



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2109/20

בג"ץ 2135/20

בג"ץ 2141/20

בג"ץ 2187/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' סולברג

העותר בבג"ץ 2109/20 : עו"ד שחר בן מאיר

העותרת בבג"ץ 2135/20 : האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 2141/20 : 1. עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל
2. הרשימה המשותפת

העותרים בבג"ץ 2187/20 : ארגון העיתונאים בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 2109/20 : 1. ראש הממשלה
2. ממשלת ישראל
3. שירות הביטחון הכללי
4. משטרת ישראל
5. משרד הבריאות
6. היועץ המשפטי לממשלה
7. הרשות להגנת הפרטיות
8. הכנסת
9. חה"כ גבי אשכנזי

המשיבים בבג"ץ 2135/20 : 1. ראש הממשלה
2. הממשלה
3. שירות הביטחון הכללי
4. משטרת ישראל
5. משרד הבריאות

המשיבים בבג"ץ 2141/20 : 1. ראש הממשלה
2. שירות הביטחון הכללי
3. משטרת ישראל
4. משרד הבריאות

- המשיבים בבג"ץ 2187/20 :
 1. ראש הממשלה
 2. הממשלה
 3. היועץ המשפטי לממשלה
 4. שירות הביטחון הכללי
 5. משטרת ישראל
 6. משרד הבריאות

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריכי הישיבות : כ"ג באדר התש"ף (19.3.2020)
 כ"ב בניסן התש"ף (16.4.2020)

העותר
 בבג"ץ 2109/20 : בעצמו

בשם העותרת
 בבג"ץ 2135/20 : עו"ד דן יקיר ; עו"ד גיל גן-מור

בשם העותרים
 בבג"ץ 2141/20 : עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד סוהאד בשארה

בשם העותרים
 בבג"ץ 2187/20 : עו"ד מורן סבוראי

בשם המשיבים 7-1
 בבג"ץ 2109/20,
 המשיבים בבג"ץ 2135/20,
 המשיבים בבג"ץ 2141/20
 והמשיבים בבג"ץ 2187/20 : עו"ד ראובן אידלמן ; עו"ד שוש שמואלי

בשם המשיבים 9-8
 בבג"ץ 2109/20 : עו"ד אביטל סומפולינסקי

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

העתירות שבפנינו, שהדיון בהן אוחד, מופנות כנגד החלטת הממשלה מיום 31.3.2020 להסמיק את שירות הביטחון הכללי על פי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ), ובאישור ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, לבצע איסוף, עיבוד ושימוש ב"מידע טכנולוגי" הנוגע לחולים מאומתים בנגיף הקורונה החדש (להלן: הנגיף) וכן לאנשים שבאו עמם במגע קרוב (להלן: החלטת ההסמכה). איגוד העיתונאים

מוסיף ומבקש להחריג מתחולת החלטת ההסמכה את ציבור העיתונאים במדינת ישראל, בשל החשש לפגיעה בחסיון העיתונאי ולחשיפת מקורות.

כבר בפתח הדברים יצוין כי העתירות שבכותרת הופנו תחילה גם כנגד החלטת ממשלה נוספת מיום 16.3.2020 (אשר תוקנה בעקבות הערות בית המשפט ביום 25.3.2020), שהסמיכה את משטרת ישראל בתקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020 (להלן: תקנות המשטרה) לפקח על קיום חובת הבידוד ולאכוף אותה על חבי בידוד. זאת, באמצעות הסמכת המשטרה לקבל באופן מדגמי נתוני מיקום מחברות תקשורת, על מנת לבדוק אם יש התאמה בין הכתובת שבה אמור חב הבידוד לשהות ובין נתוני המיקום שבמכשיר הטלפון הנייד שלו. ביום 23.3.2020 הודיעו משיבי הממשלה כי יש בכוונתם לעגן את הסמכת משטרת ישראל בהקשר זה בחקיקה ראשית, ובהמשך לכך הונחה ביום 16.4.2020 על שולחן מליאת הכנסת הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש) (קבלת נתוני מיקום לצורך פיקוח על קיום הוראות הבידוד), התש"ף-2020 (להלן: הצעת חוק נתוני תקשורת). הצעת חוק נתוני תקשורת עברה בקריאה ראשונה, ואולם ביום 23.4.2020 הודיעו משיבי הממשלה כי לאחר שהתקיימו מספר דיונים בוועדת החוץ והביטחון, ביקשה הממשלה שלא לקדם בשלב זה את הצעת החוק בנושא לקריאה שנייה ושלישית בכנסת. עוד הודיעו משיבי הממשלה כי ביום 22.4.2020 פקעו תקנות המשטרה ולעת הזו לא ייעשה שימוש בסמכויות מכוחן.

לפיכך, לעת הזו התייטר הדיון בתקנות המשטרה ובצו הביניים שנתבקש ביחס אליהן על ידי העותרים בבג"ץ 2141/20. פסק דין זה יתמקד, אפוא, בהחלטת ההסמכה הנוגעת לפעילות השב"כ.

רקע עובדתי

1. הימים האלה הינם ימי משבר לאומי ועולמי בממדים ובהיקף שכמותם לא ידענו (ראו: בג"ץ 2435/20 לוונטהל נ' ראש המחשלה, פסקה 1 (7.4.2020) (להלן: עניין לוונטהל)). מגפת הקורונה שהחלה להתפשט ברחבי העולם לפני חודשים מספר וגבתה קורבנות רבים במדינות שונות, לא פסחה על מדינת ישראל ומאז שהתגלה כאן החולה הראשון לפני כחודשיים, אותרו בישראל עד כה למעלה מ-15,000 חולים מאומתים וכ-200 בני אדם נפטרו מן המחלה. מזה כחודש ספונים מרבית אזרחי ישראל בבתייהם ומערכת החינוך מושבתת. ענפי משק רבים מושבתים ואחרים עומדים בפני קריסה, או פועלים במתכונת מצומצמת, והפגיעה הכלכלית הנגרמת למשק עקב כך מדי יום מגיעה כדי למעלה ממיליארד שקלים; נתוני משרדי הממשלה מלמדים כי יש בישראל כיום

למעלה ממיליון מובטלים. על ערים וישובים שלמים הוטל סגר ובמשך ימים ארוכים נאסר המעבר מעיר לעיר. פעילותו של נמל התעופה בן גוריון שובשה והושבתה כמעט לחלוטין. את חג הפסח חגגנו השנה בחוג בני המשפחה הגרעינית הגרים עימנו בלבד, והמצב בחלק ממדינות העולם – ובכלל זה מדינות שלהן מערכת בריאות מתקדמת ומפותחת – חמור עוד יותר.

2. במטרה להתמודד עם התפשטות הנגיף, אימצה ממשלת ישראל מדיניות של "ריחוק חברתי" ובידוד של חולים מאומתים ושל אנשים אשר באו עמם במגע קרוב. לצורך כך ננקטו על ציר הזמן שורה של אמצעים חריגים ביותר ובהם, בין היתר, הסמכת השב"כ לסייע בביצוע חקירות אפידמיולוגיות תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים שברשותו לשם זיהוי מהיר, ככל הניתן, של נתיב תנועתו של מי שאובחן כחולה בתקופת 14 הימים שקדמו לאבחון, ואיתור כלל האנשים ששהו בסביבתו הקרובה לפרק זמן של יותר מרבע שעה (להלן: מגעים).

בהקשר זה יצוין כי בתחילה הוסמך השב"כ לבצע את הפעילות המתוארת באמצעות התקנת תקנות שעת חירום (להלן: תקנות השב"כ). העתירות המקוריות תקפו החלטה זו, והתמקדו בסוגיות הנוגעות לסמכויות הנתונות לממשלה מכוח ההכרזה על מצב חירום ובאפשרות להתקין תקנות שעת חירום לצורך התמודדות עם משבר בריאותי-אזרחי, דוגמת התפשטות מגיפת הקורונה. לאחר הדיון שהתקיים ביום 19.3.2020 בעתירות המקוריות, הוצא בהן צו-ביניים ובו נקבע ביחס לתקנות השב"כ כי "ככל שעד יום שלישי, 24.3.2020 בשעה 12:00 לא תוקמנה על ידי הכנסת הוועדות הרלוונטיות כדי לאפשר פיקוח פרלמנטרי על תקנות אלה, לא ניתן יהיה לעשות כל שימוש בסמכויות המוקנות על פיהן מאותו מועד ועד להחלטה אחרת", וכן צומצמה תחולת הסמכות בתקנות השב"כ לחולים מאומתים בלבד.

3. לאחר השבעת הכנסת ה-23, הוקמה ביום 24.3.2020 הוועדה המסדרת וכן הוקמו מספר ועדות כנסת זמניות, ובהן ועדת החוץ והביטחון וועדת המשנה לענייני השירות של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (להלן: ועדת השירות). בו ביום קיבלה הממשלה את החלטה מס' 4916, ולפיה הוסמך השב"כ מתוקף סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, לקבל, לאסוף ולעבד "מידע טכנולוגי" הנוגע לחולה מאומת לתקופה בת 14 ימים קודם למועד אבחון של החולה במחלה. זאת, לצורך זיהוי נתיב תנועתו וזיהוי האנשים שבאו עמו במגע קרוב במהלך התקופה האמורה, על מנת שמשדד הבריאות יוכל להורות להם להיכנס לבידוד ביתי.

4. סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ מאפשר לממשלה להסמיך את השב"כ לבצע פעילות בתחום שאינו נמנה עם תחומי הליכה שבהם הוסמך לפעול על פי חוק השב"כ, זאת בהתקיים התנאים בסעיף שעליהם נעמוד בהמשך הדברים, ובאישור ועדת השירות. לפיכך הובאה החלטת הממשלה בפני ועדת השירות שקיימה חמישה דיונים בנושא, אשר שלושה מתוכם התקיימו באופן תקדימי כדיונים פתוחים לציבור. בישיבה פתוחה שהתקיימה ביום 26.3.2020 ונוהלה באמצעות היוועדות חזותית, בהשתתפות נציגים של הכנסת ומשרדי הממשלה הרלוונטיים, נציגים מקרב הציבור, לרבות נציגים של חלק מהעותרים, נשאלו שאלות לגבי משך הזמן שבו יידרש השימוש בסמכויות המעקב שהוקנו לשב"כ. נציגי משרד הבריאות ציינו כי כל עוד מדיניות הממשלה מתבססת על הכנסת אנשים שבאו במגע קרוב עם חולה מאומת לבידוד ביתי, יידרש שימוש בסמכויות אלו. הם הוסיפו וציינו כי לגישתם הקלה במדיניות הסגר, ככל שיוחלט על כך, לא זו בלבד שלא תייתר את הפעלת השב"כ לביצוע המעקב, אלא להיפך – ככל שיוחלט על הקלות יידרש ביתר שאת "מעקב המגעים" המבוצע על ידו. בנסיבות אלה, כך ציין משרד הבריאות, אין בידי לתחום בזמן את התקופה שבה תידרש ההסתייעות בשב"כ.

5. ביום 29.3.2020 קיימה ועדת השירות דיון חסוי, וביום 30.3.2020 חודש הדיון הפתוח בוועדת השירות, הפעם בהשתתפות חברי כנסת וממשלה בלבד. במסגרת הדיון נדונו ארבעה מסלולים אפשריים להסמכת השב"כ להפעיל את האמצעים הטכנולוגיים שבידו לצורך קיום חקירות אפידמיולוגיות: (1) תיקון חוק השב"כ במסלול חקיקתי רגיל והוספת הסמכות האמורה לחוק זה; (2) חקיקת חוק ייעודי נפרד למטרה זו; (3) התקנת תקנות שעת חירום על ידי הממשלה מתוקף סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, בדומה למהלך שבוצע ערב השבעת הכנסת ה-23 והיה נושא העתירות המקוריות; (4) הסמכת השב"כ לבצע פעילות זו על-ידי הממשלה מתוקף סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ בהחלטת הסמכה.

היועצת המשפטית לוועדה, עו"ד מירי פרנקל-שור, הציגה בפני הוועדה את היתרונות והחסרונות בכל אחת מן החלופות והציעה לאמץ את המסלול האחרון, קרי את המסלול של החלטת ההסמכה, שאף ננקט בפועל, כאמור, לאחר השבעת הכנסת ה-23.

6. ביום 31.3.2020 התקיימה ישיבה נוספת של ועדת השירות, ובה אושרה החלטת ממשלה מספר 4950 – היא החלטת ההסמכה, וזאת לאחר שינויים ותיקונים שהוכנסו בה בעקבות הערות ועדת השירות. החלטה זו מקנה לשב"כ את הסמכות "לקבל, לאסוף ולעבד מידע טכנולוגי לשם סיוע למשרד הבריאות בביצוע בדיקה בנוגע לתקופה של 14

ימים שלפני אבחוננו של חולה, שמטרתה זיהוי נתוני מיקום ונתיבי תנועת החולה וזיהוי אנשים שבאו במגע קרוב עמו, וזאת לצורך איתור מי שהיה עלול להידבק ממנו" (סעיף 2(א) להחלטת ההסמכה). לעת הזו תוקפה של החלטת ההסמכה נקבע עד ליום 30.4.2020, ובמסגרתה צומצמה הגדרת המונח "חולה" בהתאם להחלטת בית משפט זה בצו הביניים; הוגדרה התיבה "מגע קרוב עם חולה" – מגע העלול להביא להדבקה בהלימה ככל הניתן להנחיות הקליניות שיציג משרד הבריאות בהתייחס, בין היתר, למרחק מהחולה ולזמן החשיפה אליו, כפי שייקבע בנוהל שיפרסם משרד הבריאות באתר האינטרנט שלו שיתעדכן מעת לעת ויובא לידיעת ועדת השירות; נקבעו הוראות כלליות לאופן שמירת המידע ועיבודו על ידי השב"כ; נקבעה הוראה ספציפית ביחס למשך זמן שמירת המידע אצל השב"כ; ונוספה הוראה הקובעת כי שר הבריאות ישקול במהלך תקופת תוקפה של החלטת ההסמכה את הצורך בהמשך ההסתייעות בשב"כ, בהתחשב בהגבלות הפעילות שקבעה הממשלה על הציבור או בקיומן של אפשרויות חלופיות להגשמת תכלית ההחלטה. כמו כן, נקבעה חובת דיווח לוועדת השירות לפיה יש להביא בפני הוועדה אחת לשישה ימים, ובפני היועץ המשפטי לממשלה אחת לשלושה ימים, פירוט באשר למספר החולים שלגביהם התבקש השירות לאסוף מידע טכנולוגי לבקשת משרד הבריאות, מספר האנשים שאיתר השירות עקב הימצאותם במגע קרוב עם חולה והפעולות שננקטו על ידי משרד הבריאות בהתבסס על פרטי המידע הדרושים.

7. המנגנון הקבוע בהחלטת ההסמכה לצורך הסתייעות בשב"כ ולהפעלת האמצעים הטכנולוגיים שברשותו למעקב המגעים הוא זה: לאחר אבחון של חולה עם ממצא מעבדתי חיובי לנגיף, פונה משרד הבריאות לשב"כ לצורך איתור מסלול תנועתו של החולה המאומת ב-14 הימים שקדמו למועד האבחון ואיתור האנשים שהיו בקרבת החולה במשך למעלה מרבע שעה בתקופה זו. לצורך כך, מוסר משרד הבריאות לשב"כ את שם החולה, מספר תעודת הזהות שלו, מספר הטלפון הנייד שלו ומועד אבחוננו. בשלב זה נשלח לחולה מסרון שמידע אותו כי פרטיו נמסרו לשב"כ. לאחר עיבוד המידע הנדרש מעביר השב"כ למשרד הבריאות את מסלול התנועה של החולה ב-14 הימים שלפני אבחוננו, וכן פרטים לגבי מגעים רלוונטיים. פרטים אלה כוללים שם של מי שהיה במגע קרוב עם החולה, כהגדרת מושג זה בהחלטת ההסמכה, מספר תעודת זהות, טלפון, תאריך לידה, מועד החשיפה ומיקום החשיפה. בשלב זה נשלח מסרון לכל אחד מהאנשים שפרטיהם הועברו למשרד הבריאות כמי שבאו במגע קרוב עם חולה מאובחן, והם מתבקשים להיכנס לבידוד ביתי בן 14 ימים ולדווח על כך באתר משרד הבריאות.

8. נוכח התפתחות זו, אפשרנו לעותרים בכל העתירות לתקן את עתירותיהם בהתאם. העתירות המתוקנות הוגשו ביום 5.4.2020, התשובות לגביהן הוגשו עד ליום

12.4.2020 והדיון בהן, שהתקיים ביום 16.4.2020, שודר לציבור בשידור חי וישיר. במהלך הדיון אף התקיים, בהסכמת העותרים, דיון חסוי במעמד צד אחד, וכמו כן, נתנו המשיבים את הסכמתם לראות בדיון שהתקיים בעתירות כאילו ניתן בהן צו על תנאי.

טענות הצדדים

9. העותר בכג"ץ 2109/20, עו"ד שחר בן מאיר, העותרת בכג"ץ 2135/20, האגודה לזכויות האזרח בישראל, העותרים בכג"ץ 2141/20, עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל וסיעת הרשימה המשותפת בכנסת (להלן: עדאלה והרשימה המשותפת), והעותר בכג"ץ 2187/20, ארגון העיתונאים בישראל (להלן: ארגון העיתונאים) (יכוננו יחד להלן: העותרים) טוענים כולם כי הסמכת השב"כ לפעול בסוגיה אזרחית-בריאותית, מנוגדת לחוק השב"כ וכי החלטת ההסמכה שקיבלה הממשלה בהקשר זה נתקבלה בחוסר סמכות. לגישת העותרים, השב"כ, כארגון הביטחון המסכל של מדינת ישראל, מוסמך לבצע תפקידים ביטחוניים בלבד ולפיכך, יש לפרש בצורה מצומצמת את סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ המאפשר לממשלה, באישור ועדת השירות, להסמיך את השב"כ לבצע פעילות בתחום אחר לצורך שמירה וקידום של "אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה". לגישת העותרים יש לפרש סעיף זה באופן המתיר פעילות כאמור אך ורק לגבי איומים ביטחוניים במובנם "הצר". לחלופין, טוענים העותרים כי אף אם תאומץ פרשנות רחבה יותר של סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, המאפשרת לשב"כ לפעול בתחומים לבר-ביטחוניים, יש לעשות שימוש בהסמכה זו במקרי קיצון, שהמקרה דנן אינו נמנה עמם. עדאלה והרשימה המשותפת הוסיפו וטענו כי החלטת ההסמכה פוגעת בזכויות יסוד של האזרח ועל כן, היא מהווה במהותה הסדר ראשוני. לגישתם, הוראת סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ אינה אלא "סעיף סל" ועל כן, לא ניתן לקבל החלטה, כאמור, מכוחה.

10. העותרים מוסיפים וטוענים כי הסמכויות שהוקנו לשב"כ בהחלטת ההסמכה פוגעות בזכויות הפרט ובעקרונות היסוד של השיטה. בעיקר, כך נטען, נפגעת הזכות החוקתית לפרטיות, ועדאלה והרשימה המשותפת סבורים כי בנוסף לכך נגרמת פגיעה לא פחותה גם בזכות החוקתית לכבוד. העותרים אינם חולקים על כך שהחלטת ההסמכה התקבלה לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכי בין תכלית זו ובין האמצעי שנבחר מתקיים קשר רציונלי, אך הם גורסים כי קיימים אמצעים פוגעניים פחות מזה שנבחר, וכי הנזק הנגרם מהשימוש באמצעי זה עולה על התועלת שבו. בעניין זה מטעימים העותרים כי הבחירה בשב"כ לביצוע מטלה אזרחית-בריאותית, משנה מהיסוד את האיזונים והבלמים בחברה דמוקרטית, שבה

מעקבים המוניים אחרי אזרחים מצד שירותי הביטחון אמורים להישמר אך לצרכים נקודתיים של הגנה על ביטחון המדינה. על כן, לטענתם, היה צורך להטיל את המשימה על גורמים אחרים, כגון חברות אזרחיות, משרד הבריאות ולמצער, משטרת ישראל. עוד עומדים העותרים על כך שהמנגנון הקבוע בהחלטת ההסמכה אינו עולה בקנה אחד עם הנורמות הנהוגות ביחס להגנה על הפרטיות במאגרי מידע, בעיקר נוכח אופיו הכופה של המנגנון והיעדר השקיפות הכרוך בו.

11. ארגון העיתונאים מצידו מעלה טענות הנוגעות להשלכותיה של החלטת ההסמכה על ציבור העיתונאים במדינת ישראל. לטענת ארגון העיתונאים, החלטת ההסמכה פוגעת בחופש העיתונות ובחיסיון המקורות העיתונאיים, שכן יש בה כדי לייצר "אפקט מצנן" (chilling effect) על מקורות שיחששו מחשיפה ל"מעקב המגעים" שמבצעות רשויות השלטון. ארגון העיתונאים עומד על חשיבות ההגנה על מקורות עיתונאיים דווקא בימים בלתי שגרתיים אלה, וכן הוא מדגיש שמספרם של נושאי תעודת עיתונאי בישראל אינו גבוה, ועומד על כ-5,000 אנשים. לפיכך, לגישתו, הסכנה בהחרגתו של ציבור זה מההסדר שנקבע היא מגודרת ומוגבלת. ארגון העיתונאים עותר, על כן, להחרגת ציבור העיתונאים מתחולת החלטת ההסמכה, ולמצער הוא עותר לכך שיקבעו תנאים מיוחדים להפעלת הסמכויות הקבועות בה ביחס לעיתונאים.

12. מנגד, המשיבים 1-7 בבג"ץ 2109/20, שהם גורמי הממשלה הרלוונטיים לעניין (להלן: משיבי הממשלה), והמשיבים 8-9 בבג"ץ 2109/20 ובבג"ץ 2135/20 – הכנסת ויושב ראש ועדת השירות, חבר הכנסת גבי אשכנזי (להלן: משיבי הכנסת); והמשיבים יחד: המשיבים), טוענים כי התיבה "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" הקבועה בסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, מתפרשת על תחומים רחבים מביטחון במובנו הצר, לנוכח לשון הסעיף ותכליתו. עוד נטען כי המגיפה שהתפרצה בעקבות נגיף הקורונה והצורך להתמודד עימה ולבלום את התפשטותה באים בגדר אותם מקרים שבהם ניתן להסמיך את השב"כ לפעילות מכוח סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ. משיבי הממשלה אינם חולקים על כך שהחלטת ההסמכה פוגעת בזכות החוקתית לפרטיות, אלא שלגישתם פגיעה זו היא מידתית. משיבי הממשלה מוסיפים ומציינים כי בראשית הדרך, ערך משרד הבריאות חקירות אפידמיולוגיות פרטניות, במסגרתן קוים ראיון עם כל חולה מאומת, ומסלול תנועתו בשבועיים שקדמו לכניסתו לבידוד פורסם באתר האינטרנט של משרד הבריאות ובכלי התקשורת. אך ככל שמספר החולים המאומתים בארץ הלך וגדל, ביצוע חקירות פרטניות הפך בלתי ישים ולפיכך, גורמי המקצוע במשרד הבריאות באו לכלל מסקנה כי נדרשת הפעלת אמצעים טכנולוגיים לשם זיהוי מהיר ככל הניתן של נתיב התנועה של מי שאובחן כחולה ואיתור כלל האנשים ששהו בסביבתו הקרובה לפרק זמן

של יותר מרבע שעה בתקופה של 14 ימים טרם אבחוננו. לצורך כך, נבחנה תחילה האפשרות להסתייע בטכנולוגיות שהוצעו על ידי חברות אזרחיות אך חלופות אלה נמצאו בלתי מספקות, ופנייה בהקשר זה לחברות ענק בינלאומיות שבידיהן אמצעים טכנולוגיים העשויים לסייע, לא נענתה בחיוב. כמו כן, נשקלה האפשרות להטיל את המלאכה על משטרת ישראל לאחר שזו תקבל נתוני תקשורת מחברות תקשורת, ואולם הגורמים המקצועיים מצאו כי קיים פער מובהק בין יכולות המשטרה ויכולות השב"כ בהקשר זה. עוד מדגישים המשיבים כי אל מול הפגיעה בזכות הפרטיות, שאינה במחלוקת, ניצבת הזכות לחיים של אזרחי ותושבי מדינת ישראל וכן האינטרס לשמירה על בריאות הציבור ויציבות המשק הישראלי. לשיטת המשיבים, כובד משקלם של הזכויות והאינטרסים האמורים, גובר בנסיבות אלה על משקל הפגיעה בזכות הפרטיות.

13. אשר לטענות ארגון העיתונאים – טוענים המשיבים כי הסמכויות המנויות בהחלטת ההסמכה אינן פוגעות בחופש העיתונות כנטען. זאת, משום שככל שעיתונאי יאובחן כחולה מאומת, פרטיו יימסרו אך לשב"כ ולמשרד הבריאות (ובתוכם רק למורשי גישה למידע). המשיבים מדגישים כי התהליך לאיתור ולעיבוד המידע הטכנולוגי ביחס למגעיו של החולה הוא אוטומטי ברובו. עוד מציינים המשיבים בהקשר זה כי נשקלה האפשרות להחריג עיתונאים ובעלי חסיונות אחרים מתחולת ההסדר, ואולם החשיבות בהצלת חיי אדם וקטיעת שרשרת ההדבקה עולה על הצורך לשמר חסיונות אלה.

דיון והכרעה

14. השאלה המרכזית העומדת לפתחנו נוגעת לחוקיות ולחוקתיות של הסמכת השב"כ לסייע למשרד הבריאות בביצוע חקירות אפידמיולוגיות, בדרך של איסוף ועיבוד "מידע טכנולוגי" באמצעים העומדים לרשותו. הדיון בשאלה זו מצריך התייחסות בשלושה מישורים: ראשית, במישור הסמכות – יש לבחון אם סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ מקנה לממשלה את הסמכות להפעיל את השב"כ בתחום שהוא אזרחי מובהק, הנוגע לסכנה לבריאות הציבור. לצורך כך יש לפרש את משמעות התיבה "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" שבסעיף 7 לחוק השב"כ. שנית, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה חיובית, יש להוסיף ולבחון אם בנסיבות העניין ראוי לעשות שימוש בהחלטת ממשלה לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ לצורך הסמכת השב"כ, או שמא מן הראוי לעגן הסמכה זו בחקיקה ראשית. ולבסוף, באם התשובה לשאלה השנייה היא כי אין צורך לעגן את ההסמכה בחקיקה ראשית כי אז יש לבחון אם החלטת ההסמכה היא מידתית. זאת בהינתן הפגיעה בזכויות אדם שאין חולק עליה הנגרמת בשל הסמכת השב"כ לפעול כאמור.

15. חוק השב"כ נחקק בשנת 2002 מתוך תפיסה כי יש לעגן את פעילותו של שירות הביטחון המסכל של מדינת ישראל בחקיקה ראשית סדורה, אשר תגדיר את סמכויותיו ותקבע את כפיפותו לדרג האזרחי ואת סמכויות הפיקוח על פעילותו. לענייננו, רלוונטיות ההוראות העוסקות בייעוד השב"כ המפורטות בסעיף 7(א) לחוק, ובתפקידיו המפורטים בסעיף 7(ב). סעיפים אלה קובעים כך:

7. (א) השירות מופקד על שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין.
- (ב) לענין סעיף קטן (א), ימלא השירות תפקידים אלה:
- (1) סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו;
 - (2) אבטחת אנשים, מידע ומקומות, שקבעה הממשלה;
 - (3) קביעת הוראות בדבר סיווג ביטחוני לתפקידים ולמשרות בשירות הציבורי ובגופים אחרים, כפי שקבעה הממשלה, למעט לנבחרי ציבור ולשופטים, וכן קביעה של התאמה ביטחונית של אדם לתפקיד או למשרה שסווגו בסיווג ביטחוני, לרבות על ידי שימוש בבדיקות פוליגרף, והכל כפי שייקבע בכללים; בפסקה זו, "שופטים" - מי שבידם סמכות שפיטה לפי חוק-יסוד: השפיטה, למעט מועמדים לשפיטה ולמעט שופט צבאי לפי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955;
 - (4) קביעת נוהלי אבטחה לגופים שקבעה הממשלה;
 - (5) קיום מחקר מודיעין ומתן ייעוץ והערכת מצב לממשלה ולגופים אחרים שקבעה הממשלה;
 - (6) פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה;
 - (7) איסוף וקבלת מידע לשמירה ולקידום הענינים המפורטים בסעיף זה.

הצדדים בעתירות דנן נחלקו ביחס למשמעות התיבה "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" המופיעה פעמיים בסעיף 7 לחוק השב"כ. לגישת העותרים, חוק השב"כ מבטא נקודת איזון רגישה בין הקניית סמכויות נרחבות מאוד לשב"כ מחד גיסא, ובין הגבלת השימוש בסמכויות אלה לצרכי ביטחון בלבד מאידך

גיסא. העותרים טוענים כי ההתמודדות עם מגפת הקורונה – מורכבת וקשה ככל שתהיה – אינה מסוג המקרים המצדיקים "לחצות את הרוביקון" ולהסמיך את השב"כ לעשות שימוש ביכולותיו – הנטועות בתחום הביטחון המסכל – כדי לסייע בביצוע חקירות אפידמיולוגיות במסגרת משבר בריאותי שאין בו סכנה לעצם קיומה של המדינה. מנגד, סבורים המשיבים כי השימוש במונח "ביטחון לאומי" ולא במונח "ביטחון המדינה" בסעיף 7 לחוק השב"כ מעיד על כך שניתן להסמיך את השב"כ לבצע משימות שאינן "ביטחוניות" במובן הצר, אם כי גם המשיבים מסכימים שהרחבת פעילות השב"כ אל מעבר לתחום הביטחוני הצר שעליו הוא מופקד היא מוקשית ויש לעשות בה שימוש במקרים חריגים בלבד.

על מנת ליישב את המחלוקת שנפלה בין הצדדים באשר לפירושה הנכון של הוראת סעיף 7(ב)(6), עלינו להידרש לכללי הפרשנות המקובלים בשיטתנו.

סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ – המהלך הפרשני

16. המסע פרשני תחילתו בלשון ההוראה אותה מבקשים לפרש (ע"א 6455/19 ירוחיומוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 9 (28.1.2020) (להלן: עניין ירוחיומוביץ)). סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ מדבר על "פעילות בתחום אחר [...] שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה", ונראה כי לענייננו המילים "ביטחון לאומי" הן מילות המפתח המצריכות פירוש.

למונח "ביטחון לאומי" ולהיבטים הנכללים בו אין הגדרה אוניברסאלית מוסכמת (Greg Carne, *Thawing the Big Chill: Reform, Rhetoric and Regression in the Security Intelligence Mandate*, 22 MONASH U. L. REV. 379 (1996) (להלן: Carne)). תפיסות הביטחון של מדינות העולם אינן זהות. הן נגזרות מן האתגרים הביטחוניים השונים המאפיינים אותן וכן מן השוני בין הגופים והמוסדות העוסקים בביטחון בכל מדינה. אף בישראל לא זכה המושג "ביטחון לאומי" להגדרה ממצה בחקיקה או בפסיקה ולפיכך ייתכן שתחום התפרשותו ישתנה מעניין לעניין, בהתאם להקשר הדברים שבו הוא מופיע.

בענייננו, ניתן אולי לטעון כי לשון סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ אינה מאפשרת הסמכה של שירות הביטחון הכללי לעסוק בעניינים שאינם בתחום הביטחון. מנגד, המחוקק בחר לעשות שימוש בשני ביטויים שונים במסגרת סעיף 7 – "ביטחון המדינה" ו-"ביטחון לאומי", וחזקה על המחוקק שהדבר לא נעשה מטעמים אסתטיים בבחינת

"קישוט לשוני" גרידא. לצורך השראה פרשנית הפליגו בהקשר זה משיבי הממשלה בהשוואות לדברי חקיקה נוספים שבהם נעשה שימוש במונח "ביטחון לאומי" בהצביעם על כך שבהקשרים שונים התפרש מושג זה באופן רחב, הכולל גם היבטים של חוסן לאומי בתחום הכלכלי-חברתי. משיבי הממשלה הוסיפו והצביעו על החלטות בתחום המשפט הבינלאומי אשר בהן פורש המושג "ביטחון לאומי" באופן הכולל, בין היתר, משברים כלכליים. מבחינה לשונית, אפוא, לא ניתן לשלול את הפרשנות המוצעת על-ידי המשיבים ולפיה נוכח השימוש במונח "ביטחון לאומי" להבדיל מ"ביטחון המדינה", ניתנה לממשלה על פי הסעיף הסמכות, באישור ועדת השירות, להרחיב את פעילות השב"כ אל תחום אחר שאינו מצוי בליבת הפעילות הביטחונית, ככל שהדבר נדרש לשימור ולקידום "אינטרס ממלכתי חיוני", הקשור לביטחון במובן הרחב. ויודגש, המשיבים כולם מדגישים בטיעוניהם כי אין מדובר בכל "אינטרס ממלכתי" ובכל תחום שהוא, אלא בהסמכה החלה במקרים חריגים בלבד, שבהם עולה צורך חיוני לעשות כן.

17. מבין האפשרויות הפרשניות שהלשון "סובלת", יש לבחור את הפירוש המגשים באופן מיטבי את תכליתה של הנורמה העומדת לדיון (ראו עניין ירוחיובין, פסקה 9). על תכליתו הסובייקטיבית של החוק ניתן ללמוד מההיסטוריה החקיקתית שלו. בהקשר זה ראוי לציון ולשבח העובדה כי במסגרת ההליכים שבפנינו טרחו משיבי הכנסת והציגו את הפרוטוקולים של דיוני ועדות הכנסת שבהם נדונה חקיקתו של סעיף החוק הרלוונטי לענייננו. פרוטוקולים אלה, שהיו חסויים עד עתה מתוקף הוראות סעיף 6(ב) לחוק השב"כ ומגבלות מכוח תקנון הכנסת, צורפו בהסכמת כל הצדדים, כנספחים לתגובת הכנסת לאחר שנעשה מאמץ מצידה לאפשר את חשיפתם. אף שחלקים מהפרוטוקולים הושחרו מטעמים של ביטחון המדינה, יש בהם כדי ללמד על תכליתה של הוראת סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ ועל ההתלבטויות כבדות המשקל שליוו את חקיקתה.

18. הצעת חוק שירות הבטחון הכללי, התשנ"ח-1998, ה"ח 2689 (להלן: הצעת החוק) הוגשה על ידי הממשלה בשנת 1998 ובמסגרתה קבע נוסחו המקורי של סעיף 7(ב)6 כי אחד התפקידים שימלא השירות הוא "פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים חיוניים של המדינה". במהלך הדיונים בנושא הצעת החוק הביעו כמה מחברי ועדת המשנה לעניין חוק השב"כ חשש מהאפשרות שהממשלה תנצל לרעה את הסמכות הקבועה בסעיף 7(ב)6 להצעת החוק ותרחיב באופן ניכר את סמכויותיו של השב"כ להיבטים החורגים מענייני הביטחון שעליהם הוא אחראי באופן מפורש. כך, חבר הכנסת זאב בנימין בגין ציין כי התיבה "אינטרסים ממלכתיים חיוניים" מובנת ככזו המתייחסת לאינטרסים

"משקיים, כלכליים, אולי חברתיים" והזהיר כי השימוש בסמכות זו למטרות אלו עלול לפגוע בזכויות הפרט בעניינים שאינם נוגעים לביטחון (פרוטוקול דיון ועדת המשנה לחוק השב"כ מיום 24.8.1998, בעמ' 23, 31). חבר הכנסת רן כהן הצטרף לחששות אלה והדגיש כי "השב"כ צריך לעסוק בנושאי הביטחון והמשטרה צריכה להתמקד בנושאים אזרחיים מובהקים" (פרוטוקול דיון ועדת המשנה לחוק השב"כ מיום 26.8.1998, בעמ' 10). גם פרופסור מרדכי קרמניצר שנכח באחד מהדיונים סבר כי הניסוח העמום של תפקידי השב"כ, ובפרט האפשרות להרחיבם באופן ניכר מכוח סעיף 7(ב)(6) להצעת החוק, עלול להוביל לכך שהממשלה תשתמש בשירותי השב"כ למטרות שלא לשמן הוא הוקם (פרוטוקול דיון ועדת המשנה לחוק השב"כ מיום 24.8.1998, בעמ' 4).

19. בעקבות הערות אלה שונתה הסיפא של סעיף 7(ב)(6) בהצעת החוק ל"אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז), מני מזוז, הסביר כי שינוי זה נועד לצמצם את היקף ההוראה שנקבעה בהצעת החוק המקורית והסביר כך:

"המונח 'ביטחון לאומי' הוא קצת יותר רחב מהמונח 'ביטחון' במובן הצר של המלה. למשל, אם מדינת אויב מתכוונת להציף את מדינת ישראל במטבע מזויף, זה דבר שיכול לפגוע בביטחון הלאומי במובן שהמדינה יכולה להתמוטט. אלה דברים שהם לא ביטחון במובן שאנחנו רגילים אליו של ביטחון נשק, טרור, צבא" (פרוטוקול ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לחוק השב"כ מיום 30.12.2001, בעמ' 33).

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הוסיף והעלה מספר דוגמאות לתחומים שעשויים להיחשב כ"אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" וציין במסגרת זו נושאים כלכליים כמו ריגול תעשייתי ופשיעה בין-לאומית וכן עבירות חמורות בין-לאומיות ו"דברים שנעשים ברחבי הגלובוס ושבהם יש יתרון יחסי מקצועי מסוים לגוף כמו שב"כ או גופים מקבילים על פני משטרה שגרתית" (שם, בעמ' 40). אף היועץ המשפטי לשב"כ באותם ימים, עו"ד אריה רוטר, הסביר בדיעבד כי הביטוי "ביטחון לאומי" הוסף להצעת החוק לאור החשש שללא מילים אלה יפורש המונח "אינטרסים ממלכתיים חיוניים" ככזה המאפשר להקנות לשב"כ סמכויות "באופן רחב מעבר לענייני ביטחון" (אריה רוטר חוק שירות הביטחון הכללי – אנטומיה של חקיקה 75, ה"ש 202 (2010) (להלן: דוטר)). לבסוף, ביום 11.2.2002 אושר חוק השב"כ במליאת הכנסת ונוסחו של סעיף 7(ב)(6) לחוק הוא הנוסח המתוקן של הצעת החוק שעליו עמדנו לעיל.

20. הנה כי כן, מן ההיסטוריה החקיקתית כפי שתוארה לעיל ניתן ללמוד כי בעקבות החששות שהביעו חברי הכנסת בדבר הרחבה ניכרת של סמכויות השב"כ, צומצמה האפשרות להפעיל את השב"כ על ידי הממשלה אך ורק לתחומים הנוגעים באופן ישיר לביטחון הלאומי של המדינה. בהקשר זה נראה כי סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ לא נועד, ככלל, להרחיב את תפקידי השב"כ לתחומים אזרחיים, ועם זאת מהדיונים בהצעת החוק עולה כי כוונת המחוקק הייתה לכלול במונח "ביטחון לאומי" עניינים החורגים מהמונח הביטחוני הצר.

21. אשר לתכלית האובייקטיבית של סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ והשלכותיה על פרשנות המונח "ביטחון לאומי", הרי שהגדרה רחבה ועמומה מדי של הביטוי "ביטחון לאומי" בהקשר הנדון, עלולה להתיר את הרסן ולאפשר שימוש ביכולות השב"כ לצורך משימות אשר בינן ובין תכליתו של ארגון ביטחון מסכל אין ולא כלום. בחוק השב"כ הוגבל כאמור ייעודו של השב"כ, והוקנו לו תפקידים מוגדרים בחוק שתכליתם לאפשר למדינת ישראל להתמודד עם איומי הביטחון שהם מציאות חיינו, וזאת בעיקר באמצעות איסוף מודיעין מסכל, פעולות לאבטחת אישים, ופעולות ביטחוניות נוספות (ראו אלי בכר, ייעוץ משפטי בארגון ביטחוני, 52 (2013); איסר הראל, ביטחון ודמוקרטיה, 162 (1989); לסקירה משווה ראו אריאל צימרמן "הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה, הערות מרכזיות להצעת החוק, לאור המשפט המשווה" המכון הישראלי לדמוקרטיה 25 (1997)). לצורך כך, הוקנו לו כלים ואמצעים נרחבים מאלה המוקנים למשטרה, כמי שמתמודדת עם איומים אזרחיים והשלטת הסדר החברתי (השוו למשל את סמכויות השב"כ לפי סעיף 11 לחוק השב"כ עם הסמכויות המוקנות בהקשר זה למשטרה בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007). בכך, נקבעה נקודת האיזון בין צרכיה הביטחוניים של המדינה ובין יסודות משטרנו הדמוקרטי, ובראשם כיבוד זכויות וחירויות הפרט ועיקרון שלטון החוק. שימוש ביכולותיו של השב"כ כלפי אזרחי המדינה ותושביה שלא ביקשו להרע לה, טומן בחובו סכנה לקיומה של חברה דמוקרטית אשר, ככלל, מוכנה לשאת פגיעה מסוימת, מתוחמת ומגודרת בזכויות אדם ולעיתים אף בשלטון החוק, ככל שהדבר נוגע לאיומים המעלים חשש להמשך קיומה. הרחבת המצבים שבהם ניתן לפנות לשירות ביטחון מסכל מעוררת, אפוא, חששות כבדים.

22. לשם השוואה, במסמכים אסטרטגיים שפירסם הממשל האמריקני בשנים האחרונות נכללו במונח "ביטחון לאומי" היבטים כמו איומי סייבר, אסונות טבע, סחר בסמים, מחסור במשאבי טבע ואף מגפות (Laura K. Donohue, *The Limits of National*)

בהקשר *Security*, 48 AM. CRIM. L. REV. 1573, 1577, 1722 (2011) (להלן: Donohue). אחרון זה, נראה כי הכוונה המקורית הייתה למגפות המתפרצות על רקע לוחמה ביולוגית, אך הממשל הפדרלי בארצות הברית הרחיב הגדרה זו גם למגפות שמקורן אינו לוחמתי (ראו בהקשר זה את התייחסות הממשל למגפת ה-SARS בשנת 2003 ולשפעת החזירים בשנת 2009: Donohue, בעמ' 1734). ואולם, על רקע העמימות הטבועה במונח "ביטחון לאומי" הזהירו בתי המשפט בארצות הברית מפני ניצול לרעה של השימוש בו ומהרחבתו באופן הפוגע בזכויות בסיסיות (ראו, למשל, *United States v. United States Dist. Ct.*, 407 U.S. 297, 314 (1972) "Given the difficulty of defining the domestic security ; interest, the danger of abuse in acting to protect that interest becomes apparent" וכן ראו התייחסות בית המשפט העליון האמריקני לשימוש הנרחב ו"הגמיש" בשיקולי ביטחון לאומי במסגרת המלחמה בטרור: *Hamdi v. Ramsfeld* 542 U.S. 507, 520 (2004). חשש זה באשר להרחבת המשמעויות המוענקות למונח "ביטחון לאומי" הושמע במועצת השנים, בין היתר, גם במדינות אירופה, באוסטרליה ובקנדה (להרחבה ראו: Frank Foley, *The Expansion of Intelligence Agency Mandates: British Counter-Carne ; terrorism in Comparative Perspective*, 35 REV. INT. STUD. 983, 984-989 (2009) בעמ' 385-381, 390-391).

לפיכך, היו מי שסברו כי הוספת תפקידים לשב"כ מחייבת מבחן מחמיר שבמחמירים, שעניינו שמירה וקידום אינטרסים ממלכתיים חיוניים למניעת איום קיומי (ראו והשוו דוטר, בעמ' 17-18). מנגד, בהינתן מורכבותה של המציאות המשתנה, ניתן לקבל את התפיסה לפיה המונח "ביטחון לאומי" עשוי לכלול, בנסיבות מסוימות ומגודרות, מתחם רחב יותר של איומים מאלו שהינם קיומיים ממש.

23. לגישתי 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 והמידית לאזרחי ותושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה. במילים אחרות, ככל שמתרחקים מליבת העיסוק הביטחוני, על הממשלה מוטל הנטל להראות כי אכן מדובר בסוגיה המציבה סכנה חמורה ומידית לאזרחי מדינת ישראל או לסדרי המשטר במדינה, באופן המחייב את התגייסותם של כלל הגופים, ובהם שירותי הביטחון שלה, לצורך התמודדות עם האתגר. פרשנות זו מתחייבת לנוכח הקושי הלשוני בפרשנות הסעיף, הצמצום בהיקף התפרשותו של הסעיף שנלמד מההיסטוריה החקיקתית שלו, והדגש – בישראל ובעולם – על מניעת הרחבה בלתי מבוקרת של סמכויות גופי ביטחון מסכל.

ודוקו – מבחן הסכנה החמורה והמידית שאותו, לגישתי, יש לאמץ בענייננו מורכב משני מימדים – מימד מהותי ומימד הזמן. במימד המהותי, נדרש רף גבוה במיוחד של סכנה לאזרחי ותושבי המדינה. לא מדובר אומנם בהכרח באיום קיומי או באיום חתרני מעשה ידי אדם, אך ברי כי אין הכוונה לאיומים שגרתיים על הסדר הציבורי עמם מתמודדות המשטרה ורשויות האכיפה האזרחיות מדי יום. במימד הזמן, דרישת המיידיות קובעת שהסכנה חייבת להיות כזו שאין בנמצא אפשרות מעשית לפתח אמצעים אלטרנטיביים מתאימים יותר להתמודדות עימה טרם התממשותה. דהיינו, הרחבת סמכויות השב"כ מכוח סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ אל מעבר לטיפול בענייני ביטחון במובן הצר, אינה לתקופה בלתי מוגבלת והיא אפשרית רק כל עוד מתקיימת דרישת המיידיות ואין בנמצא אמצעים אחרים להתמודדות דומה עם הסכנה החמורה. דרישות מחמירות אלה נדרשות לנוכח החשש שעליו עמדנו מהסמכת שירות ביטחון מסכל ומהעמדת יכולותיו, שאינן שקופות ואינן ידועות מטעמים מובנים, כך שיופעלו בתחום שאינו ביטחוני במובן הצר וכלפי אזרחי ותושבי המדינה שאינם מבקשי רעתה.

24. סיכומם של דברים, סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ נועד לאפשר לממשלה, באישור ועדת השירות, גמישות מסוימת ביחס להסמכת השב"כ לפעולה בנסיבות שלא נצפו מראש בעת חקיקת החוק. ואולם, כפי שעולה מלשון הסעיף, מההיסטוריה החקיקתית שלו ומתכליתו האובייקטיבית, המונח "ביטחון לאומי" שבסעיף 7(ב)(6) רחב אך במעט מהמונח "ביטחון המדינה", ובנסיבות מתאימות ניתן לכלול בו גם איומים חמורים ומיידים שמקורם אינו בחתירה אקטיבית של גורמים עוינים כאלה ואחרים כנגד המדינה ומוסדותיה. אך ככל שמדובר בהרחבת פעילות השב"כ מעבר לתחומי הליבה של הביטחון במובן הצר שעליהם הוא מופקד, מדובר בהרחבה מצומצמת ביותר החלה באותם המקרים החריגים והנדירים שבהם קיימת סכנה חמורה ומידית לאזרחי המדינה ותושביה או לסדרי המשטר במדינה, והכל תחת אמצעי ריסון ופיקוח קפדניים ובאופן זמני בלבד.

מן הכלל אל הפרט: האם מגפת הקורונה נכללת במונח "ביטחון לאומי"?

25. כפי שכבר ציינו בהחלטות שונות מן העת האחרונה, מצויים אנו, כמו מרבית מדינות העולם, בשעת חירום שטרם הכרנו כמותה. אין לכחד כי מדובר במצב חריג וקיצוני וכפי שציין השופט י' עמית בעתירה אחרת שעסקה בהתמודדות עם מגפת הקורונה, מצב זה מוליכינו "מבחינה משפטית, [...] בארץ לא זרועה, במחוזות ובמשעולים חוקיים וחוקתיים שלא שיערו ראשונים ולא חזו גם רואי השחורות" (עניין לוונטה, פסקה 1). מנכ"ל משרד הבריאות, מר משה בר-סימן-טוב, כינה את המצב

הנוכחי במסגרת דבריו בוועדת השירות "סיטואציה שלא הייתה כמותה בעת המודרנית" (פרוטוקול דיון ועדת השירות מיום 26.3.2020, בעמ' 4-5). על תיכלול המשבר מופקד המטה לביטחון לאומי, ומוטת השליטה המופעלת על ידו לשם כך מקיפה את מרבית משרדי הממשלה, בנק ישראל, רשות שדות התעופה, רשות הגנים הלאומיים, צה"ל, משטרת ישראל וגורמים אחרים – ביטחוניים ואזרחיים – שנרתמו לסייע.

26. בנסיבות חריגות ותקדימיות אלו נראה כי אף שאין מדובר בצרכי ביטחון כמובנם הצר, עם פרוץ משבר הקורונה התקיימו תנאי המבחן בדבר קיומה של סכנה חמורה ומיידית לביטחון הלאומי על פי הפירוש שעליו עמדנו לעיל. נסיבות ייחודיות אלו, שבהן משרד הבריאות הבהיר כי "כל שעה שעוברת חשובה" (דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רז נזרי בעמ' 24 לפרוטוקול הדיון בוועדת השירות מיום 26.3.2020), דרשו את רתימת השב"כ לצורך מתן מענה מהיר ואפקטיבי לאתגר המשמעותי של מניעת התפשטות נגיף הקורונה ואפשרו את הסמכתו לבצע משימה זו מתוקף סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ.

27. ויודגש – לא כל איום על בריאות הציבור יכול להיחשב כסכנה חמורה ומיידית לאזרחי המדינה. אך המציאות במדינה בעקבות התפרצות נגיף הקורונה – אשר מעמידה בפני מערכת הבריאות אתגר יוצא דופן וטומנת בחובה השלכות הרסניות בתחומים נוספים ובראשם ביטחון הכלכלי של משפחות רבות, רבות מדי, בישראל – מצדיקה את הקביעה כי המשבר הנוכחי צולח את אותו פתח צר שדרכו מתאפשרת באופן נדיר וחריג הרחבת סמכויותיו של השב"כ מתוקף סעיף 7(ב)(6) לחוק. היטיבה לסכם זאת היועצת המשפטית לוועדת השירות בציינה: "לא ניתן לומר שלא ניתן לתת לשב"כ תפקיד זה במסגרת ייעודו כפי שנקבע על ידי חוק, כאשר מדובר באירוע חריג, תקדימי, קשה ובסיטואציה שבה המדינה נמצאת בימים אלה. אבל יש לעשות זאת בצמצום תוך הבהרה חדה שמדובר במצב חריג וקיצוני ותוך הדגשת העובדה שהסמכה זו אינה נמצאת בליבת עיסוקו הקלאסי של השירות והיא אינה יכולה להוות תקדים לעתיד" (עמ' 3 לפרוטוקול הדיון בוועדת השירות מיום 30.3.2020).

הסמכת השב"כ באמצעות החלטת ממשלה להתמודד עם מגפת הקורונה

28. הסוגיה הבאה שיש לבחון נוגעת לשאלה אם המסלול שנבחר לצורך הפעלת השב"כ וההסתייעות בו להתמודדות עם נגיף הקורונה, הוא אכן המסלול הראוי או שמא מן הראוי כי הסמכתו לכך תעשה במסלול של חקיקה ראשית. עדאלה והרשימה המשותפת טענו בהקשר זה כי הסמכת השב"כ לביצוע מעקב נרחב אחר אזרחים לצרכים

אזרחיים מנוגדת לעקרון שנקבע בפסק הדין בעניין רובינשטיין (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998)) ולפיו קיימת חזקה פרשנית כי המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע בעצמה הסדרים ראשוניים – כלומר הסדרים המעגנים מדיניות כללית ואמות מידה עקרוניות בעניינים הפוגעים בזכויות בסיסיות של הפרט או בעניינים אחרים בעלי חשיבות ראשונה במעלה (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014) (להלן: עניין המרכז האקדמי); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 414 (2012)). זאת, אלא אם כן ניתן להצביע על הסמכה מפורשת של המחוקק, המאפשרת לרשות המבצעת לקבוע הסדר ראשוני בנושא מסוים (עניין המרכז האקדמי, פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס).

29. אכן, החלטת ההסמכה בענייננו בהחלט קובעת הסדר שהוא ראשוני במהותו המאפשר לשב"כ לבצע "מעקב מגעים" נרחב אחר אזרחי ותושבי המדינה במטרה לשמור על בריאות הציבור ולמנוע את התפשטות המגפה. החלטה זו פוגעת בזכויות בסיסיות ובראשן הזכות לפרטיות – פגיעה שעליה אין עוררין כפי שיפורט בהמשך – והיא אף מרחיבה את היקף מעורבותו של שירות ביטחון מסכל אל עבר עניינים שהם אזרחיים במהותם. לפיכך, נשאלת השאלה אם הוראת סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ יש בה אכן הסמכה מפורשת להרחיב את סמכויות השב"כ כפי שנקבע במסגרת החלטה מס' 4950 שקיבלה הממשלה.

בעבר נקבע כי דחיפות ההסדר יש בה כדי להשליך על רמת המפורשות של ההסמכה המספיקה לצורך האצלת הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים על ידי הרשות המבצעת (ראו: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 61 לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג (27.3.2016)). היות שמצאנו כי עם פרוץ המשבר התקיים המבחן המצמצם בדבר קיומה של סכנה חמורה ומידית לאזרחיה ותושביה של מדינת ישראל, ובמיוחד לנוכח הדחיפות הגלומה בהפעלת ההסדר שעליה עמדו גורמי המקצוע במשרד הבריאות, אני סבורה כי במועד קבלת החלטת הממשלה, ההסמכה הנתונה לממשלה בסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ הייתה מפורשת דיה ומשכך החלטה זו אינה מנוגדת לעקרון ההסדרים הראשוניים. ואולם, מסקנה זו הייתה יפה לנקודת הזמן שבה התקבלה החלטת ההסמכה. כאמור, תוקפה של החלטת ההסמכה נקבע לעת עתה עד ליום 30.4.2020. האם ניתן לקבוע כי ניתן לשוב ולהאריך את תוקפה של החלטת ההסמכה במקום להסדיר את תפקיד השב"כ במשבר הקורונה במסגרת חקיקה ראשית?

דעתי היא כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

30. 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. בענייננו, המשקל שיש להעניק לדחיפות בהסדרת הסוגיה על ידי הרשות המבצעת במסגרת החלטת הממשלה, הולך ופוחת בחלוף הזמן. בפרט משום שמאז שהתקבלה החלטה מס' 4950 חלפו מספר שבועות שבהם ניתן היה לקיים דיון משמעותי בכנסת ולפעול לעיגונה של הסמכת השב"כ באופן סדור בחקיקה ראשית. עובדה זו מטה את הכף לעבר המסקנה כי ההסמכה שבסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, הנשענת על המונח העמום "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה", אינה מעמידה לאורך זמן בסיס מספיק להרחבה כה משמעותית של פעילות השב"כ, בלא הידרשות של המחוקק לסוגיה זו במסגרת חקיקה ראשית (ראו והשוו לעניין רובינשטיין, שם נקבע כי סעיף 36 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, המעניק לשר הביטחון סמכות לפטור משירות צבאי "מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים", אינו יכול להוות הסמכה מספיקה להענקת פטורים גורפים מגיוס לתלמידי הישיבות ש"תורתם אומנותם"). מסקנה זו מתחדדת בענייננו לנוכח הודעת הממשלה בעתירות אלה כי היא בוחנת עתה את האפשרות להישען על הוראות סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ לשם הרחבה נוספת של פעולות השב"כ במסגרת ההתמודדות עם מגפת הקורונה.

31. ויודגש – שאלת "המסלול הראוי" להסדרת הסמכת השב"כ איננה עניין טכני שניתן להקל בו ראש. בדמוקרטיה ייצוגית, אשר בה הריבון הוא העם "ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על-ידי הגוף שנבחר על-ידי העם לקבל הכרעות אלה" (עניין רובינשטיין, בעמ' 108). לעיקרון בסיסי זה נודעת חשיבות גדולה בפרט בישראל, שבה חל תהליך מתמשך של התחזקות הרשות המבצעת על חשבון הרשות המחוקקת (דפנה ברק ארז אזור, נתין, צרכן: משפט ושלטון במדינה משנת 42-43 (2012)). יתרון נוסף בקיומו של הליך חקיקתי היטיבה לבטא השופטת ד' דורנר בבג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג' (4) 673 (1999):

"... במרבית המקרים הליך החקיקה בכנסת הוא מורכב, ממושך ויקר יותר מן ההליך המינהלי, אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום שבו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות האדם. דווקא "סרבולה" של פעולת החקיקה הראשית, והתנאתה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם,

מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש". (שם, בעמ' 685)

דוגמה עדכנית לכך ניתן למצוא בהתפתחויות המתוארות בפתח הדברים בכל הנוגע להליכי החקיקה שהתקיימו על מנת לעגן בחוק את סמכויות המשטרה בתקנות שעת חירום שהתקנה הממשלה ולפיהן הוסמכה לקבל מחברות תקשורת נתוני מיקום של חבי הבידוד. הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה, אך בהתאם לעמדת הייעוץ המשפטי לכנסת הוועדה המסדרת לא אפשרה לקדם את כל שלוש הקריאות באותו היום ובמסגרת הכנת ההצעה לקריאה שנייה ושלישית התקיימו ארבעה דיונים מעמיקים בוועדת החוץ והביטחון, אליהם הוזמנו גם מומחים בתחום הגנת הפרטיות, גורמי מקצוע בתחום בריאות הציבור וכן ארגוני חברה אזרחית. לנוכח הסתייגויות שהועלו בדיונים, ביקשה הממשלה שלא להמשיך לקדם את הצעת החוק בשלב זה, תוקפן של תקנות המשטרה פקע בינתיים ונפסקו איכוני המשטרה של חייבי הבידוד. התפתחויות אלה ממחישות את היתרון הברור בקיום הליך חקיקה מלא בכנסת, גם בתקופות חירום, ובפרט כאשר מדובר בפגיעה בזכויות הפרט.

32. המשיבים כולם עמדו על כך שלחקיקה ראשית חסרונות בנסיבות העניין, בעיקר מן הטעם שיש בה כדי לעגן באופן קבוע סמכות חריגה וליצור בכך תקדים בעייתי לעתיד. ואולם, יש לזכור כי חקיקה ראשית יכולה להתבצע גם על דרך של הוראת שעה התחומה בזמן והיפה לשעתה. בנסיבות המתאימות, יכולה, אפוא, הוראת שעה – המהווה חקיקה ראשית שהיא זמנית במהותה – להוות פתרון ראוי המתאים, ככלל, לחקיקה בסביבה המאופיינת בחוסר מידע ובשינויים תכופים (ראו איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-הייט "שעתן היפה של הוראות השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל והוראות לטיובה" עיוני משפט מא 539, 589 (2019)).

לכך יש להוסיף את העובדה שהממשלה הנוכחית – הממשלה ה-34 – מכהנת כממשלת מעבר, אשר סמכויותיה, ככלל, צרות מאלה של ממשלה רגילה (בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 10 (9.1.2020)). אומנם, הכנסת שזה עתה הושבעה מקיימת, באמצעות ועדת השירות, פיקוח פרלמנטרי הדוק ורציף – שאף הוביל להטמעת שינויים בסמכויות שניתנו לשב"כ בהחלטת ההסמכה. ואולם, ועדת השירות הזמנית המונה חברי כנסת בודדים אינה מהווה תחליף ל-120 חברי כנסת נבחרים. כמו כן, יש לזכור כי, ככלל, דיוני ועדת השירות הם חסויים. בענייננו החליטה אומנם ועדת השירות לקיים שלושה מתוך חמישה הדיונים שקיימה בהחלטת ההסמכה כדיונים פתוחים, בהם

נשמעו נציגי ציבור, אקדמיה וגופים אזרחיים וביטחוניים. על כך יש לברך, אך זהו מהלך חריג שאיננו מאפיינ את נוהל העבודה הרגיל של הוועדה.

33. בנסיבות הייחודיות והחריגות שנוצרו, ובמיוחד בהינתן סד הזמנים שהוכתב נוכח התפשטותו המהירה של נגיף הקורונה, שלא איפשרה לקדם חקיקה ראשית לצורך הסדרת תפקידו של השב"כ במסגרת המשבר, אני סבורה כי החלטה לפעול באמצעות סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ נעשתה בסמכות. עם זאת, בשל מימד הזמן המהווה כאמור רכיב משמעותי במסגרת האפשרות להרחיב את תפקידי השב"כ באמצעות סעיף 7(ב)(6) הנ"ל, ובשל היותו של ההסדר הקבוע בהחלטת ההסמכה הסדר ראשוני במהותו, אין מנוס מן המסקנה כי ככל שיידרש המשך מעורבות השב"כ לצורך בלימת המגפה גם מעבר לתום תקופת תוקפה של החלטת ההסמכה ביום 30.4.2020, על הממשלה לפעול לעיגון הבסיס למעורבות כזו בחקיקה ראשית, על מנת לאפשר את השתתפותם של חברי הכנסת מכלל סיעות הבית בהכרעות הנוגעות לסוגיה חשובה זו. חקיקה כזו, מן הראוי כי תהיה זמנית במהותה ותיחקק כהוראת שעה.

34. ואולם, כפי שהדגישה באת כוח משיבי הכנסת בדיון שהתקיים, מיצוי מהלך חקיקה פרלמנטרי דורש זמן. בנסיבות אלה, ככל שהממשלה תוסיף לסבור כי הסמכת השב"כ לביצוע המשימות שהוטלו עליו עודנה נדרשת, יש לאפשר לכנסת להניע את מהלך החקיקה בהליך שראוי כי יהיה מזורז אך לא חפוז, אשר במסגרתו תתקבלנה הערות הציבור, ויתקיימו דיונים מתאימים. עם זאת, ובשים לב לכך שתוקף החלטת ההסמכה מגיע לסיומו ביום 30.4.2020, אני סבורה כי ככל שיותנע הליך חקיקה, ניתן יהיה להאריך את תוקפה של החלטת ההסמכה לפרק זמן קצר נוסף שלא יעלה על שבועות ספורים על מנת לאפשר את השלמתו של הליך זה.

לפני סיום – על הפגיעה בזכות לפרטיות

35. משמצאתי כי אין להוסיף ולהישען על החלטת ההסמכה לצורך הסדרת מעורבות השב"כ במשבר הקורונה עם תום תקופת תוקפה, מתייתר על פניו הצורך לבחון אם החלטת ההסמכה עומדת במבחן המידתיות. עם זאת, משהצדדים הרחיבו בטענותיהם לעניין זה, ראיתי לנכון להעיר מספר הערות ביחס למידתיות הפגיעה בזכות לפרטיות הנגרמת כתוצאה מהחלטת ההסמכה.

36. אין חולק – והמשיבים כולם עומדים על כך – כי החלטת ההסמכה מובילה לפגיעה קשה בזכות לפרטיות ולצנעת הפרט. זכות זו, אשר זכתה למעמד חוקתי עם

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

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

37. בענייננו, התייחס יושב ראש ועדת השירות, חבר הכנסת גבי אשכנזי, לסוגיה זו במהלך הדיונים בהחלטת ההסמכה וציין כי הסמכת השב"כ לעשות שימוש באמצעים הטכנולוגיים שברשותו לצורך "מעקב מגעים" מקנה "סמכות למדינה לפלוש למרחבים ולמקומות פרטיים של אזרחי מדינת ישראל" (עמ' 39-40 לפרוטוקול הדיון בוועדת השירות מיום 30.3.2020). הנשיא א' גרוניס עמד אף הוא באחת הפרשות על כך שבמקרים מסוג זה קיים "חשש מפני כוחה העודף של המדינה, שתרכז בידה מידע רב לגבי אזרחים ותושבים ותעשה שימוש לרעה באותו מידע" (בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, 856 (2004)). חשש זה גובר "ככל שבידי השלטון אמצעים מתוחכמים יותר המאפשרים פגיעה רבה יותר בזכות" (בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרתת ישראל, פס' 5 לחוות דעת הנשיאה ד' ביניש (28.5.2012)).

38. 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.

אשר למיהות הגורם המפעיל את האמצעים הנדונים – 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. לכך יש להוסיף שעל פי מסמכים שפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה, המנגנון הנוהג בישראל שבמסגרתו ניטור מגעים עם חולים מאומתים נעשה תוך הסתייעות בארגון הביטחון המסכל, הוא חריג בנוף הבינלאומי (ראו תהילה שוורץ אלטשולר ורחל ארידור הרשקוביץ "מעקב אחר אזרחים – מה קורה בעולם?" המכון הישראלי לדמוקרטיה (25.3.2020); רחל ארידור הרשקוביץ "סקירה השוואתית של מדינות אירופה וארצות הברית – מעקב מגעים ('contact tracing') ככלי במאבק בנגיף הקורונה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (31.3.2020)). עניין זה לא נעלם מעיני ועדת השירות, ובהקשר זה צוין בדיוני הוועדה כי על משיבי הממשלה לעשות מאמצים של ממש להציג בפני ועדת השירות "כלים חלופיים כמו שיש במדינות אחרות" (עמ' 40 לפרוטוקול הדיון בוועדת השירות מיום 30.3.2020).

אשר למהותם של האמצעים שנבחרו – במטרה לבחון את מידת ההלימה בין המנגנון הקבוע בהחלטת ההסמכה לנורמות הנוהגות בעניין השמירה על הפרטיות במאגרי מידע, ניתן להיעזר בחקיקה העוסקת בנושאים אלו, וכן לשאוב השראה מהסדרים במשפט המשווה ביחס לנורמות הנהוגות בתחום ההגנה על הפרטיות בניהול מאגרי מידע רגישים (מיכאל בירנהק "הנדסת פרטיות ציבורית המקרה של העברת מידע ממרשם האוכלוסין למפלגות" דין ודברים יב 15, 25 (2019)). בחינת המנגנון הקבוע בהחלטת ההסמכה מעלה כי נעשה ניסיון של ממש לתחום ולגדר את הפגיעה בפרטיות באמצעות עיגון חלק מן הנורמות העיקריות הנהוגות בתחום ההגנה על הפרטיות במאגרי מידע (ראו למשל סעיפים 5, 7, 9, 10, 15 ו-16 להחלטת ההסמכה). עם זאת, הסכמת הפרט לאיסוף המידע מהווה "ברייח התיכון" של ההגנה על הזכות לפרטיות (מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 252 (2010)). זאת, משום שכאשר הרשות אוספת מידע אודות הפרט בלא שמתקבלת לכך הסכמתו, מופקעת למעשה יכולתו האוטונומית לשלוט בזרם המידע אודותיו (מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 13 (2008); וראו גם במסמך "מפת הדרכים" של האיחוד האירופי ליציאה ממשבר הקורונה, שם הובהר כי שימוש באפליקציות סלולריות לצורך "מעקב מגעים" צריך להיעשות תוך כיבוד מלא

של עקרונות הגנת הפרטיות, ובכלל זה שהשימוש בהן יהיה וולונטרי (ראו: מסמך של נציבות האיחוד האירופי ומועצת האיחוד האירופי מיום 15.4.2020 ביחס ל"אסטרטגיית היציאה" ממדיניות הסגר המוטל כעת על מדינות האיחוד (Joint European Roadmap) towards lifting COVID-19 containment measures)).

כמו כן, כאשר מדובר במידע הנאסף על ידי רשויות הביטחון, מן הראוי להקפיד הקפדה יתרה על שקיפות. בעניין זה יש להדגיש כי החשאינות האופפת את השימוש במנגנון במתכונתו הנוכחית, הנובעת מהרצון לשמור על חיסיון באשר ליכולותיו של השב"כ, מובנת. כך גם הצורך להגן על פרטיותם של החולים המאומתים ושל אלו שבאו עמם במגע (עמיר כהנא "אפקט מצנן: מעקב מקוון בימי קורונה" CSRCL Blog (16.3.2020)). עם זאת, יש טעם בעמדה הגורסת כי "ניתן ורצוי להסיר חלק ניכר ממסך החשאינות [...] גם אם אמצעים אלו כשלעצמם נדרשים להישאר סודיים (כדי לשמור על יכולות איסוף מיוחדות)" (ש.ס). על כן, נראה כי בענייננו יש מקום לשקול אם ניתן לספק לציבור מידע רב יותר על האופן שבו המידע נאסף, ולהרחיב את מנגנוני הפיקוח על השימוש בו.

39. אין לכחד – בצד הפגיעה הנגרמת מהשימוש במנגנון המעקב של השב"כ, יש למנגנון האמור יתרונות ניכרים. השימוש בו מאפשר איתור מהיר של מי שבאו במגע קרוב עם חולי קורונה, ובכך הוא תורם תרומה ממשית להצלת חיי אדם ולשמירה על בריאות הציבור באמצעות קטיעת שרשרת ההדבקה. מצב דברים זה מחייב איזון בין הפגיעה הקשה שמסב המנגנון לזכויות הפרט ובראשן הזכות לפרטיות, ובין התועלות הניכרות שיוצר השימוש במנגנון.

40. עריכת האיזון הנדרש מושפעת במידה ניכרת מנקודת הזמן שבה הוא נערך. בראשית התפרצות הנגיף בישראל, נבעה הבחירה להשתמש בכלים העומדים לרשות השב"כ מכך ש"נדרשה העמדת אמצעי יעיל במהירות שיא, וכזה הועמד על-ידי השירות בתוך זמן קצר למן פניית משרד הבריאות בבקשה להסתייע בו" (פסקה 163 לתגובת הממשלה מיום 12.4.2020). ואולם, בחלוף הזמן ניתן היה לצפות כי לנוכח עמדת המשיבים עצמם שמדובר בחלופה שיעילותה גבוהה, אך גם פגיעתה אינה מוטלת בספק, תתקיים עבודת מטה רצינית לאיתור חלופות מן הסוג שאומץ ברחבי העולם, ובכלל זה הסתייעות ביישומון "המגן" שפיתח משרד הבריאות, המבוססים כולם על קבלת הסכמתו של מושא המעקב. עניין זה אף הובהר בדיונים בוועדת השירות שם נאמר כי "המדינה מחויבת, בצד השימוש באמצעי החריג הזה, חסר התקדים הזה על-ידי שירות הביטחון הכללי שתפקידו אחר והוקם לייעוד אחר, לבחון חלופות שונות אחרות" (עמ' 40

לפרוטוקול הדיון בוועדת השירות מיום 30.3.2020). ועדת השירות אף הציעה כי חיפוש חלופה למנגנון הנדון יעשה בידי גוף מקצועי מוסמך שיערוך עבודת מטה מסודרת בשיתוף הציבור ומומחים לעניין (שס).

41. אכן, המאמץ לאיתורה של חלופה יעילה אחרת חייב להימשך ללא לאות. מסקנה זו נלמדת גם מתוכנה של החלטת ההסמכה, שבה נקבע בסעיף 13 כי "שר הבריאות ישקול במהלך תקופת תוקפה של החלטה זו את הצורך בהמשך ההסתייעות בשירות, בהתחשב בהגבלות הפעילות שקבעה הממשלה על הציבור או בקיומן של אפשרויות חלופיות להגשמת תכלית ההחלטה". הוראה זו משקפת את ההבנה כי לנוכח חריגותם של האמצעים המופעלים כיום, על רשויות המדינה לשקול כל העת אם צרכי השעה עודם מצדיקים את האמצעים הקשים שבהם היא נוקטת. עמדה על כך ועדת השירות בציינה:

"לאורך כל הדיונים הוועדה אמרה שדעתה אינה נוחה מהשימוש בכלי ושהיא רואה בזה דבר זמני. אני מוצא צורך לחזור על זה פעם נוספת. המצב כולו חריג – אז, בריסונים ובאיזונים אנחנו מאפשרים את זה. אבל, ככל שהוא יתמשך, לא נוכל להמשיך במציאות הזאת. אנחנו לא מסתירים את זה. אנחנו אומרים את זה לכל העוסקים במלאכה. זה לא הייעוד המרכזי של השב"כ. לא לצורך כך הוא הוקם. המדינה תצטרך למצוא פתרונות חלופיים, לצמצם משמעותית את השימוש או להפסיק אותו בהקדם האפשרי." (עמ' 34 לפרוטוקול הדיון בוועדת השירות מיום 31.3.2020)

42. במסגרת חיפוש חלופה כאמור, יש ליתן את הדעת לפגמים המהותיים הקיימים במנגנון הנוכחי, ובמיוחד יש לשקול אם ניתן להשיג את התועלות החשובות הנדרשות באמצעות שימוש במנגנון וולונטרי ושקוף למשתמש.

עתירת ארגון העיתונאים

43. בעתירת ארגון העיתונאים נטען כי הסמכויות שהוקנו לשב"כ בהחלטת ההסמכה פוגעות בחופש העיתונות ובחסיון מקורות עיתונאיים והוטעם כי הבעיה אינה מתמצה אך בשאלה אם בפועל קיים חשש טכני לחשיפת מקורות, אלא שעצם השימוש במנגנון המקנה לארגון ביטחון מסכל אפשרות לעקוב אחר "המידע הטכנולוגי" בכל הנוגע לעיתונאים מייצר אפקט מצנן היכול להרתיע את מקורותיהם.

44. במהלך הדיון שהתקיים בפנינו ביום 16.4.2020 הצענו למשיבי הממשלה לשקול מתווה שארגון העיתונאים הסכים לו, ולפיו רשימת העיתונאים המחזיקים בתעודת

עיתונאי תימסר למשרד הבריאות ועיתונאי שיאובחן כחולה בנגיף יתבקש על ידי משרד הבריאות להסכים להעברת פרטיו לשב"כ. ככל שתינתן הסכמה כאמור, יופעל המנגנון בדרך הרגילה. ככל שהעיתונאי יסרב, תינתן לו שהות בת 24 שעות לפנות לבית המשפט ולקבל צו אשר ימנע את העברת פרטיו לשב"כ. בד בבד תיערך לו חקירה אפידמיולוגית פרטנית והוא יתבקש לחתום על הצהרה לפיה הוא מתחייב ליידע בעצמו את מקורותיו העיתונאיים, ככל שבא עמם במגע ב-14 הימים שקדמו לאבחונו. משיבי הממשלה בחנו את המתווה והודיעונו ביום 20.4.2020 כי אין בידם לקבלו. תחתיו הציעו משיבי הממשלה מתווה אחר, אך זה לא זכה להסכמת ארגון העיתונאים.

45. על חשיבותו של חופש העיתונות במדינה דמוקרטית אין צורך להכביר מילים והשמירה על עקרון זה יש לה משנה חשיבות בימים של משבר לאומי מן הסוג שאנו חווים עתה. באת כוח ארגון העיתונאים ציינה בדיון, כי בימים אלה של "ריחוק חברתי" רוב השיחות עם המקורות נעשות בטלפון ואינן כרוכות במפגש פיזי ובדיון שהתקיים במעמד צד אחד הובהר כי קיומו של מפגש פיזי הוא הכרחי לביצוע "מעקב המגעים" באמצעות המנגנון שמפעיל השב"כ. לפיכך, אימוץ המתווה שהצענו כבר עתה הוא ממילא מצומצם בהיקפו ואינו צפוי לעורר קושי מיוחד. משכך אני סבורה כי יש להחילו ממועד מתן פסק הדין זה וכן ניתן לצפות כי הסדר ברוח זו יעוגן גם בחקיקה עתידית.

טוף זבר

46. הימים אינם ימים כתיקונם. התפרצות מגפת הקורונה והתפשטותה ברחבי העולם הובילה לשינוי סדרי החיים ובנסיבות ייחודיות וחריגות אלה, קיבלה הממשלה החלטה להסתייע באמצעים טכנולוגיים המצויים בידי השב"כ כדי לבצע חקירות אפידמיולוגיות, במטרה לאתר אנשים שבאו במגע קרוב עם חולים מאומתים וליידע אותם שעליהם להיכנס לבידוד ביתי. הסמכת השב"כ נעשתה מכוח סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ המאפשר לממשלה, באישור ועדת השירות, להסמיך את השב"כ לבצע פעילויות נוספות על אלה המנויות בחוק השב"כ וזאת לשם שמירה וקידום "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". לגישתי, המונח "ביטחון לאומי" מאפשר להסמיך את השב"כ לבצע פעילות בתחום שאינו מצוי בליבת העשייה הביטחונית במובן הצר, ואולם הסמכה כאמור מחייבת קיומה של סכנה חמורה ומידית לאזרחי המדינה ותושביה או לסדרי המשטר שלה. מבחן זה מציב רף גבוה, המחייב בחינה של מציאות הדברים מעת לעת. בנקודת הזמן שבה התקבלה החלטת ההסמכה, הצורך להתמודד עם התפרצות מגפת הקורונה אכן ענה למבחן האמור, אך מן הטעמים שפורטו לעיל, ככל שמעורבותו של השב"כ בטיפול במשבר תתארך מעבר למועד שנקבע בהחלטת ההסמכה – קרי

30.4.2020, יש צורך לעגן את סמכותו לעשות כן במסגרת חקיקה ראשית מתאימה, דוגמת הוראת שעה זמנית. זאת בהינתן העובדה כי האמצעי שנבחר על ידי המדינה במסגרת החלטת ההסמכה הוא אמצעי פוגעני ואין להקל בו ראש. הבחירה לעשות שימוש בארגון הביטחון המסכל של המדינה לצורך מעקב אחר מי שאינם מבקשים לפגוע בה, מבלי שניתנה הסכמה לכך מצד מושאי המעקב, מעוררת קושי רב ביותר. האמצעים החריגים שננקטו כאן ננקטו ביחס למצב משברי, חריג ונדיר בכל קנה מידה. עלינו לשמור מכל משמר שהאירועים החריגים שעמם אנו מתמודדים בימים אלה לא יותירו אותנו עם מדרון חלקלק של שימוש באמצעים חריגים ופוגעניים ללא הצדקה.

47. אשר על כן, לו תישמע דעתי, אציע לחברי לקבל את העתירות במובן זה שבכפוף לאמור בפסקה 34 לעיל, מיום 30.4.2020 לא ניתן יהיה להסמיך את השב"כ לסייע בהתמודדות עם התפרצות נגיף הקורונה באמצעות המנגנון הקבוע בסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ וכי ככל שמבקשת המדינה להמשיך ולהסתייע באמצעים המצויים בידי השב"כ, עליה לפעול לצורך עיגון הסמכה כזו בחקיקה ראשית. ועוד אציע לחברי כי לגבי עיתונאים יופעל ממועד פסק הדין המתווה המפורט בפסקה 44 לעיל.

ה נ ש י א ה

השופט נ' סולברג:

1. אני מסכים עם חוות דעתה השקולה של חברתי הנשיאה; גם עם דברי חברי, המשנה לנשיאה, על עקרון הזהירות המונעת. בשולי דבריהם אציין תוספת וארשום הסתייגות.

2. הסמכתו של השב"כ לבצע איסוף, עיבוד ושימוש ב"מידע טכנולוגי" הנוגע לחולים מאומתים בנגיף הקורונה ולאנשים שבאו עמם במגע קרוב, באה – על-פי לשון החוק ותכלית החקיקה – בגדרי סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, בהיותה מיועדת "לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה"; אך זאת, כל עוד שוררת סכנה מיידית וחמורה לאזרחי המדינה ולתושביה. משבר הקורונה אכן העמיד סכנה שכזו. כשם שחיילי צה"ל פועלים בחוצות הערים ובבתי אזרחים כדי להושיט עזרה, כך נרתמו גם אנשי שב"כ למאבק בפגיעתו הרעה של נגיף הקורונה. צרכי-השעה הדוחקים חייבו לפעול כך, באופן שנעשה. מעורבותו של השב"כ, וענן העלטה המתלווה אליה, מכורח המציאות, זהו דבר 'לא נעים, לא נורא' (לדעת המקילים), ומכל מקום לא בלתי-נסבל (לדעת המחמירים). על כל פנים, שבועות שחלפו וסכנה שעוצמתה איננה עוד כשהיתה, מחייבים לחזור ל'דרך המלך'; קרי – חקיקה ראשית, אשר מוטב שתעשה כהוראת-שעה,

כדי לאפשר השתתפות חברי הכנסת כולם בהכרעות הנחוצות. תוקף החלטת ההסמכה של הממשלה עומד לפוג בימים הקרובים, ואם יחל הליך החקיקה קודם לכן, ניתן יהיה להאריך את תוקפה של החלטת הממשלה, לפרק הזמן הדרוש להליך ראוי של מחוקק מהיר במלאכתו.

3. מבלי לגרוע מדברים נכוחים שכתבה חברתי על הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט, אבקש להוסיף עוד זאת: בעידן הנוכחי, שפרטיות וצנעת הפרט נרמסים בראש חוצות, ו"נתוני מיקום" מופצים לכל עבר, דומני שהפגיעה של ה'תוספת השולית' בפרטיות, בעטייה של מעורבות השב"כ, באופן שבו היא נעשית, ניתנת להכלה. אדרבה, בשעה הקשה הזו, נדרשים כולם לאחריות חברתית כללית ולסולידריות. הדעת נותנת, וסקרי דעת קהל בתקופה זו אכן לימדו על נכונות אנושית לוותר קמעא על הפרטיות, על מנת לסייע באיתור מוקדם של נדבקים; ניכרת נכונות שלא למצות עד דק את זכויות הפרט, מתוך אחריות כלפי הזולת ולמען החברה.

4. תחושתו של חולה קורונה שהדביק את סובביו – משפחה, קהילה, חברים – קשה מאד. צודקים משיבי הממשלה באומרים, "כי כבודו של כל אדם באשר הוא, מגולם ביכולתו ונכונותו להגן על משפחתו ועל עצמו, לפעול באופן אלטרואיסטי ולתרום להגנת הזולת" (סעיף 219 לתגובת המדינה). אכן, יותר מאשר פגיעה בפרטיות, יש כאן שמירה על כבודו של אדם וחירותו, הצלת חייו שלו ושל זולתו. ודוק: מלאכה רבה עוד מוטלת עלינו לשימור ולהבטחת הפרטיות וצנעת הפרט; שומה לעשותה, אך זאת לאו דווקא במצב המשברי הנתון, כשאל מול הזכות לפרטיות עומדת הזכות לחיים ולבריאות של אנשים ושל הציבור כולו – סכנת נפשות, פשוטה כמשמעה – וחשש ממשי לתפקודו של המשק בישראל.

5. באשר לעתירת ארגון העיתונאים: לדעת חברתי הנשיאה, וחברי המשנה לנשיאה, יש להחיל מתווה מיוחד, בכללו שהות של 24 שעות, שבמהלכן יוכל עיתונאי שאובחן כחולה קורונה לפנות לבית המשפט בבקשה למתן צו אשר ימנע את העברת פרטיו לשב"כ (פסקאות 44-45 לחוות דעת הנשיאה; פסקה 7 לחוות דעת המשנה לנשיאה). דעתי בהקשר זה שונה מזו של חברי. דומני, כי עם כל חשיבותם של חופש העיתונות והחיסיון העיתונאי, הרי שבהיות הכלל של החיסיון העיתונאי (חיסיון יחסי, כידוע) מעוגן בפסיקה, נראה לי קשה לעגן את החריג לכלל בחקיקה. יתר על כן: המתווה שחברתי וחברי מורים על החלתו, משמעו – שלילת זכותם של מי שנחשפו לעיתונאי חולה לקבל הודעה בהקדם האפשרי על כך שהם נחשפו לסיכון. פגיעה זו בזכותם לבריאות, שלהם ושל קרוביהם, אינה מוצדקת. הזכות לחיים גוברת על חשש הפגיעה

בחופש העיתונות. אינני מומחה להדלפות, אך הדעת נותנת, וכך אישרה גם ב"כ ארגון העיתונאים בישראל, כי מרבית הקשר של עיתונאים עם מקורות נעשה באמצעות הטלפון. לגבי מקורות אלה, אין כל חשש לחשיפה. החשש היחיד, גם הוא רחוק מאד, הוא לחשיפתו של מקור שנפגש פיזית עם עיתונאי. ומדוע החשש רחוק מאד? משום שמנגנון עיבוד הנתונים מופעל בתהליך ממוכן, אשר ככלל קבצי תוצריו אינם נפתחים, אלא רק כשבדיקת ערעור על מסרון שקיבל אדם ממשרד הבריאות (על חובתו להיכנס לבידוד משום שנחשף לחולה קורונה) מצריכה זאת, או בעת ביצוע בדיקה מדגמית. וגם אז, קיים סיכוי מזערי שבמסגרת הבדיקה המדגמית יהיה מדובר דווקא בקובץ של עיתונאי, ששמו מפורסם ומוכר לעורך הבדיקה המדגמית. כשחשש חשיפת המקורות כל-כך רחוק, כשב-5,000 עיתונאים עסקינן, וכשהסכנה לשרשרת הדבקה היא ממשית, דומני כי משיבי הממשלה יצאו ידי חובתם במתווה שהציעו (סעיפים 6 ו-7 להודעה מיום 20.4.2020), על חקירה אפידמיולוגית אנושית שתוכל להעשות לעיתונאי שאובחן כחולה במחלת הקורונה, בנוסף לבדיקה במנגנון השב"כ, שלתוצאותיה לא יחשף אף אחד. דיינו בכך.

6. כאמור, דעתי כדעתה של חברתי הנשיאה, בכפוף לאמור לעיל.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף של חברתי, הנשיאה א' חיות.

עם זאת, נוכח חשיבות העניינים בהם מדובר – הנני מרשה לעצמי להוסיף להלן מספר תובנות והדגשים.

סוגיית הסמכות

2. השאלה שעלתה בפנינו היתה האם ניתן היה להסמיך את שירות הבטחון הכללי (להלן: השב"כ, או: השירות) לקבל, לאסוף, לעבד ולהעביר למשרד הבריאות "מידע טכנולוגי" הנוגע לחולים מאומתים במחלת הקורונה ולאנשים שבאו עמם במגע קרוב.

המשיבים טענו כי הדבר בא בגדר סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הבטחון הכללי תשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ), המורה כדלקמן:

“לעניין סעיף קטן (א) [הקובע את יעוד השב"כ ותפקידיו – הערה שלי – ח"מ] ימלא השירות תפקידים אלה:

[...]

(6) פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לבטחון הלאומי של המדינה.

חברתי הנשיאה פסקה כי בהתקיים התנאים הנ"ל (קביעת הממשלה באישור של ועדת השירות של הכנסת) ובשים לב למצב החריג והמיוחד בו אנו נמצאים עקב מגיפת הקורונה, הרי בעת ששררה סכנה מידית וחמורה לאזרחי המדינה ותושביה מהתפשטות הנגיף, ניתן היה לעשות שימוש מוגבל (בזמן ובמהות) בסעיף קטן זה, ולהוציא את החלטת ההסמכה ואת ההסדר שנלווה לו (להלן ביחד: הוראת ההסמכה). אני מסכים, בנסיבות, לקביעה מסוייגת זו, וכן לנימוקיה של חברתי הנשיאה ולמה שנגזר מהם, דהיינו שלצורך מילוי תפקידו זה מוסמך השב"כ (באמצעות עובדיו) לקבל, לאסוף ולעבד "מידע טכנולוגי" ולהעבירו למורשים לכך במשרד הבריאות בהתאם לסעיפים 8(א)(1) ו-2(1) ו-11 לחוק השב"כ, והכל בשים לב לכך שהפעילות המיוחדת האמורה נועדה, בתנאי הזמן, האירוע, המהות והמקום – לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לבטחון הלאומי של המדינה (החורג מבטחון המדינה, במשמעות הצרה שלו).

חברי, השופט נ' סולברג מזכיר בהקשר זה – על דרך ההשוואה – את פעילות חיילי צה"ל בחוצות הערים ובבתי האזרחים בתקופה זו, ואני מבקש לציין כי כדי להכשיר עשייה מעין זו – בזמנים שהדבר יידרש – נעשו בשעתו, בשנת 1995, תיקוני חקיקה (בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט התש"ח-1948 וכן הוסף סעיף 26א לחוק שירות בטחון (נוסח משולב), התשמ"ו-1986 (להלן: חש"ב)). ראו: חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7 והוראת שעה), (שירות במשטרה ושירות מוכר) התשנ"ה-1995, ס"ח 440 ו- ס"ח 498 (להלן: תיקון מס' 7 לחש"ב).

על פי תיקון מס' 7 לחש"ב – בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט "הכוחות המזויינים של המדינה הורשו לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הבטחוניים-לאומיים" (הסיפא המודגשת הוספה בתיקון הנ"ל, בשנת 1995). כפועל יוצא מכך, נחקק במסגרת התיקון האמור גם סעיף 26א לחש"ב, שהסדיר אפשרות לשירות מוכר, ששר הבטחון יקבע בצו, באישור הממשלה וועדת החוץ והבטחון של הכנסת – באחד מאלה:

"(2) שירות ביחידות צבאיות במסגרת משרד ממשלתי או במסגרת הארגונית של גוף ציבורי ובפיקוח משרד ממשלתי, שתכליתו להשיג יעד בטחוני-לאומי באחד התחומים הבאים: עליה וקליטה, חינוך, בריאות, הגנת העורף או פעולות התנדבות למען חיילי צה"ל, והכל אם שוכנע שר הבטחון, בשים לב לנסיבות הענין באותה העת, ובהתייעצות, לפי הענין, עם השר לקליטת העליה, שר החינוך, התרבות והספורט או שר הבריאות וכן עם שר המשפטים, כי אם לא תיעשה הפעילות בידי יוצא-צבא בשירות סדיר לא יושג היעד כנדרש." (ההדגשות שלי – ח"מ).

לדיון מפורט בתיקון מס' 7 לחש"ב ולאפשרויות הגלומות בו – עיינו: חוות דעתי ב-בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (21.02.2012); מאמרי: "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית", בכרך לכבוד גבורות לפרופ' אמנון רובינשטיין – משפט ואדם, משפט ועסקים י"ד 347 (תשע"ב-ספטמבר 2012), שם בעמ' 358-364.

הנה כי כן, בנסיבות חריגות ומיוחדות ובמצב מתוחם ומוגדר ניתן להסמיך את צה"ל ואת השב"כ לפעול לשם השגת יעדים בטחוניים-לאומיים, שהם מעבר לבטחון המדינה והגנתה (במובן הצר).

3. זאת ועוד – אחרת. בסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, בצירוף שאר ההוראות אליהן הפניתי בפסקה 2 שלעיל לחוק השב"כ, יש משום הסמכה מפורשת לבצע את הפעילות בה מדובר בעתירות (בסייגים שקבענו) – במשמעות התנאי הראשון ל"פסקת ההגבלה" בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (המדובר בכך שההגבלה תהיה בחוק, או מכח הסמכה מפורשת בו). ראו: דעת הרוב ב-בג"ץ 10208/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.08.2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי).

הלכה זו יש בה גם תשובה לטענה שהועלתה כי מלכתחילה היה צורך להסדיר את העניין (אם בכלל) בהסדר ראשוני (על דרך של חקיקה ראשית). עיינו גם: חוות דעתי ב-בג"ץ 6051/08 המועצה המקומית ראש פינה נ' השר לשירותי הדת (8.5.2012). עם זאת, לנוכח דעת המיעוט המשמעותית של הנשיאה דאז ד' ביניש ושל השופטת א' חיות (כתוארה אז) בעניין המפקד הלאומי, דומני שלאחר סיום שלב הצורך הדוחק בפעילות מכח סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ (בתאריך 30.4.2020) ראוי להסדיר את הנושא, ככל שהוא יהיה עדיין רלבנטי – בחקיקה ראשית על דרך של הוראת שעה, כמוצע ע"י חברתי הנשיאה וחברי, השופט נ' סולברג, ובלבד שיתקיימו בחקיקה שכזו גם שאר תנאי "פסקת ההגבלה".

עתה אעבור לדון בקצרה בסוגיית המידתיות של הדרך שננקטה וההסדר שהותווה.

בחינה של הדרך שננקטה ומידתיות ההסדר

4. הדרך שננקטה (הסמכת השב"כ מכח סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ) היתה אחת מארבע חלופות שנבדקו, וזאת לאחר שקודם לכן הותקנו ע"י הממשלה תקנות שעת חירום מתוקף סעיף 39 לחוק-יט"ד: הממשלה.

דומה עלי שעד למועד שנקצב (30.4.2020) זו אכן היתה הדרך העדיפה בנסיבות. מספר טעמים לכך:

(א) תקנות שעת חירום אינן מצריכות "אישור" כלשהו (מעבר להתקנתן ע"י הממשלה והנחתן על שולחן ועדת החוץ והבטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן – ראו סעיף 38(א) לחוק-יט"ד: הממשלה).

(ב) תקנות שעת חירום רשאיות, מכח סעיף 39(ג) לחוק-יט"ד: הממשלה, לשנות כל חוק, או להפקיע זמנית את תוקפו, או לקבוע בו תנאים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק (ראו לענייננו, למשל: סעיף 12 לחוק-יט"ד: כבוד האדם וחירותו). זה המקום לציין עם זאת כי לאחר הנחת תקנות שעת חירום על שולחן ועדת החוץ והבטחון של הכנסת – מליאת הכנסת רשאית בחוק, או בהחלטה של רוב חברי הכנסת לבטל את תקנות שעת החירום (ראו: סעיף 39(ו) לחוק-יט"ד: הממשלה).

הנה כי כן, עד לחקיקה ראשית על דרך של הוראת שעה (אם בכלל) – היה, בשל הדחק, יתרון לנתיב הוראת ההסמכה, שהרי הוא מצוי במסגרת חוק השב"כ (ללא צורך בשינוי, או הפקעתו) והוא נתון לביקורת ומעקב של ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים של הכנסת, הפועלת מכוח סעיף 6 לחוק השב"כ (לעיל ולהלן: ועדת השירות).

זה המקום לציין כי ועדת השירות (בראשות חה"כ גבי אשכנזי) מילאה את תפקידה בהקשר זה באופן מרשים וקיימה דיונים מעמיקים (חלקם אפילו פומביים) בהוראת ההסמכה, נשוא העתירות, והכניסה בה סייגים, שינויים וחובות דיווח שונות (היא אף הניעה את המהלך שהביא לעצירת קידומה של הצעת החוק לתיקון חוק נתוני תקשורת – ראו פסקה 1 לחוות דעת חברתי הנשיאה).

5. מבלי לגרוע מהאמור בפיסקה 4 שלעיל לגבי ההליכה בנתיב הוראת הסמכה **עד הנה** – עתה המסלול הראוי לצעוד בו, ככל שיש בכך עדיין צורך, הוא בדרך של הוראת שעה בחקיקה ראשית, האמורה לעמוד בכל תנאי "פיסקת ההגבלה" (שכן יש כאן פגיעה קשה בזכות לפרטיות, המובטחת חוקתית בסעיפים 7(א) ו-7(ד) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובזכויות חוקתיות נוספות), ומכלול זה אמור להידון ע"י כל חברי הכנסת בתפקידם החקיקתי. השוו: Ittai Bar-Siman-Toy, Parliamentary Activity and Legislative Oversight During the Coronavirus Pandemic – A Comparative Overview (2020); איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-הייט "שעתן היפה של הוראות השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" עיוני משפט מא 539 (2019).

זה המקום להעיר מספר הערות לגבי המתווה שגובש, נשוא דיוננו וכן, מבלי לחרוץ, ביחס לעתיד, שהרי פרופ' סיגל סדצקי, ראש שירותי הבריאות במשרד הבריאות, שהופיעה בפנינו בעת הדיון הודיעה כי נבחנת האפשרות להמשיך בהסדר ואף להרחיבו.

6. ההסדר שהותווה במסגרת הוראת ההסמכה (לאחר השינויים שהוכנסו בו ע"י ועדת השירות) והמועד שנקצב לתום תוקפו (30.4.2020) ענו אז לתנאי המידתיות שב"פיסקת ההגבלה".

במסגרת הרכיב השלישי לדרישת המידתיות הצעתי בזמנו את עקרון הזהירות המונעת (Precautionary Principle), שבנסיונות מסוימות הוא בבחינת הרע במיעוטו, שהרי מוטב להישמר מאשר להצטער (כלל זה מנוסח באנגלית כמילים: Better safe than sorry). ראו בהרחבה בחוות דעתי ב-בג"ץ 466/07 חה"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.2012) (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), פסקה 37, והאסמכתאות הנזכרות שם; בג"ץ 5263/16 נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה (23.7.2018) (חוות דעתו של חברי, השופט מ' מזוז מפי ההרכב).

במצב החירום בו אנו מצויים כיום בעקבות מגיפת הקורונה (בשונה מחילוקי הדעות שנפלו בנושא זה בעניין גלאון), דומה כי עתה בארץ ובעולם – כולי עלמא לא פליגי – שהרשויות רשאיות לפעול על פי עקרון הזהירות המונעת, והן אכן נוהגות כך. עקרון זה גורס כי כדי להתמודד עם הקושי שנוצר בפער בין הידע הקיים בזמן נתון לבין

הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם מפעילות כלשהי, אם לא ינקטו לגביה אמצעי זהירות ראויים – יש לאפשר לרשות (המחוקקת, או המבצעת) לנקוט בצעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לנזק רחב בלתי הפיך, אפילו הוא קיים בהסתברות נמוכה בלבד, וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש (ראו: עניין גלאון, שם בפיסקאות 34-42 לחוות דעתי).

יחד עם זאת, אף לעקרון האמור יש להציב גבולות, או כפי שהתבטא חברי, השופט א' רובינשטיין בעניין גלאון – גם בעקרון הזהירות המונעת יש לנקוט בזהירות. זהירות זו, כדי שתצלח את דרישת המידתיות במובן הצר (או "היחסיות", כפי שקראו לה: המשנה לנשיאה א' ריבלין, ב-בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010) ופרופ' א' בנדור במאמרו: "מגמות במשפט הציבורי בישראל – בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377 (2012) – מחייבת, לשיטתי, שלא להמשיך עוד בהוראת ההסמכה (מעבר לתקופה קצרה, לאחר ה-30.4.2020, כמוצע על ידי חברתי הנשיאה בפסקה 34 לחוות דעתי), ולהמירה (אם בכלל) בהוראת שעה בחקיקה ראשית.

שורה של טעמים תומכים בכך:

(א) שימוש בעקרון זה של "זהירות מונעת", אפילו במצבי חירום, צריך – מעבר לדחיפות המיידית – ליבון בפרלמנט (זו אף דעתם של מבקרי העקרון, כמו פרופ' Cass R. Sunstein בספרו: *Laws of Fear: Beyond the Precautionary principle* ((2005) at p. 214.

(ב) יש לבדוק 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).

(ג) יש להישמר מהדרדרות – ב"מדרון חלקלק" של שימוש באמצעים שיאושרו, 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, עמ' 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’).”

במקרה שלפנינו פרופ’ טדצקי הבהירה בדיון שנערך בפנינו כי בימים הקרובים עתידות להתאשר בדיקות טרולוגיות, ואלו יתכן ויהיו מסוגלות להחליף – ע”י בדיקה המונית (עם תוצאות מיידיות) את הצורך לאתר מי שנפגשו עם חולים מאומתים (בהקשר זה יש להדגיש שעד כה לא כל מי שאותר ע”י השב”כ כמי שנפגשו עם חולה מאומת עבר בהכרח – בהוראת משרד הבריאות בשל מגבלה של כמות ערכות הבדיקה – בירור אם הוא חולה, אם לאו).

הנה כי כן, בהינתן שעד כה לא היה בנמצא אמצעי חלופי שישגי את התכלית של איתור מי שנפגשו עם חולי קורונה מאומתים, או כדי לברר מי חולה במחלה ומי איננו חולה, או פיתח נוגדנים, כאשר לשב”כ היתה היכולת לסייע בנושא זה באמצעיו (ובכך שונה המצב ממה שהוצהר ע”י השב”כ בעניין גלאון) – ניתן היה לעשות שימוש במערכת של השב”כ לצורך זה, היות שהיא ענתה לכל שלושת תנאי המידתיות, לרבות תת-המבחן השלישי של היחסיות, שהרי: **מי שמקיים ולו נפש אחת “מעלים עליו כאילו קיים עולם מלא”** (סנהדרין ד’, משנה ה’; הרמב”ם הלכות סנהדרין, י”ב, ג’).

עם זאת, ראוי לבחון עתה את המכלול מחדש (זו אף היתה המלצתה של ועדת השירות), וזאת יש לעשות ע”י הכנסת כולה במסגרת הזמן שנקבעה פה ע”י חברתי הנשיאה בפסקה 34 לחוות דעתה, והכל בהתחשב בחלופות שנוצרו בינתיים. בכל מקרה, בכל הסדר שיערך בעתיד (אם בכלל) יש לכלול, בין השאר, הוראה הקובעת כי כל חומר שהושג כתוצאה מפעילות איתור של השב”כ לשם זיהוי חולי קורונה – לא ישמש לצרכי חקירה פלילית כלשהי ולא יהווה ראיה במשפט כלשהו.

במסגרת זו ראוי גם לטיפול נפרד סוגיית החיסיון העיתונאי, שעלתה בעתירת העיתונאים ולה אייחד את תת-הפרק הבא.

סוגיית החיסיון העיתונאי

7. החיסיון העיתונאי מעורר קושי מיוחד, שכן במסגרת ההסדר, שהוא פרי הוראת ההסמכה – עלול להיפגע חיסיון המקורות, שעומד בבסיס הפעילות העיתונאית החקירתית בדרך כלל, ובימים אלה בפרט, וכן חופש העיתונות (ראו: ד”ר ישגב נקדימון חיסיון עיתונאי (2013)).

לענייננו – לדעתי המתווה שהוצע על-ידינו, ומפורט בפיסקאות 44 ו-45 לחוות דעת חברתי הנשיאה – הוא מתווה מתאים, וראוי לאמצו בכל הסדר נוסף שיערך (אם בכלל), וכן יש לנהוג על פיו מכאן ואילך. הדבר מתבקש מההלכה שנקבעה ב-בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל (28.5.2012), בשינויים המחויבים לענייננו (אני סברתי בדעת מיעוט שם כי ראוי להרחיב הלכה זו גם על בעלי חסיונות אחרים, ובדיון שהתקיים בפנינו הסתבר לנו שאכן כך נוהגים, ביחס לחברי הכנסת). החשש של חברי נ' סולברג לבריאות המקור אמור ממילא להיפתר, שכן במסגרת המתווה נדרש העיתונאי להזהיר בעצמו את המקור שלו.

סיכום

8. עלו בפנינו כאן סוגיות חדשניות שהעולם כולו וכן המקצועי הרפואי והמרחב המשפטי טרם נזקקו להם עד היום. בפסק דיננו זה ניסינו, בעזרת הרשויות שטיפלו במכלול והעקרונות המשפטיים המקובלים, לטפל במצב וליתן פתרונות שמחד גיסא מצילים חיי אדם, ומאידך גיסא שומרים על הזכויות החוקתיות המוכרות, והכל מתוך איזונים מתאימים ומידתיות, ומי יתן ולא נזדקק עוד לכל אלה בקרוב, ויבואו ימים טובים יותר. לו יהיה רצון.

המשנה לנשיאה

אשר על כן, הוחלט פה אחד לקבל את העתירות בבג"ץ 2109/20, בג"ץ 2135/20, בג"ץ 2141/20 במובן זה שהחל מיום 30.4.2020 לא ניתן יהיה להסמיך את השב"כ לסייע בהתמודדות עם התפרצות נגיף הקורונה באמצעות המנגנון הקבוע בסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ וכי ככל שמבקשת המדינה להמשיך ולהסתייע באמצעים המצויים בידי השב"כ, עליה לפעול לצורך עיגון הסמכה כזו בחקיקה ראשית. ככל שיותנע הליך חקיקה, ניתן יהיה להאריך את תוקפה של החלטת ההסמכה לפרק זמן קצר נוסף שלא יעלה על שבועות ספורים על מנת לאפשר את השלמתו של הליך זה.

כמו כן, הוחלט ברוב דעות (הנשיאה א' חיות והמשנה לנשיאה, ח' מלצר, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג) לקבל את העתירה בבג"ץ 2187/20 במובן זה שלגבי עיתונאים שברשותם תעודת עיתונאי, יופעל המתווה המתואר בפסקה 44 לחוות דעת הנשיאה.

ניתן היום, ב' באייר התש"ף (26.4.2020).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

מרכז מידע, טל' 2703333-077*3852 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il> 20021090_V43.docx גק + דז