



בבית המשפט העליון

רע"א 2558/16

לפני : כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקשת : פלונית

נ ג ד

המשיב : קצין התגמולים – משרד הביטחון

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 15.2.2016 בע"ו 42976-05-15 שניתן על-
ידי כבוד השופט כ' מוסק

תגובה מיום 13.6.2016 לבקשת רשות הערעור

סיכומים מיום 24.4.2017 מטעם המבקשת

סיכומים מיום 12.6.2017 מטעם המשיב

תגובה מיום 13.7.2017 לסיכומי המשיב מטעם המבקשת

התייחסות המשיב מיום 29.8.2017 לסיכומי התשובה של
המבקשת

תאריך הישיבה : ג' באדר התשע"ז (1.3.2017)

בשם המבקשת : עו"ד אסתר שלום

בשם המשיב : עו"ד שרון מן אורין

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם ועדה רפואית הפועלת לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב],
התשי"ט-1959 (להלן: חוק הנכים או החוק) מוסמכת להורות על עריכת חקירה סמויה
בעניינו של נבדק על מנת לאסוף מידע באשר למצבו הרפואי או התפקודי? זו השאלה
הניצבת בפנינו.

2. שאלה זו התעוררה בגדרה של בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 15.2.2016 (ע"ו 15-05-42976, השופט כ' מוסק). בית המשפט המחוזי דחה את ערעורה של המבקשת על החלטתה של הוועדה הרפואית העליונה הפועלת לפי חוק הנכים (להלן: הוועדה הרפואית העליונה) מיום 9.3.2015. ייאמר כבר עתה כי ההחלטה האמורה הפחיתה את אחוזי הנכות שנקבעו למבקשת בעבר, וזאת לאחר שהוועדה הרפואית העליונה קיבלה לידיה ממצאים של חקירה סמויה שיזמה בעניינה של המבקשת.

3. המבקשת העלתה שלל טענות כנגד החלטתה של הוועדה הרפואית העליונה. בדיון שהתקיים בפנינו ביום 1.3.2017 קבענו כי יש להעניק רשות ערעור בנקודה אחת בלבד – היא השאלה המשפטית המפורטת בפתח פסק הדין – ונתנו הוראות בדבר הגשת סיכומים משלימים בנקודה זו. בהתאם לכך, המבקשת תיקרא להלן המעורעות. המשך הדברים יתייחס אך לטענות הרלוונטיות לדיון בשאלה שלגביה ניתנה רשות ערעור.

הרקע להענקת רשות הערעור

4. חרף העובדה שחוק הנכים אינו חדש עימנו, שאלת סמכותן של הוועדות הרפואיות להורות על חקירה סמויה בעניינם של נבדקים טרם זכתה לדיון לגופם של דברים. למען שלמות התמונה נציג בפתח הדברים את ההתייחסויות החלקיות לשאלה זו בהחלטות בעניינים קרובים או בהתייחסויות אגב אורחא.

5. למעשה, עתירה המכוונת נגד סמכותה של ועדה רפואית הפועלת לפי חוק הנכים "להמליץ על עריכת מעקב סמוי" ביחס לנבדק הוגשה לבית משפט זה כבר בסוף שנות התשעים של המאה הקודמת (ראו: בג"ץ 3121/98 גל נ' הממונה על הוועדה הרפואית (6.7.1998)). עם זאת, בית המשפט לא נדרש באותו מקרה לדון בטענה לגופה מטעמים דיוניים, בהפנתו את העותר למסלול הערעור הקבוע בחוק על החלטה של ועדה רפואית.

6. מעבר לכך, ההחלטה הקרובה ביותר לענייננו בבית משפט זה ניתנה ברע"א 3625/05 סלמאן נ' קצין התגמולים (2.4.2006) (להלן: עניין סלמאן). באותו מקרה נדון עניינו של אדם אשר הוכר כנכה על פי החוק, ובהמשך ביקש להיבדק על ידי ועדה רפואית עקב החמרה בנכותו. הוועדה הרפואית החליטה לערוך חקירה סמויה להדגמת

תפקודו, ובהמשך לכך דחתה את בקשתו והותירה את שיעור נכותו על כנו. לאחר שנדחה ערעור שהגיש אותו אדם לבית המשפט המחוזי, הגיע המקרה לבית משפט זה. השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין דחה את בקשת רשות הערעור, ואגב כך העיר כי שאלת החקירה הסמויה, סמכות הוועדה לגביה ודרכי עשייתה היא שאלה "נכבדה ושנויה במחלוקת". הוא הוסיף כי בנסיבות אותו עניין לא נדרשה הכרעה בה מכיוון שהוועדה הרפואית ביססה את החלטתה בראש ובראשונה על ממצאים קליניים ולא על ממצאי החקירה (עניין סלמאן, בפסקה ו(1)).

7. לצד זאת, ציין השופט רובינשטיין, בהערת אגב, כי הוא נוטה לסבור שוועדה רפואית עליונה אכן רשאית ליזום חקירה סמויה בעניין מצבו של נבדק, בבחינת "רע הכרחי" – "אם בהיקש ואם כסמכות טבועה, בחיפוש אחר האמת, ואף לפי השכל הישר, אין לחייב ועדה להכריע בשאלה רפואית העומדת לפתחה בעוד ספק מקנן בליבה באשר לעובדות וניתן להתיר ספק זה על ידי מעקב סמוי" (עניין סלמאן, בפסקה ו(4)). לצד זאת, סבר השופט רובינשטיין כי ראוי, לשם טוהר ההליך, שהוועדה הרפואית תערוך את החקירה שלא באמצעות המשיב – שכן הוא צד המתדיין בפניה. מכל מקום, השופט רובינשטיין ציין כי הסוגיה הכללית של חקירות סמויות טרם הוכרעה בבית משפט זה ואף המחוקק טרם נדרש לה (שם).

8. בהמשך הדברים הגיעו לפתחו של בית משפט זה מספר בקשות רשות ערעור בנסיבות דומות, אשר נדחו מבלי שנערך בהן דיון לגופו של עניין בסוגיית החקירות הסמויות (ראו: רע"א 4668/09 חזוט נ' משרד הביטחון (30.7.2009); רע"א 9367/11 דדון נ' קצין התגמולים (1.2.2012); רע"א 4434/15 פלוני נ' משרד הביטחון - קצין תגמולים - אגף שיקום (20.7.2015)). דומה כי כעת, סוגיה רגישה זו בשלה להכרעה מהותית. הדברים אמורים בפרט בשים לב לכך שגם בערכאות הדיוניות נשמעו בעבר דעות שונות ואף סותרות באשר לשאלת סמכותה של הוועדה הרפואית בהקשר זה (ראו למשל: ע"א (י-ם) 4153/97 יהודה נ' קצין התגמולים (27.1.1998); ע"א (י-ם) 4034/98 אבוקסיס נ' קצין התגמולים, פ"ד תשס"א (1) 311 (2001); והשוו: ע"א (ת"א) 1872/97 עמיר נ' קצין התגמולים, פסקאות 12-16 (19.8.2001)).

9. טרם נמשיך בדיון, ראוי להתייחס גם לפסק הדין שניתן בבג"ץ 5826/14 אליהו נ' בית הדין הארצי לעבודה (22.6.2017) (להלן: עניין אליהו), שאף ברקעו עמדו חקירות סמויות המבוצעות על ידי ועדה רפואית, וניתן אך לפני מספר חודשים (מפי השופטת ע' ברון, בהסכמת השופטים י' דנציגר ו-צ' זילברטל). במרכזו של פסק הדין

עמדה שאלת פרשנותה של תקנה 30(ב) לתקנות חוק הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), התשט"ז-1956 (להלן: תקנות הביטוח הלאומי) המקנה לוועדה הרפואית לעררים (נפגעי עבודה) של המוסד לביטוח לאומי (להלן: ועדת העררים של המל"ל) סמכות לדרוש מהמוסד לבצע "חקירה לאימות נתונים ולקביעת עובדות". השאלה שהתעוררה הייתה אפוא האם הסמכות הקבועה בתקנה זו משתרעת גם על פני חקירה סמויה. בית הדין הארצי לעבודה השיב על שאלה זו בחיוב.

10. פסק הדין בעניין אליהו אישר למעשה את פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה. זאת, בכפוף לכך שהחלטה לדרוש חקירה סמויה תתקבל – ככל החלטה מינהלית – משיקולים עניינים, בסבירות ובמידתיות. בשולי הדברים הוסיפה השופטת ברון כי לסוגיית החקירות הסמויות המבוצעות במסגרת הליכים מינהליים נודעות השלכות רוחב, הנוגעות גם לגורמים מינהליים נוספים (כדוגמת משרד הביטחון), אשר לא כולן התבררו באותו הליך ועל כן אין לקבוע מסמרות בעניינם (שם, בפסקה 17).

11. חשוב לציין כי במהלך הדיונים שהתקיימו בעתירה בעניין אליהו הורה הרכב השופטים על קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועץ). עמדת היועץ גרסה כי הכרה בסמכותה של ועדת העררים של המל"ל לדרוש ביצוע חקירה סמויה בעניינו של נבדק עולה בקנה אחד עם תכליתם של חוק הביטוח הלאומי ועם תפקידו של המוסד לביטוח לאומי. עם זאת, היועץ ציין כי הפעלת סמכות החקירה על ידי המוסד לביטוח לאומי עשויה לעורר חשש מפני פגיעה בפרטיות הנחקרים ובזכויות יסוד אחרות, ועל כן הודיע כי בכוונתו לקיים עבודת מטה בנושא שבמסגרתה תיבחן האפשרות לקבוע כללים מנחים להפעלת סמכויות חקירה על ידי גופים שהוסמכו לכך בדין במסגרת הליכים מינהליים, וכן לקבוע אמות מידה לסוג הפעולות שבהן ניתן לנקוט בגדרי הליך החקירה הסמויה (עניין אליהו, בפסקה 10).

12. משהנחנו רקע כללי זה לדברים, אפנה כעת להצגת הרקע הקונקרטי שעניינו נסיבותיו ותולדות ההתדיינות של הערעור שבפנינו.

רקע עובדתי והתפתחותו של ההליך שבפנינו

13. המערערת, ילידת 1945, שירתה בעבר במשטרת ישראל במשך שנים ארוכות. נוכח פגיעות שנגרמו לה בתאונות שבהן הייתה מעורבת במהלך שירותה היא הוכרה על ידי המשיב כנכה לפי החוק, ובתחילה הועמדה נכותה על 11%. לאחר מספר בקשות שהגישה המערערת להכרה בהחמרה בנכותה נקבעו לה 10% נכות בגין הגבלה בתנועה

בצוואר ו-10% בגין הגבלה בתנועה בברך, ובהתאמה דרגת נכות כוללת של 19%, וזאת לפי המבחנים הקבועים בתקנה 3 לתקנות הנכים (מבחנים לקביעת דרגת נכות), התש"ל-1969 אשר מסדירים את אופן הסכימה של מספר פגימות מוכרות.

14. בשנת 2011 הגישה המערערת למשיב בקשה לבדיקה חוזרת של דרגת הנכות שלה, עקב החמרה נטענת במצבה. בקשה זו הובילה להשתלשלות עניינים ארוכה, ובכלל זה למספר דיונים בפני כמה הרכבים של ועדות רפואיות, כפי שיתואר להלן בתמצית.

15. ההליך הראשון בוועדה הרפואית העליונה (בירושלים) – ביום 30.5.2011 דחתה ועדה רפואית מחוזית את בקשת המערערת וקבעה כי אין החמרה אובייקטיבית במצבה, ועל כן ההכרה בדרגת נכותה תישאר בעינה.

16. המערערת הגישה ערעור על החלטתה של הוועדה הרפואית המחוזית, וזה נדון בפני הוועדה הרפואית העליונה בירושלים. לאחר אי-אלו גלגולים של הסוגיה קבעה הוועדה הרפואית העליונה ביום 19.3.2012 כי נכותה של המערערת "מתאימה לנכות שנקבעה בדרג ראשון".

17. המערערת הגישה ערעור על החלטה זו לבית המשפט המחוזי. בהמשך לכך, החלה השתלשלות עניינים מסועפת שנמשכה למעלה משנתיים ואין צורך להביאה כאן בפירוט. בקצרה ייאמר כי לאחר שהצדדים הגיעו לפשרה שניתן לה תוקף של פסק דין בבית המשפט המחוזי, ושבמסגרתה הוסכם כי הדיון יוחזר לוועדה הרפואית העליונה, התכנסה הוועדה פעם נוספת לדון בעניינה של המערערת. אולם, המערערת ביקשה להפסיק את הדיון ודרשה להופיע בפני הרכב רופאים אחר. היא אף הגישה בעניין זה בקשה לבית המשפט המחוזי. הבקשה האמורה נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי ביום 14.4.2013, תוך הפניית העניין לממונה הארצי על הוועדות הרפואיות העליונות (להלן: הממונה על הוועדות הרפואיות או הממונה). הממונה סבר כי התנהלותה של הוועדה הרפואית העליונה כלפי המערערת לא הייתה תקינה, ועל כן המערערת זומנה לדיון בוועדה הרפואית העליונה בתל אביב (בפני הרכב רופאים אחר).

18. ההליך הנוסף בוועדה הרפואית העליונה (בתל אביב) – ביום 22.7.2013 התקיים דיון בעניינה של המבקשת בפני הוועדה הרפואית העליונה בתל אביב. לטענת

המערערת, לאחר דיון זה היא ערכה זיכרון דברים שבו תיעדה את היחס המשפיל והעוין שבו נתקלה, כך סברה, במהלך הדיון (להלן: זיכרון הדברים).

19. ביום 25.11.2013 קיבלה המערערת הודעה לפיה בהוראת הוועדה הרפואית העליונה בוצעה בעניינה חקירה סמויה לצורך השלמת המידע הנדרש לוועדה זו. עוד נמסר בהודעה כי במסגרת החקירה בוצעו תצפיות, מעקב ופיקוח אחר המערערת במשך ארבעה ימים ברציפות, והיא תועדה, כך נכתב, כשהיא מבצעת פעולות שגרתיות שונות. להודעה שנשלחה למערערת צורפו דו"ח החקירה הסמויה ודיסק המכיל את הסרט המתעד את המעקב.

20. בשלב זה, פנתה המערערת לממונה על הוועדות הרפואיות והלינה על ביצועה של החקירה הסמויה. לפניה זו צירפה המערערת את זיכרון הדברים שערכה. פנייתה של המערערת הועברה על-ידי הממונה לרופאי הוועדה הרפואית העליונה, ואלו דחו את טענותיה באשר ליחס בלתי הולם. ביום 24.12.2013 השיב הממונה לפנייתה של המערערת. בתשובתו ציין הממונה כי בדיקה על-ידי ועדה רפואית מחייבת את הוועדה להציג לנבדק שאלות הנוגעות לעברו הרפואי, והוסיף כי החלטתה של הוועדה הרפואית בעניינה תהיה מקצועית בלבד.

21. ביום 12.5.2013 התכנסה הוועדה הרפואית העליונה לישיבה מסכמת בעניינה של המערערת, אשר מצדה סירבה להתייצב בפניה. הוועדה צפתה בסרט המעקב וקבעה כי ניתן להבחין בו "בוודאות" ביכולתה של המערערת לבצע תנועות של הראש והגפיים, לרבות כאשר היא מתכופפת, מזיזה את הראש לצדדים ומרימה חפצים כבדים. הוועדה התרשמה כי המערערת הולכת "הליכה מהירה ותקינה [...] ללא צליעה [...] כל זאת בניגוד למה שהדגימה בעת הבדיקה". בהתאם לכך, החליטה הוועדה לעדכן את ההחלטה המקורית בעניינה של המערערת ולהפחית מאחוזי הנכות שלה, כך שיעמדו בסך הכול על 10% (5% בגין הפרעה קלה בדרך ימין ו-5% בגין הגבלה מזערית בתנועות הצוואר).

22. הערעור הראשון לבית המשפט המחוזי – המערערת הגישה ערעור על החלטה זו לבית המשפט המחוזי. ביום 30.10.2014 קבע בית המשפט המחוזי כי היה מקום להזהיר באופן מפורש את המערערת כי הוועדה הרפואית העליונה מוסמכת להפחית את דרגת הנכות שנקבעה לה בעבר, וכי היא אכן שוקלת לעשות כך. כמו כן, נקבע כי היה מקום שתגובתה של המערערת לעניין חומר החקירה, אשר הוגשה לממונה, תובא

בפני חברי הוועדה הרפואית העליונה קודם למתן ההחלטה הסופית בעניינה של המערערת. נוכח האמור, בית המשפט המחוזי הורה להחזיר את הדיון לוועדה הרפואית העליונה כך שתינתן למערערת האפשרות להתייחס בכתב לעניינים אלו.

23. הדיון החוזר בוועדה הרפואית העליונה (בתל אביב) – ביום 9.3.2015 התכנסה הוועדה הרפואית העליונה בתל אביב פעם נוספת וקיבלה את ההחלטה העומדת ביסודו של ההליך הנוכחי. היא דחתה את ערעורה של המערערת וקבעה כי ההתרשמות מהתנהלותה של הנבדקת מצדיקה הפחתה של אחוזי הנכות שנקבעו לה בעבר.

24. הערעור השני לבית המשפט המחוזי – המערערת הגישה ערעור גם על החלטה זו של הוועדה הרפואית העליונה, אולם בית המשפט המחוזי דחה אותו. בית המשפט המחוזי קבע כי הוועדה הרפואית העליונה פעלה בהתאם לפסק דינו הקודם, נתנה למערערת אפשרות להתייחס לממצאי החקירה הסמויה, ואף נתנה החלטה מנומקת וברורה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי דרגת הנכות של המערערת נקבעה בהתאם לממצאים הקליניים ולממצאי החקירה הסמויה, וכי בנסיבות אלה אין מקום להתערב בהחלטתה של הוועדה הרפואית העליונה.

טענות הצדדים

25. כפי שצוין בפתח הדברים, רשות הערעור במקרה זה ניתנה ביחס לשאלה אחת – האם ועדות רפואיות הפועלות לפי חוק הנכים מוסמכות להורות על קיומה של חקירה סמויה ביחס לנבדקים המתדיינים בפניה.

26. לטענת המערערת, אין כל מקור בדין המקנה לוועדה רפואית הפועלת מכוח חוק הנכים או למשיב עצמו סמכות לבצע חקירה סמויה לגבי נבדק. המערערת טוענת כי לפי סעיף 27 לחוק הנכים הסמכויות המסורות לוועדה הרפואית הן כסמכויותיה של ועדת חקירה, ובדין אין הוראה המסמיכה ועדת חקירה לבצע חקירה סמויה.

27. המערערת מצביעה על הוראות תקנה 30(ב) לתקנות הביטוח הלאומי המעניקות סמכות לוועדה לערעורים הפועלת מכוחן "לדרוש מהמוסד [לביטוח לאומי – ד' ב' א'] לבצע חקירה לאימות נתונים ולקביעת עובדות". לשיטת המערערת, הוראה זו מלמדת על כך שבעניינים מסוימים המחוקק ביקש במפורש להעניק לוועדות רפואיות סמכות לביצוע חקירה. בהמשך לכך, נטען כי כוונת המחוקק הייתה שלא להעניק סמכות לוועדה רפואית הפועלת מכוח חוק הנכים ליזום ולבצע חקירה סמויה.

28. המערערת מוסיפה וטוענת כי ביצוע חקירה סמויה מהווה פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות של הנבדקים, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכן בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). המערערת מצביעה על כך שפגיעה בזכות חוקתית טעונה הסמכה בחוק ואילו במקרה זה אין כל מקור סמכות בדין לפעולה שנוקטה.

29. בהתייחס לעניינה הקונקרטי, המערערת טוענת כי נגרמה לה פגיעה קשה בזכויותיה נוכח השתלשלות האירועים שהובילה להחלטה הסופית בעניינה, בפרט על רקע החקירה הסמויה שבוצעה. לפיכך, היא סבורה כי יש מקום לבטל את החלטתה של הוועדה הרפואית העליונה שהורתה להפחית מאחוזי הנכות שלה.

30. מנגד, המשיב טוען כי לוועדות הרפואיות, כמו גם לו עצמו, נתונה סמכות להורות על ביצוע חקירה סמויה על מנת לאפשר להם להגיע לחקר האמת באשר למצבו הרפואי של נבדק. המשיב מצביע על סעיף 27 לחוק הנכים, הקובע כי לקצין התגמולים נתונות סמכויות כשל ועדת חקירה, ועל סעיף 28 לחוק זה, הקובע כי קצין התגמולים אינו קשור בדיני הראיות וכי הוא רשאי לפעול בדרך שתראה לו כמועילה ביותר לבירור השאלות העומדות לדיון, כמקורות נורמטיביים לסמכות זו. כמו כן, מפנה המשיב להחלטה שניתנה בעניין סלמאן. לטענתו, העמדה שהובעה שם הכירה בסמכותה של ועדה רפואית לערוך חקירה סמויה, על אף שהדברים נאמרו בהערת אגב. בנוסף, המשיב מזכיר את הוראות סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, המעניקות הגנה במשפט פלילי או אזרחי בגין פגיעה בפרטיות שבוצעה בנסיבות שבהן הייתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה, וכן לפגיעה בפרטיות שקיים עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין.

31. באשר לצורך בביצוע חקירות סמויות, המשיב מדגיש כי לעתים הברירה היחידה העומדת בפני הוועדה הרפואית היא לצפות בתפקודו היומיומי של הנבדק, דבר שניתן לעשות רק באמצעות חקירה סמויה. המשיב מציין כי חקירות אלה מתבצעות רק כאשר יש "פער שאינו ניתן לגישור" בין התמונה העובדתית והרפואית שמציג הנבדק לבין הממצאים האובייקטיביים, וכי בהיעדר אפשרות לבצע חקירה סמויה במקרים כאלה הוועדות הרפואיות יתקשו להגיע למסקנות נכונות ולקבל החלטות מושכלות. על כן, עמדת המשיב היא כי ראוי ונכון להכיר בסמכותן של הוועדות הרפואיות לבצע חקירה סמויה, במקרים המתאימים ובוזהירות וברגישות הראויות. זאת, מבלי לגרוע

מכך שדרך המלך בעניין זה אמורה להיות עיגון הסמכות האמורה בחקיקה באופן מפורש. המשיב אף הוסיף בהקשר זה כי בכוונתו לפעול לקידומו של תיקון חקיקה מתאים.

32. המשיב מוסיף וטוען כי השימוש בכלי החקירה הסמויה נעשה לעתים נדירות בלבד ותוך הפעלת שיקול דעת ומאמץ לשמור על כבודו ופרטיותו של הנבדק הנוגע בדבר. כך, צוין כי החוקרים מונחים לבצע את החקירה רק ברשות הרבים. כמו כן, צוין כי בשל העובדה שהמשיב הוא צד להליך המתנהל בפני הוועדה הרפואית, הוחלט כי הוועדה הרפואית לא תפנה למשיב בבקשה לביצוע חקירה סמויה, ובפועל הפניה בעניין מגיעה במישרין לגורם במשרד הביטחון האמון על הנושא. אותו גורם מעביר את החומר לחוקרים הפרטיים אשר נבחרו לצורך כך במכרז של משרד הביטחון, בעוד המשיב אינו יודע כלל על הבקשה לביצוע החקירה הסמויה עד לשלב שבו מתקבלים ממצאי החקירה. באשר לכמות החקירות הסמויות המתבצעות, המשיב מציין כי מנתוני אגף השיקום של משרד הביטחון עולה כי בין השנים 2014-2016 בוצעו 55 חקירות סמויות לבקשת הוועדות הרפואיות, בה בשעה שבאותה תקופה נבדקו כ-10,000 איש בממוצע מדי שנה על-ידי הוועדות הרפואיות.

33. לבסוף, המשיב מפנה לפסק הדין שניתן בעניין אליהו, שבו כאמור נדונה סמכותה של ועדת העררים של המל"ל להורות על ביצוע חקירה סמויה. המשיב מודה בכך שהשאלה המשפטית שהתעוררה שם הייתה שונה. אולם, הוא מבהיר כי לשיטתו העמדה העקרונית שהוצגה באשר למהותה ולתפקידה של ועדת העררים של המל"ל יפה בשינויים המחויבים גם לענייננו.

34. באשר למערערת עצמה, המשיב טוען כי תוצאותיה של החקירה הסמויה אך חיזקו את מסקנותיה של הוועדה הרפואית העליונה, אשר התבססה על הבדיקה הקלינית והחומר הרפואי שהונח בפניה. המשיב מפנה בעניין זה לפרוטוקולים מן הישיבות שהתקיימו בעניינה של המערערת בוועדות רפואיות שונות בשנים 1997, 2011 ו-2013, אשר מחזקים לשיטתו את הספקות שהוצגו באשר לטענה כי חלה החמרה אובייקטיבית במצבה של המערערת. מכל מקום, המשיב טוען כי גם השאלה איזה משקל יש לייחס לחקירה הסמויה היא שאלה המסורה לשיקול דעתה המקצועי של הוועדה הרפואית העליונה, ועל כן אין מקום להתערב בה.

35. לאחר ששקלתי את הדברים אני סבורה כי דין הערעור להתקבל, וכך אציע לחבריי לעשות.

נקודת המוצא והמסגרת לדיון כולו: עקרון חוקיות המינהל

36. השאלה שבפנינו היא שאלת יסוד שעניינה היקף סמכותן של הוועדות הרפואיות הפועלות לפי חוק הנכים. כידוע, הוועדות הרפואיות הן גופים מינהליים מעין-שיפוטניים, ועל כן אין להן יכולת או רשות לפעול אלא במסגרת החוק (ראו: רע"א 2907/02 גוטסדינר נ' קצין התגמולים, משרד הביטחון, פ"ד נח(2) 481, 491 (2003); רע"א 6846/03 רואי נ' משרד הביטחון, קצין התגמולים, פ"ד נט(5) 178, 182-181 (2005)). זו צריכה להיות נקודת המוצא לדיון, ואף נקודת הסיום שלו. השאלה הנשאלת היא, אפוא, האם ניתן להצביע על הוראת חוק המסמיכה את הרשות הרלוונטית, ובענייננו את הוועדות הרפואיות, לבצע את הפעולה שבה נקטו – עריכת חקירה סמויה מטעמן. הא – ותו לא.

37. עקרון חוקיות המינהל מבטא את התפיסה היסודית שלפיה כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק. כך, בניגוד לפרט אשר רשאי לעשות כל מה שלא נאסר עליו בחוק – הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק את הפעולות שהחוק הסמיכה לעשות (ראו: בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014); ע"א 5958/15 פרחי ביקל בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה – ראשון לציון, פסקה 25 (15.12.2016); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97 (2010) (להלן: ברק-ארז, כרך א)). למעשה, עקרון חוקיות המינהל נובע מעקרון שלטון החוק ומהווה את הביטוי הקונקרטי שלו במשפט המינהלי (שם, בעמ' 98).

38. עקרון חוקיות המינהל מקבל משנה תוקף כאשר שאלת ההסמכה נסבה על פעולות הכרוכות בפגיעה בזכויות יסוד (רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, 335-337 (2012); ברק-ארז, כרך א, בעמ' 106). בהתאם לכך, נקבע כי כאשר הפעולה המינהלית עלולה להביא לפגיעה בזכויות הפרט, אין די בכך שהרשות מצביעה על הוראת חוק כללית שעשויה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה, אלא עליה להצביע על הסמכה ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית (ראו: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 498 (2010) (להלן: עניין מנאע)). דרישה זו, שחלה גם עובר לחקיקתו של חוק-

יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכתה לביסוס נוסף נוכח הקביעה שלפיה פגיעה בזכויות המוגנות בגדרו של חוק היסוד תתאפשר רק מכוח הסמכה מפורשת בחוק, המעוגנת בפסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו: עניין מנאע, בעמ' 498).

39. אלה הם פני הדברים גם בענייננו. לא יכולה להיות מחלוקת על כך שפעולה של חקירה סמויה המתחקה אחר מעשיו של אדם פוגעת בזכות יסוד מוגנת – הזכות לפרטיות. זכות זו היא זכות חוקתית המוגנת מכוח סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו", ואף מוסיף וקובע כי אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו; אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו; וכי אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו (שם). בפסיקתו של בית משפט זה הוכרה הזכות לפרטיות כאחת מהחירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי ומבססות את הכבוד הבסיסי שלו זכאי כל אדם באשר הוא אדם (ראו: ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פסקאות 67-68 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (24.5.2014), וההפניות (שם)).

40. אכן, היקפה של הזכות החוקתית לפרטיות טרם הוגדר באופן מלא ומדויק בפסיקתנו (ראו: מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 10, 13-19 (2007); עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" קרית המשפט ח 39 (2009); מיכאל בירנהק מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 23-35 (2010) (להלן: בירנהק, מרחב פרטי)). עם זאת, קיימות פגיעות שאין ספק כי הן נמצאות בליבתה, ובחלקן אף מגבשות פגיעה בזכות לכבוד האדם שאליה היא קשורה קשר הדוק (ראו: בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 597 (2006); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 543 (2014)). הלכה למעשה, פסיקתו של בית משפט זה הגנה לא אחת על מי שהופרה זכותם לפרטיות על-ידי רשויות שפעלו ללא סמכות, גם אם הדבר נעשה לתכלית ראויה (ראו למשל בעניין האגודה לזכויות האזרח ובעניין מנאע, הנזכרים בפסקה 38 לעיל).

41. ההגנה על הזכות לפרטיות אף זכתה לקונקרטיזציה בדין הישראלי במסגרת חוק הגנת הפרטיות, הקובע כי פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית (סעיף 4 לחוק) ובמקרים מסוימים אף עולה כדי עבירה פלילית (סעיף 5 לחוק). במסגרת החוק מפורטות שורה של פעולות אשר המחוקק הגדירן מראש כ"פגיעה בפרטיות" –

וביניהן, בין היתר, בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת (סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות. לעניין פרשנותו של סעיף זה בהקשר אחר, ראו: ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 849-853 (1988)). סעיף 2(1) מהווה אף את אחת הנסיבות המחמירות שבחוק, העולות כאמור כדי עבירה פלילית.

42. אם כן, כאמור, חקירה סמויה עולה כדי פגיעה בפרטיות. המדובר בבילוש והתחקות אחר אדם שלא בידיעתו, באופן שבהחלט עלול להטרידו (ראו גם: בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פסקה 34 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (26.10.2005)). הדברים מתעצמים ביתר שאת כאשר מדובר על בילוש והתחקות על רקע נכותו הנטענת של אדם, נושא שקשור במידע בריאותי על אודותיו, שהוא אינהרנטי לצנעת הפרט. לא בכדי מודגשת, כידוע, השמירה על הפרטיות בתחום הטיפול הרפואי (ראו: סעיף 10 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; בג"ץ 9843/07 צוייג נ' שר הבריאות, פסקה 8 (6.5.2010); ע"א 438/14 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול) (6.2.2014)).

43. יש להדגיש: הפגיעה בפרטיות במקרה זה אינה ממוקדת אך בעובדה שמדובר בצילום של אדם. אכן, חוק הגנת הפרטיות מגדיר כפגיעה בפרטיות גם צילום אדם ברשות היחיד (סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות) וכן פרסום תצלום של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו (סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות). בהקשר זה טען המשיב כי במסגרת החקירות הסמויות המתבצעות בהוראת הוועדות הרפואיות ישנה הקפדה על צילום ברשות הרבים בלבד. איני נדרשת למכלול ההבחנות העדינות שבין רשות הרבים לרשות היחיד ולמורכבויות הכרוכות בכך. זאת, משום שמכל מקום אין בהקפדה על צילום ברשות הרבים בלבד כדי לרפא את הפגיעה בפרטיות. כאמור, חוק הגנת הפרטיות מגדיר באופן מפורש "בילוש והתחקות" כפגיעה בפרטיות. פגיעה זו נפרדת ומובחנת מזו שנגרמת עקב צילום של אדם ברשות היחיד או הרבים. עצם פעולת המעקב, אותה התחקות אחר אדם בלא ידיעתו, תוך חדירה למרחב האישי-פרטי שלו, מהווה פגיעה באוטונומיה של הפרט ואף בכבודו. זאת, בפרט כאשר המעקב נועד לחשוף, לכאורה, טענת כזב של האדם שאחריו מתחקים או התנהגות פסולה מצדו.

44. הגעתי אפוא למסקנה כי ביצוע חקירות סמויות אחר נבדקים בוועדות רפואיות היא פעולה הפוגעת בזכות היסוד החוקתית של הנבדקים לפרטיות. לפיכך, יש לבחון

האם עלה בידו של המשיב להצביע על מקור בדין המעניק לו הסמכה ברורה ומפורשת להורות על ביצוע חקירות אלה. לבחינתה של שאלה זו אעבור כעת.

הסמכויות המעוגנות בחוק הנכים

45. סמכויותיהן של הוועדות הרפואיות – עיון בחוק הנכים מעלה כי אין בו כל הסמכה, אף לא כללית, של הוועדות הרפואיות לקיים חקירה של הנבדקים על-ידן – גלויה או סמויה.

46. ההוראה המסדירה את סמכויותיהן של הוועדות הרפואיות מעוגנת בסעיף 29 לחוק הנכים, ומורה כך:

“(א) אופן הרכבת ועדות רפואיות, סמכויותיהן וסדרי עבודתן ייקבעו בתקנות.
(ב) אופן הרכבת ועדה רפואית עליונה, סמכויותיה וסדרי עבודתה ייקבעו בתקנות.”

47. קל להיווכח שסעיף זה אינו כולל כל הסמכה של הוועדות הרפואיות לערוך חקירות מסוג כלשהו. הדברים מקבלים משנה חיזוק כאשר נבחנות הסמכויות המעוגנות בתקנות שהוצאו מכוחו של החוק – תקנות הנכים (ועדות רפואיות), התשכ”ו-1965 ותקנות הנכים (ועדה רפואית עליונה), התשכ”ד-1964 (להלן: תקנות ועדה רפואית עליונה). תקנות אלה קובעות, בין היתר, כי הדיונים בוועדות הרפואיות יהיו סודיים, כי תחול בהם חובת ניהול פרוטוקול, כי לוועדות הרפואיות תהא סמכות לזימון מומחים רפואיים, ועוד כהנה וכהנה הוראות דיוניות. אין בהן כל הסמכה שעניינה עריכת חקירה כנזכר לעיל. ממילא, ראוי לציין כי אפילו היינו מוצאים בתקנות אלה הסמכה לביצוע חקירה סמויה, הייתה מתעוררת השאלה האם ניתן להסתפק בכך, נוכח נוסחו הכללי והרחב של סעיף 29 לחוק הנכים (ראו: עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ’ 761-763, 767-768; ברק-ארז, כך, א, בעמ’ 120-121).

48. סמכויותיהם של קצין התגמולים וועדות הערעור – טענותיו של המשיב נשזרו בהפניות לסמכויותיהם של קצין התגמולים וועדות הערעור. עם זאת, ראוי לשים לב לכך שבענייננו החקירה נעשתה מטעמה של הוועדה הרפואית העליונה עצמה, כך שאפילו היה גורם אחר מוסמך לקיים את החקירה הסמויה לא היה די בכך. אולם, למען שלמות התמונה יוצגו אף גדר הסמכויות של גורמים אלה.

49. סעיף 27 לחוק הנכים, שאליו הפנה המשיב בטיעונו, מסדיר את סמכויותיהם של קצין התגמולים ושל ועדות הערעור כדלקמן:

"לקצין תגמולים ולועדות ערעור סמכויות כסמכויותיה של ועדת חקירה, שנתמנתה לפי פקודת ועדות החקירה, ושהוענקו לה כל הסמכויות שאפשר להעניק לוועדת חקירה כזאת לפי סעיף 5 לפקודה האמורה".

בהמשך לכך, מוסיף וקובע סעיף 28 לחוק הנכים:

"קציני תגמולים וועדות ערעור לא יהיו קשורים בדקדוקי דיון ובדיני ראיה, אלא יפעלו בדרך שתיראה להם כמועילה ביותר לבירור השאלות העומדות לדיון, לרבות הסתמכות, בשאלה רפואית, על חוות דעת של ועדה רפואית או ועדה רפואית עליונה, שתינתן לפי דרישת קצין תגמולים או ועדת ערעור".

50. אין צורך בבחינה מעמיקה של סעיפים אלה כדי לראות כי אין בהם כל התייחסות לאפשרות לקיים חקירה סמויה. המדובר בסעיפים כלליים ביותר, ומכל מקום הם מפנים להוראות חוק חיצוניות שעניינן סמכויות ועדות חקירה, שאף הן לא מקיימות חקירות סמויות.

51. כך, קריאה של חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968 (להלן: חוק ועדות חקירה) מלמדת כי חוק זה מקנה לוועדות החקירה סמכויות שיפוטיות רבות, ביניהן זימון עדים והצגת מסמכים, כפיית התייצבות והוצאת צו חיפוש (ראו: בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (30.11.2006)). כמו כן, סעיף 13 לחוק ועדות חקירה קובע כי "ראתה ועדת חקירה שיש צורך באיסוף חומר הדרוש לחקירה, רשאי יושב-ראש הועדה להטיל תפקיד זה על אדם הכשיר לכך לדעת הועדה". לכאורה, סמכות זו המוקנית לוועדת החקירה נועדה לתכליות דומות לאלה שבבסיס המעקב הסמוי – גילוי עובדות הדרושות לצורך הכרעה בוועדה. עם זאת, "איסוף חומר" הוא מונח כללי שמתייחס בעיקרו לאיסוף מסמכים הנדרשים לחקירה וביצוע מחקר, ואין מקום להסיק ממנו הסמכה ספציפית לביצוע מעקב סמוי והתחקות אחר גורם הדרוש לחקירה. למעשה, מדובר בפעולה שנועדה לייעל את ההליך המתנהל בפני ועדת החקירה במצב של ריבוי עדויות (להרחבה, ראו: אביגדור קלגסבלד ועדות חקירה ממלכתיות 209-210 (2001)), אולם אין בה הרחבה של הסמכויות השיפוטיות הרגילות המוקנות לוועדת החקירה בסעיפים האחרים בחוק.

52. גם בסעיף 28 לחוק הנכים אין כדי לסייע למשיב. סעיף זה מכוון לגמישות המוקנית לקצין התגמולים ולוועדות הערעור בעבודתן, המתבטאת בין היתר בהיעדר תחולה של כללים "קשיחים" של דיני הראיות כגון כללים בדבר נטלי הוכחה, חזקות, קבילות ומשקל (ראו: רע"א 7636/12 משרד הביטחון אגף השיקום קצין התגמולים נ' פלוני (28.3.2013); רע"א 4248/14 קצין התגמולים נ' פלוני, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת א' חיות (28.1.2015)). סעיף זה אינו מתייחס ישירות לעבודתה של הוועדה הרפואית, וממילא אינו מקנה לה סמכויות הכרוכות בפגיעה בזכויות יסוד.

53. מכל מקום, הדברים נאמרים למעלה מן הצורך. יש להבחין ולומר: סמכויותיהם של קצין התגמולים וועדות הערעור – לחוד; וסמכויותיהן של הוועדות הרפואיות למיניהן – לחוד.

סמכות עזר?

54. מישור נוסף של בדיקה ששומה עלינו לפנות אליו, הגם שלא הועלתה בעניין זה טענה מפורשת מצד המשיב, נסב על השאלה שמא ניתן לראות בעריכתה של חקירה סמויה בבחינת "סמכות עזר" של הוועדות הרפואיות. זאת, בגדרו של סעיף 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, המורה כך:

"(א) הסמכה לעשות דבר או לדון בענין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק.
(ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת".

55. אכן, ככלל, העיקרון בדבר סמכויות עזר הוא חיוני במידה רבה לפעולת הרשות. דא עקא, הפעלה רחבה שלו עלולה לסכל את תכליתו של עקרון חוקיות המינהל. לפיכך, מגבלה יסודית על הכרה בסמכויות כסמכויות עזר היא האפשרות לעשות כן אך ביחס לסמכויות שאינן פוגעות בזכויות יסוד, ולכן אינן טעונות הסמכה מפורשת (ראו: בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 685 (1999); ברק-ארז, כרך א, בעמ' 147-148).

56. פסיקתו של בית משפט זה הכירה בסמכויות העזר של גופים מעין-שיפוטיים לקבל החלטות בעניינים נלווים לדיון כדוגמת הטלת הוצאות או החלטה על מתכונת שמיעתן של העדויות (ראו למשל: ע"א 180/71 לביא נ' קצין התגמולים, פ"ד כו(2)

501, 507 (1972); בר"ם 6966/12 נצב"א אחזקות 1995 בע"מ נ' מנהל הארנונה בעיריית טירת הכרמל, פסקה 10 (20.1.2013); ברק-ארז, כרך א, בעמ' 151-152). אולם, הדברים שונים בתכלית בכל הנוגע לסמכות שכרובה בפגיעה בזכויות יסוד, כסמכות חקירה (ולא כל שכן כזו הכוללת מעקב סמוי). זאת ועוד, ביצוע חקירה אקטיבית מטעמו של גוף בעל מאפיינים שיפוטניים כלל אינה תואמת את המקובל במסורת האדברסרית הנוהגת במשפט הישראלי (ראו: בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 174 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014); רע"ב 4644/15 ראעי נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (15.6.2016)). אכן, ועדות רפואיות אינן פועלות לפי המודל האדברסרי לכל דבר ועניין, אך דווקא משום כך כל הסדר מיוחד הכרוך בפעולתן צריך להיות מבוסס על הסמכה ברורה, שכן יש בכך חריגה מעקרונות היסוד של השיטה. בפרספקטיבה רחבה יותר ניתן להצביע על כך שהחקיקה המסדירה את פעולתם של טריבונלים מינהליים מקנה להם אף היא סמכויות דיוניות שונות כגון פסיקת הוצאות, זימון עדים, ואף גמישות מסוימת בתחום סדרי הדין ודיני הראיות – אך היא אינה מרחיקה לכת באשר לסמכויות כגון ייזום חקירה עצמאית (ראו: חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 198-202 (2017)).

57. על האמור לעיל יש להוסיף, כי אמנם לפני שנים רבות נדונה בבית משפט זה פעולה של חקירה והתחקות אחר עובדי עירייה בגדרן של סמכויות עזר (ראו: בג"ץ 119/75 פיטלוביץ נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד (2) 122 (1975)), אולם דומה שהגישה שהובעה באותו פסק דין אינה משקפת עוד את דרישת ההסמכה המפורשת בפסיקתנו, ולא כל שכן בעקבות חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק הגנת הפרטיות (ראו: ברק-ארז, כרך א, בעמ' 152).

צורך אינו מקור סמכות

58. בשלב זה חשוב לחזור למושכלות ראשונים ולהבהיר, כי לצורך הדיון שבפנינו אין די בטענה כי נודעת חשיבות ליכולתן של הוועדות הרפואיות לבדוק, לפני ולפנים, את מצבם הרפואי של הנבדקים על-ידן. כפי שהובהר במקרים רבים – צורך אינו מקור הסמכה (ראו והשוו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (4) 817 (1999)). לעומת זאת, צורך מינהלי עשוי להיות טעם לחקיקה מתאימה.

59. אכן, לערך של חתירה לאמת והוצאתה לאור נודעת חשיבות רבה. הדבר נכון ככלל בהליכים משפטיים ובפרט בענייננו, משעסקינן בקופה הציבורית ובתגמולים המוענקים מתוכה. עם זאת, בירור האמת אינו ערך מוחלט – אלא יחסי. המחוקק בחר לאזן ערך זה אל מול הזכות לפרטיות, במסגרת חוק הגנת הפרטיות וכן חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת סתר). חוקים אלה, ואף חוקים אחרים, כדוגמת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, קובעים תנאים שבמסגרתם תותר פגיעה בפרטיות מראש או בדיעבד. כך למשל, נקבע כי חומר שנאסף אגב פגיעה בפרטיות פסול מלשמש כראיה בהליך משפטי (סעיף 13 לחוק האזנת סתר; סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות). מכלל הפסילה הקבוע בחוק האזנת סתר ניתן לחרוג רק בנסיבות מצומצמות הקבועות בחוק, ביניהן סיכול פגיעה חמורה (להרחבה, ראו: רות זפרן "סקס שקרים ווידאוטייפ" – על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים" משפט וממשל 813, 828 (2004)). בהתאם, אם סבור המחוקק כי קיים צורך להתיר שימוש בחומרים שנאספו בחקירה סמויה ותוך פגיעה בפרטיות, עליו לעגן סמכות זאת באופן מפורש בחקיקה הרלוונטית – חוק הנכים. על רקע זה ראוי להתייחס להסתמכותו של המשיב על הוראת סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות. הוראה זו מעניקה, בדיעבד, הגנה בשל פגיעה בפרטיות במקרה פרטי של משפט פלילי או אזרחי. ודאי שאין בה כדי להכשיר מראש מדיניות כללית של רשות מינהלית הכרוכה בפגיעה בפרטיות.

60. המסקנה האמורה מתחזקת נוכח העובדה ששאלת היקף וגבולות הסמכות במקרה זה מעוררת עוד שאלות משנה רבות. למשל, מיהו הגוף שראוי לבצע את החקירות הסמויות? האם יהיה זה גוף מיוחד מתוך משרד הביטחון – שמחד גיסא הוא צד להליך, ומאידך גיסא הוא גוף ציבורי שחלה עליו חזקת תקינות – או גוף פרטי, שהעברת סמכות פוגענית זו לידיה היא בעייתית כשלעצמה? כמו כן, מהן הנסיבות שבהתקיימן ניתן להורות על ביצוע המעקב? ומהן גבולות המעקב המותר? כפי שעולה מתגובת המשיב, בשלב זה אין הנחיות כוללות שעניינן הפעלת הסמכות האמורה מלבד אותה התייחסות בנהלים פנימיים שאותה ציין המשיב, אם כי לא ברור מהו טיבם של נהלים אלה, שלא צורפו לתגובת המשיב או לסיכומיו (ועל כן אף לא ברור האם מדובר בנוהל כתוב). אם כן, לא ניתן להבין מהן אמות המידה הרלוונטיות בהקשר זה לשיטת המשיב, והאם הן מופעלות באופן אחיד או באופן פרטני ממקרה למקרה. אף מעמדת היועץ שהוגשה במסגרת ההליך בעניין אליהו עולה כי הוחלט לערוך עבודת מטה שבמסגרתה תישקל קביעת כללים להפעלת סמכויות חקירה במסגרת הליכים מינהליים,

וזאת על רקע השלכות הרוחב הנודעות לעניין זה. מכל מקום, כפי שהובהר, לא ניתן להסתפק בנוהל פנימי במקרה זה.

61. למעשה, כפי שכבר צוין, אף המשיב עצמו מסכים כי "דרך המלך" היא הסדרת הסוגיה של ביצוע חקירות סמויות על-ידי גופים מינהליים בחקיקה, על מנת ליתן מענה מלא לכל השאלות הרלוונטיות המתעוררות בעניין זה. אני סבורה כי זוהי אכן התוצאה המתחייבת. אף אם אסמוך את ידי על דברי המשיב שלפיהם הסמכות לביצוע חקירות סמויות מופעלת במידתיות ובזהירות הראויה, בנסיבות של פגיעה בזכות חוקתית המענה לקשיים ולשאלות שמתעוררים עקב הפעלת הסמכות לא יכול להיות מבוסס על שכל ישר או על מדיניות המתפתחת "תוך כדי תנועה". הפעלת הסמכות חייבת להיות מבוססת על חקיקה שהתקבלה לאחר הליך שקול ומחושב, שבמסגרתו נבחנו מכלול ההשלכות האפשריות והשיקולים הרלוונטיים לעניין (ראו והשוו גם לפסק דיני בבג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (13.9.2017)).

62. בהמשך לכך, אם סבור המחוקק כי ראוי לעגן את הסמכות האמורה במפורש בחוק הנכים, אין בדברים האמורים כדי לשלול זאת, ואיני נוקטת עמדה לגופה של אפשרות חקיקה כאמור. אסתפק בכך שאציין כי ככל דבר חקיקה שיש בו פוטנציאל של ממש לפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, עליו לעמוד באמות מידה של מידתיות וסבירות.

להשלמת התמונה: בין הציבורי לפרטי

63. לשם השלמת התמונה ראוי לציין כי אף בהקשרים השייכים באופן מסורתי לתחום המשפט הפרטי נבחן הנושא של מעקבים סמויים כעניין שאינו טריוויאלי, ואף פוגעני. זאת, על אף שעל פעילות בספירה הפרטית לא חלות, באופן מסורתי, מגבלות דומות לאלו החלות במשפט הציבורי. עניין זה מלמד בבחינת קל וחומר על רגישות הסוגיה של מעקב המבוצע בהוראת רשות מינהלית.

64. כך, מספר פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות בבתי הדין לעבודה עסקו באיזון שבין הזכות לפרטיות של עובדים אל מול זכותם של מעסיקים לנהל את עסקיהם ולפקח על המתרחש בהם, בסיטואציה המתבטאת במעקב של מעסיקים אחרי עובדים (להרחבה, ראו: בירנהק, מרחב פרטי, בעמ' 436-440). כך למשל, נקבע כי בהתקנת מצלמה נסתרת על ידי המעסיק במקום העבודה ייתכן שיש משום חדירה לפרטיות של העובד, על אף שהמצלמה מותקנת במפעל שהוא קניינו של המעסיק (ד"מ (ת"א) 2734/00 אייזנר נ' ריצ'מונד מפעלי סריגה בע"מ, פד"ע לט נא (2001)). במקרה אחר,

שבו נדונה תביעת מעסיק להשבת כספים מעובד על בסיס הטענה כי התגלו אי-התאמות בין שעות הנוכחות שעליהן דיווח לבין דו"חות ה"איתוראן" של הרכב ששימש אותו, קבע בית הדין האזורי לעבודה כי יש להסתיר את הנתונים המתייחסים לפעילות העובד מחוץ לשעות העבודה, וזאת מטעמים של פגיעה בפרטיותו (ראו: בש"א (ת"א) 5298/09 רובין נ' חברת תשתיות נפט ואנרגיה (9.8.2009)).

65. כמו כן, בפסק דין עקרוני שעסק בפעולות מעקב שמבצע מעסיק בתיבות הדואר האלקטרוני של עובדיו ללא רשותם, קבע בית הדין הארצי לעבודה כי יש מקום להבחין בין תיבות דואר אלקטרוני "מקצועיות" של העובד לבין תיבות דואר שהמעסיק מקצה גם לצרכיו האישיים של העובד. בהמשך לכך, נקבע כי המעסיק אינו רשאי לקיים פעולות מעקב אחר התכתובת שמקיים העובד לצרכיו האישיים בתיבה האישית או בתיבה מעורבת, וכי אסור לו לקיים חדירה לתוכן התכתובת האישית שמקיים העובד, למעט בהתקיים נסיבות חריגות ורק לאחר שהמעביד נקט באמצעים טכנולוגיים חודרניים פחות. זאת, בשל ההגנה החוקתית שמעניק הדין הישראלי לזכות לפרטיות (ראו: ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011)). ראו גם רע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ, פסקאות 45-47 (10.5.2016)).

66. נוסף על כך, למעלה מן הצורך, ניתן להזכיר השוואה נוספת בין הסוגיה שבפנינו לבין סוגיה אחרת: מעקב שעורכות חברות ביטוח אחר ניזוקים המגישים תביעות כנגד החברה. נושא זה טרם זכה להתייחסות בפסיקתו של בית משפט זה, אך מעיון בפסיקה של הערכאות הדיוניות בנושא ניתן ללמוד על קיומה של פרקטיקה כאמור (ראו למשל: ת"א (ת"א) 1963/94 אריה נ' אדרט חברה לביטוח בע"מ (11.8.2003); ע"א (י-ם) 11389/07 הפול המאגר הישראלי לביטוח רכב נ' בנימין (24.6.2008); ת"א (ת"א) 58950/06 בוקטוס מ' פניקס הישראלי בע"מ – חברה לביטוח (10.7.2011); תא"ם 31695-04-10 אלדן תחבורה בע"מ נ' דארי (1.1.2016)). לכאורה, מטרת המעקבים בשני המקרים זהה – חתירה לגילוי האמת על מנת למנוע מתן תשלום שלא בצדק. יחד עם זאת, במקרה של חברות הביטוח ממילא לא מתעוררת שאלת הסמכות, שכן הן אינן רשויות מינהליות הנדרשות להסמכה מפורשת. לצד האמור, ראוי להצביע על כך שגם בהקשר זה מתעוררות שאלות הדרושות, על פני הדברים, להסדרה כוללת. בהתאם, ביום 9.2.2016 פרסמה הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר טיוטת נספח לחוזר בירור ויישוב תביעות וטיפול בפניות ציבור (זמין באתר משרד האוצר). בנספח זה נכללו הוראות פרטניות שעל גוף מוסדי לנהוג לפיהן, בין

היתר בעניין "דחיית תביעה המבוססת על דו"חות חקירה". במסגרת זו נכללו איסורים על התניית תשלום לחוקר פרטי בהתאם לתוצאות החקירה וכן על הסתמכות על דו"ח חקירה במקרה שבו החוקר הפרטי התחזה לעובד ציבור או לממלא תפקיד מטעם חברה המספקת שירות חיוני (שם, בסעיף 6). מכל מקום, איני נדרשת למכלול ההיבטים של עניין זה, שכאמור טרם נדון בפסיקתו של בית משפט זה או הוסדר בחקיקה. הדברים מובאים אך על מנת ללמד על מורכבותה של סוגיית המעקבים הסמויים בהקשרים קרובים לזה שבפנינו.

חוק הנכים והסדרי תגמולים אחרים

67. בשלב זה, אבקש לשוב ולהתייחס בקצרה לפסק הדין בעניין אליהו, שעסק כאמור בסמכותן של ועדות העררים של המל"ל להורות על ביצוע חקירה סמויה בעניינו של נבדק. כפי שצוין בפתח הדברים, חלק מטענותיו של המשיב הסתמכו גם על ההשוואה לפסק דין זה.

68. יש להקדים ולהצביע על כך שתקנה 30(ב) לתקנות הביטוח הלאומי אשר נדונה בעניין אליהו קובעת כי ועדת העררים של המל"ל רשאית לבצע "חקירה לאימות נתונים ולקביעת עובדות". השאלה שהתעוררה בפסק הדין בעניין אליהו הייתה כאמור האם הביטוי "חקירה" בתקנה זו משתרע אף על חקירה סמויה. כפי שהוסבר, שאלה זו נדונה בהרחבה בפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה, ובית משפט זה מצא כי אין יסוד להתערבות בפסק דינו. בנסיבות אלה, איני נדרשת למכלול ההיבטים הנוגעים לשאלות שהתעוררו שם באשר לאופן והיקף ההסמכה של ועדת העררים של המל"ל. אבקש רק להצביע על כך שבענייננו לא נמצא כל מקור נורמטיבי כללי המקנה לוועדות הרפואיות הפועלות לפי חוק הנכים סמכות לביצוע פעולות חקירה מכל סוג שהן, מלבד ההפניה לסמכותן של ועדות חקירה – שהיא, כפי שהוסבר, אינה מספקת.

69. לצד זאת, יש לתת את הדעת לאופיו הייחודי של חוק הנכים. כידוע, חוק הנכים הוא חלק מהמערך של דיני השיקום המיועד באופן ייחודי למשרתי מערכת הביטחון, לצד חוק התגמולים לחיילים ובני משפחותיהם (חבלה שלא בעת מילוי תפקיד), התשמ"ח-1988 וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950. מערך דינים זה משקף, במידה רבה, את ההכרה בתרומה של המשרתים במערכת הביטחון למדינה, ובהמשך לכך – את תחושת האחריות המוגברת לנזק שנגרם להם והחובה המוסרית להעניק בגיננו סעד (ראו: בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 135 (2004); בג"ץ 8487/03

ארגון נכי צה"ל נ' שר הבטחון, פ"ד סב(1) 324, 296 (2006); עופר שנקר "מעמד החייל כניזוק – אחריותם הנזיקית של המדינה ושלוחיה כלפי ניזוקים בשירות צבאי" משפט וצבא 15, 2 (2001).

70. תכליתו זו של חוק הנכים מביאה לכך שבפועל קיים שוני בהסדרי התגמולים שהוא מעניק למשרתי כוחות הביטחון ביחס להסדרי תגמולים אחרים, שלהם עשויות להיות תכליות אחרות. כך למשל, תכליתו של מוסד התגמולים בביטוח הלאומי הוא להגן על סף מינימום של חיים בכבוד עבור הפרט שאינו מסוגל לדאוג לעצמו מסיבות שאינן תלויות בו. זאת, מתוך תפיסה סוציאלית של סולידריות חברתית (ראו: ע"א 7678/98 המוסד לביטוח לאומי נ' אלמוהר, פ"ד כט(1) 11, 14 (1974); רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי, פ"ד ס(1) 526, 525, 489 (2005) בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (4.6.2013)). תכלית זו שונה, בהיבטים מסוימים, מזו של חוק הנכים ואף העקרונות העומדים ביסודם של שני ההסדרים הם מובחנים זה מזה. בהתאם לכך, הזכות לגמלה על פי חוק הנכים אינה תלויה מצב כלכלי, והיא אף אינה מבוססת על תשלום דמי ביטוח כהסדרי הביטוח הלאומי (ראו: ג'וני גל "עקרון הפיצוי במערכת הביטחון הסוציאלי לאנשים עם מוגבלות בישראל והשלכותיו" עבודה, חברה ומשפט ט 115, 122-123 (2002)). מבלי להתייחס למכלול המורכבויות הנוגעות להבחנות אלו, שלעיתים אף מעוררות ביקורת (ראו למשל: שם, בעמ' 128-129; שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית – דילמות של מאבק לשינוי חברתי" משפט חברה ותרבות – העצמה במשפט 91, 106-113 (2008)) אסתפק בקביעה כי על רקע זה אין מקום להקיש באופן ישיר מעניין אליהו לענייננו.

הפחתת דרגת הנכות בעקבות חקירה סמויה

71. בשולי הדברים ובטרם סיום אבקש להתייחס להיבט נוסף של המקרה שבפנינו. כזכור, ביסודו של ההליך עומדת בקשתה של המערערת להכיר בהחמרה שחלה בדרגת נכותה. עם זאת, התוצאה הייתה הפחתה בדרגת נכותה של המערערת על בסיס ממצאי החקירה הסמויה שנערכה לגביה. זאת, להבדיל מדחייה בלבד של טענות המערערת והותרתה של דרגת הנכות שלה על כנה.

72. אכן, בעבר נקבע כי בסמכותה של ועדה רפואית עליונה להפחית את אחוזי הנכות של נבדק לפי שיקול דעתה המקצועי, גם במקרים שבהם הנבדק פונה לוועדה בבקשה להעלות את אחוזי נכותו (ראו למשל: רע"א 10572/06 פרג' נ' קצין התגמולים,

פסקה 5 (1.5.2007) (להלן: עניין פרג'). על כך ניתן ללמוד מתקנה 4(א) לתקנות ועדה רפואית עליונה, שלפיה לוועדה רפואית עליונה סמכות לבטל, לשנות או לאשר את החלטת הוועדה הרפואית, בין שהתבקשה לעשות כן ובין אם לאו (ראו: רע"א 3513/09 ויינריך נ' קצין התגמולים, פסקה 7 (7.1.2010); רע"א 4204/14 שוורץ נ' קצין התגמולים – הוועדה הרפואית העליונה, פסקאות 18-19 (19.10.2014)). לצד זאת, נקבע כי ככלל, כאשר ועדה רפואית רואה אפשרות שהיא תגרע מאחוזי הנכות שהיו לנבדק, יש מקום כי הוועדה תזהירו בדבר אפשרות כזו על מנת לאפשר לו לטעון טענות נוספות (ראו: עניין פרג', בפסקה 6; רע"א 5716/13 שאהין נ' קצין התגמולים, פסקה 7 (30.3.2014)).

73. המערערת העלתה מספר טענות בדבר סמכותה של הוועדה לגרוע מאחוזי הנכות שלה, אולם נוכח האמור לעיל וכפי שצוין בפתח הדברים, לא ראינו מקום ליתן רשות ערעור בהקשר זה. עם זאת, אני מבקשת להצביע על כך שהפרקטיקה של הפחתה מדרגת הנכות של נבדק במסגרת דיון בבקשה להכרה בהחמרה בנכותו, תוך הסתמכות על ממצאי חקירה סמויה שנערכה לגביו, מקבלת בנסיבות העניין משנה חומרה. אכן, מעשה ההפחתה מצוי כאמור בסמכותה של הוועדה הרפואית על פי דין וכשלעצמו אין בו פסול (בהנחה שניתנה לנבדק אזהרה מראש כנדרש, כפי שתואר לעיל). עם זאת, כאשר הוא מבוסס על ממצאי חקירה סמויה שבוצעה בלא הסמכה ברורה, התוצאה המצטברת היא פוגענית במיוחד (ראו והשוו: בג"ץ 4380/11 פלונית נ' מדינת ישראל - שר הפנים, פסקה 48 לפסק דיני (26.3.2017); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקאות קמ"א-קמ"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (27.3.2016)). גם בהקשר זה אני מוצאת חיזוק למסקנה שאליה הגעתי.

סיכום

74. סיכומם של דברים: לאחר שבחנתי לעומק את הוראות הדין הרלוונטיות, איני סבורה כי עלה בידי המשיב להצביע על מקור סמכות מפורש המאפשר לוועדות רפואיות הפועלות לפי חוק הנכים להורות על ביצוע חקירות סמויות אחר נבדקים. בנסיבות אלה, אין מקום כי חקירות מסוג זה יבוצעו בוועדות הרפואיות ואף אין מקום לקבל החלטות בעניין נבדקים בהתבסס על ממצאי החקירות.

75. יישומה של מסקנה זו על נסיבות המקרה הקונקרטי מוביל לביטול התוצאה שאליה הגיעה הוועדה הרפואית העליונה בעניינה של המערערת. על כן, אני סבורה כי

יש להורות על החזרת הדיון בעניינה של המערערת לוועדה רפואית בהרכב חדש שתכנס ותכריע באשר לבקשתה של המערערת לקביעה מחודשת של אחוזי נכותה. למותר לציין כי הדיון בוועדה הרפואית יערך *de novo*, מבלי שיינתן כל משקל לממצאי החקירה הסמויה שנערכה בעניינה של המערערת.

76. סוף דבר: אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהחזיר את עניינה של המערערת לדיון חוזר בוועדה הרפואית כמפורט בפסקה 75. כמו כן, אציע כי המשיב ישלם למערערת הוצאות משפט בסך 15,000 שקלים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

מצטרף אני למסקנת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז שלפיה ועדה רפואית הפועלת מכוח חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב] (להלן: ועדה רפואית) אינה מוסמכת – בשים לב להסדרים החקיקתיים הקיימים – להורות על עריכת חקירה סמויה בעניינו של נבדק.

שותף אני למסקנת חברתי שלפיה לא נמצא לנו מקור המסמיך את הוועדה הרפואית לערוך חקירה כאמור, לא כל שכן ברמת הפירוט הנדרשת בשים לב לזכויות הנפגעות שעומדות על הכף. אכן, חתירה לאמת – ובפרט שעה שעניין לנו בהוצאת כספים מן הקופה הציבורית – היא אינטרס ציבורי חשוב, אך אין היא חזות הכל. משלא נמצא מקור סמכות לוועדה הרפואית – אין היא רשאית לבצע חקירה כאמור. המפתח בעניין זה מצוי לשיטתי בידי המחוקק הראשי, שרשאי לעגן את הסמכות האמורה בחקיקה מפורשת ומפורטת. מובן כי אין בדברים אלה כדי לנקוט עמדה אשר להסדר חקיקתי כאמור.

דין הערעור להתקבל אפוא כמוצע על ידי חברתי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ט"ז בחשון התשע"ח (5.11.2017).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 16025580_A13.doc עכ
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il