בבית המשפט העליון בג"ץ 641/21
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרות: **1. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567**
2. פרטיות ישראל, ע"ר 580705309
כולם ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או אן סוצ'יו ו/או דן יקיר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

- נ ג ד -

המשיבה: **משטרת ישראל**
באמצעות מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה

תגובת העותרות להודעת המשיבה
בקשה להוצאת צו על תנאי וצווי ביניים

בהתאם להחלטת כב' הנשיאה מיום 7.12.2021 להלן תגובת העותרות להודעת המשיבה מיום 1.12.2021.

כמפורט להלן, התנהלות המשיבה בעניין שבמוקד העתירה, מבטיחה שהשימוש חסר הסמכות ב"עין הנץ" יימשך עוד זמן רב, וזאת אפילו לאחר וככל שהכנסת תאמץ את יוזמת החקיקה שהמשיבה מקדמת. מצב דברים זה נובע, בין היתר, מהתפיסה השגויה שמנחה את המשיבה, ושלפיה גם כבר במצב המשפטי דהיום היא מוסמכת "להמשיך ולעשות שימוש במערכת באופן בו היא עושה בה שימוש כיום", וזאת, לשיטתה, בברכתו של בית המשפט הנכבד (ר' סע' 11 להלן).

לאור זאת מבקשות העותרות מבית המשפט הנכבד כדלקמן:

- להוציא **צו על תנאי**;
- להוציא **צו ביניים**, **שיאסור על המשיבה להוסיף ולאגור מידע אישי** של נהגים תמימים, שנקלטו במערכת אגב חיפוש ואיתור של כלי רכב מבוקשים;
- להוציא **צו ביניים שיורה למשיבה לפרסם את הנוהל שלפיו היא מפעילה את המערכת**, ובפרט את ההוראות שמסדירות את העניינים, שהמשיבה עצמה מתכוונת – בהתאם לתזכיר החוק שפרסמה - להסדיר בחקיקה ובתקנות פומביות.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. בעתירה זו ביקשו העותרות להורות למשיבה לחדול מהשימוש במערכת המעקב "עין הנץ" ולמחוק את כל הנתונים שנאספו עד כה באמצעותה, לאור הפגיעות שהיא מסבה לזכויות אדם ובהעדר חקיקה מסמיכה. בתגובה טענה המשיבה, שהסמכות להפעלת עין הנץ כבר מעוגנת בפקודת המשטרה. טענה זו לא שכנעה את בית המשפט הנכבד, ובדיון מיום 27.5.2021 נדרשה המשיבה לקדם בדחיפות חקיקה מסמיכה ולעדכן בתוך 3 חודשים על התקדמות הליכי החקיקה.

2. בהתאם לזאת, בהודעה שהגישה ביום 1.9.2021 **דיווחה המשיבה על פרסום תזכיר חוק** בעניין, ועל בחינה שהיא מקיימת לאור ההערות שקיבלה, וביקשה להוסיף ולעדכן בתוך שלושה חודשים. בתגובה **טענו העותרות**, **שהמשיבה אינה פועלת בשקידה הנדרשת** כדי לקדם חקיקה מסמיכה, אך חרף זאת הן ביקשו להמתין לעדכון הבא ולבחון את עמדתן לאורו (תגובת העותרות מיום 15.10.2021). **בהתאם לזאת** הצטוותה המשיבה להגיש "הודעה מעדכנת נוספת בדבר קידום תזכיר החוק" (החלטה מיום 20.10.2021).

העתק תזכיר החוק מצורף ומסומן (בהמשך לנספחי העתירה) כנספח ע/11

3. ביום 1.12.2021 הגישה המשיבה הודעה מעדכנת נוספת, ובה היא מדווחת על **דיונים פנימיים** שהיא מקיימת עם גורמי שונים במשרדי הממשלה, על כוונתה להכניס שינויים בתזכיר החוק ובפרט **להוסיף "התייחסות**... להצבה ולשימוש במצלמות **ביומטריות**", ועל "עבודה מקדמית" שהמשיבה עושה "ביחס **לתקנות** האמורות בהצעת החוק, **לעניין מצלמות עין הנץ**". לבסוף היא מבקשת ארכה בת שלושה חודשים נוספים שלאחריה תוגש הודעת עדכון נוספת.

4. הודעתה זו של המשיבה רק מחזקת את הטענות שהעלו העותרות בתגובתן הקודמת (מיום 15.10.2021), דהיינו, **שאין להניח** שעד העדכון הבא, או בכלל **בעתיד הנראה לעין, תוסדר פעילות "עין הנץ" בחקיקה מסמיכה ומידתית שתרפא את הפגם החוקתי שנגדו יוצאת העתירה**.

5. ברקע, יש להזכיר, "עין הנץ" מופעלת בלא סמכות חוקית מזה שמונה שנים לפחות; שלב ה"פיילוט" החל בתחילת העשור הקודם; הדיונים והוויכוחים **הפנימיים** על חוקיות המערכת החלו מספר שנים קודם לכן, והיו נמשכים עוד שנים ארוכות אלמלא הורה בית המשפט הנכבד על קידום הליכי החקיקה.

6. בנסיבות אלו, ניתן היה לצפות שמאמצי החקיקה יתמקדו בהסדרת פעילותה של עין הנץ; זאת במיוחד בשים לב למורכבות הגדולה שכרוכה בפעילות המערכת, והאתגרים חסרי התקדים שהיא מציבה לפרטיות ולזכויות יסוד אחרות, ואשר חייבים לקבל מענה הולם בהסדר החקיקתי.

7. אך למרבה התדהמה, **התזכיר אינו מתמקד בהסדרה של "עין הנץ"** (או מערכת אחרת המבוססת על פיענוח לוחיות רישוי); המשיבה מבקשת להסדיר באמצעותו **שימוש *עתידי* במערכות מעקב מורכבות ופולשניות לאין ערוך** מ"עין הנץ", לרבות טכנולוגיה של זיהוי פנים, ואפילו טכנולוגיות אחרות שיפותחו בעתיד.

8. "עין הנץ" מייצרת פגיעה קשה בזכויות היסוד, אבל שילוב של מערכות מעקב ביומטריות וזיהוי פנים בעבודת המשטרה מציב סכנות חמורות שבעתיים. שלא במפתיע הדבר גם מעורר התנגדות ציבורית,

שתלך ותגבר במקביל לקידום הליכי החקיקה. מכאן, שגם אם בסופו של יום יחליט המחוקק להתיר את עצם השימוש המשטרתי בטכנולוגיה האמורה, עדיין הטעמים המוצדקים שעומדים מאחורי ההתנגדות לכך, יחייבו דיון מעמיק וממושך לגיבוש איזונים רגישים ומורכבים במיוחד.

9. על מקצת האתגרים והקשיים הייחודיים למערכות מעקב ביומטרי ניתן לעמוד מעיון במסמך ההערות של הגורם המקצועי שהוקם במיוחד למטרה זו – **היחידה להזדהות וליישומים ביומטריים** במערך הסייבר הלאומי; בהזדמנות זו גם אפשר לראות את תגובתה הנדהמת של היחידה ש"לא הייתה שותפה לדיונים שהתנהלות לגבי התזכיר... למרות תפקידי היחידה ומומחיותה" (עמ' 4 סעיף 9 למסמך מערך הסייבר – ע/12). בהודעתה האחרונה המשיבה מבשרת, שבקרוב היא צפויה להיפגש לראשונה עם הגורמים המקצועיים במערך הסייבר וברשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים (סעיף 6 להודעת המשיבה); אם רק עתה, כחצי שנה לאחר פרסומו של תזכיר החוק, המשיבה מתחילה להתייעץ עם הגורמים המקצועיים והמאסדרים הרלבנטיים, מתי יסתיימו הליכי החקיקה?

העתק מסמך מערך הסייבר מיום 29.7.2021 מצורף כנספח ע/12

10. **החשוב לענייננו הוא,** שהניסיון לדחוס אל תוך החקיקה המוצעת הסמכה גורפת לשימוש במגוון של טכנולוגיות מעקב מצולם, **מסרבל את הליך החקיקה**, וצפוי להאריך אותו עוד זמן רב. **המשיבה מעכבת שלא לצורך את הליך החקיקה חרף הדחיפות הגדולה** לעגן ולתחום בחקיקה מסמיכה את השימוש שהיא עושה כבר שנים ב"עין הנץ" שלא כדין.

11. התנהלות זו של המשיבה נסמכת על ההנחה השגויה, שעליה היא מצהירה השכם והערב, ושלפיה השימוש המשטרתי בעין הנץ "נעשה בסמכות" כבר היום (ר' עמוד ראשון לתזכיר החוק – ע/11). סברה זו, שמנחה את המשיבה בענייננו, נסמכת על הפרשנות שהיא נותנת לעמדת בית המשפט הנכבד:

> "החוקיות של המערכת נדונה בחודש מאי האחרון בבג"ץ 641/21... [אך] בית המשפט ... **לא הוציא צו על תנאי** להפסקת השימוש במערכת המשטרתית. ***להפך*** ... עד שתעבור הצעת החוק אישר בג"צ למשטרה להמשיך ולעשות שימוש במערכת באופן בו היא עושה בה שימוש כיום" (ההדגשות הוספו).

העתק מכתב המשרד לבט"פ לעו"ד פיני פישלר מיום 2.8.2021 מצורף כנספח ע/13.

12. כאילו לא די בכך שהמשיבה העמיסה על "עגלת החקיקה" את כובד משקלן של טכנולוגיות מעקב מורכבות וסבוכות, דווקא את הסמכות להשתמש ב"עין הנץ" היא מעגנת בצורה רשלנית וחלקית, ומותירה **לזמן בלתי ידוע ולתקנות קביעת הסדרים ראשוניים ומהותיים**, שהסדרתם **בחוק** מהווה תנאי לחוקתיות המערכת (ר' סעיף 10יב בתזכיר החוק – ע/11).

13. לשם הדוגמא, **משך הזמן, שבו המשיב תאגור מידע אישי** של מיליוני נהגות ונהגים תמימים (סרח עודף של חיפוש לפי רשימת מבוקשים), לא יוסדר בחקיקה אלא **ייקבע על ידי השר בתקנות** (ר' סעיף 110 (ד) לתזכיר). ומה בינתיים? "עד לקביעת תקנות ... לעניין מערכת LPR, **תמשיך המשטרה לעשות שימוש במערכת LPR** באופן בו נעשה שימוש במערכת כאמור עובר לקביעת התקנות" (שם, עמ' 9 - סעיף 3 שכותרתו "הוראת מעבר"). תזכיר החוק אינו קובע מועד להתקנת התקנות.

14. ודוקו, הדברים שלעיל לא נועדו ללבות דיון על טיב ההסדר החקיקתי שהמשיבה מקדמת, אלא אך ורק כדי להראות, **שגם לאחר שהליך החקיקה יסתיים** ביום מן הימים, לא יהיה בו הסמכה כדין; מעקב ההמונים של **"עין הנץ" ימשיך להתבצע בחוסר סמכות, ותמשך הפגיעה** בעקרונות ובזכויות היסוד שבעטיה הוגשה העתירה, ושלמניעתה הצטוותה המשיבה למהר ולקדם חקיקה מסמיכה.

15. מצב עניינים זה גם משליך בהכרח על המנהל הציבורי ועל נכונותו להקפיד בעתיד על עקרון החוקיות **ולהימנע משימוש בטכנולוגיות מעקב בשיטה של "עובדות בשטח"** (כמפורט בעתירה סע' 108-114). פרקטיקה זו אינה נובעת בשום פנים ואופן מהפער שקיים בין התקדמות הטכנולוגיה לבין התפתחות המשפט, אלא מבחירה מודעת ומכוונת שמאיימת להפוך **לתרבות הארגונית של המנהל הציבור בישראל**. המשיבה מוסיפה חטא על פשע, בכך שהיא מכבידה ומעכבת שלא לצורך את הליך החקיקה, כיוון שהיא מפרשת את האיפוק של בית המשפט הנכבד כשטר פתוח וכאישור לחוקיות ולתקינות (ר' סע' 11 לעיל).

16. בנסיבות אלו, מבקשות העותרות מבית המשפט הנכבד **להוציא צו על תנאי**, ולהעביר אל המשיבה את הנטל לשכנע, שמעקב המונים באמצעות "עין הנץ" מתנהל בהתאם להסמכה בחוק.

17. אכן, לא פעם בית המשפט מגלה אורך רוח וממתין עד לסיומם של הליכי חקיקה, שיקנו לרשות בדיעבד את הסמכות הנדרשת לפעולתה. אלא שבמרבית המקרים האמורים, הפגיעה בזכויות היסוד אינה בלתי מידתית בעליל כמו הפגיעה שבעניינו, וכפועל יוצא מכך, גם ניתן להניח שרב הסיכוי שהמחוקק יאות לעגן אותה בחקיקה, ובכך גם יירפא הפגם החוקתי. לעומת זאת בעניין שלפנינו **אין מקום להמתין לסיום הליך חקיקה** שהתקדמותו מתנהלת בעצלתיים, כיוון שהמשיבה מנצלת את האורכות שניתנו לה לצורך קידום חקיקה **שחורגת עד מאוד ממה שנדרש** ממנה לחוקק, ולבטח **ממה שדחוף לחוקק**. וכאמור לעיל, גם **אין טעם להמתין**, כיוון שאפילו אם הכנסת תאמץ את התזכיר כפי שהוא – עדיין לא יהיה בכך כדי ליצור הסמכה כדין ולייתר את המשך הדיון בעתירה.

18. לבסוף, אין מקום להניח שהמחוקק יאות לצייד את המשיבה בכל הסמכויות שהיא מבקשת, וייתן הכשר לכל הפגיעות החוקתיות שהיא גורמת בשימוש חסר הגבולות ב"עין הנץ". דברים אלה יפים במיוחד לשני היבטים מרכזיים, שמסבים פגיעה חמורה במיוחד: אגירה ועיבוד של נתוני מיקום של מיליוני נהגים תמימים, והחשאיות המוחלטת שאופפת את המערכת ואת השימוש במידע שנאגר בה. העותרות מבקשות מבית המשפט הנכבד **לצמצם את חומרת הפגיעות האמורות ולהוציא צווי ביניים** כמפורט להלן.

19. **באשר למאגר המידע שנוצר כסרח עודף של "עין הנץ"** – מידע אישי שנקלט ומעובד אגב חיפוש נהגים מבוקשים אינו נחוץ להשגת המטרה, ועל כן הוא מהווה "מידע עודף" שיש למחוק באופן מיידי (צמצום מידע – מסמך מדיניות, הרשות להגנת הפרטיות, טיוטה להערות הציבור 25.3.2021; תקנה 2(ג) לתקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז-2017; היקש מתקנה 6 לתקנות הגנת הפרטיות (תנאי החזקת מידע ושמירתו וסדרי העברת מידע בין גופים ציבוריים), תשמ"ו-1986); שמירתו אינה קשורה ואינה משרתת את המטרה המקורית שלשמה הופעלה המערכת מלכתחילה – חיפוש ואיתור מבוקשים, ועל כן היא מפרה את "עקרון צמידות המטרה" הקבוע בס' 2(9) ו-8(ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (ר' מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 56 (2007)). העובדה שנהג תמים חלף על פני אחת ממצלמות "עין הנץ" אינה מהווה עילה לשמירת נתוני המיקום שלו במאגר המודיעיני

המשטרתי, וליצירת כלי מעקב פולשני, שדומה במהותו ל"כלי" של שירות הביטחון הכללי (ואף זאת כחריג שאין לו אח ורע בסוכנויות ביטחון מקבילות בעולם הדמוקרטי).

20. פגיעתו הקשה של המאגר (ר' בהרחבה סע' 54-71 לעתירה) אינה שקולה כנגד "תרומתו" לעבודת המשטרה. היא **אינה משרתת תכלית ראויה** ואף מנוגדת לערכיה של מדינת ישראל. זאת במיוחד, בשים לב לטעם שהמשיבה הציגה כהצדקה לפגיעה: העשרת המאגר המודיעיני שלה, והחשש שכל נהג "תמים" עלול להתגלות בעתיד כחשוד ואולי אף כעבריין בפוטנציה (ר' סע' 17 ו-27 לתגובת המדינה לעתירה מיום 20.5.2021).

21. טעמים אלה גם מטים באופן ברור את **מאזן הנוחות לטובת מתן צו ביניים שימנע מהמשיבה להמשיך ולהעשיר את מאגר המודיעין שלה, במידע אישי רגיש של מיליוני חפים מפשע**. הצו המבוקש נדרש כדי למנוע פגיעה חמורה וחסרת תקדים בזכות לפרטיות ובכבוד האדם וחירותו, לעצור את הפגיעה הנמשכת בשלטון החוק, ולעקור מן השורש את התפיסה הכוחנית, שמנחה את המשיבה, ושלפיה בכל הנוגע לטכנולוגיות מעקב - might is right. מנגד, צו ביניים לא יסב למשטרה כל נזק, למעט "נזקים" שנגרמים כתוצאה מחזקת החפות ומדברי חקיקה רבים, שמסדירים ומגבילים את כוחה ואת סמכויותיה. יודגש, כי צו הביניים לא ימנע מהמשיבה להמשיך ולהפעיל את המערכת למטרתה המקורית – איתור נהגים מבוקשים בזמן אמת.

22. צו ביניים נוסף מתבקש לנוכח העלטה המוחלטת שבה פועלת מערכת עין הנץ. השילוב של מערכת מעקב פולשנית כל כך ביחד עם החשאיות שאופפת את המערכת "אינו דבר של מה בכך, וזאת בלשון המעטה." (השוו: בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, הנשיאה חיות בפס' 38 (26.4.2020); בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, הנשיאה חיות בפס' 18 (1.3.2021)). **שקיפות מירבית של המעקב מצמצמת במידת מה את עוצמת הפגיעה בפרטיות** (מחזירה קורטוב של שליטה במידע) ועל כן גם מהווה תנאי למידתיות שלה.

23. כזכור, עובר להגשת העתירה המשיבה דחתה בקשת חופש מידע בעניין "עין הנץ" בהסתמך על סעיף 14 לחוק חופש המידע, ואפילו סירבה "לאשר או להכחיש שמערכת עין הנץ עובדת על קליטת לוחיות רישוי" (סע' 47 ונספח ע/7 לעתירה). לאחר פרסום תזכיר החוק פנו העותרות בשנית למשיבה, והפעם ביקשו לקבל מידע שמצומצם להיבטים שהוסדרו בתזכיר החוק או שעתידים להיקבע בתקנות. אך המשיבה דחתה גם את הבקשה המצומצמת בהסתמך על סעיף 14 לחוק חופש המידע, **וסירבה לחשוף מידע שאפילו לשיטתה חייב להתפרסם ב"רשומות"**. לאור זאת, מבקשות העותרות מבית המשפט להורות למשיבה לחשוף את "נוהל העבודה המסודר" שגיבשה (שם, שם) בשים לב לכך שמרבית ההוראות שקבועות בנוהל יוסדרו בחקיקה ובתקנות פומביות, אין כל הצדקה להמשיך ולהסתירו.

העתק בקשת המידע ותגובת המשיבה מיום מצורף כנספח ע/14.

24. וזו תגובתה הראשונית של המשיבה לבקשה:

"להלן תגובה ראשונית ביותר לבקשת העותרים, בסד הזמנים שהתבקש על ידם להעברת התייחסות המשיבה לבקשה. ככל שבית המשפט הנכבד יראה בכך צורך תבקש המשיבה להגיש תגובה מטעמה בנפרד, בתוך פרק זמן שיקבע על ידי בית המשפט הנכבד.

המשיבה מתנגדת למתן צווי ביניים, אשר חלקם אף חופפים לסעדים שהתבקשו מטעם העותרים בעתירה עצמה, ואך בשל הטעם האמור – דינם להידחות. מעבר לכך, דינם להידחות מהטעמים שפורטו בהרחבה בתגובה לעתירה שהוגשה מטעם המשיבה ביום 20.5.21, תוך שהובאה בה עמדת המשיבה כי המערכת מופעלת בסמכות וכי "המערכת מהווה כלי חשוב ומשמעותי ביותר, חסר תחליף יש לומר ואף מציל חיים, למניעת פשיעה, ולפענוח עבירות ובכלל זאת פשיעה מסכנת חיים ורכוש. כמו כן המערכת תורמת למניעת אירועי פח"ע על ידי כוחות הביטחון. עמדת גורמי המקצוע במשטרת ישראל היא, כי אם יופסק השימוש במערכת, כפי שמבקשות העותרות, אזי תגרע, באופן משמעותי ביותר, יכולתה של משטרת ישראל לבצע את תפקידיה, שכן ימנע ממנה שימוש באמצעי שיעילותו מוכחת למניעת עבירות, לחקירתן לגילויין ולפענוחן בדיעבד" (ר' סעיף 2 לתגובת המשיבה מיום,20.5.21). "

אשר על כן מתבקש בית המשפט להוציא צווים כמבוקש ברישא לבקשה.

14 בדצמבר 2021

אבנר פינצ'וק, עו"ד

אן סוצ'יו, עו"ד