פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס׳ 26: פרטיות חוקתית בצל ההפיכה המשטרית

הופץ ביום 9.3.2023*

<u>תקציר</u>

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, לפגיעה במעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. **בנייר עמדה זה אנו בוחנים את מעמד הזכות החוקתית לפרטיות בצל ההפיכה המשטרית.**

אנו סבורים כי:

- **המגבלות המתוכננות על ביקורת חוקתית ככלל – יפגעו בזכות לפרטיות באופן קשה. התוצאה עלולה להיות שרירות שלטונית שתפגע בחירות יסודית במשטר הדמוקרטי.**

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היועץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: https://lawprofsforum.org. עקבו אחרינו בטוויטר https://twitter.com/lawprofsforum. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.

- **עיקר החשש, אם כן, הוא מסתימת הגולל על ביקורת שיפוטיות על חוקתיות של פעולות המדינה וחוקי הכנסת, וכן על מקרים שבהם המדינה תהיה צד להליך משפטי בו סוגיית הפרטיות תעלה, כגון ביחסי עבודה.**

<u>נייר העמדה:</u>

אם ההפיכה המשטרית, במתכונתה המסתמנת כיום (מרץ 2023) תתממש, מה יהא גורלה של הזכות לפרטיות? בכמה היבטים, שפר גורלה של הזכות הזו לעומת זכויות אחרות כמו חופש הביטוי והזכות ליחס שווה; בכמה היבטים, גורלה של הפרטיות כרוך בשאלות חוקתיות רחבות יותר, של עצם הסמכות לביקורת שיפוטית ואופן הפעלתה. הפסיקה בימים שלפני ההפיכה המשטרית מעלה שמרחב התמרון של בתי המשפט בהיבטים מסוימים של הזכות יוכל לעמוד בעינו, אבל **המגבלות המתוכננות על ביקורת חוקתית ככלל – יפגעו בזכות לפרטיות באופן קשה. התוצאה עלולה להיות שרירות שלטונית שתפגע בחירות יסודית במשטר הדמוקרטי**.

במיוחד:

- הפגיעה באפשרות לביקורת שיפוטית אפקטיבית על דברי חקיקה תאפשר לממשלה לפעול ללא הסמכה חוקית מספקת – תופעה שראינו ואנו רואים, למשל בפעולות של המשטרה. עד כה, בתי המשפט עמדו על הצורך בהסמכה חוקית מפורשת כדי להצדיק פגיעה בפרטיות. בלי ביקורת שיפוטית אפקטיבית, המשטרה וגופי ביטחון יוכלו להתקין מערכות מעקב רחבות היקף, תוך פגיעה בזכות היסוד לפרטיות.

- ביטול עילת הסבירות יאיין את האפשרות של בתי המשפט לבחון את יישומם של חוקים תקפים שפוגעים בפרטיות. למשל, מעקב השב"כ בתקופת הקורונה צומצם על ידי בית המשפט לפי עילת הסבירות, והותר רק במקרים שבהם אזרחים סירבו לשתף פעולה בתשאול אפידמיולוגי. בלי עילת הסבירות, הממשלה תוכל להורות לשב"כ להפעיל מעקב אחרי אזרחים לא רק בהקשרים ביטחוניים, אלא בכל הקשר אזרחי.

- מינוי פוליטי של שופטים עשוי למנוע הגנה על הזכות לפרטיות במסגרת הליכים בבתי המשפט השונים. למשל בסוגיה של פרטיות במקום העבודה: במידה שהשופט בבית הדין לעבודה יפעל בצורה מוטה כתוצאה מתלותו בפוליטיקאים לקידומו לערכאות אחרות, הוא עשוי להעדיף את עמדת המעסיק, בעיקר כאשר המדינה או רשות שלטונית אחרת הם המעסיקים, על פני עמדת העובד בסוגיות הנוגעות לפרטיות, ובכך לאפשר פגיעה גוברת בפרטיות על ידי רשויות השלטון ומעסיקים.

נייר עמדה זה פותח במיפוי היבטים שונים של הזכות לפרטיות, ממקם את הפרטיות במערך החוקתי הכללי, מתאר בקצרה את התפתחותה (האיטית יחסית) של הפרטיות החוקתית, וסוקר בתמציתיות את המקרים של תקיפה חוקתית ישירה. נסכם בהצבעה על גורלה העגום של הפרטיות תחת המשטר החוקתי שעלול להתרגש עלינו.

א. פרטיות – מיפוי משפטי

הזכות לפרטיות מתעוררת בכמה הקשרים שונים, וראוי להבחין ביניהם.

במישור הפעולה של היחסים שבין בני אדם עוסקים בעיקר דיני הנזיקין (בצד נורמות חברתיות), ולעיתים במשפט הפלילי. כאן אנחנו מוצאים עוולות של פגיעה בפרטיות, ובדין הישראלי, בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ״א-1981. העוולות עוסקות למשל בבילוש והטרדה, האזנת סתר (הפן הפלילי של האזנת סתר מוסדר בחוק האזנת סתר, התשל״ט-1979, והפן האזרחי בחוק הגנת הפרטיות), צילום אדם ברשות היחיד, שימוש במכתב של אדם ללא רשותו, הפרת חובת סודיות, הפרה של ״עקרון צמידות המטרה״, פרסום מידע אישי מהסוג שמנוי בחוק.

מישור פעולה שני הוא בקשר למידע אישי, כלומר מידע שמזהה את האדם שבו מדובר, למשל ביחסים שבין צרכנים לעסקים שאוספים עליהם מידע, בסביבה הפיזית ובסביבה המקוונת, למשל חברות ביטוח, סופרמרקטים, יחסי עבודה, רשתות חברתיות ומנועי חיפוש. הענף המשפטי המתאים הוא הפרטיות המידעית – data protection, במונח האירופי. בישראל, ההסדר המשפטי מצוי בעיקר בפרק ב של חוק הגנת הפרטיות. זה הסדר ישן ומיושן, ומשקף את הדור הראשון של עקרונות הגנת המידע האישי, בעוד שהאיחוד האירופי, שמוביל בתחום הזה, התקדם לדור שני של עקרונות הגנה.

מישור פעולה שלישי הוא בין האזרח למדינה, ולרשויות בכלל. זו הפרטיות החוקתית.[1] כאשר המדינה פועלת באמצעות אורגן שלה מול אדם אחר, אפשר לסווג את הפעולה בפרטיות הקלאסית: למשל, אם רשות מקומית מציבה מצלמת מעקב (המכונה בפיה ״מצלמת אבטחה״) באופן שמצלם גם את פנים-ביתו של אדם, המסגרת הנכונה לתקוף את ההחלטה להציב את המצלמה במיקומה המסוים היא במישור של הפרטיות הנזיקית. כאן, חשוב לציין – חוק הגנת הפרטיות חל במפורש גם על המדינה, לפי סעיף 24 בו. או, אם רשות מפעילה מאגר מידע וולונטרי, ומתעורר קושי, המסגרת המתאימה לבדיקה היא בראש ובראשונה פרק ב של החוק, למשל כרטיסי תושב כמו פרויקט דיגיתֶל של עיריית תל אביב יפו. גם ההסדר של פרק ב של חוק הגנת הפרטיות, חל על המדינה. כאשר מדובר במדיניות רחבה, או בחוק שפוגע בפרטיות, המסגרת המתאימה היא המשפט הציבורי: המשפט החוקתי והמשפט המנהלי, לפי העניין.

ב. הקשר חוקתי

הפרטיות היא זכות חוקתית שמנויה במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך שפר גורלה לעומת זכויות שאינן מנויות בכלל. הצעות לכלול את הפרטיות כערך חוקתי עלו עוד בשנות השישים של המאה הקודמת. בהצעתו של פרופ׳ הנס קלינגהופר משנת 1963 דובר על ״זכותו של כל אדם להיות מובטח בצנעת החיים האישיים והמשפחתיים״, עם פירוט בקשר לרשות היחיד והתייחסות גם מכתבים ולשיחות טלפון. קלינהגופר הציע להתיר חיפושים משטרתיים, והציע שיקולים בעניין – כאשר יש צורך בכך, ובתנאים של משטר דמוקרטי. בהצעת בנימין אקצין מאותה שנה, דובר על ״הגנה סבירה״ לכל אדם (וגם לכל תאגיד) על רשות היחיד שלהם. הצעה של

[1] להרחבה, ראו מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** (נבו ובר אילן, 2023).

ועדת החוקה חוק ומשפט משנת 1973 כללה נוסח כללי - "כל אדם זכאי להגנה כדין על רשות היחיד וצנעת הפרט", בליווי סעיפי משנה להגנה על חיפוש בבית, בכליו של אדם ובגופו, ועל "צנעת חייו האישיים והמשפחתיים" של אדם, והגנה על תקשורת. הפרטיות חזרה והופיעה גם בהצעות חוק יסוד של ח"כ שולמית אלוני, בהצעת "חוקה לישראל" של הפרופסורים למשפטים מאוניברסיטת תל אביב בהובלת פרופסור רייכמן, ובהצעתו של ח"כ אמנון רובינשטיין בשנת 1989. הצעה אחרונה זו התגלגלה, כידוע, לכדי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנוסח שהתקבל בסופו של דבר הוא זה:

(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

כמו שאר הזכויות שבחוק היסוד, הפרטיות כפופה לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד: מותר להגבילה, אולם רק בחקיקה, לתכלית ראויה שהולמת את ערכיה היהודיים ודמוקרטיים של המדינה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

ראוי לציין, כי סעיף 7(א) הוסף רק בדיוני הוועדה לפי הצעתה של נציגת מחלקת הייעוץ והחקיקה, ד"ר כרמל שלו, הצעה שתוארה על ידי היו"ר אוריאל לין "הצעה טובה", ללא דיון מפורט.

במילים אחרות, הרעיון לכלול את הפרטיות בחוק היסוד קנה אחיזה כבר בהצעות מוקדמות. בניסוחים השונים שהוצעו יש הד לאמנה האירופית להגנת זכויות האדם, שמגנה בין היתר על private life. מונח זה, אגב, בפיתוח של בית הדין האירופי לזכויות אדם, הוא מונח סל, שלתוכו יוצק בית המשפט שם זכויות רבות, הרבה מעבר לפרטיות, כמו הזכות לחינוך, זכות למגורים הולמים ועוד.[2]

הפרטיות אינה מופיעה במפורש בחוקה האמריקנית, אבל התיקון הרביעי מסדיר פעולות חיפוש ותפיסה של רשויות אכיפת החוק, ויש לפרטיות עוגן בתיקונים אחרים, כמו בחופש הביטוי (האנונימי), חופש ההתאגדות, ההגנה על ביתו של אדם, ועקרונות חוקתיים כלליים. בית המשפט העליון שם פירש את החוקה ככוללת "מתחמי פרטיות" (zones of privacy), ומכוחן יצר הגנה על פרטיות בהחלטות אינטימיות, כמו ההחלטה להשתמש באמצעי מניעה, או החלטה על הפסקת הריון. כידוע, בשנת 2022 הפך בית המשפט העליון שם את פסק הדין בעניין Roe v. Wade משנת 1973, באופן שמערער גם את הבסיס החוקתי של קטגוריית הפרטיות בהחלטות. בתי משפט בדמוקרטיות נוספות הכירו בפרטיות כזכות חוקתית, כך למשל בהודו, בפסק דין מקיף משנת 2017.[3]

בשיטות משפט אחרות, ובעיקר בדין האירופי, יש הגנה חוקתית מפורשת לפרטיות: הן באמנת זכויות האדם של מועצת אירופה משנת 1950, הן בצ'ארטר זכויות האדם של האיחוד האירופי משנת 2000 (שנכנס לתוקף ב-

[2] Bart van der Sloot, *Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus in Ulterior Interested Might Prove Indispensable in the Age of 'Big Data'*, 25 UTRECHT J. INTERNET & EUR. L. 25 (2015).

[3] *Justice K.S. Puttaswamy (Ret.) & Anr. v. Union of India*, 10 SCALE 1 (2017).

2009). בשני מסמכים אלה, חשוב להעיר, יש פסקאות הגבלה, שהיו מקור השראה מפורש לפסקת ההגבלה שבחוק היסוד הישראלי.

לפרטיות החוקתית שורה של הצדקות. בתמצית שבתמצית: הפרטיות חיונית לפיתוח אישי של בני אדם, למימוש עצמי שלנו ולשגשוג; הפרטיות מגנה מפני מעקב ממשטר, ומאפשרת לאדם לשלוט במידת מה בדימוי העצמי שלו או שלה. הפרטיות מאפשרת תנאי רקע הכרחיים ליצירת זוגיות אינטימית ולביסוס אמון ביחסים בין-אישיים בכלל; הפרטיות מאפשרת לאזרחים לחיות ביחד ולחוד – וכך תורמת לכינון הקהילה. הפרטיות חשובה במישור המדינתי, הן בהקשרים פוליטיים יסודיים, כמו בחירות חשאיות או חברות במפלגה, הן כאמצעי מגן מפני אפליה אסורה, ובעיקר, הפרטיות היא סימן היכר לחירותו של אדם במדינה דמוקרטית. היעדרה של הפרטיות הוא סממן מובהק של מדינות טוטליטריות או כאלה שיש בהן משטר "סמכותני".

ג. התפתחותה של הפרטיות החוקתית

חוק היסוד מנוסח בצורה רחבה, כדרכן של הוראות חוקתיות, ואינו מגדיר מהי הפרטיות, או גם מונחים קשורים כמו "צנעת חייו" של אדם. הסיבה לכך נעוצה הן באופי החוקתי של המסמך, שמבקש להיות על-זמני, לעמוד בשינויי הטכנולוגיה והזמן בכלל, והן באופייה של הפרטיות, שהיא זכות עמומה מיסודה, בהיותה תלוית-חברה ותלוית-טכנולוגיה.

בדין הישראלי התעוררו מקרים בודדים של פרטיות חוקתית לפני חוק היסוד, בעיקר בקשר לחיפוש בגופם של עצירים בדרך של פעולה של חוקן כפוי,[4] או כפייה של שתייה של מי-מלח (פעולה שגורמת להקאה).[5] לאחר חוק היסוד, המפגש החוקתי המרכזי הראשון של הפרטיות היה בקשר להפגנה מול ביתו של איש ציבור. בעניין *דיין נ' מפקד מחוז ירושלים*, עלתה שאלת סמכותה של המשטרה להגביל הפגנה מול ביתו של הרב עובדיה יוסף.[6] בית המשפט ניסח את השאלה כאיזון בין זכות ההפגנה – שנגזרה מחופש הביטוי – לבין הזכות לפרטיות של הרב ושכניו ולזכות הקניין שלו. פסק הדין פורֵש דיון נרחב בסוגי האיזונים השונים, אולם כפי שפורט במקום אחר, נראה שמדובר בטעות בליהוק: זכותו של הרב אינה כלל עניין של פרטיות, אלא של רצון להימנע מאי הנעימות שכרוכה בהפגנה בקרבת ביתו, ובמניעת מטרד – מהצד של מי שמפגינים מולו וכנגדו.[7]

ההפנמה השיפוטית של המשמעות החוקתית של הזכות לפרטיות הייתה איטית יחסית לזכויות אחרות. הדיון השיפוטי הזכיר לעיתים הצדקות והסברים שונים של הפרטיות, בדרך כלל באופן אקלקטי משהו, לעיתים תוך ערבוב עם זכות הקניין.[8] בעשור הראשון שלאחר חקיקת חוק היסוד, עיקר כוחה של הזכות במובנה החוקתי

---

[4] בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294 (1980).

[5] ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין**, פ"ד מב(3) 837 (1988), ראו גם ע"פ 480/85 **קורטאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(3)673 (1986).

[6] בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456 (1994).

[7] בירנהק, **פרטיות חוקתית**, בעמ' 198-202. ראו גם ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** 580-581 (2016).

[8] למשל בעניין **דיין**, וכן בע"פ 5026/97 **גלעם נ' מדינת ישראל** (נבו 13.6.1999).

היה פרשני – כסיוע לפרשנות חקיקה רגילה, בעיקר חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר,[9] או במקרי התנגשות עם זכויות אחרות כמו חופש הביטוי (בעניין *דיין*) או חופש המידע, ובדרך כלל הזכות לפרטיות נסוגה מפני אלה.

מספר המקרים שעניינם פרטיות חוקתית שהגיע לבית המשפט היה מצומצם יחסית.

כך, כאשר נדונה שאלה של העברת מידע מרשות האוכלוסין לגופים ציבוריים אחרים (דוגמת רשות השידור, בשעתה) וגופים פרטיים (בנקים), קבעה דעת הרוב שלא הייתה הסמכה מספקת בחקיקה – בקשר להעברת המידע לבנקים, ופה אחד, נפסק שההסדר של העברת המידע לגופים ציבוריים שונים היה חסר פירוט, למשל בדבר אבטחת המידע, ולכן לא היה מידתי.[10] אמות הסיפים לא רעדו בעקבות פסק הדין: המחוקק תיקן את חוק מרשם האוכלוסין, קבע הסמכה מתאימה והסדרים משלימים שענו על הקשיים שבית המשפט הצביע עליהם.

במקרים נוספים פסל בית המשפט פרקטיקות שונות משום שהן כשלו בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה – לא הייתה הסמכה חוקית מספיקה. כאשר המשטרה הציבה מחסומים אקראיים במזרח ירושלים, אבל אלה שימשו לא לצרכים משטרתיים אלא אמצעי לסייע לרשויות המס בגביית מסים – חיפש בית המשפט עוגן סטטוטורי בפקודת המסים או בפקודת המשטרה למחסומי המס, אך לשווא, ובהיעדר הסמכה, הורה לחדול מהפרקטיקה הזו.[11] בדומה, כאשר משרד הביטחון הפעיל מעקב פרטני אחרי מבקשי גִמלה, בית המשפט חיפש ולא מצא שום עוגן סטטוטורי מתאים לפעולה כזו, ופסל אותה. הכדור חזר לכנסת.[12]

בדיונים החוקתיים האלה ובמקרים נוספים, בית המשפט הפעיל את "מדריך הפעולה החוקתי" הכללי שפותח מאז חקיקת חוקי היסוד. לפי המדריך הזה, הבדיקה החוקתית כוללת את איתור הזכות הרלוונטית והפגיעה בה, בדיקת ההסמכה בחקיקה, בחינת התכלית הראויה, והפעלת מבחן המידתיות, על שלושת מרכיביו. למדריך זה יש קשיים שונים שנבחנו ותועדו בספרות בהרחבה, ובקשר לזכות לפרטיות, נראה שהם הועצמו במידה מסוימת, בשל אופיה העמום של הזכות. כך, השופטים מתקשים לעיתים לאתר את מהותה של הפגיעה בזכות, או שהם מרדדים אותה לפן מסוים. כך, בפסק דין קצר שדחה עתירות נגד חוק המאגר הביומטרי, בית המשפט הדגיש את החשש מדליפת מידע, בלי לזהות את המעקב הכללי שיש בעצם הפעלת המערך הביומטרי בידי המדינה.[13] צירוף הקשיים החוקתיים המבניים והקשיים שנובעים ממאפייני הזכות לפרטיות, מביאים להגנת-חסר על הפרטיות החוקתית.[14] כל זה, בדין הקיים.

---

[9] ראו למשל ע"א 439/88 **רשם מאגרי המידע נ' ונטורה**, פ"ד מח(3) 808 (1994).

[10] בג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) 842 (2004).

[11] בג"ץ 6824/97 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479 (2010).

[12] רע"א 2558/16 **פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון** (נבו 5.11.2017).

[13] בג"ץ 1946/17 **זידאן נ' ממשלת ישראל** (נבו 12.7.2022). שמו המלא של החוק הוא חוק הכללת אמצי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגרי מידע , התש"ע-2009.

[14] להרחבה, ראו בירנהק, **פרטיות חוקתית**.

ד. תקיפה חוקתית ישירה

למעשה, תקיפה ישירה של חקיקה – בטענה שהיא פוגעת בזכות החוקתית לפרטיות – הייתה רק בשלושה מקרים. האחד, הוא חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, שמסמיך את המשטרה לבקש צו מתאים או לפעול בעצמה במקרים דחופים, כדי להשיג נתונים על מיקומו של אדם, פרטי השיחות שלו וכדומה (אבל לא תוכנן – עניין שמוסדר בחוק האזנת סתר). בית המשפט מצא שההסמכה מספקת והחוק מידתי, אבל הוסיף הערות פרשניות אחדות שנבעו מהמיסגור החוקתי.[15]

מקרה שני הוא של תקיפת חוק המאגר הביומטרי שנזכר לעיל. בית המשפט לא צלל לעומקם של הדברים, הדגיש את החשש מדליפת מידע, אבל לגבי זה, מצא שאין בנמצא נתונים, ולכן דחה את העתירה, אבל תוך שהוא משאיר פתח לשוב ולעתור בהמשך. דיון זה חלקי וחסר מאוד. היה מקום לברר את תכלית החקיקה – שאינה ברורה כלל ועיקר והיא שנויה במחלוקת;[16] בית המשפט לא זיהה את הפגיעה בפרטיות שיש בעצם איסוף המידע הביומטרי על כלל האזרחים ואת תחושת המעקב שהאיסוף והמאגר יוצרים, ועוד.[17]

המקרה המרכזי שבו היה דיון נרחב, הוא של מעקבי השב"כ לשם איתור מגעים בתקופת הקורונה. כזכור, הממשלה גייסה את השב"כ (למורת רוחו של הארגון, אבל הוא נענה להחלטה, כמובן) למטרה של ההתמודדות עם המשבר הרפואי-אזרחי. השב"כ מפעיל מאז שנת 2002 מערכת טכנולוגית, שככל הנראה מבוססת על נתוני מיקום שהשב"כ מקבל מחברות הסלולר, לפי מסגרת משפטית רופפת משהו.[18]

ההסמכה לשב"כ הייתה תחילה לפי תקנות שעת חירום ובהמשך לפי הסמכה של השב"כ לפי חוק השב"כ. בג"ץ בחן את הסוגיה הזו במשקפי ההסמכה.[19] בית המשפט נאות לפרש את חוק השב"כ ככזה שמתיר שימוש בכלי הטכנולוגי למטרה אזרחית לא ביטחונית, כאשר "יש סכנה חמורה ומיידית לאזרחי ותושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה".[20] זו פרשנות נדיבה מאוד של ההסדר הסטטוטורי, שההיסטוריה החקיקתית שלו מעלה בבירור שכוונתו הייתה ביטחונית בלבד.[21]

לאחר מכן נחקק חוק זמני לחצי שנה, שבשל סבב בחירות נוסף באותה תקופה הוארך בפועל לשנה שלמה. חוק זה נבחן בהרכב של שבעה שופטים, ומיד אפרט לגביו. בסבב השלישי, הפעם בממשלת בנט, ועם הופעת

---

[15] בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל**, פ"ד סה(2) 694 (2012).

[16] ראו עומר טנא "חוק המאגר הביומטרי: סיכונים והזדמנויות" **המשפט** יז 421 (2014).

[17] **פרטיות חוקתית**, בעמ' 407-411.

[18] ראו את השילוב של הסמכויות שיש לראש הממשלה לפי חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ולפי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. למערכת השב"כ, המכונה "הכללי", ראו רונן ברגמן ועידו שברצטוך "'הכללי', המאגר הסודי של השב"כ, אוסף נתונים על כל אזרחי מדינת ישראל ויודע איפה הייתם, עם מי דיברתם, ומתי עשיתם את כל זה" **ידיעות אחרונות** (25.3.2020).

[19] בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה** (נבו 26.4.2020).

[20] עניין **בן מאיר**, בפסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

[21] לדיון, ראו מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" **משפט וממשל** כד 149 (2022).

האומיקרון, שוב הופעל השב״כ, שוב לפי תקנות שעת חירום. בג״ץ אישר את השימוש קצר המועד בכלי השב״כ.[22]

כאמור, פסק הדין השני הוא המפורט מהשלושה, ובו הייתה תקיפה חוקתית ישירה של חוק שהסדיר את הפעלת השב״כ לצורכי מעקבי הקורונה.[23] שישה משבעת השופטים מצאו שהחוק חוקתי: הפעם הייתה הסמכה מפורשת, התכלית הייתה ראויה, והאמצעים שנקבע בחוק היו מידתיים. השופטת ענת ברון סברה בדעת מיעוט שהחוק אינו חוקתי. לאחר האישור החוקתי, בחנו השופטים את יישום החוק. וכאן, נמצא שהממשלה כשלה.[24] בית המשפט מצא שהממשלה לא טרחה כלל למלא אחרי החוק שהיא עצמה יזמה, לא קבעה קריטריונים להפעלת שיקול הדעת שלה, לא הביאה בחשבון שינויים משמעותיים שאירעו במהלך המגיפה – באותו שלב מבצע החיסונים היה בעיצומו והוכח כאפקטיבי, מערך התשאול האפידמיולוגי תוגבר והופעל היטב. במילים אחרות, הממשלה קידמה חוק ולא טרחה לציית להוראותיו. דעת הרוב בבג״ץ קבעה שמותר להפעיל את הכלי של השב״כ רק כאשר אדם מסרב לשתף פעולה בתשאול אפידמיולוגי. השופטים סולברג והנדל נותרו בדעת מיעוט. אצל השופט סולברג, עמדתו התבססה בעיקר על קריאה צרה של הזכות לפרטיות.[25]

עתירות אחרות שהן תקיפה חוקתית ישירה של פעולות המדינה תלויות ועומדות בשעה זו בבית המשפט, הבולטת בהן היא עתירת האגודה לזכויות האזרח נגד המשטרה, שמפעילה מערך מצלמות בכבישי ישראל בשם ״עין הנץ״, ללא הסמכה מפורשת בחוק.

ה. פרטיות חוקתית לאור ההפיכה המשטרית

בשלב זה, גורלה של ההפיכה המשטרית עדיין לוט בערפל, ולא ברור אילו ממרכיביה יחוקק בסופו של דבר וכיצד. הדברים שלהלן נכתבים אם כן בזהירות המתאימה, לעת הזו.

לעומת זכויות אחרות שאינן מנויות בחוק היסוד – מצבה של הפרטיות טוב יותר. היא מופיעה במפורש בחוק היסוד, וכאמור, מוגנת גם בחוק הגנת הפרטיות שחל גם על המדינה. הפרטיות, אם כן, נותרת על כנה כזכות יסוד, ומחייבת גם את המדינה. **עיקר החשש, אם כן, הוא מסתימת הגולל על ביקורת שיפוטיות על חוקתיות של פעולות המדינה וחוקי הכנסת, וכן על מקרים שבהם המדינה תהיה צד להליך משפטי בו סוגיית הפרטיות תעלה, כגון ביחסי עבודה**.

אם תוגבל הביקורת השיפוטית על חקיקה של הכנסת – בין באיסור גורף לביקורת שיפוטית, בין בדרישה להרכב מלא של בית המשפט ורוב גבוה מאוד מבין שופטיו בעתירה, ובין בשריון מוקדם של חקיקה או שריון בדיעבד בדרך של פסקת התגברות – יהיה קשה מאוד לבחון חוקים שיפגעו בפרטיות. בדיון על מעקבי השב״כ, למשל,

---

[22] בג״ץ 8196/21 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ הממשלה** (נבו 2.12.2021).

[23] בג״ץ 6732/90 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ הכנסת** (נבו 1.3.2021).

[24] שם, בפסקאות 45-49 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

[25] לדיון, ראו בירנהק, **פרטיות חוקתית**, בעמ׳ 231-234.

אילו היה נדון בסביבה משפטית שלאחרי ההפיכה המשטרית, הרי מרגע שיימצא שיש עוגן חקיקתי (בחוק השב״כ, בגל הראשון), או חוק מפורש (בגלים הבאים), היה מסתיים הדיון.

למעשה, כוחו של בית המשפט יצטמצם למצבים שבהם אין הסמכה מפורשת מספיקה, ואז, יוכל בית המשפט לומר שהפרקטיקה המדינתית פסולה, בהיעדר הסמכה מספקת בחקיקה. זהו תנאי פורמלי של חוק היסוד, הוא קל יותר לבדיקה, וכנראה מעורר פחות קשיים חוקתיים. כאשר בית המשפט קובע כי אין עוגן מספיק בחקיקה, הוא למעשה מגלגל את הגדור חזרה לכנסת, שיכולה, ברצותה, לחוקק. כך היה במקרה העברת המידע ממרשם האוכלוסין לגופים שונים; כך היה גם בעקבות פסק הדין הראשון בעניין מעקב השב״כ בקורונה – נחקק חוק מיוחד.

אם יימצא עוגן חקיקתי מספק, יכולתו של בית המשפט לבחון סוגיות של מידתיות האמצעים שנקבעו בחוק תהיה מוגבלת. המשמעות: חקיקה דרקונית תהיה חסינה, בפועל, מביקורת שיפוטית, גם אם פגיעתה בזכות לפרטיות תהיה קשה. הממשלה – ששולטת באופן מבני בכנסת – תוכל לאמץ כל אמצעי שתרצה שיפגע בפרטיות, וידיו של בית המשפט יהיו כבולות בפועל. על הפרק, למשל, כבר יש הצעות לשימוש במצלמות ביומטריות, כלומר חיבור של מצלמות מעקב במרחב הציבורי למאגר ביומטרי, באופן שיאפשר לזהות כל אדם במרחב הציבורי שמכוסה על ידי מצלמה, גם ללא חשד סביר. הממשלה תוכל לקדם חוק שיאפשר למשטרה לפעול כזרוע ארוכה של רשות המסים; הכנסת תוכל לחוקק חקיקה שמאפשרת חיפוש סמוי, עם או בלי חשד סביר. ההשפעה עלולה להיות בכל תחומי החיים: בסדרי הדין הפליליים, בגביית מסים, בהתנהלות במרחב הציבורי, ועוד. התוצאה עלולה להיות פגיעה אנושה בפרטיות החוקתית, שהיא עמוד תווך של המשטר הדמוקרטי ושל חירויות האזרח.

גם כאשר חקיקה תימצא חוקתית – בין משום מגבלות על הביקורת השיפוטית ובין לאחר בחינה מהותית של החקיקה, בית המשפט שתחת המשטר החוקתי החדש יהיה מוגבל, ולמעשה, לא יוכל לבחון את סבירות ההחלטות של הרשות המבצעת.[26] כך בפסק הדין השני בעניין מעקבי השב״כ, בית המשפט מצא שהממשלה לא עשתה כמעט דבר כדי לפעול לפי החוק שהיא עצמה קידמה והובילה. החוק היה למעשה חזות חיצונית של הסמכה, כלי ריק, שהממשלה התעלמה מתוכנו ומהוראותיו. פסק הדין הזה התבסס על המשפט המנהלי, ולמעשה, על עילת הסבירות. אם זו תבוטל או תוגבל, סביר להניח שנראה את בית המשפט מסיט את הדיון לכלים מקבילים: פגיעה במידתיות, חוסר סמכות וכדומה.

גם במקרים שבהם המדינה או רשות מרשויות המדינה תהיה צד להליך יש חשש כבד לפגיעה בזכות לפרטיות. זהו למשל המקרה של יחסי עבודה, בהינתן שהמדינה היא המעסיקה הגדולה ביותר במשק כמו גם רשויות

---

[26] מושג הסבירות מופיע בשיח הפרטיות בכמה הקשרים, אבל הם שונים מעילת הסבירות במשפט המנהלי, שבה דן הטקסט.

מופע אחד של הסבירות בשיח הפרטיות הוא המבחן האמריקני של ״ציפיות סבירות״, לזיהויו של אינטרס פרטיות מוגן. אולם הסבירות שם מתייחסת לציפיות של האזרחים, לא לפעולת המשטרה.

מופע שני הוא בחקיקה ספציפית, למשל, סעיף 19(ב) לחוק הגנת הפרטיות קובע פטור לרשויות ביטחון ועובדיהן – כמו שוטרים – בקשר לפגיעה ״שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילויו.״ הבדיקה של הסבירות פה היא קונקרטית, בקשר להתנהגות שוטר מסוים. מדיניות של רשות לא יכולה להסתמך מראש על הפטור הזה, זה פטור בדיעבד, לא מקור סמכות. לעניין זה, ראו הערות בית המשפט: בג״ץ 4455/19 **עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ׳ משטרת ישראל**, בפסקה 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 25.1.2021). בקשה לדיון נוסף נדחתה.

מקומיות, גופים הנתמכים על ידי המדינה, למשל האוניברסיטאות, ועוד. למשל, בעניין **עיריית קלנסווה** נבחנו, בין היתר, השאלות האם רשות מקומית יכולה לחייב את עובדיה למסור טביעת אצבע לשם רישום שעות הנוכחות שלהם בשעון נוכחות ביומטרי; והאם רשות מקומית רשאית לנקוט אמצעים שונים כלפי עובדים המסרבים למסור טביעות אצבע, כולל אי תשלום שכר.[27] פסק דין של בית הדין הארצי לעבודה הבהיר את חשיבותה של הזכות לפרטיות והקשר ההדוק שבינה ובין הזכות לאוטונומיה ושליטה של הפרט. אם תיפגע העצמאות השיפוטית של בתי הדין לעבודה ובתי המשפט בכלל, יש חשש של ממש ששופטים יחששו מלפסוק במקרים של פגיעה בפרטיות, כמו בפרשה זו.

בלי הגנה חוקתית חזקה על הזכות לפרטיות, המדינה תוכל לנבור בחיינו הפרטיים, להגביל את החירות שלנו במרחב הפרטי ובמרחב הציבורי, לתעד, לעקוב, לבלוש, לתעד אותנו, להשתמש במידע על אודותינו, ולהפקיע את השליטה שלנו בעצמנו.

<u>נייר עמדה זה נכתב על ידי:</u>

פרופ׳ מיכאל בירנהק, אוניברסיטת תל אביב

תרמו הערות:

ד״ר עינת אלבין, האוניברסיטה העברית

ד״ר כרמל שלו, משפטנית עצמאית

[27] עס״ק (ארצי) 7541-04-14 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ׳ עירית קלנסווה** (נבו 15.3.2017).