמירה על ביטחון המדינה, תאוזן הפגיעה בזכויות אל מול אינטרסים ציבוריים ראשונים במעלה, ובמקרים המתאימים אף אל מול זכויות אדם, ובראשן הזכות לחיים ולשלמות הגוף, לה נקבע מעמד מיוחד בפסיקה.<sup>11</sup> מטבע הדברים, חשיבותם של אינטרסים וזכויות אלה עשויה להשפיע על תוצאת האיזון. אולם, המסגרת הנורמטיבית לכל בחינה של פעולה של עיבוד מידע במסגרת איזון כאמור, כוללת חובה לעמידה בדרישת המידתיות בהתאם לשיקולים שיפורטו להלן.

לצד זאת, כפי שיפורט להלן, שיקולים הנוגעים לכך שהאופן בו נעשה עיבוד המידע דרוש לצורך הגשמת התכלית וכי אין אמצעי אחר המגשים את התכלית באותה המידה, תוך פגיעה פחותה בזכויות, משקפים החלה ישירה של מבחני המידתיות הראשון והשני. לכן, כשלעצמה, העמידה במבחנים אלה היא בגדר דרישה מחייבת. האיזון בין השיקולים השונים, לרבות חשיבותם של

<sup>9</sup> החובה לשקול את השיקולים הרלוונטיים חלה על מי שבסמכותו להורות על עיבוד המידע, לרבות מי שאישורו נדרש לשם הפעלת הסמכות כאמור. כך, לדוגמא, בהפעלת סמכות לפי סעיף 4 לחוק האזנת סתר, החובה לשקול את השיקולים האמורים חלה על ראש השירות, המבקש היתר להאזנת סתר, ועל השר, המאשר את הבקשה. בהפעלת סמכות לפי סעיף 11 לחוק השב"כ, החובה לשקול את השיקולים הרלוונטיים חלה, בין היתר, על ראש הממשלה, בעת שהוא קובע כללים לפי סעיף 11(ב) לחוק, ועל ראש השירות, בעת שהוא מתיר שימוש במידע לפי סעיף 11(ג) לחוק.

<sup>10</sup> נכון לציין כי חלק נכבד משיקולים אלה נסמך, נוסף על דרישת המידתיות, גם על עקרון הסבירות, החולש על כל הפעלת סמכות של עיבוד מידע בידי גוף ציבורי. ר' בג"צ חוק נתוני תקשורת, סעיף 26 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

<sup>11</sup> ר' מיני רבים בג"צ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (2006), סעיף 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.



## היועצת המשפטית לממשלה

האינטרסים והזכויות שפורטו לעיל, יערך במסגרת אותם מבחנים, אולם הדין מחייב כי עיבוד המידע יעמוד במבחנים אלה.

א. קיומה של תכלית ראויה לעיבוד המידע - נדרש לבחון האם עיבוד המידע הינו לשם השגת תכלית ראויה, תוך מציאת בסיס מספק לכך שעיבוד המידע אכן יגשים את התכלית. על התכלית הראויה שלשמה נדרש עיבוד המידע להיות בהתאם להסמכה החוקית לעיבוד המידע.<sup>12</sup> שיקול זה הוא למעשה יישום, בין היתר, של מבחן המידתיות הראשון.<sup>13</sup>

ב. עיבוד המידע נחוץ לשם הגשמת התכלית - נדרש לקבוע שלא קיימים אמצעים סבירים אחרים, פוגעניים פחות, להגשמת התכלית במידה דומה. בכלל זה, נדרש לבחון בין השאר האם אין מידע מסוג פוגעני פחות שעבודו יאפשר להגשים את התכלית, מהו היקף המידע המינימאלי שנדרש לאסוף ולעשות בו שימוש, ומהו פרק הזמן המינימאלי בו נחוצה שמירת המידע, ולהימנע מלאסוף, להשתמש או לשמור מידע מעבר לכך. הקביעה מהם סוג, היקף המידע ומשך הזמן המינימאלי הנדרשים להגשמת התכלית, תעשה באופן סביר בנסיבות העניין. שיקול זה הינו למעשה יישום של מבחן המידתיות השני. בהתאם, עיבוד מידע בניגוד לסעיף קטן זה או לסעיף קטן (א), באופן שאינו צפוי להגשים את התכלית הראויה או שאינו נחוץ להגשמת התכלית, אינו עומד בדרישת המידתיות, ולפיכך אינו כדון.<sup>14</sup>

ג. סוג המידע שיעובד - ככל שמידע הוא מסוג רגיש יותר, כך גם הפגיעה הנגרמת מעיבודו תהיה חמורה יותר, ובהתאם הדבר ישליך על איזון הפגיעה אל מול התכלית לשמה היא נעשית, במסגרת מבחן המידתיות השלישי. זאת, בין השאר, לאור חשיבות האינטרסים שלשמן מעובד המידע והאמצעים השונים שנקטו לצמצום עוצמת

<sup>12</sup> לדוגמה, עיבוד מידע לפי חוק השב"כ יכול להיעשות רק לתכלית של מילוי תפקידי השב"כ הקבועים בסעיף 7 לחוק השב"כ. סעיף 7(א) לחוק קובע כי "השירות מופקד על שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין". תפקידי השב"כ לעניין זה מפורטים בסעיף 7(ב) לחוק. איסוף מידע בדרך של האזנת סתר יכול להיעשות רק לתכליות הקבועות בחוק האזנת סתר, כגון הגנה על בטחון המדינה, חקירה או מניעה של עבירות מסוג פשע וגילוי או לתפיסה של עבריינים שעברו עבירות כאמור.

<sup>13</sup> בג"צ **מרשם האוכלוסין**, סעיפים 1 ו-6 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) דורנר.

<sup>14</sup> **נחמיאס**, סעיף 13 לפסק דינו של השופט בך; בג"צ **מרשם האוכלוסין**, סעיפים 6-7 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) דורנר. בעניין מרשם האוכלוסין נקבע כי על אף שהעברת מידע בין גופים ציבוריים לצורך מתן שירות מהיר ויעיל לציבור נעשתה לפי סמכות בחוק ולתכלית ראויה, היא לא עמדה במבחן המידתיות השני, מאחר שלא נקבעו תקנות או הנחיות מנהל שהגבילו את הגישה למידע אך לאותם עובדים הזקוקים למידע לצורך עבודתם. כמו כן נקבע כי יש להגביל את היקף המידע המועבר כך שיועבר רק המידע הדרוש וכי בקביעת היקף המידע יש להתחשב בחשיבות התכלית שלשמה הוא נדרש. בעקבות פסק הדין תוקנו תקנות הגנת הפרטיות (תנאי החזקת מידע ושמירתו) וסדרי העברת מידע בין גופים ציבוריים, התשמ"ו-1986.



## היועצת המשפטית לממשלה

והיקף הפגיעה בזכות, כמפורט בשיקולים המובאים בהמשך.<sup>15</sup> בהקשר זה, רגישות המידע יכולה לנבוע, בין השאר, מסוג המקום או הפעילות אליו הוא קשור, כגון מידע רפואי, מהאופן בו נאסף, כגון מידע שהתקבל בדרך של האזנת סתר, ומזהות הגורמים שהמידע נוגע להם.<sup>16</sup> בין השאר, עמדה הפסיקה על רגישות מיוחדת בכל הקשור למידע הנוגע לבעלי מקצועות שלגביהם נקבעו הוראות חיסיון בדין ובפסיקה, כגון עורכי דין, רופאים ועיתונאים.<sup>17</sup>

ד. היקף המידע שיעובד - ככל שנאסף מידע רב יותר וככל שנעשה שימוש במידע בהיקפים גדולים יותר, כך מועצמת הפגיעה הנגרמת מעיבוד המידע.<sup>18</sup> לעניין זה, נמנו בפסיקה מספר גורמים שיש לשקול במסגרת בחינת היקף המידע שיעובד ועוצמת הפגיעה בפרטיותו שתגרום כתוצאה מכך, וביניהם:

1) האם המידע שיעובד הוא בזיקה למי שיש חשד בעניינו למעשים שלא כדיון, או גם לאנשים נוספים;<sup>19</sup>

2) פרק הזמן במהלכו ייאסף המידע, או אורך התקופה שמידע ביחס אליה ייאסף וייעשה בו שימוש;<sup>20</sup>

3) האם ייאסף וייעשה שימוש בכל המידע בו עסקינן, או רק בחלק מסוים ממנו, לפי פרמטרים שייקבעו. דוגמאות שהובאו בפסיקה לקביעת פרמטרים כאלה הן הבחנה לפי נושא המידע, סוגי קבצים, טווח תאריכים, מילות חיפוש הנוגעות לתכלית עיבוד המידע או קשר של המידע לגורמים מסוימים בלבד.<sup>21</sup>

ה. משך הזמן בו ישמר המידע, לפני שיימחק - ככל שמידע נשמר זמן רב יותר לאחר איסופו, עוצמת הפגיעה בפרטיותו כתוצאה משמירתו גבוהה יותר;<sup>22</sup>

ו. מידת חשיבות התכלית שלשמה נדרש עיבוד המידע, ובהקשר של אכיפת החוק והגנה על ביטחון המדינה - חומרת העבירות או המעשים שבקשר אליהם נדרש עיבוד המידע. נדרש לבחון האם האינטרס הציבורי במניעת העבירות או המעשים, ובמקרה של עבירות גם בהבאת מבצעהן לדיון, גובר על הצורך להגן על פרטיות הפרטים שהמידע המעובד הוא עליהם.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> דנ"פ 1062/21 אור"ח ואח' נגד מדינת ישראל (2022) (להלן: אור"ח), סעיף 73. פסק הדין ניתן בהרכב מורחב של 9 שופטים.

<sup>16</sup> נחמיאס, סעיפים 10, 13 לפסק דינו של השופט בד; אור"ח, סעיף 75 לפסק דינה של הנשיאה חיות. לעניין סוגים של מידע רגיש, ר' הגדרת "מידע רגיש" בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות; פרט 1(3) לתוספת הראשונה לתקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז – 2017.

<sup>17</sup> בג"צ חוק נתוני תקשורת, סעיף 26 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש; בג"צ הסמכת שב"כ הראשון, סעיפים 43-45 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>18</sup> בג"צ מרשם האוכלוסין, סעיף 7 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) דורנר.

<sup>19</sup> נחמיאס, סעיף 13 לפסק דינו של השופט בד; בג"צ חוק נתוני תקשורת, סעיף 16 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש, אור"ח, סעיף 75 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>20</sup> נחמיאס, סעיף 13 לפסק דינו של השופט בד; אור"ח, סעיף 75 לפסק דינה של הנשיאה חיות, נחמיאס, סעיף 13 לפסק דינו של השופט בד.

<sup>21</sup> בג"צ הסמכת שב"כ השני, סעיף 7 לפסק דינו של השופט הנדל, העומד על כך שהתמשכות שמירת המידע שעובד בטרם מחיקתו גורמת לפגיעה נוספת בפרטיות. כן ר' סעיף 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, בו היא מתייחסת לשמירת מידע, גם כאשר לא נעשה בו כל שימוש, כפוגעת בזכות לפרטיות.

<sup>22</sup> נחמיאס, סעיף 13 לפסק דינו של השופט בד; בג"צ הסמכת שב"כ הראשון, סעיף 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות.





## היועצת המשפטית לממשלה

- ז. מספר בעלי התפקידים שייחשפו או שתהיה להם גישה למידע - מטבע הדברים, ככל שליותר בעלי תפקידים תהיה גישה למידע, ובמיוחד למידע רגיש, כך גובר החשש לדליפה של המידע או לשימוש בו שלא כדן, ובכך גוברת עוצמת הפגיעה בפרטיות. בהמשך לכך, כיישום של מבחן המידתיות השני, נדרש לאפשר גישה למידע רק לבעלי תפקידים שגישתם למידע נחוצה לשם הגשמת התכלית שלשמה מעובד המידע.<sup>24</sup> בקביעת הרשאות הגישה למידע ובקביעת היקף המידע שכל בעל הרשאה יוכל לגשת אליו, ילקחו בחשבון, בין היתר, גם רגישות המידע והיקפו.
- ח. שקיפות הליך עיבוד המידע - נקבע בפסיקה כי ישנה חשיבות לצמצום הפגיעה בפרטיות באמצעות שקיפות ההליך במסגרתו מעובד המידע, ככל שהדבר ניתן בנסיבות העניין. זאת, בין השאר בשים לב לאינטרסים הלגיטימיים של מי שהמידע עליו מעובד, ומנגד הצורך, ובמקרים מסוימים החובה לפי דין,<sup>25</sup> לשמור על סודיותם של עניינים כגון הליכי חקירה ושיטות ואמצעים לאיסוף מידע של גופי ביטחון ואכיפת חוק.<sup>26</sup>
- ט. קיומו של מנגנון פיקוח ובקרה על עיבוד המידע - פיקוח ובקרה על עיבוד המידע מצמצמים את הפגיעה בזכות לפרטיות. פיקוח כאמור יכול, בין השאר, להיות פיקוח של הייעוץ המשפטי, של בית המשפט או של הכנסת.<sup>27</sup> חשיבות מיוחדת מיוחסת בפסיקה לקיומם של מנגנונים כאלה בקשר לעיבוד מידע הנוגע לבעלי מקצועות שלגביהם נקבעו הוראות חיסיון בדין ובפסיקה, כגון עורכי דין, רופאים ועיתונאים.<sup>28</sup>
- כפי שנקבע בפסקי הדין השונים בנושא, אין מדובר ברשימה סגורה או ממצה, ויתכנו שיקולים רלוונטיים נוספים, בהתאם לכל מקרה ונסיבותיו. בהמשך לכך, המשקל שיש לתת לכל אחד מהשיקולים שלעיל, בנפרד ובמצטבר, במסגרת בחינת חוקיותה של פעולה לעיבוד מידע לפי מבחני המידתיות, נגזר מהנסיבות הרלוונטיות לעיבוד המידע.<sup>29</sup>
- לצד זאת, יובהר כי ככל שעוצמת הפגיעה בפרטיות גבוהה יותר, בהתאם למכלול השיקולים שלעיל, ובין השאר בשים לב למידת רגישותו של המידע המעובד ולהיקפו של המידע, נדרשת הקפדה יתרה על כך שהמידע, בהיקף וברמת הרגישות בה הוא מעובד, אכן נדרש, וכי אין אמצעי פוגעני פחות

<sup>24</sup> **בג"צ מרשם האוכלוסין**, סעיף 7 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) דורנר; ר' גם תקנה 8(א) לתקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז – 2017, הקובעת כי: "בעל מאגר מידע יקבע הרשאות גישה של בעלי הרשאות למאגר המידע ולמערכות המאגר, בהתאם להגדרות תפקיד; הרשאת הגישה לכל תפקיד תהיה במידה הנדרשת לביצוע התפקיד בלבד".

<sup>25</sup> ר' סעיף 19 לחוק השב"כ וכן תקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והיתר לפרסום מידע האסור לפרסום), התשס"ד-2004.

<sup>26</sup> **בג"צ הסמכת שב"כ הראשון**, סעיף 38 לפסק דינה של הנשיאה חיות; **בג"צ הסמכת שב"כ השני**, סעיף 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>27</sup> **אוריך**, סעיף 52 לפסק דינה של הנשיאה חיות; **בג"צ הסמכת שב"כ השני**, סעיף 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות וסעיף 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>28</sup> **בג"צ חוק נתוני תקשורת**, סעיפים 24-26 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

<sup>29</sup> **אוריך**, סעיף 74 לפסק דינה של הנשיאה חיות.





## היועצת המשפטית לממשלה

להגשמת התכלית. כמו כן, כדי שפגיעה בעוצמה גבוהה במיוחד תהיה מידתית נדרש, בין השאר, כי האינטרס הציבורי שלשמו תעשה הפגיעה יהיה חשוב מספיק, כגון הגנה על ביטחון המדינה מאיום ממשי או אכיפה של עבירות חמורות דיו, יקבעו אמצעים מספקים של בקרה ופיקוח, ויצומצם היקף הפגיעה בהתאם למכלול השיקולים שפורטו לעיל.<sup>30</sup> כאמור לעיל, החובה לשקול שיקולים אלה חלה לגבי כל עיבוד מידע מכוח סמכות בחוק. זאת, גם כאשר החוק במסגרתו הוסדר העיבוד אינו מתווה במפורש את דרישות המידתיות ואת השיקולים הנוגעים לעניין במסגרת ההסדר הקבוע בו. יפים לעניין זה הדברים שקבע בית המשפט העליון בפסק דינו בנושא היקף ההסמכה לקבלת מידע לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, כאשר קבע כי על אף שמבחינת לשון החוק, ישנה סמכות לקבלת נתוני תקשורת גם לתכליות כלליות, לאור החובה לעמוד במבחני המידתיות, תפורש סמכות זו כך שתאפשר לקבל נתונים כאלה רק בהתקיימו של צורך פרטני<sup>31</sup>:

**“... פרשנות זו, מתיישבת עם לשון הטקסט ועם תכליתו (הפרטיקולארית והכללית), והיא מאפשרת את עמידתו של ההסדר הקבוע בסעיף 3 כהסדר מידתי שאינו פוגע יתר על המידה בזכות החוקתית לפרטיות. אכן, אפשר שעדיפה הייתה דרך תיקונו של החוק עצמו, באופן שיעגן את התפיסה - המשותפת למדינה, לעותרות ולבית המשפט - באשר לאופן הפעלתם בצמצום של הסעיפים הרחבים המצויים בסעיף 3. עם זאת, הפרשנות היא כלי המצוי בידי בית המשפט והוא מאפשר לנו להבהיר את גבולותיו של החוק, אף אם לא תשונה לשון החוק עצמה.”<sup>32</sup>**

### 3. תחולת דרישת המידתיות בעיבוד מידע על-ידי השירות:

אין צורך להרחיב לגבי החשיבות יוצאת הדופן של השירות ופעולתו, כאחד הגופים המרכזיים האמונים, בין השאר, על השמירה על ביטחון המדינה ועל סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, והכל בהתאם לייעודו ולתפקידיו כפי שנקבעו בחוק.<sup>33</sup> לצד זאת, השירות, ככל רשות מרשויות המדינה, כפוף כפיפות מלאה לכלל הוראות הדין הישראלי, ובפרט להוראות חוק היסוד, ובכלל זה לחובה שלא לפגוע בזכויות חוקתיות אלא בכפוף לתנאי פסקת ההגבלה, וביניהם לדרישת

<sup>30</sup> בג"צ חוק נתוני תקשורת, סעיפים 38-39 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש. בג"צ הסמכת שב"כ השני, סעיפים 29-20 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>31</sup> בג"צ חוק נתוני תקשורת, סעיף 16 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש. בפסק הדין נקבע, בין השאר, כי יש לפרש בצמצום את ההסמכה לפגיעה בפרטיות בדרך של קבלת נתוני תקשורת לפי סעיף 3 לחוק נתוני תקשורת. כך, נקבע כי רשויות החקירה מוסמכות לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו על-פי החוק אך לצורך גילוי עבירות או עבריינים קונקרטיים, ולא לצורך פעילות מודיעינית כללית ביחס לעבירות או עבריינים. קביעה זו של בית המשפט התבססה על מבחן המידתיות השני, לאחר שבית המשפט מצא כי פרשנות זו של החוק מאפשרת להגשים את התכלית באופן זהה, תוך צמצום הפגיעה בפרטיות.

<sup>32</sup> בג"צ חוק נתוני תקשורת, סעיף 16 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש. ר' גם אוריד, סעיף 64 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>33</sup> ראו לעניין זה ס' 7(א) לחוק שב"כ.



## היועצת המשפטית לממשלה

המידתיות. לפיכך, בכל פעולותיו מחויב השירות לעמוד במבחני האיזון שנקבעו בדין כחלק מדרישת המידתיות, בין הגשמת התכליות עליהן הוא אמון לבין השמירה על זכויות אדם חוקתיות:

**“ענייננו מעלה את השאלה החוזרת ונשנית בבית משפט זה בתצורות שונות, והיא האיזון העדין שבין שמירה על זכויות אדם בדמוקרטיה מתגוננת, לבין הצורך הבלתי פוסק להגן על האינטרס הביטחוני...”**

אכן, אין חולק כי זכויות האדם ... הן נשמת אפה של הדמוקרטיה; מנגד, אין חולק כי הצורך להגן על האינטרס הביטחוני הוא צורך קיומי, פשוטו כמשמעו, וכי השב"כ הוא ארגון חיוני לביטחון המדינה שעבודתו היא במובנים רבים מלאכת קודש.<sup>34</sup>

וראו עוד, בהקשר דומה:

**“זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה.”**<sup>35</sup>

משכך, השירות מחויב לעמוד בדרישת המידתיות ביחס לכל פעולה הנוגעת לעיבוד מידע וכרוכה בפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. בחינת עמידתו של השירות בדרישה זו תיעשה בהתאם לכלל השיקולים שפורטו לעיל. על כן, סמכות השירות לבצע פעולות לעיבוד מידע מוגבלת וכוללת רק פעולות שיימצא כי עומדות באיזון הנדרש בין תכליתן ובין הפגיעה בזכות לפרטיות שתגרם כתוצאה מהן. כפי שהוזכר לעיל, הדרישה לעמידה במבחן המידתיות תקפה כאמור ביחס לכלל הפעולות לעיבוד מידע בידי השירות, ללא תלות במקור הנורמטיבי מכוחו הוא פועל. כאמור, הכפיפות לחוקי היסוד חלה על חקיקה ראשית של הכנסת המסמיכה את השירות לעבד מידע, וכן על חקיקת משנה בנושא, ובכלל זה על הכללים מכוח חוק שב"כ; על פרשנות חקיקה קיימת ועל הפעלת הסמכות בידי השירות לעבד מידע בהתאם לחקיקה כאמור.<sup>36</sup>

לסיכום, עיגון זכות היסוד לפרטיות בחוק היסוד, ועקרונות הבחינה החוקתית הנהוגים בישראל, מחייבים כי פעולות שמבצע השירות לעיבוד מידע תעשנה בכפוף להסמכה בחוק או על פיו; בהלימה לערכי מדינת ישראל; לתכלית ראויה; במידה שאינה עולה על הנדרש, תוך יישום דרישת המידתיות כפי שפורשה בפסיקה ובכפוף להחלת כלל השיקולים שפורטו לעיל, המבוססים על פסיקות בית

<sup>34</sup> בג"ץ 5277/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הביטחון הכללי (2017), פסקה כג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ר' גם בג"צ הסמכת שב"כ הראשון; בג"צ הסמכת שב"כ השני.

<sup>35</sup> בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2002), סעיף 41 לפסק דינו של הנשיא ברק. פסק דין זה ניתן בהרכב של 9 שופטים.

<sup>36</sup> בג"צ הסמכת שב"כ השני, סעיף 4 לפסק דינו של השופט הנדל.



## היועצת המשפטית לממשלה

המשפט העליון ומהווים יישום קונקרטי של דרישת המידתיות החלה על הפעלת סמכות עיבוד המידע.

בברכה,

גלי בהרב - מיארה