

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. רופאים לזכויות אדם בישראל

באמצעות עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ואח'
נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-7050734 ; פקס: 03-5608165
דוא"ל: gil@acri.org.il

העותרים

- נ ג ד -

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
קרית בן גוריון, ירושלים
טל': 02-6408636 ; פקס': 02-6753495

2. הממשלה

3. שירות הביטחון הכללי

4. משרד הבריאות

באמצעות פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טלפון: 02-6466194 ; פקס': 02-6467011

המשיבים

תגובה מטעם הכנסת

בהתאם להחלטת כב' השופט מינץ מיום 10.7.2020 ולהארכת המועד, מתכבדת המשיבה 1 (להלן: הכנסת) להגיש תגובה מטעמה לעתירה, כדלקמן:

כללי

1. עניינה של העתירה בחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020.

תוקפה של הוראת שעה, אשר אושרה בכנסת ביום 1.7.2020 הוא לשלושה שבועות, קרי עד ליום 22.7.2020. הוראת השעה מסמיכה בתקופה זמנית זו את השב"כ לסייע באיתור טכנולוגי של חייבי בידוד לשם מניעת התפשטות נגיף הקורונה. הוראת השעה מסמיכה את השב"כ לפעול כאמור באופן מוגבל, וזאת כדי שבמהלך תקופת תוקפה של הוראת השעה ניתן יהיה לדון באופן מעמיק וראוי בהסדר הרחב שהציעה הממשלה בהקשר זה.

2. לטענת העותרים, השימוש באמצעי השב"כ לשם איתור חייבי בידוד אינו חוקתי, בעיקר משום שיש חלופות טכנולוגיות אחרות אשר ניתן לעשות בהם שימוש, ומשום שהנזק שנגרם כתוצאה מהסתייעות השב"כ גדול מהתועלת הנובעת ממנה.

בהתאם לכך התבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטול הוראת השעה. לחלופין, התבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטול סעיף 11 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: **חוק השב"כ**), אשר קובע את ההסמכה הכללית של השב"כ לאסוף נתוני תקשורת ולשמור אותם במאגר מידע, וזאת לשם מילוי תפקידיו. לעמדת העותרים, לא ניתן לעשות שימוש בסעיף זה לשם סיוע במניעת התפשטות הקורונה שכן מדובר בפעילות שאינה בתחום הליבה של השב"כ, ועל כן הוראת השעה הופכת את סעיף 11 ללא חוקתי.

3. כפי שיפורט להלן בתמצית, עמדת הכנסת היא שדין העתירה להידחות על הסף ולגופה.

תחילה תטען הכנסת כי מתעורר ספק של ממש האם יש מקום לבחון את טענות העותרים בשלב זה. כאמור, הוראת השעה אושרה בכנסת ביום 1.7.2020, והיא בתוקף עד ליום 22.7.2020. העתירה שבפנינו הוגשה ביום 10.7.2020, והדיון בה קבוע ליום 19.7.2020, ימים בודדים לפני תום פקיעת תוקפה של הוראת השעה.

בנסיבות אלה, ספק אם יש טעם בהכרעה שיפוטית בטענות החוקתיות של העותרים בכל הנוגע להסדר הזמני שנקבע. זאת, בפרט נוכח העובדה שהעותרים ממקדים את טענותיהם בחלופות האחרות שיש לאמץ כחלופה לשימוש באיכוני השב"כ, וסוגיה עקרונית זו נדונה בימים אלה ממש בכנסת במסגרת הצעת החוק הרחבה יותר. למעשה כל חקיקתה של הוראת השעה במתכונת זו נועדה לאפשר לכנסת לדון, בין היתר, בסוגיית החלופות לאיכוני השב"כ באופן מעמיק.

מאחר שטענות העותרים ביחס לעיגון ההסתייעות בשב"כ בחקיקה הן עקרוניות, והעתירה אינה מופנית באופן ממשי כנגד הוראת השעה או להסדרים הפרטניים שנקבעו במסגרתה, הרי שיש להמתין עם ההכרעה העקרונית של הכנסת בסוגיה קודם לעריכת ביקורת שיפוטית בסוגיה. לפיכך, לעמדת הכנסת טרם בשלה העת לבחינת הסוגיה לגופה, ודין העתירה להידחות על הסף.

4. באשר לבקשה לביטול סעיף 11 לחוק השב"כ, הרי שלעמדת הכנסת גם סעד זה דינו להידחות על הסף.

ראשית, מדובר בהוראת חוק משנת 2002, אשר ספק אם יש מקום לבחינה חוקתית שלה עתה, אך בוודאי שאין מקום לבחינה חוקתית שלה בלוחות הזמנים "הצפופים" הנוכחיים.

שנית, טענות העותרים, גם בהקשר זה, מופנות כלפי הוראת השעה ולא כלפי סעיף 11 לחוק השב"כ. חוק השב"כ מקנה לעובדי השירות סמכויות שונות, וביניהן גם הסמכות לקבל נתוני תקשורת ולעשות בהם שימוש, כמפורט בסעיף 11 לחוק. הוראת השעה מעגנת את תפקיד השב"כ בסיוע בהתמודדות עם התפשטות נגיף הקורונה, כאשר הסמכות העיקרית של השב"כ עליה מבוססת הוראת השעה, היא הסמכות לקבל נתוני תקשורת ולהשתמש בהם, מכוח סעיף 11 האמור.

טענות העותרים ביחס לחוקתיות סעיף 11 הן תמונת מראה של הטענות בנוגע לחוקתיות הוראת השעה, ומדובר בניסיון לתקוף את אותה הסוגיה ממש, רק מכיוון אחר. ככל שהוראת השעה צולחת את המבחנים

החוקתיים אזי הפעלת השב"כ לשם כך מכוח סעיף 11 לחוק השב"כ צולחת אף היא מבחנים אלה. משהפגיעה החוקתית הנטענת נובעת מההסמכה של השב"כ בהוראת השעה, הרי שהסעד החוקתי הרלוונטי לטענות אלה צריך אף הוא להיות מכונן כלפי הוראת השעה.

למותר לציין, כי הסעד שהתבקש – ביטול סעיף 11 כולו - הוא סעד כוללני ביותר שיוביל להגבלה של הפעילות של השב"כ בהקשרים רבים ורחבים שאינם נוגעים כלל לענייננו. אין אפוא כל הלימה בין הסעד שהתבקש לבין הטיעון החוקתי לביסוסו, וגם מטעם זה דינו להידחות על הסף.

5. לבסוף יצוין, כי אין חולק שקיימת בעייתיות רבה מהסמכת השב"כ לפעול בתחום שאינו נכלל בתחום הליבה שלו, כפי שאף נפסק בבג"ץ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 26.4.2020) (להלן: עניין בן מאיר). ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (להלן: ועדת חו"ב) הקדישה דיונים רבים בסוגיית החלופות אזרחיות לאיתור טכנולוגי של חייבי הבידוד, וסוגיה זו נדונה בימים אלה ממש במסגרת הדיון בחלק השני של הצעת החוק שפוצלה. הוראת השעה היא זמנית ביותר – לשלושה שבועות – והיא נועדה לאפשר לכנסת לדון בסוגיה העקרונית והכללית יותר באופן הולם יותר.

כאמור, העתירה אינה מתייחסת למכלול הנסיבות של חקיקת הוראת השעה ושל פרטי ההסדר שנקבעו במסגרתה, ועל כן הניתוח החוקתי שבה לוקה בחסר. על כל פנים, לעמדת הכנסת גם בחינה לגופה של הוראת השעה מעלה כי היא צולחת את המבחנים החוקתיים.

תחילה נעמוד על עיקרי התשתית העובדתית והנורמטיבית השייכים לעניין.

רקע עובדתי

6. כידוע, במהלך חודש דצמבר 2019 החלה התפרצות של המחלה הנגרמת מנגיף הקורונה. ביום 30.1.2020 הכריז ארגון הבריאות העולמי על התפרצות הנגיף כאירוע חירום בבריאות הציבור בעל השלכות בינלאומיות, ובהמשך קבע הארגון כי הערכת הסיכון להתפשטות הנגיף היא גבוהה מאד וכי מדובר ב"פנדמיה". ביום 27.1.2020 שר הבריאות הוסיף את המחלה הנגרמת מנגיף הקורונה לרשימת המחלות המדבקות המסכנות לפי סעיף 1(20) לפקודת בריאות העם, 1940, ומכוח החלטה זו הוצאו בהמשך צווים על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות לפי סעיף 20 לפקודה.

כפי שציננה כב' הנשיאה חיות בעניין בן מאיר (בפס' 1 לפסק דינה):

"הימים האלה הינם ימי משבר לאומי ועולמי בממדים ובהיקף שכמותם לא ידענו" (ראו: בג"ץ 2435/20 לוונטה נ' ראש הממשלה, פסקה 1 (7.4.2020) (להלן: עניין לוונטה)). 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 בבתיהם 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.”

7. בהתאם למידע הידוע כיום, המחלה עוברת באמצעות הפרשות מדרכי הנשימה גם כאשר האדם עם הנגיף אינו בעל תסמינים נשימתיים, ותקופת הדגירה היא עד 14 ימים. לפיכך, הדרך היעילה ביותר, ולמעשה נכון לעכשיו גם הדרך היחידה, למנוע את התפשטות נגיף הקורונה היא הימנעות ממגע עם חולה מאומת.

8. במטרה להתמודד עם התפשטות הנגיף, אימצה הממשלה מדיניות של "ריחוק חברתי" ובידוד של חולים מאומתים ושל אנשים שבאו עמם במגע קרוב. כאשר אובחנו חולי הקורונה הראשונים בישראל, פעל משרד הבריאות לאיתור האנשים שבאו עמם במגע על-ידי חקירה אפידמיולוגית פרטנית. חקירה זו התבצעה באמצעות תשאול שנעשה לכל חולה שאובחן.

ברם, ריבוי החולים המאובחנים והתפשטות הנגיף ברחבי הארץ, הפחיתו באופן משמעותי את יעילותה של החקירה האפידמיולוגית הפרטנית. בהתאם לכך, גורמי המקצוע במשרד הבריאות הגיעו לכלל מסקנה כי נדרש כלי משלים לשם ההתחקות אחר מסלול התנועה של חולי הקורונה. לפיכך, ביקש משרד הבריאות להסתייע בשב"כ לשם ביצוע חקירה אפידמיולוגית תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים שיאפשרו לאתר את מי שהיה בקרבת החולה במהלך תקופת הדגירה של המחלה.

9. הסמכת השב"כ עברה מספר גלגולים עד לתיקון החקיקה מושא העתירה שבפנינו.

תחילה, הסמכת השב"כ נעשתה בדרך של תקנות שעת חירום לפי סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה – תקנות אלו עמדו במוקד העתירות המקוריות בעניין **בן מאיר**, אשר הוגשו גם על-ידי העותרת 1 דכאן. בשלב השני, הסמכת השב"כ נעשתה מכוח סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ – והחלטה זו עומדת במוקד פסק הדין בעניין **בן מאיר**. לבסוף, הסמכת השב"כ עוגנה בחקיקה ראשית ייעודית, בהוראת שעה לשלושה שבועות – והיא זו שנתקפת בעתירה שבפנינו.

להלן נביא בתמצית את השתלשלות העניינים שקדמה להוראת השעה.

הסמכת השב"כ מכוח תקנות שעת חירום

10. בשלב הראשון ביקשה הממשלה להסמיך את השב"כ לסייע במניעת התפשטות נגיף הקורונה, בדרך של קבלת החלטת ממשלה מכוח סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ. סעיף זה מסמיך את הממשלה להוסיף תפקיד לשב"כ שעניינו ב"פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". בסעיף 1 ו-6 לחוק השב"כ נקבע כי "ועדת הכנסת לענייני השירות" היא ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאי של ועדת החוץ והביטחון (להלן: **ועדת המשנה**).

ואולם, מהלך זה לא הסתייע, שכן החלטת הממשלה הובאה לאישור ועדת המשנה של הכנסת ה-22 בשעות הצהריים של יום 16.3.2020, שעות בודדות קודם להשבעת הכנסת ה-23. הוועדה לא הספיקה לדון בהחלטה לגופה ולהכריע בה בלוחות הזמנים שנוצרו, ועם השבעת הכנסת ה-23 פקעו כהונות הוועדות של הכנסת ה-22.

11. בהמשך לכך, בשעות הבוקר המוקדמות של יום 17.3.2020, התקינה הממשלה את תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: **תקנות ההסמכה**). התקנות הותקנו מכוח סעיף 39(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

בתקנות ההסמכה הוסמך השב"כ לקבל, לאסוף ולעבד מידע טכנולוגי לצורך סיוע למשרד הבריאות בביצוע חקירה אפידמיולוגית לצמצום ולמניעת התפשטות נגיף הקורונה החדש. תכלית קבלת המידע הייתה לצורך זיהוי נתוני מיקום ונתיב התנועה של החולה בקורונה וכן לזיהוי האנשים שבאו במגע קרוב עמו, וזאת בתקופה של 14 הימים שלפני אבחון כחולה. המונח "מידע טכנולוגי" הוגדר כמידע, למעט "תוכן שיחה" - כמשמעות מונח זה בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979. תוקפן של התקנות נקבע למשך 14 ימים בלבד, קרי עד ליום 31.3.2020.

12. תקנת ההסמכה האמורות, יחד עם תקנות שעת חירום אחרות אשר הסמיכו את המשטרה לעשות שימוש בנתוני מיקום לצורך אכיפת חובת הבידוד, עמדו במוקד שלוש עתירות שהוגשו בעניין **בן מאיר** (בג"ץ 2109/20, בג"ץ 2135/20 ובג"ץ 2141/20).

העתירות נדונו בפני בית המשפט הנכבד ביום 19.3.2020, ובמהלך הדיון התלבנו מספר סוגיות משפטיות. בין היתר נדונה ההשלכה שיש להעדר הפיקוח הפרלמנטרי על התקנות לשעת חירום, וכן הסמכות של הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום בעניין אזרחי בהסתמך על ההכרזה הכללית על מצב החירום הנובעת מהמצב הביטחוני.

13. במהלך הדיון הצהירו משיבי הממשלה כי ככל שהכנסת תחל את פעילותה הפרלמנטרית (באותה העת טרם הוקמה הוועדה המסדרת ויתר ועדות הכנסת), הם יפעלו להביא את תקנות ההסמכה לאישור הכנסת. הוסבר שייבחנו לעניין חלופות שונות: הסמכת השב"כ בחקיקה ראשית – באמצעות תיקון חוק השב"כ או בהוראת שעה מיוחדת או בדרך של החלטת ממשלה להרחבת סמכויות השב"כ באישור ועדת המשנה, בהתאם לסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ.

עוד באותו היום ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד המורה על השלמת טיעונים משפטיים במספר סוגיות וכן ניתן צו ביניים המורה בכל הנוגע לתקנות ההסמכה שתוקפן יותלה, אם עד ליום 24.3.2020 בשעה 12:00 לא תוקם ועדת החוץ והביטחון הזמנית.

בשעות הלילה המאוחרות של יום 23.3.2020 הוקמה ועדת החוץ והביטחון הזמנית של הכנסת ה-23 ובהמשך היא בחרה את יושב הראש שלה דאז, חה"כ גבי אשכנזי וכן הקימה את ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים, שכאמור היא "ועדת הכנסת לענייני השירות", לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ.

הסמכת השב"כ מכוח סעיף 7(ב)(6) לחוק

14. ביום 24.3.2020 התקבלה החלטת ממשלה מס' 4916 המסמיכה את השב"כ לסייע במאמץ לצמצום התפשטות נגיף הקורונה. החלטה זו הובאה לאישור ועדת המשנה לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ. החלטת הממשלה דומה בנוסחה לתקנות ההסמכה (למעט הגדרה מצומצמת יותר של "חולה", וכן הוספת תכלית נוספת לאיסוף המידע - איתור מקור ההדבקה של החולה בנגיף ומי שהיה עלול להידבק ממנו).

המשיבים בעניין **בן מאיר** עדכנו את בית המשפט הנכבד בהתפתחויות האמורות, ועוד באותו היום התקבלה החלטה לפיה תקנות ההסמכה ימשיכו לעמוד בתוקפן וכי ימוצה הליך הפיקוח הפרלמנטרי.

15. ועדת המשנה הקדישה חמישה דיונים מעמיקים וממושכים להחלטת ההסמכה (שלושה דיונים נערכו במתכונת הפתוחה לציבור באופן תקדימי ושניים שהיו סגורים לאור סיווג המידע). במסגרת דיונים אלה נשמעו עמדות שונות של גורמים ממשלתיים, גורמי מקצוע ומומחים מארגוני החברה האזרחית. ועדת המשנה נתנה דעתה לחריגות של ההסמכה שאינה נוגעת לתחומי הליבה של פעילות השב"כ, אך החליטה בסופו של יום כי בנסיבות שנוצרו ניתן להסמיך את השב"כ לפעול למניעת התפשטות הנגיף מכוח ההסמכה שבחוק השב"כ. לצד זאת, הנחתה ועדת המשנה את גורמי הממשלה לפעול במהלך תקופת ההסמכה למציאת חלופות טכנולוגיות אחרות לצורך איתור חייבי הבידוד, שאינן כרוכות בהסתייעות שב"כ.

ביום 31.3.2020, בתום דיוניה, אישרה ועדת המשנה את החלטת ההסמכה, בשינויים רבים ומשמעותיים, אשר היה בהם כדי למתן את הפגיעה בפרטיות. תוקף החלטת ההסמכה שנקבע היה ל-30 ימים, קרי עד ליום 30.4.2020. עוד באותו הערב התכנסה הממשלה ואישרה את הסמכת השב"כ בהתאם לנוסח ההחלטה אותו אישרה ועדת המשנה.

16. בעקבות אישור החלטת ההסמכה, ובאישור בית המשפט הנכבד, הגישו העותרים בעניין **בן מאיר** עתירות מתוקנות במסגרתן התבקש בית המשפט לבטל את החלטה משני טעמים עיקריים: האחד, נטען כי הסמכת השב"כ לפעול בסוגיה אזרחית-בריאותית, מנוגדת לחוק השב"כ וכי החלטת ההסמכה שקיבלה הממשלה בהקשר זה התקבלה בחוסר סמכות. השני, נטען כי החלטת ההסמכה לגופה אינה חוקתית, וזאת מאחר שאינה עומדת במבחני המידתיות, הן משום שקיימים אמצעים פוגעניים פחות מזה שנבחר, והן משום שהנזק הנגרם מהשימוש באמצעי זה עולה על התועלת שבו.

עמדת הכנסת לעתירות המתוקנות הייתה כי החלטת ההסמכה באה לתת מענה למשבר הלאומי (והעולמי) הנובע מהתפשטות נגיף הקורונה, וכי היא נכנסת לגדר המונח "אינטרס ממלכתי חיוני לביטחון הלאומי של המדינה" במובנו המעט רחב יותר של המונח. צוין, כי אכן מדובר בהסמכה חריגה ביותר של השב"כ, ואין להקל בה ראש כלל ועיקר, אך גם הנסיבות הן חריגות ביותר, ונדרש כלי יעיל ואפקטיבי למניעת התפשטות המגיפה. הוסבר, כי קצב התפשטות הנגיף אינו מאפשר הסתייעות בחקירות אפידמיולוגיות פרטניות בלבד, וכי נכון לעת הזו חברי הכנסת השתכנעו שלא קיימים עזרים טכנולוגיים אחרים אשר האפקטיביות שלהם מאפשרת לראות בהם חלופה מידתית יותר לאיכוני השב"כ.

17. ביום 26.4.2020 ניתן פסק הדין בעניין **בן מאיר**, אשר אלו עיקריו:

- בפסק הדין דחו השופטים את הפרשנות הצרה של העותרים לסעיף 7(ב) לחוק השב"כ, ונקבע כי יש לפרש אותו "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 והמידתית לאזרחי ותושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה" (שם, בעמ' 15).

נקבע, כי "מבחן הסכנה החמורה והמידתית" מורכב משני מימדים: מימד מהותי – נדרש רף גבוה במיוחד של סכנה לאזרחי ותושבי המדינה, ומימד הזמן – הסכנה חייבת להיות כזו שאין בנמצא

אפשרות מעשית לפתח אמצעים אלטרנטיביים מתאימים יותר להתמודדות עמה טרם התממשותה (שם, בעמ' 16).

בית המשפט הנכבד קבע, כי בנסיבות הייחודיות והחריגות שנוצרו, ובהינתן סד הזמנים שהוכתב נוכח התפשטותו של הנגיף שלא איפשר קידום חקיקה לצורך הסדרת תפקידו של השב"כ במסגרת המשבר, ניתן היה לפעול באמצעות סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ.

- מאחר שהחלטת ההסמכה מהווה הסדר ראשוני במהותה, נקבע כי לא ניתן להמשיך ולהפעיל את אמצעי השב"כ כפתרון קבע לאורך זמן מכוח ההסמכה שבסעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ, וכי ככל שתידרש מעורבות נוספת של השב"כ בתום תוקפה של החלטת ההסמכה, על הממשלה יהיה לפעול לעיגון הבסיס למעורבות כזו בחקיקה ראשית. זאת, כדי לאפשר לכל חברי הכנסת (להבדיל מחברי ועדת המשנה בלבד) לדון ולהכריע בסוגיה. בהקשר זה צוין, כי "חקיקה כזו, מן הראוי כי תהיה זמנית במהותה ותיחקק כהוראת שעה" (שם, בעמ' 21).

- בית המשפט הנכבד דחה גם את הטענה בדבר העדר החוקתיות של החלטת ההסמכה לגופה. נפסק כי אף שאין חולק כי הסמכת השב"כ פוגעת בזכות לפרטיות ובצנעת הפרט, בנסיבות הייחודיות והחריגות שנוצרו, ובנקודת הזמן הנוכחית, היא צולחת את מבחני המידתיות.

- על מנת לאפשר מיצוי מהלך חקיקה פרלמנטרי כנדרש, נקבע בפסק הדין כי ככל שיתנע הליך חקיקה, ניתן יהיה להאריך את תוקפה של החלטת ההסמכה לפרק זמן נוסף שלא יעלה על שבועות ספורים על מנת לאפשר את השלמתו של הליך זה (שם, פס' 34 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

במסגרת הטיעון המשפטי, נעמוד על ההשלכות של קביעות שונות של שופטי ההרכב על הניתוח החוקתי של החקיקה שבפנינו.

18. ביום 28.4.2020, יומיים לאחר פסק הדין שבעתירות, התקבלה החלטת הממשלה מס' 5024. בהחלטה זו נקבע כי יתקיים "בהקדם האפשרי, דיון בראשות ראש הממשלה ובהשתתפות הגורמים הרלוונטיים לעניין, לצורך בחינת התנעת הליך חקיקה אשר מכוחה יוסמך השירות להמשיך ולסייע למשרד הבריאות במאמץ הלאומי להתפשטות נגיף הקורונה החדש". לשם כך החליטה הממשלה כי תוקפה של החלטת ההסמכה יוארך בשבוע, קרי עד ליום 7.5.2020.

החלטה זו הועברה לאישור ועדת המשנה, וזו התכנסה לדון בעניין ביום 30.4.2020.

19. בפתח הישיבה הסבירה פרופ' סיגל סדצקי לחברי הכנסת כי לעמדת משרד הבריאות יש צורך בהמשך הסתייעות בשב"כ לשם איתור חייבי בידוד, בפרט נוכח ההקלות בתנועה ובפתיחת העסקים. עוה"ד רוז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי - חוקתי), ציין כי בשלב זה טרם התקבלה החלטה בממשלה האם יש מקום להמשיך את ההסתייעות בשב"כ ולהסמיך אותו בחקיקה ראשית, ואם יוחלט שלא לקדם חקיקה, המנגנון יופסק באופן מיידי (פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה מיום 30.4.2020, בעמ' 4).

חברי הכנסת הביעו עמדות שונות באשר להצדקה להמשיך לעשות שימוש בכלי השב"כ. כך למשל, חה"כ אלי אבידר העלה ספק האם יש הצדקה לעשות שימוש בשב"כ לשם הטיפול בהתפשטות הקורונה (שם, בעמ' 10). חה"כ משה יעלון העלה גם ספקות בעניין זה, אך סבר שבנסיבות העניין יש מקום לאפשר

הארכה של תוקף ההסמכה בשבוע (שם, בעמ' 9). מנגד, חה"כ איילת שקד ציינה כי היא תומכת בשימוש בכלי כדי לאפשר את החזרת המשק לשגרה, ועל כן היא סבורה שיש מקום להיענות לבקשת הממשלה (שם, בעמ' 10).

חברי הכנסת עמדו על הצורך בבחינת חלופות לאיכוני השב"כ. כך למשל, חה"כ אבידר ציין כי יש לערוך דיון מעמיק בחלופות בטרם יוסמך השב"כ בחקיקה, ויו"ר הוועדה דאז, חה"כ גבי אשכנזי, תמך בכך (שם, בעמ' 7). בהמשך עמד חה"כ אבידר על כך שהחלופות האזרחיות מצמצמות את הפגיעה בפרטיות שכן המידע נשמר על המכשיר עצמו. חה"כ יואב קיש השיב כי להבנתו מדובר בחלופות לא אפקטיביות דיו (שם, בעמ' 10). לכך השיב חה"כ אבידר כי גם איכוני השב"כ אינם מדויקים, וכי הפתרון לדעתו הוא לבצע בדיקות רבות בקרב האוכלוסייה לשם איתור הנגיף (שם).

בסופו של דבר, התקבלה הצעת יו"ר הוועדה להאריך את תוקפה של החלטת ההסמכה עד ליום 5.5.2020, כדי לאפשר לממשלה להמשיך להתניע הליך חקיקה, אלא אם כן הממשלה תחליט כי היא אינה מעוניינת לעשות כן ואז תוקף ההסמכה יפקע כבר ביום בו תחליט כך. עוד באותו היום התקבלה החלטת ממשלה מס' 5029 אשר תיקנה את החלטת ההסמכה של הממשלה מיום 28.4.2020, בהתאם להחלטת ועדת המשנה האמורה.

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה מיום 30.4.2020 מצורף ומסומן **מש/1**.

20. ביום 4.5.2020 התקבלה החלטת ממשלה מס' 5042. בהחלטה זו צוין כי בדיון שנערך בממשלה ביום 3.5.2020, "הוחלט לפעול לקידום חקיקה אשר מכוחה יוסמך השירות להמשיך ולסייע למשרד הבריאות בעניין וזאת תוך שבמקביל לקידומו של הליך חקיקה זה תימשך בחינת קיומן של חלופות אחרות". לפיכך, הוחלט להאריך את תוקפה של החלטת ההסמכה בשישה שבועות, עד ליום 16.6.2020 או עד להשלמת הליך החקיקה של הצעת החוק האמורה, לפי המוקדם. החלטה זו הועברה לאישור ועדת המשנה.

ועדת המשנה דנה בהחלטת הממשלה ביום 5.5.2020. בפתח הישיבה הסביר מר מאיר בן שבת, ראש המל"ל, כי בישיבת הממשלה הוחלט שיש צורך בהמשך ההסתייעות בשב"כ לשם איתור חייבי הבידוד, ועל כן הוחלט לקדם הליך חקיקה בנושא (פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה מיום 5.5.2020, בעמ' 2-4).

חברי ועדת המשנה המשיכו לדון בשאלה האם יש הצדקה להמשיך ולהסתייע בשב"כ לשם איתור חייבי בידוד. במסגרת זו חזרו והדגישו חברי הכנסת כי יש צורך בבחינה מעמיקה ומשמעותית יותר מצד הממשלה למציאת חלופות לכלי השב"כ (ראו למשל דברי חה"כ לפיד בעמ' 6-7, וכן דברי חה"כ יעלון בעמ' 9 ובעמ' 26).

21. עוה"ד נזרי ציין כי להערכתם לשם השלמת הליך חקיקה נדרש פרק זמן של חודש וחצי, ועל כן מתבקשת הארכה של שישה שבועות. הוא ציין כי מדובר בהצעת חוק מורכבת הדורשת פרק זמן מינימלי של שבועיים לשם הכנת תזכיר, ולאחר מכן הליך מקוצר של שבוע לשמיעת הערות הציבור, כך שהצפי הוא שרק בעוד שלושה שבועות ניתן יהיה להניח הצעת חוק על שולחן הכנסת (שם, בעמ' 11).

היועצת המשפטית לוועדה, עוה"ד מירי פרנקל שור, ציינה כי לוחות הזמנים של החקיקה כפי שהוצגו על-ידי הממשלה נועדו לאפשר גיבוש והבשלה של התהליכים בממשלה, וכן לאפשר לכנסת לקיים דיונים רציניים בנושא. עם זאת, ציינה כי יש לדעתה לקצר את תוקפה של ההארכה לשבועיים בלבד על מנת

שיהיה בידי ועדת המשנה כלי אפקטיבי להבטיח שהליך החקיקה אכן הותנע בקצב הנכון וכי במהלך תקופה זו ממשיכה הממשלה לבחון חלופות אחרות להסתייעות בשב"כ (שם, בעמ' 23).

22. בתום הדיון סיכם יו"ר הוועדה דאז, חה"כ אשכנזי, כי אין ויכוח בין הכנסת לבין הממשלה על הצורך בניטור האוכלוסייה כדי לקטוע שרשראות הדבקה, אך ציין כי יש מחלוקת בשאלה האם צריך לעשות זאת באמצעות השב"כ, ועל כן ביקש כי לצד קידום החקיקה, בחינת החלופות לכלי זה תימשך. הוא הציע כי בנסיבות אלה תוקפה של ההחלטה יוארך בשלב זה בשלושה שבועות בלבד, והוועדה אישרה את הצעתו. עוד באותו היום קיבלה הממשלה את החלטה מס' 5051 אשר שינתה את החלטתה מיום 4.5.2020, וקבעה, בהתאם להחלטת ועדת המשנה, כי תוקפה של החלטת ההסמכה יהיה עד ליום 26.5.2020.

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה מיום 5.5.2020 מצורף ומסומן **מש/2**.

23. בין לבין, ביום 2.5.2020 הגיש עוה"ד שחר בן מאיר, העותר בבג"ץ 2109/20, בקשה לביזיון בית משפט, במסגרתה טען כי בהעדר פרסום של תזכיר חוק, הארכת תוקפה של החלטת ההסמכה סוטה מגדרי פסק הדין. משיבי הממשלה והכנסת הגיבו לבקשת הביזיון וטענו כי גם ההליך המקדים בממשלה לבחינת הצורך בקידום חקיקה בנושא הוא חלק מהליך "ההתנעה" עליו דובר בפסק הדין, ועל כן יש לדחות את בקשת הביזיון.

ביום 19.5.2020 פורסם תזכיר חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020. בהמשך לכך, ביום 3.6.2020 נמחקה בקשת הביזיון, בהסכמת העותרים.

24. ביום 24.5.2020 התקבלה החלטת ממשלה מס' 15, במסגרתה הוחלט להאריך את החלטת ההסמכה של השב"כ בשלושה שבועות נוספים, עד ליום 16.6.2020 או עד להשלמת הליך החקיקה (לפי המוקדם).

לצד הארכת התוקף של ההסמכה, החליטה הממשלה על צמצום ניכר באופן ההפעלה שלה. בהחלטה צוין כי לאור תמונת המצב העדכנית של התחלואה בישראל בנגיף הקורונה החדש, ובהמשך להפצת תזכיר החוק, הוחלט להסתפק בהגבלת השימוש בשב"כ ל"מקרים פרטניים וייחודיים בלבד, שבהם לא ניתן להשלים את איתור האנשים שבאו במגע קרוב עם חולה באמצעות חקירה אפידמיולוגית בשיטות אחרות".

החלטת הממשלה הועברה לאישור ועדת המשנה.

העתק החלטת ממשלה מס' 15 מיום 24.5.2020, מצורף ומסומן **מש/3**.

25. ביום 26.5.2020 דנה ועדת המשנה בהחלטת הממשלה האמורה. בפתח הדיון הסבירה פרופ' סדצקי מדוע על אף מספר החולים הקטן יש צורך בהמשך ההסתייעות בשב"כ. היא ציינה כי אמנם ידוע כעת רק על מעט חולים מאומתים, אך יתכן ויש בפועל כמות גדולה יותר. עוד הסבירה, כי הנחת המוצא של גורמי המקצוע היא כי בכל רגע נתון יכולה להתחיל מחדש התפשטות הנגיף. היא שבה על עמדתם לפיה דווקא כאשר מבקשים לחזור לפעילות שגרתית יש לאפשר את איכוני השב"כ שיאפשרו לעצור באופן מהיר ויעיל את מעגל ההידבקות (פרוטוקול הדיון מיום 26.5.2020, בעמ' 5). בהמשך דבריה היא הוסיפה כי אין בעיה של כוח אדם לביצוע חקירה אפידמיולוגית, אלא שמדובר בכלי מוגבל וכי "טלפונים יודעים עלינו יותר ממה שאנחנו יודעים על עצמנו" (שם, בעמ' 9).

חה"כ אבידר חזר על עמדתו לפיה אין מקום להמשך ההסתייעות בשב"כ, וכי יש לפעול להגדיל את מספר הבדיקות (שם, בעמ' 8). חה"כ שקד ציינה כי למרות שלהבנתה התפשטות הנגיף אמורה להיחלש בקיץ העומד בפתח, ולמרות שהכלי הזה הוא "חודרני ופוגעני", היא סבורה שכל עוד יש פיקוח על השימוש בו, נכון להמשיך ולהשתמש בו (שם, בעמ' 9-10).

26. גב' רוני קייזר, מנהלת מערכות מידע במשרד הבריאות, פירטה בפני חברי הכנסת את עבודת המטה שנעשת לשם איתור חלופה לאיכוני השב"כ, תוך שהיא התמקדה באפליקציית "המגן". היא הסבירה שנכון לעכשיו מספר המשתמשים הפעיל באפליקציה עומד על כ-870,000 איש בלבד, בעוד שהיעד שהגדיר משרד הבריאות כדי שניתן יהיה לראות באפליקציה זו אלטרנטיבה אפקטיבית לאיכוני השב"כ הוא 4 מיליון. היא סקרה בפני חברי הכנסת את הממצאים שנאספו בנושא, לאחר בחינת 39 מדינות שבהן יש אפליקציות פעילות (בעמ' 10-11):

"אנחנו סקרנו 39 מדינות שיש בהן אפליקציות פעילות. יש מדינות שכרגע זה נמצא בפיתוח והן עדיין אינן פעילות, או מדינות שהפסיקו שימוש באפליקציה. מתוך 39 המדינות – ביבשת אסיה, יבשות אמריקה, אוסטרליה, ניו-זילנד, אירופה – ישראל נמצאת במקום השישי מבחינת אימוץ האפליקציה בידי האזרחים. גם סינגפור שנחשבת מדינה שבה יש אחוז אימוץ מאוד גבוה, אחוז האימוץ ביחס לאוכלוסייה עומד על 26%, בישראל זה כמעט 17%. בגדול יש 22 מדינות שמשמשות היום רק בטכנולוגיית בלוטות'. יש כשמונה מדינות שמתבססות גם על שירותי מיקום ושני השירותים הללו חשובים להמשך. יש גם מדינות שמשמשות בשירותי ווי פי שהם יוצרים בעיה בכל מה שקשור להגנת הפרטיות.

מבחינת גוגל ואפל, אני מניחה שכולכם שמעתם על התשתיות לאיתור מגעים. נכון להיום 13 מדינות הצהירו שהן השתמשו בתשתית הזאת. או כחלק מאפליקציה קיימת, או כאפליקציה חליפית. זאת אומרת שהן תפסקנה שימוש באפליקציה שהן יצרו ותעבורנה להשתמש במה שיצרו בגוגל ואפל. 27 מדינות כרגע לא הכריזו אם כן או לא. היחידה שהחליטה שהיא מפתחת אפליקציה מקבילה על מנת לבחון את התשתית זו UK והסיבות לכך נעוצות בזה שתשתית גוגל אפל יש לה כמה סייגים, אני אקרא לזה ככה. ראשית, מי ששולט בטכנולוגיה זה גוגל ואפל, זאת אומרת שהם רשאים לכבות את השירות בעידן שגרת חירום. להוריד אותו מהאפליקציה ולהפוך אותו ללא רלוונטי. שנית, הם מחייבים אותו כשירות בלעדי. לא ניתן להשתמש במידע על שירותי מיקום במקביל למידע על בלוטות'. זה מייצר לנו בעיה בעיקר בגלל שכדי שבלוטות' יעבוד היטב אנחנו צריכים שלאחוז ניכר מהאוכלוסייה תהיה את האפליקציה שתפעיל את יישומי המיקום שם. נכון להיום הוודאיות באשר לאפקטיביות עדיין לא ברורה, בעוד שבמיקום יש לנו חיווי מדי, עיין ערך היום, זה מה שקיים היום בלא מעט מדינות בעולם".

עוד ציינה גב' קייזר כי אפליקציית "המגן" עדיין נמצאת בשלב פיילוט, וכי קיימת גירסה 2.0 אשר אמורה להיות אפקטיבית יותר. היא הסבירה כי הפתרון של אלגוריתם המבוסס על בלוטות', פוגע פחות בפרטיות שכן הוא מבוסס על האותות ששני מכשירים שולחים אחד על השני, ולא על מאגר מידע חיצוני (שם, בעמ' 11).

27. יו"ר הוועדה, חה"כ צבי האוזר, ביקש לדעת האם יש לוח זמנים מוגדר להשגת פתרונות חלופיים. גב' קייזר השיבה כי הצפי שהוא שבתחילת חודש יוני תושק האפליקציה בגרסה החדשה, ומשרד הבריאות נערך לתכנית שיווקית כדי לסייע להגיע ליעד זה (שם, בעמ' 12). היא ציינה כי יש קושי להגיע ל-4 מיליון משתמשים באפליקציה, בין היתר, משום שבזמן שבו היקף התחלואה נמוך אנשים בתחושה ש"הכל בסדר" ושאין צורך באפליקציה. על כל פנים, היא הדגישה שנעשה מאמץ לשפר את האפליקציה גם מבחינה טכנולוגית וכן לחשוב על דרכים להגיע לכמה שיותר משתמשים (שם, בעמ' 13). פרופ' סדצקי

ביקשה להדגיש כי הבעיה באפליקציית "המגן" אינה רק שיווקית, אלא שבשלב זה היא לא מספיק טובה מבחינה טכנולוגית, ועל כן אינה מהווה חלופה אפקטיבית לאיכוני השב"כ (שם, בעמ' 15).

יו"ר הוועדה ציין כי הוא אינו סבור שנעשה מאמץ מספק כדי לקדם את החלופה של אפליקציית "המגן", וזאת בפרט נוכח העובדה כי השימוש באמצעים של השב"כ הוא חריג ביותר ויש למעט בו ככל הניתן (שם, בעמ' 13).

28. עוה"ד נזרי, ציין כי מאחר שבשלב זה היקף התחלואה אינו גבוה, באיזון הכולל הממשלה סברה שנכון להסתייע בשב"כ רק במקרים הפרטניים שבהם לא ניתן לעשות חקירה אפידמיולוגית אפקטיבית (למשל בשל מצבו של החולה). יחד עם זאת הוא הדגיש, כי "ככל שבעתיד יהיה חשש לעלייה משמעותית בהיקף התחלואה ולא נצליח להגיע לחלופות מתאימות, אז אם נצטרך לחזור לאחור ולהפעיל את השב"כ באופן נרחב, אז כמובן שאם נגיע לכך נזדקק להחלטת ממשלה חדשה שגם תובא בפני הוועדה במתכונת חדשה" (שם, בעמ' 16).

29. ד"ר חגי לוי, יו"ר איגוד רופאי בריאות הציבור, הביע ספק באשר לצורך בהמשך ההסתייעות בשב"כ. הוא ציין כי דווקא בנקודת הזמן הזו בה מצב התחלואה הוא נמוך, יש להימנע מהשימוש בכלי זה וללכת בדרך המלך של חקיקה ראשית כדי לקיים דיון כולל בסוגיה. הוא ציין כי לא ברור מהם המקרים הפרטניים בהם ייעשה שימוש בשב"כ, וכי אין מנגנון פיקוח הדוק מספיק על הנושא. הוא אמר כי גם לעמדתו לא נעשה די כדי לפתח במקביל כלים אחרים (שם, בעמ' 20).

עוה"ד תהילה אלטשולר, מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, ציינה כי "אין אף מדינה דמוקרטית שבחרה להשתמש בשירות החשאי שלה ולייצר מעקב המוני בכפייה על כל האוכלוסייה". היא התייחסה למסמך אשר הוגש מטעם לוועדה אשר סוקר את החלופות השונות להסתייעות בשב"כ, וציינה כי להבנתה לא נעשה די כדי לפתח חלופות אלה, וכי הדבר אינו מצוי בסדר העדיפות של גורמי הממשלה (שם, בעמ' 21). יו"ר הוועדה השיב כי סוגיה זו בהחלט תיבחן במסגרת הליכי החקיקה (שם).

פרופ' קרין נהון, מומחית למדעי המידע, התייחסה ליעילות של איכוני השב"כ, וציינה כי לא ניתן לחלץ מנתוני משרד הבריאות את מידת האפקטיביות שלהם (שם, בעמ' 22). עוד אמרה כי יישום פסק הדין בעניין **בן מאיר**, בנקודת הזמן הזו, מוביל למסקנה כי אין מקום להסתייע בשב"כ שכן אין סכנה ברורה ומידית נוכח הירידה המשמעותית בהיקף התחלואה (שם, בעמ' 23).

עוה"ד אורית פודמסקי, מהמועצה להגנת הפרטיות, עמדה על החשיבות במציאת חלופות הולמות אשר יהיו פוגעניות פחות מבחינת הפגיעה בפרטיות. היא ציינה כי דווקא בנקודת הזמן שבה התחלואה נמוכה, יש להגביר את המאמץ למציאת החלופות למקרה שבו היקף התחלואה יגדל בעתיד (שם, בעמ' 24). וראו גם את דבריה של עוה"ד שלומית וגמן מהרשות להגנת הפרטיות (שם, בעמ' 26).

30. בהמשך לדברים אלה הביעו חברי הכנסת עמדות שונות בסוגיה. חה"כ אבידר אמר כי אין מקום לעמדתו להמשך ההסתייעות בשב"כ (שם, בעמ' 40). מנגד, חה"כ סער אמר כי הוא סבור שנכון לאפשר את המשך ההסתייעות במקרים הפרטניים, תוך שהוא הדגיש כי בחינת החלופות צריכה להיעשות באופן מעמיק במסגרת הליך החקיקה (שם, בעמ' 41). יו"ר הוועדה תמך אף הוא באישור החלטת הממשלה. הוא הציע כי הארכת ההסדר תיעשה עד ליום 16.6.2020, בכפוף לכך שעד ליום 8.6.2020 תובא הצעת החוק לקריאה

ראשונה בכנסת. הוא חזר והדגיש כי הדיון בחלופות צריך להימשך, ויש להאיץ את העבודה בממשלה בנושא (שם, בעמ' 41).

בתום הישיבה אישרו חברי הכנסת את הצעת יו"ר הוועדה, והארכת התוקף של החלטת ההסמכה במתכונת המצומצמת עליה הוחלט עד ליום 16.6.2020 (בכפוף להנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת עד ליום 8.6.2020). בו ביום התקבלה החלטת ממשלה מס' 23 אשר אישרה את החלטת ההסמכה בשינויים עליהם החליטה הוועדה.

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה מיום 26.5.2020, מצורף ומסומן **מש/4**.

31. ביום 7.6.2020 פנה מזכיר הממשלה ליו"ר הוועדה בבקשה לתקן את החלטת ההסמכה, כך שתינתן לממשלה האפשרות להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת עד ליום 10.6.2020 (שכן, כאמור, בהתאם להחלטת ההסמכה על הממשלה היה להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת עד ליום 8.6.2020, כתנאי להמשך תוקפה של החלטה עד ליום 16.6.2020). ועדת המשנה דנה בבקשה זו ביום 8.6.2020, ונענתה לבקשת הממשלה.

העתק פניית מזכיר הממשלה ליו"ר הוועדה מיום 7.6.2020, מצורף ומסומן **מש/5**.
העתק פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה מיום 8.6.2020, מצורף ומסומן **מש/6**.

32. בסופו של דבר, בתום הדיון הפנים ממשלתי הוחלט שלא לקדם בשלב זה את הצעת החוק, ועל כן ביום 10.6.2020 הצעת החוק לא הונחה על שולחן הכנסת. **בכך פקעה החלטת ההסמכה** אשר תוקפה היה מותנה, כאמור, בקידום הליך החקיקה.

הסמכת השב"כ בהוראת שעה בחקיקה ראשית

33. במהלך חודש יוני חלה עלייה משמעותית ומהירה בהיקף התחלואה מהנגיף. בהמשך לכך, החליטה הממשלה כי יש צורך בחידוש השימוש באמצעי השב"כ והוחלט לקדם את הצעת החוק בנושא. ביום 24.6.2020 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק ממשלתית להסמכת השב"כ.

ואולם, עוד קודם שנידרש להליכי החקיקה, נבקש להתייחס לדיון שהתקיים בוועדת חו"ב יום קודם לכן, ביום 23.6.2020, אשר עסק ברובו בחלופות לאיכוני השב"כ, וזאת על רקע המשך המעקב של ועדת המשנה בסוגיה זו.

34. חה"כ האוזר, יו"ר הוועדה, ציין בפתח הישיבה כי תמונת המצב של התפשטות הנגיף מדאיגה, ויש חשש לכך שבלמת המגיפה לא תצליח, כאשר הזמן הוא פונקציה קריטית בהיערכות לכך. הוא ציין, כי ועדת המשנה ביקשה בדיוניה האחרונים להגביר את המאמץ למציאת חלופות אפקטיביות לאיכוני השב"כ, אך אמר כי צריך להבטיח שעד למציאת חלופות אלה, יהיה בידי המדינה כלי אפקטיבי לאיתור חייבי בידוד, ולכן יתכן ולא יהיה מנוס מחזרה בשימוש בשב"כ לשם כך (פרוטוקול הדיון מיום 23.6.2020, בעמ' 2-3):

"מהמספרים האלה עולה תמונה שאנחנו עלולים – ואני מעלה פה חשש, אני לא אומר את זה בוודאות – אנחנו עלולים למצוא את עצמנו במצב של אובדן שליטה על היקפי ההידבקות... כדי למנוע את אותו אובדן שליטה אנחנו מחויבים בכלי יעיל, לרבות כלי אפקטיבי ויעיל לקטיעת שרשרת ההידבקות.

האיכון הטלפוני על ידי שירותי הביטחון הכללי נתן מענה מסוים לעניין הזה. דנו בו בדיונים הקודמים. הישענות על השב"כ הייתי אומר – בהגדרה היא בחירה בעייתית ביותר. היא מעוררת שאלות כבדות. יש גם התנגדות בארגון עצמו לשימוש בכלי הזה.

אנחנו, כוועדת החוץ והביטחון מחויבים לבקר את הממשלה בפעולתה למציאת חלופה נאותה ואפקטיבית לכלי השב"כ. בלשון המעטה, לא היתה לנו שביעות רצון אופטימלית בדיון הקודם – לא מקצב פיתוח החלופה, לא מהמשאבים שהושקעו בתהליך. עיקר הדיון היום יוקדש לבחינת המאמצים של הממשלה למצוא חלופה כאמור, חלופה אפקטיבית בשים לב לדחיפות הגדולה של המשימה הלאומית...

במהלך הדיון הקודם הוצג בפנינו מאמץ לאומי לפיתוח חלופה. ייתכן שהמאמץ הזה מצליח, ייתכן שלא – אנחנו מחויבים לעקוב אחרי אותו סרגל מאמץ. אבל אני רוצה להדגיש: לצד הביקורת שנשמעה אפילו בצדק, הייתי אומר, על שימוש בחלופת השב"כ – אסור שנישאר קרחים מכאן ומכאן. אסור שבקרות מצב חירום או קטסטרופה אנחנו נישאר ללא חלופת השב"כ וללא חלופה אזרחית אפקטיבית שנותנת מענה למאמץ לקטיעת שרשרות הדבקה. חפצי חיים אנחנו, והמשק הישראלי לא יכול לסבול טראומה כלכלית נוספת.

35. חה"כ אבידר אמר כי לדעתו אין מקום להחזיר את השימוש בשב"כ לשם איתור חייבי בידוד, שכן הממשלה נכשלה בעצירת התפשטות המגיפה ובמציאת פתרונות חלופיים, והמענה לכך לא יכול להינתן באמצעות פגיעה בפרטיות של האזרחים (שם, בעמ' 4).

ד"ר אריק הס, ממשד הבריאות, הציג בפני חברי הכנסת נתונים לגבי קצב עליית התחלואה, וציין כי בחודש יוני הייתה קפיצה משמעותית הן במספר החולים המאומתים והן במספר החולים שנמצאים במצב קשה וקריטי. הוא ציין כי נכון לאותו המועד מבוצעות 15,000 בדיקות מדי יום לאיתור הנגיף, וכי נעשה מאמץ להגדיל את היקף הבדיקות ל-20,000 בדיקות ביום (שם, בעמ' 7-8).

מר רונן הרלינג, מ"מ מנכ"ל המשרד לענייני מודיעין, אמר כי משרד המודיעין קיבל את האחריות על תכלול המאמצים לבחינת החלופות ופירט את הפעולות שנעשו בהקשר זה (שם, בעמ' 12-13):

"אנחנו במהלך החודש האחרון מיפינו את תמונת המצב הטכנולוגית והעולמית בהקשרי החלופות, ולגבי האתגרים. כמוכן, הכל מדובר על מענים טכנולוגיים שמשלימים לחקירות האפידמיולוגיות, ומתחילים עם אפליקציית מגן שהפיתוח שלה נמצא בשלבים מתקדמים במשרד הבריאות. אנחנו בחנו את האתגרים שיש גם לחלופה, לאפליקציה, וגם לטכנולוגיות המשלימות שנוגעות לאתגרים של כל האוכלוסיות שהן חסרי סלולר, או אם סלולר שהוא לא סמארטפון, לא טלפון חכם, ותיירים שנכנסים – יש כמה אתגרים למול אפליקציית מגן וגם לטכנולוגיות המשלימות. האתגר המרכזי הוא איך מטמיעים את הטכנולוגיות בקרב אוכלוסיות רחבות. נדרש, למשל, באפליקציית מגן שלפחות 60% מהאוכלוסייה שיורידו את האפליקציה בשביל שהיא תתחיל להיות אפקטיבית, ומהתמונה המסתמנת בעולם, האחוזים עוד רחוקים מאוד משם, מה-60%, וזה אתגר מאוד משמעותי... השיאנית מבחינת האחוזים היא איסלנד, מדינה קטנטונת שהגיעה רק ל-38%, קרוב ל-40% ומדינות כמו סינגפור עם 31, נורבגיה עם 30, אוסטרליה עם 24-25%, ישראל עם 16 או 17% בשיא של אפליקציית מגן."

36. חה"כ אבידר ציין כי אמנם אם 60% מהאוכלוסייה יעשו שימוש באפליקציית "המגן" היא תהיה אפקטיבית ביותר, אך גם באחוזים נמוכים יותר, כפי שעולה ממדינות העולם, הכלי הוא אפקטיבי ומהווה לעמדתו חלופה הולמת לשב"כ (שם, בעמ' 14). מר הרלינג ציין כי אכן כל אחוז שימוש שיהיה

במספר דו ספרתי יביא לאפקטיביות מסוימת, אבל כדי שזה יהיה כלי אפקטיבי לעומת החלופה של השב"כ, יש להביא לשימוש משמעותי יותר של 4 מיליון תושבים או מעל 60% מהאוכלוסייה (שם, בעמ' 15). מר הרלינג המשיך ופירט בפני חברי הכנסת אלו טכנולוגיות נוספות נבחנות כהשלמה לאפליקציית "המגן":

"אני ברשותכם אמשיך לגבי מה משרד המודיעין ממשיך ועושה – אנחנו בוחנים גם את הטכנולוגיות המשלימות, טכנולוגיות לבישות, כל מה שיש בעולם של ה-IOT של אזורי הבלוטות' אבל גם טכנולוגיות אחרות שהן לבישות ויכולות להיות אמצעי משלים לאפליקציית המגן, וכמובן זה ייגע בכל האוכלוסיות שאין להם סמארטפונים או באוכלוסיות שלמות שלא יורידו את האפליקציה ונוכל לרתום אותן מעבר לאפליקציית המגן, להסתובב עם רכיבים מתאימים. אנחנו נמצאים עדיין בבדיקה של כל האופציות. יש המון אופציות טכנולוגיות, ואנחנו בעיקר כותבים את תפיסת ההפעלה, או מנסים לנסח יחד עם הגורמים המשפטיים, לראות מה התשתית הנורמטיבית שתוכל גם להביא לאוכלוסיות רבות ככל האפשר להשתתף בתוך המאמץ לקטיעת שרשרת ההדבקה.

אם דיברנו על אפליקציית מגן והאתגר שלה להיכנס לאוכלוסייה, אז כמובן שיש אתגר גם לראות איזו תשתית נורמטיבית תהיה בסיס לתפיסת ההפעלה שתיתן את מקסימום הפרטיות, מקסימום ביטחון, הצפנה ויכולת לבסס פה אוכלוסיות רחבות שישתמשו באפליקציית המגן והאמצעים המשלימים. זה המקום שמשרד המודיעין עוסק בו בחודש האחרון, ואנחנו ממשיכים להעמיק בסוגייה הזו עם המידע שנמצא במשרד הבריאות והפרויקטים הטכנולוגיים שקיימים בכל המערך."

יו"ר הוועדה ביקש לדעת מה לוח הזמנים לסיום בחינת חלופות אלה, ומר הרלינג ציין כי נעשה מאמץ "לקדם ולזרז ככל הניתן את המענה השלם, עם תפיסת ההפעלה שלו, עם הנוהל, עם התשתית הנורמטיבית" (שם, בעמ' 16).

37. מר רפי מירון, ראש אגף טכנולוגיה במל"ל, המשיך את הסקירה בנושא, ואמר כי הכלי הטכנולוגי של איתור חייבי הבידוד מאפשר להתמקד באנשים שבאמת באו במגע עם החולה ולא להכניס לשווא קבוצות שלמות לבידוד. "מכאן נובעת החשיבות של האמצעים הטכנולוגיים שיכולים לסייע לנו להגדיל בצורה משמעותית, מתוך ניסיון העבר, את אותם איתורים יותר נקודתיים שימנעו את הצורך בבידוד של קהלים גדולים. זו המוטיבציה" (שם, בעמ' 17).

בהמשך, ציין מר מירון כי בנוסף לפיתוח של אפליקציית "המגן" יש צורך במציאת מענה לאוכלוסיות בישראל אשר אינן עושות שימוש בטלפונים ניידים חכמים (למשל חרדים, קשישים וקטינים), וכי להערכתם מדובר בכ-30% מהאוכלוסייה. הוא ציין כי להערכתו מציאת פתרונות לאוכלוסייה זו תיעשה בתוך שבועיים-שלושה. באשר לאפליקציית "המגן" הוא ציין כי היא נמצאת "בסיום בדיקות הקבלה שלה" ושתוך שבוע ניתן יהיה לקבל החלטה על מוכנותה להשקה בציבור (שם, בעמ' 19-20).

מר מירון סיכם את דבריו ואמר כי המלצת המל"ל היא שיש צורך בהחזרת השימוש בשב"כ ועל כן הם סבורים שיש לקדם חקיקה בנושא. ואולם הדגיש, כי התפישה היא שיש להמשיך ולפתח את החלופות האזרחיות ולהטמיע אותן בחברה, כדי שניתן יהיה להוריד את המינון של שימוש באמצעים של השב"כ (שם, בעמ' 28):

"מילות הסיכום הן כאלה: האמצעים הטכנולוגיים שבהם אנחנו עוסקים הם אותם אמצעים שבכל מדינות העולם חוץ מחלק מהאנשים בוועדה הזו - חושבים שהם יכולים לתת מענה. הרבה מדינות בעולם עוסקות בפיתוח וביישום של

אמצעים כאלה, ואנחנו מאוד מקווים, לפחות לפי ניסיון העבר שיש לנו, שהחקירות האפידמיולוגיות יקבלו תגבור רציני מבחינת האפקטיביות שלהם אם נעשה שימוש באמצעים טכנולוגיים...

מה שנותר להשלים, מעבר לפיתוח הטכנולוגי שאותו תיארתי עד עכשיו זה את תורת ההפעלה, כלומר – איך אנחנו משתמשים באמצעים הטכנולוגיים, למי אנחנו נותנים את אותם צמידים, לאיזה אחוז מהאוכלוסייה, באיזה אופן להשתמש בזה, באיזה אופן נעודד את האוכלוסייה להשתתף במאמץ הזה.

ההערכה שלי היא שאנחנו נצטרך לקיים איזה חיים בצוותא בין אמצעי השב"כ שהם זמינים וניתן להשתמש בהם באופן מידי, לבין שאר האמצעי שתיארתי כרגע, שנועדו, בסופו של דבר, אם ניתן – להחליף אותם לחלוטין. אבל יהיה איזה שהוא תהליך של חיים בצוותא, וככל שהאמצעים האזרחיים יצברו תאוצה ותגדל ההטמעה שלהם בציבור, נוכל להוריד את המינון של השימוש באמצעים של השב"כ. זאת הכוונה, זאת הלוגיקה של המאמץ שאנחנו פועלים כרגע לקיים, ואני מקווה שהוא יישא פרי."

38. חה"כ שקד אמרה כי כל האמצעים החלופיים לאיכוני השב"כ הם וולונטריים, ועל כן הם אפקטיביים ברמה פחותה בהרבה (שם). חה"כ אבידר אמר במענה לכך כי האפקטיביות של כלי השב"כ אף היא מוגבלת (שם, בעמ' 21). חה"כ ברביבאי ציינה כי נדרש להתחיל בתהליך מול הציבור של רכישת אמון על מנת שייקחו אחריות וישתפו פעולה, וכי בדרך של דיאלוג והסברה ניתן יהיה להשיג תוצאות טובות (שם, בעמ' 23).

39. גב' קייזר ממשד הבריאות פירטה בפני חברי הכנסת את הצעדים שעושה משרד הבריאות בכל הנוגע לאפליקציית "המגן", וציינה כי נדרשים עדיין שיפורים טכנולוגיים, ועל כן טרם בשלה העת לצאת בשיווקה לציבור (שם, בעמ' 31-34).

40. מר עוז שנהב, מהרשות להגנת הפרטיות, אמר כי המעורבות של הרשות בהליכי קבלת החלטות בנושא עשויה לחזק את אמון הציבור, וכי בכל העולם האפליקציות האלה הן וולונטריות (שם, בעמ' 36).

עוה"ד אלטשולר ציינה כי בהעדר ביצוע מספר גדול של בדיקות, ובהעדר חיזוק החקירות האפידמיולוגיות האנושיות, הכלי של השב"כ הוא בגדר "אחיזת עיניים" המייצרת תחושה מדומה של ביטחון. היא אמרה כי להתרשמותה יש "גרירת רגליים" בטיפול בחלופות האזרחיות (שם, בעמ' 37).

פרופ' קרין נהון התייחסה למסמך שהיא וחוקרים נוספים שלחו לוועדה בנושא החלופות האזרחיות, ואמרה כי לא ניתן להתעלם מכך שמדינות העולם אינן משתמשות בכלי "האגרסיבי והקיצוני" של איכוני השב"כ, ועדיין גם במדינות אלה יש יציאה הדרגתית מסגר וחזרה לשגרה. היא ציינה שנראה כי נגיף הקורונה לא יעבור מן העולם בקרוב, ולכן גובר הצורך למצוא פתרונות אזרחיים ארוכי טווח (שם, בעמ' 40).

41. במהלך סיכום הישיבה אמרה חה"כ ברביבאי כי לעמדתה יש להעמיק את הבחינה של החלופות האזרחיות, שכן מתן האפשרות למעקב של השב"כ פוגע באמון הציבור. חה"כ האוזר ציין כי גם לעמדתו המטרה צריכה להיות מציאת חלופות אזרחיות אפקטיביות לכלי השב"כ, ויש להבטיח שאכן תושג מטרה זו. עם זאת ציין, כי בסופו של יום יש להבטיח שהמשק לא יקרוס מהתפשטות הנגיף ומהעלייה המדאיגה בתחלואה, ולכן אם בשלב זה החלופה האפקטיבית היחידה היא הסתייעות בשב"כ, אין לדעתו מנוס מכך (שם, בעמ' 44).

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה מיום 23.6.2020, מצורף ומסומן **מש/7**.

42. כאמור, ביום 24.6.2020 הניחה הממשלה על שולחן הכנסת את הצעת החוק הממשלתית בנושא - הצעת חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020.

בהצעת החוק הוצע לעגן בחקיקה ראשית, כהוראת שעה לשלושה חודשים (עם אפשרות להאריכה בשלושה חודשים נוספים), את הסמכת השב"כ לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה. הוצע כי תנאי להפעלת הסמכויות של השב"כ הוא הכרזה של הממשלה על הצורך בהסתייעות בשב"כ, בהיקף שיהיה מותאם למצב התחלואה באותה העת ולקיום חלופות מתאימות ביחס לסיכון הנשקף לציבור מהמחלה.

הוצע כי הסמכת השב"כ תיעשה באחד משני מצבים: **האחד**, בעת חשש ממשי להתפשטות רחבת היקף של המחלה, ובמקרה זה ניתן יהיה להסתייע באופן **מלא** בשב"כ לשם איתור חייבי הבידוד. **השני**, במקרים פרטניים וייחודיים בלבד, שבהם לא ניתן להשלים את זיהוי האנשים שבאו במגע קרוב עם חולה באמצעות חקירה אפידמיולוגית רגילה (בדומה להחלטת ההסמכה שהייתה בתוקף קודם לפקיעתה).

המנגנון שהוצע הוא כי ההכרזה של הממשלה תהיה בתוקף ל-21 יום והממשלה תוכל להאריכה בתקופות נוספות שלא יעלו על 21 ימים בכל פעם, כאשר הכנסת יכולה לבטל את ההכרזה, בכל עת.

עוד הוצע לקבוע סייגים שונים לפעולות שיוכל לבצע השב"כ, כדי לצמצם את הפגיעה בפרטיות. באשר לחלופות לאיכוני השב"כ, הוצע לקבוע כי הממשלה תמנה צוות שרים שיהיה אמון על בחינת חלופות מתאימות אחרות. הסמכות להכריז אף היא הותנתה בכך שהממשלה השתכנעה שלא קיימת חלופה מתאימה להסתייעות בשב"כ ביחס לסיכון הנשקף לציבור מהמחלה.

43. בדברי ההסבר להצעת החוק פורטה בהרחבה התכלית של הצעת החוק וכן הובאו עמדות גורמי המקצוע העומדות ביסודה:

"... ההחלטה להמשיך ולהסתייע בשירות ולעגן את הסמכות לכך בחקיקה, התקבלה לאחר שנקבע כי יש לכך הצדקה. זאת, בין השאר, על יסוד המלצת צוות שרים שהוקם מכוח החלטה 4950, אשר נדרש לבחון את היעילות של הסתייעות בשירות לפי החלטה זו ובמידת הצורך להציע חלופות והמלצות לשינויים בהחלטה האמורה, ומצא כי לעת הזו לא קיימת חלופה אחרת..."

עוד הסתמכה הקביעה כי יש צורך בהמשך ההסתייעות בשירות, על חוות הדעת האפידמיולוגית של ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות מיום א' באייר התש"ף (25 באפריל 2020), שממנה עלה כי הסיוע שניתן על ידי השירות בביצוע חקירה אפידמיולוגית באמצעות איתור אנשים שבאו במגע קרוב עם חולים, נחוץ והכרחי גם בעת הנוכחית, וזאת כדי להמשיך ולצמצם, ככל האפשר, את התפשטות המחלה. הקביעה כאמור הסתמכה גם על סקירה מקיפה של חלופות אפשריות וזמינותן, שבוצעה על ידי צוות השרים האמור, בסיוע המטה לביטחון לאומי, מרכז המידע והידע הלאומי למערכה בקורונה וגופים נוספים...

למהירות התגובה במקרה של איתור חולה חדש יש חשיבות מרכזית וקריטית לבלימת התפרצות של מחלה מידבקת.... קיצור הזמן מאפשר בידוד של האנשים כאמור בטרם החלו להדביק את הסובבים אותם, ובכך מצומצם פוטנציאל ההדבקה של כל אחד מהם, מכיוון שזמן היעד המיטבי והריאלי ל"סגירת מעגל" יעילה, הוא כ-24 שעות, ולא יותר מ-48 שעות.

... מניתוח הנתונים שבידי משרד הבריאות ושדווחו לוועדת הכנסת לענייני השירות, עולה באופן עקיב, כי הסיוע שניתן בידי השירות הועיל באיתור מוקדם ומהיר של אנשים שבאו במגע עם חולים באופן שעלול להביא להדבקה, ובאופן זה אותרו מראש כשליש ממי שחלו בפועל, ובפרט כאלה שאינם בני משפחה קרובה, ושלא עלו בחקירה האפידמיולוגית האנושית. בכך צמחה תרומה של ממש לצמצום התפשטות המגפה, יחד עם צעדי הגבלות התנועה והריחוק החברתי...

כעת, נוכח תמונת המצב העדכנית של התחלואה בישראל בנגיף הקורונה החדש, שבמסגרתה אנו עדים לעלייה ניכרת בהיקף התחלואה מדי יום (נכון ליום זה מספר החולים המאומתים עומד על כ-21,666 חולים, ומספר החולים המאומתים המאובחנים מדי יום גדל באופן משמעותי), יש צורך בחידוש ההסתייעות בשירות.

זאת, גם בשים לב לכך שהסרת המגבלות הגדילה באופן משמעותי את מספר המגעים האפשריים של כל מי שיאובחן כחולה בהמשך, ובמיוחד את מספר המגעים עם מי שאינם בני משפחה קרובים.

העתק הצעת חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, מצורף ומסומן מ/ש/8.

44. בו ביום אושרה הצעת החוק בקריאה הראשונה ברוב של 44 חברי כנסת, מול 32 מתנגדים וללא נמנעים, והיא הועברה לוועדת חו"ב, לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית.

נוכח העלייה הדרמטית בתחלואה מהנגיף ביקשה הממשלה מהוועדה כי הליך החקיקה יושלם בתוך ימים בודדים, כדי שניתן יהיה לעשות שימוש מידי באיכוני השב"כ (כאמור, במועד זה החלטת ההסמכה כבר פקעה). ואולם, חברי הכנסת, כמו גם הייעוץ המשפטי של הוועדה, הביעו עמדה ברורה לפיה יש קושי של ממש לקדם חקיקה מורכבת ורגישה שכזו בלוחות זמנים שכאלה.

מנגד, על רקע ההתפשטות המחודשת של הנגיף ביקשה הוועדה להעמיד בידי הממשלה כלי זמני שיאפשר הסתייעות מסוימת בשב"כ בטווח קצר ביותר של שלושה שבועות, עד לסיום הליך החקיקה המלא. נוכח האמור, החליטה הוועדה לפצל את הצעת החוק, ובשלב הראשון לקבוע הסדר לשלושה שבועות בלבד, שבמסגרתו יוסמך השב"כ באופן מוגבל לאתר חייבי בידוד, ואילו בשלב הבא יידון ההסדר הרחב המוצע להפעלה המלאה של אמצעי השב"כ. כמו כן, הוחלט בשלב זה לא לדון בהוראות הנוגעות לעניין הפיקוח הפרלמנטרי על הסמכת השב"כ, וגם הסדרים אלה פוצלו מהצעת החוק.

ההסדר הזמני שפוצל הוא שעומד במוקד העתירה, ולהלן נעמוד על הליך חקיקתו. נקדים המאוחר ונציין, כי החלק השני שפוצל, שהוא עיקר הצעת החוק, נידון בימים אלה בוועדת חו"ב, והליך חקיקתו צפוי להיות מושלם במהלך השבוע הבא.

45. ועדת חו"ב דנה בחלק הראשון שפוצל מהצעת החוק בשני ימים דיונים – ביום 29.6.2020 וביום 30.6.2020.

בדיון מיום 29.6.2020 הבהיר יו"ר הוועדה, חה"כ האוזר, כי יש להבטיח הליך חקיקה ראוי בהצעת החוק, ולכן הוא מציע להסדיר "כלי זמני שיאפשר למשרד הבריאות לעשות פעולה בזמן שאנחנו דנים בהסדר הראשי, כשלנגד עינינו עומדים שני אינטרסים מהותיים: האחד, חיי אדם, והשני, עשיית כל המאמצים כדי למנוע פגיעה במשק הישראלי" (שם, בעמ' 3).

עוה"ד טליה אגמון, ממשרד הבריאות, ציינה כי יש עלייה משמעותית בתחלואה, ויש צורך חיוני להעמיד בידיהם כלים כדי לעצור אותה, ואמצעי בשב"כ הוא אחד מהם. היא ציינה כי בגל התחלואה הראשון איכוני השב"כ סייעו לאתר כ-5000 איש, ובדרך זו אותרו כשליש מהחולים ומדובר בשיעור הצלחה גבוה (שם). עוד ציינה כי מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושי תוגבר וכי הכלי של השב"כ נועד להשלימו, וכי משרד הבריאות מבקש "להפעיל את החוק במנגנון המלא, בעצם לקבוע בתוך החוק שהחוק ייכנס לתוקף כאילו הייתה הכרזה של הממשלה על צורך בהפעלה מלאה של השירות" (שם, בעמ' 5).

בהמשך התייחסה עוה"ד אגמון לחלופות האזרחיות ואמרה כי "אנחנו כל הזמן מחפשים חלופות, שאלה כלים משלימים. הכלי של השירות הוא כלי משלים לכלים שאנחנו משתמשים בהם. אם נגיע למצב שבו יש לנו כלים מספיק טובים אחרים, לא תהיה סיבה להמשיך להסתייע בשירות... אנחנו לגמרי מודעים למחלוקת הציבורית, אנחנו לא מנסים להתחמק מזה" (שם, בעמ' 11).

46. עוה"ד ענת אסיף, ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, אמרה כי התקבלו הערות רבות מהציבור להצעת החוק וכי נעשה הליך ארוך ומעמיק בממשלה לבחינת ההערות שחלקן הוטמעו בהצעת החוק. היא אמרה שמדובר בהצעת חוק מורכבת אבל מאוזנת, שנותנת מענה לצורך אמיתי שקיים.

47. היועצת המשפטית לוועדה, עוה"ד מירי פרנקל שור, עמדה על הקושי הרב בציפייה שהכנסת תאשר את כל ההסדר המוצע בהליך חקיקה חפוז ביותר, והציעה, בהמשך לדבריו של יו"ר הוועדה, כי בשלב זה יקודם הסדר זמני בלבד שיאפשר בדרך זו דיון ראוי בהצעת החוק (שם, בעמ' 11-12):

"הסמכת השב"כ הייתה בחודש מרץ-אפריל בהליך מאוד לא שגרת, אפילו די דרמטי. מדובר בהסמכת שירות הביטחון הכללי של מדינת ישראל להשתמש בסמכויות שניתנו לו כארגון מסכל להילחם בטרור, שזה ייעודו ותפקידו, כדי לאכן אזרחים ותושבים שבעצם לא עברו שום עבירה. הנושא נדון בבג"ץ, כאשר בג"ץ החליט שלעת הזאת, לעת הזאת שפרצה המגיפה, לא היו כלים והמדינה הייתה צריכה להתמודד, נכון להשתמש בסעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ. הוא גם אמר שיש להסדיר את הנושא בחקיקה ראשית.

הצעת החוק שמונחת על שולחן הוועדה עברה קריאה ראשונה ביום רביעי בערב. זאת הצעת חוק שקיבלה פטור מחובת הנחה ביום רביעי בערב. מדובר בהצעת חוק, בדבר חקיקה רציני שאנחנו חייבים לקיים דיונים רציניים, יסודיים, מעמיקים בו באופן מהיר אך לא חפוז. זאת הצעת חוק לגמרי לא שגרתית. הסוגיות בה הן מורכבות, הסוגיות בה הן חשובות. מכיוון שאני מבינה שהממשלה מבקשת לתת בידה איזה כלי, הצעתי לוועדה לפצל את הצעת החוק.

מה זאת אומרת פיצול הצעת חוק? אנחנו מפצלים את הצעת החוק לשניים, כאשר חלק מההסדר נשאר על שולחן הוועדה, חלק עובר למליאת הכנסת. אם הצעת החוק תעבור בהסדר שאנחנו מציעים, בהסדר היותר מצמצם, עם מתן כלי למשרד הבריאות להסתייע בשב"כ במקרים שהם מבקשים, מהיום בערב עד לעוד שלושה שבועות תינתן למשרד הבריאות האפשרות להסתייע בשירות הביטחון הכללי. במהלך שלושת השבועות האלה תמשיך לדון הוועדה בחלק שנותר על שולחן הוועדה, בהסדר הרחב יותר. כך, לדעתי, יתקיימו שני הדברים: גם נענים לבקשת הממשלה וגם הוועדה תמשיך לקיים דיון סדור, ענייני, יסודי, מעמיק ומקיף בכל ההסדר היותר רחב. הצעת הפיצול, שצריכה לקבל את אישור הוועדה וגם את אישור מליאת הכנסת, נותנת מענה לשני הדברים."

48. חה"כ שקד חזרה על עמדתה מהדיונים הקודמים לפיה במכלול הנסיבות יש הצדקה להסתייעות בשב"כ, וכי בנקודת הזמן הנוכחית לא קיימת חלופה אפקטיבית הולמת (שם, בעמ' 13).

חה"כ יאיר גולן הביע הסתייגות מהפעלת השב"כ לצורך מעקב על אזרחים, וציין כי "באמצעות הסברה נכונה אפשר לשכנע את הרוב המוחלט של אזרחי ישראל להוריד את אותה אפליקציית מגן, לאפשר מעקבים בצורה אחרת, בצורה וולונטרית". הוא אמר כי לעמדתו הסתייגות בשב"כ בשלב זה אינה נדרשת ואינה מידתית (שם, בעמ' 14-15).

חה"כ ניר ברקת הביע תמיכה בהסתייגות בשב"כ ואמר כי מהניסיון עולה שמדובר בכלי אפקטיבי לאיתור חולים באופן מהיר. הוא ציין כי לא ידוע על שימוש לרעה בכלי הזה, וכי הכלי מאפשר בידוד פרטני ומונע בדרך זו את הצורך בבידוד נרחב אשר יוביל לפגיעה קשה במשק (שם, בעמ' 16).

חה"כ ברביבאי אמרה, בהמשך לדבריה בדיונים הקודמים, כי נוכח העובדה שהקורונה אינה עתידה להיעלם בקרוב, גוברת החשיבות במציאת פתרונות אזרחיים הולמים, אשר מהווים חלופה אפקטיבית סבירה לשב"כ (שם, בעמ' 16).

חה"כ שרון השכל ציינה כי לצד הפגיעה בפרטיות הנובעת מאיכוני השב"כ, צריך לזכור שכלי זה מצמצם את הצורך בבידוד נרחב ובסגר, ובכך הוא מונע את הפגיעה בחירות של הפרט, שאף היא פגיעה דרמטית וקשה. עוד ציינה, כי מדובר בכלי מציל חיי אדם וכי היא סבורה שנכון לאפשר את השימוש בו (שם, בעמ' 17).

חה"כ אלעזר שטרן הדגיש כי המטרה המשותפת היא להציל חיי אדם ולמנוע את הקריסה של המשק, אך צריך לפעול באמצעים אחרים כדי למגר את התפשטות המגיפה. הוא ציין כי יתכן ובהמשך לא יהיה מנוס מהפעלת השב"כ, אך בנקודת הזמן הנוכחית יש פעולות שהממשלה צריכה לעשות למנוע את התפשטות הנגיף, ובכלל זה הגדלת היקף הבדיקות (שם, בעמ' 17-18). יו"ר הוועדה השיב לו, כי "אין בינינו מחלוקת שהכלי הוא יעיל בהינתן מצב נתון. אין בינינו מחלוקת באשר לצורך להגדיל בצורה משמעותית חקירות אפידמיולוגיות, באשר לעשות שלל צעדים נוספים שהממשלה חייבת לעשות אותם. השאלה כרגע אם אנחנו רוצים להישאר קרחים מכן ומכאן, או שאנחנו רוצים לתת מענה מידי" (שם).

49. בהמשך, הביעו נציגי ציבור ונציגי החברה האזרחית את עמדתם בסוגיה.

ד"ר חגי לויין אמר כי לעמדת איגוד רופאי בריאות הציבור, הנזק שנגרם לציבור מאיכוני השב"כ גדול על התועלת הנובעת ממנו, ועל כן הם מתנגדים להצעת החוק (שם, בעמ' 21).

עוה"ד גיל גן-מור, מהאגודה לזכויות האזרח, הביע אף הוא התנגדות להצעת החוק, וזאת בדומה לטיעונים שהועלו על-ידי העותרת בעתירה שבפנינו (שם).

עוה"ד דן אור, מהמועצה להגנת הפרטיות, אמר כי הוא אינו סבור שצריך לקבל את הנחת היסוד לפיה אין חלופות לכלי השב"כ, וכי מדינות רבות משתמשות בכלים אזרחיים כדי להתמודד עם התפשטות נגיף הקורונה. הוא הציע להגביר את השקיפות בהליך קבלת ההחלטות, כך שעמדת צוות השרים שבוחן את החלופות ועמדת הרשות להגנת הפרטיות יפורסמו לציבור (שם, בעמ' 23).

פרופ' נהון אמרה כי ההצעה לפיצול ההסדר נכונה בעיניה, כי היא תאפשר לחברי הכנסת לבחון באופן מעמיק יותר את הצעת החוק ואת מנגנוני הבקרה והפיקוח על הממשלה (שם).

50. יו"ר הוועדה הסביר כי ההסדר הזמני שמוצע כעת מאפשר להפעיל את השב"כ באחד משלושה מצבים: במקרים פרטניים שלא ניתן לבצע לגביהם חקירה אפידמיולוגית; במצב שבו יש צורך להפעיל את אמצעי השב"כ ומספר החולים המאומתים עולה על 200, כאשר השימוש בשב"כ ייעשה רק מהחולה ה-201; במקרים חריגים שיימצא בהם הצורך (בכפוף למנגנון פיקוח ובקרה של הכנסת) (שם, בעמ' 27).

אודי קלינר ממשד הבריאות ביקש כי במצב שבו מספר החולים עולה על 200 תינתן האפשרות לעשות שימוש בשב"כ ביחס לכלל החולים, ולא רק מהחולה ה-201. הוא אמר כי מספר החולים עולה מדי יום, וכך גם מספר החולים הקשים, ולכן יש לאפשר להם לפעול במקרה זה ללא הגבלה (שם, בעמ' 29).

51. יו"ר הוועדה התנגד להצעתו ואמר כי "כל עוד היו 200 חולים לא שמענו מטעם משרד הבריאות צורך בשימוש בכלי. אני מניח הנחת עבודה שיש חקירה אפידמיולוגית... אנחנו רוצים שתשמשו בכלי הזה כאופציה אחרונה, לא כאופציה ראשונה. מכיוון שאנחנו לא רוצים שיהיה פה איזה שהוא ויתור על אותו אינטרס יסוד שכולנו עומדים מאחוריו, הצענו איזו שהיא נוסחה שמאזנת את הדברים..." (שם).

יו"ר הוועדה הדגיש כי בשלב הזה השתכנע כי אין חלופות אזרחיות הולמות ועל כן יש צורך חיוני להעמיד בפני הממשלה כלי אפקטיבי לשם מניעת התפשטות המחלה. עם זאת הוא הבהיר, וזאת בהמשך לדברי חברי הכנסת בעניין זה, כי יש צורך לקיים דיון עמוק בהסדר הכולל (שם). חה"כ בוגי יעלון אמר כי הוא סבור שיש ליצור מנגנון משמעותי יותר שיתמרץ את הממשלה למצוא חלופות להסתייעות בשב"כ. הוא אמר כי במידה ועוד לפני מציאת הפתרונות נגיע למצב של אין ברירה, אז אפשר יהיה להתכנס באופן מידי ולאשר את השימוש בכלי השב"כ. יו"ר הוועדה השיב לו כי הוא סבור שאנו נמצאים כבר באותו מצב של אין ברירה (שם, בעמ' 48).

52. בהמשך הדיון של אותו היום, ובשני הדיונים הבאים של הוועדה (שנערכו ביום 30.6.2020), דנו חברי הכנסת בהסתייעויות השונות שהציעו חברי הכנסת להצעת החוק המפוצלת, כאשר בתום הדיונים ההסתייעויות נדחו. ביום 30.6.2020 אישרה ועדת חו"ב את הצעת החוק המפוצלת לקריאה השנייה והשלישית. בקשה לדיון חוזר (ריביזיה) על החלטה זו נדחתה עוד באותו היום.

החלטת הפיצול של הצעת החוק אושרה במליאת הכנסת ביום 29.6.2020, וביום 1.7.2020 אישרה המליאה את הצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית, ברוב של 51 חברי כנסת, מול 38 מתנגדים וללא נמנעים.

העתק פרוטוקולי הדיון בוועדת חו"ב מיום 29.6.2020, מצורף ומסומן **מ/ש/9**.
העתק פרוטוקולי הדיון בוועדת חו"ב מיום 30.6.2020, מצורף ומסומן **מ/ש/10**.
העתק חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, מצורף ומסומן **מ/ש/11**.

עיקרי הוראת השעה

53. להלן נעמוד על עיקרי הוראת השעה מושא העתירה שבפנינו:

הכרזה של הממשלה על הסמכת השב"כ

54. הוראת השעה שהתקבלה מסמיכה את הממשלה, **עד ליום 22.7.2020**, להכריז על הסמכת השב"כ לסייע למשרד הבריאות, בשלושה סוגי מצבים:

האחד, אם הממשלה שוכנעה שיש צורך בהסתייעות בשב"כ במקרים פרטניים וייחודיים, שבהם לא ניתן להשלים את זיהוי האנשים שבאו במגע קרוב עם החולה באמצעות חקירה אפידמיולוגית בשיטות אחרות (למשל, בשל מצבו של החולה).

השני, אם התקיימו נסיבות חריגות המנויות בתוספת. סעיף זה נועד לאפשר גמישות למצבים בלתי צפויים. בסעיף 22(ב) נקבע כי ראש הממשלה רשאי לאחר שהונחה בפניו המלצת צוות השרים, באישור ועדת חו"ב, לשנות בצו את התוספת. נכון לעת הזו, לא נקבעו מצבים חריגים בתוספת.

השלישי, אם הממשלה שוכנעה כי בשל חשש להתפשטות המחלה קיים צורך בהסתייעות בשב"כ, ובלבד שמספר החולים באותו היום או ביום שקדם לו עלה על 200. המנגנון שנקבע הוא כי לגבי 200 החולים הראשונים תבוצע חקירה אפידמיולוגית אנושית בלבד, ולגבי יתר החולים – קרי, מהחולה ה-201, ניתן יהיה להסתייע בשב"כ.

בסעיף 4 נקבע כי תוקפה של ההכרזה הוא ל-21 ימים בלבד, כאשר אם חדלו להתקיים הנסיבות שעמדו בבסיס ההכרזה, על הממשלה לבטלה לאלתר. הכנסת רשאית לבטל בכל עת את ההכרזה של הממשלה.

בסעיף 23 לחוק נקבעה הוראת מעבר לפיה ביום תחילתו של החוק יראו כאילו ניתנה הכרזה לפי סעיף 3, וזאת נוכח העובדה כי בעת חקיקת הוראת השעה מצבת החולים הייתה מעל 200 חולים והכנסת השתכנעה שיש צורך בתקופה הזמנית של הוראת השעה להסתייע באמצעי שבב"כ.

הסמכויות של השב"כ

55. בסעיף 5 נקבע כי בזמן תוקפה של ההכרזה יהיה השב"כ מוסמך לבצע את הפעולות הבאות: לעבד מידע טכנולוגי לגבי חולה שהוגשה בעניינו בקשה מאת משרד הבריאות ולגבי אנשים שהיו במגע קרוב עמו, בנוגע לתקופה של 14 ימים לפני תאריך אבחוננו של החולה; להעביר למשרד הבריאות את פרטי המידע הדרושים – נתוני המיקום של החולה, ונתוני זיהוי, התאריך והשעה של האנשים שבאו במגע קרוב עם החולה, והמיקום שבו התקיים אותו מגע.

המידע הטכנולוגי הוגדר בסעיף 1 כ"נתוני זיהוי, נתוני מיקום ונתוני התקשרויות, למעט תוכן שיחה כהגדרתה בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979". נתוני התקשורת שנאספים ומעובדים על-ידי השב"כ חייבים להיות אך ורק כאלה הנדרשים להם לזיהוי נתוני מיקום ותנועת חולה. יודגש, כי השב"כ אינו אשראי להעביר לידי משרד הבריאות את החומר הגולמי שהוא אוסף ומעבד, אלא רק את "השורה התחתונה" – פרטי המידע הדרושים לשם איתור חייבי הבידוד.

ביצוע הפעולות על-ידי השב"כ מותנה בבקשה ממשרד הבריאות, ורק ביחס למידע הטכנולוגי שהוגדר, תוך שהובהר כי "גורם מוסמך בשירות לא יעביר כל מידע אחר". עוד הובהר בסעיף 5 כי "פעולות הסיוע יתבצעו באופן ממוכן ככל האפשר ובשמירה על פרטיותם וכבודם של החולה ושל האנשים שבעו במגע קרוב עם החולה".

בסעיף 11 להוראת השעה נקבע כי השב"כ לא יעמוד בקשר כלשהו עם חולה או עם אנשים שבאו עמו במגע קרוב, וכי הוא לא יעסוק בפעולות של פיקוח ואכיפה על הפרת חובת בידוד לפי צווי הבידוד, ולא יסייע לפעילות כאמור.

קביעת הוראות לעניין אופן שמירת המידע וצמצום החשיפה אליו

56. הוראת השעה קובעת שורה של הוראות אשר נועדו להבטיח את השמירה על המידע שנאסף בשב"כ ובמשרד הבריאות. בכלל זה נקבע בסעיף 9 כי ראש השב"כ יקבע נוהל לעניין דרכי הפעולה במסגרת פעולות הסיוע, וכי נוהל זה יאושר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ויובא לידיעת ועדת המשנה.

בסעיף 10 נקבע כי מנכ"ל משרד הבריאות יקבע נוהל, שאף הוא יאושר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, לעניין הוראות הגשת בקשה לקבלת סיוע מהשב"כ, אופן השימוש בפרטי המידע שיועברו למשרד הבריאות, הטיפול והשגות עליו, ועוד.

בסעיפים 13-15 נקבעו הוראות לעניין אופן שמירת המידע, החזקתו ומחיקתו על-ידי השב"כ ומשרד הבריאות. בסעיף 16 נקבעו הגבלות לעניין הגישה למידע במשרד הבריאות והעיון בו, ואילו בסעיף 17 נקבעו הגבלות לעניין העברת המידע לגורם שלישי, מהשב"כ וממשרד הבריאות.

בחינת חלופות להסתייעות בשב"כ

57. בסעיף 12 נקבע כי הממשלה תמנה צוות שרים שיכלול, בין היתר, את ראש הממשלה, ראש הממשלה החלופי, שר הבריאות, שר המשפטים, ושר המודיעין. צוות השרים יבחן את המשך הצורך בהסתייעות בשב"כ, בהתחשב במצב התחלואה, בתרומת תוצאות פעולות הסיוע של השב"כ ובקיומן של חלופות להסתייעות כאמור. עוד נקבע, כי על הצוות להתחשב בפגיעה בזכות הפרטיות, ולצורך כך גם תונח בפניו חוות דעת של הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים.

פיקוח של הכנסת

58. כאמור, ההוראות הנוגעות למנגנון הפיקוח של הכנסת על ההכרזה של הממשלה נותרו לבחינה מעמיקה יותר במסגרת הצעת החוק שפוצלה.

בשלב זה נקבעו בסעיף 19 הוראות לעניין חובת דיווח שבועית של ראש השב"כ לוועדת המשנה אשר תכלול נתונים רלוונטיים לשם בחינת אופן יישום החוק ויעילותו. חובת דיווח שבועית נוספת הוטלה על משרד הבריאות. נקבעה גם חובת דיווח ליועץ המשפטי לממשלה, כדי לאפשר במקביל גם בקרה פנים ממשלתית.

העתק הדיווח הראשון שהועבר לוועדת המשנה ביום 7.4.2020 על-ידי משרד הבריאות, מצורף ומסומן **מש/12**.

59. להשלמת התמונה העובדתית נציין כי בימים אלה דנה ועדת חו"ב בחלק השני של הצעת החוק שפוצלה, קרי בהסדר להסמכה מלאה של השב"כ, בכפוף להכרזה של הממשלה, לתקופה של שלושה חודשים (עם אפשרות להארכת תוקפה של החקיקה לשלושה חודשים נוספים). הליך החקיקה של הצעת החוק צפוי להסתיים בשבוע הבא.

העתק מסמך ההכנה שהופץ ביום 15.7.2020 על-ידי צוות היועץ המשפטי לוועדה לקראת הדיונים בהצעת החוק שהתפצלה, והנוסח המעודכן של הצעה מטעם הוועדה, מצורף ומסומן **מש/13**.
העתק חוות הדעת של הרשות להגנת הפרטיות, שהונחה על שולחן ועדת חו"ב ביום 14.7.2020, מצורף ומסומן **מש/14**.

60. ומכאן לעתירה שבפנינו.

הטיעון המשפטי

61. כאמור, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יבטל את הוראת השעה כולה. לחלופין התבקש ביטול סעיף 11 לחוק השב"כ אשר קובע את ההסמכה הכללית של השב"כ לאסוף נתוני תקשורת ולשמור אותם במאגר מידע, וזאת לשם מילוי תפקידיו.

טענות העותרים מתמקדות בעיקרן במבחני המידתיות, תוך שנטען כי קיים אמצעי שפגיעתו פחותה בפרטיות, והוא אפליקציית "המגן", וכן שהנוק שנגרם מהפגיעה בפרטיות על-ידי הפעלת השב"כ, עולה על התועלת שיש בכלי זה.

62. קודם לניתוח החוקתי של הוראת השעה, נבקש להעיר שלוש הערות מקדימות: האחת נוגעת לסעד של ביטול סעיף 11 לחוק השב"כ, השנייה נוגעת להצדקה בשלב זה לבחינת טענות העותרים לגופן, והשלישית נוגעת לפסק הדין בעניין **בן מאיר** והשלכותיו על הניתוח החוקתי של הוראת השעה.

דין הסעד לביטול סעיף 11 לחוק השב"כ להידחות על הסף

63. כאמור, כסעד חלופי לביטול הוראת השעה כולה, מבקשים העותרים לבטל את סעיף 11 לחוק השב"כ. לטענת העותרים הוראת השעה "משנה מקצה לקצה" את התמונה, שכן עתה אותו "בור עמוק" של מידע שנאסף מכוח סעיף 11 לחוק, מנוצל למטרה אחרת שאינה נוגעת לליבת הפעילות של השב"כ - הביטחון הלאומי. בנסיבות אלה, כך נטען, הוראת השעה משנה את האיזונים הקיימים בחוק השב"כ והופכת את סעיף 11 ללא מידתי.

לעמדת הכנסת אין מקום לבחון את חוקתיות סעיף 11 במסגרת העתירה שבפנינו, וזאת ממספר טעמים:

ראשית, מדובר בהוראת חוק משנת 2002, ועולה ספק של ממש האם יש הצדקה לבחון את טענות העותרים בדבר העדר החוקתיות של הסעיף, 18 שנים לאחר חקיקתו. בוודאי שבנסיבות אלה אין הצדקה לבחון את טענות העותרים בכל הנוגע לפגמים החוקתיים שנפלו בסעיף, בלוחות הזמנים "הצפופים" הנוכחיים.

שנית, טענות העותרים, גם בהקשר זה, מופנות כלפי הוראת השעה ולא כלפי סעיף 11 לחוק השב"כ. חוק השב"כ מקנה לעובדי השירות סמכויות שונות, וביניהן גם הסמכות לקבל נתוני תקשורת ולעשות בהם שימוש, כמפורט בסעיף 11 לחוק. הוראת השעה מעגנת את תפקיד השב"כ בסיוע בהתמודדות עם התפשטות נגיף הקורונה, כאשר הסמכות העיקרית של השב"כ עליה מבוססת הוראת השעה, היא הסמכות לקבל נתוני תקשורת ולהשתמש בהם, מכוח סעיף 11 האמור.

טענות העותרים ביחס לחוקתיות סעיף 11 הן תמונת מראה של הטענות בנוגע לחוקתיות הוראת השעה, ומדובר בניסיון לתקוף את אותה הסוגיה ממש, רק מכיוון אחר. ככל שהוראת השעה צולחת את המבחנים החוקתיים אזי הפעלת השב"כ לשם כך מכוח סעיף 11 לחוק השב"כ צולחת אף היא מבחינים אלה. ואכן, על אף שהסעד מתמקד בסעיף 11 לחוק השב"כ, טענות העותרים אינן מתמקדות בפגיעה הנובעת מסעיף זה, אלא בפגיעה הנובעת באופן ישיר מהוראת השעה אשר היא המסמיכה את השב"כ לעשות שימוש

בסמכויות לפי סעיף 11 האמור. מכאן, כי אין בסעד זה כדי להצדיק עריכת ניתוח חוקתי נפרד מהטענות שהועלו ביחס להוראת השעה.

שלישית, הסעד שהתבקש בהקשר זה הוא כוללני ביותר - ביטול סעיף 11 כולו – על כל ההשלכות הביטחוניות הכרוכות בכך. ברי כי בכך נוצרת חוסר הלימה מובהק בין הסעד שהתבקש לבין הטענות בעתירה המתמקדות בשימוש בסעיף בנסיבות ספציפיות ביותר.

64. הכנסת תטען, כי יש למקד את הניתוח החוקתי של העתירה בהוראת השעה אשר, לטענת העותרים, היא שיוצרת את הפגיעה הבלתי מידתית בפרטיות. זו ההוראה המסמיכה את השב"כ לסייע למניעת התפשטות הנגיף, ואלה צריכים להיות מכוונים "חיצי" העותרים. לפיכך, לעמדתנו, יש לדחות על הסף את הסעד שהתבקש ביחס לסעיף 11 לחוק השב"כ.

ספק אם יש מקום לבחון בשלב זה את טענות העותרים

65. עוד תטען הכנסת כי מתעורר ספק של ממש האם יש הצדקה בשלב זה לקיים ביקורת שיפוטית על הוראת השעה, ונראה כי במידה רבה טענות העותרים הפכו ללא אקטואליות.

כאמור, **תוקפה של הוראת השעה הוא עד ליום 22.7.2020**, כך שבתוך מספר ימים בודדים היא אמורה לפקוע. כאמור, הוראת השעה נועדה לאפשר באופן זמני מאד הפעלה מצומצמת של אמצעי השב"כ עד לחקיקת חוק המסגרת אשר מוצעת בו הפעלה מלאה של אמצעים אלה. בנסיבות אלה, נראה כי אין טעם בבירור טענות העותרים בשלב כה מאוחר של יישום הוראת השעה ויש להמתין לראות מה יהיה ההסדר הרחב שייקבע בחקיקה (אשר כאמור אף היא חקיקה זמנית).

66. כאמור, בימים אלה הליך החקיקה של אותו חלק שפוצל מהצעת החוק - הסמכת השב"כ לתקופה של שלושה חודשים (עם אפשרות להאריכה לעוד שלושה חודשים) - מצוי בעיצומו. במסגרת דיוני הוועדה נבחנת סוגיית ההצדקה להסתייע באמצעי השב"כ, ובכלל זה נבחן היקף הפיקוח הפרלמנטרי על הסמכת השב"כ וכן החלופות שיש לאמצעי זה.

יוצא, אפוא, כי **רבות מהטענות העולות בעתירה שבפנינו מתלבנות בימים אלה ממש בכנסת**. אף מטעם זה סבורה הכנסת כי אין מקום לבירור העתירה לגופה, שכן אין מקום להקדים את הביקורת השיפוטית להכרעה הסופית של הכנסת בסוגיה זו.

ההשלכות של פסק הדין בעניין בן מאיר על חוקתיות הוראת השעה

67. לבסוף תבקש הכנסת לחדד, כי הניתוח החוקתי שבעתירה אינו מופנה כלפי ההסדר הספציפי שנקבע בהוראת השעה, אלא כלפי עצם האפשרות להסמיך בחקיקה את השב"כ לסייע במניעת התפשטות הנגיף. לטעמנו, סוגיה זו הוכרעה כבר בפסק הדין בעניין **בן מאיר**, אשר מכיר באפשרות העקרונית לקבוע הסמכה שכזו בחקיקה.

68. פסק הדין בעניין **בן מאיר** עוסק אמנם בהסמכה של השב"כ לאסוף ולעבד מידע טכנולוגי לצורך סיוע במניעת התפשטות נגיף הקורונה, מכוח סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ, וכעת מדובר בהסמכה מפורשת של השב"כ בחקיקה ראשית, אך יש בפסק הדין כדי להשליך על הניתוח החוקתי שבפנינו.

מפסק הדין עולה כי חלק ניכר מהקשיים הנובעים מהסמכת השב"כ בדרך של חקיקת משנה, באים על פתרונם כאשר מדובר בהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, בפרט משמדובר בעניינו בחקיקה זמנית ביותר.

ראו למשל דברי כב' הנשיאה חיות (שם, פס' 32-33 לפסק דינה) :

"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)...

... 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."

ראו דברי כב' המשנה לנשיאה, מלצר (שם, פס' 3 לפסק דינו) :

"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 "פיסקת ההגבלה".

וכן ראו דברי כב' השופט סולברג (שם, פס' 2 לפסק דינו) :

"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."

69. הנה כי כן, בפסק הדין בעניין **בן מאיר**, הכיר בית המשפט הנכבד באפשרות להסמיך את השב"כ בחקיקה ראשית זמנית, לסייע בהתמודדות עם נגיף הקורונה. אמנם מובן כי חקיקה שכזו אינה מייתרת את הצורך בעריכת האיזונים החוקתיים ובעמידה בתנאי פסקת ההגבלה, אך יש בה כדי לבטא את עמדתו העקרונית של בית המשפט הנכבד בהקשר זה. העתירה מתעלמת מנקודת מוצא זו, ומבקשת להעלות מחדש סימן שאלה חוקתי לגבי עצם האפשרות להסמיך את השב"כ בחקיקה ראשית, זאת ללא התייחסות למימד הזמן וללא התייחסות לאיזונים שנערכו בהסדר עצמו.

ביחס למימד הזמן - אין בעתירה התייחסות של ממש לנקודת הזמן הנוכחית שבה נחקקה הוראת השעה. העתירה אינה מתייחסת לעלייה הזרמטית בקצב התפשטות הנגיף בשבועות האחרונים, כמו גם לכך

שבפנינו הוראת שעה לשלושה שבועות בלבד, שמטרתה לאפשר שימוש זמני בשב"כ עד לבחינה כוללת של הסוגיה על-ידי הכנסת במסגרת הצעת החוק הרחבה יותר.

ביחס למישור המהותי - אין בעתירה התייחסות פרטנית להסדר המהותי שנקבע בהוראת השעה. כך למשל, העתירה אינה מסבירה מדוע לשיטתה גם במקרים פרטניים ממוקדים, שלא ניתן לעשות שימוש בחקירה אפידמיולוגית פרטנית (למשל בשל מצבו של החולה), אין מקום להסמך את השב"כ לסייע למשרד הבריאות (כאמור, הסעד שהתבקש הוא ביטול הוראת השעה כולה). העתירה גם אינה כוללת התייחסות כלשהי לפרטי ההסדר ולהוראות השונות שנקבעו בהוראת השעה, אשר מצמצמות באופן ניכר את הפגיעה בפרטיות.

70. משנקודת המוצא בפסק הדין בעניין **בן מאיר** היא כי ניתן להסמך את השב"כ, בחקיקה ראשית זמנית, לסייע להתמודדות עם נגיף הקורונה, קיים קושי רב בניסיון של העותרים לבחון את הסוגיה החוקתית במבט עקרוני בלבד, "מלמעלה", ללא הידרשות לנסיבות חקיקת הוראת השעה ולפרטי ההסדר ולמנגנוני האיזון שנקבעו במסגרתה. יש אפוא, בפסק הדין בעניין **בן מאיר** כדי להעמיד בפני העותרים משוכה משמעותית במישור החוקתי, והעתירה אינה מתמודדת עם כך. גם בכך יש כדי להעלות ספק האם יש הצדקה לבחון את טענות העותרים לגופן.

71. בכל מקרה, כפי שיפורט להלן, גם אם ימצא בית המשפט הנכבד לבחון את טענות העותרים לגופן, לעמדת הכנסת הוראת השעה צולחת את המבחנים החוקתיים.

הפגיעה בזכות פרטיות

72. כפי שציינה הכנסת, במענה לעתירות שהוגשו בעניין **בן מאיר**, אין חולק כי הסמכת השב"כ לאסוף ולעבד "מידע טכנולוגי" של אזרחים לשם סיוע בהתמודדות עם נגיף, פוגעת באופן קשה בזכות לפרטיות. עמד על כך בית המשפט הנכבד בעניין **בן מאיר** :

"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) 835, 808 (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) 740, 691 (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.

73. העותרים מבקשים להדגיש בטיעוניהם כי כאשר בוחנים את התועלת שיש מהאמצעים של השב"כ, יש להתייחס לתועלת **השולית** של אמצעים אלה, ביחס לאמצעים המופעלים לשם מניעת התפשטות הנגיף (כגון החקירות האפידמיולוגיות הפרטניות) וביחס לאמצעים הטכנולוגיים שניתן להפעיל (כגון אפליקציית "המגן") (ראו למשל פס' 126 לעתירה). הנחת מוצא זו מקובלת עלינו, אך היא רלוונטית גם כאשר בוחנים את עצם הפגיעה בפרטיות הנובעת מהסמכת השב"כ. גם בהקשר זה הפגיעה צריכה להיבחן ביחס לאמצעים האחרים.

כך, על אף שאפליקציית "המגן" היא וולונטרית, ועל כן היא מהווה חלופה המצמצמת באופן ניכר את הפגיעה בפרטיות, אף העתירה מניחה כי כדי להפוך אותה לאפקטיבית, יתכן ותידרש חובה להתקין את האפליקציה במרחבים ציבוריים מסוימים (כגון בקניונים או בתחבורה ציבורית). מכאן, כי גם חלופה זו תהיה כרוכה במידה רבה בפגיעה בפרטיות.

והדברים ודאי נכונים ביחס לחקירות אפידמיולוגיות פרטניות. חקירות אלה אף הן כרוכות בפגיעה משמעותית בפרטיות ובצנעת הפרט, והעתירה מניחה כמובן מאליה כי מדובר בכלי הכרחי לשם התמודדות עם התפשטות הנגיף.

74. מכאן, כי גם בהינתן שהסמכת השב"כ פוגעת בפרטיות ובצנעת הפרט, הבחינה של עוצמת הפגיעה צריכה להיות ביחס לפגיעה "השולית" הנובעת מעצם ההסמכה של השב"כ, ויש בכך כדי להחליש במידה מסוימת את עוצמת הפגיעה. נבקש להפנות לעניין זה לדברי כב' השופט סולברג בפסק הדין בעניין **בן מאיר** (פס' 3 לפסק דינו):

"בעידן הנוכחי, שפרטיות וצנעת הפרט נרמסים בראש חוצות, ו"נתוני מיקום" מופצים לכל עבר, דומני שהפגיעה של ה'תוספת השולית' בפרטיות, בעטיה 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."

75. על כל פנים, אין חולק כי הוראת השעה שבפנינו פוגעת בזכות החוקתית לפרטיות, ומשכך עליה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. נעבור עתה לבחינה זו.

בחינת עמידת הוראת השעה בתנאי פסקת ההגבלה

פגיעה בחוק או מכוחו

76. ביחס למבחן זה, מפנים העותרים את טענותיהם לסעיף 3(2) להוראת השעה אשר קובע כי ניתן יהיה להסמיך את השב"כ גם במקרים שבהם "התקיימו נסיבות חריגות המנויות בתוספת". בהתאם לסעיף 22(ב) להוראת השעה, התוספת ניתנת לשינוי על-ידי ראש הממשלה, לאחר שהונחה בפניו המלצת צוות השרים, ובאישור ועדת החו"ב.

לעמדת העותרים מתן האפשרות להרחיב את הסמכויות של השב"כ ללא הליך חקיקה מלא אינו עונה על הדרישה לפיה הפגיעה תהיה בחוק, שכן מדובר בהסדר ראשוני אשר יש להסדירו בחקיקה ראשית. את זאת מבקשים העותרים ללמוד מפסק הדין בעניין **בן מאיר**.

אין לקבל טיעון זה:

ראשית, פסק הדין בעניין **בן מאיר** קבע שיש צורך בהסמכה מפורשת בחקיקה של השימוש באמצעי השב"כ לשם מניעת התפשטות הנגיף. הסמכה שכזו מעוגנת בהוראת השעה, וממילא אין מקום לטענה כי אין המדובר ב"חוק".

שנית, סעדי העתירה והניתוח של מבחני המידתיות אינם מתמקדים כלל בסמכות ההכרזה המיוחדת שנקבעה בסעיף 3(2) להוראת השעה, אשר נועדה ליתן כלים להתמודדות עם מצבים חריגים שעלולים להתעורר במהלך תקופת הוראת השעה. משכך, בכל מקרה אין הלימה בין הסעד שהתבקש לבין הטיעון החוקי בהקשר זה.

שלישית, מאחר שהתוספת בשלב זה "ריקה", ומשתיקונה כרוך בכל מקרה באישור ועדת חו"ב, הרי שטענות העותרים בהקשר זה הן בכל מקרה תיאורטיות.

77. העתירה מניחה כי הוראת השעה נחקקה לתכלית ראויה וכך גם עולה מפסק הדין בעניין **בן מאיר**. כן מניחה העתירה שקיים קשר רציונלי בין התכלית לבין האמצעי שנבחר. עיקר טענות העותרים הוא כי לא מתקיימים במקרה זה שני מבחני המשנה של המידתיות – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובנה הצר. נעבור ליישום מבחנים אלה על הוראת השעה.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

78. לעמדת העותרים החלטת ההסמכה אינה מגלמת את האמצעי שפגיעתו פחותה. לעמדתם, ישנן חלופות "אזרחיות" לאיסוף המידע הדרוש למשרד הבריאות, שאינן כרוכות בהסתייעות בשב"כ, ויש להעדיפן. החלופה המרכזית אליה מתייחסים העותרים היא אפליקציית "המגן".

79. כידוע, על פי ההלכה הפסוקה, אין משמעותו של מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" כי על המחוקק לבחור תמיד את אותו אמצעי שפגיעתו בפרט פחותה במושגים מוחלטים. משמעותו של המבחן הוא "כי האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכות האדם היא מתונה, אך לא דווקא הפחותה ביותר האפשרית במסגרת קשת האפשרויות הקיימות" (בג"ץ 6304/09 לה"ב - לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010) (פס' 115 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה)). יתר על כן, בגדרי מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" אין די בכך שהאמצעי החלופי המוצע פוגע במידה פחותה בזכות המוגנת, אלא יש צורך להראות שהוא מגשים במידה דומה את התכלית של הוראת החוק הנדונה (בג"ץ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, סה (1) 782 (2012)).

80. כפי שיפורט להלן, לעמדת הכנסת הוראת השעה צולחת מבחן זה, הן בהתייחס לחלופות לעצם השימוש בשב"כ, והן בהתייחס למנגנונים המאזנים שנקבעו בהוראת השעה לשם צמצום הפגיעה בפרטיות.

חלופות לאיכוני השב"כ

81. נוכח חריגותה של הסמכת השב"כ שבעניינינו, וכפי שפורט בהרחבה לעיל, לאורך כל התקופה שקדמה לחקיקת הוראת השעה בחנה ועדת המשנה את העבודה שמתבצעת בממשלה לשם איתור חלופות להשגת הנתונים על ידי השב"כ. חברי הכנסת הביעו את עמדתם כי יש למצוא חלופות אפקטיביות להסתייעות בשב"כ, וזאת נוכח הפגיעה הקשה הגלומה בחלופה זו בזכות הפרטיות.

עובר לחקיקת הוראת השעה, הוועדה השתכנעה שבשלב זה אין עדיין חלופה אזרחית טכנולוגית לאיתור חייבי הבידוד, וכי אפליקציית "המגן", גם בגרסתה המשודרגת, עוד לא בשלה דיה. כמו כן, הובהר על-ידי גורמי המקצוע בממשלה כי בכל מקרה גם כאשר תושלם האפליקציה במישור הטכנולוגי, יידרש תהליך של הטמעת האפליקציה בציבור, בין היתר על-ידי "שיווק" מצד הממשלה. עוד הובהר כי תידרש הממשלה לבחון "תוך כדי תנועה" האם הפעלתה הוולונטרית של האפליקציה אכן מאפשרת את הפסקת השימוש בכלי של השב"כ.

82. חברי הכנסת השתכנעו, אם כן, כי **בנקודת הזמן הנוכחית**, אין בנמצא כלי יעיל ואפקטיבי, בוודאי שלא במידה הדומה לאמצעי השב"כ אשר ניתן להסתייע בו לשם איתור חייבי בידוד ומניעת ההתפשטות המחודשת והמואצת של הנגיף. חברי הכנסת קיבלו את עמדת גורמי המקצוע בממשלה לפיה בשלב זה החלופות האחרות אינן יעילות דיין, וכי האיכוני של השב"כ מאפשר באופן המדויק ביותר והמהיר ביותר לאתר את חייבי הבידוד. עוד הוסבר כי האמצעים החלופיים לאיתור מיקום של אנשים אינם מדויקים, ועל כן הם "תופסים" קבוצה גדולה יותר של חייבי בידוד, וכתוצאה מכך עלולים להוביל ל"ניזק היקפי" גדול הרבה יותר.

יחד עם זאת, כפי שצוין לעיל, האיזונים החוקתיים שנערכו במסגרת הוראת השעה נכונים לעת חקיקתה, וחברי הכנסת ביקשו כי יימשכו המאמצים למציאת אמצעי יעיל אחר, אך פוגעני פחות.

בדיוני ועדת החו"ב הובהר כי סוגיה זו תיבחן במסגרת הליכי החקיקה של הצעת החוק שהתפצלה, ובכלל זה כיצד יש לשלב בתוך מסגרת החקיקה את הבחינה של החלופות לצד הפעלת השב"כ. כאמור, סוגיה זו נדונה בכנסת בימים אלה ממש.

משכך, איננו סבורים כי בשלב זה ניתן להצביע על קיומו של אמצעי חלופי ממשי להשגת התכליות העומדות בבסיס הוראת השעה. ואולם, אין חולק, כי "המאמץ לאיתורה של חלופה יעילה אחרת חייב להימשך ללא לאות" (עניין **בן מאיר**, פס' 41 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

הוראות בהסדר המצמצמות את הפגיעה בפרטיות

83. מעבר לאמור, הוראת השעה כוללת מספר מנגנונים הממתנים את הפגיעה בזכות הפרטיות, ונעמוד על עיקריהם:

ראשית, מדובר בחקיקה זמנית לשלושה שבועות בלבד אשר כל מטרתה להעמיד בידי הממשלה כלי זמני לאיתור חייבי בידוד, במקביל לחיקוק הסדר כולל ורחב יותר בהליך חקיקה ראוי ומעמיק. מרכיב מהותי זה של ההסדר החקיקתי אינו מקבל ביטוי במסגרת הניתוח החוקתי של העותרים.

שנית, הוראת השעה מאפשרת בעיקרה את הפעלת השב"כ רק במצבים שבהם מספר החולים המאומתים הוא גבוה – מעל 200, וגם במקרה זה הפעלת השב"כ יכולה להיעשות ביחס לחולה ה-201 בלבד. גם בכך יש כדי לצמצם את השימוש בכלי השב"כ ולצמצם את הפגיעה הנובעת ממנו.

שלישית, כפי שצינו לעיל, הוראת השעה כוללת שורה של מנגנוני בקרה על אופן האיסוף, העיבוד, השימוש ושמירת המידע הנאסף בשב"כ ובמשרד הבריאות. כמו כן, נקבעו הוראות לגבי שמירה ומחיקה של המידע.

אם כן, הסדרים שונים שנקבעו בהוראת השעה מבטיחים את צמצום היקף המידע ואת השימוש בו, אך ורק לשם השגת התכלית שבבסיס החלטת ההסמכה. מטבע הדברים, אין בהסדרים האמורים כדי למנוע כליל את הפגיעה בפרטיות הגלומה בשימוש באמצעים מיוחדים אלה, אך יש בהם כדי למתן ולמזער את הפגיעה בפרטיות, ולהבטיח כי לצד השימוש בכלי היעיל והאפקטיבי של השב"כ, הפגיעה בפרטיות לא תעלה על הנדרש להגשמת תכליות ההסדר.

מבחן המידתיות הצר

84. אכן, כפי שצוין לעיל, אין מחלוקת על כך שהסמכת השב"כ לאסוף ולעבד נתוני תקשורת של אזרחים ותושבים אשר אינם חשודים בביצוע פעילות לא חוקית, מהווה פגיעה קשה ביותר בפרטיות. ואולם, אל מול פגיעה זו, הסמכת השב"כ מקדמת אינטרסים וזכויות חשובות ובסיסיות לא פחות – הזכות לחיים והזכות לבריאות. מעבר לכך, התפשטות הנגיף גם עלולה להביא לפגיעה קשה במשק ובכלכלה.

ראו לעניין זה את דברי כב' הנשיאה חיות בעניין **בן מאיר** (פס' 39 לפסק דינה):

"אין לחדד – 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."

85. האיזון בין האינטרסים והזכויות כבדות המשקל העומדים זה כנגד זה אינו פשוט. לאורך כל דיוני ועדת חו"ב וועדת המשנה בסוגיה, היא שמעה מגוון של דעות בנושא, וחברי הכנסת ליבנו את הסוגיה באופן מעמיק אל מול גורמי המקצוע בממשלה, וגורמי מקצוע ומומחים מארגוני החברה האזרחית.

בסופו של יום, מסקנתם הייתה כי **בנקודת הזמן הנוכחית** - עם העלייה הדרמטית בהיקף התחלואה, בהעדר חלופה אפקטיבית, ונוכח הרצון להבטיח הליך חקיקה הולם לבחינת הסוגיה בכללותה, התועלת שתצמח מהסמכת השב"כ, היא גדולה יותר. כפי שצוין לעיל, מדובר בכלי האפקטיבי ביותר המצוי כיום לאיתור מיקום של אנשים שבאו במגע עם חולי הקורונה. גם כעת מצויים אנו בשלב קריטי במאמץ למנוע ולצמצם את התפשטות הנגיף, ועל כן הוא מצדיק גם נקיטה באמצעים כה חריגים.

86. יחד עם זאת, כפי שציננה הכנסת בתגובתה לעתירות בעניין **בן מאיר**, אין חולק כי מדובר בהסמכה חריגה ביותר של השב"כ, המעוררת קושי רב בהיבטים רבים. משכך, ועדת חו"ב גידרה וצמצמה את הוראת השעה לשלושה שבועות, כדי שניתן יהיה לדון בכובד ראש בסוגיה בכללותה ובמבט צופה פני עתיד. לפיכך, לעמדת הכנסת הוראת השעה צולחת גם מבחן זה.

סוף דבר

87. ההתפשטות המהירה המחודשת של הנגיף חייבה מתן מענה מהיר לצורך באיתור חייבי הבידוד, ולצד זאת ביקשה הכנסת להבטיח כי תינתן לה שהות מספקת לשם גיבוש הסדר כולל, ראוי והולם לעניין זה. הוראת השעה מאזנת בין תכליות אלה ואין בטענות העותרים כדי להצביע על עילה חוקתית להתערבות בה. זאת, כאמור, בפרט משמצויים אנו ימים בודדים לפני פקיעת תוקפה.

88. אשר על כן, לעמדת הכנסת דין העתירה שבפנינו להידחות על הסף ולגופה.

היום: 16 ביולי, 2020
כ"ד בתמוז, התש"ף



אביטל סומפולינסקי, עו"ד
ממונה על ייצוג הכנסת בערכאות