

בבית המשפט המחוזי

בתל אביב – יפו

עפמ"ק 50075-11-18

**קבוע ליום 14.1.2019
בפני כב' השופטת סוקולוב**

המבקשת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 58-0011567
ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או דן יקיר ו/או עודד פלר
ו/או שרון אברהם-ויס ו/או גיל גן-מור ו/או משכית בנדל
ו/או טל חסין ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רוני
פלי ו/או סנא אבן ברי ו/או ספיר סלוצקר עמראן
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-7050734 ; פקס: 03-5608165

בעניין

המעוררת:

מדינת ישראל – עיריית תל-אביב יפו
ע"י עוה"ד שלי וייל ו/או אתי לוי ו/או נעמה בנצקי
השירות המשפטי, המחלקה הפלילית
עיריית תל-אביב יפו
רחוב אבן גבירול 69, תל אביב
טל': 03-7242344 פקס: 03-5217504

- נ ג ד -

ד.מ.

המשיב:

בקשה להצטרף לדיון במעמד "ידיד בית המשפט"

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף לדיון בערעור במעמד של "ידיד בית המשפט".

ואלה נימוקי הבקשה:

הערעור - מה מונח על הכף

תיק זה עניינו במערך מעקב מצולם שמשמש את המערערת ורשויות אחרות לאכיפת חוקי החנייה וזאת ללא הסמכה בחוק. מצלמות החנייה הן חלק ממערכת מעקב טכנולוגית, שהיא עצמה מהווה קצה קרחון לתופעה מסוכנת ואדירת ממדים: רשויות שלטון יוזמות פרויקטים טכנולוגיים חדשים שהולכים ושוחקים את מה שעוד נותר מהזכות לפרטיות, ללא סמכות חוקית לעשות זאת. הן בונות חברת מעקב בשיטה של "חומה ומגדל", וקובעות "עובדות בשטח" ובסופו של דבר מעצבות "דין", תוך הפרה של הוראות חוקתיות ושל מושכלות יסוד בחברה דמוקרטית. המציאות הנורמטיבית נקבעת במחשכי הביורוקרטיה ולא בבתי המחוקקים ובתי המשפט. המבקשת פועלת מזה כיובל שנים לקידום זכויות האדם ובמסגרת זו צברה ניסיון ומומחיות בסוגיות של הגנת הפרטיות – להלכה ולמעשה, ובין היתר השתתפה בדיון בבג"צ אור-הכהן בסוגיה שניצבת במוקד הערעור דכאן. על יסוד כל אלה, מתבקש בית המשפט הנכבד להתיר את צירוף המבקשת לדיון במעמד "ידידת בית המשפט".

הבקשה מוגשת רק עתה כיוון שנימוקי הערעור הוגשו בשבוע שעבר.

1. ערעור זה נסב על פסק דין מיום 7.10.2018 של בית המשפט לעניינים מקומיים בתל אביב (כב' השופט איתי הרמלין) בתיק חניה 72118789 מדינת ישראל נ' מזרחי. בית המשפט הנכבד זיכה את הנאשם (המשיב בערעור) לאחר שפסל את הראייה המרכזית בתיק – תמונה שנקלטה במערכת המעקב המצולם של המערערת. מצלמות המעקב הן חלק ממערך טכנולוגי של מעקב ועיבוד מידע, שפוגע בזכות היסוד לפרטיות מבלי שהמערערת דאגה לקבל סמכות חוקית להפעילו.

2. על סמך ניסיונה בקידום זכויות אדם חוקתיות ומומחיותה בהיבטים המשפטיים והאחרים של הסוגיות שבמוקד הערעור שלפנינו, מבקשת האגודה לזכויות האזרח בישראל להצטרף לדיון במעמד של ידיד בית המשפט ולהתייחס לסוגיות העקרוניות שמונחות בפני בית המשפט הנכבד: הפגיעה בזכות היסוד לפרטיות, שנגרמת עקב השימוש שעושה המערערת במעקב מצולם בלא שניתנה לה סמכות חוקית לעשות זאת, ובטלותה של ראייה שהושגה באמצעות פגיעה זו.

צירוף "ידיד בית המשפט"

3. לפני כעשרים שנה, בהלכת כוזלי, הכיר בית המשפט העליון בקיומו של מוסד "ידיד בית המשפט" והתווה את מערך השיקולים והמבחנים שבהתקיימם ראוי לצרף במעמד זה גוף ציבורי כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו.

"בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי... מצווה על בית המשפט הדין בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו... מקום בו ישנו גוף ציבורי – שאמנם אינו צד ישיר להליך – אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם

המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון בצד העותר ... בכך, יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו" (מ"ח 7929/96 [כחלי נ' מ"י](#), פ"ד נג(1) 529, 554 (1999)).

הערה: כל ההדגשות בציטוטים בבקשה זו אינן במקור אלא אם צויין אחרת

4. מאז, צורפו גורמים ציבוריים רבים לדיונים בנושאים שונים - בבית המשפט העליון, בבתי הדין לעבודה ובבתי המשפט המחוזיים. אגב כך, גובשה בפסיקה רשימה לא סגורה של קריטריונים לצירוף "ידיד בית משפט", ובין היתר: מהות הגוף המצטרף ומומחיותו; ניסיונו של הגוף והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו הוא מצטרף; סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו; מהות הצדדים הישירים להליך; והתרומה הפוטנציאלית לדיון.
5. כפי שמציינים כבי' השופט רובינשטיין והמלומד ד"ר שי פרבר, "ככלל, **רוב הבקשות להצטרף הידיד** מתקבלות על ידי בתי המשפט בהחלטה חיובית פורמלית או בהחלטה חיובית לא פורמלית אשר באה לידי ביטוי בכך שחוות דעתו של הידיד מאוזכרת או מוצאת את ביטויה בפסק הדין" (שי פרבר ידיד בית המשפט (הוצאת נבו, 2018), 91-96, והקדמה של השופט רובינשטיין בעמ' 14). ואכן, במקרים רבים – בעיקר בבית המשפט העליון, הבקשה מועברת להחלטת ההרכב שדן בתיק, המבקשת מתייצבת לדיון ודברה נשמע גם ללא החלטה פורמלית (ר' למשל: "הבקשה, התשובות לה והחלטתי זו יובאו בפני ההרכב אשר ידון בערעור, בעת הדיון בו **כנהוג בבית משפט זה**" (ע"א 8717/17 [מדינת ישראל נ' נתבון איסמעיל](#) (22.8.2018)).
6. צירוף "ידיד" עשוי לתרום לעשיית משפט וצדק במיוחד בהליך הפלילי. ד"ר פרבר כותב, שאין זה מקרה שמוסד "הידיד" הוכר לראשונה בהליך פלילי, וזאת לאור המציאות שבה "משמש אולם בית המשפט כזירה דו קרב בין שני צדדים לא שקולים בכוחם – המדינה באמצעות פרקליטות המדינה מצד אחד והנאשם מצידו האחר" (פרבר, 85); צירוף "ידיד" להליך הפלילי חשוב במיוחד **שעה שהנאשם אינו מיוצג** (פרבר, 235).
7. האמור לעיל אינו נכון רק לגבי בית המשפט העליון אלא לכל ערכאה שיפוטית שהיא. "אמות-המידה בכל הנוגע לזכות העמידה של 'העותר הציבורי' בבית-הדין לעבודה, כמוהן כאלה החלות בבית-המשפט העליון" (ע"ע 1233/01 [אוריאל - עיריית הרצליה](#), פד"ע לז 508 (2001) 513). בהתאם לזאת צורפו גורמים ציבוריים דוגמת המבקשת לדיונים בתחומים שונים ובערכאות השונות: כך, למשל, המבקשת דכאן צורפה לדיון **באישום** נגד מקבצי נדבות ברחבת הכותל (ת"פ 9 (י-ט) 32921-06-14 [מדינת ישראל נ' שורץ](#) (9.11.2017)) ולערעור באותו עניין (ע"פ 9 (י-ט) 11606-01-18 [שורץ נ' מדינת ישראל](#) (16.10.2018)). תיק פלילי בעניין קיבוץ נדבות בצומת כבישים, הועבר לגישור קהילתי עוד בטרם נדונה בקשת ההצטרפות של האגודה, אך בית המשפט ראה לנכון להודות לה "על הגשת הבקשה מטעמה, שסייעה אף היא, ולו בעקיפין, בקידום ההבנות בין הצדדים" (ת"פ 9 (ב"ש) 19193-01-14 [מדינת ישראל נ' לוי](#) (20.4.2015)). בית המשפט המחוזי בירושלים צירף את מבקשת לדיון בערעור פלילי על הרשעה בעבירה של העלבת עובד הציבור באמרו:

"סברנו כי בהליך המעורר סוגיות הכרוכות באחת מזכויות האזרח המובהקות, הלא היא חופש הביטוי, מן הראוי לאפשר לאגודה לזכויות האזרח להשמיע את קולה" (ע"פ (מחחי' (פ-13-03-2696 [אליצור סגל נ' מדינת ישראל](#) (2.6.2013); ור' עוד: רע"פ 5991/13 סגל נ' מ"י (2.6.2013)).

8. דוגמאות נוספות: פרום המרצים לאתיקה מקצועית צורף לדיון בערעור בעניין עו"ד פלילי שהעביר מעטפת כסף לכלא (עמל"ע (מחחי', י-15-01-51627 [ועדת האתיקה של לשכת עו"ד מחח ת"א נ' בר שלום](#) (25.5.2015)); [ארגון "בזכות" צורף לתביעה על העדר נגישות לפארק שעשועים \(תא"מ \(ת"א\) 26251-07-15 אורי גוב נ' עיר השעשועים בע"מ](#) (8.8.2016)); [התנועה לאיכות השלטון צורפה לדיון בתביעה של עובד שפוטר לאחר שהתלונן על חריגה מטוהר מידות \(סע"ש \(עבודה, ת"א\) 13265-04-14 גנוסר נ' חברת החשמל](#) (26.8.2016)); [ויצ"ו צורפה לדיון על מתן רישיון לעסק שמפעיל שירותי "הצצה" לנשים \(עת"ם \(ת"א\) 8707-07-15 ירושלמי נ' ועדה לתר"ב י-ם](#) (11.10.2015)); [שדולת הנשים צורפה לתביעה בעניין קבלה לעבודה \(סע"ש \(עבודה, ת"א\) 7980-07-13 ניב נ' ע' בני ברק](#) (31.10.2013) ו-פ"ה (עבודה, חי') 32414-12-12 [עו"ד מסרי נ' מועצה מקומית ערערה](#) (1.9.2013)); [עמותת המשפט בשירות הזקנה צורפה לתביעה לתשלום גמלה \(תא"מ \(חי'\) 8227-07-08 פרידמן נ' המוסד לביטוח לאומי](#) (19.10.2009)); [איגוד האינטרנט צורף לדיון בתביעה כספית נגד ספקיות גישה לאינטרנט \(ת"א \(מרכז\) 13758-04-14 צ'רלטון בע"מ נ' 012 סמייל טלקום בע"מ](#) (31.12.2017)). וגם כשבית משפט דחה בקשת הצטרפות של התנועה לאיכות השלטון, הוא התיר לנאשם, שלא היה מיוצג, לעשות שימוש בטיעונים שהוגשו על ידה לבית המשפט (ת"פ (שלום ת"א) 37958-02-15 [מדינת ישראל נ' רפי רותם](#) (28.11.2016)).

צורף המבקשת לדיון

9. **המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין זה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצורף המבקשת לדיון** דנן. המבקשת היא עמותה רשומה, הפועלת מזה כארבעים ושבע שנים לקידום זכויות אדם באמצעות חינוך, הסברה, הופעה בפני ועדות הכנסת וגורמי ממשל, טיפול בפניות ציבור והתדיינות משפטית. היא משמשת פעמים רבות **כעותרת ציבורית** "בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי" - אפילו אם בעל העניין הישיר בעניין נמנע מפנייה לערכאות (בג"צ 651/03 [האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-16](#), פ"ד נז (2) 62, 69 (2003)).
10. במהלך פעילותה רכשה המבקשת **מומחיות בכל הקשור להגנה על הזכות לפרטיות - להלכה ולמעשה** - והיכרות רחבה עם סוגיות שונות בתחום זה, לרבות בנושא השימוש במצלמות מעקב. בין היתר ניהלה המבקשת התדיינות, שהסתיימה בפסק הדין מנחה שפסל העברת מידע אישי משרד הפנים אל הבנקים, בשל כך **שפרקטיקה זו לא עוגנה בחקיקה** (בג"צ 8070/98 [האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים](#), פ"ד נח (4) 842 (2004)). המבקשת גם ניהלה התדיינות נגד חוק "האח הגדול" המקנה למשטרה גישה לנתוני תקשורת, ונגד המאגר הביומטרי של משרד הפנים (בג"צ 3809/08 [האגודה לזכויות האזרח נ' משרתת ישראל](#) (2012); בג"צ 1516/12 [פרופ' נהון נ' הכנסת](#) (2012)).
11. נוסף על כך משתתפת המבקשת באורח קבע בישיבות ועדות הכנסת, ובין היתר השתתפה דיונים שהתקיימו בנושא מערכות המעקב המצולם ברחבי הארץ, פרויקט רשומה רפואית לאומית, כרטיס "חכם" בתחבורה הציבורית, ומיזמים טכנולוגיים אחרים שמפעילות רשויות השלטון בלא הסמכה חוקית ותוך פגיעה בזכות היסוד לפרטיות.

12. המבקשת הציגה את עמדתה והשתתפה בהתדיינויות בסוגיות שונות של פרטיות, כמו למשל: חיפוש משטרתי "בהסכמה" ללא סמכות חוקית – חיפוש גוף (רע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.2012)) וחיפוש "בהסכמה" בטלפון חכם של נחקר (ע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאורי (19.6.2017)); פגיעה בפרטיות עקב פרסום דיגיטלי של פסקי דין (בג"צ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (12.11.2015)); פרטיות בתיבות דוא"ל של עובדת (ע"פ (ארצי) 90/08 איסקוב - הממונה על עבודת נשים, פס' 10 (2011)); ושימוש בשעון נוכחות ביומטרי במקום העבודה (עס"ק (ארצי) 7541-04-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - עיריית קלנסווה (13.4.2015)), איסור פרסום שם של תובע בנוזיקין (ע"פ (מחחי, ת"א) 2319/08 פלוני נ' פלונית (1.6.2011); ע"פ (מחחי, מרכז) ע"א 41662-10-13 פלוני נ' חיוך ראשון בע"מ (6.2.2014)), ובעניין זיכוי נאשמים בשל שימוש שעשוי רשויות האכיפה בפרופילינג אתני (ע"פ (ארצי) 42453-03-17 מ"י נ' רובינשטיין).
13. המבקשת השתתפה בדיונים שקיים בג"צ בסוגיה שבמוקד התיק זכאן - השימוש שעושות רשויות מקומיות במעקב מצולם לצורך אכיפת חוקי החניה (בג"צ 867/15 אור הכהן נ' שר הפנים (16.5.2018), להלן: "בג"צ אור-הכהן").
14. שיקולים של מאזן הנוחות נוטים אף הם לטובת צירוף המבקשת במעמד "ידיד בית המשפט", באשר אין בו כדי לסרב את הדיון או להכביד עליו: המבקשת תרצה להציג את עמדתה, ומעבר לכך תיקבע מידת מעורבותה בהליך על ידי בית המשפט הנכבד כפי שזה ימצא לנכון.
15. **הבקשה מוגשת רק עתה – שבוע לפני הדיון – כיוון שנימוקי הערעור הוגשו רק בשבוע שעבר** ולמבקשת נדרשו מספר ימים על מנת ללמוד את טיב המחלוקות ולהתייחס אליהן.

הזכות לפרטיות בצל איום ושחיקה

16. הזכות לפרטיות היא זכות יסוד חוקתית, המעוגנת בסעיף 7 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 ובדברי חקיקה נוספים. בתי המשפט הדגישו לא אחת, כי היא "מהחשובה שבזכויות האדם" (ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאט, פ"ד מט (3) 309, 353 (1995)), מ"החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו" (ע"פ 5026/97 ג'ק גלעם נ' מדינת ישראל (1999)). "ההכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי ליחוד אל מול האחרים... עניינה... באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכות להיות עם עצמו ובזכות לכבוד ולחירות" (בג"צ 650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני, פס' 10 (2006)).
17. אלא ש"חירותו של הפרט אינה מותנית רק במבנה נורמטיבי המכיר בזכויותיו, אלא גם במציאות פרקטית המאפשרת לו להגן על פגיעה בה". (רע"פ 2060/97 פלונית נ' הפסיכיאטר המחחי, פ"ד נב (1) 697, 715 (1998)). "זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים... (ענת"מ (מנהליים, י-ם) 769/04 אבו מיאלה אמינה נ' משרד הפנים (2004)).

18. וככל שהדברים נוגעים להגנת הפרטיות קיים פער הולך וגדל בין ההבטחה החגיגית שבדין לבין המצב בשטח. הזכות לפרטיות מצויה חדשות לבקרים **בסכנת שחיקה והכחזה**. כפי שכותב פרופ' מיכאל בירנהק:

"בשונה משאר הזכויות, הפרטיות נתונה תחת **מתקפה קשה שמאיימת להכריעה**. בעידן דיגיטלי שמציע טכנולוגיות של מעקב, בתוספת לחץ ביטחוני עצום מצד המדינה ... ובתוספת לחצי השוק התובע יתר-יעילות, הזכות לפרטיות נאבקת על מקומה, ונדמה לפעמים שהמאבק להגנתה הוא מלחמת מאסף... תגובה נפוצה לטענה בדבר פרטיות היא "אין לי מה להסתיר". זו טענה שכופרת בקיומה של הפרטיות... (מיכאל בירנהק "שליטה במידע והסכמה מדעת: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9 2007 עמ' 10, 14).

19. גורם מרכזי נוסף לכרסום בזכות לפרטיות נובע **מהתפתחויות טכנולוגיות**, שמעמידות בפני כל מי שרוצה בכך – גורמים בממשל ובשוק הפרטי – אפשרויות בלתי נדלות לפלוש למרחב הפרטי, להתחקות אחר כל צעד ושעל שעושה אדם בחייו, לאסוף ולאגור את כל עקבות המידע שהוא משאיר אחריו. אלה חוברים לאיומים, אמיתיים ומדומים, על הביטחון הקיבוצי והאישי, שאותם מלבים פקידי הביורוקרטיה השלטונית ואינטרסנטים בשוק הפרטי, המבקשים להרבות את משאבי המידע והכוח שבידם.

מצלמות המעקב פוגעות בזכות לפרטיות

20. בניגוד לרושם שעלול לעלות מנימוקי הערעור, מצלמות המעקב מסבות פגיעה ממשית לפרטיות; פגיעה עצמאית ונפרדת מפוטנציאל אדיר לפגיעות חמורות נוספות. בכך מכירה גם המדינה: בדיון שקיימה ועדת המדע של הכנסת על מצלמות המעקב בשלטון המקומי, אישרה נציגת משרד המשפטים, "שיש **כאן בעצם הצבת המצלמות פגיעה בפרטיות** ונדרש איזון אל מול אינטרסים אחרים שנפגעים" (עו"ד גבריאלה פיסמן, פרוטוקול דיון בוועדת המדע של הכנסת מיום 2.5.2012 בנושא "שימוש במצלמות מעקב במרחב הציבורי", ע' 36-37).

21. הזכות לפרטיות הוכרה כ"זכותו של האדם ולא של המקום" והיא עומדת גם למי שנמצא במקום שנחשב כ"רשות הרבים" (בג"צ 650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני, (2006); ר' גמ: ע"פ 2126/05 ג'רייס נ' מדינת ישראל (26.6.2006)). "אפילו בכיכר העיר אנו מצפים לפרטיות מסוימת" (בירנהק - מרחב פרטי, ע' 72).

22. צילום ותיעוד של העוברים והשבים שהם עושים שימוש שגרתי במרחב הציבורי עולה כדי פגיעה בפרטיות. לכך יש להוסיף את הפגיעה העצמאית והנפרדת, הנובעת מהבילוש והמעקב הסמוי, שמתבצע באתר נפרד - בחדר הבקרה.

23. בכך לא מתמצה הפגיעה. מצלמות המעקב שבמוקד הערעור דנן אין עומדות בפני עצמן, הן חלק **ממערך שלם** של אכיפה באמצעות מעקב מצולם הכולל מצלמות במספר הולך וגדל (והשוו: פס' 19 לפסק הדין מושא הערעור אל מול: "200 מצלמות בת"א נגד נהגים בנתיבי אוטובוסים", ynet 13.7.2016), שמעבירות את כל המידע הוויזואלי למרכז בקרה, מעקב אנושי בזמן אמת, מאגרי מידע ועיבודי מידע.

24. אמנם, המערערת קימצה בפרטים על מערכת המעקב המצולם: חרף הפצרות בית המשפט קמא היא לא הביאה ראיות כלשהן לגבי הנתונים הטכניים, ואף דחתה בקשת חופש מידע של הנאשם - הפנתה

אותו "ליצרן... מבלי לציין מיהו היצרן... ואיך ניתן לפנות אליו" (פסקה 10 לפסק הדין מושא הערעור). אבל אפילו ממעט המידע והראיות שנידבה המערערת, ברי שאין מדובר רק במקבילה של מצלמה או מסופון כטענתה (ר' פס' 52 להלן), אלא במערך של צילום, ניטור ועיבוד מידע, לרבות "מחשב לניתוח זרם הווידאו", "שילוב סרטי וידאו ובינה מלאכותית" וכד' (פרוטוקול ועדת התקשוריות 25.12.2011 – נספח 2 לנימוקי הערעור).

25. האבחנה וההפרדה ה"כירורגית" בין מצלמות החניה לבין מצלמות מעקב אחרות שמפעילה המערערת, יפה לכתבי הטענות, אך אינה מתקיימת בהכרח במציאות. והוא הדין באשר לניסיון להציג את המצלמות במנותק מהמערך הטכנולוגי השלם. כפי שקבע רשם מאגרי המידע בהנחיה שהוציא:

"במערכות צילום והקלטה דיגיטליות המופעלות כיום קיימות תכונות בסיסיות המאפשרות מפתוח אוטומטי ואפשרויות שליפת מידע לפי פרמטרים כגון חתכי זמן הצילום ומיקומו. במקרים מסוימים אף קיימות יכולות זיהוי אוטומטיות, או אוטומטיות למחצה של אובייקטים שונים בתמונה, כגון פענוח מספר לוחיות זיהוי... תוכנות לזיהוי פנים אוטומטי הקיימות זה מכבר בשוק, עשויות לספק למערכות הצילום דיוק בזיהוי פנים ברמה הולכת ומשתפרת. התוצאה... קיום יכולת חיפוש ואחזור חזקה מאוד ביחס למידע, באופן שהתיעוד יחד עם החיפוש הופך להיות בעל פוטנציאל ניטור ואיתור משמעותי מאוד". (הנחית רשם מאגרי המידע מס' 4/2012 "שימוש במצלמות אבטחה ומעקב ובמאגרי התמונות הנקלטות בהן", פס' 2.5-2.3, (נספח 9 לנימוקי הערעור; להלן: "הנחיית הרשם").

26. אגירת המידע הוויזואלי שמפיקות המצלמות, כשלעצמה, היא "עיבוד" מידע; וכפי שניתן ללמוד מהנחיית רשם מאגרי המידע, שמירת הנתונים יוצרת "מאגר מידע" כהגדרתו בחוק, בהיותו כולל "נתונים על אודות אדם, כאשר המידע אודותיו מזוהה או ניתן לזיהוי" (הנחיית הרשם (נספח 9 לנימוקי הערעור), פס' 2.7; ר' גם ראש רמו"ט בפרוטוקול וועדת המדע 2.5.2012 (ר' פס' 20 לעיל) ע' 12; ר' עוד פסיקה של בית הדין של האיחוד האירופי: (21 Dec, 2014) *František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů*).

27. פרטיות משמעה שליטה של אדם על המידע האישי שלו. (מיכאל בירנהק "שליטה במידע והסכמה מדעת: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9 2007 עמ' 10, 14). השימוש שעושה המערערת במערכת מעקב מצולם פוגע באופן ברור וחד-משמעי בפרטיותו של האדם. המלומד **Daniel Solove**, מגדולי התיאורטיקנים של הפרטיות, התייחס להשפעה של מצלמות מעקב באופן הבא:

"Video surveillance is problematic regardless of whether it occurs in private or in Public... Surveillance limits our freedom. It can tie us to our past by creating a trail of information about us... Surveillance is a sweeping form of investigatory power. It extends beyond a search, for it records behavior, social interaction, and everything that a person says and does... Surveillance gives significant power to the watchers. Part of the harm is not simply in being watched but in the lack of control that people have over the watchers" (Daniel J. Solove *Nothing to Hide* 178-179 (Yale Un. Press, 2011)).

28. ואכן, המהפכה הדיגיטלית מאפשרת לצבור בקלות מידע אישי עצום ורב ולתכנן מערכות טכנולוגיות שיַעבדו אותו. אחזור מאגרי מידע והצלבתם מוסיפים למידע קיים משמעויות נוספות, ומעמיקים את הפלישה לפרטיותם של מושאי המידע. "גם מידע טריוויאלי יכול להצטרף ולהרכיב את דמותנו... השאלה אינה אם יצורף הפרט הבודד לפרטים אחרים אלא **תוך כמה זמן** ייעשה הצירוף" (בירנהק, עמ' 223; וראו גם: Daniel J. Solove, "[Access and Aggregation: Public Records, Privacy, and the Constitution](#)" 86 MINN. 1137, 1180 (2002)).

29. פגיעתם הרעה של מנגנוני הפיקוח והשליטה במידע אינה מתרחשת רק בזמנים של דמוקרטיה במשבר. היא מתרחשת בהווה ומרופפת את אושיות הדמוקרטיה. ודוקו, את הפגיעה בפרטיות אין להבין רק בהיבט של רגישות פריט מידע כזה או אחר שנאגר על ידי הרשות, אלא בהיבט המצרפי של מאגרי המידע שבידיה. מאגרי מידע הם משאב של כוח ושליטה המקנים לריבון מרחב תימרון גדול מדי במגוון עצום של עניינים:

"(W)hen the government gathers information it was previously prohibited from gathering..., a significant reallocation occurs in the respective power of state and of individuals to control our own lives. ... rewriting of the fundamental social contract that hitherto defined the relationship between the state and the individual citizen." (Diane L. Zimmerman "[Exactly Why is the Crowd Naked? Are We Strippers or Were We Robbed?](#)" Criminal Justice Ethics, Vol. 24, pp. 47-52, (2005)).

30. וכפי שהציג זאת בית המשפט העליון: בעידן המידע הדיגיטלי, פן חשוב של הגנת הפרטיות נגזר מ"החשש מפני כוחה העודף של המדינה, שתרכז בידיה מידע רב לגבי אזרחים ותושבים ותעשה שימוש לרעה באותו מידע" (בג"צ 8070/98 [האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים](#), פ"ד נח(4) 842, 856 (2004)).

31. זאת ועוד, כוחה הממשטר של "חברת המעקב" אינו מבוסס בהכרח על מעקב ממשי, אלא גם על כך שהפרט יודע **שהמדינה שולטת במידע האישי שלו ויכולה לעקוב אחריו בכל עת שתחפוץ בכך**. די בהכרה זו כדי לגרום לנעקבים לדכא את התנהגותם ולחיות בחשש מתמיד:

"הם מניחים שהם במעקב מתמיד ומתאימים את התנהגותם להנחה זו תוך ריסון עצמי, תוך הימנעות מפעולות רצויות, תוך צמצום החירות שלהם" ... "העין הבוחנת והעוקבת... גורמת לנו לתחושת אבדן שליטה בעצמנו: מישהו אחר, לא ידוע, מושך בחוטים שאליהם אנו קשורים ושולט בגורלנו. במובן זה המבט הפנאופטי איננו רק מצנן, הוא מקפיא" (מיכאל בירנהק, [מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה](#) (2010) (להלן: "בירנהק - מרחב פרטי") ע' 182 ו-429; וכך, Daniel J. Solove, [The Digital Person](#) (NYU Press, 2004) 29-31).

32. היטיבה לתאר זאת פרופ' רות גביון כבר בתחילתה של המהפכה הדיגיטלית:

"במאגרי מידע יש היבט נוסף, שגם הוא מרכזי בהגנה על הפרטיות, והוא שמאגרי מידע תורמים לתחושה של האדם שהוא מאבד באיזשהו מקום את השליטה בכל מיני היבטים חשובים של חייו... הידיעה שאתה – כל אחד מאיתנו, כל אחד מהאנשים –

הוא מספר, הוא פרופיל, שכל אחד יכול להפעיל כפתור ולקבל אותו. **הפגיעה הזאת היא פגיעה של כבוד. הפגיעה הזאת היא פגיעה של אובדן שליטה...** היא פגיעה של היחס בין הפרט ופרטים אחרים לבין הממשלה או מחזיק המאגר; היא **פגיעה שאינה מתמצית בחשש משימוש לרעה** (רות גביזון "הזכות לפרטיות ולכבוד" בתוך: זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח (1988), ע' 61, 69).

33. דברים דומים נמצא בפתח להנחיית רשם מאגרי המידע בעניין הדין החל על מצלמות מעקב:

"למבט העוקב אחרי בני אדם יש כוח ממשמע וממשטר המשפיע על אופן התנהגותם... חלק ניכר מהפעילויות הנתפסות באמצעי התייעוד הדיגיטליים הן פעילויות שגרתיות יומיומיות תמימות, שאינן מהסוג שהחברה מבקשת למנוע. בשל כך למעקב המתמיד יש גם השלכה שלילית: לשם המימוש העצמי וההתפתחות האישית זקוק כל אדם למרחב פרטי, בו יוכל להיות הוא עצמו ולהתנסות בחוויות ובהתנהגויות שאינן בהכרח מקובלות על החברה הסובבת אותו - בלא צורך לדווח לאחרים, להסביר ולהצטדק" (הנחית הרשם (נספח 9 לנימוקי הערעור), פס' 2.2).

האמנם פוטנציאל בלבד?

34. המערערת כופרת בעצם הפגיעה בפרטיות, וטוענת שמערך המעקב המצולם יוצר רק "פוטנציאל" לפגיעה, הא ותו לא (ד' עמ' 10 לנימוקי הערעור).

35. אכן, לצד פגיעה בזכות לפרטיות, מצלמות המעקב מעמידות גם **פוטנציאל** לפגיעות נוספות - בזכות לפרטיות, ובאמצעותה בזכויות יסוד נוספות. שהרי, להוציא מקרים נדירים של מציצנות לשמה, פגיעה בפרטיות היא רק "שער" לפגיעה במגוון זכויות ואינטרסים. בדרך כלל גם לא נדע ש"הפוטנציאל" התממש ושנעשה שימוש לרעה במידע האישי שלנו, ולכל היותר נחוש את התוצאה – הפגיעה שנעשתה בעזרת אותו מידע אישי. זהו מאפיין ייחודי של פגיעות בפרטיות המידע - פגיעה בזכויות אחרות מתגלה על אתר - ויש בכך טעם לתת משקל מיוחד גם ל"פוטנציאל" בלבד שעה שמדובר בפרטיות המידע.

36. בית המשפט העליון הלך בדרך זו ב**פרשת הפרטות בתי הסוהר**. באותו עניין נדונה אגב אורחא השאלה, אם דיי בפוטנציאל לפגיעה בזכויות יסוד כדי להכריז על בטלותה של הוראת חוק, וזאת לאור ה"זהירות וריסון בהפעלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת" (בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (19.11.2009), כב' הנשיאה ביניש בפס' 67, וכב' השופטת פרוקצ'יה בפס' 60). בית המשפט לא הכריע בסוגיה כיוון שהגיע לכלל דעה שאין מדובר רק ב"פוטנציאל" אלא בפגיעה ממשית בזכויות יסוד. נקבע שהאמצעי, אשר חושף את זכויות האסירים לפגיעה העתידית – הפקרת הזכות לחירות ולכבוד לשיקולים כלכליים של גורם פרטי – מסב פגיעה "עצמאית" באותן זכויות וזאת גם "בהנחה שמבחינה עובדתית-אמפירית לא הוכח כי תתרחש" פגיעה נוספת (שם, הנשיאה ביניש, פס' 30).

37. כך היה גם שעה שבית המשפט העליון נדרש לפגיעה בפרטיות, הנגרמת עקב הנגשת מאגר המידע של מרשם האוכלוסין לגורמים פרטיים (בג"צ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים**, פ"ד ת"ח (4) 842, 853 (2004)). המשיבים באותו עניין טענו, כי השימוש שנעשה ב**פועל** בגישה זו מוגבל למקרים שבהם אין כל פגיעה בפרטיות. על פני הדברים, שימושים אחרים שיכלו גורמים פרטיים לעשות במאגר בעתיד, לא

היו אלא "פוטנציאל" לפגיעה. בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע, כי "הפגיעה בפרטיות הנוצרת כתוצאה מהתחברות גוף פרטי, דרך קבע, למאגר מידע ממשלתי" חייבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

38. המשפט ובתי המשפט מביאים תמיד במכלול שיקוליהם גם אירועים צפויים, ברמה משתנה של הסתברות. הם אינם מתעלמים מפגיעה ב"עקרונות החוקתיים של שיטתנו" גם אם אלה נמצאים "רק" במורד "מדרון חלקלק" ואינם וודאיים (ראו: בג"צ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז (2005) כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש בפסקה 6). "מכפלת עוצמת הסיכון בהסתברותו מצביעה על תוחלת הסיכון" (בג"צ 2007/11 שני נ' המשרד להגנת הסביבה כב' המשנה לנשיאה ריבלין, בפסקה 4 (2012)) ומהווה בסיס ליצירת זכויות וחובות משפטיות בהווה – במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי. כך, למשל, נפסק, כי ניתן להגביל את זכות הנאשם לעיין בחומר החקירה בשל הסיכון הלא וודאי לפגיעה בלתי הפיכה בקורבן עבירת מין:

"הטכנולוגיה מגלה כל יום מחדש אפשרויות לחדור... למחשבים הנושאים מידע מסווג ברשות המדינה... הותרת הוצאתם של התצלומים הדיגיטליים מכותלי המכון המשפטי יוצרת סיכון – אף אם אינו גבוה – שידלפו ושייעשה בהם שימוש שלא במסגרת התיק דנא. שימוש כזה עלול לגרום לנזק, אשר יהא בלתי הפיך...". (בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני (2011)).

39. עוד נזכיר את עקרון הזהירות המונעת, שנועד "... להתמודד עם הקושי שבפער בין הידע הקיים בזמן נתון, לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם מפעילות כלשהי, אם לא ינקטו לגביה אמצעי זהירות ראויים" (בג"צ 466/07 ח"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (2011) השופט מלצר, בפסקה 34). הרציונאל לפיתוח עקרון זה בתחומים כמו איכות הסביבה או שימוש באנרגיה גרעינית יפה גם להתמודדות עם עידן המידע הדיגיטלי והתפתחות חברת המעקב. מערך מצלמות המעקב יוצר איום נרחב בלתי הפיך, שהסתברותו אינה נמוכה אלא כמעט וודאית.

40. לא למותר להזכיר בהקשר זה גם את ריבוי המקרים של שימוש לרעה במאגרי מידע ציבוריים (עש"מ 6843/01 בן דוד נ' נש"מ, פ"ד נו(2) 91 (3.1.02); עש"מ 7111/02 נש"מ נ' אשואל (21.01.03); עש"מ 3275/07 ציילר נ' נש"מ (26.04.09); רע"פ 7270/05 יונה כהן נ' מ"י (27.11.05) (ע"פ (י-ם) 9121/05 כהן נ' מ"י (16.6.05); ע"פ (ת"א) 71324/04 בן חיים נ' מ"י (30.6.06); רע"פ 1189/06 בר לב נ' מ"י (12.9.06); עש"מ 7797/07 מימון נ' נש"מ (6.11.07); עש"מ 222/07 אסדו נ' מ"י (11.11.07); רע"פ 2852/09 ליבוביץ נ' מ"י (30.4.09); בד"מ 133/09 נצרה (2.3.10); בד"מ (חי"י) 161/09 שנור (16.3.10); בד"מ (חי"י) 18/10 ולד (14.4.10); בד"מ (חי"י) 135/09 חביבאללה (16.5.10); ת"פ (חי"י) 2391-07 מ"י נ' שנור (22.10.09); בד"מ 44/12 הילרוביץ (24.7.12); בד"מ 07/12 פלוני (2.8.12); בד"מ (ת"א) 51/12 שילד (20.9.12); בד"מ (ת"א) 65/12 חמורי (14.10.12); בד"מ (ת"א) 68/12 בר טל (22.10.12); בד"מ 22/13 ענאתי יאסי (7.7.13); בד"מ 103/13 סמחה (1.12.13); בד"מ 117/13 לוגרט (22.12.13); בד"מ 27/14 קדם (22.6.14)).

41. לסיכום: כמו בפרשת הפרטת בתי הסוהר, כך גם כאן, מה שנחזה כ"פוטנציאל בלבד" לפגיעה, מסב פגיעה עצמאית בפרטיות ובזכויות יסוד נוספות, וזאת גם אם לא הוכח אמפירית שתרחש פגיעה נוספת (ר' סיפא לפס' 36 לעיל). וחשוב מכך: השאלה שעלתה בפרשה ההיא התייחסה לבטלות של חוק של הכנסת. לעומת זאת, בענייננו אין מדובר בבטלות של חקיקה או של סמכויות שניתנו בחקיקה, אלא להיפך, עניין לנו בבטלות של פעולה שלטונית שנעשית תוך עקיפה של עקרון ריבונות הכנסת, ובניגוד לעמדה שהכנסת הביעה במספר הזדמנויות (ראו להלן בפס' 60 עד 70-76).

הצבת מערך מצלמות המעקב מחייבת הסדרה ועיגון בחקיקה

42. השימוש במצלמות המעקב לשם אכיפת עבירות חניה נעשה על ידי המערערת בחוסר סמכות, בניגוד לעקרון חוקיות המנהל ותוך הפרה של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
43. פגיעה בזכות יסוד חייבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם כאשר הפגיעה נועדה לשרת אינטרסים ציבוריים נשגבים עדיין נדרשת הסמכה מפורשת בחוק (ר' בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, 513 (1998); בג"צ 5936/97 לם נ' מנכ"ל מש' החינוך, פ"ד נג(4) 673, 684 (1999)).
44. בעניין מרשם האוכלוסין (בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004)), נדונה הפרקטיקה של העברת מידע ממרשם האוכלוסין אל הבנקים. פרקטיקה זו נועדה לאפשר לבנקים לאמת את זהות לקוחותיהם, כפי שהצטוו לעשות בחוק איסור הלבנת הון ותקנותיו. מנגד טען משרד הפנים, שהפגיעה בפרטיות עקב העברת נתונים אל הבנקים היא זניחה, ועל כן אין צורך לעגנה בחקיקה. לחלופין נטען, שיש לפרש חקיקה קיימת – החקיקה שמורה לבנקים לאמת את זהות הלקוח באמצעות פרטי תעודות הזהות – כמקור סמכות להעביר להם מידע ממרשם האוכלוסין. המשיבים באותו עניין טענו עוד, שהבנקים שומרים על סטנדרט גבוה של אבטחת מידע, ושהם עושים במאגר המידע שימוש מידתי ומוגבל ביותר, בהתאם להנחיה מנהלית של רשמת מאגרי המידע.
45. בית המשפט העליון דחה את כל הטענות הללו, וקבע, ש"בכך שהפגיעה היא קלה אין כדי לשחרר מדרישת החוקיות" (שם, עמ' 854). הוא גם לא הסתפק בהסדרי הפרטיות הוולונטריים שיצרו משרד הפנים והבנקים ועמד על כך שהסדרים מעין אלה ייקבעו בחקיקה מסמיכה. גם אם העברת המידע אל הבנקים נעשתה לתכלית ראויה (והעותרת באותו עניין, היא המבקשת דכאן, לא כפרה בכך), עדין אין בכך כדי לאיין את עקרון חוקיות המנהל:

"... נטען כי סמכות המינהל למסירת המידע לבנקים מתבקשת מן החוקים ומהתקנות המטילים על הבנקים להיזקק לשירותי המרשם, וממילא מחייבת את המינהל לעשות מצדו את הדרוש לביצוע יעיל של תחיקה זו ולהשגת מטרותיה. טענה זו אינה יכולה להתקבל, שכן ככלל, על הסמכה לפגיעה בזכות אדם להיות מפורשת. אין לפרש חוק כפוגע או כמסמיך לפגוע בזכות אדם – ובענייננו הזכות לפרטיות – זולת אם הדבר נקבע בו במפורש. בתחיקה המטילה על בנקים חובה לזהות את לקוחותיהם באמצעות מרשם האוכלוסין, אין היתר בדומה להיתר שניתן להעברת מידע לגופים ציבוריים להתחברות ישירה למאגר המידע של משרד הפנים" (שם, עמ' 853).

46. טענות המערערת דכאן דומות עד מאוד לטענות המשיבים בעניין מרשם האוכלוסין: שהפגיעה בפרטיות היא זניחה או רק "פוטנציאל"; שהפרקטיקה הנדונה היא רק כלי עזר – סמכות ביצוע למטרה ראויה; שיש לחלץ הסמכה בפרשנות רחבה של חקיקה קיימת; שבפועל נשמרים כללי אבטחת מידע ופרטיות קפדניים וכד'. וגם בענייננו ראוי לדחות את הטענות הללו.
47. דרישת החוקיות אינה עניין פורמאלי גרידא. חקיקה, בשונה מנוהל או חוזר מנכ"ל, נעשית בתהליך דמוקרטי ובדיון ציבורי ופרלמנטרי, שלא פעם משפיע על טיבו של ההסדר החדש. ואכן, כאשר פנה

משרד הפנים לקיים את פסק הדין בעניין מרשם האוכלוסין, והגיש הצעת חוק מתאימה, התברר שהכנסת אינה מוכנה לאשר את כל ההסדרים שנכללו בהצעה. נדרשו שלוש ישיבות של ועדת החוקה שבסופן שונה נוסח הצעת החוק, באופן שצמצם מאוד את היקף הסמכות לפגוע בפרטיות. (השוו בין הצעת החוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 9) (מסירת פרטי רישום לגוף הפועל על פי חיקוק, התשס"ה-2005, הצ"ח הממשלה מס' 199, עמ' 1199, אל מול חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 11), (התשס"ז-2007), ס"ח תשס"ז מס' 2092 עמ' 297; וכן: ועדת הפנים של הכנסת, פרוטוקולים מיום 7.3.2007, מיום 19.3.2007, ומיום 30.10.2007).

48. גם בתיק זה אפשר לראות באיזו מהירות נעלמת המחוייבות לציבור, לזכויותיו ולהליך הדמוקרטי מרגע שעוקפים את המשוכה של עקרון החוקיות. ההחלטה על מערכת המעקב המצולם ("מצלמות חנייה") לובנה התקבלה ב"ועדת התקשורת" על ידי מספר פקידי ציבור – לא בדיון ציבורי אגב דיון פרלמנטרי, אפילו לא בדיון במועצת העירייה (ר' נספח 2 לנימוקי הערעור). לאחר שהמערערת ויתרה על עקרון החוקיות, כבר אין חשיבות בעיניה לתהליך הדמוקרטי שכרוך בחקיקה – "מדובר במדיניות וכלי אכיפה אשר מהווים חלק בלתי נפרד מהסמכות הביצועית של ראש העירייה ומטעם זה לא נדרש, בדרך כלל, אישור המועצה" (פס' 40 לנימוקי הערעור). ומייד בהמשך נראה, ש"כלי אכיפה" דומים – מערכת מעקב מצולם לאכיפת עבירות תנועה דומות – נקבעו על ידי הכנסת, שהורתה בין היתר על החלטה במועצת העירייה (פס' 63 להלן).

49. אכן, "אחת השאלות המגיעות תדיר אל שולחנם של בתי המשפט היא רמת המפורשות הנדרשת בחוק המסמיך; קרי, עד כמה ספציפי על החוק להיות בנוגע לפעילות המותרת לרשות המנהלית". במענה לשאלה זו, מפנה כב' השופט רובינשטיין, לדבריה של כב' הנשיאה ביניש בעניין המפקד הלאומי (בג"צ 10203/03 "המפקד הלאומי" נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טב(4) 715, (2008)): "שם צויין כי 'רף המפורשות' צריך להיקבע בהתאם לנסיבות העניין, וביניהן גם 'טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים" (בג"צ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (12.11.2015), כב' השופט רובינשטיין פס' יט).

יצויין, כי הדברים דלעיל נכללו בחוות דעת המיעוט של כב' הנשיאה ביניש (בפסקה 12). ברם המחלוקת בין שופטות ההרכב לא נגעה לעקרון אלא לאופן יישומו על הנסיבות שנדונו באותו עניין, וכפי שמציינת פרופ' ברק-ארז, "בפסיקה המאוחרת ניתן כבר לראות הפניה לגישה זו כאסמכתא" (דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי כרך א', ע' 125 (להלן: "ברק-ארז").

50. בענייננו, לנוכח טיב הפגיעה בזכות לפרטיות, שגורמות מצלמות המעקב נשוא העתירה, ובשים לב להיקפה הרחב, "כל ניסיון ללמוד כאן על הסמכה שכזו בדרך של פרשנות, או פלפול – בדין לא צלח" (בג"צ 6824/07 ד"ר מנאע נ' רשות המסים, פ"ד טד(2) 479).

51. בהתאם לזאת, ראוי לאמץ את גישתו של פרופ' בירנהק, שלפיה "התקנת מצלמות מעקב בשטחים עירוניים ציבוריים מחייבת הסמכה מפורשת ומפורטת":

"כדי להתקין מערכות מעקב של מצלמות ראוי שההסמכה תתייחס לשאלות כמו מידת השליטה במצלמות, שמירת המידע (האם יישמר? לכמה זמן?) הגישה למידע שנשמר,

העברתו לצדדים שלישיים, סדרי אבטחת המידע ועוד. באופן כללי חוק שמסמך פגיעה בפרטיות צריך לכלול הסמכה מספקת והתייחסות להיבטים השונים של פגיעה בפרטיות כדי למזער את הפגיעה בה, ובין היתר: היקף המידע שנאסף, מטרת האיסוף והשימוש תקופת ההחזקה במידע נסיבות שמירתו, העברתו לדדים שלישיים, הרשאת הגישה והשימוש במידע, אבטחת מידע, סנקציות נלוות, סמכויות אכיפה ואפשרויות התביעה ([בירנהק-מרחב פרטי](#), ע' 248).

52. המערערת טוענת, כי השימוש במצלמות המעקב אינו אלא כלי עזר באכיפה: "על פי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות... העמדה שלנו היא שהשימוש במצלמות היא בעצם סמכות עזר". "הפקח משתמש בה בהתאם לסמכותו על מנת לערוך את דוחות. בדיוק כמו שימוש במסופון לצילום סטילס של רכב" (פרוטוקול הדיון בבית משפט קמא מיום 10.7.2016, ע' 2 ש' 15). "כשם שמבוצעת בדיקת מאפיינים לאיתור נהגים חשודים בעבירות שכרות וכדומה – כך גם בשימוש במצלמות אכיפה" (פסקאות 26-31 לנימוקי הערעור).

53. דה עקא, שהסמכות לביצוע בדיקת שיכרות ("ינשוף") דווקא מוסדרת לפרטי פרטים בחוק ובתקנות (סעיף 64 לפקודת התעבורה, וסעיף 169 לתקנות התעבורה). לעומת זאת, בהיבט של פגיעה בפרטיות יש הבדל עצום בין שוטר שמצלמה תלויה על כתפו לבין מערך שמשלב מעקב מצולם ועיבוד נתונים. גישת המערערת מתעלמת לחלוטין מהפגיעה בפרטיות ומההשלכות הרות הגורל שיש לשימוש ההולך וגובר במצלמות מעקב. כפי שמציין פרופ' יצחק זמיר:

"סעיף 17 לחוק הפרשנות לא נתכוון להסמך את הרשות לפגוע בזכות... פגיעה בזכות... גם אם היא דרושה כסמכות עזר להפעלת סמכות ראשית, עוברת את המידה 'המתקבלת על הדעת' סמכות כזאת צריכה הסמכה נפרדת וברורה בחוק המסמך" (יצחק זמיר [הסמכות המנהלית](#), ע' 343 (2010); ר' עוד: ברק-ארז (99' 490 לעיל), עמ' 147-152).

54. באופן דומה פסקה כב' השופטת ברק-ארז:

"אכן, ככלל, העיקרון בדבר סמכויות עזר הוא חיוני במידה רבה לפעולת הרשות. דא עקא, הפעלה רחבה שלו עלולה לסכל את תכליתו של עקרון חוקיות המינהל. לפיכך, מגבלה יסודית על הכרה בסמכויות כסמכויות עזר היא האפשרות לעשות כן אך ביחס לסמכויות שאינן פוגעות בזכויות יסוד, ולכן אינן טעונות הסמכה מפורשת" (רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, 99' 55-56 (5.11.2017)).

55. כפי שמסבירה פרופ' מרגית כהן, סמכויות עזר הן "סמכויות שוליות וטפלות שדרגת חשיבותן נופלת מדרגת הסמכות הראשית, וכה פחותה היא, שאין הן ראויות להיזכר במפורש בחוק" (מרגית כהן [סמכויות כלליות של הרשות המבצעת](#) (2002) ע' 75). אבל אלפי המצלמות שפרושות ברחבי הערים ויחידות השליטה והבקרה העירוניות, שנהנות מגישה למאגרי מידע – אלו אינן שקולות לסמכות "להשתמש בעט ובפנקס", ואינן "שוליות וטפלות". הן התממשות "חזונו האפוקליפטי של ג'ורג' אורוול", ש"עלול על נקלה להפוך למציאות חיים" (עש"מ 6843/01 [בן דוד נ' נציב שירות המדינה](#), פ"ד (2) 918, אם לא ייושמו גבולות ראויים ואיתנים לשימוש בטכנולוגיות המידע).

56. מכאן שגם לו היינו מקבלים את גישת העיריות המשיבות, וממעיטים מחומרת הפגיעה הממשית והמיידית שנגרמת לפרטיות האזרחים, עדיין עומדת בפנינו סוגיה רבת פנים והרת גורל, שמחייבת

הסמכה מפורשת בחוק, על יסוד דיון ציבורי והכרעה דמוקרטית. כפי שנאמר בעניין דומה: "האיזון בין הערכים וזכויות היסוד שצוינו אינה מלאכה פשוטה כל עיקר ... ראוי לו כי יעוצב ויוסדר על ידי המחוקק או על פי הסמכתו המפורשת" (כב' השופטת חיות, עניין [חשבים ה.פ.ט.](#) (ד' פס' 46 לעיל)).

57. עקרון חוקיות המנהל מגשים תכלית דמוקרטית, "משום שהוא מחייב כי החלטות הנוגעות לסמכויות השלטון יהיו מבוססות על חוק שהתקבל ברשות המחוקקת הנבחרת" (ברק-ארז (פס' 490 לעיל), ע' 97-98). "חריגת רשות מסמכויותיה היא נטילת סממנים טוטליטריים" (עניין [חשבים ה.פ.ט.](#) (ד' פס' 46 לעיל), כב' השופט רובינשטיין, פס' יז). ובענייננו, הסממנים הטוטליטריים אינם נעוצים רק בעצם החריגה מעקרון חוקיות המנהל אלא גם במהות החריגה. "לא בכדי נתפס אובדן הפרטיות בעבר פאסון של חברה טוטליטרית ולא אנושית" (תהילה אלטשולר "פרטיות בעידן של שינוי" המכון הישראלי לדמוקרטיה 2012, ע' 12).

58. זאת ועוד, בעניינים כגון דא נדרשת חקיקה לא רק לשם עצם קביעת הסמכות אלא גם לשם להטלת מגבלות ותנאים על הפעלתה. "ככל שהסמכות החקיקתית היא גורפת יותר ויסוד שיקול הדעת שבה רחב יותר, כך פוחתת הערובה להגנת זכויות הפרט, ועקרון שלטון החוק מתקיים רק במובנו הפורמאלי" (ברק-ארז (פס' 490 לעיל), ע' 98).

59. כפי שנראה מייד, דברים אלה או דומים להם, הנחו את הכנסת שעה שזו התבקשה להסמיך רשויות מקומיות להשתמש במצלמות לצורך אכיפת עבירות תנועה אחרות.

דוגמא להסמכה כדין לאכיפת דיני התנועה באמצעות מצלמות מעקב

60. הטענות דלעיל בדבר העדר סמכות להפעיל את מצלמות החניה, מקבלות משנה תוקף לנוכח האופן שבו הסדירה הכנסת לפני כשנתיים את סמכות הרשויות המקומיות לאכוף עבירות תנועה אחרת - "שימוש שלא כדין בנתיב... תחבורה ציבורית" (נת"צ) ולעשות לשם כך שימוש במצלמות. ההסדר נקבע בתיקון לפקודת התעבורה נוסף [סעיף 1א27](#) שכותרתו: "אכיפת עבירות תעבורה בידי רשויות מקומיות באמצעות מצלמות" ([חוק לתיקון פקודת התעבורה](#) (תיקון מס' 113), התשע"ה-2015 (ס"ח 2499 (5.8.2015) ע' 238).

61. הכנסת לא הסתפקה בקביעת הסמכות לאכוף את העבירה, אלא הוסיפה וקבעה לצידה סמכות להשתמש במצלמות בכפוף להסדרים מפורטים שימצמו את הפגיעה בפרטיות, לרבות: העבירות שרק אותן תוכל רשות מקומית לאכוף באמצעות מצלמות והנסיבות שבהן ניתן יהיה לעשות זאת (ס"ק א); ההסמכה וההכשרה שיידרשו ממי שיטפל במצלמות ובמידע המופק מהן; הגבלה על חיבור מאגר המידע שיופק מהמצלמות למאגרי מידע אחרים ברשות המקומית והוראות בדבר אבטחת המידע. עוד נקבע, שהפעלת הסמכות לעשות שימוש במצלמות "מותנית באישור מליאת מועצת הרשות המקומית" (ס"ק יב).

62. יתרה מכך, כניסתו לתוקף של התיקון לפקודה **הותנתה** בתקנות מפורטות, שתתקין שרת המשפטים באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, ושהן יוסדרו: אופן הצבת המצלמות; אופן שמירת הצילומים והמידע המתועד בהם ומשך שמירת הצילומים; אופן הגישה לצילומים וההרשאות לשימוש בהם, ובכלל זה חיבור מאגר המידע למאגרים אחרים שברשות המקומית ועוד (ראו: סעיפים 1א27(ד) לפקודה, וסעיפים 8 ו-9 [לחוק לתיקון פקודת התעבורה](#) הני"ל).

63. שתי הוראות שנקבעו בחוק ראויות לתשומת לב מיוחדת. בראשונה נקבע איסור על הפקה ושמירה של צילומים שמאפשרים זיהוי ה"נוסעים ברכב המצולם או עוברי דרך אחרים" (ס"ק ה). המחוקק לא הסתפק בהוראות שמופנות למי שמתמש במערכת ומצוות עליו לטשטש פנים בתמונות המצולמות אלא קבע שהמערכת תתוכנן בהתאם לעקרונות של **privacy by design**, כך שהיא תטשטש את זהות המצולמים באופן אוטומטי.
64. הוראה אחרת מטילה את האחריות על שמירת המידע המצולם על מנכ"ל הרשות המקומית (ס"ק ח). קביעת אחריות אישית של בעלות תפקיד בכיר יוצרת תמריץ חשוב לקיום ההסדרים שבחוק. זוהי רק דוגמא, **למנגנונים שמצמצמים את האפשרות שדיני הגנת הפרטיות יהיו לאות מתה**. ניתן היה לטעון, שמנגנון מעין זה חבוי אי שם בעקרונות הכלליים שבחוק הגנת הפרטיות ושניתן להסתפק בו. אבל ניסיון החיים מלמד, שלא דיי בכך כדי להגן על הפרטיות למעשה ולא רק להלכה.
65. עיינו הוראות, כאשר נדרשה הכנסת להסמך רשויות מקומיות להשתמש במצלמות מעקב לצורך אכיפת עבירת תנועה היא לא הסתפקה בהסמכה "רזה" וראתה כהכרחי לכלול בחוק המסמך הוראות מפורטות "שתכליתן הגנה על פרטיותם של נוסעים ועוברי אורח העוברים בתחומי השטח המצולם" (מתוך [זבדי ההסבר](#) לתקנות שהותקנו בהמשך לחוק המסמך – [תקנות התעבורה](#) (הפעלת מצלמות בידי רשות מקומית לשם תיעוד שימוש שלא כדין בנתיב תחבורה ציבורית), התשע"ו–2016).
66. הדעת נותנת שהערובות להגנת הפרטיות, שנקבעו בחקיקה לגבי השימוש במצלמות מעקב בנת"צ, יידרשו גם בענייננו. ועוד קודם לכן - כפי שהסבירה נציגת משרד המשפטים בכנסת - "אנחנו צריכים קודם כל להחליט באיזה עבירות מותר או אסור, לשם אילו מטרות בעצם, של הרשות המקומית, השימוש הזה הוא שימוש לגיטימי" ([פרוטוקול ועדת המדע 2.5.2012](#) (ר' פס' 20 לעיל) עמ' 25).
67. **מה הנפקות של חקיקת הנת"צים לענייננו?** טוענת המערערת (פס' 74 לנימוקי הערעור), כי סמכות שהעניקה לה הכנסת לעניין אכיפה בנת"צים אינה יוצרת הסדר שלילי, דהיינו, שאין בה כדי למנוע מהעירייה לעשות שימוש במערכת מעקב מצולם לצורך אכיפה של עבירות אחרות, ואפילו אם אין הסדר חקיקתי דומה המסמך אותה לעשות כן. על מנת לבסס את טענתה זו מעלה המערערת טענות שאינן יכולות לעמוד.
68. אכן, כטענת המערערת, תיקון החקיקה היה הכרחי, כיוון שלפניו לא היה בסמכותה לאכוף את הדין בנת"צים – לא באמצעות מצלמות ולא בדרך אחרת. ויחד עם זאת, מתיקון הנת"צים עולה, **שהכנסת סברה**, שסמכות להשתמש במצלמות מעקב **חייבת** לבוא עם **הסדר חקיקתי מפורט**, שיצמצם את הפגיעה בפרטיות. המחוקק אינו מסכים, שהסדרים ראשוניים מסוג זה ייקבעו (או לא ייקבעו) בכל רשות מקומית בחוקי עזר ובנהלים בהתאם למיטב הבנתה.
69. עוד טוענת המערערת, שהכנסת ביקשה "למנוע את החשש שההסדר החדש יהווה הסדר שלילי ביחס לשימוש במצלמות אכיפה בהקשרים אחרים", ולצורך כל הוסיפה ברישא של ס"ק (א) את המילים: **"מבלי לגרוע מסמכויות אחרות העומדות לרשות המקומית"** (פס' 48 לנימוקי הערעור).

אבל כאן המערערת ציטטה בשגגה את הנוסח שהופיע בהצעת החוק (רישא לסעיף 27א1א) בהצעת החוק). זהו נוסח שהכנסת דחתה אותו. נוסח זה נועד להכשיר במשתמע את השימוש שעושות רשויות מקומיות במצלמות מעקב לצרכים אחרים. כפי שהסבירה נציגת משרד התחבורה:

"אנחנו מבקשים לקבוע כאן סעיף שמסמיך רשויות מקומיות להציב, להפעיל ולהחזיק מצלמות שיתעדו עבירות תעבורה... ביקשנו להוסיף את המילים 'מבלי לגרוע מסמכויות אחרות'... מכיוון שלגבי המצלמות האחרות אין בהכרח הסדר סטטוטורי מפורש ומפורט... [ש]לא ישתמע אִין של הסמכות בלא הוראה חוקית אחרת." (עו"ד חוה ראובני, ס' יועמ"ש משרד התחבורה, פרוטוקול דיון בוועדת הכלכלה מיום 27.7.2015, עמ' 13; נספח 11 לנימוקי הערעור).

70. אבל בכנסת התקשו שהחקיקה החדשה לא "תכשיר עכשיו שימוש במצלמות אם לא הייתה סמכות" (היועצת המשפטית של וועדת הכלכלה, ש.ס.ש). לאור זאת נקבעה הוראה אחרת, שלפיה אין בהסדר החוקי החדש כדי "לגרוע מסמכויות הרשות מקומית לפי כל דין, ככל שניתנו" (סעיף 27א1א) לפקודת התעבורה).

71. בסופו של דבר מפעילה המערערת עשרות מצלמות מעקב, שמעבירות מידע ויזואלי לצגי המחשב בחדר בקרה לצורך מעקב ופיקוח בזמן אמת, עיבוד המידע לצורך הפקת דוחות, ושמירתו במאגרי העירייה. המצלמות והמערכת הטכנולוגית – אלו שמשמשת לאכיפת חוקי חניה, ואלו שמשמשות לאכיפה בנת"צים – מסבות פגיעות דומות לזכות היסוד לפרטיות. רק שחלק מהמעקב הזה כפוף לחקיקה של הכנסת, וחלקו האחר לוועדת ההתקשרויות של המערערת.

טכנולוגיות מעקב ללא סמכות – בונים חברת מעקב בשיטת "חומה ומגדל"

72. על רקע הדברים שלעיל קשה להסכין עם המציאות שבה רשויות טוות רשתות מעקב צפופות בחוסר סמכות. כפי שמסבירה ד"ר חגית לרנאו מהסניגוריה הציבורית:

"לו הייתה משטרת ישראל מחליטה להקים מערך של מצלמות אבטחה במרכזי הערים בישראל היא הייתה חייבת ליזום חוק שיסמיך אותה לעשות כן. אך בחסות האשליה שמדובר במעין יוזמה מקומית, התהליך של רישות מרכזי הערים במצלמות אבטחה פשוט מתרחש. תהליך אשר משנה לחלוטין את אופיו של המרחב הציבורי, את התודעה של הפרט לגבי פרטיות ואנונימיות ואת האפשרות של הריבון (המקומי והארצי) להתחקות אחר אנשים ולנטר את התנהגותם." (חגית לרנאו "עיר ללא מעצורים" עורך הדיון (נוב' 2010), 76; דא עו"ד: מכתב הסניגוריה הציבורית (ד"ר חגית לרנאו ועו"ד ישי שרון) ליועמ"ש (6.7.2010).

73. מאז שהדברים נכתבו, התקיימו עוד דיונים רבים בכנסת ובמשרד היועץ המשפטי לממשלה, אבל השיירה ממשיכה להתקדם. כך למשל, בסוף 2015 פרסם המשרד לביטחון פנים מכרז אדיר ממדים "להקמה ואחזקה של מערך מתקדם עבור הרשויות המקומיות... וכן עבור המשרד ויחידותיו". על פי מסמכי המכרז, מדובר במערכת עם מפרט מדהים שכולל בין היתר:

"מערכת שליטה ובקרה מתקדמת שתותקן ברשויות המקומיות ו/או במשרד לביטחון פנים... המערכת תכלול יכולת גיבוי וידאו דיגיטלי, שמע ונתונים... לכל מצלמה ניתן לבצע זום דיגיטלי איכותי... למערכת תהיה יכולת חיבור של מספר מערכות אחת לשנייה באמצעות רשת תקשורת... יכולת שליטה ושחזור צפייה מרחוק ממערכת אחת

על שאר המערכות ברשת... מערכות זיהוי רכב לפי לוחית רישוי... הוספת שדות מידע נוספים המציגים מידע מרשימות של המזמין, מסונכרנים על פי מספר לוחית זיהוי הרכב... שאילתה ע"פ מספר רכב... על פרטי בעל רכב... ממשק המשתמש בשאילתות יאפשר הגדרת משתנים ידנית או בחירה מתוך רשימות במערכת" (מכרז 6.15 - הקמת מערך טכנולוגי מתקדם, פורסם באתר המשרד לביטחון פנים).

74. מאז שנת 2009 קיים משרד המשפטים דיונים ביחד עם משרדי הממשלה הרלבנטיים בנושא מצלמות המעקב. בסוף 2011 נמסר ממחלקת ייעוץ וחקיקה, שמשד המשפטים "בוחר את הדרכים להתמודד עם התופעה המתרחבת והולכת של שימוש במצלמות במרחב הציבורי". הוסבר, ש"גבולות הפרטיות אינן מוגדרים בחוק והטכנולוגיות החדשות מעוררות שאלות חדשות ביחס לאיזון הראוי בין הזכות לפרטיות לתכליות אחרות... משרד המשפטים בוחר הן את הסוגיות בתחום הפרטיות והן את שאלת סמכויות הרשויות המקומיות בהפעלת פיקוח כמו גם את השאלה מה הם האמצעים הלגיטימיים להפעלת הסמכות – התכליות והמידתיות בשימוש במצלמות. בין יתר האמצעים **תישקל גם האפשרות ליתן ביטוי בחקיקה להסדרת הסוגיה**" (רדני גולדשמיט "מצלמות מעקב לצורכי אבטחה במרחב הציבורי", הכנסת - מרכז המחקר והמידע 5.12.2011, ע' 15).

75. תהליך הבחינה של משרד המשפטים נעשה מול המשרד לביטחון פנים, אך הוא נתקל בקשיים שמקורם בחוסר שיתוף פעולה, וחוסר הסכמה על ההסדר החוקי הרצוי. ובינתיים... מצלמות המעקב ממשיכות להתפשט. כפי שמתארת ד"ר חגית לרנאו, מהסניגוריה הציבורית:

"חודשים ארוכים עוברים ומשרד המשפטים פונה שוב ושוב, בנימוס רב, לגורמים השונים המעורבים... ומבקש לקבל מידע ונתונים. פונה, אך נענה בתשובות חלקיות. די בתשובות הללו ללמוד שהמהלך הדרמטי הזה נעשה ללא שום חשיבה מסודרת או ניסיון לתחום גבולות לפגיעה בפרטיות האזרח [...]"

העמדה המקובלת במשרד המשפטים היא שמהלך כזה מחייב הסדרה חוקית, והדברים אף נאמרו על ידי משנים ליועץ המשפטי לממשלה. אך האמירות הללו, ברורות והחלטיות ככל שיהיו, אינן מספיקות כדי להפסיק את קצב ההתקדמות של תכנית 'עיר ללא אלימות'. [...] מעיר לעיירה, מגן ציבורי למרכז קניות, עוד מצלמה ועוד אחת - כך הולכת ומתרחבת הפגיעה הבלתי מוסדרת והבלתי חוקתית בפרטיות העוברים ושבים." (חגית לרנאו "עיר ללא מעצורים" עורך הדין ומכתב הסניגוריה הציבורית, ר' פס' 72 לעיל).

76. בסוף שנת 2011 ובמחצית 2012 קיימה וועדת המדע של הכנסת דיונים על השימוש שעושות רשויות מקומיות במצלמות מעקב, וקראה לממשלה:

"לבחון את הנושא כמכלול ולהכריע... באשר לאיזון הראוי בין הזכות לפרטיות ובין התכליות הראויות, המצדיקות שימוש במצלמות מעקב באמצעות הסדרת הנושא בחקיקה ראשית" (פרוטוקול וועדת המדע 2.5.2012 (ר' פס' 20 לעיל) עמ' 3; ראו עוד: פרוטוקול ועדת המדע מיום 6.12.2011, עמ' 27).

77. קריאות אלו לא נענו בשל כל אותם הגורמים שתוארו לעיל. ובינתיים העובדות ממשיכות להיקבע בשטח - נוצרת מציאות חמורה, שמצריכה "פעולות חירום" ושוחקת את הייתכנות ואת התועלת של תהליך חקיקה מסודר. כך עולה מדברי נציגת משרד המשפטים בכנסת:

"במשרד המשפטים קיימו מספר דיונים... גם נשקל העניין של חקיקה ראשית. אבל... כרגע אנחנו זקוקים לאיזה שהיא שליטה במצב שקורה בשטח... והמצב מחייב איזה שהיא הנחיה, מדיניות אחידה... אנחנו מתכוונים להוציא הנחיות שבעצם יעשו איזה שהוא מיפוי של סוג השימוש המותר בהתאם לתפקידי הרשויות המקומיות ומידת האיזון הראויה מול הפגיעה בפרטיות.

זה מהלך שאנחנו מניחים שייקח זמן, אבל הוא בכל מקרה ייקח זמן פחות לתפישתנו, מחקיקה ראשית... אנחנו לא רוצים להתחיל מהלך של חקיקה ראשית, כשאנחנו מזניחים בעצם את מה שקורה בשטח, שבעצם הסוסים, ברור לכולם, כבר מזמן ברחו מהאורווה." ([פרוטוקול וועדת המדע 2.5.2012](#) (ר' פס' 20 לעיל) ע' 12, ע' 25).

78. נראה שבסופו של דבר - וכמו במקרים רבים אחרים של טכנולוגיות מעקב שהופעלו ללא חקיקה - היו אלה הסוסים שהכריעו את הכף. ואכן, חקיקה שנעשית בשלב מאוחר עלולה לקבץ את העובדות שכבר נוצרו ולא את ההסדרים הראויים. כפי שהזהיר עו"ד ישי שרון מהסניגוריה הציבורית:

"במדינות שבהן קודם רישתו ואחר כך ביצעו רגולציה זה באמת לא עזר, המדינה הפכה להיות מרושתת... לעומת זאת במדינות... שביצעו חשיבה לפני מעשה, ובנו מערך רגולטורי הדוק... באופן טבעי, הרגולציה הכתיבה תוצאה של מדיניות יותר מרוסנת" (פרוטוקול דיון בוועדת המדע של הכנסת מיום 6.12.2011 בנושא "שימוש במצלמות מעקב במרחב הציבורי", עמוד 18; בדבריו הפנה בין היתר למאמר: Marianne L. Gras "The Legal Regulation of CCTV in Europe" Surveillance & Society 2(2/3): 216-229 (2004).

79. ועדיין, מוטב חקיקה שתקבץ חלק מהמציאות שנוצרה אבל **תמנע את המשך הגלישה במדרון**. זאת במיוחד כאשר טכנולוגיות המעקב ממשיכות להתפתח במהירות ומעמידות בפני הביורוקרטים פיתויים בדמות מנגנוני שליטה ובקרה חדשים: טכנולוגיות זיהוי פנים, דאונים שמצויידים במצלמות מעקב עם רזולוציה מדהימה ועוד ועוד אמצעי מעקב, שהאח הגדול של ג'ורג' ארוול לא יכול היה להעלות על דעתו, ושאפילו אנו התקשינו לחזות אותם לפני שנים אחדות.

בג"צ אור הכהן ונפקותו

80. כמפורט בפסק הדין ובערעור, במקביל לדיון בבית המשפט קמא התנהל בבית המשפט העליון דיון בעתירה שהוגשה נגד שר הפנים, המערערת דכאן ורשויות מקומיות נוספות בשל השימוש שהן עושות במצלמות מעקב לצורך אכיפת חוקי החניה (בג"צ 867/15 [אור הכהן נ' שר הפנים](#) (16.5.2018)). המבקשת דכאן ביקשה להצטרף לדיון במעמד "ידיד בית המשפט", ובעקבות החלטת בית המשפט ([החלטה מיום 14.9.2016](#)) השתתפה בדיונים הגם שלא ניתנה החלטה פורמאלית בבקשתה, "**כנהוג בבית משפט**" העליון (ר' סיפא לפסקה 5 לעיל).

81. המערערת ביקשה לדחות את העתירה על הסף בשל "**הימצאו של סעד חלופי**":

"באשר לחריגה מסמכות לכאורה... בידו של עבריין החנייה, בעניינו הוצגה ראיה שצולמה במצלמת אכיפה, להתגונן **בהליך הפלילי** המנוהל כנגדו בטענה שאותה ראיה הושגה בהיעדר סמכות" (פסקה 66 לתגובת המערערת בבג"צ אור הכהן).

82. המערערת מאזכרת שוב ושוב את ההליכים בבג"צ, אבל באופן לא מדויק (פס' 12 ו-29 לנימוקי הערעור) – ועלול להתקבל רושם מוטעה כאילו בג"צ כבר הכריע שאין צורך בחקיקה, והפנה את העותר "למצות את טענותיו נגד תוכן ההסדרים בחוזר" (כך המערערת) בלבד:

"מפסק הדין עולה כי נוהל חוזר המנכ"ל... היווה לגישת בית המשפט העליון את הדרך הנורמטיבית הראויה להסדרת נושא זה, וככל שעולת טענות... באשר לתוכן ההסדר יש ללבנן מול הרשות" (פס' 30 לנימוקי הערעור).

83. על כך ייאמר – פשוט לא נכון! בג"צ לא דן בעתירה לגופה. תחילה הזמין בית המשפט את היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו בעניין (החלטה מיום 26.9.2016), תוך שהוא מדגיש שטענת הסעד החלופי שמורה למשיבים. לאחר שמשרד המשפטים ומשרד הפנים גיבשו חוזר מנכ"ל בעניין, החליט בג"צ למחוק את העתירה:

"אפשרנו... להשלים עבודת מטה בנושא זה... בתום עבודת המטה פורסם חוזר מנכ"ל משרד הפנים... בנקודת הזמן הנוכחית העתירה בלבושה המקורי מיצתה עצמה... העותר יוכל למצות את ההליכים... [1] לפנות בעתירה מינהלית נגד הרשויות המקומיות... וטענותיו... הן בנושא הסמכות הן בנושא הפעלתה, שמורות" (פס' ד מיום 16.5.2018).

84. ברור אפוא שבית המשפט העליון לא אמר, אפילו לא רימז שדיי בחוזר המנכ"ל, כטענת המערערת, אלא קבע, ששאלת הסמכות והצורך בחקיקה תידון על ידי ערכאות אחרות. זאת, בדרך של תקיפה ישירה בבית המשפט לעניינים מנהליים, או בדרך שהציעה המערערת (ר' פס' 81 לעיל) - תקיפה עקיפה בהליך פלילי.

85. לאור זאת, לא ברור מדוע מתלוננת עתה המערערת על "הליך לא הוגן בתקיפה עקיפה ביוזמת בית המשפט" (עמ' 14 לנימוקי הערעור). תקיפה עקיפה בהליך פלילי היא "דרך המלך" לקרוא תגר על פרקטיקות אכיפה נעדרות סמכות חוקית. כך קבע בית המשפט העליון:

"לא רק שאין מניעה כי הדבר ייעשה בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי, להבדיל מתקיפה ישירה בבג"ץ אלא שכך רצוי... כיום זו אף דרך המלך" (רע"פ 4562/11 מוחתבב נ' מדינת ישראל (7.3.2013)).

"בהיעדר טעם מיוחד, דרך המלך להעלאת טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום – יהיו פגמים אלו בעלי אופי מינהלי או חוקתי – היא במסגרת ההליך הפלילי גופו... (בג"ץ 6887/13 קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.1.2014)).

86. דעתה של המערערת אינה נוחה מכך שבית המשפט קמא העלה ביוזמתו את סוגיית חוקיות השימוש במעקב המצולם. מטבע הדברים, רשות תביעה פלילית אינה ששה לוותר, ולו במעט, על היתרון שיש לה על הנאשם, במיוחד שעה שזה האחרון אינו מיוצג (על פניו העוצמה בהליך הפלילי ר' פס' 6 לעיל). אבל טרוניה זו של המערערת אינה מביאה בחשבון את התכלית הדומיננטית של כלל הפסילה הפסיקתית, דהיינו, ש"עשיית שימוש בראיה שהושגה בדרך בלתי כשרה... עלולה לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור בו" (ר' פס' 88 ו-91 להלן). מכאן שכל אימת שבית המשפט נתקל בחשש לפגיעה מעין זו שומה עליו לבחון את העניין מיוזמתו.

87. המערערת טוענת עוד, שבית המשפט הנכבד נהג בה בחוסר הגינות, לא פחות. לא רק שהעלה מיוזמתו את סוגיית הסמכות, אלא שעשה זאת, שומו שמיים, רק לאחר שהמערערת העידה את הפקחית - העדה היחידה מטעמה. "לא נערך בירור עובדתי ממצה של הסוגיה", זועקת המערערת (פס' 37 לנימוקי הערעור). כל זאת, לאחר שבית המשפט הנכבד הזמין אותה פעם ועוד פעם להגיש לו את כל הראיות והאסמכתאות, שמבססות את עמדתה, ולאחר שתי ישיבות לפחות, שבהן היא הציגה את העובדות וסיכמה את טענותיה. שוב ושוב הזמין בית המשפט את המערערת להציג בפניו את המסכת העובדתית הרלבנטית. אבל לאחר שב"כ המערערת "העידה" (קראה מתוך התגובה שהגישה המערערת **בבג"צ אור-הכהן**), גם היא נאלצה להודות, שאין למערערת שום מסמך רשמי, שמעגן את כל המסכת העובדתית שנטענה (פרוטוקול בית משפט קמא מיום 10.7.2016 עמ' 4 ש' 23). הבעיה, כך נראה, אינה נעוצה בהעדר הזדמנות להגיש ראיות, אלא בכך שאין בידי המערערת ראיות נוספות מעבר לפרוטוקולים של "ועדת ההתקשרויות" – הגוף "הסוברני" היחיד שלשיטת המערערת צריך היה להחליט בעניין. לא לובנו "סוגיות משפטיות שצריכות להיבחן" כפי שהטעים היועץ המשפטי של העירייה (שס, ש' 15), לא היה דיון במועצת העיר, לא הייתה התייעצות עם הציבור, אין נוהל כתוב, גם אין הלימה בין הפרקטיקה לבין חוזר מנכ"ל משרד הפנים, שהמערערת מנופפת בו. **אין כלום, כי לא היה כלום!**

פסלות ראייה שהושגה באי חוקיות תוך פגיעה בזכויות יסוד ובשלטון החוק

88. על רקע עליית משקלה של החובה לכבד את זכויות היסוד, אימץ בית המשפט העליון לפני כעשור את כלל הפסילה הפסיקתית (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד 461 (1) 461). עוד קודם לכן, הסביר פרופ' יורם שחר את הצורך בעיגונה של דוקטרינת פסילה פסיקתית לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"אין ערך לכל גבורותיו של חוק היסוד בתחום האכיפה הפלילית, אם אין נלווה לו כלל פסלות... אם חפץ בית המשפט העליון ביקרו של חוק היסוד, אינו יכול אלא לשוב ולדון בו, ככל שיעלו לפניו מקרים של פגיעה בכבוד, בחירות, בגוף ובפרטיות, ואינו יכול לא למצוא, במוקדם או במאוחר, התנהגות של אנשי מרות, שאינה מוצדקת על פי אמות המידה של חוק היסוד... להבטיח שלא תהיה רשות אחת מטמאת, והרשות האחרת ניזונה מן הטמא. השלטון כולו, על כל רשויותיו, חייב להבטיח את טוהרתה של השמירה על כבוד האדם וחירותו, ואין בתי המשפט יכולים להטיל חובה זו על אחרים ולמונעה מעצמם... העובדה שאין בתי המשפט פועלים בפלילים אלא על מנת לבער עבריינים ועבירות מן הארץ, אינה פוטרת אותם מאותם סייגים" (יורם שחר "סדר הדין הפלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 375, עמ' 418-419).

89. את המקור הפורמלי לשינוי ההלכה עיגן שחר ב"פסקת הכיבוד" שבסעיף שבחוק היסוד. ואכן, "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (**סעיף 11 לחוק**). "חובת הכיבוד מוטלת גם על הרשות השופטת. היא משפיעה על שיקול הדעת השיפוטי" (בג"פ 7357/95 **ברקי פטה המפריט בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד 785, 769 (2) נ(1996)).

90. הגיונה של הלכת יששכרוב רלוונטי לענייננו ונכון היה ליישמה כפי שעשה בית המשפט קמא. פעולות איסוף הראיות באמצעות מצלמות המעקב אינה מסבה רק פגיעה אקראית בזכותו של היחיד, אלא

פוגעת באורח מערכת ומתוכנן בזכות לפרטיות של כל אחת ואחד מהציבור. בכך נעוצה חומרה יתרה לאי החוקיות שדבקה בהשגת הראיות ומן הראוי שתביא לפסילתן. קבלתן של ראיות שהושגו כפי שהושגו במקרה זה, יש בה משום הכשרה בדיעבד של "קביעת עובדות בשטח", והיא עלולה להנציח את פעולתה נעדרת הסמכות של המערער, ולתמרץ אותה ורשויות רבות נוספות להמשיך לבנות חברת מעקב ללא חקיקה וללא דיון ציבורי.

91. על רקע זה, מן הדין לפסול את הראיה על מנת להגן על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו (יששכרוב, 99' 45). "משקל האינטרסים של הגינות ההליך, וההקפדה על משמר זכויות הפרט, גובר על המשקל שיש ליתן לחתירה אל ה'אמת העובדתית' לצורך המאבק בפשיעה" (שם, 99' 3).

"נוכח מחויבותו של בית-משפט זה מאז ומתמיד להגנה על זכויות האדם ובהשראתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נראה כי התכלית של הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הן התכליות הראשיות שיסייעו בעיצובה של הדוקטרינה הנדונה" (99' 61).

92. זאת ועוד, לאי החוקיות במקרה שלפנינו יש חומרה מיוחדת בהיותה מערכתית, שיטתית ומכוונת. כפי שהיטיב לסביר זאת בית המשפט קמא:

"לא מדובר במקרה שבו שוטר הפר על דעת עצמו את אחת מזכויותיו של החשוד במקרה ספציפי, אלא במקרה שבו באופן שיטתי הרשות כרשות השיגה ראיות תוך פגיעה ללא סמכות בזכות יסוד חוקתית ואף ממשיכה לעשות זאת גם היום. לא מדובר במעשה שנעשה ברשלנות או אף בזדון מצדו של עובד של הרשות, אלא בפעולה מודעת ומתוכננת של הרשות עצמה. במקרה שכזה הנטייה לפסול את הראיות היא חזקה יותר, כיוון שהפרה שיטתית של החוק על ידי הרשות שפעלה בחוסר סמכות היא בעלת חומרה מיוחדת" (99' 41 לפסק הדין מושא הערעור).

93. עניין זה משליך על היבט נוסף של הלכת יששכרוב. הגם שהתכלית החינוכית-הרתעתית אינה "התכלית הדומיננטית שתונח במרכזה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית", בנסיבות המקרה שלפנינו יש ליתן גם לה משקל נכבד. בעניין יששכרוב, קבע בית המשפט העליון שלתכלית זו יש מעמד משני כיוון ש"בהתבסס על הניסיון האמריקאי, מתעורר ספק האם פסילת ראיות שהושגו שלא כדין אמנם משמשת אמצעי יעיל לחינוך ולהרתעה... מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי כשרים... קיימים אמצעים משפטיים חלופיים לחינוך ולהרתעה של חוקרים שעשו שימוש בדרכי חקירה בלתי חוקיות" (שם, 99' 61). אבל כאמור, בענייננו אין מדובר בפקיד בודד שחרג מסמכותו, אלא במעשה שלטוני מאורגן ועל כן, פסילת הראיה צפויה להיות אפקטיבית מאוד ולהשפיע על התנהלות הרשות בעתיד.

94. פסלות הראיה בענייננו מתבקשת גם לאור סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. לעיל עמדנו על הפגיעה שמסב מערך המעקב המצולם לזכות לפרטיות. היבטיה של פגיעה זו חורגים מההגדרות של חוק הגנת הפרטיות אך מקצתם גם מהווים ללא ספק "בילוש או התחקות אחר אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת" – דהיינו, "פגיעה בפרטיות" כהגדרתה בסעיף 12(1) של החוק. כך גם נאמר בחוזר המנכ"ל שהוציא משרד הפנים בניסיון "לעשות סדר" בשימוש במעקב המצולם (ר' 99' 83 לעיל; נספח 7 לנימוקי הערעור):

"... עלולות להיות נסיבות שבהן שימוש נרחב במצלמות וידאו במרחב הציבורי יהווה בילוש או התחקות אחר אדם, העלולים להטרידו, או 'הטרדה אחרת', ואף לפגוע בזכות החוקתית לפרטיות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."

95. סעיף 12(1) נועד בדיוק לפגיעות בפרטיות מהסוג הנדון. כך עולה מהאופן שבו פירש בית המשפט העליון את הוראת החוק האמורה. בעניין [ועקנין](#) בחן כב' השופט (כתוארו אז) ברק את ההוראה האמורה בראי דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות:

"ההצעה מבחינה יפה בין 'הגנה הניתנת לאדם על פי הדין נגד פגיעה בגופו ובנכסיו' לבין הגנה 'בפני הפגיעה בפרטיות'. הראשונה נתונה לאדם על-פי הדין הקיים, האחרונה אינה נתונה לאדם על-פי הדין הקיים, והצעת חוק הגנת הפרטיות באה למלא את החסר. מילוי חלל זה חשוב הוא, שכן 'התרחבות אמצעי התקשורת הממוניים, ההתפתחות וגידול התפוצה של מכשירים טכנולוגיים המאפשרים האזנה, התחקות ובילוש ממרחק, התרחבות האיסוף והריכוז של מידע בידי גורמים ציבוריים ופרטיים... - כל אלה מביאים להחמרת הפגיעה בפרטיות... מצב חדש זה יצר את הצורך לשריין את ההגנה על זכותו של אדם לפרטיות, ולמלא חלל משפטי בנושא שחשיבותו גדלה והולכת'

[...] נמצא, כי מגמת החקיקה ומטרתה לא היו אלא למלא חיסרון וליתן פתרון חקיקתי לאותם תחומים, שהדין הקלאסי טרם נתן להם פתרון, שכן בעת התפתחותו טרם באו לעולם המחשבים, המכשירים האלקטרוניים המשוכללים ושאר אמצעים, המאפשרים חדירה לרשות הפרט בלא צורך באלימות פיסית דווקא. (בג"צ 249/82 [ועקנין נ' בית הדין לערעורים](#), פ"ד לז(2) 393, 425 (1983); וראו גם, כב' הנשיא שמגר, ד"נ 9/83 [בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין](#), פ"ד מב(3) 858, 837 (1988)).

96. לאור זאת ובמצוות סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, דינה של הראיה שעליה הסתמכה המערערת להיפסל וזאת גם מבלי שניזקק לכלל הפסילה הפסיקתית. ועדיין, הטעמים שעמדו ביסוד הלכת יששכרוב יפים גם לכלל הפסילה הסטטוטורית. כך, למשל, "חובת הכיבוד" (ר' פס' 89 לעיל) מחייבת את בית המשפט ב"מתן פירוש דווקני להוראות חוק הפוגעות בחירותו של אדם... והפעלת שיקול-דעת מכוחם" (בש"פ 537/95 [גימאת נ' מדינת ישראל](#), פ"ד מט(3) 375, 355 (1995)). מנגד, יפעל בית המשפט לאור "המגמה הפרשנית" שלפיה יש "ליתן משקל רב מבעבר להגנה על הזכות החוקתית לפרטיות" (עניין [יששכרוב](#), פס' 49), וירחיב את תחולתו של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

97. לבסוף, בשים לב לפגם המערכתי שנפרש לפנינו בפעולה שלטונית בניגוד לעקרון חוקיות המנהל, ראוי ללכת בדרך שהלך בית המשפט העליון בעניין פלונית ולפסול את כל ההליך המנהלי הפגום, אף מבלי להיזקק לכלל הפסילה הפסיקתית (רע"א 2558/16 [פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון](#), פס' 59 (5.11.2017)).

סוף דבר

98. המערערת סבורה שאין צורך בדיון ציבורי ובהכרעה דמוקרטית בכל הנוגע לסוגיה שבמרכז תיק זה, וגם לא ב"הסדר סטטוטורי מפורש ומפורט" (ר' המזבאה בפס' 6967 לעיל). זהו ביטוי לגישה של קלות דעת וזלזול בהשלכות החברתיות והערכיות של המעקב המצולם ברחובות הערים. חברת המעקב, שהולכת ונרקמת אל מול עינינו – במידה רבה בשל "עובדות בשטח" שקובעות רשויות השלטון, שוחקת את

הפרטיות למעשה, ועתה היא גם משמשת את הרשויות כדי לבקש מבית המשפט הנכבד לצמצם את ההגנה המשפטית על הזכות לפרטיות.

99. אימוץ עמדת המערערת משמעו שהנורמות המרכזיות שעל פיהן ננהל את חיינו לא ייקבעו על ידי הרשות המחוקקת והרשות השופטת אלא על ידי נשות ואנשי הטכנולוגיה, הביורוקרטיה והשוק. הכשרת ראיות שמושגות בדרך זו לא יפגום רק בטוהר ההליך השיפוטי אלא גם ברלבנטיות שלו.

100. בסופו של יום, המערערת נסמכת על כך שמצלמות מעקב הופכות לעניין "טריוויאלי" – תופעה שהיא עצמה גורמת לה בפועלה חסר הסמכות. הבנליזציה של מצלמות המעקב מהווה, לצד הפגיעה בזכויות האדם, גם פגיעה בשלטון החוק ובדמוקרטיה:

"Goods that have become banal find it easier to expand in ways that can trump other societal values, not in an active and noisy political way, but through a barely detectable process of creep ...

If the objects that constitute a society's security arrangements become banal, they are placed beyond inspection, reflection, contestation and debate in ways that are inimical not only to security, but also to the quality and reach of democratic governance... By becoming banal, CCTV cameras have come to govern us, while largely effacing the question of how we might (best) govern them. (Benjamin Goold, Ian Loader & Angélica Thumala "The Banality of Security: The Curious Case of Surveillance Cameras" Br J Criminol (2013) 53 (6): 977-996).

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר למבקשת להצטרף לדיון דכאן במעמד ידיד בית המשפט ולהביא במסכת שיקוליו גם את הדברים דלעיל.