

קבלת החלטות בימי  
קורונה בראי הפסיקה  
ההחלטה להשתמש באיכוני  
השב"כ כמקרה מבחן



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

# קבלת החלטות בימי קורונה בראי הפסיקה ההחלטה להשתמש באיכוני השב"כ כמקרה מבחן

מרדכי קרמניצר | רענן סוליציאנו-קינן

עורך הסדרה:  
נדיב מרדכי

על חוקתיות 02

Decision-making during the COVID-19 Pandemic,  
as Reflected in Court Rulings: The Decision to Employ  
the GSS Geolocation Tool as a Test Case

Raanan Sulitzeanu-Kenan | Mordechai Kremnitzer

עריכת הטקסט: לילך צ'לנוב  
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין  
ביצוע גרפי: נרב שטכמן פולישוק

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

מסת"ב 4-366-519-965-978 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2021

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)

דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

---

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב. – המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים כאן אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

## תוכן העניינים

7	פתח דבר
10	1. טעויות רווחות
13	2. מהם הלקחים העיקריים העולים מפסק הדין לעניין הליכי קביעת מדיניות?
30	במקום סיכום



## פתח דבר

מטרת המאמר היא לנתח את פסק הדין בעניין איכוני השב"כ (שצמצם מאוד את השימוש באיכוני השב"כ),<sup>1</sup> בראי המידתיות במובנה הרחב, כפי שהיא צריכה להיות משולבת בתהליכי קבלת החלטות. את המאמר יש לראות בהקשר רחב יותר של היחס בין מבחני המידתיות השיפוטיים לבין הליכי קביעת מדיניות כאשר יש במדיניות כדי לפגוע בזכות חוקתית.<sup>2</sup>

\* תודות מקרב לב לפרופ' יובל שני, לד"ר נדיב מרדכי ולד"ר דנה בלאנדר על ההערות המועילות.

1 בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (נבו 01.03.2021), 251-250 (להלן: עניין איכוני השב"כ).

2 מרדכי קרמניצר ורענן סוליציאנוֹ־קינן, "מידתיות וניתוח מדיניות: ניתוח אינטגרטיבי" משפט וממשל כא 241, 242, 253-262 (2020).

פגיעה בזכות חוקתית היא חוקית אם היא מיועדת לקדם תכלית ראויה ואינה עולה על הנדרש. המידתיות מתבטאת בשלושה מבחנים: מבחן ההתאמה – האם האמצעי שנקט עשוי לקדם את התכלית? מבחן הצורך – האם האמצעי שנבחר הוא האמצעי היעיל שפגיעתו בזכות היא הקטנה ביותר ואין אמצעי שיעילותו דומה, אך מידת פגיעתו בזכות קטנה יותר? ומבחן המידתיות הצר – האם התועלת השולית שתושג מהשימוש באמצעי עולה על הנזק המתבטא בפגיעה בזכות? דומה כי אפשר להסכים שהאתגר בה"א הידיעה הוא לגרום לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת להפנים את כללי המידתיות ולנהוג לפיהם, וכך לצמצם את הצורך בהתערבות שיפוטית. מצד אחד, ברור שיש זיקה בין הבחינה השיפוטית של המידתיות לבין הליכי קביעת מדיניות, שכן קובעי המדיניות מעוניינים שהמדיניות תעבור בהצלחה ביקורת שיפוטית, ולשם כך הם גם נעזרים ביעוץ משפטי. מצד שני, ברור גם שקביעת מדיניות במקרים שבהם יש פגיעה בזכות, וביקורת שיפוטית על המדיניות שנקבעה, הן פונקציות שונות, ולכן לא נכון שהרשות המחליטה תפעל כמו הרשות המבקרת. למשל, מתבקש שקובעי המדיניות, בבואם לבדוק את התאמת האמצעי לקידום התכלית, לא יסתפקו ברמת אפקטיביות מינימלית של כלי המדיניות לשם מבחן ההתאמה. לכן ראוי לברר, מצד אחד, כיצד צריכים לנהוג קובעי המדיניות, ומצד שני, באיזו מידה אמור בית המשפט להתעניין בהליך קביעת המדיניות, להבדיל מתוצאתו.<sup>3</sup> שאלות אלו יעמדו במרכז הבחינה של פסק הדין בעניין איכוני השב"כ.

פסק הדין בפרשת איכוני השב"כ, שהוא מושא המאמר שלנו, מאלף מכמה בחינות: הוא דוגמה טובה לבחינה שיפוטית כוללת שבמסגרתה נבחנה ההצדקה לפגיעה בזכות חוקתית, וכן נבחנו בו הליכי קביעת המדיניות על ידי רשויות השלטון. ההיבט השני של הבחינה, בחינת



הליכי קביעת המדיניות, הוא רב ערך ומסייע להגיע להכרעה בהיבט הראשון (למשל, יש בו כדי להעמיד את בית המשפט על המידה שבה הוא רשאי לסמוך על הרשות, וכתוצאה מכך לקבוע מהי עוצמת הביקורת השיפוטית שעליו להפעיל). נוסף על כך, יש בו כדי לבסס את ההכרעה על תשתית מוצקה ואובייקטיבית יותר מאשר על המבחן הצר של המידתיות. זאת ועוד, אפשר למצוא בו, או להקיש ממנו, הנחיה משמעותית לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת, בעניין האופן שבו ראוי לנהוג במקרים רבים אחרים המערבים נסיבות דומות. התנהלות נכונה כזאת תביא מן הסתם לתוצאות מידתיות יותר, ותצמצם את הצורך בהתערבות שיפוטית. הלקחים העולים מפסק הדין אינם חדשים לגמרי, אך הם מומחשים יפה בפסק הדין. משום שרק לעיתים רחוקות בית המשפט נכנס לעובי הקורה של הליכי גיבוש המדיניות, שלרוב אינם שקופים, נוצרה כאן הזדמנות להציץ אל מאחורי הקלעים, ולראות כיצד מתקבלות ההחלטות ועל סמך מה. את פסק הדין הזה צריך לקרוא על רקע פסק הדין הראשון בנושא איכוני שב"כ,<sup>4</sup> ובשים לב לתובנות העולות מפסק דין מאוחר יותר, בסוגיה של הגבלות שיבת אזרחים למדינה מחו"ל ועל יציאתם מן המדינה.<sup>5</sup> מפסק הדין עולים לקחים חשובים לעניין המידתיות, הן מבחינת קובעי המדיניות, הן מבחינת הביקורת השיפוטית,<sup>6</sup> ונתמקד כאן בראשונים.

4 בג"ץ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה (נבו) (26.04.2020). (להלן: עניין בן מאיר).

5 בג"ץ 1107/21 אורן שמש ו-11 אח' נ' ראש הממשלה מר בנימין נתניהו (נבו) (17.03.2021).

6 לתפקידיו של בית המשפט בזמן משבר, ראו Amal Sethi, *Judging Under Extreme Conditions: A Court's Role During a National Crisis*, 2 (1) KEELE L. REV. (forthcoming 2021)

# 1. טעויות רווחות

בראשית הדברים מתבקשת התייחסות לשתי טעויות רווחות בעניין הפגיעה בזכות (בענייננו, בעיקר הזכות לפרטיות) לשם הגשמתם של אינטרסים ציבוריים ראשוניים במעלה, כמו בריאות הציבור. בהקשר של מגפת הקורונה, מדובר באינטרס של מניעת אובדן חיים או מחלה קשה, לרבות השלכות בריאותיות מאוחרות שלה. כל זאת, בשעת חירום של מגפה מתפשטת ומשבר בריאותי. רבים בציבור סבורים כי מעצם העמדת הדברים כך צדקת הפגיעה מובנת מאליה, שכן מה חשוב יותר מן ההגנה על חיי אדם? או בלשונו של השופט הנדל: "חשיבות ההגנה על בריאות הציבור וחיי האדם ניצבת במקום גבוה במיוחד במדרג הזכויות הנורמטיבי"<sup>7</sup>. במצב דברים כזה יש נכונות רבה של הציבור להשלים עם

7 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 01.03.2021). הרקע לדבריו הוא שבדרך כלל שופטים נרתעים מההיררכיה

פגיעות קשות וחמורות בזכויותיו החוקתיות. נכונות זו עלולה להזמין פגיעות כאלה מצד השלטון, כהיענות לרצון הציבור (וכדי שלא להיתפס כמי שנוהגים ברפיון ידיים ואינם מגינים די הצורך על בריאות הציבור), ואף עלולה להקשות על הביקורת השיפוטית עליהן. בה בעת היא הופכת את הביקורת השיפוטית לנחוצה וחיונית יותר, לשם הגנה על הזכויות החוקתיות העלולות להיפגע במידה העולה על הנדרש.

סברה רווחת היא כי חשיבותה הרבה של התכלית שאמצעי מסוים נועד לשרת מצדיקה, כשלעצמה, את הפגיעה בזכות. סברה זו מקבלת משנה תוקף במצב חירום, שבו האינטרס הציבורי זוכה לעליונות מיוחדת בעיני האזרחים. גישה זו מוטעית, שכן תהא חשיבות התכלית גדולה ככול שתהא, האמצעי חייב לעמוד במבחני המידתיות, כפי שיפורטו להלן. חשיבות התכלית היא שיקול רלוונטי וחשוב, אך היא בעצמה אינה שיקול מכריע ואינה מייצרת את הניתוח. כדבריו של השופט עמית: "כל אדם הוא עולם ומלואו אך קשה לקבל את הטענה כי די להצביע על אדם אחד שחייו ניצלו הודות לאיתורי השב"כ על מנת להצדיק את השימוש בכלי השב"כ".<sup>8</sup> הדברים, למעשה, מובנים מאליהם – גם אם התכלית חשובה ביותר, אפשר שהאמצעי שנבחר כדי לקדמה אינו יעיל כלל או שתועלתו קטנה מאוד. חשיבות התכלית אינה גורעת מן האפשרות שיש דרך אחרת לקדמה, שפגיעתה בזכויות קטנה יותר. דווקא משום שחשיבות התכלית עלולה לקדם את התפיסה המוטעית

---

של זכויות או אינטרסים. ראו, למשל, ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337, בעמ' 343 (1978) (התנגשות בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב); בג"ץ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, מח(2) 456, פס' 28 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק (1994) (התנגשות בין חופש הביטוי לזכות לפרטיות); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד טא(2) 202, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (2006) (להלן: עניין עדאלה) (התנגשות בין חיי משפחה לחיים).

8 עניין איכוני השב"כ, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

שכל האמצעים כשרים, או לגרום ללב גס כלפי השמירה על זכויות האדם – נדרשת תשומת לב מיוחדת שלא כך הדבר. כך בימי שגרה,<sup>9</sup> ועל אחת וכמה – בשעת חירום.<sup>10</sup>

בנסיבות כאלה רווחת גם התפיסה שיש להגן הגנה מוחלטת על האינטרס ציבורי שהמשבר מסכן, כלומר להעמיד אותו באפס סיכון. גם זו השקפה מוטעית. כל פעילות אנושית בהקשר ציבורי (למשל, שימוש בכלי רכב) כרוכה בסיכונים מסוימים שאין מנוס מהכיר שחלק מהם סבירים ומוצדקים. הקטנת סיכונים כרוכה בעלויות חברתיות, בהן גם פגיעה בזכויות. גישה של אפס נכונות להסתכן עלולה להוביל לעלויות בלתי סבירות.<sup>11</sup> ראוי לשים לב לכך שגם מה שנראה כאמצעי מנטרל סיכון, אינו בהכרח כזה במבחן המציאות. בענייננו, למשל, הפעלת האמצעי הקיצוני מאוד של איכוני שב"כ הייתה כרוכה תחילה בשלושה ימים "מתים" עד כניסת האמצעי לפעולה, ימים שבהם היה הנגיף יכול להתפשט ולגרום נזק של ממש.<sup>12</sup>

9 בג"ץ 2293/17 אסתר צגי גרסגהר נ' כנסת, פס' 22–61 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 23.04.2020).

10 כדברי השופטת ברק-ארז בעניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינה: "אין לומר כי במקרה חירום 'הכל מותר'. גם בעיחות משבר מחויבת המדינה בשמירה והגנה על זכויות יסוד, בהתאם לכללי המשפט החוקתי והמינהלי", ובפס' 25, "אולם, גם ברעום התוחמים, ובענייננו גם כאשר הנגיפים מכים, אין משמעות הדברים ששאר הזכויות נמקות. האיזון משתנה, אך לא מתאין. ברוח ספרו של ז'וזה סאראמאגו 'על העיוורון' שעסק בתקופה של מגיפה, אסור שהמאבק בקורונה המתנהל בשמה של הזכות לחיים יעורר את עינינו מלראות את הזכויות האחרות". כך גם בדברי השופט הנדל, שם, בפס' 7 לפסק דינו, וכן בדברי השופטת ברון, פס' 2 לפסק דינה: "אולם אף בצוק העיתים, ויש שיאמרו כי דווקא בשעת חירום זו, נדרש לוודא ביתר שאת כי האמצעים הקשים שנקטים בניסיון למיגור המגפה הם אמנם בגדר 'רע הכרחי'".

11 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 7, פס' 6–8 לפסק דינו של השופט לוי, המתאר את מרחב הנשימה לטובת זכויות האדם שעל כל תכלית להותיר.

12 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

## 2. מהם הלקחים העיקריים העולים מפסק הדין לעניין הליכי קביעת מדיניות?

הבדל בולט בין גישת המדינה (הייעוץ המשפטי) לבין גישת בית המשפט נוגע למידת הפגיעה בזכות. הערכת הממשלה את מידת הפגיעה בזכות לפרטיות הייתה שגויה. הכנסת ראתה

בפגיעה בזכות לפרטיות פגיעה "מסוימת", וגם היא וגם הממשלה ראו בה פגיעה מתוחמת, מגודרת ומצומצמת, לנוכח ההסדרים שנקבעו בחוק. בית המשפט, לעומת זאת, קיבל את עמדת העותרים, ולפיה הפגיעה קשה וחמורה.<sup>13</sup> זהו הבדל חשוב, שכן הוא עשוי להביא להכרעה אחרת כאשר מאזנים בין

.א

### הפגיעה בזכות - הצורך בהתבוננות רחבה ומעמיקה

13 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה חיות ופס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. נראה כי ההבדל בין הפרקליטות לבין בית המשפט בהערכת מידת הפגיעה בזכות נבע בעיקר מאופי הבחינה שערך בית המשפט, שהייתה מעמיקה יותר ורחבה יותר.

הפגיעה בזכות לבין התועלת השולית לאינטרס הציבורי הצפויה מהפעלת הכלי. יתר על כן, כפי שנראה להלן, הסיווג של הפגיעה בזכות אמור להשפיע על מכלול ההתייחסויות לאמצעי שנשקל, ובכלל זה על מידת ההתאמה שלו, על היחס לאי-הוודאות, ועל הדרישות לחלופות מדיניות. אפשר שכאה כאן לידי ביטוי נטייה לא מכוונת של קובעי מדיניות, הרואים עצמם מופקדים בראש ובראשונה על האינטרס הציבורי, שהוא גם התכלית הספציפית שהם מבקשים לקדם, להערכת-חסר של מידת הפגיעה בזכות (הנתפסת כמכשול בדרך להשגת התכלית). קובעי המדיניות יכולים וצריכים לשאוב השראה מן האופן שבו בית המשפט בוחן את מידת הפגיעה בזכות. במקומות שבהם בית המשפט כבר נתן למדינה "חיווי" ביחס לעמדתו בעניין עוצמת הפגיעה בזכויות – גם בנסיבות שבהן לא הגיע הדיון לכדי פסק דין סופי – מתבקש לאמץ את עמדת בית המשפט ביחס לסוגיה זו. לכן מפתיעה במיוחד עמדת המדינה בעניין מידת הפגיעה בזכות אחרי הדברים הברורים שנאמרו בפסק הדין של בג"ץ בעתירה הראשונה נגד הפגיעה בפרטיות הכרוכה באיכוני השב"כ.

ראשית, יש לחתור לאתר את כל הזכויות הנפגעות, לא רק את זו המזדקרת בבירור לעין. בענייננו, היה צריך להביא בחשבון גם את הפגיעה בזכות לכבוד אנושי, כלומר באוטונומיה של הפרט, ולא רק בזכות לפרטיות. כפי שהסבירה יפה השופטת ברק-ארז, השימוש בכלי טכנולוגי מסיט הצידה את ההתייחסות לחולה הקורונה כאל אישיות עצמאית ומתמקד בנתונים שאפשר "לכרות" מהטלפון הנייד שלו. בכך היא מבטאת חוסר אמון באדם עצמו ופוגעת בשליטה של האדם על עצמו ובתחושת השליטה שלו על עצמו.<sup>14</sup> גם טיבו השרירותי של האיכון, שאינו מאפשר

14 שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו מאמרם של אורי אהרונוסון, עידו באום ודליה גפני "תקנות הקורונה ושלטון החוק: הצעה לחנינת גל ראשון" משפט וממשל כד (צפוי להתפרסם ב-2021), המסביר את ה"אפקט המצטבר" של הפגיעות בזכויות בגל הראשון של הקורונה.

לאדם להוכיח שלא היה במקום מסוים, עלול ליצור איום קפקאי. שנית, יש להעמיק מבט כדי לראות את כל ממדיה של הפגיעה: בענייננו, מדובר בנתוני מיקום שאפשר ללמוד מהם על קיומם של קשרים אישיים ומפגשים חברתיים, ולכן הם זוכים להגנה מיוחדת; ועל מידע רפואי (בענייננו, זהותם של החולים בנגיף), הנמצא בליבת הזכות לפרטיות, וזוכה גם הוא להגנה מיוחדת.<sup>15</sup> איסוף המידע והעברתו לגופים ציבוריים בלא הסכמת נושאי המידע, והיעדר השקיפות בנוגע לסוג המידע שנאסף ולאופן השימוש בו, מגבירים את הפגיעה. במאזן של הפגיעה בפרטיות יש להביא בחשבון גם את החשש התמידי מפני דליפת המידע.<sup>16</sup>

הפגיעה בפרטיות מוחמרת, ואף מתגבשת לפגיעה בכבוד האדם, גם משום שהמידע נאסף על ידי ארגון ביטחוני חשאי, הפועל תחת מעטה סודיות; ובענייננו מפעיל מעקב חשאי הנסמך על כלי טכנולוגי שנועד מלכתחילה לצרכים ביטחוניים (ויש לכן להניח שהוא אוסף מידע שמעבר לדרוש לענייננו). נוסף על כך, מושאי האיסוף בהקשרנו הם אזרחים שלא עשו כל רע, ואין מבקשים כלל את הסכמתם לשימוש בפרטים האישיים המובהקים שלהם. כלומר, מדובר ב"מנגנון כופה ששקיפותו אינה מלאה".<sup>17</sup>

בבחינת הפגיעה בזכות יש להביא בחשבון גם את תחושות הנפגעים, במקרה שלנו – "כאשר המדינה עוקבת, והאזרחים יודעים שהמדינה עוקבת, נוצרת תחושת מעקב. לעצם קיומה של התחושה הזו בציבור יש

15 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

16 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ככל שהמידע רגיש ועסיטי יותר, החשש הזה גדל. השוו לדברי השופט סולברג, שם, פס' 2 לפסק דינו.

17 עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 4, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

אפקט מצנן".<sup>18</sup> כלומר, התחושה שמעורר מעקב מגבירה את הפגיעה בזכות לפרטיות, וגם בזכות לאוטונומיה ולמימוש עצמי.<sup>19</sup>

לסיום דיוננו בזכות לפרטיות ראוי גם להעמיד על דיוקן טענות מסוימות העולות בשנים האחרונות לנוכח התפתחויות טכנולוגיות וחברתיות שיש להן השלכה על פרטיות. יש לדחות את הסברה (שמצאה ביטוי בדברי השופט סולברג<sup>20</sup>), ולפיה הזכות לפרטיות אינה רלוונטית עוד, או שחל פחות במעמדה לנוכח המידע הרב שאספו החברות הטכנולוגיות הגדולות בהסכמת חלקים גדולים מן הציבור והמידע הרב הנמצא ברשות המדינה לשם ההגנה על ביטחון המדינה. קולעים להקשר זה הם דבריה של השופטת ברון: "כשלעצמי סבורתני כי דווקא בתקופה זו נודעת חשיבות יתרה לזכות לפרטיות ולערכים שעומדים ביסודה".<sup>21</sup> דווקא בגלל הפריצות שנעשו בהגנה על הזכות לפרטיות, מתבקשת הגנה משמעותית על מה שנותר ממנה לפלטה, לבל תהיה לכליה.

להיעזרות בשירות ביטחון חשאי לתכלית שאינה ביטחונית יש השלכות שליליות החורגות מן הפגיעה בזכות לפרטיות. מדובר בטיבו הדמוקרטי של המשטר, ופעילות ארגוני הביטחון שלו היא אבן בוחן שלו (היא עשויה להלום משטר דמוקרטי, אך עלולה גם לסתור אותו).<sup>22</sup> מכאן דברי השופטים על שהיתר לשימוש בשירותי הביטחון למטרות החורגות

18 מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" משפט וממשל 11 (צפוי להתפרסם ב-2021).

19 עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 4; עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון.

20 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

21 שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברון.

22 שם, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' 6 לפסק דינה של השופטת ברון.



מתחום הביטחון יש בו כדי להטיל מורא ולהדיר שינה.<sup>23</sup> את הצירוף של שימוש בשירות הביטחון הכללי למעקב אחרי אזרחי המדינה ותושביה במנגנון כופה ולא שקוף לגמרי, כינה השופט עמית: "תרכובת חומצתית שעלולה לאכל את הגנות הברזל של כל דמוקרטיה".<sup>24</sup>

הפגיעה בזכות, גם אם מקורה בהסדרים זמניים, צריכה להישקל במבט רחב – מה מידת ההשפעה ארוכת הטווח של הפגיעה והצדקתה על מעמד הזכות ועל החשיבות הציבורית המוענקת לה? (ככול שמתרבות הפגיעות בזכות, המוכרות כמוצדקות, מתערער מעמדה). לכך כיוון השופט הנדל בדבריו על הטרוויאליזציה ההרסנית של חדירת ארגוני ביטחון ממשלתיים לרשות הפרט. לכך כיוונו גם השופטים האחרים בדבריהם על ההתרגלות והנרמול של הפגיעה בזכות ועל היותם מסד לפגיעות נוספות בה.

לא רק הפגיעה בפרטיות עצמה צריכה לעלות על שולחן המחליטים בכל היבטיה וממדיה, גם תוצאה והשלכותיה העקיפות צריכות לבוא בחשבון. בענייננו, נודע מקום מיוחד לפגיעה באמון הציבור.<sup>25</sup> פגיעה זו נגרמת מיניה וביה כאשר נאסף מידע באופן כפוי, מבלי שלפרט תהיה שליטה כלשהי על כך, וגם מבלי שידע בבירור כיצד מתנהל האיסוף הזה.<sup>26</sup> הפגיעה באמון הציבור במעגל הצר אינה בגדר ספקולציה גרידא,

23 שם, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 4.

24 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית. וראו גם דפנה ברק־ארז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג 527 (2011).

25 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 22 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 6 לפסק דינה של השופטת ברון.

26 שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז ופס' 6 לפסק דינה של השופטת ברון.

היו לה אותות במציאות. היו שנמנעו מלשאת עימם טלפון נייד כדי שלא להותיר עקבות, והיו שנמנעו מהתקנת יישומון וולונטרי בשל החשש שהמידע ייחשף לשלטון. במעגל הרחב יותר – אמון הציבור בשלטון ובהתנהלותו העניינית, השוויונית והמידתית הוא האמצעי החשוב ביותר של המדינה להתמודדות עם המגפה, ולכן כל מה שחותר תחת האמון הזה מסכל את יכולת ההתמודדות עם המגפה. כאשר מתהווה חוסר אמון מצד הציבור (או אפילו תחושה בשלטון שהוא סובל מחוסר אמון של הציבור), נפתח מעגל שוטה של אמצעים הננקטים או לא ננקטים בשל חוסר האמון הזה, ופעילות זו של השלטון מגבירה את חוסר האמון בקרב הציבור.

כאשר מעריכים אמצעי מדיניות מתבקשת תשומת לב למידת הביסוס של מידת האפקטיביות של האמצעי ושל השלכות יישומו על היבטים אחרים, בדגש על הפגיעה האפשרית בזכויות.<sup>27</sup> מעבר לכך, מה שנראה או משווק כאמצעי משני וזמני הננקט בלית ברירה לקראת נסיגה קרובה שלו לטובת אמצעים מתונים יותר, עלול להתגלות כאמצעי שיש לו כוח התמדה ניכר מבחינת הזמן והשפעה מכשילה על אמצעים אחרים.<sup>28</sup> נדיר מאוד למצוא פסקי דין שבהם הרוב המכריע של השופטים מציינים מפורשות את סכנת המדרון החלקלק.<sup>29</sup> אין פלא שבנסיבות של איכונ

Mordechai Kremnitzer & Raanan Sulitzeanu-Kenan, *Protecting 27 Rights in the Policy Process: Integrating Policy Analysis and Proportionality*, 3 (1) INTERNATIONAL REVIEW OF PUBLIC POLICY 51 (2021)

28 דפנה ברק-ארז "חוקה למצבי חירום" ספר שלמה לוין 671, 683-684, 688-696 (אשר גרוניס ואח' עורכים 2013); לפנים משורת הדין: החריג ומצב החירום: סמינר ון ליר 2006 (יהודה שנהב, כריסטוף שמידט ושמרון צלניקר עורכים, 2009).

29 עניין איכוני השבי"כ, לעיל ה"ש 1; עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 4. קשה לדון בטיעון המדרון החלקלק דיון גורף היפה לכל מקום ולכל זמן. מדובר בטיעון שההזדקקות לו מוכרעת על ידי ההתנהגות השלטונית הלכה למעשה. הפרשה הנידונה הביאה חלק מן השופטים להזדקק למושג הזה ולהסתמך על ההתנהלות

השב"כ הבחינו השופטים בשלושה ממדים של סחיפה או גלישה של האמצעי הקיצוני הזה: הראשון נוגע למטרתו של האמצעי – מה שהיה אמור להיות אמצעי עזר לשיטה העיקרית של חקירות אפידמיולוגיות נעשה לשיטה העיקרית לאיתור מגעים עם נשאים. לא רק שאמצעי זה אינו תומך בשיטות אחרות, אלא שהמקום הדומיננטי שהוא תפס הביא, למעשה, לעיכוב בפיתוח חלופות, כגון יישומון סלולרי וולונטרי. שנית, מה שנועד להיות אמצעי זמני הפך קבוע. תחילה בסדרת הארכות רצופות על ידי הממשלה, ואחר כך – בהארכת ההסדר החוקי מחצי שנה לשנה, שנגרמה כאן עקב הוראה גורפת כללית – הארכה אוטומטית של תוקפם של חוקים שתוקפם קרוב לפקיעה.<sup>30</sup> לנוכח ההארכה הזאת, בחרה הממשלה ליהנות מן ההפקר ולהיאחז בקרני החוק, בבחינת "שטח משוחרר לא יוחזר", אף שמלכתחילה הייתה הכוונה להוראה מוגבלת בזמן: כך הוצהר, וזה היה גם הבסיס לאישור החוק המקורי. משום כך הכפלת הזמן בעקבות תחולת ההוראה הכללית היא בעייתית, והיא גם מערערת את הלגיטימציה המהותית של החוק

---

של הרשויות כפי שהתגלתה לעיניהם. בדיון כללי בחשש הזה ראוי להצביע על ההיקף העמום של שיקולי ביטחון המדינה. אמצעים שנתפרו והוכשרו לשם הגנה על ביטחון המדינה עשויים להידרדר במדרון להגנה על תכליות אחרות, והקושי להבחין בין אמצעים למטרות אינו פוסח גם על התחום הזה. הנכונות להיתר הרבה את הרצועה של הגנה על זכויות לשם הגנה על הביטחון מתבררת כהתרה מרחיקת לכת דווקא משום שמדובר באמצעים שפגיעתם קשה במיוחד. לא רחוקה הדרך מחוק נתוני תקשורת לשימוש באיכוני שב"כ במסגרת המאבק בקורונה, ומשם קצרה מאוד הדרך להיתר, לפי חוק, להעביר מידע רפואי לרשויות מקומיות כדי לעודד התחסנות.

30 ס' 38 לחוק-יסוד: הכנסת. על הקשר שבין הוראות זמניות לבין המדרון החלקלק, ראו Marina Motsenok, Talya Steiner, Liat Netzer, Yuval Feldman, & Raanan Sulitzeanu-Kenan, *The Slippery Slope of Rights-Restricting Temporary Measures: An Experimental Analysis*, BEHAVIOURAL PUBLIC POLICY, 1-21 (2020)

בזמן שבו הוא זוכה ל"הנשמה מלאכותית"<sup>31</sup>. שלישית, מה שהיה צריך להיבחן לנוכח שינויים של ממש בנסיבות לא נבחן כהלכה מבחינה מתודולוגית, ולמעשה, לא זכה כלל להתחשבות מצד הממשלה.<sup>32</sup> הממשלה שהופקדה "לשמור על השמנת", הוכיחה שהיא, כמו החתול, אינה מתאימה לכך, ועשתה שימוש בסמכותה להפעיל את השב"כ שוב ושוב, בבחינת עולם כמנהגו נוהג. זאת ועוד, אימוץ אמצעי גורף עלול לגרום אימוץ של אמצעים גורפים נוספים. ההצעה לסגור את הרשתות החברתיות בתקופת מבצע "שומר החומות" (מאי 2021), שלפי דיווח עיתונאי עמדה על הפרק, יכולה להמחיש את הנטייה הזאת, שבמקרה זה נבלמה ולא מומשה.

1.

## בחינת התאמת האמצעי - לא רק תוצאות חיוביות

כאשר בוחנים התאמה של אמצעי כלשהו, אין להסתפק בבחינת היתרון הצפוי להיות מושג מהשימוש בו על כל היבטיו. זו חצי עבודה. יש לבחון גם את השלכותיו השליליות

במבט רחב, למשל, את האיתורים השגויים עקב הפעלתם של איכוני השב"כ.<sup>33</sup> התמונה העולה מניתוחו של השופט עמית מטרידה מאוד – כמעט 40% מהמסרונים שנשלחו לאנשים (עקב איכוני השב"כ) והורו להם להיכנס לבידוד, נשלחו אף שלא הייתה הצדקה לבודדם, כלומר כ-400,000 אנשים נכנסו לבידוד בלתי מוצדק. למעשה, מדובר בשלילת חירות בהיקף נרחב ביותר, ולכך מצטרפת גם פגיעה בזכות

31 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ברוך. פסק דין המיעוט של השופטת ברוך, המראה יפה את אי-חוקתיותו של החוק (שאין לו מענה משכנע בפסק הדין של הרוב), מגביר, כמובן, את הקושי.

32 שם, פס' 3 ו-5 לפסק דינו של השופט סולברג.

33 שם, פס' 11 ו-15 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר ופס' 11 לפסק דינה של השופטת ברוך.

החוקתית להליך הוגן בשל זכות שימוע פגומה. מדובר בכמעט מיליון וחצי ימי בידוד בלתי מוצדקים, על כל הכרוך בכך מבחינת הפגיעה בזכות לחירות ובזכות לחופש התנועה והעיסוק, ומבחינת הפגיעה הכלכלית לפרטים ולמשק, המתבטאת באובדן מאות אלפי ימי עבודה. העובדה שבפסק הדין בעתירה הראשונה מוזכרים יתרונותיו הניכרים של האמצעי, אך אין שום מילה על חיסרון משמעותי ומובהק שלו – איתורי שווא, מחזקת את ההשערה הזאת.<sup>34</sup> ספק אם היה ניתן היתר גורף כל כך לשימוש באמצעי הזה לו הייתה התמונה הזאת עומדת לנגד עיני המחליטים. גם אם אפשר להבין את ההשמטה הזאת לפני שהוחלט לעשות שימוש באיכוני השב"כ בפעם הראשונה, ההתעלמות מתוצאות בעייתיות אלו של האמצעי בשלבים מאוחרים יותר של הארכת השימוש בו אינה ניתנת להצדקה.

מעבר לכך, המידע שהוצג בפני בג"ץ מצביע בכירור על אפקטיביות נמוכה של איתורי השב"כ באיתור מהימן של מי שלכאורה נחשפו לנגיף. ההתעקשות על אמצעי בלתי אפקטיבי זה, למרות פגיעתו בזכויות, כאמור לעיל, מעוררת שאלות חשובות על טיב ניתוח המדיניות שהביא לשימוש באמצעי זה ועל המניעים שעמדו מאחוריו. במילים אחרות, אם המטרה המוצהרת של איתור אנשים הצריכים להימצא בכידוד היא אכן המניע לשימוש באיכוני השב"כ, הנתונים שהוצגו בפני בג"ץ אינם תומכים בהיותו אמצעי אפקטיבי. בנסיבות האלה אפשר שהמניע הוא אחר, לדוגמה, העברת מסר של תגובה נחושה ושליטה במצב, או יצירת הרתעה ציבורית מן הסוג של "האח הגדול יכול לדעת הכול על כל אדם" (משום שכל אדם עלול להיות חשוף למעקב של גוף ביטחוני מרכזי), כדי להגביר את הציות להנחיות הממשלה בכלל, ואף להימנע מהתנהגויות מחשידות. במקרה זה מדובר, כמובן, במנגנון פעולה שאינו

34 עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 4, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

ראוי במדינה דמוקרטית – הטלת מורא על אזרחים מכוחו של השב"כ כדי להגביר ציות וקונפורמיות. גם אם אין זה המניע המקורי, זו עלולה להיות השלכה של השימוש באמצעי הזה.

ההיבטים השליליים שצריכים להיבחן אינם נוגעים רק לפרטיות, נדרש איתור של כל החסרונות הכרוכים בשימוש באמצעי. למשל, השופט עמית הצביע על כך שחשיפת כלים של השב"כ ושל יכולות ומגבלות המעקב והאיתור שלו עלולים לפגוע בפעילותו למען ביטחון הציבור בעתיד.<sup>35</sup> לכך צריך להוסיף שמשום שהשב"כ נדרש לפעול בתחום לא לו יכול להיות שיתברר שהוא פחות מתאים ויעיל.<sup>36</sup> יש גם לחשוש מהשפעה רעה ארוכת טווח על הארגון – החשש שתיטשטש אצלו ההבחנה בין אויבים לבין מי שאינם כאלה.

ג.

### אמצעים קיצוניים או חריגים וחשיבות המשפט המשווה

הקטגוריה של פגיעות קשות בזכויות קרובה לקטגוריה אחרת שיש מקום להידרש לה, והיא הקטגוריה של אמצעים קיצוניים או חריגים. ככלל אמצעים קיצוניים גורמים

לפגיעות קשות בזכויות, אבל מרכז הכובד בבחינת ההצדקה לשימוש בהם אינו מתמצה בתוצאות השימוש בהם אלא בהם עצמם. הכלל בנוגע לאמצעים האלה הוא שיש להימנע מהם, והשימוש בהם מחייב בחינה קפדנית במיוחד והצדקה כבדה ומשכנעת ברמה גבוהה.<sup>37</sup> במיוחד יש להימנע משימוש בהם כאמצעי ראשון, בגלל ההשפעה הקטלנית שיש

35 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

36 ראו עמדת השופט סולברג, המובעת בעניין בן מאיר, לעיל ה"ש 4, בפס' 2 לפסק דינו, המניח שאין הבדל בפעולה השב"כ בין פעולתו הרגילה לבין פעולה שהיא מחוץ למנדט הרגיל שלו.

37 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 45-48 לפסק דינה של הנשיאה כחיות; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 74 (1997); בג"ץ

לכך על האפשרות להסתפק באמצעים מתונים יותר, כפי שיוסבר להלן. ההיגיון המידתי הוא הפוך, היגיון של "טיפוס בסולם", שבו מתחילים באמצעים חריפים פחות, ואם הם אינם מועילים, עולים מדרגה. דרך מוכרת ומבוססת להבין את מה שמקנה לאמצעי את אופיו החריג היא גם הממד המשווה. היותו של אמצעי שלטוני שננקט חריג בנוף העולמי וההשלכות השליליות שלו על השיטה כולה (על המשטר הדמוקרטי) הם מדדים מקובלים ובעלי ערך אפיסטמי ונורמטיבי רב להערכה של אמצעים חוקתיים. השימוש במשפט משווה הוא בעל ערך ולעיתים חשוב במיוחד. הוא מועיל כדי לעמוד על היות האמצעי הנבחן מקובל או חריג. יתר על כן, הוא מאפשר, בשינויים המחויבים,<sup>38</sup> לראות במדינות אחרות מעברות ניסוי לאמצעים שננקטים בהן – אם נמצא שהם יעילים, ואם כן, ובאיוז מידה. התנהלותן של מדינות אחרות, תוצאותיה והשלכותיה הן מבחינתנו מאגר של חלופות אפשריות. משום שהמלאכה של ייצור חלופות יש מאין בעצמנו היא קשה, המאגר הזה הוא נכס רב ערך. במיוחד משום שהוא כולל לא רק את החלופה עצמה, אלא גם את הניסיון שנאסף עקב השימוש בה. אין צורך להדגיש את החשיבות הרבה של בחינת חלופות בהליך של קביעת מדיניות כדי להבטיח שהפגיעה בזכות אינה עולה על הדרוש מחד גיסא,<sup>39</sup> ואת הקושי לפתח חלופות כאלה, מאידך גיסא. מכאן החשיבות הגדולה של בחינה משווה.<sup>40</sup> בחינה

---

3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 228 (2000); רע"פ 3676/08 זנו נ' מדינת ישראל, פס' 36 (נבו) 27.07.2009.

38 יש להביא בחשבון הבדלים משטריים, גאוגרפיים ותרבותיים בינינו לבין מדינות אחרות. ראו למשל דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה: היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד 81, 88-93 (2008).

39 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; Kremnitzer & Sulitzeanu-Kenan, לעיל ה"ש 27.

40 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 6-8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 4, פס' 22 ו-38 לפסק דינה של הנשיאה

כזאת עשויה לספק אינדיקציה לתבונה קולקטיבית בדבר המחירים הנתפסים כנסבלים, ובעיקר בדבר המחירים הנחשבים בלתי נסבלים, הכרוכים באמצעים חריגים. לכך אמור להתלוות קולו של השכל הישר, האמור להזהיר מפני אמצעים כאלה, אולם נראה שקולו של זה נחלש בעת האחרונה, ואי־אפשר עוד לסמוך עליו. גם בפרשה זו, וגם בפרשת סגירת שערי הארץ בפני אזרחים (מניעת כניסתם ויציאתם), היה מדובר באמצעים חריגים שלא ננקטו באותה מתכונת חריפה במדינות אחרות.<sup>41</sup>

נוסף על כך, יש להיזהר מהשימוש באמצעי משום שהוא מוכר מתחום אחר. איכוני השב"כ נלקחו ממקומם הטבעי – המאבק בטרור – והועתקו לטריטוריה זרה. על פניו התבקשה רתיעה מפני ערבוב מין בשאינו מינו. יש להישמר גם מן הפיתוי שבאמצעים טוטאליים ("זבנג וגמרנו") ומן הנטייה להעצים את השימוש בהם – במקרה שלנו, מעבר מאמצעי עזר לחקירות האפידמיולוגיות, לאמצעי מרכזי, ומאמצעי אחרון (אמצעי בשכבת המגן השלישית), לאמצעי ראשון במעלה. צריך להיזהר בהקשר הזה מהונאה עצמית ומהולכת שולל של אחרים (דוגמת הציבור ובית המשפט). קל להשתכנע ולשכנע שמדובר באמצעי מסייע, שהוא בבחינת חליפת מגן שלישית, אף שבפועל מדובר בחליפת המגן הראשונה (במשך תקופה ארוכה מאוד ועד להקמתה ותפעולה

---

חיות. לדוגמה הפוכה, ראו בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל, פס"פ ט-ט' לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 11.09.2016), הסוקרת חריגים המחירים הזנה בכפייה במדינות שונות ובאמנות בינלאומיות, ופס"פ 15 לפסק דינו של השופט מזוז, המעיר שאומנם יש חריגים במשפט המשווה, אך "אין תקדים, ככל הידוע, להכללת שיקולי ביטחון וסדר ציבורי כמרכיב בשיקול הדעת להחלטה בענין זה".

41 ראו מאמרם של נדיב מרדכי ופנינה שרייט ברוך "משבר הקורונה וחוסן דמוקרטי בישראל: מחאר להפקת לקחים" פרלמנט 86 (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020), שבו מומלץ להקים גוף שיוכל לבצע בדיקות השוואתיות כאלה גם בזמן חירום.



של מערכת תחקור אפידמיולוגי). חמור מכך, החלופה הזאת עומדת בדרכם של אמצעים אחרים ופוגעניים פחות. מה שתחילתו כאמצעי זמני שתכליתו "לקנות זמן" לשם התארגנות מערכתית לאמצעים פוגעניים פחות, נעשה למעשה למכשלה בפני פיתוח חלופות אחרות. השימוש בו פוגע בפגיעה קשה במאמץ לפתח חלופות פוגעניות פחות: עצם השימוש בו מקטין את התמריץ להשקיע בחלופה קיצונית פחות, כמו מערך חקירות אפידמיולוגית או פיתוח חלופת איכון וולונטרית שיפעילו גורמי בריאות ולא גורמי ביטחון.<sup>42</sup> ולבסוף, חשוב לעמוד על הפגיעה שפוגע אימוץ האמצעים החריגים באתוס ובאפקטיביות של מערכת הזכויות עצמה. זהו נזק הצהרתי בשלב ראשון, ולאחר מכן יש לו השלכות על אפקטיביות. המסר הציבורי העולה מאמצעים דרסטיים כאלה, מהפגיעה הגורפת בזכות, ולמעשה ממחיקתה (כמו באיכנוי שב"כ, כמו במניעת הכניסה לישראל), הוא שההגנה על זכויות חוקתיות אינה עניין "אמיתי" או רציני (אלא דיבורים יפים בעלמא שאין להם גיבוי), או לפחות שהיא חלשה ורעועה. המסר הזה עלול להחליש גם את הביקורת השיפוטית. מסר זה צריך להטריד במיוחד בשיטת משפט שבה עיגון הזכויות (שהוא חלקי בלבד) אינו משוריין, וגם אינו נהנה ממעמד חוקתי מלא. אין להיחפז ולהתנחם בכך שמדובר בשעת חירום, שכן אין חומה סינית בין שעת חירום לבין השעות הבאות אחריה.<sup>43</sup>

42 אין בדברים אלו משום קביעה בדבר יעילות האמצעי של יישומן מרצון. אין לדעת מה היה קורה אילו הייתה מוצעת אפליקציה כזאת ללא איכנוי שב"כ. נראה כי כאשר מדובר באמצעים חריגים מתחייב להפעיל אותם על יסוד אמות מידה ברורות שייקבעו. אין זה עניין של שיקול דעת סתמי אלא מדובר בחובה של ממש. עם זאת, יש להיזהר בכגון דא ולהימנע מהיפוך יוצרות. קריטריונים יכולים לרכז את מידת הפגיעה של אמצעי קשה, אולם אין בכוחם להכשיר אמצעי שהוא פוגעני. ראו עניין איכנוי השב"כ, לעיל ה"ש 1, פסי' 45 ו-46 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

43 להבדל בין אוטרליה לבין הודו בעניין זה והשלכותיו על הפסיקה בתקופת הקורונה, ראו Lorne Neudorf, *COVID-19 in the Apex Courts of India and Australia: Judicial Roles and Constitutional Cultures*,

יצוין כי בית המשפט לא יוכל, או לכל הפחות יתקשה מאוד, להצביע על כשל מוסדי בניהול משבר, אבל הביקורת שהוא מותח על הליכי קביעת המדיניות עשויה להיות סימן לקיומו של כשל כזה.

בדרך כלל אין לזכות הנפגעת פה משלה בתהליכי גיבוש המדיניות, שלא כמו האינטרסים הציבוריים, שלהם יש ייצוג מובהק וברור.<sup>44</sup> מצב דברים זה יוצר חוסר

איזון בין האינטרס הציבורי לבין הזכות ליד שולחן הדיונים, לרעת הזכות. ההנחה שבהיעדר מייצג יידרשו נציגי האינטרסים הציבוריים למשימה במלוא המרץ היא אופטימית מדי, ונראה שאין לה על מה שתסמוך. במקרה הנידון, מקרה נדיר למדי, היה ייצוג לזכות הנפגעת – על ידי הרשות לפרטיות. אומנם במקרה זה לא הושיע הייצוג את הזכות בהליך קבלת ההחלטות, אך אי-אפשר להכליל מכך שהוא מיותר או חסר ערך. מכל מקום, היה בכך כדי לסייע לבית המשפט בהכרעתו.

המקרה הזה מדגים את החשיבות הרבה של המעקב אחר האמצעי לאורך זמן. המציאות אינה שוקטת על שמריה. בענייננו, אחרי שהוחלט על האמצעי התרחשו שני

אירועים משמעותיים לפחות – תוכנן והוקם מערך גדול של חקירות אפידמיולוגיות, והוכנס לשימוש יישומון וולונטרי. בעקבות השינויים האלה גברה מאוד יעילותן של החקירות האפידמיולוגיות וירדה יעילותם של איכוני השב"כ, עד שהאפקטיביות של החקירות עלתה על

## ד. החשיבות של ייצוג הזכות בהליכים

## ה. החובה לקיים מעקב אחר השימוש באמצעי המדיניות

44 אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מחן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361, 364-365, 370-373 (2016).

זו של האיכונים.<sup>45</sup> נוסף על כך, מגפה אינה תופעה יציבה ויש תנודות ניכרות ברמת התחלואה ובשיעורי החולים קשה והנפטרים. בהקשר זה, נתון מרכזי הוא הליך ההתחסנות של רוב הציבור הישראלי, שהקטין מאוד את הסיכונים החמורים שבמגפה. ברור שלשינויים האלה עשויה להיות השפעה על האמצעים הננקטים. הבעיה היא שרשויות השלטון לוקות לא אחת בקיבעון, בקידוש הקיים ובחוסר נכונות להפחית את רמת ההגנה שמעניק האמצעי, כלומר להגדיל במידת-מה את הסיכון.<sup>46</sup> לכן הנטייה היא להתרשם פחות משינוי הנסיבות ולהימנע מהפנמה שלהם. בה בעת, כחלק מתהליך המדרון החלקלק, מתרחש גם נרמול של החרגי – מה שנראה בתחילה חריג מובהק, נהפך לחרגי פחות, לחלק מהרגיל, כלשונו של השופט עמית: "השתמשת – התמכרת".<sup>47</sup>

מעקב השלטון אחר יעילותו בפועל של אמצעי שננקט צריך להיות שיטתי ומבוסס נתונים. צריכה להיות מתודולוגיה ברורה של איסוף הנתונים ועיבודם. הן קבלת ההחלטות הראשונית, הן בחינת השימוש באמצעי לאורך זמן, בשים לב לשינוי הנסיבות, צריכות להסתמך, ככל הניתן, על נתונים שקופים ומלאים ועל מתודולוגיה בהירה של עיבודם. רק כך אפשר לעמוד על התועלת השולית שבאמצעי ולעקוב אחריה לאורך זמן עם שינוי הנסיבות. תמונת הנתונים, כפי שהיא עולה מן הניתוח שערך השופט עמית, מטרידה. בדיעבד התברר ששיטת החישוב של משרד הבריאות אינה משקפת את מצב הדברים לאשורו. על סמך שיטה זו הוצגו לוועדת החוץ והביטחון, במשך חודשים, נתונים שהיו ככל הנראה שגויים. אין מדובר בטעות שולית או קטנה. התברר כי לפי שיטת החישוב החדשה, מספר הנבדקים שאותרו רק על ידי שב"כ נחתך ביותר ממחצית, ופחת ל-7% מהחולים באותה התקופה. בלי להטיל חשד

45 עניין איכוני השב"כ, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

46 שם, פס' 3 ו-5 לפסק דינו של השופט סולברג.

47 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

בכשרים, מתבקש בכל זאת לתהות – האם שיטת החישוב לא הושפעה מהרצון להצדיק את השימוש באמצעי? השופט עמית הצביע גם על כך שהחישוב שערך משרד הבריאות ביחס למספרי החולים הקשים והמתים שמנעו איכוני שב"כ היה מצטבר, ולכן כלולים בו נתונים מהתקופה שבה היו החקירות האפידמיולוגיות בחיתוליהן. החישוב המצטבר מושך את התמונה אל העבר ומונע קבלת תמונה ערכנית על יעילות איכוני שב"כ. מקריות או תמיכה באמצעי שהונהג?

גם בפרשת ההגבלות שהוטלו על יציאה לחו"ל ועל כניסה לארץ של אזרחים ישראלים התקבלה תמונה לא מדויקת של בסיס הנתונים ששימש את המחליטים. המדינה לא הצליחה להסביר את הגבלת מכסת השבים ל-3,000 דווקא. נוסף על כך, היא הצביעה על אינדיקציה להצלחת המדיניות שלה, שאינה מראה זאת באמת. השיעור הנמוך של נכנסים שאותרו כחיוביים בבדיקות נזקף משום מה לסגירת שדה התעופה, אף שההסבר הסביר לכך הוא הבדיקה הנערכת לפני העלייה למטוס. החלטות המתקבלות שלא על בסיס מוצק של נתונים עלולות להוביל למדיניות בלתי עניינית, ואף שרירותית. מטבע הדברים הליכי קבלת החלטות כאלה מושכים את המחליטים לאמצעים קיצוניים ודרסטיים.<sup>48</sup>

היה אפשר להימנע מתוצאה זו אילו הייתה הממשלה מטה אוזן לשורה של קולות מכיוונים שונים ומגוונים שהציעו לה לנהוג אחרת (כלומר, לחוקק הסדר מוגבל בהרבה

מההסמכה הגורפת של שב"כ לערוך איכונים), ובהם השב"כ עצמו

.1

## החובה להקשיב מתוך פתיחות

48 שם, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות ופס' 11 לפסק דינה של השופטת ברון. ראו גם בג"ץ 7146/12 נגיט סרג' אדם נ' הכנסת, סו(1) 717, פס' 13-18. 99- לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (2013).

הרשות לפרטיות, היועץ המשפטי לממשלה, ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, ארגון רופאי בריאות הציבור וארגוני חברה אזרחית. בהליך בריא של קביעת מדיניות אין חובה להישמע לגורמים מיעוצים ולגורמים מפקחים, אולם יש להקשיב להם בתשומת לב ומתוך לב פתוח ונכונות להשתכנע. נראה שלא כך היה במקרה שלפנינו.

קריאת פסק הדין הראשון שניתן בעתירה נגד איכוני השב"כ מלמדת גם כמה מוגבלת ההקשבה של השלטון אפילו לכג"ץ. כבר עמדנו על כך שהמדינה לא הפנימה כלל את חומרת הפגיעה בזכות לפרטיות, מה שהשתקף בהתמדתם של נציגי הממשלה שהמעטה בחשיבות הפגיעה בזכות גם בעתירה השנייה. בית המשפט הנחה כי "המאמץ לאיתורה של חלופה יעילה אחרת חייב להימשך ללא לאות"<sup>49</sup>. קשה להתרשם שהמדינה פעלה לפי הנחיה זו. יש בכך כדי לעורר הרהורים נוגים על מידת ההשפעה של הנחיות פסיקה שאינן אופרטיביות ואינן מלוות במנגנון של מעקב וכפייה. הסימנים המדאיגים היו לנגד עיני בית המשפט כבר בעתירה הראשונה: בית המשפט קבל כבר שם שאף שחלפו כמה שבועות, לא נעשתה עבודת מטה רצינית לאיתור חלופה פוגענית פחות,<sup>50</sup> ולא התקיים דיון משמעותי בכנסת.<sup>51</sup> אולי אפשר להסיק מכך שמעורבות מתמשכת של בית המשפט (כגון, כאשר בית המשפט מבקש להיות מדווח תקופתית על ההתנהלות השלטונית ועוקב אחריה לפי הדיווחים) הייתה עשויה להיות יעילה יותר.

49 עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 4, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

50 שם, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

51 שם, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

## במקום טיכום

מאמר זה העלה לקחים מדיון בפסקי הדין של בית המשפט העליון בפרשת איכוני השב"כ במהלך ההתמודדות של המדינה עם נגיף הקורונה. דיון זה נערך מתוך פרספקטיבה של הטמעת כללי המידתיות בתוך הליכי קביעת המדיניות במקרים שבהם אמצעי שנשקל כרוך בפגיעה בזכות חוקתית. פסקי הדין שנבחנו יכולים לשמש בסיס טוב להנחיית פעולתם של קובעי מדיניות: כיצד לנהוג וכיצד לא לנהוג בהליכים של קביעת מדיניות וכיצד לבחון מדיניות שאומצה לאורך זמן.

הדיון מלמד גם כי בחינת הליכי קבלת ההחלטות והמעקב אחריהם יכולה להועיל להערכת סבירות ומידתיות המדיניות שגובשה וההחלטה להתמיד בה. במיוחד מועיל לבחון עד כמה היה הליך קבלת ההחלטות מבוסס ראיות, ובאיזו מידה נבחנו ברצינות וביסודיות חלופות שונות.

**פרופ' מרדכי קרמניצר** הוא עמית בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים; מומחה למשפט פלילי, ציבורי ומינהלי, זכויות אדם, שחיתות שלטונית ומידתיות.

**פרופ' רענן סוליציאנוֹרִיקִינן** שימש מנהל שותף של התוכנית למידתיות בקבלת החלטות שלטוניות במכון הישראלי לדמוקרטיה; ראש בית ספר פדרמן למדיניות ציבורית וממשל באוניברסיטה העברית בירושלים; מומחה להתנהגות פוליטית, מינהל ציבורי התנהגותי ומחקר אמפירי של המשפט.



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

מסת"ב:  
978-965-519-366-4