



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6732/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים :

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
3. רופאים לזכויות אדם – ישראל
4. פרטיות ישראל

נ ג ד

המשיבים :

1. הכנסת
2. הממשלה
3. שירות הביטחון הכללי
4. משרד הבריאות
5. הרשות להגנת הפרטיות

התנגדות לעשיית הצו על-תנאי לצו מוחלט

תאריכי הישיבות :

ד' בחשון התשפ"א (22.10.2020)
ד' בשבט התשפ"א (17.1.2021)

בשם העותרים :

עו"ד גיל גן-מור ; עו"ד דן יקיר

בשם המשיבה 1 :

עו"ד אביטל סומפולינסקי

בשם המשיבים 2-5 :

עו"ד שוש שמואלי ; עו"ד רן רוזנברג

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

עניינה של עתירה זו בהסמכה שהוסמך שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ) לסייע בביצוע חקירות אפידמיולוגיות, תוך שימוש באמצעים הטכנולוגיים שברשותו וזאת מכוח חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכת השב"כ או החוק).

העותרים – ארבעה ארגונים אזרחיים "הפועלים להגנה על זכויות אדם" – מבקשים כי בית המשפט יורה על בטלותו של חוק הסמכת השב"כ, ולחלופין על בטלותה של הכרזת הממשלה על הסמכת השב"כ מכוח החוק.

רקע הדברים

1. התפשטות מגפת הקורונה בראשית חודש מרץ 2020 הובילה את ממשלת ישראל לאמץ אמצעים חריגים ביותר במטרה לנסות ולקטוע את שרשראות ההדבקה. עם התפרצות המגיפה, נעשה שימוש במערך מתחקרים אפידמיולוגים מטעם משרד הבריאות. ואולם, כאשר האמיר מספר המאומתים לנגיף, הגיעה הממשלה למסקנה כי יש צורך בכלי טכנולוגי אשר יסייע להתחקות אחר מסלול תנועתם של חולים בנגיף ולאתר את מגעיהם עם אחרים. לצורך כך, החליטה הממשלה להסתייע באמצעים טכנולוגיים העומדים לרשות השב"כ לשם ביצוע חקירות אפידמיולוגיות (להלן: כלי השב"כ או הכלי).

אופן הסמכת השב"כ פשט ולבש מספר צורות עד שנחקק החוק נושא עתירה זו. בתחילה, הוסמך השב"כ לבצע את הפעילות המתוארת באמצעות תקנות שעת חירום מכוח סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה. בהמשך, לאחר השבעת הכנסת ה-23 והקמת ועדת החוץ והביטחון של הכנסת וועדת המשנה לענייני השירות של ועדת החוץ והביטחון (להלן בהתאמה: ועדת החוץ והביטחון ו-ועדת השירות), החליטה הממשלה לעשות שימוש בסעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ), המאפשר לה להסמיך את השב"כ לבצע פעילות בתחום שאינו נמנה עם תחומי הליבה שבהם הוסמך הארגון לפעול, ובלבד שהדבר ייעשה עבור "אינטרסים ממלכתיים

חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" ובאישור ועדת השירות (להלן: החלטת ההסמכה).

2. החלטת ההסמכה נדונה בבג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (26.4.2020) (להלן: עניין בן מאיר). בפסק הדין נקבע כי "יש לפרש את סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ כהוראה המאפשרת לממשלה להסמיך את השב"כ גם בתחומים שאינם נוגעים לביטחון במובן הצר, אך המבחן שיש לאמץ ביחס לביטוי 'ביטחון לאומי' בהקשר זה הוא מבחן הסכנה החמורה והמיוחדת לאזרחי ותושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה" (שם, בפסקה 23). מבחן זה, כך נקבע, מורכב משני מימדים: מימד מהותי הבוחן את עוצמת הסכנה לאזרחי המדינה ולתושביה; ומימד הזמן, שעיקרו בבחינת מיוחדות הסכנה. על רקע זה נפסק כי בנסיבות הייחודיות והחריגות שנוצרו ובהינתן סד הזמנים שהוכתב נוכח התפשטותו המהירה של נגיף הקורונה, ההחלטה לפעול באמצעות סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ ניתנה בסמכות. עם זאת, נקבע כי ההסדר הקבוע בהחלטת ההסמכה הינו הסדר ראשוני במהותו ולפיכך, ככל שיידרש המשך מעורבות השב"כ מעבר לתום תוקפה של החלטת ההסמכה (יום 30.4.2020), יהיה על הממשלה לפעול לעיגון סמכות זו בחקיקה ראשית (שם, בפסקה 34).

3. לאחר מתן פסק הדין בעניין בן מאיר נדונה אפשרות התנעתו של הליך חקיקה להסמכת השב"כ לסייע למשרד הבריאות בביצוע חקירות אפידמיולוגיות, ובמקביל הוארך תוקפה של החלטת ההסמכה מעת לעת עד להשלמת בחינת האפשרות האמורה. בסופו של דבר, עקב ירידה משמעותית ברמת התחלואה בתחילת חודש יוני 2020, הוחלט בדיון פנים-ממשלתי שלא לקדם באותו השלב את הצעת החוק. על כן ביום 10.6.2020 פקע תוקפה של החלטת ההסמכה. ואולם, לקראת סוף חודש יוני 2020 חלה שוב עלייה משמעותית בהיקף התחלואה בנגיף, ולפיכך החליטה הממשלה כי יש צורך לחדש את השימוש בכלי השב"כ והוחלט לשוב ולקדם את הצעת החוק בנושא. בהתאם, ביום 24.6.2020 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק ממשלתית. בשלב הראשון התקבל בחוק הסדר זמני שאיפשר לממשלה להסתייע בשב"כ במשך שלושה שבועות, עד לסיום הליך החקיקה המלא. במהלך תקופה זו קיימה ועדת החוץ והביטחון שלוש ישיבות, פומביות ברובן, בהן דנה בהצעת החוק נושא העתירה ובאחת מהן נשמעו גם עמדותיהם של נציגי ציבור ואקדמיה.

חוק הסמכת השב"כ אושר במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית ביום 20.7.2020, ברוב של 48 תומכים מול 23 מתנגדים. הוא פורסם ברשומות ביום 21.7.2020 ונכנס לתוקף באותו היום.

ההסדר המעוגן בחוק הסמכת השב"כ

4. חוק הסמכת השב"כ נחקק כהוראת שעה ועל פי האמור בו הוא עומד בתוקפו למשך חצי שנה, קרי עד יום 20.1.2021. החוק מאפשר לממשלה להסמיך את השב"כ לקבל, לאסוף ולעבד מידע טכנולוגי במטרה לסייע למשרד הבריאות בביצוע חקירות אפידמיולוגיות לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (להלן: מעקב מגעים).

סעיף 3(א) לחוק קובע:

"שוכנעה הממשלה כי בשל חשש להתפשטות רחבת היקף של המחלה יש צורך מיידי וממשי בהסתייעות בשירות, רשאית היא להכריז על הסמכת השירות לבצע פעולות סיוע כאמור בסעיף 5, לשם איתור מי שהיו עלולים להידבק מחולים, לצורך סיוע למשרד הבריאות בביצוע חקירות אפידמיולוגיות למטרת זיהוי נתוני מיקומם של חולים בתקופה של עד 14 ימים ולפי ההנחיות המקצועיות של נציג משרד הבריאות, לפני תאריך אבחונם במחלה וזיהוי האנשים שבאו במגע קרוב עם החולים בתקופה האמורה".

הכרזת ההסמכה מותנית, אם כן, בכך שהממשלה שוכנעה כי אין חלופה מתאימה להסתייעות בשב"כ (סעיף 3(ב)). לשם כך, נקבע כי יוקם צוות שרים שיכלול את ראש הממשלה, ראש הממשלה החלופי, שר הבריאות, שר המשפטים, שר המודיעין ושרים נוספים שעליהם תחליט הממשלה (להלן: צוות השרים), אשר יבחן את הצורך בהסתייעות בשב"כ בהתאם לקריטריונים שנקבעו בחוק, וידווח לממשלה על ממצאיו והמלצותיו. עוד נקבע כי לפני הצוות תונח בעניין זה חוות דעתה של הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים (סעיפים 12(א) ו-3(ב)), וכי האפשרות להסתייע בשב"כ בתקופת תוקפה של הכרזה תלויה בכך שמספר החולים שאובחנו ביום שבו נתבקש סיוע השב"כ, או ביום שקדם לו, עלה על 200 (סעיף 3(ג)).

5. ההכרזה על הסמכת השב"כ מוגבלת בזמן לתקופה של 21 יום, או לזמן קצר יותר בהתאם לאמור בה (סעיף 3(ד)). על ההכרזה לקבל את אישור ועדת החוץ והביטחון, אשר רשאית לאשר את ההכרזה, לא לאשרה או לאשרה לתקופה קצרה יותר. החוק מוסיף וקובע כי גם אם הוועדה לא דנה בהכרזה, יראוה כאילו אושרה; ואולם ההכרזה הבאה

שתינתן אחריה טעונה אישור של ועדת החוץ והביטחון בתוך חמישה ימים מיום פרסומה ברשומות (סעיף 3א(ג)).

6. סעיף 5 לחוק הסמכת השב"כ קובע כי הפעולות שהשב"כ מוסמך לבצע בתקופת תוקפה של ההכרזה כוללות קבלת מידע ממשדד הבריאות לגבי מי שאובחנו כחולים בנגיף; עיבוד מידע טכנולוגי לגבי חולים אלו בנוגע לתקופה של עד 14 ימים לפני מועד אבחונם; העברת נתוני המיקום שלהם באותה התקופה למשרד הבריאות; והעברת נתונים למשרד הבריאות לגבי מגעים של החולים בתקופה זו. "מידע טכנולוגי" הוגדר בחוק כנתוני זיהוי, נתוני מיקום ונתוני התקשרויות, למעט תוכן שיחה כהגדרתה בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979. עוד קובע החוק כי מי שאותר על ידי כלי השב"כ כמי שקיים מגע עם חולה מאומת ב-14 הימים שקדמו לאבחונו, ועקב כך קיבל מסרון ממשרד הבריאות המחייב אותו להיכנס לבידוד – רשאי להגיש השגה ולבקש כי הנתונים שעל בסיסם נמסרה לו ההודעה ייבחנו מחדש. במקרה כזה, משרד הבריאות רשאי להעביר לשב"כ בקשה נוספת לביצוע פעולות הסיוע והשב"כ רשאי לבצען. ככל שההשגה נדחית, ההחלטה על דחייתה תהיה מנומקת ותימסר לפונה לא יאוחר מ-24 שעות ממועד הפנייה (סעיף 8(ו) לחוק); עד לקבלת ההכרעה בהשגה נדרש הפונה להישאר בבידוד. עוד כולל החוק הוראות בנושא שמירת המידע ומגבלות לגבי השימוש בו והעברתו; הנחיות לגבי המועדים למחיקתו; והוראות עונשיות על גילוי של מידע שגילוי אסור. כמו כן נקבעה חובתם של השב"כ ומשרד הבריאות למסור לוועדת החוץ והביטחון וליועץ המשפטי לממשלה דיווח שבועי בנוגע ליישום החוק.

נוסף על כך, סעיף 12א(א) לחוק קובע כי משרד הבריאות "יעמיד לשימוש הציבור טכנולוגיה לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (בסעיף זה – טכנולוגיה אזרחית), וכן יפיץ את הטכנולוגיה האזרחית ויקדם את השימוש בה בקרב הציבור הרחב בישראל". סעיף 12א(ב) מחייב כי "התקנת טכנולוגיה אזרחית והשימוש בה ייעשו רק בהסכמתו מדעת של המשתמש ומתוך רצונו החופשי; השימוש בטכנולוגיה יהיה ללא תשלום".

7. ממועד חקיקת החוק ועד עתה הכריזה הממשלה 12 פעמים על הסמכת השב"כ מתוקף החוק. בעקבות כך נמשכת, למעשה, הסמכת השב"כ ברציפות מאז חקיקת החוק. תקופת תוקפן של מרבית ההכרזות נקבעה לפרק זמן של 21 ימים, למעט מספר מקרים שבהם אישרה ועדת החוץ והביטחון את ההכרזה לפרק זמן קצר יותר. בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 3א לחוק, אושרה כל הכרזה שניה על ידי ועדת החוץ והביטחון (למעט ההכרזה מיום 3.12.2020 שאושרה בוועדה אף שגם קודמתה אושרה).

מכאן העתירה שלפנינו, בה נטען כי יש להורות על בטלותו של חוק הסמכת השב"כ ולחלופין על בטלות הכרזת הממשלה על הסמכת השב"כ מכוחו.

הדיונים בעתירה

8. ביום 22.10.2020 התקיים דיון בעתירה (הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופט נ' הנדל). בדיון נשאלו משיבי הממשלה על טיבן של החלופות הנוכחיות להסתייעות בשב"כ, ובפרט על מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות ועל אפשרות השימוש באמצעים טכנולוגיים וולונטריים לביצוע מעקב מגעים. משיבי הממשלה ציינו כי בחודש אוגוסט הוקמה מפקדת "אלון" לצורך ביצוע חקירות אפידמיולוגיות, ומאז שילש המערך את גודלו כך שבמועד הדיון הוא עמד על כ-3,000 חוקרים (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון מיום 22.10.2020). עוד ציינו משיבי הממשלה כי נכון למועד הדיון קיימת תכנית להוסיף 900 חוקרים למערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות (שם, בעמ' 24). עם זאת, עמדת המשיבים הייתה כי החקירות האפידמיולוגיות האנושיות אינן יכולות להחליף באופן מלא את הסיוע שמעניק השב"כ למערך ההתמודדות עם הנגיף, וזאת הן בשל חוסר שיתוף פעולה מצד חלק מהנשאלים, והן בשל מגבלות הזיכרון האנושי והקושי לזכור את כל המגעים שהתקיימו בשבועיים שלפני הבדיקה החיובית (שם, בעמ' 33). אשר לאמצעים טכנולוגיים וולונטריים, משיבי הממשלה ציינו כי שני היישומונים שהושקו על ידי משרד הבריאות – "המגן" וגרסתו המעודכנת "המגן 2" – אינם מהווים בנקודת הזמן הנוכחית חלופה אפקטיבית, וזאת בשל שיעור ההתקנות הנמוך שלהם על ידי אזרחים ובשל קשיים טכנולוגיים הכרוכים בשימוש בהם (שם, בעמ' 20-21). במענה לשאלת ההרכב אם נעשים בעת הזו ניסיונות לטייב את היישומונים ולהביא לעליית שיעור ההתקנות, נטען כי הגורמים הרלוונטיים "לא הרימו ידיים וזה עדיין בבחינה לדעת האם להוציא עוד על עוד קמפיין", אך כי "מבחינה טכנולוגית הגענו לקצה" (שם, בעמ' 21).

במהלך הדיון הוסיפה והדגישה באת-כוח הכנסת כי חוק הסמכת השב"כ מוגבל בזמן, כך שאם תסבור הממשלה שיש להמשיך ולעשות שימוש בשב"כ מעבר ליום 20.1.2021, יהא עליה להעביר חוק חדש (שם, בעמ' 31). בהמשך הדיון נשמע במעמד צד אחד נציג השב"כ, אשר סקר את התועלת הטמונה בכלי. נוכח סמיכות מועד הדיון לפקיעת תוקפה של ההכרזה על הסמכת השב"כ על ידי הממשלה, הורה ההרכב למשיבים להגיש הודעת עדכון בדבר הארכת הסמכת השב"כ.

9. ביום 2.11.2020 עדכנו משיבי הממשלה כי הממשלה החליטה להאריך את תוקפה של ההכרזה על הסמכת השב"כ בשלושה שבועות נוספים. משיבי הממשלה עמדו על כך שבבוא צוות השרים להחליט בשאלת הארכת תוקף הסמכתו של השב"כ, הונחה בפניו חוות דעת של הרשות להגנת הפרטיות מיום 22.10.2020 בה צוין כי נוכח השיפור במערך החקירות האפידמיולוגיות יש להפסיק את השימוש הגורף בכלי ולשקול שימוש נקודתי בו במקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה עם החקירה האנושית. ואולם, כך צוין, אפשרות זו נדחתה על ידי הממשלה. משיבי הממשלה הוסיפו וציינו כי בישיבת משרד הבריאות שהתקיימה ביום 28.10.2020 הובהר שמוצו האפשרויות להטמעת שיפורים טכנולוגיים ביישומון "המגן" וכי בשל נתוני ההתקנה הנמוכים של היישומון (כמיליון התקנות לעומת יעד של 1,680,000 התקנות שנקבע בחודש יולי 2020), הוחלט שלא לבצע עוד קמפיינים לעידוד הציבור להתקנתו. עם זאת, נוכח החובה מכוח חוק הסמכת השב"כ לספק לציבור חלופה אזורית-וולונטרית, הוחלט כי משרד הבריאות ימשיך בתחזוקת היישומון ובהפעלתו לעת הזו. כמו כן, משיבי הממשלה עדכנו כי במסגרת הישיבה האמורה הוצג קונספט לפיתוח יישומון חדש, אשר ילווה את תכנית "הרמזור" כאשר יוחלט על הפעלתה, ואשר "עשוי לאפשר" איתור מגעים בחללים סגורים על בסיס וולונטרי בהתבסס על טכנולוגיית "המגן" (בשלב מאוחר יותר עדכנו משיבי הממשלה כי מדובר בשימוש בקוד QR שייסרק בעת כניסה למקומות ציבוריים על בסיס טכנולוגיית Bluetooth (BLE) וכי הוא ילווה בגרסה לעסקים).

10. ביום 17.11.2020 ניתן בעתירה צו על תנאי, שזו לשונו:

"(א) מדוע לא ייקבע כי הסמכת שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ) לבצע איתור מגעים של חולים מאומתים בנגיף הקורונה, בהתאם לסעיפים 3 ו-5 לחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזורית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: החוק), תוגבל למקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל דיווח על מגעים.

"(ב) מדוע לא ייקבע כי המשיב 4 אינו עומד בחובה המוטלת עליו בסעיף 12א לחוק, לקידום טכנולוגיה אזורית כחלופה להסתייעות בשב"כ, ומדוע לא יפעל לקידום חלופה כאמור."

עוד נתבקשו משיבי הממשלה לפרט, במסגרת תצהיר התשובה מטעמם, על טיבה של החלופה הטכנולוגית האזרחית-וולונטרית ועל התהליכים ולוחות הזמנים לפיתוחה. לאחר שהוגשו תצהירי התשובה מטעם המשיבים והתגובות להם, הורה המותב על קיומו של דיון בהתנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים.

11. ביני לביני, ביום 23.12.2020 התפזרה הכנסת ה-23 בהתאם לסעיף 36א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, משום שהממשלה לא הניחה את תקציב המדינה לשנת 2020 על שולחן הכנסת וממילא תקציב כזה אף לא אושר עד ליום 23.12.2020. בעקבות כך, וחרף העובדה שתוקפו של חוק הסמכת השב"כ היה אמור לפקוע ביום 20.1.2021, עדכנו משיבי הממשלה ביום 14.1.2021 כי תוקפו של החוק יוארך עד ליום 6.7.2021 מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי "כל חיקוק שתקפו היה פוקע תוך שני החדשים האחרונים לתקופת כהונתה של הכנסת היוצאת, או תוך ארבעה חדשים לאחר שהכנסת החליטה להתפזר, או תוך שלושת החדשים הראשונים לתקופת כהונתה של הכנסת הנכנסת – יעמוד בתקפו עד תום שלושת החדשים האמורים". היועץ המשפטי לממשלה סבר עם זאת כי "דרך המלך היא שהממשלה תגבש מדיניות עדכנית בנושא במקום החוק העדכני שתוקפו אמור להתארך באופן אוטומטי" (פרוטוקול הדיון בצוות השרים מיום 5.1.2021). בעיקרי הטיעון מטעם הכנסת מיום 14.1.2021 צוין כי במסגרת הדיון שהתקיים בוועדת החוץ והביטחון ביום 12.1.2021, הוועדה שוכנעה שיש הצדקה להמשיך ולהסתייע בשב"כ, אך חבריה סבורים "שההכרעה בעניין צריכה להתקבל על ידי מליאת הכנסת, בהליך חקיקה, ועל אף שמדובר בתקופת בחירות" (סעיף 17 לעיקרי הטיעון). משיבי הממשלה והכנסת חזרו על עמדה זו בדיון בהתנגדות שנערך ביום 17.1.2021 (פרוטוקול הדיון מיום 17.1.2021, בעמ' 4-6, 27).

בהתאם לכך, בתום הדיון בהתנגדות הורינו למשיבי הממשלה לעדכן אם יש בכוונת הממשלה להיענות לקריאת ועדת החוץ והביטחון והיועץ המשפטי לממשלה ולהניח על שולחן הכנסת הצעת חוק חדשה בנוגע להסמכת השב"כ לביצוע מעקב מגעים. ביום 26.1.2021 הוגשה הודעת עדכון מטעם משיבי הממשלה, ובה צוין כי השאלה אם לקדם הצעת חוק חדשה בנושא הסמכת השב"כ נדונה במסגרת ישיבה במשרד המודיעין ביום 17.1.2021; בישיבה פנימית במשרד הבריאות ביום 18.1.2021, ובהמשך אותו היום בישיבת צוות השרים; וביום 19.1.2021 בישיבת ממשלה, ואולם נוכח "העדר יכולת לקדם חקיקה במצב הדברים הקיים, לאחר התפזרות הכנסת ובמורכבות הפוליטית לקראת בחירות", הוחלט להימנע מקידום חקיקה חדשה בשלב זה ולהותיר בעינה את הארכת תוקפו של חוק הסמכת השב"כ מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת.

12. ביום 16.2.2021 עדכנו משיבי הממשלה כי ביום 10.2.2021 התקבלה החלטת ממשלה מס' 794 בה הוחלט לאמץ את המלצת צוות השרים מיום 8.2.2021 בדבר הסמכת השב"כ לסייע למשרד הבריאות למשך 21 ימים נוספים – עד ליום 3.3.2021 (להלן: ההכרזה האחרונה). עוד צוין כי ביום 15.2.2021 אישרה ועדת החוץ והביטחון הכרזה זו.

תמצית טענות הצדדים

13. טענתם המרכזית של העותרים היא כי השימוש בשב"כ לשם איתור מגעים פוגע פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לפרטיות ובזכות לחירות. עיקרה של הפגיעה בזכות לפרטיות טמון לשיטתם באפשרות הנתונה לממשלה לאסוף בצורה כפויה נתוני מיקום אשר עשויים לגלות מידע אישי הנוגע לפרט, כגון מצב בריאותי ונפשי, אמונות, דעות פוליטיות, נטייה מינית, מצב כלכלי וכיוצא באלה, במיוחד בהינתן העובדה שכיום ניתן לבצע דה-אנונימיזציה למידע באופן פשוט יחסית מבחינה טכנולוגית. לגישת העותרים, לכך מתווספת הפגיעה בזכות לחירות הנגרמת כתוצאה מכך שהחוק מאפשר להורות לאדם להיכנס לבידוד של עד שבועיים, ללא כל הנמקה או הסבר.

לטענת העותרים, חוק הסמכת השב"כ אינו צולח את מבחני פסקת ההגבלה שכן פגיעתו בזכות לפרטיות ובזכות לחירות קשה מאוד, ומנגד – התועלת המופקת ממנו מוגבלת. העותרים מדגישים את חלופת הזמן מאז פרוץ המגיפה ואת שינוי הנסיבות שהתרחש מאז חקיקתו של החוק, ובכלל זה: הקמתו של מערך יעיל של חקירות אפידמיולוגיות, מערך החיסונים נגד הנגיף וכן הירידה בתועלת השולית המופקת מהשימוש בכלי השב"כ. לגישת העותרים, בהינתן שינוי נסיבות זה אין עוד הצדקה לשימוש גורף בכלי זה אשר פוגע קשות באמון הציבור בממשלה ומוביל ל"תחושת מעקב" ולאפקט מצנן על התנהלותם של פרטים. עוד טוענים העותרים כי יש לקבוע שסעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת אינו מאפשר את הארכת חוק הסמכת השב"כ, שכן מדובר בחקיקת חירום חריגה שהמשיבים עצמם סברו ש"מרכיב הזמניות" בה – קרי, תחולתה למשך חצי שנה בלבד והצורך בקיום הליך חקיקה מלא לאחר מכן – הוא מרכיב משמעותי בצליחת המבחנים החוקתיים. לחלופין, העותרים טוענים כי יש לקבוע שנפל פגם היורד לשורשו של עניין בהחלטת הממשלה להמשיך ולהכריז על הסמכת השב"כ, ועל כן יש להורות על בטלות החלטה זו. לבסוף, באשר לחובה לקדם חלופה טכנולוגית, טוענים העותרים כי בשל הסתמכות הממשלה על כלי השב"כ היא נמנעת מלקדם את השימוש בחלופה טכנולוגית, בניגוד לחובתה לפי סעיף 12א לחוק הסמכת השב"כ.

14. הכנסת טוענת כי משעה שהסמכת השב"כ התקבלה כהוראת שעה בחקיקה ראשית באו על פתרון מרבית הבעיות שעליהן עמד בית משפט זה בעניין בן מאיר. הכנסת מציינת כי חוק הסמכת השב"כ אמנם גורם פגיעה מסוימת בזכות לפרטיות, אך מדובר בפגיעה מתוחמת, שכן הסמכת השב"כ בחוק נעשתה באופן מצמצם וממוקד והוטלו על הארגון מגבלות ניכרות, ובכלל זה נקבעו מנגנונים שונים לשמירת המידע, לאחזקתו ולמחיקתו. פגיעה זו בזכות לפרטיות, כך הכנסת, עומדת במבחני פסקת ההגבלה לנוכח התועלת המופקת מן השימוש בכלי השב"כ ולנוכח היעדר אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה. לעומת הכנסת חוק הסמכת השב"כ אינו פוגע באופן ישיר בזכות לחירות, שכן המנגנונים המחייבים כניסה לבידוד נקבעו בחקיקים אחרים שלא נתקפו בעתירה דנן.

הכנסת מוסיפה וטוענת כי לגישתה בשלב זה יש למקד את הדיון במישור היישומי של הוראת השעה – ובהקשר זה נטען שהעותרים לא העמידו תשתית משפטית של ממש לבחינת טענותיהם במישור המינהלי. עוד טוענת הכנסת כי רק במקרים חריגים יתערב בית המשפט בהחלטות המצויות במדרג של חקיקת משנה אשר אושרו על-ידי ועדה מוועדות הכנסת, וכי ענייננו אינו נופל בגדר מקרים חריגים אלה. כמו כן מדגישה הכנסת את קיומו של פיקוח פרלמנטרי הדוק על החלטות הממשלה להסמיך את השב"כ, והיא מפנה לדיונים המרובים שקיימה ועדת החוץ והביטחון בנוגע להיבטים שונים של איכוני השב"כ. הכנסת מוסיפה ומציינת שלכל אורך הדרך אתגרו חברי הוועדה את תפישותיהם של גורמי המקצוע בממשלה וקיבלו החלטות אשר היה בהן כדי להשפיע באופן מהותי על מידתיות ההסמכה, לרבות בכל הנוגע לקידום אופציות אזרחיות; לשיפור מערך החקירות האפידמיולוגיות; לבחינת תקופת הבידוד וקיצורה; לטיוב מנגנון ההשגה; ועוד. הכנסת עומדת על כך שאף שנרשמה ירידה מסוימת בתועלת השולית מכלי השב"כ, חברי הכנסת השתכנעו, לאחר דיון, שגם בהינתן תועלת שולית זו מדובר בכלי מציל חיים שהשימוש בו מוצדק.

15. בעקבות התפזרות הכנסת ולאחר ההארכה האוטומטית של הוראת השעה מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, הודיעה הכנסת ביום 7.2.2021 כי הארכה אוטומטית זו מהווה שינוי נסיבות מהותי המשליך על אופן יישום החוק. לטענת הכנסת, הארכה זו מטילה על הממשלה נטל מוגבר לבחון את עצם ההצדקה להמשיך ולהסתייע בשב"כ וכן לקדם חלופות אפקטיביות לכלי השב"כ. זאת משום שבנסיבות שנוצרו, ונוכח החלטת הממשלה להמשיך ולהסתמך על ההארכה האוטומטית מתוקף סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת, לא הותנע הליך חקיקה מלא אשר במסגרתו ניתן היה לערוך בחינה עקרונית של סוגיית ההסמכה כולה, שאליה כיוון המחוקק בעת חקיקת חוק הסמכת השב"כ כהוראת שעה לשישה חודשים.

16. משיבי הממשלה סבורים כי חוק הסמכת השב"כ צולח את מבחני החוקתיות, וכי המלצות צוות השרים והחלטות הממשלה הנוגעות להסמכת השב"כ מצויות "במרכז של מתחם הסבירות". בדומה לכנסת, משיבי הממשלה אינם חולקים על כך שחוק הסמכת השב"כ פוגע בזכות לפרטיות, אך גם לעמדתם הפגיעה בזכות מגודרת ומצומצמת נוכח ההסדרים שנקבעו בחוק. לגישת משיבי הממשלה, כלי השב"כ והחקירות האפידמיולוגיות האנושיות מהווים אמצעים משלימים ולא חלופיים. זאת, שכן הכלי מאפשר מענה אוטומטי ומהיר בעוד שהחקירות האפידמיולוגיות האנושיות אינן מהירות דיין. כך, הזמן שחולף מרגע קבלת אבחנה חיובית ועד תחילת החקירה האפידמיולוגית נע בין 3-7 שעות; החקירה עצמה עשויה לארוך בין 4-12 שעות; והחקירות נסמכות על זמינותו של החולה לשיחת התשאול, על נכונותו לשתף פעולה ועל זכרונו. עוד מציינים משיבי הממשלה כי הפעלת הכלי רק באותם מקרים שבהם אדם אינו משתף פעולה עם החקירה האנושית עשויה להיתפס על-ידי הציבור כהפעלת סמכויות אכיפה מטעם השב"כ, וזאת בניגוד לאמור בסעיף 11(ב) לחוק הסמכת השב"כ לפיו "השירות לא יעסוק בפעילות פיקוח ואכיפה על הפרת חובת בידוד לפי צווי הבידוד, ולא יסייע לפעילות כאמור".

אשר לחובה לקדם חלופה אזרחית-וולונטרית לשימוש בכלי, טוענים משיבי הממשלה כי משרד הבריאות עמד בחובה זו ועודנו עומד בה. לגישתם, סעיף 12א לחוק "לא קובע חובה כי טכנולוגיה [וולונטרית] זו תהא אמצעי חלופי למנגנון השירות". משיבי הממשלה חוזרים ומפרטים בטיעוניהם על אודות מאמצי פיתוח יישומון "המגן" ו"המגן 2", אך לעמדתם לנוכח שיעור ההתקנות הנמוך לא ניתן לראות בו אמצעי חלופי להסתייעות בכלי השב"כ – והם מוסיפים ומציינים שטכנולוגיות אזרחיות כאמור כשלו בכל מדינות העולם.

דיון והכרעה

17. בהתאם לצו על תנאי שניתן בעתירה וכן בהתאם להתפתחויות שהתרחשו לאחריו, שלוש הן השאלות העיקריות בהליך שלפנינו: השאלה הראשונה היא אם סעיפים 3 ו-5 לחוק הסמכת השב"כ המאפשרים לממשלה להסמיך את השב"כ באופן גורף לבצע מעקבי מגעים פוגעים בזכויות יסוד באופן שאינו צולח את תנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; השאלה השנייה היא כיצד, אם בכלל, משפיעה הארכתו של החוק הסמכת השב"כ מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת על ענייננו; והשאלה השלישית

היא אם נפל פגם בהחלטות הממשלה הנוגעות להסמכת השב"כ לביצוע "מעקב מגעים" בהתאם לחוק.

כבר בשלב זה אציין כי לשיטתי, אף שחוק הסמכת השב"כ פוגע פגיעה משמעותית בזכות הפרטיות, אין מקום להורות על שינוי אילו מהוראותיו. גם הארכתו האוטומטית של החוק מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, חרף הקושי הלא מבוטל שזו מעוררת, אין בה כדי לשנות ממסקנה זו. עם זאת וכפי שיבואר בהמשך, אני סבורה כי להארכת החוק באופן זה יש השפעה על המישור שבו יש להתמקד בענייננו והוא – המישור המנהלי, קרי האופן שבו מופעל שיקול הדעת בהכרזות העתיות על הסמכת השב"כ.

אפנה עתה לבחינת כל אחת מן השאלות כסדרן.

חוקתיות סעיפים 3 ו-5 לחוק הסמכת השב"כ

18. חוק הסמכת השב"כ הינו חוק חריג בנוף החקיקה הישראלית. הסמכת שירות הביטחון המסכל להפעיל אמצעי מעקב אחרי אזרחי ותושבי המדינה, באמצעות מנגנון ששקיפותו חלקית בלבד אינו דבר של מה בכך, וזאת בלשון המעטה. למעשה, מדובר בחוק חריג בקנה מידה עולמי גם בהינתן תחלואי הקורונה כמגיפה גלובלית. אכן, אין מחלוקת בין הצדדים לעתירה כי ההסדר המעוגן בסעיפים 3 ו-5 לחוק פוגע פגיעה ממשית בזכות החוקתית לפרטיות המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו גם: עניין בן מאיר, פסקה 36).

השימוש בכלי השב"כ כרוך באיסוף סוגי מידע אשר הוכרו בחקיקה ובפסיקה ככאלה אשר קיימת לגביהם רגישות רבה. כך למשל, נתוני מיקום זוכים להגנה מיוחדת בחקיקה (סעיפים 1 ו-3 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007), משום שניתן ללמוד מהם על קיומם של קשרים אישיים ומפגשים חברתיים (על היכולת להסיק מידע לגבי קשרים מנתוני מיקום ראו והשוו בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פ"ד סה(2) 694, 794 (2012)). באופן דומה, זוכה גם מידע רפואי – ובענייננו זהותם של החולים בנגיף – להגנה מיוחדת במספר דברי חקיקה (ראו סעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; סעיף 10 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; וסעיף 49 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971), ולגביו צוין בפסיקה כי "פרטים רפואיים מצויים בליבת הפרטיות, ועל כן יש לצמצם במידת האפשר את חשיפתם" (רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' לוי, פסקה ב' לחוות

דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (13.10.2009); כן ראו ע"א 1928/93 רשות ניירות ערך נ' גבור סבריינה מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"ד מט(3) 177, 193-194 (1995)). איסוף המידע והעברתו בין גופים ציבוריים נעשה בענייננו ללא הסכמת נושאי המידע, ומבלי שנמסר להם פירוט על סוג המידע שנאסף ועל כלל השימושים שנעשים בו. איסוף המידע, לצד היעדר השקיפות בנוגע לסוג המידע שנאסף ולאופן השימוש בו, יש בהם כדי ליצור תחושת מעקב אשר "לעצם קיומה [...] יש אפקט מצנן" ואשר גורמת לפגיעה קשה בזכות לפרטיות (ראו מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" 11 (צפוי להתפרסם במשפט וממשל, 2021)).

19. לטענת העותרים, חוק הסמכת השב"כ פוגע גם בזכות לחירות. בהקשר זה נטען כי כתוצאה מהחוק עשוי מי שבא במגע עם חולה לקבל הוראה להיכנס לבידוד וכן כי האפקט "הממשטר" של מעקב המגעים עלול לגרום לאדם לשנות את התנהלותו בשל הידיעה כי מהלכיו מנוטרים. אשר לטענה בדבר חיובו של אדם להיכנס לבידוד, ברי כי נגרמת כתוצאה מכך פגיעה בחירות הפרט, אך מקובלת עליי טענת המשיבים כי מקורה של פגיעה זו הוא בחיקוקים אחרים אשר קובעים את חובת הבידוד ולא בחוק הסמכת השב"כ שאינו קובע חובה מסוג זה. בכל הנוגע לפגיעה הנטענת בזכות לחירות בשל האפקט הממשטר של מעקב המגעים, פגיעה זו נכללת בגדר הזכות לפרטיות, ועמד על כך בית משפט זה בקובעו כי "הזכות לפרטיות מצויה בליבתו של מושג החירות, ניתן אף לומר כי היא תמציתו. היא ציר מרכזי המגדיר את יחסי הפרט אל מול החברה במשטר הדמוקרטי" (עע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פסקה 19 (19.5.2009)). בענייננו, אף אם ניתן לומר כי חוק הסמכת השב"כ פוגע בזכות החוקתית לחירות, פגיעה זו נגזרת מן הפגיעה הקונקרטית בזכות לפרטיות, ומשכך המשך הניתוח החוקתי יתמקד בפגיעה בזכות זו.

20. העותרים לא חלקו על כך שהפגיעה בזכות לפרטיות בענייננו היא "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה", וטענותיהם ככל שהדבר נוגע לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התמקדו אך במבחני המידתיות, ובפרט בשני המבחנים האחרונים: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר. העותרים טוענים כי קיימים אמצעים שפגיעתם בזכות לפרטיות פחותה, ובכללם השקעת משאבים בטיוב מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות ובפיתוח חלופה טכנולוגית אזורית, והם מוסיפים כי הנזק הרב הכרוך בהסתייעות בשב"כ עולה על התועלת המופקת מן השימוש בכלי. המשיבים, מנגד, מטעימים כי בנסיבות הקיצוניות והחריגות שבהן אנו מצויים, ההסתייעות בשב"כ היא הכרחית וכי בעת הזו אין בנמצא אמצעים אחרים שיוכלו להחליפה. לשיטת המשיבים, בחוק הסמכת השב"כ

נקבעו מגבלות ומנגנונים שנועדו למזער את הפגיעה בזכות לפרטיות ולהבטיח כי פגיעה זו לא תחרוג מן הנדרש.

21. יודגש כבר עתה כי בהתאם לנוסח הצו על תנאי, מתמקדת בחינת חוקתיותו של חוק הסמכת השב"כ בכך שסעיפים 3 ו-5 לחוק מקנים לממשלה אפשרות להסמיך את השב"כ באופן גורף לבצע מעקבי מגעים, וזאת מבלי לצמצם את האפשרות להסתייע בשב"כ אך למקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל דיווח על מגעים. בהקשר זה יש לציין כי חרף חריגותו של חוק הסמכת השב"כ, בחינה מעמיקה של החוק בהקשרו הכולל, תוך עיון בסעיפיו ובמנגנונים הקבועים בו, מלמדת כי נעשה ניסיון ממשי על-ידי המחוקק לצמצם את הפגיעה – החמורה – בזכויות אדם הנגרמת בעטיו. בשל חשיבותם של היבטים אלה לבחינת מידתיותם של סעיפים 3 ו-5 לחוק, אעמוד עליהם בפירוט להלן.

22. כאמור, חוק הסמכת השב"כ מעניק לממשלה "אפשרות להסמיך את שירות הביטחון הכללי לסייע למשרד הבריאות בביצוע חקירה אפידמיולוגית לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש" (סעיף 1 לחוק). החוק נועד להוסיף, באופן זמני, כלי לסל הכלים העומד לרשות הממשלה, בבואה להתמודד עם הנסיבות החריגות והתקדימיות שנוצרו בעקבות התפשטות הנגיף. אין מדובר בכלי שניתן לעשות בו שימוש כלאחר יד, והדבר בא לידי ביטוי בשורת השיקולים שהחוק מחייב את הממשלה לשקול בטרם תבחר להסתייע בשב"כ לצורך איתור מגעים. בהקשר זה מונה החוק "ברחל בתך הקטנה" ארבעה שיקולים שיש להתייחס אליהם בטרם תתקבל החלטה להכריז על הסמכת השב"כ לבצע פעולות סיוע: (1) צורך מידי וממשי להסתייע בשב"כ בשל הסיכון הנשקף לציבור מהתפשטות המחלה; (2) קיומן של חלופות להסתייעות בשב"כ; (3) התועלת שבהסתייעות בשב"כ; (4) הפגיעה בזכות לפרטיות. כפי שאבהיר להלן, שיקולים אלה, כך נראה, אמורים להבטיח כי כל החלטה של הממשלה מכוח החוק תתקבל בהתאם למבחני המידתיות הנוהגים עמנו, תוך התאמתם להקשר הספציפי של מעקבי המגעים המוסדרים בחוק.

23. השיקול הראשון, הנוגע לסיכון הנשקף מהתפשטות המחלה, מעוגן בסעיף 3(א) חוק הסמכת השב"כ, הקובע כי הממשלה רשאית להכריז על הסמכת השב"כ רק אם שוכנעה "כי בשל חשש להתפשטות רחבת היקף של המחלה יש צורך מידי וממשי בהסתייעות בשירות". שיקול זה נזכר גם בסעיפים נוספים בחוק, המדגישים כי על הממשלה להתחשב בסיכון הנשקף לציבור מהמחלה (סעיף 3(ב) לחוק) ובהתפשטות הצפויה של הנגיף בישראל (סעיף 3(ד) לחוק), וכי על צוות השרים, שהמלצותיו מונחות

בפני הממשלה טרם ההכרזה, להתחשב במצב התחלואה במדינה (סעיף 12 לחוק). מהוראות אלה נובעת דרישה של קיום קשר רציונאלי בין תכלית החוק – צמצום התפשטות הנגיף – לאמצעי החריג שנבחר כדי להשיגה. זאת ועוד, בכואה להחליט אם יש צורך בהכרזה על הסתייעות בשב"כ, על הממשלה לבחון היטב אם על בסיס תמונת התחלואה הנוכחית ועל בסיס צפי התפשטותה בעתיד, מתעורר אותו צורך "מידי וממשי" להסתייע בשב"כ.

יוצר כי בהתאם לסעיף 3(ג) לחוק, משרד הבריאות רשאי להעביר לשב"כ בקשה לקבלת סיוע רק אם מספר החולים החדשים באותו יום או ביום שקדם לו עלה על 200. הגבלה זו עניינה בסמכותו של משרד הבריאות להסתייע בשב"כ לאחר שהממשלה הכריזה על הסמכתו. היא אינה מלמדת בהכרח על היקפי התחלואה המהווים "התפשטות רחבת היקף" המצדיקים לכתחילה את הכרזת הממשלה בדבר ההסתייעות בשירות (וראו בהקשר זה דבריה של היועצת המשפטית לוועדת החוץ והביטחון, עו"ד מירי פרנקל שור, בפרוטוקול הדיון בוועדה מיום 16.7.2020, בעמ' 46). במילים אחרות, גם בהיקפי תחלואה הגבוהים מ-200 חולים חדשים ביום, ייתכן שלא יתעורר צורך מידי וממשי להיעזר בשב"כ לצורך התמודדות עם התפשטות המחלה.

24. השיקול השני, הנוגע לקיומן של חלופות להסתייעות בשב"כ, קבוע בסעיף 3(ב) לחוק ולפיו הממשלה לא תכריז על הסתייעות בשב"כ "אלא אם כן שוכנעה כי אין חלופה מתאימה להסתייעות בשירות". סעיף 12 לחוק קובע אף הוא כי צוות השרים מחויב להתחשב בקיומן של חלופות להסתייעות בשב"כ. לצד החלופות "החיצוניות" שעל הממשלה לשקול, ובהן שימוש בטכנולוגיה אזורית ועיבוי מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות, ציינו משיבי הממשלה כי קיימות גם חלופות אחרות, שניתן להגדירן כחלופות "פנימיות" ובהן, למשל, צמצום ההסתייעות בשב"כ והגבלתה למקרים פרטניים שבהם לא ניתן להשלים את זיהוי מגעיו של החולה באמצעות חקירה אפידמיולוגית בשיטות אחרות (פסקה 90 לכתב התשובה של משיבי הממשלה). אכן, גם אם הממשלה בוחרת להשתמש בכלי החריג של השב"כ לצורך עיבוד מידע טכנולוגי לגבי חולים ואנשים שבאו במגע קרוב עם, החוק אינו מחייב כי ייעשה שימוש בכלים אלה ביחס לכלל החולים באופן גורף. ייתכן כי בשם לב למכלול נסיבות העניין, קיימת חלופה "פנימית" שאומנם מבוססת על הסתייעות בשב"כ, אך כרוכה בשימוש מצומצם יותר בכלים שבידי השירות. לבחינת האפשרות להסתפק בחלופות הפנימיות יש חשיבות ניכרת, משום שחוק הסמכת השב"כ אינו מעניק לוועדת החוץ והביטחון אפשרות לשנות את היקף פעילות השב"כ כפי שנקבע בהכרזת הממשלה, אלא רק לאשרה, לבטלה או

לקצר את תוקפה (סעיף 3א לחוק). מכאן, שהממשלה היא הגורם העיקרי שבאפשרותו לוודא כי לא קיימת חלופה אשר במסגרתה ניתן להסתייע בשב"כ באופן מצומצם יותר.

הדרישה לבחון אם קיימת חלופה מתאימה אחרת – חיצונית או פנימית – מאמצת את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. בהקשר זה נראה כי על פי סעיף 3(ב) לחוק, המתייחס לקיומה של "חלופה מתאימה", ניתן יהיה, בנסיבות מסוימות, להסתפק בחלופה שתרומתה לצמצום התפשטות הנגיף פחותה בהשוואה להסתייעות בשב"כ. זאת בשונה מאמות המידה שנקבעו בפסיקה לצורך צליחתו של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, לפיהן יש לבחון אם האמצעי החלופי שפגיעתו בזכויות אדם פחותה מגשים באותה מידה או במידה דומה את התכלית המבוקשת (בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, פסקה 39 לפסק דיני (23.4.2020)). פרשנות זו מתבקשת בהינתן לשון החוק המתייחסת באופן כללי לקיומה של "חלופה מתאימה" וכן בהינתן החריגות הרבה הכרוכה בהסתייעות בשב"כ בתחום אזרחי, שאינו נמנה עם תפקידיו ועם יעודו כארגון בטחון מסכל. משיבי הממשלה הכירו אף הם בכך שהחוק מבקש לצמצם ככל הניתן את ההסתייעות בשב"כ ולהעדיף חלופות פוגעניות פחות, גם אם הדבר כרוך בויתור מסוים במישור התועלת המופקת מן הכלי. וכך ציינו משיבי הממשלה בכתב התשובה מטעמם:

"אין משמעות האמור, כי יש תמיד הכרח להוסיף ולהסתייע בשירות, אלא כי 'חלופת המשך ההסתייעות בלא צמצום' וכן 'חלופת צמצום ההסתייעות', מצויות שתייהן במתחם הסבירות, נוכח יתרונותיה של כל אחת מהן שהוצגו לעיל. לפיכך, בחירת החלופה הנכונה צריכה להיעשות בשים לב למכלול נסיבות העניין, ובפרט מגמת מקדם ההדבקה וקצב התפשטות התחלואה, והתועלת בהסתייעות בשירות הנגזרת מהם; כמו-גם בהתאם לסיכון הכרוך בצמצום ההסתייעות בשירות תוך ויתור על חלק מן התועלת שבכוחו להעמיד בכל רגע נתון (בפסקה 90; ההדגשה הוספה).

25. סעיף 12 לחוק מונה שני שיקולים נוספים – התועלת שבהסתייעות בשב"כ והפגיעה בזכות לפרטיות – שעל צוות השרים להתחשב בהם במסגרת המלצותיו לממשלה. שני שיקולים אלה מקבילים, למעשה, למבחן המידתיות במובן הצר. בגדר שיקולים אלה על צוות השרים ועל הממשלה לקיים בדיקה מתמדת של התועלת השולית מההסתייעות בשב"כ ושל התמורות בתרומתה לאורך זמן, ואותם עליהם לאזן מול הפגיעה הקונקרטית בזכות לפרטיות הנגרמת כתוצאה ממעורבותו של השב"כ במערך החקירות האפידמיולוגיות בכל היקף שהוא.

26. הנה כי כן, השיקולים המפורטים בחוק אשר מתכתבים עם מבחני המידתיות החוקתיים, צריך שיעמדו לנגד עיני הממשלה בבואה להכריע בשאלת הסמכת השב"כ והיקפה. כך, בכל הכרזה של הממשלה מכוח סעיף 3 לחוק עליה לוודא כי אכן יש צורך מידי וממשי בהסתייעות בשב"כ בהתאם לסיכון הנשקף לציבור מהתפשטות הנגיף; להשתכנע כי אין חלופה מתאימה אחרת – "חיצונית" או "פנימית"; ולקבל החלטה בהסתמך על המלצות צוות השרים לאחר שהצוות שקל את התועלת שבהסתייעות השב"כ ואת הפגיעה בזכות הפרטיות.

דרישות אלה הקבועות בחוק הסמכת השב"כ יש להן משקל מכריע בבואנו לקבוע אם ההסדר המעוגן בסעיפים 3 ו-5 לחוק צולח את מבחן המידתיות.

27. שני היבטים חשובים נוספים בחוק נועדו לצמצם את הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהחוק ומשפיעים על מידתיותו. ראשית, בהתאם להערותינו בעניין בן מאיר, חוק הסמכת השב"כ נחקק כהוראת שעה שתוקפה הוגבל לשישה חודשים, וזאת בהתחשב בכך שמדובר בהסדר חריג ביותר שאין מקום לעגנו במסגרת חקיקה רגילה וקבועה. בהקשר זה כבר נפסק כי אף שחקיקת חוק כהוראת שעה אינה מחסנת אותו מביקורת שיפוטית, זמניותו של החוק עשויה ללמד על מידתיותו (בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699, 713-714 (2002)). שנית, החוק כולל מספר מנגנונים שנועדו לצמצם את הפגיעה בזכות הפרטיות. כך, הכרזות הממשלה על הסמכת השב"כ נתונות לפיקוח פרלמנטרי רציף בוועדת החוץ והביטחון אשר רשאית – ובכל הכרזה שנייה אף חייבת – לדון בהחלטת הממשלה ולקבל החלטה לגביה (סעיף 3א לחוק). כמו כן מקבלת הוועדה דיווחים שבועיים מראש השב"כ וממשרד הבריאות על היבטים שונים ביישום החוק (סעיף 19 לחוק). מנגנונים נוספים שנועדו לצמצם את הפגיעה בזכות הפרטיות של החולים ושל מי שבא עמם במגע נקבעו בסעיפים 13-18 לחוק, הכוללים הוראות בדבר אופן שמירת המידע הנאסף בשב"כ ובמשרד הבריאות ובדבר אופן השימוש בו, העברתו ומחיקתו.

28. לאור כל האמור, נשאלת השאלה האם בחירת המחוקק שלא להגביל בחוק את סמכותה של הממשלה להסמיך את השב"כ אך למקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל דיווח על מגעים, מעידה על כך שההסדר הקבוע בסעיפים 3 ו-5 לחוק הסמכת השב"כ אינו מידתי?

מאז החלה הסמכת השב"כ לפני כשנה הובהר על-ידי בית משפט זה במספר הזדמנויות כי ההסתייעות בו היא בגדר חריג ומענה למצב החירום שנוצר בשל התפשטות מגפת הקורונה, וייתכן כי מן הראוי היה שהדבר יבוא לידי ביטוי בחוק עצמו בהגבלת היקף ההסתייעות בשב"כ. עם זאת, בהינתן השינויים התכופים בידע על מגיפת הקורונה ובאמצעים הנתונים בידי הממשלה להתמודדות עימה, יש טעם ביצירת חוק מסגרת המותיר את שיקול הדעת ביחס לעצם ההסתייעות בשב"כ והיקפה בידי הממשלה בהתאם לשינויים אלה. זאת, תוך הצבת "תמרורי אזהרה" ברורים, אשר נועדו למתן את הפגיעה בזכות לפרטיות הנגרמת כתוצאה ממעורבותו החריגה של השב"כ בעניין שאינו נמנה עם הפעולות השגרתיות בתחום הביטחון המסכל שעליהן הוא אמון.

29. כפי שטענו המשיבים בצדק, החוק עצמו אינו מסמיך באופן ישיר את השב"כ לנקוט פעולות כלשהן במהלך תקופת תוקפו. החוק קובע מנגנון המאפשר לממשלה, אם מתמלאים התנאים שנקבעו בו, להכריז על הסמכת השב"כ לתקופה מוגבלת של עד 21 ימים בכל הכרזה – והכרזה זו מאפשרת, בתורה, למשרד הבריאות להגיש לשב"כ בקשת סיוע. מדובר, אפוא, בחוק מסגרת הנותן מענה לקושי שעליו הצבענו בעניין בן מאיר וקובע בחקיקה ראשית, מוגבלת בזמן, אך את האפשרות העקרונית להסמיך את השב"כ לסייע בביצוע חקירות אפידמיולוגיות.

על כן, ובהינתן השיקולים המנויים בחוק שאותם מחויבת הממשלה לשיקול והמנגנונים השונים הכלולים בו שנוכרו לעיל, אני סבורה כי חרף חריגותו של חוק הסמכת השב"כ, אין מקום להורות על שינוי אילו מהוראותיו. משמעותה של קביעה זו היא כי מרכז הכובד של הביקורת השיפוטית בענייננו מצוי במישור המנהלי והוא מתמקד באופן הפעלת שיקול הדעת על ידי הממשלה במסגרת החלטות ההסמכה העתיות. לפיכך, יש לבחון אם בכואה להכריע בעניין ההסתייעות בשב"כ, הממשלה אכן שקלה כנדרש את מכלול השיקולים הקבועים בחוק, איזנה ביניהם כראוי ונתנה להם ביטוי בהחלטותיה.

טרם שנפנה לבחינת שיקול הדעת שהופעל על ידי הממשלה יש להידרש לטענה נוספת שהעלו העותרים הנוגעת להארכה האוטומטית של תוקף חוק הסמכת השב"כ, מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת.

הארכת תוקפו של חוק הסמכת השב"כ מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת

30. לטענת העותרים, בחירתה של הממשלה להסתמך על הארכת תוקפו של חוק הסמכת השב"כ מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, לוקה בחוסר סבירות קיצוני. לגישתם, בנסיבות שנוצרו היה עליה לפעול לביטול חוק הסמכת השב"כ או ליזום הצעת חוק חדשה מכוח סעיף 9(ב) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 וסעיף 21 לתקנון הכנסת, המאפשרים קידום הצעות חוק ממשלתיות גם לאחר התפזרות הכנסת (ראו גם: בג"ץ 706/19 סגן יושב ראש הכנסת, ח"כ פריג' נ' יושב ראש הכנסת (28.3.2019)). העותרים מדגישים בהקשר זה כי כתוצאה מהסתמכות הממשלה על ההארכה האוטומטית של חוק הסמכת השב"כ, החוק צפוי לעמוד בתוקפו במשך כשנה – פרק זמן כפול מזה שאליו כיוון המחוקק בעת חקיקתו. לפיכך, מבקשים העותרים כי בית המשפט יקבע שהחל מיום 20.1.2021 פקע תוקפו של חוק הסמכת השב"כ ולחלופין שייקבע כי החל ממועד זה אין ביכולתה של הממשלה להמשיך ולהשתמש במנגנון הקבוע בחוק זה.

31. אכן, על מנת להימנע מעיגון קבוע של סמכות כה חריגה לשב"כ, חוק הסמכת השב"כ נחקק כהוראת שעה זמנית לתקופה של שישה חודשים, עד ליום 20.1.2021. בהקשר זה, לא למותר להזכיר את שצוין בהצעת החוק המקורית (הצעת חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, ה"ח הממשלה 1334) לפיה "נוכח הרגישות והחריגות הכרוכות בהסמכת השירות לצורך האמור, החוק ייקבע כהוראת שעה למשך תקופה של שלושה חודשים, אשר יהיה ניתן להאריכה לתקופה נוספת אחת בלבד שלא תעלה על שלושה חודשים" (שם, בעמ' 376). במהלך הדיונים בהצעת החוק הוצע לקבוע מראש כי הוראת השעה תהיה תקפה למשך שישה חודשים, ללא אפשרות להאריכה, והצעה זו הוסברה על ידי היועצת המשפטית לוועדת החוץ והביטחון, עו"ד מירי פרנקל שור, כך:

"הצעתנו היא להאריך את הוראת השעה ל-6 חודשים [...]
מלכתחילה אנחנו נקבע שהוראת השעה תעמוד בתוקפה
6 חודשים. אבל בתום 6 החודשים האלה, לאחר שכבר
הממשלה לומדת ואנחנו גם, בהתאם לדיונים שנקיים
בוועדה על ההכרזה, אם יהיה צורך. הממשלה תגיש
הצעת חוק בדרך המלך, הנחה לקריאה ראשונה וקריאה
שנייה ושלישית" (פרוטוקול דיון ועדת החוץ והביטחון
מיום 16.7.2020, עמ' 92-93).

הצעה זו מצאה את מקומה בנוסח הסופי של חוק הסמכת השב"כ, ובהתאם נדרשה הממשלה לקדם הצעת חוק חדשה ככל שתחפוץ להמשיך להסתייע בשב"כ גם לאחר תום ששת חודשי תוקפו של החוק.

עינינו הרואות – המחוקק נמנע במכוון מלקבוע אפשרות להארכה מובנית של חוק הסמכת השב"כ. זאת על מנת להבטיח כי ככל שיידרש המשך השימוש בכלי שברשות השב"כ, הדבר ייעשה בדרך של חקיקה ראשית חדשה ובמסגרת זו ניתן יהיה לבחון את מכלול הנסיבות שתהיינה רלוונטיות באותו מועד ולקבוע שינויים עקרוניים בהסדר, ככל שייחקק (פסקה 12 לעיקרי הטיעון מטעם הכנסת).

32. כמתואר לעיל, ביום 23.12.2020 התפזרה הכנסת ה-23 בהתאם לסעיף 36א(א) לחוק-יסוד: הכנסת בשל אי-העברת תקציב המדינה. התפזרות הכנסת השפיעה ישירות על תוקפו של חוק הסמכת השב"כ, וזאת בהינתן הוראת סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת הקובעת כי:

"כל חיקוק שתקפו היה פוקע תוך שני החדשים האחרונים לתקופת כהונתה של הכנסת היוצאת, או תוך ארבעה חדשים לאחר שהכנסת החליטה להתפזר, או תוך שלושת החדשים הראשונים לתקופת כהונתה של הכנסת הנכנסת - יעמוד בתקפו עד תום שלושת החדשים האמורים".

סעיף 36א(א) קובע כי אם לא הועבר תקציב המדינה במועדו יש לראות בכך "כאילו החליטה הכנסת על התפזרותה לפני גמר תקופת כהונתה". מאחר שמועד פקיעת חוק הסמכת השב"כ – 20.1.2021 – מצוי בתקופת ארבעת החודשים שלאחר התפזרות הכנסת, תוקפו של החוק מוארך באופן אוטומטי עד ליום 6.7.2021, שבו נוקפים שלושה חודשים ממועד תחילת כהונת הכנסת ה-24.

33. העותרים טוענים כי הרציונאלים שבבסיס סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת לא מתקיימים בענייננו, שכן חוק הסמכת השב"כ מהווה חקיקת חירום הנשענת על קיומו של מצב חירום ותלויה בהכרח בהתמשכותו ומשום שעסקינן בסמכויות קיצוניות וחריגות שנקבעו לתקופה קצרה. טענה זו דינה להידחות. סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת על פי לשונו ותכליתו נועד להבטיח רציפות חקיקתית בתקופה שבין שלהי כהונת הכנסת היוצאת ותחילת כהונת הכנסת הנכנסת. מדובר במנגנון אוטומטי שמופעל ללא שיקול דעת ואשר נועד להבטיח ודאות, בין היתר, בשל הקושי להידרש לקידום חקיקה בתקופת בחירות. אין, אפוא, מקום לקבל את טענת העותרים בהקשר זה, ומקובלת עליו עמדת הכנסת ומשיבי הממשלה לפיה סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת חל על חוק הסמכת השב"כ. דרישתם החלופית של העותרים כי הממשלה לא תוכל כלל לעשות שימוש בסמכות מכוח חוק הסמכת השב"כ, אף שתוקפו הוארך באופן אוטומטי, עלולה לרוקן מתוכן את הוראת סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת ולאייץ את הרציונאלים שבבסיסו. לכן גם טענה זו אינה יכולה לעמוד.

34. עם זאת, סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת קובע ברירת מחדל. הוא אינו מונע קידום חקיקה אשר תחליף את הוראת החוק הזמנית או את ביטולה באופן אקטיבי. כפי שצוין לעיל, הכנסת וכמוה גם היועץ המשפטי לממשלה עמדו על כך שמן הראוי כי הממשלה תקדם הצעת חוק ממשלתית חדשה אשר במסגרתה תיבחן מחדש שאלת הסמכת השב"כ, בציינם כי לכך כיוון המחוקק בעת חקיקת חוק הסמכת השב"כ כהוראת שעה. דברים דומים השמיעו באי כוח הממשלה והכנסת במהלך הדיון שהתקיים ביום 17.1.2021, טרם החלטת הממשלה מיום 19.1.2021 שלא לקדם הצעת חוק חדשה ולהסתמך על סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת.

35. הקשיים המתעוררים כתוצאה מההארכה האוטומטית של חוק הסמכת השב"כ לתקופה הכפולה מתקופת תוקפו המקורית, הם משמעותיים ביותר. בעניין בן מאיר הובהר כי אופן ההסדרה של הסמכת השב"כ אינו "עניין טכני שניתן להקל בו ראש", וכי בדמוקרטיה ייצוגית, אשר בה הריבון הוא העם, נבחרו הציבור הם אלה שנדרשים לקבל את ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים (שם, בפסקה 31). אף שהסמכת השב"כ הוסדרה לבסוף בחקיקה ראשית, אין עוררין כי הלגיטימציה הדמוקרטית של חוק זה – שהמחוקק הורה במפורש כי יפקע תוך שישה חודשים ולא יוארך אלא בחוק – נפגעת בעקבות הארכתו האוטומטית לכפל התקופה כתוצאה מנסיבות חיצוניות לחוק. בשונה מחיקוקים אחרים שתוקפם הוארך מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, בענייננו מדובר בחוק הכולל הסמכה חריגה ויוצאת דופן, הכרוכה בפגיעה ניכרת בזכות לפרטיות, ומשכך נושא הדבר משמעות מיוחדת.

36. ניתן לטעון כי הארכת תוקפו של חוק הסמכת השב"כ יש בה כדי לשנות מן המסקנה בדבר חוקתיות הוראותיו. לגישתי, לצד זמניותו של החוק הסמכת השב"כ, מידתיותו של חוק מסגרת זה נלמדת מהיבטים משמעותיים נוספים שעליהם עמדתי לעיל. על כן, ולמרות הקשיים הלא מבוטלים שמעוררת הארכת החוק בכשישה חודשים בנסיבות שנוצרו, אינני סבורה כי יש בכך כדי לשנות מן המסקנה בדבר חוקתיות ההסדר הקבוע בסעיפים 3 ו-5 לחוק. ואולם, אף שהממשלה רשאית להישען על מנגנון ההארכה האוטומטית של חוק הסמכת השב"כ, בחירתה שלא לחוקק חוק חדש חלף חוק זה נושאת עמה השלכות במישור היישומי של החוק ובמישור חופש הפעולה בהפעלת הסמכויות מכוחו.

בעבר כבר נקבע כי שינויים מסוימים בנסיבות עשויים להוליך לצמצום מרחב שיקול הדעת המנהלי (ראו והשוו: בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פסקה 9

(26.12.2005); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 761 (2010)). כזה הוא המצב שנוצר בענייננו: מדובר בחקיקה זמנית שנועדה לשעת חירום הכרוכה בפגיעה משמעותית בזכויות יסוד. עתה היא מוארכת באופן טכני לתקופה המכפילה את "אורך חייה". נסיבות חריגות אלה יש בהן להשקפתי כדי להשפיע על מרחב שיקול הדעת המנהלי הנתון לממשלה בהפעלת הסמכויות הקבועות באותה חקיקה. עמדה על כך באת כוח הכנסת בצינה כי שינוי נסיבות מהותי זה משליך על אופן יישומו של החוק והוא מטיל על הממשלה נטל מוגבר לבחון את עצם ההצדקה להמשיך ולהסתמך על השב"כ וכן חובה מוגברת לפעול להגברת היעילות של החלופות לאמצעי השב"כ, ובכלל זה הרחבת מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות וקידום חלופות טכנולוגיות אזוריות חדשות (סעיף 12 להודעת העדכון מטעם הכנסת מיום 7.2.2021).

על פי אמות מידה אלה אפנה עתה לבחינת ההחלטות שנתקבלו בממשלה עד כה ליישום חוק הסמכת השב"כ.

אופן קבלת החלטות הממשלה בעניין הסמכת השב"כ

37. אומר כבר עתה כי בחינת האופן שבו הפעילה הממשלה את שיקול דעתה על פי חוק הסמכת השב"כ נתקלת בקושי של ממש, וזאת משום שהממשלה לא קבעה קריטריונים מדידים וברורים ליישום השיקולים הכלליים שנמנו בחוק. עיון בהחלטות הממשלה על הסמכת השב"כ, ובכללן ההכרזה האחרונה מיום 10.2.2021, מלמד כי אף שבפני צוות השרים ובפני הממשלה הונחו מסמכים שונים המתייחסים למכלול השיקולים המנויים בחוק, לא ניתן לחלץ מתוך ההחלטות כל קריטריונים מדידים שקבעה והפעילה הממשלה בהקשר זה. כמו כן לא ברור מן ההחלטות מהו המשקל שיוחס לכל אחד מן השיקולים המנויים בחוק. קושי זה מתחדד בשים לב לכך שמאז שהחלה ביום 21.7.2020 ההסתייעות בשב"כ על פי ההסדר שבחוק, התרחשו שינויים רבים בתמונת המצב העובדתית שיש בהם לכאורה כדי להשפיע על השיקולים שעליהם עמדתי לעיל ושאותם על הממשלה לשקול בעת ההכרזה על הסמכת השב"כ, אך הסמכת השב"כ לאורך כל התקופה האמורה ועד היום נותרה גורפת.

38. כך למשל, ביחס לשיקול הראשון המנוי בחוק והנוגע לסיכון הנשקף מהמחלה ראינו כי מספר המאומתים, קצב ההדבקה ומספר החולים הקשים ידעו עליות ומורדות מאז חודש יולי 2020. בשבועות האחרונים אף התפשטו בישראל וריאנטים של הנגיף המעוררים חשש להתפשטות מהירה של המחלה (פסקה 7 להודעת העדכון מטעם משיבי הממשלה מיום 16.2.2021). לצד זאת, ההתפתחות המשמעותית ביותר בחודשים

האחרונים היא פיתוח החיסון לנגיף והקמתו של מערך חיסונים אפקטיבי ורחב-היקף. על פי נתוני משרד הבריאות, שקדמו להכרזה מיום 10.2.2021, התחסנו כ-3.6 מיליון תושבים בשתי מנות החיסון, ומתוכם כ-2.3 מיליון כבר הספיקו להתחסן במנה השנייה; בכל יום נוספים עשרות אלפי מתחסנים חדשים; וכתוצאה מכך, מרבית האוכלוסייה המצויה בסיכון גבוה, קרי תושבי המדינה מעל גיל 60, כבר מחוסנת (ראו באתר משרד הבריאות בכתובת datadashboard.health.gov.il/COVID-19/general). התפתחות זו לא נצפתה כאפשרות סבירה במועד חקיקת חוק הסמכת השב"כ והיא משמעותית במיוחד בהינתן ההנחיות הנוכחיות של משרד הבריאות, אשר לפיהן מי שזכאי לתעודת מתחסן אינו חייב בבידוד, אף אם בא במגע קרוב עם חולה מאומת. היועצת המשפטית של משרד הבריאות, עו"ד טליה אגמון, אף עדכנה את צוות השרים ביום 8.2.2021 כי כבר כיום לא נשלחות הודעות למחוסנים אשר אותרו כמי שנחשפו לחולה מאומת. בהקשר זה ציין הייעוץ המשפטי של ועדת החוץ והביטחון כי "ההנחה היא שכלל שמספר המחוסנים יעלה, יותר אנשים יקבלו פטור מבידוד, דבר אשר יעמיד בבחינה את הצורך – או לחלופין את התייתרות הצורך – בהמשך איתור אנשים ששהו ליד חולים מאומתים באמצעי השב"כ" (פסקה 3 להודעת העדכון מטעם הכנסת מיום 18.2.2021).

39. תמורות משמעותיות חלו גם בכל הנוגע לשיקול השני – חלופות לשימוש בכלי השב"כ: בחודשיים הראשונים לשימוש בכלי מכוח חוק הסמכת השב"כ, עבדו במערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות כ-1,000 מתחקרים ויעילותו של מערך זה הייתה נמוכה משמעותית מזה של כלי השב"כ (ראו את חוות הדעת של סגן ראש שירותי בריאות הציבור מיום 4.8.2020, מיום 28.8.2020 ומיום 13.9.2020). ואולם, בעקבות הקמת מפקדת "אלון" בשיתוף פיקוד העורף והרשויות המקומיות בחודש אוגוסט 2020, מערך המתחקרים האפידמיולוגיים גדל תוך מספר חודשים לכ-3,000 מתחקרים שעברו הכשרה מתאימה והדבר שיפר והגביר מאוד את יעילותו (פסקה 108 לתגובה המקדמית מטעם משיבי הממשלה). תרומה נוספת להגברת יעילות מערך החקירות האנושיות מקורה בשדרוג כלי העזר שבהם נעשה שימוש במסגרת חקירות אלה, ובכללם האוטומציה של תהליכי קבלת מידע מרשויות מנהליות אחרות (עמ' 5 לחוות דעת משרד הבריאות מיום 7.2.2021 אשר צורפה כנספח להודעה המעדכנת מטעם משיבי הממשלה מיום 16.2.2021); וכן הוספת טופס חקירה עצמית ממוחשב הנשלח לכל חולה מאומת עם קבלת תשובה חיובית ובו עליו למלא את פרטי מגעיו עוד בטרם קיום שיחה עם מתחקר (פסקה 86 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). הגידול העצום במערך הבדיקות וביעילותו – אשר השימוש בו כיום "מוכתב מהביקוש להן [לבדיקות] ולא ממגבלת זמינות או כמות" – משליך אף הוא על היכולת לקטוע באופן יעיל את שרשראות ההדבקה (סעיף 84 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה).

40. השיקול השלישי הנוגע ליעילותו של כלי השב"כ ידע אף הוא שינויים בחודשים האחרונים, ובתקופות מסוימות נרשמה ירידה ברורה בתרומתו היחסית לאיתור חולים באופן בלעדי (ראו פסקה 85 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). בהקשר זה יש לציין כי אופן הצגת הנתונים בדבר היעילות של כלי השב"כ והפרמטרים שנלקחו בחשבון במסגרת זו השתנו ממסמך למסמך, והדבר הקשה על זיהוי מגמות ושינויים משמעותיים ביעילות הכלי. כך, בחוות הדעת מטעם משרד הבריאות שהוצגו בפני צוות השרים ובכתבי הטענות מטעם משיבי הממשלה שהוגשו לנו במסגרת ההליך דנן, הוצגו לעיתים הנתונים במספרים מוחלטים ולעיתים באופן יחסי; בשום שלב לא הוצג היחס בין הנתונים בחוות דעת אחת לזו שאחריה; ואף לא הובהר מה הם אותם נתונים שמשרד הבריאות מתייחס אליהם כנתונים החשובים ביותר לשם קבלת ההחלטה על השימוש בכלי השב"כ. הערנו על כך במהלך הדיונים בעתירה, אך גם במהלך ישיבתה האחרונה של ועדת החוץ והביטחון מיום 15.2.2021 ניטש ויכוח ביחס לשאלה כיצד יש לחשב ולהציג את התועלת מן השימוש בכלי השב"כ, ויו"ר הוועדה עמד על כך שיש להציג את הנתונים באופן אחיד, כאחוז החולים שאיתר השב"כ באופן בלעדי מתוך כלל החולים. שיעור ההשגות הגבוה שמוגש ומתקבל על המסרונים ששולח משרד הבריאות למי שאוכן כמי שבא במגע עם חולה (למעלה מ-50% הגישו השגות, מתוכן התקבלו כשני שלישי; ראו עמ' 9 לפרוטוקול הדיון בוועדת החוץ והביטחון מיום 15.2.2021), מחזק אף הוא את הטענה כי לעת הזו התועלת מהשימוש בכלי השב"כ היא מצומצמת, כשלמולה עומדת פגיעה קשה ונמשכת בזכות הפרטיות.

41. ניתן היה לצפות כי כל התמורות הללו יקבלו ביטוי בהכרזות ההסמכה, למצער בדרך של צמצום היקף השימוש בכלי השב"כ. זאת, במיוחד בשים לב לכך שחוק הסמכת השב"כ מהווה כאמור חוק מסגרת המותיר את שיקול הדעת ביחס לעצם ההסתייעות בשב"כ והיקפה בידי הממשלה, כדי שזו תקבל החלטות בעניין זה בהתבסס על השינויים בתמונת המציאות ובכלים הנוספים המצויים בידה. בחינת החלטות הממשלה בעניין זה מלמדת, כאמור, שהסמכת השב"כ הייתה ונותרה גורפת, גם לאחר הרחבת מערך החקירות האנושי ושיפור יעילותו ואף לאחר שהושגו חיסונים והוקם מערך שבאמצעותו כבר חוסנו עד כה מיליוני אזרחים. למרות כל אלה, טען נציג משרד הבריאות גם במסגרת הדיונים שקדמו להכרזה האחרונה, כי "בנתונים העדכניים של היקף התחלואה אין חלופה מתאימה להסתייעות בשירות, בשים לב לסיכון הנשקף לציבור מהמחלה" (פסקה 8 להודעה המעדכנת מטעם משיבי הממשלה מיום 16.2.2021).

42. שאלת ההסתייעות בכלי השב"כ איננה בחירה בינארית בין שימוש במלוא יכולות הכלי או הימנעות מוחלטת מהשימוש בו. כפי שצוין לעיל, בבוא הממשלה לבחון אם להכריז על הסמכת השב"כ, עליה לבחון בין היתר את דבר קיומן של חלופות "פנימיות", כגון צמצום השימוש בכלי לאותם מקרים שבהם אכן נדרשת "השלמה" של מערך החקירות האנושי, למשל כאשר חולה מאומת אינו משתף פעולה או כאשר מספר החולים המאומתים הוא כה גבוה שמערך החקירות האנושי אינו מסוגל לתשאל את כולם באופן יעיל. בהקשר זה חשוב להזכיר כי מאז יום 22.10.2020 בכל אחת מחוות הדעת שהגישה הרשות להגנת הפרטיות לצוות השרים – אותן מחויב צוות השרים לשקול בהתאם לאמור בסעיף 12(א) לחוק הסמכת השב"כ – צוין כי לנוכח נתוני התחלואה העדכניים ובשים לב ליכולות ההולכת וגדלה של מערך החקירות האנושיות, יש לצמצם את השימוש הגורף בכלי השב"כ. כך למשל ביום 8.2.2021 המליצה הרשות להגנת הפרטיות כי כאשר מספר החולים היומי נמוך ממספר החקירות היומי שבכוחו של מערך החקירות האפידמיולוגיות לבצע, יש להפסיק את השימוש הגורף במנגנון השירות, וכי לנוכח נתוני התחלואה הנוכחיים, ולמשך תקופת מעבר קצובה עד לירידה בתחלואה והתקדמות מבצע החיסונים, ניתן לשקול מנגנון לפיו השימוש בכלי יוגבל רק למקרים בהם החולה המאומת אינו משתף פעולה כלל בחקירתו, או שלא מסר מגעים כלל (סעיף 10 להודעה המעדכנת מטעם משיבי הממשלה מיום 16.2.2021).

לא למותר לציין כי השב"כ סבור אף הוא שיש לצמצם את השימוש בכלי. כך, טרם ההכרזה על הסמכת השב"כ ביום 16.12.2020 ציין סגן ראש השירות בפני צוות השרים כי לעמדת הארגון יש להמשיך בהפעלה מלאה של הכלי, אולם בהמשך יש לפעול לצמצום ההסתייעות בכלי במתכונת הבאה: הכלי יופעל בשגרה רק כלפי "סרבני תחקור" המוסרים מספר מגעים לא סביר; בהינתן נתוני תחלואה של 3,000 חולים חדשים ביום יופעל הכלי גם לגבי חולים שמערך החוקרים לא הספיק לערוך עמם חקירה אנושית בתוך יממה למן אבחונם; ורק בהינתן מספר חולים חדשים יומי העולה על 4,000 יופעל כלי השב"כ באופן מלא (פסקה 93 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). טרם ההכרזה על הסמכת השב"כ מיום 10.2.2021, ציין נציג השירות כי יש לראות בכלי השירות כלי משלים אשר יעשה בו שימוש בשני מצבים: האחד, ביחס לחולים שאינם משתפים פעולה בחקירה האנושית או שמסרו על מגעים מעטים; והשני, במצב בו נתוני התחלואה אינם מאפשרים תחקור אפידמיולוגי אנושי בזמן סביר לכלל החולים, בהתאם לקיבולת שתוגדר על ידי פיקוד העורף (פסקה 9 להודעה המעדכנת מטעם משיבי הממשלה מיום 16.2.2021).

43. גישת הממשלה ביחס לחלופות להסתייעות בשב"כ, יש בה משום היפוך היוצרות באשר למהותו ולמקומו של כלי השב"כ בתוך סל האמצעים העומדים לרשות הממשלה בניסיון לצמצם את התפשטות הנגיף. כפי שציין יו"ר ועדת החוץ והביטחון בדיון מיום 15.7.2020, שעסק בהכנת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית, מטרתו של כלי השב"כ היא להוות כלי מסייע, שכבת מגן שלישית במסגרת "מערכת הגנה רב-שכבתית" (שס, בעמ' 3). ואולם, נדמה כי חלופות לשימוש בשב"כ מקודמות באיטיות, אם בכלל. כך, חרף ההבנה כי שיפור מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות מוביל להגברת יעילותן ולצמצום הצורך בשימוש בכלי השב"כ (וראו בהקשר זה בעמ' 5 לחוות דעת משרד הבריאות מיום 7.2.2021 המצורפת להודעה המעדכנת מטעם משיבי הממשלה מיום 16.2.2021), לא תוגבר מערך זה בכוח אדם נוסף וזאת בניגוד לדברי משיבי הממשלה בדיון מיום 22.10.2020 כי מספר המתחקרים במערך האפידמיולוגי האנושי יוגדל עוד בכ-900 מתחקרים (ראו עמ' 24 לפרוטוקול הדיון מיום 22.10.2020). הערנו על כך במהלך הדיון מיום 17.1.2021, אך בפי משיבי הממשלה לא היה הסבר כלשהו לדבר. כך גם ביחס לחובת הממשלה לקדם ולעודד שימוש בטכנולוגיה אזרחית מכוח סעיף 12א לחוק הסמכת השב"כ. משיבי הממשלה ציינו כי חרף ניסיונות לקדם את התקנת יישומון "המגן" ו-"המגן 2", נכון ליום 11.2.2021 נותר מספר ההתקנות נמוך (כמיליון מכשירים בלבד לפי דיווח משרד הבריאות ליועץ המשפטי לממשלה אשר צורף להודעה המעדכנת מטעם משיבי הממשלה מיום 16.2.2021), ולגישת משיבי הממשלה היקף הורדות זה אין בו כדי לתרום תרומה ממשית למניעת התפשטות הנגיף (פסקה 114 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה).

44. כפי שציננה הרשות להגנת הפרטיות בחוות דעתה מיום 8.2.2021: "תמונת המצב מאז חקיקת החוק בראשית חודש יולי השתנתה עד מאוד. מערך החקירות ומערך הבדיקות גדלו פי כמה, וכך גם יעילותם. מיליוני ישראלים כבר חוסנו". חרף התמורות והשינויים המשמעותיים הללו שארעו מאז חקיקת חוק הסמכת השב"כ ואשר אמורים היו להשפיע על מכלול השיקולים שנדרשת הממשלה לשקול טרם ההכרזה על הסמכת השב"כ, הממשלה בחרה להוסיף ולהסתמך באופן גורף על כלי השב"כ כאמצעי עיקרי להתמודדות עם התפשטות המגפה ולא שינתה במאום את היקף ההסמכה. כתוצאה מכך התאפשר במשך חודשים ארוכים ביצוע מעקב מגעים המוני. לכך יש להוסיף את העובדה כי בסעיף 12א לחוק הוטלה על הממשלה החובה לעסוק בפיתוח טכנולוגיה אזרחית כחלופה להסתייעות בשב"כ. טכנולוגיה כאמור הייתה ועודנה רכיב שולי במערך האפידמיולוגי הכולל, ומציאות זו מקשה אף היא "להיגמל" מהשימוש הגורף בכלי של השב"כ. הקשיים האמורים אך מתחדדים כעת, בשים לב לכך שחוק הסמכת השב"כ, אשר נחקק כהוראת שעה זמנית לתקופה של חצי שנה, הוארך באופן אוטומטי מכוח סעיף 38

לחוק-יסוד: הכנסת. בחירת הממשלה שלא לקדם הצעת חקיקה שתחליף את חוק הסמכת השב"כ, מהווה, כאמור, נקודת מפנה משמעותית בכל הנוגע למרחב שיקול הדעת המנהלי ולמרות זאת, נראה כי לא ניתן לכך ביטוי של ממש בעת ההכרזה האחרונה על הסמכת השב"כ.

הפגם שנפל בהחלטות הממשלה על הסמכת השב"כ

45. התמונה המצטיירת מאופן יישומו של חוק הסמכת השב"כ עד כה מעלה תהיות כבדות משקל באשר לסבירותן ומידתיותן של הכרזות הממשלה, ובפרט ביחס להחלטה להסמיך את השב"כ באופן גורף גם לאחר יום 20.1.2021 – הוא המועד שבו היה אמור החוק לפקוע – להמשיך ולפעול באמצעות הכלי שברשותו על מנת לסייע בצמצום התפשטות הנגיף. כידוע, לא בנקל יחליף בית משפט זה את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו, בפרט כאשר מדובר בהחלטות הכרוכות בשיקולים מקצועיים (בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פסקה 10 (29.5.2007)). אך בענייננו יש קושי רב לקיים ולו בחינה מוגבלת זו, בהעדר קריטריונים מדידים וברורים המאפשרים לעמוד על האופן שבו הפעילה הרשות המוסמכת את שיקול דעתה. זאת, מאחר שהממשלה לא פירטה מה מבין שלל הנתונים שהוצגו הם הנתונים הרלוונטיים והמכריעים לגישתה, וממילא לא ברור כלל מהן ההתפתחויות והתמורות בנתונים אלו אשר יש בהן, על פי תפיסתה, כדי לחייב את הפסקת ההסתייעות בשב"כ או את צמצומה.

46. בית משפט זה עמד לא אחת על כך שרשויות מנהליות נדרשות לקבוע לעצמן אמות מידה, קריטריונים או הנחיות שיתוו את הפעלת שיקול דעתן. אכן, "ראוי הוא לרשות שלטונית, שתקבע לעצמה קריטריונים להפעלת שיקול-דעתה" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 74 (1997)). כך נקבע למשל ביחס לסמכויות מסוימות הנוגעות להקצאת משאבים ציבוריים (בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 228 (2000)) ולהפעלת סמכויות אכיפה (רע"פ 3676/08 זנו נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (27.7.2009)). אף שבעבר עמד בית המשפט על הצורך באימוץ אמות מידה להפעלת שיקול דעת מנהלי בעיקר במצבים שבהם התעורר חשש לשימוש בסמכות באופן מפלה או שרירותי, בספרות הובעה העמדה שלפיה חשיבותה של הסמכות המופעלת "מבחינת השפעתה על חייהם של אנשים או מבחינת השפעותיה הציבוריות", יכולה אף היא להקים חובה לאמץ אמות מידה והנחיות להפעלת שיקול הדעת המנהלי (דפנה ברק-

ארז משפט מינהלי כרך א 233-234 (2010); ראו גם: יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" משפטים כג 437, 469-470 (התשנ"ד) (להלן: דותן), שם צוין כי בהחלטות הנוגעות ישירות לפגיעה בחירויות יסוד קיימת הצדקה להתערבות שיפוטית ולדרישה מהרשות לקבוע כללים להפעלת שיקול דעתה).

47. במקרה דנן אין מחלוקת כי סמכות הממשלה מכוח חוק הסמכת השב"כ משפיעה על חייהם של רבים אשר פרטיותם נפגעת כתוצאה מהפעלת הסמכויות החריגות שבחוק, וכי הרחבת מעורבותו של השב"כ למישור האזרחי טומנת בחובה השלכות ציבוריות מרחיקות לכת. לנוכח מאפיינים אלה של חוק הסמכת השב"כ, ולנוכח השינויים בתמונת המציאות, ובכלל זאת שילוש היקף מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות; התקדמותו של מבצע החיסונים; ועמדותיהם של השב"כ ושל הרשות להגנת הפרטיות לפיהן יש לצמצם את השימוש בכלי השב"כ – אני סבורה כי על הממשלה לנקוט צעדים משמעותיים שיגדרו ויגבילו את המשך הפעלת שיקול הדעת שלה באשר להסתייעות בשב"כ ויפה שעת אחת קודם. במסגרת זו על הממשלה לגבש קריטריונים מדידים שיקבעו את היקף ההסתייעות בשב"כ, ועל קריטריונים אלה להבטיח בכל מקרה את הפסקת השימוש הגורף בשב"כ. קריטריונים כאמור נחוצים הן כדי להתוות את שיקול דעתה של הממשלה והן כדי לאפשר פיקוח פרלמנטרי וביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות הכרוכות בפגיעה חמורה בזכות יסוד (ראו דותן, בעמ' 451).

וידוגש – הסמכת השב"כ צריך שתיעשה באופן שאינו גורף ובהתאם לפרמטרים קבועים, ידועים ושקופים שתקבע הממשלה. זאת, כדי להבטיח כי ההסתייעות בשב"כ תהווה כלי משלים בלבד להתמודדות עם פערים סציפיים במערך האפידמיולוגי בעת ההכרזה. במסגרת קביעת הקריטריונים אני סבורה כי יש ליתן משקל משמעותי לכך שחוק הסמכת השב"כ הוארך באופן אוטומטי מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת, באופן המצמצם כאמור את שיקול דעתה של הממשלה בכל הנוגע להיקף ההסתייעות בשב"כ החל מיום 20.1.2021. לפיכך, בהעדר חקיקה חדשה שתחליף את חוק הסמכת השב"כ ואשר תיקח בחשבון את כלל השינויים העובדתיים שהתרחשו בחצי השנה האחרונה, קריטריונים אלה צריך שימקדו את השימוש בכלי השב"כ רק באותם חולים שאינם משתפים פעולה במסגרת החקירה האפידמיולוגית האנושית או שלא דיווחו על מגעים כלשהם – כלומר, ככלי משלים למערך החקירות. לא נעלמה מעיני טענת משיבי הממשלה לפיה קיימים קשיים מושגיים ומעשיים בהגדרת "חוסר שיתוף פעולה" כאמת מידה לצמצום הפעלת מנגנון ההסתייעות בשב"כ (סעיף 88 לכתב התשובה מטעמם), אך לשם

כך בדיוק על הממשלה להגדיר קריטריונים ברורים שיאפשרו להתגבר על קשיים אלה ויתייחסו הן למי שאינו משתף פעולה בכוונת מכוון והן למי שאינו מסוגל לשתף פעולה מטעמים של מגבלות זיכרון.

48. אשר על כן, לו תישמע דעתי, אציע כי ההכרזה הנוכחית על הסמכת השב"כ תמצה את ימיה (עד ליום 3.3.2021), אך ככל שהממשלה תבחר להמשיך להסתייע בשב"כ בהתאם לחוק הסמכת השב"כ היא לא תוכל לעשות כן באופן גורף ויהיה עליה לגבש קריטריונים אובייקטיבים בכל הנוגע להיקף ההסתייעות בשב"כ, שייקבעו בהתבסס על השיקולים המנויים בחוק ובשים לב למשמעויות הנגזרות מהארכת תוקפו של החוק מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת. קריטריונים אלה, אשר יש להציגם בפני ועדת החוץ והביטחון וכן לפרסמם בפומבי, מטרתם לשים קץ לפרקטיקה לפיה ההסתייעות בשב"כ נעשית באופן גורף וללא התאמה למערך הבדיקות והחיסונים, לנתוני התחלואה ולכלים הנוספים הנתונים לממשלה לצורך התמודדות עם הנגיף. לשם גיבוש הקריטריונים האמורים, אציע כי תיקבע תקופת התארגנות כך שהמועד האחרון לגיבושן יהא 14.3.2021, וכי ממועד זה ואילך, תוגבל בכל מקרה הסמכת השב"כ רק לאותם מקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל דיווח על מגעים, כאמור בסעיף (א) לצו על תנאי.

סוף דבר

49. כמעט שנה חלפה מאז החלה הממשלה להסתייע בשב"כ לצורך מעקב מגעים. כפי שהדגשנו בעניין בן מאיר "השימוש בכלים אשר פותחו במטרה להילחם בגורמים עוינים והפנייתם כלפי אזרחי ותושבי המדינה שאינם מבקשים להרע לה, הוא מהלך העשוי להדיר שינה מעיניו של כל שוחר דמוקרטיה" (שם, פסקה 38). אם בתחילת הדרך הצדיקה הממשלה את הפגיעה הקשה בזכויות יסוד בסכנה החמורה והמידית אשר נשקפה לציבור מהתפשטות נגיף הקורונה, הרי שכעת נדמה כי מתממש החשש שהובע בתחילת הדרך לפיו "עם חלוף הזמן עלול הזמני להפוך לקבוע" (ברוך דבריו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בבע"מ 9881/05 פלוני נ' פלונית, פסקה ג' (9.4.2006)). נוכח חלוף הזמן, ונוכח ההכרה כי החיים לצד הנגיף דורשים את "נרמולו" של מצב החירום, יש לחתור ללא לאות ולעשות כל שנדרש כדי להפסיק (ולמצער לצמצם) למינימום הכרחי בלבד) את הצורך להסתייע בגוף הביטחון המסכל של המדינה בתחומים שאינם בליבת עיסוקו.

50. לפיכך, אציע לחבריי לקבל את העתירה באופן חלקי במובן זה שכלל שהממשלה תבחר להמשיך להסתייע בשב"כ לאחר יום 14.3.2021, עליה לגבש קריטריונים להפעלת שיקול דעתה בהתאם לאמור בפסקה 48 ובכל מקרה החל ממועד זה תוגבל אפשרותה של הממשלה להסמכת השב"כ רק לאותם מקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל דיווח על מגעים.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לדרך הניתוח המעמיקה והמדוקדקת של חברתי הנשיאה, השופטת א' חיות, בחוות דעתה. נוכח חשיבות הדברים אביא להלן מספר הדגשים משלי למכלול.

2. הנני שותף לדעתה של חברתי הנשיאה כי הביקורת אותה עלינו להפעיל במקרה שלפנינו כנגד אותם סעיפים בחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), תש"פ-2020 (להלן: החוק להסמכת השב"כ, או החוק), שלגביהם הוצא הצו על-תנאי – צולחת את המבחן החוקתי ואולם היא מצויה בתחום של המשפט המינהלי בהקשר ליישומו של החוק להסמכת השב"כ ע"י משיבי הממשלה. עתה ארחיב ואפרט.

3. החוק להסמכת השב"כ בא על רקע מגיפת הקורונה והקשיים והמצוקות הנוראיים שנגרמים בגינה. לפיכך ההצדקה לחוק נטועה, בעיני, בעקרון של הזהירות המונעת (The Precautionary Principle), אשר בנסיבות שלפנינו עומד בדרישת המידתיות שב"פיסקת ההגבלה", המוסדרת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו בבחינת הרע במיעוטו, שהרי מוטב להישמר מאשר להצטער (כלל זה מנוסח באנגלית במילים: Better Safe than Sorry).

ראו בהרחבה לגבי עקרון הזהירות המונעת – בחוות דעתי ב-בג"ץ 466/07 חה"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.01.2012) (להלן: עניין גלאון); עיינו גם: בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015) בחוות הדעת של חברי, השופט נ' סולברג; רע"פ 2841/17 חיפה כימיקלים בע"מ נ' עיריית חיפה (27.07.2017), בפיסקה 37 לחוות דעתי מפי ההרכב, והאסמכתאות הנזכרות שם; בג"ץ

5263/16 נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה (23.07.2018) בחוות דעתו של חברי, השופט מ' מזוז מפי ההרכב; בג"ץ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה (להלן: ענין בן מאיר) – בחוות דעתי ובחוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג שם.

4. הנה כי כן, במצב החירום בו אנו נתונים כיום בעקבות מגפת הקורונה (ובשונה מחילוקי הדעות שנפלו בסוגיית הזהירות המונעת בעניין גלאון), דומה כי עתה – בארץ ובעולם – כולי עלמא לא פליגי שהמחוקק רשאי לפעול בהקשר למגפת הקורונה על פי עקרון הזהירות המונעת. עקרון זה גורס, כידוע, כי כדי להתמודד עם הקושי שנוצר בפער בין הידע הקיים בזמן נתון לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם, אם לא ינקטו מראש אמצעי זהירות ראויים לגבי המצב שנוצר – יש לאפשר למחוקק לנקוט בצעדים שתכליתם לנסות למנוע או למזער את הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לנזק רחב בלתי הפיך, אפילו הוא קיים בהסתברות נמוכה בלבד, וגם כאשר אין ודאות מוכחת ומובהקת שהנזק החזוי אכן יתממש (ראו: עניין גלאון, שם בפיסקאות 34-42 לחוות דעתי; עיינו גם: Ofer Malcai and Michal Shur-Ofry, *Using Complexity to Calibrate Legal Response to COVID-19* (forthcoming, 2021). המחברים תולים את "עקרון הזהירות המונעת" בתיאוריה המדעית של "מערכות מורכבות", ומצדדים בהפעלת העקרון בעת ששוררים מצבי חירום מיוחדים).

5. יחד עם זאת אף לעיקרון הזהירות המונעת, ככל שהוא מעוגן בחוק – יש להציב גבולות ולהפעילו בזהירות מונעת (ראו: דברי השופט א' רובינשטיין בעניין גלאון) – כל אימת שהוא מיושם ע"י הרשות המבצעת. בהקשר זה:

(א) יש לבדוק את דבר קיומם של אמצעים חלופיים ומידתיים יותר להשגת אותה תכלית, או תכלית דומה (הן במישור תת-המבחן השני למידתיות שב"פיסקת ההגבלה" והן במסגרת תת-המבחן השלישי של המידתיות במובן הצר).

(ב) יש להישמר מהדרדרות – ב"מדרון חלקלק" של שימוש מופרז באמצעים שיאשו, או במשכם (ראו: אליקים רובינשטיין "על סכנת המדרון החלקלק" משרד המשפטים, פרשת השבוע, גיליון מס' 65; ד"ר מנחם פינקלשטיין "המדרון החלקלק" עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל, גיליון מס' 4, 1 (פברואר 2011). עיינו גם: עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (11.02.2008) בפיסקה ז(1) לחוות דעתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, שהתבטא שם כך:

"פתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח שיהיו
עגלות וקרונות נכנסות בו" (שיר השירים רבה, ה')."

6. דומה עליי שמשיבי הממשלה לא עמדו בדרישות הצמצום הנ"ל, כפי שעולה
מחוות הדעת של חברתי הנשיאה ומהחומר הרב שהוגש לנו. בולטים בהקשר זה הנתונים
הבאים:

(א) הצלחת מבצע החיסונים, משליכה על הצורך בצמצום השימוש בכלי הטכנולוגי
של השב"כ (להלן: הכלי) ומצדיקה את הגבלתו, בין היתר בשים לב להתפתחות
המערך האנושי של החקירות האפידמיולוגיות.

(ב) עמדת הרשות להגנת הפרטיות, שיש חובה סטטוטורית לשמוע את דעתה בעניין
(כעולה מסעיפים 12(א) ו-12(ב) לחוק). רשות זו קראה להגבלת השימוש הגורף
בכלי – בתקופה שבה מספר החולים היומי נמוך ממספר החקירות היומיות
שבכוחו של מערך החקירות האפידמיולוגיות לבצע, ואף לצמצם את איכוני
השב"כ רק למקרים שבהם החולה המאומת איננו משתף פעולה עם החקירה
האפידמיולוגית, או שהוא מוסר כי לא היו לו כביכול כל מגעים עם אחרים.

(ג) גישת השב"כ עצמו, שאף הוא מצדד בהגבלת השימוש בכלי, במצבים מסוימים,
כמפורט בפסקה 42 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה.

(ד) העובדה שמערך החקירות האפידמיולוגיות האנושי – לא תוגבר, למרות הצהרת
באי-כוח משיבי הממשלה, בדיון שהתקיים בתאריך 22.10.2020, כי ייוספו לו
עוד 900 תקני חוקרים.

(ה) מספר האיתורים השגויים הרב, שנבע, בין השאר, מהפעלת הכלי בתנאים
ובמצבים שאינם מתאימים לייעודו המקורי.
(תופעה זו, שאמנם תוקנה בחלקה בעקבות עררים של אלה שבחרו להגישם –
הכניסה עשרות אלפי אנשים לבידוד מיותר והשביתה אותם מעבודתם
ומפעילותם השוטפת, כמפורט בחוות דעתו של חברי, השופט י' עמית).

(ו) האפשרות לבצע בדיקות סרולוגיות המוניות – נושא שהוצג כחלופה לאיכוני
השב"כ עוד בעניין בן מאיר מפיה של פרופ' סדצקי מטעם משרד הבריאות.

ז) אי-קידום והטמעה מספקים בקרב הציבור של השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים – בניגוד להוראות סעיף 1 בחוק להסמכת השב"כ (סעיף המטרה) ולהוראות סעיף 12א לחוק.

משיבי הממשלה הצהירו כי יפעלו בכיוון זה עם הפעלת אפליקציית הרמזור, ויש לבחון אם אכן עשו כך, ולכן בשלב זה אין להפוך את הצו על-תנאי שהוצא בעניין זה למוחלט. בהקשר זה תשומת לב המשיבים מופנית למחקרם של פרופ' מיכאל בירנהק וד"ר מיקי זר יחד עם מר אלון זוז מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת ת"א, שהוגש באוגוסט 2020 למשרד המדע והטכנולוגיה וכותרתו: "פרטיות במשבר: עקרונות פעולה משפטיים לפיתוח טכנולוגיות לאיתור מגעים".

7. בנוסף לכל האמור לעיל – על משיבי הממשלה להביא בחשבון, בהגבלה העצמית הנדרשת בהפעלת החוק להסמכת השב"כ, כי הם הודו בכך, שכלל הידוע, ישראל היא המדינה הדמוקרטית היחידה בתבל שעושה שימוש בשירותי הביטחון שלה, או באמצעי טכנולוגי דוגמת הכלי, כדי לאתר מגעים עם חולים מאומתים (אף כי ייתכן שבמדינות אחרות – כלי כזה איננו בנמצא כלל).

8. הזהירות המתחייבת כאן היא איפוא רבה, שכן לא רק שנפגעת פה במישרין הפרטיות, שהיא זכות קונסטיטוציונית מפורשת, המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ובחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, אלא שהשימוש בכלי מביא גם לפגיעה בכבוד האדם, ובעקיפין גורם להכנסת אדם לבידוד (מה שאף פוגע בזכויותיו החוקתיות: לחירות ולחופש תנועה, וכן, לעתים, בחופש העיסוק).

עיינו והשוו: בג"ץ 5936/97 ד"ר אורן לם נ' מנכ"ל משרד החינוך פ"ד נג(4) 673 (1999); בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.09.2014); Michael ; C. Dorf, *Incidental Burdens of Fundamental Rights*, 109 HARV. L. REV. 1175 (1996); אהרן ברק מידתיות במשפט 139-140 (2010).

9. גם בשאלה השנייה שעמדה לפתחנו (כיצד, אם בכלל, משפיעה הארכתו של החוק להסמכת השב"כ מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת על ענייננו), אני רואה עין בעין עם חברתי הנשיאה. זו גזירת המכונן לנוכח המצב שאליו נקלענו עם פיזור הכנסת ה-23.

יחד עם זאת אין בעובדה שהחוק להסמכת השב"כ, שנחקק על דרך של הוראת שעה, והוא יכול לעמוד עתה בתוקפו עד לתאריך 06.07.2021 עקב פיזור הכנסת ה-23, כדי למנוע מהממשלה ליזום, במידת הצורך, הצעת חוק חדשה, שתהיה מצומצמת ומידתית יותר.

נקיטה בדרך זו יהיה בה משום כיבוד הכנסת, שראתה לנכון להגביל במקור את תוקפו של החוק להסמכת השב"כ עד לתאריך 20.01.2021 וכן בבחינת היענות לקריאת ועדת החוק והביטחון של הכנסת, אשר ביקשה, בדיון שהתקיים בפניה בתאריך 12.01.2021, כי הממשלה תנהג כך (אף היועץ המשפטי לממשלה צידד בהליכה בנתיב שכזה). לפיכך חבל מאוד שדעתם של כל אלה – לא נתקבלה עד כה, ואולם הדבר עשוי בהחלט להשליך על מידתיותם של ההסדרים שינקטו בעתיד, אם בכלל.

10. נוכח כל האמור לעיל – אני מצטרף גם לתוצאה המוצעת על-ידי חברתי הנשיאה כי הצו על-תנאי, שהוצא בראש הראשון, יהפוך למוחלט במתכונת שהוצגה על-ידה.

בהינתן שמדינת ישראל היא אכן המדינה היחידה בקרב הדמוקרטיות בעולם שעושה שימוש מעין זה בשירות הביטחון שלה ובכלי – הגיעה העת (לאחר כשנה מפרוץ מגפת הקורונה) להיגמל מאמצעי זה, שכן הוא ממכר ואף מעודד יצירת פרקטיקות פוגעניות נוספות. הדבר מתבקש מהיותנו מדינה יהודית ודמוקרטית. בהקשר זה יש להזכיר כי את מושג הפרטיות הביא לעולם עם ישראל, והראשון שהכיר בכך היה בלעם שדרש: "מה טובו אוהליך יעקב משכנותיך ישראל" (במדבר כ"ד, ה'; ראו: בבלי, בבא בתרא נ"ט ע"ב; ס', ע"א; ועיינו: גדעון קלוגמן "על היזק הראיה" עיוני משפט ה' 425 (תשל"ו-תשל"ז); אליהו ליפשיץ "הזכות לפרטיות במשפט העברי ובמשפט המדינה" במסגרת פרסומי פרשת השבוע של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, פרשת בלק, גיליון מס' 33 (תשס"א); נחום רקובר ההגנה על צנעת הפרט 29-48, 269-293 (2006)).

המשנה לנשיאה

השופטת ד' ברק-ארז:

1. הסדרים יוצאי דופן הונחו לפתחנו. במרכזם עומדת הסמכתו של שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ) לעשות שימוש באמצעי של "איתור מגעים" בין חולים בנגיף הקורונה לבין אנשים נוספים באמצעות איכונים של הטלפונים הניידים שלהם. האם הסמכה זו היא כדין – חוקתית ומינהלית – גם כאשר החולה המאומת משתף פעולה בחקירה אפידמיולוגית? במלים אחרות, האם השימוש באיכונים יכול להיות "דרך המלך" לאיתור של מגעים כאלה? אלה השאלות שהועמדו בסופו של דבר להכרעתנו, במסגרת התדיינות שידעה מעלות ומורדות – עם התפשטותה של מגפת הקורונה והתפתחותן של דרכי ההתמודדות עמה.

2. חברתי הנשיאה א' חיות סבורה כי בשלב הנוכחי אין מקום לקבוע כי הסמכתו של השב"כ לבצע איכונים ביחס לכלל האוכלוסייה כאמור לעיל אינה צולחת את מבחני החוקתיות, ויש להסתפק בהגבלת השימוש בהסמכה במישור המינהלי. אני מסכימה שזוהי ההכרעה הראויה בעת הזו. על כן, אסתפק בהוספת מספר דגשים המבהירים את גרעין ההצדקה להחלטתנו מנקודת מבטי.

המסגרת הפורמאלית של הדיון ומה שמעבר לה

3. הדיון שבפנינו התמקד – בהתאם לנוסחו של הצו על-תנאי – בשאלה של שימוש באיכונים המתבצעים על-ידי השב"כ, בהשוואה לדרכי פעולה פוגעניות פחות, ובראשן עריכת חקירות אפידמיולוגיות על-ידי משרד הבריאות או בהנחייתו. במובן זה, הדיון הוגבל מראש לבחינה חלקית של סעיפי חוק מסוימים. כך למשל, לא נבחנה השאלה של שימוש באמצעי מעקב טכנולוגי המופעל על-ידי השב"כ בהקשרים אזרחיים – כסוגיה לעצמה. שאלת יסוד זו אינה בפנינו, ואינני נדרשת אליה.

4. למעשה, השאלה שבפנינו מייצגת דילמה גדולה יותר המאפיינת את תקופתנו: עד כמה ניתן לעשות שימוש באמצעים טכנולוגיים לתכליות טובות כשלעצמן, באופן כופה, תוך פגיעה משמעותית בזכות החוקתית לפרטיות, ולא אחת גם בזכויות חוקתיות נוספות.

נקודת המוצא: צעדים יוצאי דופן למצב יוצא דופן

5. נקודת המוצא שלנו לדיון לא הייתה עיוורת למצב הקשה שבו שרוי בימים אלה העולם כולו. הדיון בעתירות מתקיים בעת שמדינת ישראל מתמודדת עם משבר בריאותי גדול שהיקפו המלא טרם התחוויר. למשבר זה גם היבטים כלכליים וחברתיים. וכל זאת – על רקע של מציאות פוליטית מורכבת – דבר שאף לו הייתה השפעה מעשית על התפתחות הדיון בתיק. איננו מקלים בכך ראש. ברי כי מצבי חירום מן הסוג שאנו חווים מחייבים שימוש באמצעים שאינם שגרתיים ורגילים. יחד עם זאת, אין לומר כי במקרה חירום "הכל מותר". גם בעיתות משבר מחויבת המדינה בשמירה והגנה על זכויות יסוד, בהתאם לכללי המשפט החוקתי והמינהלי.

עד כמה החוק שבפנינו הוא יוצא דופן?

6. אכן, מגפת הקורונה מצדיקה לנקוט צעדים יוצאי דופן. אולם, עדיין נותרת השאלה עד כמה יוצאי דופן. אין ספק שהאמצעי שננקט בישראל בהקשר הנוכחי הוא יוצא דופן ביותר. אכן, שימוש בטכנולוגיה המאותרת קרבה בין בני אדם על-פי הטלפונים הניידים שאחזו בהם כשלעצמה אינה יוצאת דופן כשלעצמה. החתירה לאיתור מגעים באמצעות טכנולוגיה המתבססת על שימוש בטלפונים ניידים מוכרת בעת הזו במדינות רבות. אולם, כפי שמתברר, ברוב המכריע של מדינות העולם השימוש בטכנולוגיות אלה כולל בתוכו יסוד של הסכמה – בדרך כלל, על דרך בחירה של האדם המחזיק בטלפון נייד להתקין בו יישומון (אפליקציה) כזה או אחר (במקרה הטיפוסי, יישומון המתריע על כך שהמחזיק בטלפון הנייד שהה בקרבת אדם שלגביו דווח כי הוא חולה קורונה מאומת או סובל מתסמיני קורונה).

7. מבלי למצות את הדיון בסוגיה, יצוין כי המדינות שעושות שימוש באיתור "מגעים" בין בני אדם מבלי שהסכימו לשימוש בטכנולוגיה זו אינן רבות. זוהי נקודה הראויה לתשומת לב. דוגמה בולטת שנזכרת לצידה של ישראל בספרות המשפטית שהחלה לעסוק בכך היא זו של דרום קוריאה שבה, כך ניתן להבין, נעשה שימוש ב"הצלבה" של מידע הנוגע לטלפון הסלולרי, לשימוש בכרטיסי אשראי ובתוכנה לזיהוי פנים – לשם מיפוי המקומות שבהם שהה חולה קורונה (ראו: Jennifer Daskal, *Good Health and Good Privacy Go Hand-in-Hand*, 11 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 131 (2020)). דוגמה רלוונטית נוספת היא זו של הודו, שבה נעשה שימוש ביישומון Aarogya Setu ("גשר לבריאות" בסנסקריט). תחילה הוצע היישומון לשימוש במתכונת וולונטרית, אך בהמשך הוטלה חובה לעשות בו שימוש על חלקים גדולים באוכלוסייה, בראש ובראשונה על-ידי עובדים (ראו: Rajan Gupta and others, *Analysis of COVID-19 Tracking Tool in India: Case Study of Aarogya Setu Mobile Application*, 1(4) (DIGITAL GOVERNMENT: RESEARCH AND PRACTICE, Article 28 (2020)).

8. האמת ניתנת להיאמר: בשלב הנוכחי הדיון ההשוואתי בכל הנוגע לשימוש באיכוניס כחלק ממאבק במגפת הקורונה הוא בעל ערך מוגבל, על אף שהמגפה היא גלובלית וכל מדינות העולם נדרשות למצוא דרכים להתמודד עמה. ראשית, השימוש באמצעים טכנולוגיים כחלק מן ההתמודדות עם התפשטותה של מגפת הקורונה הוא נושא שנמצא בהתפתחות מתמדת גם במדינות אחרות. מה שנכון היום לא בהכרח יהיה נכון מחר (ראו גם: Laura Bradford, Mateo Aboy and Kathleen Liddell, *COVID-19 Contact Tracing Apps: A Stress Test for Privacy, The GDPR, and Data Protection Regimes*, 7 J. L. & BIOETHICS 1 (2020)). שנית, עריכתה של השוואה מושכלת היא מוגבלת – כאשר לא ידועות היכולות הטכנולוגיות העומדות לרשותן של

מדינות אחרות, ואף לא ידועים המאפיינים הטכנולוגיים המדויקים של הכלי שנעשה בו שימוש בישראל. שלישית, ולא פחות חשוב, במדינות שבהן נעשה שימוש באמצעים טכנולוגיים ללא יסוד של הסכמה, באופן חלקי או מלא (כמפורט לעיל) – לא תמיד חוקיותם של אלה נבחנה באופן מחייב (ממש כשם שהשימוש של ישראל בכלי האיכונים דווח בספרות מקצועית במדינות אחרות עוד קודם לפסק דינו זה). מכל מקום, ובכפוף לאזהרות אלה, ראוי לציין כי שיטת האיכונים שהונהגה אצלנו היא בעלת מאפיינים חריגים. מדובר באיסוף מידע שאינו וולונטרי שנעשה ביחס לכלל האוכלוסייה באופן גורף וללא הבחנות. המידע נאגר באופן מרכזי להבדיל מאשר בטלפונים הניידים של המשתמשים עצמם. הגוף שהופקד על המידע הוא השב"כ, גוף ביטחוני בעל כוח הכפוף באופן ישיר לשלטון המרכזי. זאת ועוד: שיטת האיכונים במתכונת הנוהגת בישראל היא, מעצם הגדרתה, אף פוגענית יותר בהשוואה לחוק שהיה מחייב התקנת יישומון לאיתור מגעים. חובה חוקית להתקין יישומון עשויה להיות מלווה בסנקציה, אך כשלעצמה אינה חושפת את המידע הנוגע לאדם ללא שיתוף פעולה מצדו. במלים אחרות, גם כאשר קיימת חובה להתקין יישומון יש למשתמשי הטלפונים הניידים בחירה, גם אם בחירה בעייתית, בין קיום החוק לבין הפרתו. שיטת האיכונים אינה מותירה כל בחירה, מאחר שהיא מופעלת וגם ניתנת לאכיפה ללא כל יסוד של שיתוף פעולה מצדו של הפרט.

9. מכל מקום, ההכרה באופיו יוצא הדופן של החוק היא רק נקודת מוצא. היא אינה "שורה תחתונה". אפשר שהשימוש בטכנולוגיה החריגה ללא הסכמה יהא מוצדק – בהתחשב באופיו של האיום שעמו היא נועדה להתמודד.

האיכונים והזכות לפרטיות

10. ביסוד הדיון שבפנינו עומדת ההגנה על הזכות לפרטיות, זכות חוקתית שזכתה להגנה מפורשת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההגנה על זכות זו אף מעוגנת בדין האזרחי והפלילי בגדרו של חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). בפסיקתו של בית משפט זה הוכרה הזכות לפרטיות כאחת מהחירויות המעצבות את אופיו הדמוקרטי של המשטר בישראל ומבססות את הכבוד הבסיסי שלו זכאי כל אדם באשר הוא אדם (ראו: רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פסקה 39 וההפניות שם (5.11.2017)). על מנת להבין את הדילמה שעל הפרק חשוב לפתוח בהצגת הפגיעה בזכות לפרטיות במקרה זה על מלוא רבדיה.

11. היו מי שסברו כי הפגיעה בזכות לפרטיות במקרה דנן היא פגיעה "שטחית" יחסית. הדברים בהקשר זה הוצגו כך: במקרה שבו מתקבל דיווח על אדם כחולה קורונה

מאומת, איכון הטלפון הנייד שלו מוביל לכך שמי שהיו עמו במגע בתקופה הרלוונטית מקבלים הודעה נטולת פרטים ביחס לזהותו, כזו שכוללת רק התייחסות לשהייתם במיקום מסוים ובשעה נתונה בקרבתו של חולה קורונה מאומת. לאחר מספר ימים נמחק המידע הרלוונטי מן המערכות הממוחשבות. על כן, טענו המשיבים בפנינו כי לא "כצעתה". אין בידי להסכים לכך. לעמדתי, מדובר בפגיעה חמורה ועמוקה בזכות לפרטיות.

12. ראוי להדגיש כי הזכות לפרטיות כוללת בחובה לא רק הגנה מפני "גילוי" מידע הנוגע לאדם לצדדים שלישיים. ההגנה על זכות זו חייבת להתייחס גם לפעולות הקודמות לגילוי במישור הזמן – איסוף המידע (ראו: מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 43 (2007) (להלן: בירנהק). הטלת הגבלות על איסוף מידע הנוגע לאדם ועל אגירתו באופן אלקטרוני היא חלק אינטגרלי מהזכות לפרטיות אף כאשר הוא אצור במאגר המידע ואינו נחשף בפני כול. מטעם זה, חוק הגנת הפרטיות כולל פרק מיוחד שעניינו פיקוח על מאגרי מידע (פרק ב' לחוק זה). כמו כן, חוקים רבים נוספים כוללים הגבלות על איסוף חומר אישי הנוגע לאדם. ייתכן למשל שהשימוש במידע גנטי היה יכול להרים תרומה נוספת למאבק בפשיעה אילו כל אזרחי המדינה היו נדרשים למסור דגימה למאגר כללי שישמש את המשטרה. אולם, מחשבה זו כלל אינה עולה על הדעת. ובצדק רב.

13. באופן קונקרטי יותר לסוגיה שבפנינו, הודעה שמקבל אדם על הימצאותו במקום מסוים בשעה נתונה עשויה להיות בעלת משמעות דרמטית מבחינתו. במובן מסוים, זהו ההיפוך המוחלט לתפיסה הקלאסית של הפרטיות כ"זכות להיעזב במנוחה" (the right to be let alone). ראו: Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L.R. 193, 195 (1890). זהו אף היפוך התפיסה של הפרטיות כשליטה (ראו: בירנהק, בעמ' 41-44), במובן זה שהוא מבטא אובדן מידי של שליטת האדם עצמו במידע הנוגע לחייו. הנתונים הנוגעים להימצאותו של אדם במקום מסוים בזמן מסוים עשויים להיות עניין שהוא מבקש לחסות – ממעסיק, מבני משפחה או מחברים, וזו זכותו. יהיו טעמיו לכך אשר יהיו. מבחינה זו, האיכון חושף את חייהם של הנוגעים בדבר (הן מצדו של החולה המאומת והן מצד המאוכזבים). וכל זאת – באבחת חרב, ליתר דיוק באבחת איכון.

14. על כך יש להוסיף, כי האפשרות "להשתלט" על מידע טכנולוגי של אנשים כרוכה לעולם בסיכונים הנוגעים לדליפת מידע. הדברים אינם נאמרים על בסיס של הטלת ספק במנגנון הקונקרטי שבפנינו, אלא נובעים מניסיון החיים הכללי. מידע – דרכו לדלוף, גם

כאשר נעשים מרב המאמצים שהדבר לא ייעשה. אם כן, הסכנה של דליפת מידע מבטאת ממד נוסף של פגיעה בזכות הפרטיות.

האיכונים והזכות לכבוד האדם

15. התמקדות בזכות הפרטיות לבדה אינה משקפת את מלוא המשמעות – המעשית והרגשית כאחת – של שיטת האיכונים. השימוש בטכנולוגיה לצורך איתור האנשים שהיו בקרבתו של חולה קורונה מאומת, להבדיל מפנייה אליו בשאלה במסגרת חקירה אפידמיולוגית, מהווה פגיעה גם בכבוד האדם, במובן של הגנה על האוטונומיה שנמצאת בליבתו. השימוש בכלי זה מסיט הצידה את ההתייחסות לחולה הקורונה כאל אישיות עצמאית ומתמקד בנתונים שניתן "לכרות" מהטלפון הנייד שלו. היא מבטאת חוסר אמון באדם עצמו. פנייה ישירה לאדם בבקשה לקבל מידע אישי הנוגע אליו מכבדת את אישיותו ואת תחושת השליטה שלו בחייו, ולמעשה את השליטה עצמה, גם אם תחת צלה של האפשרות להיות נתון בחקירה אפידמיולוגית (ראו: סעיף 20ח לפקודת בריאות העם, 1940).

גורם הזמן וההבחנה בין המישור המינהלי למישור החוקתי

16. ההארכה הדרמטית של התקופה הקצובה שנקבעה תחילה לתוקפו של החוק שבפנינו משליכה באופן פוטנציאלי על חוקתיותו. החוק נחקק מלכתחילה לתקופה של חצי שנה בלבד, ולא בכדי. בכך הכנסת עצמה גילתה דעתה כי מדובר באמצעי חריג מבחינת היקף פגיעתו בזכויות. הגבלתו בזמן נועדה לבחון את יעילותו, את השלכותיו על זכויות אחרות, את מצב התחלואה, כמו גם את האמצעים החלופיים לו. כעת, תקופת תוקפו של החוק "הוכפלה" כמעט למעשה, על רקע המנגנונים החוקתיים המורים על שמירת תוקפם של חוקים בתקופת בחירות. אילו הכנסת הייתה מחליטה באופן אקטיבי על הארכתו בעת הזו ללא בחינה מעמיקה של חלופות על רקע שינוי הנסיבות המשמעותי שחל מאז המועד שבו נחקק לראשונה, ובכלל זה מפעל החיסונים הנרחב, הדבר היה מטיל צל כבד על חוקתיותו.

17. הזהירות המיוחדת שבה אנו חייבים בביקורת שיפוטית של חוקים היא בעלת משנה תוקף בעת הנוכחית, שבה אנו מצויים בתקופת בחירות והארכת החוק שבפנינו

נובעת מהסדר חוקתי מיוחד שהותאם לתקופה כזו. זאת, בעיקר מן הפרספקטיבה המדגישה את הדיאלוג החוקתי בין בית המשפט לבין הכנסת. פסילתו של הסדר חקיקתי פותחת פתח להליך חקיקה נוסף המבוסס על קביעתם של גבולות הגזרה החוקתיים שהותוו על-ידי בית המשפט. בתקופה של בחירות שבה הכנסת אינה מתפקדת כמו בימים כתיקונם, יכולתה למלא את חלקה בדיאלוג זה מוגבלת, ושומה עלינו להביא זאת בחשבון כחלק מן השיקולים הנוגעים להפעלתה של מידת הריסון השיפוטי. לא למותר להזכיר, כי פסקי דין שעניינם ביקורת שיפוטית על חקיקה כוללים לא אחת הוראה המורה על השעיית הבטלות לפרק זמן מסוים – על מנת לאפשר לכנסת היערכות מתאימה. במובן זה, היבטים הנוגעים לזמן ולצורך בהיערכות הם תמיד מרכיב בהליך הביקורת השיפוטי.

18. אם כן, הגם שאני מסכימה עם חברתי הנשיאה כי בנסיבות העניין אין מקום למתן סעד בכל הנוגע לחוקתיות החוק – הספקות הקיימים במישור החוקתי משליכים על בחינת המידתיות של החלטות הממשלה שהתקבלו מכוח החוק, אשר צריכה להיעשות מתוך נקודת מוצא מחמירה.

חלופות, אמון וצדק חלוקתי

19. על רקע כל האמור, שאלת קיומן של חלופות לשיטת האיכונים הופכת להיות שאלה מכרעת, ולא רק במישור הפורמאלי של פסקת ההגבלה. למרבה הצער, אני סבורה כי ההחלטות שהתקבלו בעניין לא הביאו בחשבון במידה מספקת את החלופות האפשריות. בהקשר זה אני מתייחסת לנתונים העדכניים שהוצגו בפנינו, כמפורט בחוות דעתה של חברתי הנשיאה: מערך החקירה האפידמיולוגית שולש בהיקפו. היתרון היחסי של השימוש בכלי האיכונים נשחק. השב"כ והרשות להגנת הפרטיות גם יחד סבורים שיש לצמצם את השימוש בכלי. בשים לב לכל אלה, כמו גם לשאר הנתונים שפורטו על-ידי חברתי, אני סבורה שהונח בסיס מספיק לקביעה כי כל הכרזה נוספת של הממשלה החל מיום 14.3.2021 תצטרך להיות מוגבלת לאיכונים של מי שאינם משתפים פעולה בחקירה האפידמיולוגית. לשיטתי, בשלב הנוכחי זהו הרע במיעוטו. ככל שתוצאה הממשלה לקבוע קריטריונים נוספים – תבורך, אך רף בסיסי זה חייב להיקבע, בשים לב לתשתית העובדתית העדכנית.

20. החובה להתעקש על שאלת החלופות נובעת מן ההכרה במחיר הכבד של שיטת האיכונים מהיבט הפגיעה בזכויות. אם "ננרמל" את השימוש באיכונים – הפיתוי לעשות בהם שימוש גם במצבים נוספים, גם יוצאי דופן פחות, צפוי לחזור ולעלות. בל נשכח

שלפני פחות מעשור דן בית משפט זה במחיר הכבד של שימוש באיכונים – בהקשר שונה – לצורך מלחמה בפשיעה, בעתירה שנסבה על תוקפו של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (ראו: בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל (28.5.2012)). כעת, האיכונים הם חלק מחייהם של כל אזרח ואזרחית. הכנסתם של אמצעים חריגים לשימוש מתאפיינת במידה רבה בתכונה של "הישארות" (stickiness).

21. אפשר כמובן להוסיף ולתהות: האם הפגיעה בזכות לפרטיות אינה אינהרנטית גם לאמצעים החלופיים שאומצו במסגרת המאבק בקורונה? הרי, גם המנגנון של חקירה אפידמיולוגית כרוך בפגיעה בפרטיות. אולם, ה"מסננת" האנושית של החקירה האפידמיולוגית מאפשרת לצמצם את כמות המידע שנחשף שלא לצורך (למשל, זהותם של אנשים ששהו בסביבה אך כלל לא באו במגע קרוב עם חולה הקורונה). היא גם מעניקה מקום מרכזי ושליטה לאדם עצמו. לכל אלה חשיבות רבה.

22. לכאורה, ניתן לטעון, ואף נטען, כי האפקטיביות של החקירה האפידמיולוגית, החלופה העיקרית לכלי האיכונים, מבוססת על היכולת לתת אמון בתשובותיהם של אנשים. לעומת זאת, כך הוסבר, השימוש באמצעי טכנולוגי הוא "ניטראלי" ולכן אינו תלוי ב"רצון הטוב" של מי שאובחן כחולה קורונה מאומת. אני סבורה שזוהי הסתייגות שיש לתת לה משקל מוגבל. ראשית, כפי שלמדנו, תוצאות לא מדויקות אינן ייחודיות רק למסלול של חקירה אפידמיולוגית. השימוש באיכונים כרוך אף הוא באי-דיוקים, כפי שיעידו האיתורים המוטעים הרבים שהתגלו במהלך החודשים שחלפו (כמו למשל בעניינם של אנשים שאותרו כמי ששהו בסמיכות לחולה קורונה, אך לאמיתו של דבר קיר הפריד ביניהם, קיר שהוא – בהקשר הנוכחי – כל ההבדל שבעולם). שנית, וזאת במישור העקרוני יותר, הגם שיש להיערך למצבים של הפרת אמון מצד אזרחים, אין להניח שזהו "המצב הרגיל". שיטת המשפט שלנו כולה מבוססת על הנחה של שיתוף פעולה של אזרחים עם רשויות החוק ואמירת אמת. אלמלא כן – המערכת הייתה קורסת. עדים עשויים לשקר, אך נקודת המוצא היא שאפשר לסמוך על עדותם, ועדויות הן ראיות מרכזיות בכל משפט. אכן, קיימת סנקציה פלילית בגין עדות שקר, אך זו אינה מספקת הגנה "הרמטית" מפני עדויות חלקיות או מסולפות. למעשה, אף מערך האיכון מבוסס, ולו בעקיפין, על שיתוף פעולה אזרחי ואמון. כידוע, החוק לא הטיל כל חובה על אדם לשאת טלפון נייד "חכם" המאפשר את איכונו. דומה שאי אפשר להצליח במאבק במגפת הקורונה מבלי לגייס, קודם כל, את אמון הציבור. העברת מסר של חוסר אמון, באמצעות איסוף מידע כפוי, אינה תורמת לכך.

23. יצוין כי במהלך הדיונים בפנינו עלתה הסוגיה של אי-ההצלחה של יישומון "המגן" שהוצע לשימוש הציבור באופן וולונטרי, על מנת לאפשר איתור עצמי של חשיפה לחולים מאומתים, כחלופה פוטנציאלית לשימוש באיכונים. המשיבים הצביעו על כך שרמת ההיענות של הציבור לשימוש ביישומון זה הייתה נמוכה, ובשל כך, כמו גם בשל מגבלות טכנולוגיות אחרות – נטען כי היישומון אינו תחליף אפקטיבי דיו לאיכונים. בשלב הנוכחי, לא הונח בפנינו די מידע על מנת לבחון נושא זה, הגם שמלכתחילה אף הוא נכלל בגדרו של הצו על-תנאי שהוצא. אולם, ברמת השכל הישר ניתן לומר את המובן מאליו: כיצד ניתן לצפות לשיתוף פעולה של הציבור עם שימוש ביישומון מסוג זה, כאשר ידוע לכול שממילא ננקט אמצעי חריף ומדויק יותר על-ידי הממשלה. במובן מסוים, לפחות ככל שהדברים נוגעים להיבט של שיתוף פעולה, ניתן לראות בכך נבואה המגשימה את עצמה.

24. להשלמת התמונה יש להוסיף, כי הדיון בחלופות הוא מורכב מכפי שניתן להתרשם תחילה. לעתים, להעדפה של חלופה אחת על פני האחרת יש גם השלכות חלוקתיות (ראו והשוו: Daphne Barak-Erez, *Distributive Justice in National Security Law*, 3 HARVARD NAT'L SECURITY J. 283 (2012)). כך למשל, אם היה בסיס לקבוע שהשימוש בכלי של חקירות אפידמיולוגיות אינו מגיע לרמת היעילות של השימוש באיכונים (דבר שלא הונח לו בסיס מספיק בתנאים הנוכחיים) – העדפתן הייתה משפיעה לא רק על הסוגיה הבריאותית, אלא גם על היקף ההגנה על זכויות אחרות (למשל, בשל הצורך להטיל מגבלות נוספות על מפגשים חברתיים או פעילות עסקית). המורכבות האמורה גוזרת כמובן זהירות על הליך הביקורת השיפוטית. ואמנם, גורנו זהירות זו על עצמנו.

עם חתימה

25. מול הזכות לפרטיות והזכות לכבוד האדם עומד האינטרס הציבורי החשוב של שמירה על בריאות הציבור וחיייו. אכן, לא ניתן לומר שבתקופה של מגפה קטלנית כמו זו שבה אנו מצויים ניתן לדבר על *business as usual*, בבחינת "מה שהיה הוא שיהיה". ההגנה על הזכות לפרטיות אינה יכולה להיות בתקופה זו דומה להגנה עליה בזמנים רגילים, וההכרה באפשרות לקיים חקירה אפידמיולוגית במצוות החוק היא עדות מובהקת לדבר. אולם, גם ברעום התותחים, ובענייננו גם כאשר הנגיפים מכים, אין משמעות הדברים ששאר הזכויות נמחקות. האיזון משתנה, אך לא מתאין. ברוח ספרו של ז'וזף סאראמאגו "על העיוורון" שעסק בתקופה של מגיפה, אסור שהמאבק בקורונה המתנהל בשמה של הזכות לחיים יעוור את עינינו מלראות את הזכויות האחרות.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

1. מה עשית בקיץ האחרון?

אינך זוכר/ת? אל דאגה, אני, האח הגדול, יודע מה עשית בקיץ האחרון. אני יכול להזכיר לך היכן היית ביום מסוים ובשעה מסוימת, מה היה מסלול התנועה שלך, מי היו האנשים בקרבתך בתאריך, בשעה ובמקום מסוים בצירוף הפרטים על אודות אנשים אלה. לא, אין מדובר בסרט אימה אלא במציאות חיינו בשנה האחרונה.

עם פרוץ מגפת הקורונה, בימי החרדה והבלבול הראשונים, נפתחה דלת המרתף בשב"כ ו"הכלי", המערכת המשוכללת ורבת העוצמה למעקב ואיתור, הוצאה מהמרתף כשהיא מפלבלת בעיניה מסנוורת מאור היום הבוהק. עד לאותו מועד, מעטים ידעו על אודות המערכת, מאחר שהשב"כ עשה בה שימוש מושכל וזהיר בגדר תפקידיו לסיכול טרור ולצרכים ביטחוניים בלבד.

2. חשיפת כלים של השב"כ, וחשיפה של יכולות ומגבלות המעקב והאיתור של השב"כ, מה שעלול לפגוע בעתיד בפעילותו למען ביטחון הציבור, היא אך היבט אחד של הנזק שכבר נגרם עקב השימוש ב"כלי". המחיר היקר יותר הוא עצם השימוש באמצעי המעקב והאיתור על מנת לבלוש ולהתחקות אחר השובל הדיגיטלי שמשאירים אחריהם אזרחי ותושבי המדינה. לא בכדי אין אף מדינה דמוקרטית-מערבית בעולם שהפעילה את השירות החשאי שלה למעקב אחר אזרחיה-שלה, אף לא בזמן מגפת הקורונה. הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות היא קשה, והיא מתעצמת בהינתן העובדה שהדבר נעשה על ידי שירות הביטחון הכללי. ההפעלה של גוף ביטחוני חשאי בתחום אזרחי מובהק של בריאות הציבור, יש בה כדי "להדיר שינה מעיניו של כל שוחר דמוקרטיה" (בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, בפסקה 37 (26.4.2020) (להלן: עניין בן מאיר)). החשש למדרון חלקלק בתחום זה עד כדי הגעה למצב של "חיים של אחרים" הוא אינהרנטי ואיננו רוצים חלילה להידמות למדינות אחרות שהפעילו ומפעילות מעקבים

המוניים אחר אזוריהן. מכאן החשיבות בכללים הקובעים את התנאים בהם ניתן לעשות שימוש מרוסן ב"כלי".

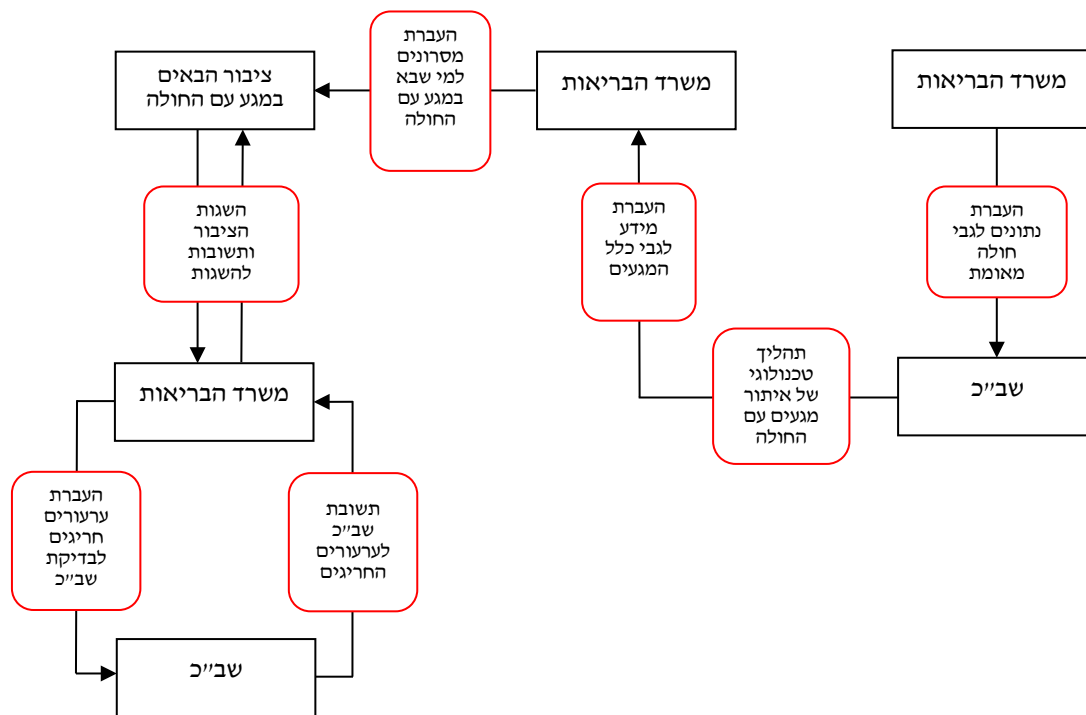
3. למדרון החלקלק יש פן נוסף, והוא החשש מפני התופעה של "פעם השתמשת – התמכרת", ונזכיר כי הממשלה הסמיכה את השב"כ ברציפות ובאופן גורף מאז חקיקת חוק הסמכת השב"כ. לא בכדי, הרשות להגנת הפרטיות (להלן גם: הרשות) התריעה כבר בתחילת הדרך (חוות דעת הרשות מיום 14.7.2020) כי השימוש באמצעים המופעלים על ידי השב"כ עלול "להביא לנרמול של שימוש ביכולות טכנולוגיות של גופי בטחון לצורך פרקטיקות של מעקב אחר אזרחים שומרי חוק". מה שמתחיל כשימוש חד-פעמי ב"כלי", כאמצעי קצה לא קונוונציונלי בסיטואציה של חירום קיצוני, עלול להביא להליכי גמילה קשים מהשימוש ב"כלי" לנוכח הפיתוי לעשות בו שימוש על חשבון אמצעים קונוונציונליים אחרים. ייתכן שההסתמכות על "הכלי" כאמצעי שאין בלתו, יכולה להסביר את המספר המגוון של חוקרי מגעים שהועסקו במערך החקירות האפידמיולוגיות בחודשים הראשונים להתפרצות המגפה, או את הגוויעה האיטית של אפליקצית "המגן" שהלכה ונזנחה במהלך הזמן לטובת איכוני השב"כ.

4. לא בכדי, ההסתייעות בשב"כ עוררה מחלוקת ציבורית ופרלמנטרית, וגם בעולם הרפואה נחלקו הדעות. בדיונים שנערכו בוועדת החוץ והביטחון הביע פרופ' חגי לוין התנגדות להמשך ההסתייעות בשב"כ בציינו כי "הגיע הזמן להפסיק את ההתמכרות לכלי הזה [...] השמיים לא ייפלו. זה לא מה שיעלה את מקדם ההדבקה [...] לכן, אנחנו רופאי בריאות הציבור, קוראים לכם הגיע הזמן להפסיק את השימוש בכלי הזה" (עמ' 32 לפרוטוקול הדיון מיום 2.11.2020). לא הייתי מזכיר אמירה זאת, אילולא שימש פרופ' לוין כיושב ראש איגוד רופאי בריאות הציבור בהסתדרות הרפואית. אכן, משרד הבריאות, כגוף שאמור לנווט ולקבל את ההחלטות המקצועיות, אינו מחויב לעמדת איגוד רופאי בריאות הציבור, אולם קשה להלום התעלמות מדעתו של גורם המייצג את דעתם של אנשי המקצוע בתחום (זו הייתה עמדתו העקבית של איגוד רופאי בריאות הציבור, כפי שבאה לידי ביטוי גם במכתב מיום 6.7.2020 עליו חתומים פרופ' לוין ופרופ' דוידוביץ' בשם האיגוד). כך, לדוגמה, קשה להלום כי חוזר של מנכ"ל משרד הבריאות בענייני מיילדות, יתעלם או ינחה את הציבור בניגוד לעמדת האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה.

5. פסק הדין בעניין בן מאיר הבהיר כי שימוש באמצעי כה קיצוני צריך להיעשות בחקיקה ראשית שתקבע את ההסדרים הראשוניים בסוגיה שלפנינו. ואכן, מאמצעי חירום שהופעל על ידי הממשלה מכוח תקנות לשעת חירום, עברנו לחקיקה ראשית בחוק

הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכת השב"כ או החוק).

אחזור ואסביר בתרשים את דרך הפעולה של איכוני השב"כ על פי חוק הסמכת השב"כ. להבדיל מהחקירה האפידמיולוגית האנושית, אמצעי השב"כ הוא בגדר חקירה טכנולוגית. כפי שמבהיר התרשים, איכוני השב"כ אינם מאתרים חולים אלא מגעים של חולים מאומתים שאותרו בעקבות בדיקה חיובית לנגיף. לאחר שמשרד הבריאות מעביר לשב"כ את פרטי זיהוי החולה המאומת, מסייע השב"כ לאתר את נתוני מיקומו של החולה ואת האנשים שבאו במגע קרוב עם החולה המאומת ב-14 הימים שקדמו למועד האבחון.



פעילות השב"כ מתחילה רק לאחר שהנבדק אותר כמאומת (שלב 1 בתרשים דלעיל). אציין כי היו תקופות שבהן בין הבדיקה ועד קבלת התשובה עברו שלושה ימים ואף יותר, פרק זמן שבמהלכו הנבדק יכול היה להדביק אחרים, מה שמפחית מהתרומה של השימוש בכלי השב"כ.

חוק הסמכת השב"כ, על הסייגים והמגבלות שבו כמפורט בחוות דעתה של הנשיאה, לצד הפיקוח האפקטיבי של ועדת החוץ והביטחון – בכל אלה יש כדי להקהות

את הקושי החוקתי של הפגיעה בפרטיות. עם זאת, בחלוף כששה חודשים לאחר הפעלת החוק, ולנוכח הארכתו "האוטומטית" בחצי שנה נוספת מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת, יש לבחון את הדברים במישור המינהלי של הפעלת הסמכות.

6. בעניינינו-שלנו, יש חשיבות לנתונים על מנת לבחון אם התועלת השולית של השימוש ביכולות המעקב והאיתור של השב"כ מצדיקה את הפגיעה החוקתית בזכות לפרטיות.

נקודת המוצא של הבחינה היא כי שימוש ביכולות השב"כ אינו אמור להיות האמצעי הראשון להתמודדות עם המגפה, אלא האמצעי האחרון בארסנל האמצעים. עקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 3(ב) לחוק הקובע כי הממשלה לא תכריז על הסתייעות בשב"כ "אלא אם כן שוכנעה כי אין חלופה מתאימה להסתייעות בשירות" ובסעיף 12 לחוק הקובע כי על צוות השרים להתחשב "בקיומן של חלופות להסתייעות" בשב"כ.

7. כל אדם הוא עולם ומלואו אך קשה לקבל את הטענה כי די להצביע על אדם אחד שחיו ניצלו הודות לאיתורי השב"כ על מנת להצדיק את השימוש "בכלי" השב"כ. אחזור ואדגיש כי איננו מדברים אך על הפגיעה בזכות לפרטיות, אלא על הצירוף של הפגיעה וזוהת הגורם פוגע – הזכות לפרטיות נפגעת על ידי ארגון המודיעין המסכל של המדינה, וכפי שנאמר על ידי הנשיאה בעניין בן מאיר:

"הפגיעה בפרטיות במקרה דנן היא קשה במיוחד משתי סיבות עיקריות: האחת עניינה במיהות הגורם אשר מפעיל את האמצעים הנדונים, היינו בעובדה כי השב"כ – שירות הביטחון המסכל של המדינה – הוא זה אשר מפעיל אמצעי מעקב אחר אזרחי ותושבי המדינה; והשנייה עניינה במהות האמצעים שנבחרו, קרי בעובדה שמדובר במנגנון כופה ששקיפותו אינה מלאה" (שס, פסקה 38).

הצירוף של השניים יוצר מאליו תרכובת חומצתית שעלולה לאכל את הגנות הברזל של כל דמוקרטיה, ומכאן הרגישות המיוחדת הנובעת מהשימוש "בכלי".

לאור זאת, ובמסגרת הבחינה החוקתית של רכיב המידתיות, שומה עלינו לבחון בדקדקנות את שקילות התמורה – מה קיבל הציבור בתמורה למעקב והאיתור של השב"כ. במילים אחרות, יש לבחון את התועלת השולית באיכוני השב"כ, ובלשונו של סעיף 12(א)

לחקוק, את "תרומת תוצאות פעולות הסיוע לצמצום התפשטות המחלה". לשם כך אנו נדרשים לנתונים שקופים ומלאים ולמתודולוגיה נהירה של עיבוד הנתונים.

8. עוד לפני בחינת הנתונים, ובמבט-על ממעוף הציפור, המסקנה אינה מלבבת. לנוכח המחיר הבטחוני והאזרחי הגבוה של השימוש בארגון המודיעין המסכל של המדינה לשם איתור והתחקות אחר אזרחיה ותושביה, ניתן היה לצפות כי הצר יהיה שווה בנזק המלך והמחיר יניב את התמורה. אך בחלוף כשנה מאז פרצה מגפת הקורונה לחיינו, ועל אף שמדינת ישראל היא הדמוקרטיה המערבית היחידה שגייסה את השירות החשאי שלה למלחמה במגפת הקורונה, אופן התמודדות המדינה עם המגפה שנוי במחלוקת. כך, על אף נתוני הפתיחה הטובים של המדינה, הגענו ראשונים או בין הראשונים להיכנס לסגר שני, לימי סגר ועוצר רבים ולמדדי תחלואה ותמותה שאינם מזהירים. החשוב לענייננו הוא שבעוד תועלתו של השימוש בכלי השב"כ שנויה במחלוקת, דומה שאין חולק כי הוא גבה מחיר כבד בעקבות הוראות בידוד שגויות ובלתי מוצדקות שנשלחו למאות אלפי אזרחים. יעילות השימוש משליכה על מידתיות השימוש והשתיים הולכות יד ביד.

9. היתרון בשימוש בכלי השב"כ הוא האפשרות לאתר מגעים של חולים מאומתים עם אחרים, שאחרת לא היו מאותרים בחקירות האפידמיולוגיות. יתרון נוסף הוא מימד הזמן, מאחר שכלי השב"כ מכניס אנשים לבידוד מהר יותר מהחקירות האפידמיולוגיות. על יתרונות אלה קשה לחלוק. אך בכואנו לבחון את הנתונים, וכפי שציינה חברתי הנשיאה בסעיף 40 לפסק דינה, מתברר כי "אופן הצגת הנתונים בדבר היעילות של כלי השב"כ והפרמטרים שנלקחו בחשבון במסגרת זו השתנו ממסמך למסמך, והדבר הקשה על זיהוי מגמות ושינויים משמעותיים ביעילות הכלי".

10. אקדים ואומר כי מכלל הנתונים עולה כי האפקטיביות של החקירה האפידמיולוגית האנושית גבוהה מזו של איכוני השב"כ.

מתגובתה של הכנסת לעתירה עולה כי מניתוח עצמאי שערכה ועדת החוץ והביטחון של כל הנתונים עליהם דיווח משרד הבריאות לוועדה החל ממועד חקיקת החוק, התגלו פערים, והחל מאמצע חודש אוקטובר נחזתה ירידה ביעילות של איכוני השב"כ ושל החקירות האפידמיולוגיות באיתור מגעים שלאחר מכן אובחנו כחולים. התברר כי מקורו של הפער הוא בשיטת חישוב של משרד הבריאות, שבדיעבד התבררה שאינה משקפת את מצב הדברים לאשורו ואשר בהתבסס עליה הוצגו משך חודשים נתונים שהיו ככל הנראה שגויים. כך, לדוגמה, בישיבה של ועדת החוץ והביטחון מיום

12.10.2020 הוצג כי מנגנון השב"כ הניב באופן בלעדי כ-25% מהחולים המאובחנים ובישיבה מיום 28.10.2020 נמסר כי מנגנון השב"כ איתר באופן בלעדי כ-24.5% מהחולים. על פי שיטת החישוב החדשה, ולאחר שנבדקו הנתונים המתייחסים לתקופה של כחודשיים, בין 8.10.2020-2.12.2020 (להלן: התקופה שנבדקה), התברר כי לאור השיפור במערך החקירות האפידמיולוגי האנושי, שיעור החולים שאותרו לפני כן כמגעים באופן בלעדי על ידי השב"כ נע בין 10.57% בתחילת התקופה שנבדקה ועד ל- 6.17% בסוף התקופה שנבדקה.

הפער בנתונים הוסבר על ידי משרד הבריאות בכך שבשלב מסוים, בעקבות תהליך מדידה, טיוב והעשרת הנתונים, משרד הבריאות הגיע למסקנה שיש לעדכן את אופן הצלבת הנתונים על מנת לבחון את יעילות סיוע השב"כ. השינוי באופן הבדיקה "הביא לשינוי מסוים בנתוני יעילות הכלים [...]" וכי גם לאחר עדכון המידע עדיין שיעור איתור החולים מבין המגעים שאיתר השירות באופן בלעדי נותר גבוה" (סעיף 67 לכתב התשובה של משיבי הממשלה), "מודל מחמיר אשר הביא לשינוי מסוים בנתוני יעילות הכלים" (שם, בסעיף 98). בניסוחים עדינים אלה אין כדי לעמעם את העובדה שעל פי שיטת ניתוח הנתונים החדשה, התברר כי בתקופה הנבדקת מספר החולים שאותרו באופן בלעדי על ידי השב"כ "נחתך" ביותר ממחצית. ואכן, גם בתשובת משיבי הממשלה נאמר כי עקב שיפור נוסף בחקירות האנושיות החלק הבלעדי היחסי של סיוע השב"כ פחת לכדי כ-7% מהחולים בתקופה זו (שם, בסעיף 85).

[במאמר מוסגר: גם נתונים אלה אינם מתיישבים לכאורה עם הנתונים שהובאו בחוות הדעת של הרשות להגנת הפרטיות בנוגע לאחוז האנשים שאותרו כמגעים על ידי כלי השב"כ בלבד ואובחנו בסופו של יום כחולים: בחוות הדעת השנייה של הרשות מיום 6.8.2020 – 4.3% בלבד; בחוות הדעת הרביעית של הרשות מיום 29.9.2020 – 6% בלבד; בחוות הדעת החמישית של הרשות מיום 2.10.2020 – כ-8% בלבד; ובחוות הדעת התשיעית של הרשות מיום 16.12.2020 – כ-2% בלבד בשבוע שתחילתו ב-3.12.2020. כפי שנכתב בחוות הדעת של הרשות, הנתונים נלקחו מתוך הדיווחים העיתיים המועברים על ידי משרד הבריאות ליועץ המשפטי לממשלה].

מגמה הפוכה הסתמנה לאורך התקופה שנבדקה בנוגע למספר האנשים שקיבלו מסרון המורה להם להיכנס לבידוד, כתוצאה מכל חולה מאומת שפרטיו הועברו לשב"כ. בתחילת התקופה הנבדקת הממוצע עמד על שני אנשים, ולקראת אמצע-סוף התקופה הנבדקת הממוצע גדל לכ-4 אנשים.

11. שיעור ההשגות שהוגשו למשרד הבריאות נבחן על ידי ועדת החוץ והביטחון לאורך תקופה של כחצי שנה, החל מיום 1.7.2020 ועד ליום 2.12.2020 והנתונים בנושא זה מאלפים:

(-) מספר האנשים שלהם הודיע משרד הבריאות במסרון כי עליהם להיכנס לבידוד (להלן: מקבלי המסרונים) – 878,048 אנשים.

(-) ממקבלי המסרונים 66% הגישו השגה – 580,083 אנשים.

(-) אחוז ההשגות שהתקבלו הוא 59.79% – 346,831 אנשים (=39.5% מכלל מקבלי המסרונים).

הנה כי כן, כמעט 40% מכלל המסרונים (אותם קיבלו 346,831 איש) התבררו כבלתי מוצדקים וכנובעים בעיקר מאיתור שגוי הנובע מהמגבלות האינהרנטיות של נתוני מיקום להבדיל מאלו של נתוני קרבה (כך, לדוגמה, אנשים הנמצאים בחללים בקומות נפרדות יכולים להיות מאותרים כמי שבאו במגע זה עם זה). בהנחה שמתוך 34% ממקבלי המסרונים שלא הגישו השגה (=297,965 איש) יש כאלה שלא ידעו כיצד להגיש השגה או שלא הצליחו להגיש השגה ואילו היו עושים כן כ-20% מההשגות היו מתקבלות, הרי שיש לקחת בחשבון עוד למעלה מ-50,000 איש שנגזר עליהם בידוד לא מוצדק, סה"כ כ-400,000 איש שנכנסו לבידוד בלתי מוצדק.

בהנחה שכל אחד מהמבודדים השגויים שהה 3-4 ימים בבידוד בטרם הגיש וקיבל הודעה על קבלת השגתו, משמעות הדבר היא כי 1.2-1.6 מליון ימי בידוד היו בלתי מוצדקים, על כל הכרוך בכך בהיבט של פגיעה בזכות לחירות ובזכות לחופש התנועה ובהיבט של פגיעה כלכלית. מאחר שיש להניח כי מתוך כלל המבודדים השגויים יש כאלה שנאלצו להפסיד ימי עבודה בעקבות הבידוד השגוי, הרי שאבדו למשק מאות אלפי ימי עבודה. נתונים אלה חושפים גם את המגבלות של "הכלי" באיתור מגעים.

12. לפני כל ישיבת ממשלה שבה הוחלט על הארכת הסמכת השב"כ, הונחה חוות דעת אפידמיולוגית של משרד הבריאות.

בחוות הדעת של משרד הבריאות מיום 3.12.2020 (מש/19 לתשובת משיבי הממשלה) נכתב כי השב"כ איתר במצטבר באופן בלעדי 43,572 איש כמגעים שאובחנו ואומתו כחולים לאחר קבלת המסרון. על פי נתון זה, ובהינתן מקדם הדבקה של 0.5

(פועל יוצא של מכפלת מקדם ההדבקה הלאומי – יעילות מערך קטיעת השרשראות) לאחר 10 דורות של הדבקה, העריך משרד הבריאות כי בעקבות סיוע השב"כ נמנעו 43,529 חולים חדשים, ועקב כך ועל פי הניסיון שהצטבר נמנעו 947 מקרי תחלואה קשים ו-366 מקרי תמותה מקורונה.

חישוב דומה נערך בכל חוות הדעת של משרד הבריאות שהונחו על שולחן הממשלה. כך, בחוות הדעת מיום 15.12.2020 (מש/20 לתשובת משיבי הממשלה) נכתב כי אמצעי השב"כ סייעו עד לאותו מועד במניעה של כ-45,000 חולים ותחת הנחות מחמירות של מקדם הדבקה, מדובר במניעה של כ-1000 מקרי תחלואה קשים ו-375 מקרי תמותה מקורונה.

בבסיס חישובים אלה עומדת ההנחה שהאיתור של אלו שבאו במגע עם החולים המאומתים והכנסתם לבידוד, מנע את מספר הנדבקים, מספר החולים קשה ומקרי התמותה כמפורט לעיל.

13. המתודולוגיה של חישובים אלה שנויה במחלוקת, אך החשוב לענייננו הוא, שהחישוב בנוגע למספר החולים הקשים ומספר המתים שנחסכו, מחושבת באופן מצטבר מאז תחילת ההסתייעות בכלי השב"כ. אלא שיש לזכור כי בחלק ניכר מהתקופה, החקירות האפידמיולוגיות לקטיעת שרשרת ההדבקה היו בחיתוליהן, ככל הנראה דווקא בשל התלות וההסתמכות על יכולות השב"כ. הגדלת מספר חוקרי המגעים עד לכ-3,000 איש כיום החלה בשלב מאוחר יחסית, בסביבות חודש אוקטובר. לכן, החישוב של משרד הבריאות אינו מלמד על המצב כיום, כאשר לצד מערך בדיקות נרחב הוקם מערך קטיעת שרשראות שהלך והתרחב, והיחס בין מספר החולים למספר המתחקרים השתנה באופן מהותי מאז החל לראשונה השימוש בכלי השב"כ.

ואכן, כבר בחוות דעת של משרד הבריאות מיום 15.12.2020 שנזכרה לעיל, נכתב כי התרומה השולית של כלי השב"כ ביחס לחקירות האנושיות בשלושת השבועות שקדמו לחוות הדעת, עמדה על 11% מכלל החולים שאותרו באופן בלעדי על ידי השב"כ. על פי מתודולוגית החישוב של משרד הבריאות, בידודם של אלה מנע בשלושת השבועות המדוברים כ-1,680 חולים נוספים שאילו חלו תוצאתם המסתברת הייתה עוד מעל 37 חולים קשים ו-14 נפטרים.

14. במאמר מוסגר: מאלף לציין שלמרות המידע העצום שהצטבר בעקבות השילוב בין איכוני השב"כ לחקירות האפידמיולוגיות, פילוח הנתונים לוקה בחסר. ניתן היה

לצפות כי בחלוף הזמן ועם הצטברות הנתונים, ניתן יהא לרדת לרזולוציות שהן יותר מנתונים של גילאים והיקף התחלואה ביישוב כזה או אחר. למשל, מה מידת הסיכון להידבקות של קופאי בסופר או של נהג אוטובוס; מה מידת הסיכון להידבקות בסופר או באוטובוס; מה מידת הסיכון להידבקות בהתקהלות באוויר הפתוח והאם ניתן להבחין בין התקהלות לצורך הפגנה לעומת התקהלות לצורך תפילה או הלוויה או "שבעה".

15. שיקולי העלות-תועלת אינם מסתכמים אך ורק בנתונים יבשים.

נשמעה הטענה כי איכוני השב"כ הביאו לאובדן אמון הציבור עקב הבידודים ההמוניים השגויים, ודומה כי יש בדברים טעם. לכך יש להוסיף את האפקט המצנן הנובע מהדיעה והתחושה של הציבור שהוא נמצא תחת מעקב מתמיד (וראו מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" משפט וממשל 13 (צפוי להתפרסם ב-2021)). הדבר בא לידי ביטוי בכך שחלק מהציבור החל להשאיר את הטלפון בבית בצאתו ובלכתו בדרך.

גם שיקול זה ראוי לקחת בחשבון.

16. סעיף 12(א) לחוק הסמכת השב"כ הקובע כלהלן:

קידום ועידוד של שימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים

הממשלה תמנה צוות שרים שיכלול את ראש הממשלה, ראש הממשלה החלופי, שר הבריאות, שר המשפטים, שר המודיעין ושרים נוספים כפי שתחליט (בחוק זה – צוות השרים), לבחינת הצורך בהמשך ההסתייעות בשירות לפי חוק זה, בהתחשב במצב התחלואה בישראל בשל נגיף הקורונה החדש, בתרומת תוצאות פעולות הסיוע לצמצום התפשטות המחלה ובקיומן של חלופות להסתייעות כאמור, והכול בהתחשב, בין השאר, בפגיעה בזכות הפרטיות; לפני הצוות תונח חוות דעתה של הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים בעניין זה.

אכן, חוות דעתה של הרשות להגנת הפרטיות אינה מחייבת, אך דרישת המחוקק לפיה יש להניח בפני הצוות חוות דעת מטעמה, מלמדת כי המחוקק סבר שיש ליתן לה משקל. הרשות להגנת הפרטיות קראה לממשלה, כבר בתחילת הדרך, להיערך ל"שגרת קורונה" ולהשתמש באמצעים חלופיים מידתיים, אשר יוכלו לשמש לטווח ארוך, גם בעתות גאות ושפל של המגפה (חוות דעת הרשות מיום 14.7.2020). בהמשך, ולנוכח

התועלת השולית הפוחתת של איכוני השב"כ, הרשות להגנת הפרטיות חזרה והביעה עמדתה כי השימוש בכלי של השב"כ ייעשה רק במצבים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה כלל בחקירתו או שלא מסר מגעים כלל. עמדה דומה הביע גם השב"כ, ואין לי אלא להצטרף למסקנתה של חברתי הנשיאה ולסעד שניתן על ידה.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. כדבריה של חברתי הנשיאה א' חיות, אכן כן: חוק הסמכת השב"כ הוא חוק חריג, אך חוקתי; פגיעתו בזכות לפרטיות קשה, אך עודנה מידתית; ומכוח הוראת סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת – יוסיף חוק הסמכת השב"כ לעמוד בתוקפו עד ליום 6.7.2021. צודק חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, בדבריו על כך שהמחוקק רשאי לפעול בקשר למגפת הקורונה שניחתה עלינו, על-פי עקרון הזהירות המונעת. צודקת חברתי הנשיאה בדבריה על כך שהארכת תוקפו של חוק הסמכת השב"כ, כמתחייב מסעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת – מטילה על הממשלה נטל מוגבר לבחון האם מוצדק להמשיך ולהסתייע בשב"כ, ובאיזו מידה לעשות כן.

2. חברתי השופטת ד' ברק-ארז וחברי השופט י' עמית הכבירו במילים על אודות הפגיעה בפרטיות. אמת נכון הדבר, הפגיעה בפרטיות בעטיו של השימוש בכלי השב"כ – מעיקה, מפרה את שלווה הנפש, צריכה להדיר שינה מעיני המופקדים על השימוש בכלי זה. זוהי פגיעה לשעתה, וטמון בה חשש לעתיד לבוא; אך בל נגזים, ומוטב שלא נוסיף מורך בלב רבים. תיאורי "דלת המרתף בשב"כ" ועלילות מַצְעָדֵי ה"כלי" (שם), לא יקדמונו. "אל תסתכל בקנקן אלא במה שיש בו" (משנה, אבות ד, כ). נניח לה, לכותרת "כלי השב"כ" ולערפל הזוהר סביבה; נבחן את התוכן, ונמצא כי באופן יחסי לא 'כצעקתה': עדיין רב לו החשש מפני זליגת מידע, בין בשוגג בין במזיד, במסגרת החקירה האפידמיולוגית הנעשית על-ידי אדם, יותר מאשר החשש מפני פגיעה בפרטיות בשימוש בכלי השב"כ, כשיד-אדם נוגעת רק בשוליו. המכונה קהת-חושים, והיא תיטיב לעמוד בפיתוי של הדלפת מידע, יותר מאשר בשר ודם. אלפי אנשים, מיומנים ומוכשרים למלאכה, יותר או פחות, עוסקים בחקירה האפידמיולוגית; לעומת זאת, קומץ אדם, מקצועי, עוסק בכלי השב"כ. מנגנוני השמדת המידע הנאגר בכלי השב"כ בטוחים יותר מאשר מקביליהם במסגרת החקירה האפידמיולוגית. חברי מדבר על השב"כ כעל "האח הגדול", [אשר] יודע מה עשית בקיץ האחרון". ובכן, גם 'גוגל' הוא 'אח גדול', גם חברות

הסלולר, גם הרשתות החברתיות; זוהי משפחה מרובת-ילדים, והשב"כ איננו הבן הסורר ומורה במשפחה. מחד גיסא, עלינו לשמור על הפרטיות מכל משמר. מאידך גיסא, אם פנים אנחנו, נודה כי כלי השב"כ לא יצר את הפגיעה בפרטיות יש מאין. את המידע המופק מכלי השב"כ יש לבחון אפוא לא רק כשלעצמו, אלא במותר שיש בו ביחס למידע שכבר נפוץ לכל עבר. ועוד זאת ראוי לציין, כי הטכנולוגיה האזרחית עדיין מפגרת ביכולותיה, 'לא מספקת את הסחורה' די צרכה, וההגנה על הפרטיות במסגרתה נופלת ברמתה מזו שבכלי השב"כ.

3. כפי שהראתה חברתי הנשיאה, ספק אם מכלול השיקולים הצריכים לעניין נלקח בחשבון בהחלטת הממשלה מיום 10.2.2021, לשוב ולהסמיך את השב"כ לסייע למשרד הבריאות בזיהוי שרשראות ההדבקה. החלטה זו דמתה לקודמותיה, והעניקה לשב"כ הסמכה גורפת, מבלי לברר עד תום את יעילותו של כלי השב"כ על ציר הזמן, חרף התמורות הרבות שנתחוללו במעלה הדרך, החל מחודש יולי 2020 ועד עתה. מבצע החיסונים – התקדם בהצלחה; מערך החקירות האפידמיולוגיות – הורחב בהתמדה; ומחקרים לימדו כי יעילות החיסון – עולה על הציפיות. אף על-פי כן, מראָה הכרזת הסמכת השב"כ האחרונה, הריהו כמראָה ההכרזה שבראשונה. מצב דברים זה, מעורר חשש בנוגע לתקינות הליך קבלת ההחלטה.

4. מכאן הצעת חברתי הנשיאה לקבוע, כי "ככל שהממשלה תבחר להמשיך להסתייע בשב"כ... עליה לגבש קריטריונים להפעלת שיקול דעתה" (פסקה 50). "קריטריונים אלה צריך שימקדו את השימוש בכלי השב"כ רק באותם חולים שאינם משתפים פעולה במסגרת החקירה האפידמיולוגית האנושית או שלא דיווחו על מגעים כלשהם" (פסקה 47). כשלעצמי, מספקני אם נכון להורות לממשלה לגבש קריטריונים, בטרם תוכל לשוב ולהסמיך את השב"כ לסייע למשרד הבריאות. ראשית, אינני משוכנע שיהיה זה נכון למקד את השימוש בכלי השב"כ בחולים מסויימים, אלה שלא שיתפו פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא דיווחו על מגעים כלשהם, משום שבכך יהיה כדי 'לצבוע' את השימוש בכלי השב"כ בגוון של ענישה. דבר זה איננו רצוי בכלל, וגם רוח החוק אינה נוחה הימנו (ראו: סעיף 11(ב) לחוק הסמכת השב"כ שעניינו ב"סייגים בהפעלת סמכויות השירות"; וכמו כן ראו את דברי ההסבר להצעת חוק הסמכת השב"כ: ה"ח ממשלה 1334). דווקא הפעלתו של כלי השב"כ כמצוות "מכונה" מלומדה, כלפי כל החולים, מקהה את עוקצו של השימוש בכלי זה כלפי אזרחים תמימים. שנית, כפי שפורט בחוות דעתה של הנשיאה, הוראותיו של חוק הסמכת השב"כ אינן מקנות לממשלה שיקול דעת בלתי-מוגבל, סמכות שאינה גדורה. אדרבה. על-פי החוק, תוכל הממשלה להסתייע בשב"כ רק אם "שוכנעה" בקיומו של "צורך מיידי וממשי" לעשות כן, ואם "שוכנעה כי אין

חלופה מתאימה... ולאחר שהונחו לפניה המלצותיו של צוות השרים" (סעיפים 3(א) ו-3(ב) לחוק). כמו כן, מותנית ההסתייעות בשב"כ בתחלואה בשיעור מסוים, ו"ההכרזה תעמוד בתוקפה לתקופה... שלא תעלה על 21 ימים" (סעיפים 3(ג) ו-3(ד) לחוק). עוד כהנה וכהנה גדרים וסייגים נקבעו בחוק, בכללם הצורך באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (סעיף 3א(א)) לחוק). המחוקק קבע אפוא רשימה של תנאים וגדרים, שבהם תידרש הממשלה לעמוד בטרם תסמיך את השב"כ לסייע למשרד הבריאות; הסמכה הנתונה לביקורת שיפוטית. משעשה המחוקק כן, דומני כי אין הצדקה לחייב את הממשלה להוסיף קריטריונים והגבלות משלה; במיוחד כך כשהעותרים לא ביקשו זאת מאיתנו. יתרה מזו, התמורות שידענו בשנה החולפת לימדונו, כי לא הכל צפוי, והרשות נתונה. ומשניתנה בידי הממשלה הרשות, מוטב להשאיר בידיה מרווח מסוים של גמישות, תמרון ושיקול דעת.

5. על הממשלה, ככל גוף מנהלי אחר, לקבל החלטותיה כמובן בשום שכל, לאחר שתפרש לפניה התשתית העובדתית כולה, ולאחר שיישקלו על-ידה כל השיקולים הצריכים לעניין. שומה לשקול עלות – בכל המישורים – אל מול תועלת, בהמשך השימוש בכלי השב"כ. במיוחד כך, משום שבהחלטה הפוגעת בזכויות הפרט עסקינן; וביתר שאת, כשתוקפו של חוק הסמכת השב"כ הוארך אך מחמת פיזור של הכנסת, ולא בעטייה של חקיקה מחודשת. לפיכך, הגם שאינני סבור כי עלינו להורות לממשלה לגבש קריטריונים להפעלת שיקול דעתה לצורך הסמכת השב"כ, משום שהמחוקק עשה מלאכה זו, וגם לא נתבקשו על-ידי העותרים לעשותה – מקובלת עלי כמובן עמדת חברתי הנשיאה, כי החלטות הממשלה בעניין, צריכות להתקבל בתשומת לב ובשיקול דעת; הכרזות הסמכת השב"כ, אינן יכולות להתקבל באופן גורף, מבלעדי התאמתן לשינויי העיתים ולצרכי השעה, כמצוות אנשים מלומדה. כברת דרך ארוכה הלכתי אפוא בעקבי חברתי הנשיאה, זולת לגבי הסעד. כשלעצמי, הייתי דוחה את העתירה, בנתון לאמור לעיל.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכת השב"כ), מסמיך את ממשלת ישראל "להכריז על הסמכת" שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ), "לבצע פעולות

סיוע כאמור בסעיף 5, לשם איתור מי שהיו עלולים להידבק מחולים, לצורך סיוע למשרד הבריאות בביצוע חקירות אפידמיולוגיות" (סעיף 3(א) לחוק הסמכת השב"כ). זאת, אם הממשלה שוכנעה בקיום "צורך מידי וממשי בהסתייעות" בשב"כ (שם), ובהעדר "חלופה מתאימה להסתייעות בשירות, בשים לב לסיכון הנשקף לציבור מהמחלה ולאחר שהונחו לפניה המלצותיו של צוות השרים כאמור בסעיף 12" (סעיף 3(ב)). על פי סעיף 12 לחוק, את המלצות אלה על הצוות לגבש "בהתחשב במצב התחלואה בישראל בשל נגיף הקורונה החדש, בתרומת תוצאות פעולות הסיוע לצמצום התפשטות המחלה ובקיומן של חלופות להסתייעות כאמור, והכול בהתחשב, בין השאר, בפגיעה בזכות לפרטיות" (סעיף 12 לחוק הסמכת השב"כ). על הנתונים הממשיים שלאורם ניתן להעריך את "מידת היעילות של ההסתייעות בשירות", כמו גם "המשך הצורך" בה (ראו דברי ההסבר לסעיפים 18-21 להצעת חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, ה"ח הממשלה 1334, 374, 385; להלן: דברי ההסבר), מצביע סעיף 19 לחוק, המטיל על ראש השב"כ ועל נציג משרד הבריאות חובת דיווח שבועית לוועדת חוק וביטחון בסוגיות הבאות:

(א) ראש השירות ידווח [...] על כל אלה:

- (1) מספר החולים שלגביהם התבקש השירות לעבד מידע טכנולוגי על פי בקשה לקבלת סיוע;
 - (2) מספר האנשים שאת פרטי המידע הדרושים לגביהם העביר השירות למשרד הבריאות בשל הימצאם במגע קרוב עם חולה, על פי בקשה לקבלת סיוע;
 - (3) אירועים מיוחדים ותקלות בהפעלת סמכויות השירות לפי חוק זה, ודרך הטיפול בהם; היה המידע כאמור מסווג – יועבר הדיווח לוועדת הכנסת לענייני השירות;
- [...]

(ב) נציג משרד הבריאות או מי מטעמו ידווח [...] על כל אלה:

- (1) מספר החולים שלגביהם התבקש השירות לעבד מידע טכנולוגי על פי בקשה לקבלת סיוע;
 - (2) מספר האנשים שלהם הודיע משרד הבריאות כי היו במגע קרוב עם חולה לפי הוראות סעיף 8;
 - (3) מספר האנשים שנמצא כי היו במגע קרוב עם חולה, ומתוכם –
- (א) מספר האנשים שנמצא כי היו במגע קרוב עם חולה על בסיס פעולות הסיוע בלבד;
- (ב) מספר האנשים שנמצא כי היו במגע קרוב עם חולה הן על בסיס פעולות הסיוע והן על בסיס חקירה אפידמיולוגית;

- (ג) מספר האנשים שנמצא כי היו במגע קרוב עם חולה על בסיס חקירה אפידמיולוגית בלבד;
- (ד) מספר האנשים שנמצא כי היו במגע קרוב עם חולה על בסיס מידע שהגיע ממקור אחר;
- (4) מספר החולים החדשים שאובחנו באותו שבוע וכן מספר החולים מתוכם –
- (א) שאותרו על בסיס פעולות הסיוע בלבד;
- (ב) שאותרו הן על בסיס פעולות הסיוע והן על בסיס חקירה אפידמיולוגית;
- (ג) שאותרו על בסיס חקירה אפידמיולוגית בלבד;
- (ד) שאובחנו כחולים ולא אותרו על בסיס פעולות סיוע או חקירה אפידמיולוגית;
- (5) הפעולות שביצע משרד הבריאות בהתבסס על פרטי המידע הדרושים שהועברו אליו מהשירות;
- (6) אירועים מיוחדים ותקלות בפעולות משרד הבריאות לפי חוק זה, ודרך הטיפול בהם;
- (7) מספר ההשגות שהוגשו למשרד הבריאות לפי סעיף 8(ג), אופן הטיפול בהשגות כאמור, וכן מספר ההשגות שלאחר בחינה חוזרת של הנתונים נמצא כי מידע שנכלל בבקשה לקבלת סיוע היה שגוי או לא מדויק;
- (8) מספר האנשים שהתקינו טכנולוגיה אזרחית כאמור בסעיף 12א, מספר האנשים השוהים בבידוד בעקבות התראה שקיבלו באמצעות הטכנולוגיה והתקציב שהוקצה לקידום השימוש בטכנולוגיה.

על יסוד השיקולים המנויים בסעיפים 3 ו-12, כפי שהם באים לידי ביטוי במדדים המוצגים בסעיף 19, מוסמכת, כאמור, ממשלת ישראל "להכריז על הסמכת" השב"כ לעבד ולהעביר למשרד הבריאות את המידע המפורט בסעיף 5 לחוק הסמכת השב"כ. זאת, לגבי "חולה" ואנשים שבאו עמו במגע קרוב – ולתקופה שלא תעלה על 21 יום (סעיף 3(ד)). הכרזת הממשלה כפופה לביקורת ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, אשר רשאית "לאשר את ההכרזה, לא לאשרה או לאשרה לתקופה קצרה יותר" (סעיף 3א(ב)). ודוקו, סעיף 19 לחוק עוסק במישור הפיקוח הפרלמנטרי על הכרזת הממשלה, ולא בהכרזה עצמה. אולם, ברי כי אם הרשות המפקחת (קרי, ועדת חוץ וביטחון של הכנסת) נדרשת לתת את הדעת על קריטריונים מסוימים, הרי שאלה הקריטריונים שהיה על הרשות המבצעת לבחון עובר לביצוע ההכרזה – כך שסעיף 19 מבנה לא רק את הליך הפיקוח והבקרה, אלא גם את שיקול הדעת של ממשלת ישראל בביצוע ההכרזה.

2. כך או כך, הכרזת הממשלה לפי סעיף 3(א) לחוק הסמכת השב"כ מהווה, אמנם, תנאי הכרחי להסתייעות בשב"כ, אך מן החוק עולה כי לא מדובר בתנאי מספיק – וכי הפעלת מנגנון הסיוע תלויה בהחלטה מינהלית נוספת. על פי סעיף 3(ג) לחוק, "בתקופת

תוקפה של ההכרזה יהיה משרד הבריאות ושא"י להעביר לשירות בקשה לקבלת סיוע" (ההדגשה אינה במקור), וסעיף 5(א) מדגיש כי השב"כ יוכל לבצע את פעולות הסיוע רק "על פי בקשה לקבלת סיוע כאמור בסעיף 6". כלומר, הכרזת הממשלה פותחת בפני משרד הבריאות את האפשרות להסתייע בשב"כ, אך אינה מחייבת אותו לעשות זאת, ואינה שוללת את שיקול הדעת העצמאי של המשרד בעניין. לא למותר להזכיר בהקשר זה את סעיף 10(א) לחוק הסמכת השב"כ, המורה למנכ"ל המשרד לקבוע "נוהל שיכלול [...] הוראות לעניין הגשת בקשה לקבלת סיוע". גם אם אניח שהנוהל המדובר מתמקד בהסדרה "טכנית" של הפנייה לשב"כ (לדיון בעניין, ראו פרוטוקול ישיבה מס' 27 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-23, 46-48 (19.7.2020)), אין ספק שעליו לכלול גם מרכיבים מהותיים (למשל, הטיפול בעיתונאים; סעיף 10(א)(6)) – והדבר משתלב עם הרישא לסעיף 3(ג) לחוק, בה הוגדרה, כאמור, סמכות משרד הבריאות לפנות לשב"כ כסמכות רשות.

על ההבחנה בין שלב ההכרזה על ההסמכה – המסור לממשלת ישראל – ובין מימושה, באמצעות פניית משרד הבריאות לשב"כ, מעידה גם הסיפא לסעיף 3(ג), המתנה הגשת בקשה לסיוע בכך "שמספר החולים החדשים באותו יום או ביום שקדם לו עלה על 200". קריטריון מספרי ייעודי זה לא הופיע בהצעת החוק הממשלתית, ושובץ בחוק משום שוועדת החוץ והביטחון של הכנסת ביקשה לצמצם את שיקול הדעת המינהלי, ולאמץ מדד "אובייקטיבי" – אותו גזרה מנתוני התחלואה, והיקף מערך התחקור האפידמיולוגי, באותה עת (חודש יולי 2020; ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 25 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-23, 11-12 ו-45-49 (16.7.2020)). עם זאת, ברור מלשון החוק – ומדיוני הוועדה – כי מדובר במדד המגביל את השימוש בפועל, ולא את "הכרזת המסגרת" של הממשלה, המוסמכת להיערך מראש לעליה צפויה בהיקף המאומתים, ולהכריז על הסמכת השב"כ עוד לפני חציית רף ה-200 (שם, דברי יו"ר הוועדה, ח"כ צבי האוזר, בעמ' 4948 ו-52). דהיינו, הכרזה לחוד ומימוש לחוד.

3. מסקירה קצרה זו עולות שתי נקודות מקדמיות מהותיות.

האחת – חוק הסמכת השב"כ עולה בקנה אחד עם כלל ההסדרים הראשוניים, ומצייד את ממשלת ישראל ב"מדריך מפורט" להפעלת שיקול הדעת בנוגע להסמכת השב"כ. הוא אינו מסתפק בהצגה כללית של השיקולים והמגבלות המתחייבים מפסקת ההגבלה, ופורש, בסעיף 19, גם את הנתונים הקונקרטיים שעל הממשלה – ועל גורמי הפיקוח הפרלמנטרי – לבחון. על פי השקפתי, די בהתוויה מדוקדקת זו של מרחב שיקול הדעת, ואין להטיל על ממשלת ישראל חובה לקבוע קריטריונים נוקשים יותר להכרזה.

אכן, כפי שציינתי בעניין אחר, יש יתרונות רבים להנחיות מינהליות, היוצרות שקיפות, ודאות ואחידות, ומקלות על הביקורת השיפוטית על החלטות המינהל. לכך, בוודאי, משמעות רבה יותר כשעומדת על הפרק פגיעה בזכויות יסוד, לרבות הזכות לפרטיות שבמוקד ההליך דנן. אולם, גם במקרים אלה "יש להיזהר מפירוט יתר, שעשוי לפגוע, שלא במכוון, בשיקול הדעת של הגורם המינהלי המחליט" (בג"ץ 5023/16 רחנטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 19 לחוות דעתי (12.3.2020)). נראה שבנקודת הזמן הנוכחית האנושות יודעת על מגפת הקורונה יותר משידעה בראשית הדרך, ודומה שניתן לומר בביטחון שעומדים לרשותה אמצעים יעילים יותר למאבק בה. עם זאת, גם כעת וריאנט בא ווריאנט הולך; מוטציות ממדינות קרובות ורחוקות מהגרות לארצנו; והיקף יעילות החיסונים – בוודאי במבחן הזמן – עודנו ממתין לאישור המציאות. על כן, גם כעת, "ניהול המאבק בהתפשטות נגיף הקורונה מחייב קבלת החלטות דינאמית בהתאם לשינוי הנסיבות התדיר ולפי צו השעה" (בג"ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמות אלון נ' ממשלת ישראל, פסקה 10 (14.4.2020)). אני מצטרף, אפוא, לעמדת חברי, השופט נ' סולברג, כי אין מקום לחייב את הממשלה לקבוע קריטריונים נוספים, מלבד אלה שכבר קבע המחוקק.

4. נקודה שניה היא כי בין הכרזת הממשלה על הסמכת השב"כ להחלטת משרד הבריאות לפנות לארגון בבקשת סיוע, מתקיים יחס דומה לזה הקיים בין חוק הסמכת השב"כ להכרזת הממשלה. דהיינו, כשם שהחוק הוא "חוק מסגרת" המעגן את האפשרות העקרונית להסמיק את השב"כ, כך ההכרזה על הסמכת הארגון היא בגדר "הסמכת מסגרת" המאפשרת למשרד הבריאות להוציא אל הפועל סמכות זו – באמצעות הגשת בקשת סיוע, לפי סעיפים 3(ג) ו-6 לחוק.

בנסיבות אלה, דומה כי ניתן היה "לרדת" שלב נוסף במדרג הנורמות, ולמקד את הביקורת השיפוטית בהחלטת משרד הבריאות להגיש לשב"כ בקשות סיוע, להבדיל מן ההכרזה הכללית של הממשלה. הכרזה זו אינה פוגעת, כשלעצמה, בזכויות היסוד עליהן הצביעו העותרים – הן משום שמימושה כפוף לרף 200 החולים המעוגן בסיפא לסעיף 3(ג) לחוק – והן משום שהרישא לסעיף זה מותירה את שיקול הדעת לגבי הפנייה לשב"כ בידי משרד הבריאות גם כשרף זה נחצה. משום כך, ניתן לומר כי לאור הדינמיות של מגפת הקורונה, והסכנות הכרוכות בה, אין פגם ביצירת הסמכת מסגרת המותירה לגורמי המקצוע במשרד הבריאות שיקול דעת לגבי עצם – ובוודאי היקף – ההסתייעות בשב"כ (והשוו, פסקה 28 לחוות דעת חברתי הנשיאה). מעבר לכך שנכון למקד את הביקורת השיפוטית בהחלטה היוצרת בפועל את הפגיעה בזכות החוקתית, יש לגישה המוצעת יתרון נוסף – משום שהיא מונעת התערבות שיפוטית בהחלטות ממשלת ישראל ובאישורי

ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, שההתערבות בהן מצומצמת יותר (ראו, למשל, בג"ץ 5254/20 תל יא אירוועי יוקרה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 14 (17.8.2020)).

5. בכפוף לנקודות עליהן עמדתי בפסקה הקודמת, אני מסכים עם חברתי הנשיאה כי הרשויות המוסמכות נדרשות לבחון את מכלול השיקולים והפרמטרים הרלוונטיים בטרם יחליטו להמשיך ולהפעיל את מנגנון הסיוע של השב"כ – על פגיעתו הקשה והחריפה בזכויות יסוד, ובמרקם החברה הדמוקרטית. עקרון האינרציה אמנם ממלא תפקיד חשוב בעולם הפיזיקה, אך אין לו – ואסור שיהיה לו – משקל דומה בעולם הנורמטיבי. ההפך הוא הנכון: ככל שמתארך השימוש בכלי השב"כ, יש להדק את הבקרה, הפיקוח ובחינת ההצדקות לו, על מנת להימנע מטריטוריאליזציה הרסנית של חדירת ארגוני ביטחון ממשלתיים לרשות הפרט. כך סבר המחוקק שהגביל את תוקפו של חוק הסמכת השב"כ, וברוח זו על הרשות המבצעת לפעול גם כעת – למרות הארכת התוקף האוטומטית שנוצרה, לפי סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת, עקב התפזרות הכנסת ה-23.

עם זאת, חשוב להדגיש כי הכרעתנו בהליך דנן מבוססת על תמונת המצב שהוצגה בפנינו בנקודת הזמן הנוכחית – "ובכלל זאת שילוש היקף מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות; התקדמותו של מבצע החיסונים; ועמדותיהם של השב"כ ושל הרשות להגנת הפרטיות" (פסקה 47 לחוות דעת חברתי הנשיאה; ראו גם פסקאות 10-12 לחוות דעת חברי, השופט י' עמית, בנוגע לאפקטיביות מעקב השב"כ) – ולא על קביעות נורמטיביות א-פריוריות. ברם, כפי שהוכיחו דברי ימיה הקצרים של מגפת הקורונה, הבלתי צפוי – צפוי, והאפשרות שיתעורר בעתיד צורך בכלי משלים למערך החקירות האפידמיולוגי האנושי אינה בגדר מדע בידיוני. גם במישור זה אין להיכנע, אפוא, לאינרציה. כל הכרות הסמכה של ממשלת ישראל, וכל הפעלה של סמכות משרד הבריאות, היא החלטה מינהלית עצמאית, המחייבת גיבוש תשתית עובדתית עדכנית. על כן, אם תשתית זו תצביע בעתיד על שינוי נסיבות מהותי שחל לאחר מתן פסק דיננו – אם במישור הצורך בסיוע השב"כ, ואם במישור האפקטיביות – מובן שלא יהיה בו כדי לכבול את ידי הרשויות, ולמנוע מהן לקבל החלטה מינהלית חדשה התואמת את הנסיבות הרלוונטיות. זאת, בדיוק כפי שהתפתחויות אחרות עשויות לצמצם עוד יותר את שיקול הדעת של הרשויות, ולשלול לחלוטין הסתייעות בשב"כ.

6. ברי כי התכלית העומדת בבסיס חקיקת החוק ראויה. עם זאת, אל מולה ניצבת הזכות לפרטיות. זכות זו זכתה לאזכור מפורש בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולהסדרה משפטית נרחבת תחת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. ברם, אין בהכרח

בזכות לפרטיות משום חידוש. במסורת הדמוקרטית מקובל לנקוב בסוף המאה ה-19 בתור המועד שבו הזכות לפרטיות הופיעה לראשונה על במת ההיסטוריה המשפטית, תודות למאמר שכתבו עו"ד וורן והשופט ברנדייס (שנכתב בעודו עורך דין) על אודותיה (Warren & Brandeis, 'The Right to Privacy' Harvard Law Review 4 193 (1890)). במאמרם, המחברים הגדירו את ליבת הזכות בתור: 'הזכות להיות לבד' (the 'right to be left alone'). למעשה, לזכות שורשים עמוקים ועתיקים יותר. במשפט העברי, הזכות לפרטיות זכתה להגנה בתקנות החרם שמיוחס לרבנו גרשום, אשר כתיבתן מתוארכת למעל אלף שנה. בין תקנות אלה נמצא גם האיסור על אדם לקרוא את איגרת חברו מבלי קבלת רשותו לכך (שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנברג, דפוס פראג, אחרי סימן תתרכב). ודוק: האיסור חל גם אם אין בקריאת תוכן המכתב משום פגיעה בנמענו, ואף אם הקורא לא נגע במכתב פיזית (באופן כללי, ראו נחום רקובר סודו של המשפט העברי: צדק משפט יוסף ורחמים כרך א 297-300 (2019)). מעניין בהקשר זה לציין גם את הקבוע בסעיף (ד) 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו" (והשוו גם לסעיף 2(5) לחוק הפגיעה בפרטיות).

אולם, ניתנת האמר להיאמר: ההגנה על הזכות לפרטיות לובשת בימנו מחלצות חדשות. הגנה חדשה זו על הזכות לפרטיות היא נגזרת של השינויים שהתחוללו בעקבות המהפכה הטכנולוגית. אם תרצו, המפגש בין יכולות המחשוב של המאה ה-21, וענקיות טכנולוגיה כמו חברת גוגל, פייסבוק ואחרות, עם הזכות לפרטיות, הוליד צרכים משפטיים חדשים המציבים אתגר משמעותי בפני המגנים על הזכות לפרטיות. אם בעבר מרכזת של הזכות נסב סביב שמירת פרטיותו של אדם אל מול חברו, כיום צריך ליתן דגש מיוחד דווקא על הגנת הפרטיות של הפרט מפני השלטון. טכנולוגיות המעקב המתקדמות העומדות לרשותם של גורמים שלטוניים כיום, מביאות לכך שגם בידי מדינות דמוקרטיות המבקשות להטיב עם אזרחיהן, למשל – באמצעות מלחמה במגפה עולמית מסכנת חיים, מצוי כוח רב המאפשר לעקוב אחר היחיד ולגלות מידע שלעיתים האדם עצמו אינו חשוף לו או מודע לקיומו. נוכח עובדות אלה, אין תמה על כך שעולה חשש מפני שימוש לרעה, או למצער שימוש לא מוצדק, בטכנולוגיות האמורות מצד המדינה אשר ישחק את ההגנה על הזכות לפרטיות. כאן יש להיזהר מפני המדרון החלקלק שגם מדינות דמוקרטיות עשויות ליפול בו כאשר יותר למדינה לעשות שימוש בכוח זה, ואפילו יהא זה לצורך קידום הגשמתן של מטרות ראויות. כדברי חברי השופט עמית: "פעם השתמשת – התמכרת" (פסקה 3 לפסק דינו).

דאגות אלה ביחס לכוחה של המדינה לחדור לרשות היחיד גם הן אינן בגדר בשורה חדשה לגמרי. הרי הללו הועלו על כתב באופן מאלף כבר בשנת 1949, בספרו

המפורסם של ג'ורג' אורוול 1984. ברם, מאז הוצאת הספר לאור עברו מעל 70 שנה, ואף חלפו מעל 35 שנה מאז חלוף התאריך הנקוב בכותרתו. בשנים אלה נחשף לעיני כל כי ההתפתחות הטכנולוגית התקדמה בקצב מסחרר, ויחד עמה גם טכנולוגיות המעקב אחר הפרט וכוחו של שלטון להתחקות אחריו.

לצד זאת, בל נשכח כי מגפת הקורונה הציבה אתגרים ייחודיים מאוד, אשר אין להם תקדים, בפני המדינה הדמוקרטית. חובתה של המדינה להגן על חיי אזרחיה היא זו העומדת בלב ניהול ההתמודדות השלטונית עם מגפת הקורונה. חשיבות ההגנה על בריאות הציבור וחיי האדם ניצבת במקום גבוה במיוחד במדרג הזכויות הנורמטיבי. אולם בשיטתנו החוקתית אין זכויות אבסולוטיות, גם לא הזכות לחיים ולבריאות. אשר על כן, נודעת חשיבות מכרעת בתקופה מיוחדת זו למציאת נקודת האיזון הראויה בין הזכויות המתחרות, אשר צריכה ללכת יד ביד עם ההגנה על החברה הדמוקרטית.

7. בשולי הדברים, אעיר כי הארכת תוקף חוק הסמכת השב"כ, לפי סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת, מעוררת שאלה לגבי הפעלת סעיף 15 לחוק הסמכת השב"כ, הקובע את ההסדר הבא ביחס לפרטי המידע שהעביר השב"כ למשרד הבריאות:

"(ב) בתום תקופת תוקפו של חוק זה ימחק משרד הבריאות את פרטי המידע הדרושים שהועברו אליו על פי בקשות לקבלת סיוע.
(ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב), משרד הבריאות רשאי לשמור פרטי מידע כאמור באותו סעיף קטן לתקופה שלא תעלה על 60 ימים לאחר תום תקופת תוקפו של חוק זה, לצורך תחקיר פנימי של הפעולות שביצע לצמצום התפשטות המחלה".

במהלך הדיון השני בעתירה, הבהירה נציגת המשיבים, לשאלתי, כי הם פועלים על פי הוראות החוק בכל הנוגע למחיקת החומר. דא עקא, דחיית תום תקופת תוקף החוק מעוררת שאלות לגבי ההצדקה לשמירת המידע שנאסף, למשך תקופה ארוכה בהרבה מזו שצפה המחוקק – תוך הגדלת הסיכון לדליפת מידע, ולפגיעה נוספת בפרטיות. סוגיה זו לא עמדה במוקד ההליך דנן, הצדדים לא טענו לגביה והצו על תנאי לא התייחס אליה, כך שאין מקום להכריע בה כעת – אך יש לצפות כי משרד הבריאות יתן עליה את דעתו.

8. סוף דבר, בנסיבות תקופה זו, ובכפוף לאמור לעיל, אני מצטרף לקביעת חברתי הנשיאה, כי החל מיום 14.3.2021 תוגבל ההסתייעות בשב"כ "לאותם מקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל דיווח על מגעים" (פסקה 50 לחוות דעתה).

השופטת ע' ברון:

1. לאחר שהתעמקנו בטענות הצדדים כולם, בכתב ובעל-פה, מצטיירת לפנינו תמונת מצב ברורה, שלפיה בעת הנוכחית השימוש הגורף באיכוני השב"כ איננו נושא תרומה משמעותית דיה ביחס לפגיעה ההרסנית הטמונה בו בהיבט של זכויות הפרט, ובראשן הזכות לפרטיות. הדברים קיבלו ביטוי בפסק דינה הבהיר והממזה של הנשיאה א' חיות, כמו גם בדבריהם של השופטת ד' ברק-ארז והשופט י' עמית, ואני שותפה לעמדתם בנדון. ואולם בשונה מחבריי, דעתי היא שהתועלת המוגבלת אל מול הפגיעה המשמעותית שהחוק טומן בחובו, ושיקולים נוספים שעוד יפורטו, מוליכים אל מסקנה בלתי נמנעת – והיא שחוק הסמכת השב"כ אינו צולח כיום את מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה, ועל כן אינו חוקתי. ויובהר: הגם שבעת שנחקק ייתכן שמדובר היה בחוק חוקתי, בשלב זה ובחלוף המועד שקבע המחוקק לכתחילה לפקיעתה של הוראת השעה, חוק הסמכת השב"כ אינו עומד עוד במבחני החוקתיות.

עם זאת, וחרף הפגמים שדבקו בחוק הסמכת השב"כ, הגעתי לכלל דעה כי יש להימנע מלהורות על בטלותו של החוק וכי מן הראוי להסתפק בשלב זה בסעד של "התראת בטלות". ראשית דבר, הנסיבות החריגות ששוררות עתה במדינה גוזרות עלינו ריסון שיפוטי וזהירות יתרה. מגפה קשה עודנה משתוללת ברחובות. האיום הבריאותי הוא ממשי, אף האיום על הכלכלה והמשק. אם לא די בכך, הכנסת ה-23 התפזרה לפני כחודשיים ואנו מצויים לפני מערכת בחירות רביעית בתקופה של שנתיים. זאת ועוד, הצו על תנאי בעתירה שלפנינו לא ניתן בהיבט של בטלות החוק; והעותרים מצידם בחרו מסיבותיהם שלא לתקן את העתירה לאחר שהחוק הוארך באופן אוטומטי בחצי שנה נוספת, הגם שניתנה להם אפשרות לעשות כן.

במצב הדברים שנוצר, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיעה הנשיאה חיות שלפיה יש להגביל את השימוש באיכוני השב"כ באורח משמעותי, כך שזה ייעשה רק ביחס למי שלא משתף פעולה עם החקירה האפידמיולוגית או שלא מסר כלל דיווח על מגעים – וזהו בבחינת "הרע במיעוטו" בהתחשב בנסיבות. לצד זאת, סבורתני כאמור כי לנוכח הליקויים החוקתיים המשמעותיים שדבקו בחוק במתכונתו הנוכחית מתחייב אף ליתן סעד של התראת בטלות.

כך בתמצית וכעת בהרחבה.

2. הימים, ימים טרופים. זה כשנה מתחוללת מגפה ברחבי העולם בהיקף ובממדים שאיש לא שיער. מרגע התפרצות מגפת הקורונה בישראל, קצב ההתפשטות המסחרר של הנגיף חייב את הממשלה לנקוט באמצעים שונים על מנת למנוע את הפצתו – כאלה שלא פעם נלווית להם פגיעה קשה וחריגה בחירויות בסיסיות ובהן חופש התנועה, חופש העיסוק, הזכות לקניין והזכות לפרטיות. הקורבנות הישירים של המגפה הם המתים הרבים, שלמרבית הצער הנגיף הכריע אותם, וגם החולים שסובלים מהסימפטומים הקשים שהנגיף נושא עימו. ואולם ההתמודדות עם המגפה גובה מחירים עצומים אף מהחברה בכללותה, וזאת במישור האישי, החברתי, הכלכלי והלאומי – בהיקפים שעוד מוקדם לעמוד עליהם (בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, פסקה 1 (26.4.2020), להלן: עניין בן מאיר).

במסגרת העתירות הרבות שהובאו לפתחו של בית משפט זה בשנה האחרונה בקשר עם צעדים שננקטו לצורך התמודדות עם מגפת הקורונה, חזרה ונשנתה עמדתנו כי מצב החירום ששורר במדינה ובעולם מחייב השלמה עם פגיעה בזכויות ש"בימים שבשגרה" לא ניתן היה להסכין עימה (ראו למשל: בג"ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמות אלון נ' ממשלת ישראל, פסקה 11 (14.4.2020), להלן: עניין המנהל הקהילתי; בג"ץ 2435/20 לוונטה נ' בנימין נתניהו ראש הממשלה, פסקה 1 (7.4.2020), להלן: עניין לוונטה). אולם אף בצוק העיתים, ויש שיאמרו כי דווקא בשעת חירום זו, נדרש לוודא ביתר שאת כי האמצעים הקשים שננקטים בניסיון למיגור המגפה הם אמנם בגדר "רע הכרחי" מוגבל ומידתי (ראו בהקשר זה: בג"ץ 6939/20 עידן מרכז דימונה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 21 לחוות דעת השופט נ' סולברג, ופסקה 4 לחוות דעת השופטת י' וילנר (2.2.2021)). יפים בהקשר זה דברי השופט י' עמית ב-עניין המנהל הקהילתי: "גם כשנגיף הקורונה מתהלך ברחובותינו המוזות אינן שותקות והביקורת הפרלמנטרית והשיפוטית אינן נאלמות דום. בימים אלה של מצב חירום, ובמיוחד בימים אלה, היד אינה צריכה להיות קלה על ההדק, והפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות צריכה להיות מידתית וממוקדת ככל שניתן" (פסקה 1).

3. בענייננו על הפרק הסמכת שירות הביטחון הכללי לקיים מעקב מגעים אחר מי שאומת כחולה בקורונה, באמצעות יכולות טכנולוגיות שבידיו (המכונים "הכלי"), על מנת למנוע את התפשטות המחלה דרך מי שבא במגע עם החולה המאומת (להלן: השב"כ; וכן: מעקב מגעים או איכוני השב"כ). הסמכה זו עוגנה ביום 21.7.2020 ב"חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת

שעה), התש"ף-2020 – שתוקפו נקצב למשך 6 חודשים, עד ליום 20.1.2021 (לעיל ולהלן: חוק הסמכת השב"כ או החוק). יצוין כי עוד בחודש מרץ 2020 אימצה הממשלה את איכוני השב"כ ככלי המסייע למערך החקירות האפידמיולוגיות – תחילה באמצעות תקנות שעת חירום, ובהמשך דרך סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ); ובעקבות פסק הדין בעניין בן מאיר, עוגנה ההסמכה בחקיקה ראשית. במובן זה, השימוש באיכוני השב"כ נפוץ במחוזותינו זה קרוב לשנה.

על איכוני השב"כ והפגיעה הטמונה בהם

4. כידוע, הזכות לפרטיות היא זכות יסוד המהווה ביטוי לכבוד האדם; והיא נגזרת מהאוטונומיה של אדם על חייו ומיכולת המימוש עצמי שלו (ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691, 735-736 (2014)), להלן: עניין פלוני; ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (13.6.1999)). כשם שאדם זכאי לכתוב את סיפור חייו, כך זכותו להכתיב אלו היבטים בחייו יהיו חשופים ואלו יהיו שמורים עימו. במובן זה, הזכות לפרטיות "מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין 'האני' לבין החברה. היא משרטטת מיתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח 'האני' שלו, בלא מעורבות של הזולת" (בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, מח(2) 456, 471 (1994)). הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט זכתה למעמד חוקתי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7 לחוק היסוד); ועוד קודם לכן עוגנה במפורש בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. ויודגש כי הזכות לפרטיות איננה אך ביטוי לכבוד האדם, ומקובל לראותה גם כאחת מן הזכויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל (רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסקה 39 (5.11.2017)); קיומה הכרחי לקיומו של משטר דמוקרטי תקין, להבטחת יחסי אמון בין אנשים ולשם חיי קהילה נאותים (עניין פלוני, בעמ' 737 ו-741).

5. בהינתן מעמדה הרם של הזכות לפרטיות, ניכרת הפגיעה הקשה שטמונה בעצם מתן סמכות לממשלה (ובהתאם לשב"כ) לקיים מעקב מגעים. המדובר בסמכות גורפת וחריגה בהיקפה, המאפשרת לאסוף, לעבד ולשמור מידע טכנולוגי הנוגע לאדם – רק משום שהוא אובחן כחולה בקורונה או שהה בקרבת אדם חולה. מידע טכנולוגי מצטבר, ובתוך כך נתוני מיקום, עלולים לחשוף את "השובל הייחודי" שכל אדם מותיר אחריו, באופן שמאפשר נגישות למידע אישי ביותר – לרבות קשרים אישיים ומפגשים חברתיים (ראו בהקשר דומה: מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 169-170 (התשע"א), להלן: בירנהק מרחב פרטי); ולדברים נודעת חומרה יתרה, כאשר ההקשר נוגע למידע רפואי שהוא סודי מטבעו ונחלתו של הפרט. נוסף על כך, מאחר שנראה כי לצורך ביצוע החוק עושה השב"כ שימוש במאגר מידע "קיים" שעד כה שימש

אך ורק לצרכים ביטחוניים חיוניים ודחופים, להבדיל ממאגר חדש שנתפר למידותיו של החוק – ישנה אפשרות כי מעקב המגעים מסתמך על מידע רחב מהדרוש לצורך העניין.

הפגיעה בפרטיות מתעצמת לנוכח זהות הגורם שאוסף את המידע – הריבון. המדינה נחשבת באופן מסורתי לאחד הגורמים העיקריים (גם אם לא היחיד) שמאיים על הזכות לפרטיות, על רקע הכוח העודף שמרוכז בידיה לכתחילה. מכאן, שפגיעה בפרטיות מצד המדינה היא לכאורה חמורה מפגיעה בזכות שנעשית במישור הבינאישי או הצרכני; על אחת כמה וכמה בענייננו, מקום שהפגיעה היא באמצעות ארגון ביטחוני שמעצם טיבו פועל תחת מעטה סודיות. בנוסף, מעקב המגעים נעשה באופן כפוי מבלי שנדרשת הסכמה של החולה (עניין בן מאיר, פסקה 38); אם לא די באמור, מדובר במעקב חשאי, הנסמך על "מידע טכנולוגי" שנאסף לכתחילה לצרכים ביטחוניים – מבלי שביכולתו של החולה למנוע את עצם החיפוש, ובלא שהוא חשוף להיקף המידע שנמסר על אודותיו. ויוער אגב כך כי לממד ההסכמה חשיבות רבה בבחינת הפגיעה בפרטיות (סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות).

יתר על כן, לאיכוני השב"כ נלווית פגיעה תודעתית קשה. המסר הטמון בשימוש בכלי זה הוא שכל תושב ואזרח בישראל מצוי במעקב מתמיד, משל היה דמות בספרו של ג'ורג' אורוול "1984". עצם האפשרות של השימוש באיכוני השב"כ יוצרת תחושת מעקב ואפקט של משטור ("המבט הממשמע", כלשון הוגה הדעות מישל פוקו) – ולכך השלכות אף במישור החירות של הפרט, שכן ההנחה היא שהוא יימנע מלפעול בחופשיות תחת עיניו הפקוחות של המשטר (בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 7 לחוות דעת של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (28.5.2012)); מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" משפט וממשל 11 (צפוי להתפרסם ב-2021), להלן: "פרטיות במשבר". זאת ועוד. משעה שהחל להיעשות שימוש תדיר ויומיומי באיכוני השב"כ לצורך איתור מגעים עם חולים מאומתים, קיים חשש ממשי כי הדבר יוביל למדרון חלקלק והשימוש בכלי יתרחב למישורים נוספים – בין בשגגה בין ביד מכוונת (עניין בן מאיר, פסקה 37). החשש גובר מקום שמעקב המגעים מבוסס לפי הנמסר על מאגר ריכוזי שמצוי בידי גורם אחד – השב"כ, שמעצם טיבו פועל בחוסר שקיפות ולכתחילה הוקם למען מטרה אחרת.

6. לצד הפגיעה בפרטיות, שימוש בכלי טכנולוגי ביטחוני למעקב אחר אזרחים נחזה כלא פחות מרעידת אדמה ליסודות המשטר הדמוקרטי שבו אנו חיים. משטר דמוקרטי נשען מעצם טיבו וטבעו על אמון וכבוד שבין הממשל לאזרחיו, ומעקב מגעים כפוי באמצעות יכולות טכנולוגיות חשאיות יש בו כדי לערער את אלה. "השתתפותו של הפרט בחברה, נכונותו לתפקד כפרט השומר על כללי החברה וחוקיה, כפרט הנכון להתערב

ולתרום, מותנית בידיעתו כי נתון לו גם מרחב פרטי שבו עושה הוא כבשלו ושבידיו השליטה המלאה על הנעשה בו, כל עוד אין הדבר סותר את חוקיה המחייבים של החברה" (עע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פסקה 41 (19.5.2009)). לכן, מקום שבו מצטמצם באופן משמעותי המרחב הפרטי של האזרח, אין להיפלא אם יגיב בדרך של צמצום מעורבותו החיובית בחברה. יוער בהקשר זה כי בכתבי הטענות של הצדדים הועלו דוגמאות לחוסר שיתוף פעולה של חלק מהציבור עם המאבק בקורונה, למשל בדמות הותרת הטלפון הסלולארי בבית בעת היציאה למרחב הציבורי – ולא מן הנמנע כי מדובר בשיקוף של משבר אמון שיסודו בשימוש באיכוני השב"כ. זאת ועוד. הקניית סמכות לשב"כ לבצע מעקב אחר אזרחים שנדבקו בקורונה מהווה סטייה רבתי מפעילותו הרגילה של גוף זה, ואף בכך יש משום ערעור של יסודות המשטר הדמוקרטי (ראו סעיף 7(ב) לחוק השב"כ; עניין בן מאיר, פסקאות 20-21). וכאן המקום להדגיש כי השימוש במעקב מגעים על ידי ארגון ביטחוני מדינתי הוא מהלך קיצוני בקנה מידה עולמי, ולפי המידע שנמסר לנו אין לו אח ורע באף מדינה דמוקרטית-מערבית אחרת.

7. אין ספק שזוהי שעה מאתגרת בהיבט של הזכות לפרטיות. הטכנולוגיה התפתחה והשתכללה, מהפכת האינטרנט ו"הטלפון החכם" שינו את חיינו ללא הכר – ולא זו בלבד שכיום חלק לא מבוטל מן האוכלוסייה בוחר לקחת חלק פעיל ברשתות החברתיות ולשתף מכרים וזרים בפרטים אישיים על אודות חייו; אלא שבמרבית השירותים שבהם אנו עושים שימוש, על מגוון היישומונים למיניהם, נדרש שיתוף מידע אישי ואגירתו. ויצוין כי דומה שהקורונה והריחוק החברתי שגזרה עלינו, הגבירו אף הם את השימוש במרחב הווירטואלי ובתוך כך את הנכונות לשתף מידע אישי בגדרו. לנוכח השינוי בדפוסי החיים, יש הסבורים כי בעת הזו אין עוד רלוונטיות לזכות לפרטיות או שלכל הפחות חל פיתוח במעמדה (ראו בהקשר זה פסקה 2 לעמדת חברי השופט נ' סולברג וכן פסקה 3 לחוות דעתו בעניין בן מאיר). כשלעצמי, סבורתני כי דווקא בתקופה זו נודעת חשיבות יתרה לזכות לפרטיות ולערכים שעומדים ביסודה – ומוטל עלינו להגדירה ולהמציאה מחדש אל מול אתגרי השעה (ראו בהקשר דומה: בירנהק מרחב פרטי, בעמ' 44-45). מכל מקום, וזה העיקר, גם אם בשנת 2021 אנשים מוכנים לשתף (מנקודת מבט אחת) או להקריב (מנקודת מבט אחרת) באופן וולונטרי ומוסכם חלקים גדולים מהמרחב הפרטי שלהם – איך בכך משום הצדקה לשימוש הממשלה במנגנון כופה וחשאי לאיסוף ועיבוד מידע פרטי על תושבים ואזרחים.

הפגיעה המצטברת בממד הזמן ולנוכח ההארכה "האוטומטית" של החוק

8. ניתן לסכם עד כה ולומר, שעצם הסמכת הממשלה לעשות שימוש במעקב מגעים יוצרת פגיעה קשה, חריגה ודרקונית בזכות לפרטיות ובמרקם החיים הדמוקרטי בישראל. הפגיעה שתוארה מתעצמת, מקום שהשימוש באיכוני השב"כ נמשך ברצף מאז חודש מרץ האחרון (למעט הפוגה קצרה) וזה קרוב לשנה; כאשר התקופה הממושכת שבה נעשה שימוש במעקב המגעים הופכת אותו מאירוע חריג, נקודתי ומצומצם בזמן, לפרקטיקה נוהגת. מעבר לכך שעובדה זו מעצימה את הפגיעה שהחוק מסב לזכויות יסוד, הסכנה במצב כזה היא של "נרמול" הפגיעה בחסות החוק, באופן החותר תחת הזכות לפרטיות עצמה וההצדקות לקיומה (והדברים נכונים אף ביחס לשחיקת ערכים דמוקרטיים בסיסיים) – ומדובר בתרחיש אימים של ממש.

דברים אלה אמורים על אחת כמה וכמה מקום שהחוק הכפיל את אורך חייו מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת (להלן גם: סעיף 38), כך שתוקפו הוארך עד ליום 6.7.2021. מדובר בהוראה המהווה ברירת מחדל להארכה אוטומטית של חקיקה שתוקפה פג בשלהי כהונת כנסת יוצאת עד לתחילת כהונתה של כנסת נכנסת – מבלי שנדרש לקיים הליך חקיקה בנדרש. ויוער, כי אינני רואה פגם בעצם הארכת החוק מכוח סעיף 38, אלא שהדבר מקרין על שאלת החוקתיות של החוק. חוק הסמכת השב"כ מפקיד בידי הממשלה כוח רב עוצמה ואף מסוכן, כאשר ההצדקה להענקת כוח זה היא נחיצות ודחיפות השעה. במובן זה, זמניות החוק היא שעומדת ביסוד הלגיטימיות שלו. בחלוף התקופה של 6 חודשים שנקבעה לכתחילה לתוקפו של החוק, מן הראוי היה כי המחוקק ישוב ויבחן אם עוד קיימת הצדקה להקנות לממשלה את הסמכות הפוגענית של שימוש באמצעי זה ובאיזה היקף – זאת בשם לב לנתונים שהצטברו עד כה לעניין יעילות השימוש באיכוני השב"כ וההתפתחויות המשמעותיות שאירעו מאז חקיקת החוק בחודש יולי 2020. ויפים לעניין זה דבריה של הנשיאה חיות בעניין בן מאיר:

"כאשר מדובר בהסדר זמני באופיו, שבמועד קביעתו נקבע כי הוא מוגבל בזמן, בכל נקודה שבה מתבקשת הארכת תוקף ההסדר מתעורר מחדש הצורך לשוב ולבחון את המסלול שבו יש לעגן את אותו הסדר ולהידרש לשאלה האם ההסמכה שמכוחה הוא נקבע מספיקה" (שם, פסקה 30).

הרציונלים שהובילו בשעתו להכרעה כי נדרש לעגן את סמכות הממשלה להיעזר באיכוני השב"כ בחקיקה ראשית (עניין בן מאיר, פסקאות 31-32), תומכים אף בכך שנדרש היה לקיים הליך חקיקה חדש ומלא לצורך הארכת תוקפו של חוק הסמכת השב"כ. בנסיבות שבהן הדבר לא אירע, ויוער כי אין מניעה חוקית לקיים הליך חקיקה אף בתקופת בחירות, נדרשת בדיקה קפדנית של חוקתיות החוק "המוארך" אוטומטית. כך במיוחד מקום שהחוק נקבע כהוראת שעה שתוקפה מוגבל ומתוחם; תוך שהמחוקק הורה כי

בחלוף חצי שנה תוקפו של החוק יפוג, וככל שיימצא כי הדבר דרוש יתקיים הליך חקיקה חדש. יוזכר בנקודה זו כי מהעדכונים שהועברו לידינו, עולה שגם ועדת החוק והביטחון של הכנסת וכן היועץ המשפטי לממשלה קראו לממשלה להניח הצעת חוק ממשלתית בנושא – אולם כאמור בהודעת עדכון מטעם משיבי הממשלה מיום 26.1.2021, הממשלה החליטה שלא לפסוע בנתיב זה "נוכח העדר יכולת לקדם חקיקה במצב הדברים הקיים, לאחר התפזרות הכנסת ובמורכבות הפוליטית לקראת הבחירות".

חוקתיות החוק בראי מבחני המידתיות

9. לאחר שעמדנו בהרחבה על הפגיעה הקשה שחוק הסמכת השב"כ מסב לזכות לפרטיות ולמרקם החיים הדמוקרטי בישראל – אפנה לניתוח החוקתי.

כידוע, ניתוח חוקתי מבוסס על ההנחה שאין זכות שהיא מוחלטת – ואולם על מנת להגבילה, החוק נדרש לצלוח את ארבעת המבחנים שנקבעו בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. והמבחנים הם: כי הפגיעה נעשית מכוח חוק או לפי חוק; באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית; כי הפגיעה נעשית לתכלית ראויה; וכי הפגיעה היא מידתית בנסיבות העניין (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 56 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (9.6.2020); אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119 (2018)).

10. בענייננו, אין חולק שאיכוני השב"כ עוגנו בחוק וכי הם דרושים למטרה ראויה וחשובה מעין כמות, והיא עצירת התפשטות המגפה בישראל לשם שמירה על חיי אדם. על כן הדיון מתמקד בשאלת מידתיות השימוש באיכוני השב"כ – ובמיוחד בשאלת הנחיצות להסתייע במעקב מגעים בעת הזו (מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה"), ואם התועלת שבשימוש באמצעי זה עולה על הנזק הכרוך בו (מבחן "המידתיות במובן הצר").

יודגש בהקשר זה, כי בנסיבות העניין המידתיות נבחנת על ציר הזמן. אין השימוש בכלי בתחילת הדרך, כשמגפת הקורונה עוד הייתה בגדר הפתעה מוחלטת, והמדינה לא הייתה ערוכה להתמודד עימה; כשימוש בכלי היום – משעה שהצטבר מידע רב על אודות המגפה והדרכים להשתלט עליה. וכאן המקום לציין כי מהמידע שהועבר לידינו עולה כי הרשות להגנת הפרטיות, כמו גם השב"כ עצמו, סבורים שבעת הנוכחית אין מקום לעשות שימוש גורף באיכוני השב"כ (להרחבה ראו פסקה 42 לחוות דעת הנשיאה).

11. ותחילה לשאלת התועלת מול הנזק. לצורך העניין, אני נכונה לצאת מנקודת הנחה כי בשעה שבה נחקק חוק הסמכת השב"כ, התועלת שצמחה ממנו עלתה על הנזק שהסב לפגיעה בזכויות אדם ובראשן הפגיעה בפרטיות. אולם בנקודת הזמן הנוכחית, בחלוף התקופה שנקבעה בהוראת השעה ומשהוארך החוק באופן אוטומטי כך שהתקופה הוכפלה, נקודת האיזון השתנתה – וניכר כי התועלת מן החוק פחותה משמעותית מהפגיעה שזה מסב. הדברים פורטו בהרחבה בחוות דעתה של הנשיאה, ואף חזרו ונשנו בחוות הדעת של השופט מלצר, השופטת ברק-ארז, והשופט עמית, כל אחד בדרכו; ואין לי אלא לחזור על השיקולים בקצרה.

ראשית, מאז חקיקת החוק מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות תוגבר באופן משמעותי – ועומד כיום על כ-3,000 מתחקרים שעברו הכשרה ייעודית; ומהעדכונים שנתקבלו, ניכר כי תהליכי העבודה של מערך זה השתפרו עד מאוד. מהנתונים שהוצגו לנו נהיר כי נכון לעת הזו מערך החקירות האנושי אפקטיבי יותר מאיכוני השב"כ (ראו פסקה 10 לחוות דעתו של השופט עמית); ומשיבי הממשלה מצידם לא הצליחו להציג נתונים משכנעים בדבר תועלת שולית גבוהה שצומחת נכון להיום ממעקב המגעים. וכהערה כללית יצוין כי היקפם הלא מבוטל של הנדבקים בקורונה בישראל (אמנם בגלים משתנים), מעורר כשלעצמו תהיות ביחס ליעילותו של מעקב המגעים לעצירת התפשטות המגפה – שפועל כאמור ברציפות מאז פרוץ המגפה.

נוסף על כך, הוברר כי בעת הנוכחית קיימים אמצעים נוספים שיעילים באופן משמעותי למאבק בקורונה – ואף בכך יש כדי להעיד על התועלת הנמוכה שצומחת מאיכוני השב"כ. כך, מערך בדיקות הקורונה שופר לאין שיעור מאז פרוץ המגפה, וכעת הוא פתוח לכל דורש ואף פועל בלוחות זמנים קצרים, ויש בכך כדי לסייע באופן משמעותי לקטיעת שרשראות ההדבקה. מעבר לכך, זה מספר חודשים פועל בישראל מערך חיסונים אפקטיבי ורחב היקף – ולפי פרסומים (שנכונים לכתיבת שורות אלה), לפחות מחצית מהאוכלוסייה בישראל התחסנה בחיסון ראשון ומרבית האוכלוסייה המצויה בסיכון גבוה כבר מחוסנת.

בשקלול התועלת יש אף לקחת בחשבון את העובדה שמעקב המגעים עצמו מאופיין באי דיוקים רבים הנובעים ממאפייניו הטכנולוגיים. ואין לי אלא להפנות לנתונים המדאיגים שפורטו בחוות הדעת של חברי השופט י' עמית בדבר היקף ההשגות שהוגשו והתקבלו ביחס לצווי בידוד שהוצאו מכוח איכוני השב"כ. מעבר לנזק האישי שצו בידוד שגוי מסב לאדם המחויב בבידוד ולמשפחתו, יש בכך גם כדי לערער את אמון

הציבור במערכת כולה ובמנגנון איכוני השב"כ עצמו – ומדובר בנזק חברתי משמעותי שאין להקל בו ראש.

מן האמור נובע, כי התועלת הצומחת מחוק הסמכת השב"כ היא מוגבלת, ובכל מקרה מחווירה ביחס לנזק הגלום בשימוש במעקב המגעים.

12. משיבי הממשלה עומדים בתוקף על כך שהשימוש באיכוני השב"כ הוא הכרחי ונחוץ – שכן לשיטתם אין בנמצא חלופה אפקטיבית אחרת שמאפשרת לאתר מגעים על בסיס מיקומים; ולא ניתן להסתמך רק על שיתוף הפעולה של הנחקרים בחקירות האפידמיולוגיות, במיוחד בהינתן העובדה שהזיכרון האנושי הוא מתעתע. בכל הכבוד, לא ניתן לקבל טענה זו במצב דברים שבו המדינה הודיעה כי בשלב זה אין על הפרק תוכנית קונקרטית לפיתוח חלופה אזורית וולונטרית לאיתור מגעים על בסיס נתוני מיקום. מהמידע שהוצג לפנינו, ניכר כי המדינה לא עשתה את מרב המאמצים לפתח חלופה אזורית ראויה לאיכוני השב"כ, והדבר כרוך מטבע הדברים בפעולות הסברה ומתן תמריצים לציבור; וייתכן כי חלופה וולונטרית נדרשת הן משום שהיא פחות פוגענית, הן משום שהיא מעודדת שיתוף פעולה של האוכלוסייה ורותמת את האזרחים לקחת חלק במאמץ למיגור הקורונה. זאת ועוד. לעניין כישלונה של אפליקציית "המגן" – טענת משיבי הממשלה שאזרחים חששו להוריד אפליקציה זו לטלפון הנייד משום שסברו שהדבר יאפשר למדינה לעקוב אחריהם, היא בגדר לעג לרש מקום שבפועל מאז חודש מרץ 2020 מעקב מעין זה מתבצע על ידי השב"כ באופן כפוי; ויש לתהות על כך שהמדינה לא השכילה לשקף לציבור את הדברים כהוויתם.

כאן המקום להדגיש כי הכלי של השב"כ צריך שיהיה בגדר מוצא אחרון, השמור רק למקרים של "אין ברירה"; וכישלונה של החלופה האזורית משליך על בחינת מידתיות החוק.

13. בהינתן כל האמור, אין בידי להצטרף למסקנת חברתי הנשיאה כי החוק צולח את מבחני החוקתיות. בראייתו, ניתוח חוקתי של החוק מצביע על כך שנכון לעת הזו, הכוח שנמסר בידי הממשלה (ובהתאם לשב"כ) הוא בלתי מידתי – ומשכך אסור. כאשר על הפרק פגיעה כה עוצמתית בזכויות אדם, יש קושי במתן הכשר חוקתי לחוק הסמכת השב"כ על יסוד "מנגנוני המידתיות" שהובנו לתוכו ומגדירים את אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי של הממשלה בשימוש במעקב מגעים. מהלך מעין זה, מקנה בידי הממשלה כוח בל יתואר, שאינו מידתי במהותו – מתוך הנחה שהכוח יאוזן או ינוטרל על ידי הממשלה עצמה; בבחינת "החתול הוא שישמור על השמנת". ובנקודה זו יודגש,

כי אף שהחוק מגדיר פיקוח פרלמנטרי על הכרזת הממשלה להסמיך את השב"כ לקיים מעקב מגעים לתקופה שאינה עולה על 21 יום, מידי פעם – בהתאם להסדר שנקבע בחוק, ועדת החוץ והביטחון איננה רשאית לצמצם את היקף ההכרזה, או להגביל את אופן השימוש שייעשה בכלי, והיקף הפיקוח מסתכם בביטול הכרזת ההסמכה בכללותה או צמצום משך תוקפה.

ויודגש: חרף "מנגנוני המידתיות" שהוטמעו בחוק, עד היום הממשלה לא מצאה לנכון להגביל את הכרזת ההסמכה; ובמשך כשנה מאז חקיקת החוק, התקבלו בזו אחר זו 12 הכרזות הסמכה שבהן השב"כ הוסמך לבצע באופן גורף ובלתי מוגבל מעקב מגעים. כל זאת, למרות השינויים הרבים שחלו בגזרת הקורונה – הן ברמת היקף החולים, הן מבחינת האמצעים האחרים שמופעלים למניעת התפשטות המגפה. לשיטתי הדבר מעיד כאלף עדים על כך שאין במנגנון האיזונים הפנימי הקבוע בחוק כדי ליתן מענה לקושי החוקתי שהוא מציב. נוסף על כך, מבחינת מדיניות שיפוטית רצויה יש קושי לשים את כובד המשקל על אופן יישום החוק על ידי הרשות המבצעת – שכן בסופו של יום החלטות ההסמכה הן החלטות מקצועיות מובהקות, שביחס אליהן מקובל להחיל ריסון שיפוטי (ראו: עניין לוונטה, פסקה 17 והאסמכתאות שם). בנסיבות אלה, לא רק שהמחוקק לא חזר ונדרש לחוקתיות החוק כפי שהיה עליו לעשות, והמושכות נמצאות לחלוטין בידי הממשלה – אלא שאף ספק אם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על האופן שבו הממשלה בוחרת ליישם חוק זה.

הסעוד

14. הנה כי כן, החוק במתכונתו הנוכחית לא צולח את מבחני המידתיות ועל כן לכאורה היה מקום להורות על בטלותו מכאן והלאה. עם זאת, וכפי שצוין בראשית דבריי, נסיבות השעה מחייבות מידה ניכרת של ריסון שיפוטי; וזאת מעבר לאיפוק והריסון המתבקש באופן רגיל בהפעלת הסמכות להכריז על בטלות של חוקים (ראו והשוו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, פסקה 34 (2010)). בנסיבות שבהן הכנסת התפזרה לפני כחודשיים, לא ניתן למעשה לקיים עימה "דיאלוג חוקתי", כפי שעל פי רוב מתנהל מקום שבו נמצא שחוק לוקה בחוקתיות. נוסף על כך, מצב הקורונה במדינה מחייב להותיר בידי הממשלה אמצעים שיאפשרו לה להילחם בנגיף באופן יעיל – וביטול החוק בשלב זה עלול להותיר את הממשלה בלא אפשרות לקדם חלופה אחרת במצב הפוליטי השורר. זאת ועוד, ואולי העיקר. סעד של בטלות החוק לא נכלל בצו על תנאי שהוצא כאמור עוד לפני שעלתה על הפרק אפשרות שהכנסת תתפזר והחוק יוארך "אוטומטית" מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת; וחריגה מהצו שניתן מהווה משום סטייה ממתכונת הדיון הדו-שלבי בבג"ץ, תוך קיפוח זכויותיהם הדיוניות של המשיבים

(בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע, פסקאות 5-6 לחוות דעת השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (22.6.2011), ויוער כי אני ערה לכך שהדברים נאמרו בדעת מיעוט). כאן המקום לשוב ולהזכיר כי העותרים בחרו מסיבותיהם שלא לתקן את העתירה לאחר פיזור הכנסת ומשנמסר כי החוק מוארך לפי סעיף 38 – והם עמדו על מתן הכרעה בעתירה במתכונתה, תוך שהם ערים היטב להיקפו של הצו על תנאי שניתן בה.

משיקולים אלה כולם, ובעיקר בהצטברם, לא ניתן להורות בשלב זה על בטלותו של חוק הסמכת השב"כ – חרף הפגם החוקתי שנפל בו. במצב דברים זה, ומאחר שהגבלת אופן הפעלת מעקב המגעים לפי המתכונת שהוצעה על ידי הנשיאה עשויה ליתן מענה לקשיים החוקתיים שבחוק (גם אם לא באופן מלא), אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיעה. עם זאת, אני סבורה כי יש להוסיף סעד של "התראת בטלות" – שתכליתו להותיר מסר ברור שלפיו מאחר שבעת הזו הסמכות הגורפת שקבוצה בחוק איננה מידתית, בנסיבות הקיימות אין מקום להאריך את תוקפו במתכונת גורפת זו (לכל הפחות) מעבר להארכה האוטומטית שנעשתה מתוקף סעיף 38; וככל שהדבר ייעשה, החוק צפוי להתבטל לפי התראה זו. אמנם מדובר בסעד חריג, אך בנסיבות המקרה סעד זה עומד בהלימה לפגיעה הקשה והבלתי מידתית שהחוק מסב לזכות לפרטיות ולמרקם החיים הדמוקרטי בישראל (ראו והשוו: בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקה ל"ד והאסמכתאות שם (6.9.2017); בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה מ"א (9.6.2009); ולהרחבה ראו: חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט א' רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין 1175 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, מרים ביטון ורינת סופר עורכים, 2020)).

סוף דבר

15. ממד הזמן הוא שחקן ראשי בעתירה שלפנינו – והוא חוזר בכל אחת מ"מערכות" הדיון. התמשכות השימוש באיכוני השב"כ מעצימה את הפגיעה בזכות לפרטיות ובמרקם החיים הדמוקרטי בישראל. זמניות החוק וחקיקתו לכתחילה כהוראת שעה, מטילה צל כבד על המשך השימוש בו עתה – לאחר שהחוק הוארך באופן אוטומטי ומבלי שהתקיים הליך חקיקה חדש ומלא שבחן את כלל השיקולים הרלוונטיים לשעה זו. ושינוי דרמטי שאירע בחלוף הזמן בכל הנוגע להתמודדות עם מגפת הקורונה – שילוש מערך החקירות האפידמיולוגיות וטיובו, הגדלת ויעול היקף בדיקות הקורונה ומבצע החיסונים האפקטיבי – מוביל גם הוא למסקנה שאין זה מידתי להוסיף לעשות שימוש באיכוני השב"כ.

המדובר בשימוש באמצעי מעקב חסר תקדים של שב"כ אחר אזרחי ותושבי המדינה. מה שהיה מוצדק ואולי הכרחי בפרוץ המגפה, איננו כך בחלוף שנה. קיים חשש ממשי שהזמני יהפוך לקבוע, ולא פחות מכך – שיהווה תקדים לעתיד לבוא. ועל כן התראת הבטלות.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"ז באדר התשפ"א (1.3.2021).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת