

**בבית משפט העליון
בירושלים**

רע"פ 10141/09
רע"פ 617/10
בפני כב' השופט ס' ג'ובראן

המבקשת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או לילה מרגלית
ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או מיכל
פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לימור יהודה ו/או
אשרת מימן ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או
גיל גן-מור ו/או נסראת דקואר ו/או קרן צפריר
ו/או נסרין עליאן ו/או ראויה אבו-רביעה

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טלפון: 03-5608185, פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

(המבקש ברע"פ 10141/09)
(המבקש ברע"פ 617/10)

1. א' ב'
2. י' ג'

בעניין:

- נ ג ד -

מדינת ישראל

בקשת להצטרף לדיון כ"ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae)

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף כידיד בית המשפט לדיון בבקשות רשות
הערעור שבכותרת.

ואלה הנימוקים לבקשה:

מבוא

1. בתיק שלפנינו מתבקש בית המשפט הנכבד לדון ולהכריע בפרקטיקה של משטרת ישראל,
אשר באמצעותה מתיימרת המשטרה להרחיב את גדרי הסמכויות המוקנות לה, ולפגוע בפרטיותם

של אזרחים תמימים גם במקום שאין לפגיעה זו כל עיגון בדין. על העדר הסמכות מתיימרת המשטרה להתגבר באמצעות חילוץ "הסכמה" מהאזרחים, ובכך ליטול את העוקץ מאי החוקיות.

2. כפי שנפרט להלן, הסוגיות שעולות במסגרת הדיון שלפנינו רלבנטיות ומרכזיות גם בהיבטים רבים אחרים של ההגנה על הפרטיות. חיים אנו בראשיתו של עידן המידע, עידן שבו עומדת הזכות לפרטיות בפני מתקפה. ההתפתחויות הטכנולוגיות והפיכתו של המידע האישי למשאב נחשק מזמנות אתגרים חסרי תקדים לזכות לפרטיות ומאיימות לשחוק אותה ולהעבירה מן העולם.

3. המקרים שבמוקד ההתדיינות דנן מייצגים מקרה מובהק וקיצוני של פגיעה בפרטיות: חרף הגדרתה וגבולותיה המעורפלים משהו של הזכות לפרטיות, חיפוש ברשות היחיד נחשב מאז ומתמיד כאחד המופעים הברורים והבוטים ביותר של פגיעה בזכות לפרטיות. הפגיעה מתבצעת על ידי רשויות השלטון – ועוד על ידי שוטרים שמגלמים בסמכויותיהם ובפעילותם היומיומית את מונופול השימוש בכוח שההאמנה החברתית הפקידה בידי הריבון. הנסיבות שבהן גובים השוטרים "הסכמה" מאזרחים תמימים נמצאות בקצה המדרג, שנמתח בין הסכמה מושכלת של אזרח חופשי ואוטונומי לבין מראית עין של הסכמה - פיקציה שאין מאחוריה ולא כלום.

4. בשים לב לדינים ולהלכות שנקבעו במקרים מובהקים פחות, ניתן לצפות שבית המשפט הנכבד יקבע, שהפרקטיקה של "חיפוש בהסכמה" היא בלתי חוקית, נוגדת את תקנת הציבור, ולמצער היא חסרה את כל התנאים ההכרחיים לקיומו של רצון חופשי, ולהחלטות אוטונומיות ומושכלות של אזרחים בני חורין.

אבל מה שהופך את ההתדיינות שלפנינו להרת גורל במיוחד היא האפשרות שהפרקטיקה של "חיפוש בהסכמה" תקבל הכשר חוקי על יסוד הנמקות ואמירות, שישליכו מכוח היקש או מכוח קל וחומר על מגוון סוגים ומצבים של פגיעות בפרטיות. תוצאה קשה מעין זו עלולה לרסק את המחיצות הרעועות ממילא, המאפשרות לאדם לשמור על צנעת חייו, לשלוט במידע האישי שלו, להתגונן מפני הכוחנות והחמדנות המאיימות על פרטיותו - להיעזב לנפשו.

ההשלכות שעולות להיות להכרעה או לדרך הנמקתה בתיקים שלפנינו על הזכות לפרטיות הן שעומדות בבסיס הבקשה להצטרף לדיון במעמד של "ידיד בית המשפט".

צרוף המבקשת כ"ידיד בית המשפט"

5. לפני כעשור, בהילכת קוזלי (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מ"י, פ"ד נג (1) 529, 554 (1999)), הכיר בית המשפט הנכבד בקיומו של מוסד "ידיד בית המשפט" והתווה את מערך השיקולים והמבחנים שבהתקיימם ראוי לצרף במעמד זה גוף ציבורי כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו.

6. מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצרוף המבקשת לדיון זנן. המבקשת, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה רשומה, הפועלת מזה כארבעים שנה לקידום זכויות אדם באמצעות חינוך, הסברה, השתתפות בדיוני ועדות הכנסת, דיאלוג עם המנהל הציבורי, טיפול בפניות הציבור ובאמצעות התדיינות משפטית. במהלך פעילותה רכשה המבקשת מומחיות בכל הקשור להגנה על זכויות היסוד והיכרות רחבה עם סוגיות שונות בתחום זה.

7. לאור זאת משמשת המבקשת פעמים רבות כעותרת ציבורית "בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי" (ראו: בג"צ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז (2) 62, 69 (2003)).

8. בין היתר פועלת המבקשת מזה שנים, להגנה על זכויות האדם בהיבטים ציבוריים ומשפטיים הקשורים להגנת הפרטיות. בין היתר ניהלה המבקשת התדיינות, שהסתיימה בפסק הדין המנחה בעניין העברת נתונים ממאגרי מידע מגוף ציבורי למשנהו, ומגופים ציבוריים לגורמים בשוק הפרטי (בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004)). המבקשת נטלה חלק בוועדה לתיקון פרק מאגרי המידע בחוק הגנת הפרטיות (ראו דו"ח הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע, בראשות המשנה ליועמ"ש יהושע שופמן (ינואר 2007)), ומשתתפת דרך קבע בדיונים בכנסת ובגופי מנהל על הזכות לפרטיות ועל הגנת מאגרי מידע.

9. בימים אלה משתתפת המבקשת במעמד של ידיד בית המשפט בדיון בערעור שתלוי ועומד בבית הדין הארצי לעבודה בנושא פרטיות עובדים בתיבת הדוא"ל שלהם (ע"ע (ארצי) 90/08 (בר"ע 570/07) איסקוב נ' הממונה על חוק עבודת נשים).

10. בדומה לזה יש למבקשת מומחיות נרחבת ופעילות ענפה גם בתחום של הגנה על זכויות אדם בהליך הפלילי. המבקשת משתתפת באופן שוטף בדיונים בוועדות הכנסת, מגישה חוות דעת על הצעות חוק ועל תזכירי חוק ממשלתיים הנוגעים לתחום זה ומנהלת התדיינות עקרוניות בתחום זה. כך, למשל, תלויה ועומדת עתירה חוקתית שהגישה המבקשת נגד חוק "האח הגדול", המסדיר את נגישות המשטרה לנתוני תקשורת (חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) התשס"ח-2007; בג"צ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל); בדומה לכך מנהלת המבקשת בימים אלה התדיינות עקרוניות בעניין תקופות המעצר הנהוגות בשטחים (בג"צ 4057/10 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש) ובעניין זכותן של אסירות להחזיק ספרים בבית הסוהר (רע"ב 9552/09 סיגלית כהן נ' שב"ס). אלא הן רק דוגמאות להליכים העקרוניים, בהם השתתפה המבקשת בתחום זה בשנים האחרונות.

11. המבקשת **מטפלת גם בפניות ותלונות של הציבור הנוגעות לתחומי התמחותה**. כפי שיפורט להלן, הגיעו אל המבקשת תלונות על פגיעה קשה בפרטיותם ובכבודם של אזרחים תמימים שבוצעו בהם חיפושים בהסכמה בלא כל עילה חוקית, והיא אף פנתה למשטרה בעניין זה.

12. כל אלה מקנים למבקשת את "המומחיות", "הניסיון" ואת "הייצוג", שיש בהם כדי "לתרום להליך זה נקודת מבט שראוי שתהא בפני בית המשפט בשים לב למהות העניין הנדון" (ע"א 11152/04 [פלוני נ' מגדל](#) (2005)), ולסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה "המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו" (עניין קוזלי, עמ' 554), ובכלל זה – הפגיעה המקיפה בזכות הפרטיות של הציבור בכללותו; ההשלכות הטמונות בהכרה ב"הסכמה" לחיפוש נטול סמכות על פגיעה בזכויות יסוד בתחומים רבים אחרים; הנזק חברתי הטמון במתן לגיטימציה לחיפושים ב"הסכמה".

13. על סמך אלה, מבקשת האגודה להצטרף לדיון במעמד של ידיד בית המשפט, להאיר היבטים חשובים הכרוכים בסוגיות הנדונות בתיק דנן, ולחוות דעתה בעניין ההשלכות שעלולות או עשויות להיות להכרעה שתקבל בו.

14. צירוף המבקשת במעמד של "ידיד בית המשפט" אינו צפוי להכביד על הדיון – עיקר מטרתה של המבקשת להגיש חוות דעת, אשר תוכל לתרום תרומה ייחודית לדיון, ולהתמקד בהמשך ההתדיינות בטיעונים הקשורים בה.

חיפושים בהסכמה – הצורך בהכרעת בית משפט נכבד זה

15. הצורך בהכרעה שיפוטית בשאלה, אם מותר למשטרה לערוך חיפושים "בהסכמה" – ואם כן, באלו תנאים – עולה באופן מובהק מהשטח. עוד בינואר 2010 פורסמה כתבה בעיתון "הארץ", בה תואר כי:

"משטרת ירושלים עוצרת על בסיס קבע הולכי רגל תמימים, בעיקר צעירים בשנות ה-20 לחייהם, בשכונת רחביה בעיר ומאלצת אותם להסכים לחיפוש גופני בטענה כי הם נראים חשודים – כך עולה מעדויות שהגיעו לידי "הארץ". מבדיקה מדגמית שערך "הארץ" עולה שכמעט כל צעיר שמתגורר בשכונת רחביה זכה למפגש ולחיפוש גופני שנערך בידי שוטרי משטרת ירושלים. בידי "הארץ" קיימים שמותיהם של 12 צעירים, כולם סטודנטים, שסיפרו סיפור דומה מאוד וכמעט כל אחד מהם מכיר אישית מקרים נוספים או שמע עליהם. **במשטרת ירושלים מודים בפעילות מוגברת בשכונה ואף מתגאים בה.**" (ניר חסון, "המשטרה בי-ם עוצרת עשרות צעירים בשכונת רחביה ומחפשת סמים על גופם" [הארץ](#) 25.1.10; ההדגשות הוספו – א"פ, ל"מ).

16. בכתבה נוספת סופר כי:

"38 תלונות של תושבי רחביה, רובם סטודנטים, רובם גברים, נאספו על ידי 'הארץ' בשבועיים האחרונים בלבד. סיפוריהם דומים: שוטר אחד או שניים עוצרים אותם ומבקשים תעודת זהות, לרוב בשעות הערב או הלילה. השוטר מבקש לעשות חיפוש גופני. עם מי שמסרב מתנהל משא ומתן לא נעים, המלווה באיום שילקח לתחנת המשטרה. בשלב הזה הרוב מוותרים ומסכימים. רבים מהמתלוננים עברו את החוויה הזאת יותר מפעם אחת. החיפוש עצמו כולל חיטוט בכיסים ובתיקים ומישוש הבגדים. במשטרת ירושלים טוענים שהחיפושים הם חלק מהמאבק בפשיעה בשכונה, אבל מהסיפורים משתמע שהשוטרים להוטים בעיקר למצוא סמים בכליהם של 'בני טובים' (ניר חסון, "מעצרים והשפלות. עדויות מהחיפושים המשטרתיים אצל עוברי אורח בשכונת רחביה בירושלים" [הארץ](#) 5.2.10).

17. בעקבת כתבות אלה הגיעו למבקשת מספר תלונות של אזרחים, אשר עברו חיפושים משפילים ב"הסכמה" בירושלים. וביום 18.4.10 פנתה המבקשת ליועמ"ש מחוז ירושלים במשטרת ישראל בבקשה להנחות את השוטרים להימנע מביצוע חיפושים ללא עילה קונקרטיה הקבועה בחוק, ולהבהיר כי "הסכמתו" של האזרח אינה מייצרת סמכות, היכן שאיננה. על אף תזכורת שנשלחה, פניה זו לא נענתה עד היום.

העתק פניות המבקשת מצ"ב ומסומנות **ב/1** ו-**ב/2** בהתאמה.

18. מהתלונות, המתוארות בפניה, עולה באופן מובהק עד כמה מלאכותית היא ההבחנה בין "דרישה" של שוטר לביצוע חיפוש לבין "בקשה" לקבלת הסכמת האזרח לכך. ראשית, משום שכאשר שוטר ניגש לאדם מן היישוב ו"מבקש" לערוך חיפוש על גופו או בכליו, האזרח אינו חש ככלל, כי הוא חופשי לסרב. בעיני האדם הסביר, "בקשתו" של שוטר כמוה כדרישה. שנית, משום שבאותם מקרים בהם האזרחים העזו לסרב, הדבר גרר איומים, טענה כי יש בכך כדי "להחשיד" אותם, ובמקרה אחד אף עיכוב לתחנת המשטרה. עולה, כי לא רק האזרחים, אלא אף השוטרים, אינם מסוגלים להבחין באופן ברור בין "הסכמה" לחיפוש הניתנת כביכול "מראונו החופשי" של האזרח לבין ביצוע חיפוש ללא עילה, תוך הסתרת מאחורי פיקציית ההסכמה. מהתלונות אף עולה הצורך הדחוף בהכרעה שיפוטית ברורה בשאלת חוקיות חיפושים אלה.

הזכות לפרטיות בצל איום ושחיקה

19. הזכות לפרטיות היא זכות יסוד חוקתית, המעוגנת בסעיף 7 לחוק היסוד: **כבוד האדם וחירותו**, בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 ובדברי חקיקה נוספים. בית משפט הנכבד הדגיש לא אחת, כי היא "מהחשובה שבזכויות האדם" (ע"פ 1302/92 [מדינת ישראל נ' נחמיאס](#), פ"ד מט (3) 309, 353 (1995)), ומ"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 לייחוד 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 הדני הרבני הגדול](#), פסקה 10 (2006)).

20. אלא ש"חירותו של הפרט אינה מותנית רק במבנה נורמטיבי המכיר בזכויותיו, אלא גם במציאות פרקטית המאפשרת לו להגן על פגיעה בהן." (רע"פ 2060/97 [פלונית נ' הפסיכיאטר המחוזי](#), 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... " (עת"מ (י-ם) 769/04 [אבו מיאלה אמינה נ' משרד הפנים](#) (2004)).

21. וככל שהדברים נוגעים להגנת הפרטיות קיים פער הולך וגדל בין ההבטחה החגיגית שבדין לבין המצב בשטח. הזכות לפרטיות בימינו בסכנת שחיקה והכחדה. כפי שכותב מיכאל בירנהק:

"בשונה משאר הזכויות, הפרטיות נתונה תחת מתקפה קשה שמאיימת להכריעה. בעידן דיגיטלי שמציע טכנולוגיות של מעקב, בתוספת לחץ ביטחוני עצום מצד המדינה ובמיוחד אחרי אירועי האחד עשר בספטמבר 2001, ובתוספת לחצי השוק התובע יתר-יעילות, הזכות לפרטיות נאבקת על מקומה, ונדמה לפעמים שהמאבק להגנתה הוא מלחמת מאסוף... תגובה נפוצה לטענה בדבר פרטיות היא "אין לי מה להסתיר". זו טענה שכופרת בקיומה של הפרטיות... מקור האיום הקלאסי הוא המדינה, וכיום, גורם משמעותי נוסף שמאיים על הפרטיות בא מצד השוק. כמובן, האיום האולטימטיבי הוא שיתוף הפעולה שבין המדינה לשוק" (מיכאל בירנהק "שליטה במידע והסכמה מדעת: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" [משפט וממשל](#) יא 9 2007 עמ' 10, 14).

22. לשחיקה המדאיגה במעמדה של הזכות לפרטיות יש מספר גורמים. אחד מהם הוא **העמימות** המאפיינת אותה בכל הנוגע להגדרתה ולתחומי התפרשותה. כפי שכותב בירנהק (שם), "בלי הבנת הזכות אין משמעות למעמדה החוקתי... זכות חוקתית יכולה להיות הצהרה חברתית רבת עוצמה, אולם נדרש כאן סיוע משפטי ביישומה." אלא שעד כה לא זכתה הזכות לפיתוח שיטתי במשפט הישראלי.

23. 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.

24. הלחצים והאינטרסים שפועלים בזירה נותנים את אותותיהם ונוגסים במרחב הפרטי - בשליטתו של הפרט במידע שלו. חדשות לבקרים יוזמים פקידי הממשל חקיקה שפוגעת בפרטיות

וקונים לעצמם עוד ועוד סמכויות בילוש ומעקב אחר האזרחים: מייד לאחר שקיבלה אישור להקמת מאגר דנ"א שיכיל דגימות גם של חשודים שלא הורשעו בדין (פרק ג' **לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי, התשנ"ו – 1996**, להלן, "**חוק החיפוש בגוף**"), פנתה המשטרה לחוקק חוק המתיר לה להתחקות אחר נתוני התקשורת שמנהלים האזרחים ("חוק נתוני תקשורת" - ראו פסקה עיל); עוד לא יבשה הדיו מחוק נתוני התקשורת, והכנסת התבקשה לאשר הקמתו של מאגר ביומטרי של כלל תושבי המדינה חרף הפגיעות בכוח ובפועל שיסב הדבר לפרטיותם - מאגר שנהגה על מנת להבטיח הנפקה אמינה של מסמכי זהות, אך עוד בטרם הוקם כבר גויס גם לצרכי שיטור יומיומיים (ראו: **חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009**).

25. על הקלות שבה מועברת חקיקה, הפוגעת בפרטיות, ניתן ללמוד אפילו מטעונו המשיבה במקרה שלפנינו, שעה שהיא מנסה להניא את בית המשפט מלהיכנס לעובי הקורה בנימוק שלפיו ממילא... "**מסתמן הסדר אשר יסמך שוטרים לבצע חיפוש על הגוף אף ללא חשד סביר**" (ה"ש 3, עמ' 8 לתגובת המשיבה) והסוגיה "**תעבור... הסדרה ספציפית, שההערכה היא כי תקודם ותושלם לפני השלמת הליכי החקיקה של חוק החיפוש הכולל**" (ההדגשות הוספו). האופן שבו מוצגים הדברים אכן משקף את המציאות: הכנסת נוטה להיענות לכל בקשה להוסיף סמכויות משטרתיות והמשוכה העיקרית שעומדת בפני המשיבה בדרך לעיגון חוקי של סמכויות חדשות שהיא חפצה בהן אינה הכנסת אלא תהליך גיבוש תזכיר חוק חדש על ידי המשיבה.

26. יוזמות ושינויי חקיקה הם רק אחד הכלים שמשמשים לשחיקת הפרטיות. עיקר המלאכה נעשה באמצעות "קביעת עובדות בשטח" - על ידי השלטון ועל ידי שחקנים בשוק הפרטי. אלה כאלה מנצלים את החסרים הגדולים בהסדרה המשפטית של הגנת הפרטיות, ואת הקשיים המעשיים הכרוכים באכיפתה ומפעילים עוד ועוד אמצעים ומנגנונים שמערטלים את האזרח ומרופפים את שליטתו בפרטיותו ובמידע האישי שלו.

"בעוד שהקדמה הטכנולוגית שינתה את כללי המשחק לחלוטין, נמצאת המערכת המשפטית הרחק מאחור. שעה שהמשפטים עדיין מתחבטים בשאלה מהו סוג ההסדרה הראוי ומהם גבולות ההסדרה הראויים, מפרי הפרטיות צוברים ידע, עוצמה ומידע ומשליטים נורמות התנהגות שכמעט בלתי אפשרי יהיה לשרשן." (יעל און ואח' **פרטיות בסביבה דיגיטלית** (המרכז למשפט וטכנולוגיה, עורכים: ניבה אלקין-קורן, מיכאל בירנהק, 2005) (vii).

27. כך, למשל, מקים לו משרד התחבורה מאגר תמונות ביומטרי של נהגים ללא הסמכה בחוק וללא דיון בשימושים שייעשו בו ומבצע רפורמה בתחבורה הציבורית, שבמסגרתה מאשרים הנוסעים בחתימת ידם כי הם "מסכימים" שכרטיס הנסיעה "החכם" יתעד את כל תנועותיהם באמצעות מערכת ההסעה ההמונית; משרד החינוך אוסף ואוגר מידע רגיש של תלמידי המדינה והוריהם במסגרת פרויקט מדידה והערכה של הישגים בחינוך; רחובות הערים הולכים ומרושתים במצלמות מעקב שמעבירות מידע ויזואלי למרכזי בקרה שם נשמר המידע במאגרים.

28. גם במגזר הפרטי הולכת ומצטמצמת הזכות לפרטיות: מעבידים מקיימים מעקב הולך וגובר אחר עובדיהם, לא פעם אפילו מחוץ לשעות העבודה (ראו, למשל, : ורד פטרר אלון, יצחק הרפז, שי צפירי ואילן משולם "הסקר הרב שנתי של המרכז לחקר ארגונים וניהול המשאב האנושי", אוניברסיטת חיפה: סקר מס' 2 בנושא: ניטור / פיקוח בארגונים). ונוטלים מהם טביעות אצבע לצורך הנהגת שעון נוכחות ביומטרי על יסוד "הסכמה" שהם "גובים" מעובדיהם; גם גופים פרטיים, דוגמת הבורסה ליהלומים למשל, מתנים ביקור של אורחים ב"הסכמתם" לנטילת אמצעי זיהוי ביומטרי; חברות כרטיסי האשראי וחברות הביטוח אוגרות מידע על לקוחותיהן תוך שהן דואגות לטמון בחוזים האחידים שלהן תניות המתירות להן לעשות במידע זה שימוש מגוון – כל אלו הן רק דוגמאות לפגיעות בפרטיות שמתרבות ומתעצמות בקצב מדהים ומחריד.

29. על רקע כל אלה אנו שומעים חדשות לבקרים על סוף עידן הפרטיות. לעיתים הידיעות על מותה של הפרטיות מגיעות מצד מלומדים וברי סמכא אחרים המזהירים מפני "חברת המעקב" ההולכת וסוגרת עלינו (ראו, למשל: A. Michael Froomkin *The Death of Privacy?*, 52; Stanford L.R. 1461 (May, 2000); David Murakami Wood (ed.) *A Report on the Surveillance Society UK Information Commissioner Office (September, 2006)*).

30. אך רבים הם יותר הגורמים האינטרסנטיים שמתיימרים "לבשר" על מותה בטרם עת של הזכות לפרטיות במסגרת מאמציהם להשפיע על התרבות ועל הציפיות הלגיטימיות של האזרחים לפרטיות: "If you have zero privacy... get over it"; "Privacy no longer a social norm"; "If you have something you don't want anyone to know, maybe you shouldn't be **doing** it in the first place". הצהרות אלו ודומות לה נשמעות בשנים האחרונות על ידי טייקונים של תאגידי טכנולוגיה ומידע – גוגל, פייסבוק ואחרים - שבמקביל עושים מאמצים ניכרים כדי להגשים את נבואותיהם: אוספים מידע אישי רב והופכים אותו לנכס – מטבע עובר לסוחר.

31. ניתן להצביע על מאפיינים משותפים לכל התופעות והמנגנונים הללו, שמאיימים להכחיד את הזכות לפרטיות. בין אלו ניתן למנות:

- 31.1 פעילות בניגוד לחוק ולרוחו, ולמצער – שחוקיותה שנויה במחלוקת;
- 31.2 פערי עוצמה בין הפוגע לקורבנות הפגיעה – החל בעדיפות במשאבים ובידע וכלה ביחסי מרות ותלות;
- 31.3 יצירת מראית עין של הסכמה או ויתור של קורבנות הפגיעה – בדרך כלל תוך ניצול היחסים הלא שוויוניים;

31.4. **העדר אכיפה אפקטיבית** - גורמי אכיפת החוק לרבות אלו שמופקדים על הגנת הפרטיות אינם מצוידים במשאבים כדי לחקור ולהתמודד עם גל ההפרות, ואילו קורבנות הפגיעה סובלים מנחיתות שמקשה עליהם לעמוד על זכויותיהם;

31.5. **כיבוש מזדחל** של המרחב הפרטי - הפגיעות בפרטיות נחזות לעיתים כקטנות יחסית, אבל הן מתבצעות באופן שיטתי ועקבי – דפוס שמטשטש את האפקט המצרפי והמצטבר של הפגיעות;

32. רובם של מאפיינים אלה נמצא גם בהתרחשויות שבמוקד בקשות רשות הערעור שלפנינו, באופן שבו מנסה המשיבה להצדיק אותן ולקבל לגיטימציה לעתיד, ולעיתים גם בין השורות של פסקי הדין של בתי המשפט קמא. להלן נצביע על מספר היבטים של המקרים שלפנינו ועל הקשר בינם לבין מופעים שונים ומגוונים של פגיעה בזכות לפרטיות.

באופן זה נבקש להאיר בפני בית המשפט את טווח התופעות והמצבים שעשויים או עלולים להיות מושפעים מההכרעה בתיק שבנדון, מאופן ההנמקה שלה ואף מאמרות-אגב שיכללו בה.

הסכמה לפגיעה בפרטיות

33. אחד הצירים המרכזיים שסביבו נסב הדיון דכאן הוא ה"הסכמה" שניתנה כביכול לחיפוש, שהיה בלתי חוקי אילולא ניתנה, ואשר איינה, על פי הטענה, את הפגיעה בפרטיות. כפי שכבר ציינו, חלק ניכר מהפגיעות בפרטיות מתבצעות בימינו במסגרת יחסים בלתי שוויוניים, כאשר הפוגע מתיימר להציגה כאילו לאו-פגיעה היא, על סמך "הסכמה" שניתנה לו כביכול על ידי הנפגע.

34. כך, למשל, במקרה שבו טיפלה המבקשת לפני מספר שנים, אנשי תאגיד גדול וידוע הודיעו לעובד שהוא "עצור", ערכו חיפוש בכליו ועיכבו אותו לצורך עריכת חקירה צולבת וגביית עדות תחת לחץ – כל זאת, בנימוק שכל מי שעובד בתאגיד "חותם על תקנונים שלפיהם הוא יודע שהוא בחברה שהיא מדינה בתוך מדינה ואלו הנהלים שלה". ("אגד חוקרת את נהגיה לבד באמצע הלילה וללא עו"ד" [חדשות נענע](#) 8.12.2005). כדוגמא נוספת נזכיר את פנייתם הנזעמת של מפקחי פרטיות ברחבי העולם, לרבות הרשות למשפט ולטכנולוגיה במשרד המשפטים, שהתרו בגוגל על הפרקטיקות שבהן היא פוגעת בפרטיות המשתמשים, וזאת בין היתר, באמצעות הסתמכות על "הסכמה" שאינה פרי רצון חופשי ומושכל (ראו: "נציבי פרטיות מזהירים חברות רב לאומיות שאינן מציינות לחוק" [אתר הרשות למשפט ולטכנולוגיה במשרד המשפטים](#) אפר' 2010); יצירת מצג שווא של הסכמה הולכת והופכת גם לפרקטיקה חביבה על רשויות המדינה (ראו, למשל, בדוגמאות הנזכרות בפסקה לעיל).

35. בנסיבות של פערי כוח, יוצא הדין מנקודת הנחה ש"הסכמה" לויתור על הזכות לפרטיות היא למצער חשודה ועל הטוען לקיומה לעמוד קשה על מנת לשכנע שיש להכיר בתוקפה. גישה זו

מתחדדת ומתחזקת בנסיבות מובהקות במיוחד של יחסי תלות ומרות והופכת לסירוב מוחלט כמעט ליתן תוקף לויתור, במיוחד כאשר נשוא הויתור הוא זכות יסוד חוקתית.

36. כזהו המקרה שלפנינו – מתן תוקף לויתור על זכות היסוד לפרטיות בנסיבות העניין שלפנינו, ואיון הפגיעה בזכות היסוד שנעשתה בחסות פעולה שלטונית חסרת סמכות, עלולים לכרסם בהלכות מוצקות הממאנות לעשות כן במגוון של מצבים ונסיבות קלות יותר (כמו, למשל, במקרה של "ויתור" של עובד על פרטיותו), ולהתפרש כמתן לגיטימציה לפרקטיקות מגוונות של רמיסת זכויות אדם בחסות פיקציה של הסכמה.

37. המשיבה טוענת (בפסקה 24 לתגובתה), כי הגישה האוסרת על חיפושים בהסכמה "מובילה לתוצאה לא סבירה, לפיה אדם רשאי להסכים לפגיעה בפרטיותו בידי כל אחד ומכל סיבה, למעט בידי שוטר ולצורך שמירה על בטחון הציבור". אלא, שכמפורט בטיעוני הסגוריה הציבורית, אין כל מקום להשוות בין היחסים שבין הפרט לשלטון לבין היחסים שבין פרטים שונים בחברה. לשוטרים, להבדיל מלאזרחים, מוענקות סמכויות שלטוניות רחבות, הטומנות בתוכן פוטנציאל עצום לפגיעה בזכויות אדם.

דווקא בשל רגישות הסמכויות, הניתנות למשטרה, ובשל חוסר השוויון המובנה הקיים ביחסים שבינה לבין האזרחים, יש להקפיד הקפדה יתרה על הכללים הקבועים בדיון, להגבלת סמכויות אלה. לא בכדי מבהיר סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי אין בהסכמת היחיד כדי להכשיר חיפוש, אשר אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה (ראו בהקשר זה את סעיף 41 לבקשת רשות הערעור ברע"פ 10141/09, העומד על נפקות ההבדל בין סעיף 7(ב) הקובע כי "אין נכנסים לרשות היחיד של האדם ללא הסכמתו" לבין סעיף 7(ג) הקובע, כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו" – הא ותו לא). בכלל זה, אין להשתמש ב"הסכמה" כדי לעקוף את הדרישה, כי סמכות החיפוש תהיה מכוח הסמכה מפורשת בחוק (השוו: סעיף 14 לחוק החיפוש בגוף, הקובע תנאים נוקשים לביצוע חיפוש בהסכמה בגופו של אדם שאיננו חשוד, לרבות קיומה של חקירה קונקרטיית, במסגרתה מתבצע החיפוש; מתן הסברים לאדם אודות זכותו לסרב; וקבלת הסכמה בכתב).

38. המשיבה טוענת, כי ההתנגדות לפרקטיקה של "חיפוש בהסכמה" יש בה משום "מידה יתרה של פטרנליזם, שאינה מתיישבת עם רצון להגן על אוטונומיית הרצון של הפרט, הנכון למחול על זכויותיו בהקשר מסוים" (פסקה 24 לתגובת המשיבה; ההדגשות הוספו – א"פ, ל"מ).

39. בטענה זו של המשיבה יש, במקרה הטוב, מידה יתרה של תמימות, וניכר שמי שמעלה אותה מורגל לפגוש שוטרים, היושבים על כיסא האורח במשרדו. ללא ספק חוויה שונה לחלוטין מזו של אזרח, הנתקל ברחוב בשלושה שוטרים חמושים, ואלה "מבקשים" ממנו (זה הביטוי שבו בחרה המשיבה) לרוקן את כיסיו. "אנא הואיל בטובך לרוקן את כיסך?" – יהא אשר יהא הביטוי המילולי שבו הובעה הבקשה, החשוב הוא כיצד בדיוק נראים ארשת פניו ושפת הגוף של שוטר,

שסבור שהאזרח חייב לציית לדרישתו, ומתכוון לעצור אותו במקרה של סירוב – כפי שהיה בעניינו של המבקש ברע"פ 10141/09 (להלן, "ב"י") (כך העיד אחד השוטרים; ראו בפסקה 2 לבקשת רשות הערעור ברע"פ 10141/09).

40. דווקא טענת המשיבה היא "שאינה מתיישבת" עם הגנה על הזכות לאוטונומיה ועל כבוד האדם. דווקא "בהקשר המסוים" נשוא הדיון שלפנינו אין להניח כנקודת מוצא קיומו של רצון חופשי והחלטה אוטונומית של הפרט למחול על זכויות היסוד שלו.

41. גם במצבים מרוככים יותר, להבדיל מהסיטואציה המתוחה והקיצונית של מפגש בין אזרח לבין שוטר המעכב אותו וממטיר עליו שאלות ודרישות, אין להניח קיומה של "הסכמת" אמת הניתנת לאיש הרשות. כך, למשל, שעה שמשרד הפנים טען, כי זרים בני-זוג של ישראלים אינם מגורשים אלא רק "מתבקשים" לעזוב את הארץ, דחה בית משפט נכבד זה את הטענה באמרו:

טענה-תשובה זו אין בה ולא כלום. לשונם של בני-תרבות היא לשון-נימוסין, וראוי לנו, לכולנו, כי נשיח איש עם רעהו – וגם עם מי שאינו רענו – בלשון נימוסין. בה-בעת, **אסור לנו שנטעה בלשון-הנימוסין, והרי כולנו ידענו כי בתוך כפפת-המשי טמון אגרוף.** איש-רשות המבקש מאת מי ששוהה בארץ שלא-בהיתר כי 'יואיל בטובו' לעזוב את הארץ, לא אך עצה טובה משמיע הוא לזר. יתר-על-כן: כל רשות מרשויות המדינה מחזיקה בסמכויות שהחוק העניק לה, ובגדרי אותן סמכויות רשאית היא לעשות על-פי שיקול-דעתה. רשות משרד הפנים המבקשת מזר כי יעזוב את הארץ, **חזקה עליה כי עושה היא במסגרת סמכותה. השאלה היא אפוא, אם מוסמכת היא לבקש מן הזר – בן-זוגו של הישראלי – כי יעזוב את הארץ.** בשאלה זו דנים אנו בחוות-דעתנו, **ועל-כן דרך הפנייה לזר אינה כלל רלוונטית** לענייננו. על עצות שאינן-עצות ועל הצעות שאינן-הצעות שמענו מזמן, וידענו **להבחין בין הצעה לבין הוראה ובין עצה לבין פקודה** (בג"צ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 769 (1999); ההדגשות הוספו - א"פ, ל"מ).

42. מה ידע ומה חשב המבקש, שעה שעוכב ברחוב על ידי שלושה שוטרים חמושים? בעניין זה יש למשיבה תילי תילים של ספקולציות, ובכולן ניכרת החתירה למטרה – קבלת הכשר לחריגה מסמכות – יותר משורת ההיגיון: אזרח המעוכב על ידי שוטרים רוצה לסיים את המפגש ולהמשיך בדרכו. במקרה של המבקש דגן היתה זו גם זכותו - העיכוב היה חסר סמכות. ורשות המתנה מימוש זכות קנויה של האזרח בדרישות שאינן רלבנטיות לא תוכל להסתמך על "הסכמה" לדרישות אלו.

43. כך, למשל, אירע לא פעם שרשות ציבורית התנתה בתשלום שירות, שעליה לתת לאזרח ללא תמורה. תביעות השבה שהגישו אזרחים בנסיבות אלו נתקלו בטענת הגנה של הרשות ולפיה **הסכים התובע לשלם את התשלום**. בית המשפט הנכבד מיאן לקבל טענות הסכמה מסוג זה ואמר:

"הלכה זו מייסדת עצמה על הכוח היתר שיש לה לרשות הציבור על היחיד, שהיחיד תלוי ברשות לשבט או לחסד. וכך, בהניף הרשות את השבט, יורה אותה

בית המשפט להשיב את השבט למנוחתו. " (ע"א 2299/99 [שפייר נ' דיור לעולה](#), נה)
(4, 213, 232-233 (2001)).

44. יתר על כן, בתביעות השבה של תשלום, שגבתה הרשות בחוסר סמכות, לא הסתפק בית המשפט הנכבד בדוקטרינה של פגמים ברצון לצורך דחיית טענת ה"הסכמה" שהעלתה הרשות, אלא ביסס את חובת ההשבה על "עילה עצמאית... ייחודית לתביעה השבה המוגשת נגד רשות ציבורית", ושמקורה בעובדה שהרשות **לא הייתה מוסמכת** מלכתחילה לגבות את התשלום (ע"א 546/04 [עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית](#), פסקה 38 (2009)).

45. ואם זו התייחסותו של בית המשפט הנכבד שעה שמדובר בדיני ממונות ובתאגיד עם סוללת יועצים משפטיים, שעה שמדובר בדיני נפשות ובאזרח בודד הניצב מול סמכות – שאני (לעניין היקש זה ראו גם בפרק הדין בהסכמה מדעת – בפסקה להלן).

46. למצער ולחלופין, טענת הסכמה שמעלה רשות בניסיון לרפא פגיעה מחוסרת סמכות בזכות יסוד, היא מסוג ההסכמות שעל פניהן הן חשודות, **על פניהן יש בהן סכנה לתקנת הציבור**, ועל כן נקודת המוצא היא שרק בהתקיים תנאים מסויימים יינתן להן תוקף.

47. למסקנה זו נגיע מקל וחומר גם מדיני העבודה: ויתור של עובד על זכויותיו – אף אם אין מדובר בזכות יסוד חוקתית כבענייננו – נוגד את תקנת הציבור:

"זכות שהוקנתה לעובד מכוח חוק הבא להגן עליו אינה ניתנת לוותר, לא ויתור מפורש ובוודאי לא ויתור מכללא. התפישתה, כי אף בדיני עבודה יש להעמיד בראש סולם הערכים את קדושת רצון ההתקשרות של הצדדים, אינה מקובלת עוד. בעידן קודם ראו אמנם בחוזה העבודה ביטוי לרצונם החופשי של המעביד והעובד, חרף העדר שוויון כלכלי, חברתי או מעמדי שבין הצדדים. אולם ככל שהתרחבה רשת משפט העבודה, המסדיר, חדלו יחסי עבודה ותנאי עבודה להיות תלויים בחללו של 'רצון הצדדים', ונהיו יותר ויותר שזורים ונתמכים ברקמת הוראות חוק והסכמים שתרמו לתקנת הציבור... ויתור עובד על זכות מעין זו מהווה פגיעה בסדר הציבורי, ואין לו תוקף מחייב. וכשם שידו לא היתה ביצירת הזכות, בקיומה, בשמירה עליה, כן לא יוכל העובד למחוק אותה במחי יד" (דב"ע (ארצי) לח/3-59 [סילשי - ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ](#), פד"ע י" 32, 43 (1978)).

48. בנוסף לקביעה הערכית, שלפיה "הסכמה" שכזו נוגדת תקנת הציבור, קיימת **חזקה עובדתית**, **שהיא לא ניתנה מרצון חופשי**, וזאת אפילו אם בנסיבות שאינן מעידות על לחץ ישיר. כך, למשל, שעה שהתייחס ל"הסכמת" עובד לחדירה לרשות היחיד שלו על דרך של חיובו בביצוע מבחני התאמה, קבע בית הדין הארצי לעבודה, כי אין לראות בה הסכמה מרצון חופשי:

"... משמעסיק מטיל חובה על מועמד לתפקיד לעמוד במבחני התאמה, על-מנת להתקבל לעבודה או להתקדם לתפקיד, 'הסכמות' של המועמד אינה ניתנת מרצונו החופשי. **אפילו אם ההנהלה אינה מטילה על העובד חובה לעמוד**

במבחני התאמה על- מנת שמועמדותו תובא לפני ועדת המכרזים, והדבר נתון לבחירתו, הרי שאם העובד מודע לכך שההנהלה מאמינה בתועלת של מבחני ההתאמה, למעשה מופעל עליו לחץ כן להיבחן. יחסי עובד-מעסיק אינם יחסים שווים כוחות; מצבו של העובד הוא בדרך כלל נחות מזה של המעסיק. לכן, החלטתו של העובד לעמוד במבחני התאמה אינה ניתנת תמיד מ'רצונו החופשי'." (דב"ע (ארצי) 70-4/97 אוניברסיטת תל אביב - ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע ל 385, 411; ההדגשה הוספה – א"פ, ל"מ).

49. אכן, לעיתים אירע שבית הדין לעבודה התיר פגיעה מסוימת בפרטיות העובד. ואולם ממכלול הפסיקות בעניין זה עולה, שהרציונאל, שלפיו הוכשרה הפגיעה בזכות היסוד, אינו שייך מבחינה עיונית לסוגיית ההסכמה והוא **אינו יוצר יש מאין "הסכמה"** או "ויתור", המאיינים את הפגיעה בפרטיות. הרציונאל המכשיר את הפגיעה מקורו בפרק **ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות**. מבלי שנכנס במסגרת בקשה זו לסוגיית ההגנות – על פניו קשה להעלות על הדעת קיומה של הגנה שעה שהפגיעה בפרטיות היא תוצאה של אקט שלטוני נעדר סמכות, כלומר, בניגוד לחוק. בכל מקרה, נטל השכנוע בעניין זה הוא על מי שמבקש להכשיר את הפגיעה.

50. גישה דומה עולה גם מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא בדיקות פוליגרף. לאור פגיעתה של הבדיקה בזכות לפרטיות קובע היועמ"ש, כי...:

"על מנת להבטיח את תקינות קבלת ההסכמה, ההסברים כאמור למועמד יהיו בכתב, וכן הסכמתו. למועמד תינתן שהות סבירה בין מתן ההסברים כאמור, לבין מתן הסכמתו, לרבות לצורך קבלת ייעוץ משפטי, אם ירצה בכך. כל לחץ על המועמד למתן הסכמתו יפגום בתוקף ההסכמה, וממילא בחוקיות הבדיקה על כל הכרוך בכך." (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחייה 3.1102: שימוש בבדיקות פוליגרף על-ידי רשויות המדינה).

51. וזו היתה עמדת היועמ"ש גם במקרה של "הסכמת" עובד לחדירה לתיבת הדוא"ל שלו:

"במסגרת המיוחדת של יחסי עבודה, המתאפיינים לעיתים קרובות בפערי כוחות בין הצדדים, ועל רקע חובת תום הלב המוגברת החלה ביחסי עבודה, יש לבחון במשנה זהירות את הסכמתו של עובד בטרם ניתן להסיק כי התקיים בה יסוד החופשיות." (פסקה 22 לעמדה שהגיש היועמ"ש ביום 22.5.08 במסגרת דיון התלוי ועומד בבית הדין הארצי לעבודה, ע"ע 90/08 איסקוב נ' הממונה על עבודת נשים; ראו פסקה 9 לעיל).

הסכמה לויתור על פרטיות של אחר

52. על הכשלים שבטענות המשיבה בסוגיית ההסכמה ניתן ללמוד גם מעמדתה בעניין ג' (רע"פ 617/10). כזכור, באותו עניין הוכשרה הפגיעה בפרטיותו של המבקש באמצעות "הסכמה" שנתנה אימו לחיפוש בכליו.

53. "עמדתנו בדבר מעמד ההסכמה לפגיעה בפרטיות מוסיפה ומתחזקת" אומרת המשיבה (בפסקה 28 לתגובתה), "לאור הוראות סעיף 7(ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיהן ניתן להיכנס לרשות היחיד של אדם, בהסכמתו... בדומה לסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות... איננו

סבורים כי תופס המקום לא רשאי להסכים לחיפוש בחלקים מדירתו משום שהם משמשים גם אחרים" (ההדגשה הוספה – א"פ, ל"מ).

54. המשיבה מעדיפה להתעלם מכך, שלפי דיני הגנת הפרטיות "רשות היחיד" אינה נקבעת לפי דיני הקניין, והיא עשויה "לחול גם במקום בו אין לפרט כל קניין (כגון בית הוריו...)" (בג"צ 6650/04 פלונית נ' ביה"ד הרבני האזורי, פסקה 21 (2006); וראו ההפניה לאלי הלם, דיני הגנת הפרטיות, 88-91 (2003)). בדומה לזה פרטיותם של אורחיו "אינה נעצרת בדלת הבית, ואיננו יכולים להפשיטם מפרטיותם רק משום היותם בדלת אמות ביתנו." (בירנהק, פסקה לעיל, עמ' 30).

55. אם נלך לשיטתה של המשיבה, עלולים אנו להכשיר גם, למשל, חדירה לרשות היחיד של עובדים כל עוד זו נמצאת בחצריו של המעסיק. לו זה היה הדין, כלל לא היתה עולה השאלה האם רשאי מעסיק לחטט בתיבת הדואר האלקטרוני של עובדיו, שאלה שבה מתחבט בימים אלה בית הדין לעבודה (ראו פסקה לעיל). באופן דומה יכול היה המעסיק לחטט בתיק או בארנק שהניח העובד על השולחן במשרד או לפרוץ לארונות האישיים שלו.

56. טענה זו של המשיבה "אינה מתיישבת עם רצון להגן על אוטונומיית הרצון של הפרט", שהמשיבה כה חרדה לה (ראו בתגובתה בפסקה 24). מראית עין ופיקציה אינן מקיימות את זכות היסוד לאוטונומיה, אינן תחליף ראוי להסכמה לפגיעה בפרטיות.

הסכמה מדעת

57. כלל נוסף שנגזר מעקרון ההסכמה הוא שלאדם מושא המידע תהיה אפשרות אמיתית של בחירה. הסכמה לויתור על הפרטיות חייבת להיות "מדעת" – שבידי האדם שנתונה לו הזכות לפרטיות יהיה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי להחליט האם לוותר על זכותו זו. אם נמנע ממנו מידע זה, שוב לא ניתן לייחס את ה"הסכמה" שנתן לביטוי של אוטונומיה ושל רצון חופשי.

58. המשיבה משלמת מס שפתיים לרעיון כי "על מנת לבצע חיפוש בהסכמה נדרשת הסכמת-אמת, תוך מודעות של המסכים לאפשרות לסרב, שלא תיזקף לחובתו." עם זאת מבהירה המשיבה כי "איננו סבורים כי ניתן לוודא מודעות זו רק דרך שימוש בטפסים, או 'דקלום' הזכות לסרב בידי השוטר. לטעמנו חזקה על אדם מן השורה, הנשאל אם הוא מסכים לחיפוש ועונה בחיוב, כי הוא מבין שלא מדובר בחילופי דברים סתמיים" (פסקה 25 לתגובה).

59. אולם, כפי שניתן להיווכח מאופן ניתוח עניינו של המבקש ב' על ידי המשיבה, אין היא עומדת בפועל על קיומה של הוכחה כלשהי, כי המבקש אכן "ידע" כי זכותו לסרב. כזכור, גם השוטרים סברו שב' חייב לציית לדרישתם, שאחרת הם רשאים לקחתו לתחנת המשטרה. אם בנסיבות אלו - כאשר השוטרים עצמם לא ידעו, כי למר ב' זכות לסרב – ניתן לדבר על הסכמה

מדעת, אזי אין למונח כל משמעות ממשית. **אם במקרה כגון דא לא ייקבע, כי לא הוכחה ידיעת האזרח שזכותו לסרב לחיפוש – האם ניתן להעלות על הדעת מקרה בו כן ייקבע כך?**

60. לא ברור בדיוק למה מכוונת המשיבה ב"חזקה" התמוהה שהיא מציעה, ומה צריך אדם להבין, לשיטתה (מעבר לכך "שלא מדובר בחילופי דברים סתמיים?") כדי שתתקיים הסכמה "מדעת" לזיתור על הזכות לפרטיות? מענה לשאלה זו נמצא לא בתגובת המשיבה דכאן, אלא בעמדה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה במסגרת התדיינות בבית הדין הארצי לעבודה (עניין איסקוב המובא לעיל). שם נאמר, כי תיקון מס' 9 לחוק הגנת הפרטיות, שהוסיף את התיבה "מדעת" בסמוך ל"הסכמה" (בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות; **חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז-2007**, ס"ח 2101 מיום 26.6.07, עמ' 268), **"בא להבטיח רמה גבוהה של פירוט ביחס לפגיעה בפרטיות..."** עוד נאמר, כי "חובת היידוע ברמה גבוהה של פירוט באשר לטיב הפגיעה הצפויה בזכות לפרטיות... נלמדת גם מהסטנדרטים הדרושים בהקשרים דומים בחוקים ישראלים אחרים... למשל... **חוק זכויות החולה... [ו] חוק מידע גנטי**"... "הקבלה זו מובאת לעניין היקף המידע הדרוש בלבד, על אף השוני העמוד בין שני ההסדרים." (פסקאות 58 ו-61 וה"ש 33 לעמדת היועמ"ש בעניין איסקוב; ההדגשות הוספו – א"פ, ל"מ).

61. דומה לזה, בהנחיית היועמ"ש בנושא שימוש בפוליגרף (ראו פסקה 50 לעיל) נאמר:

"נוכח הפגיעה בזכויות יסוד הכרוכה בבדיקת הפוליגרף כאמור... יש להבטיח כי ההסכמה תינתן על בסיס של **מודעות מלאה** באשר למהות הבדיקה, פרטיה, מהימנותה, והמשקל שיינתן לתוצאותיה. לפיכך, **בטרם תתבקש ההסכמה**, יש לתת למועמד לבדיקה הסבר על מהות הבדיקה, פרטיה, שלביה, והמהימנות שלה. כן יש להבהיר למועמד, **כי אינו חייב לעמוד בבדיקה**, וכן את התוקף המשפטי של תוצאות הבדיקה, והשימוש העשוי להיעשות בהם." (ההדגשות הוספו – א"פ, ל"מ).

62. כן ראו גם בהקשר זה את סעיף 14 לחוק החיפוש בגוף המתנה חיפוש בהסכמה בגופו של מי שאינו חשוד במתן הסברים אודות זכותו לסרב ובקבלת הסכמתו בכתב.

63. זהו אפוא התנאי, ולא היחיד, להסכמה מדעת לזיתור על הפרטיות. ובענייננו – הסכמה לחיפוש משטרתי נעדר סמכות, או הסכמה לחשוף את תחולת הכיסים במכנסים ואת המידע האישי העולה ממנה. הנה כי כן, גם המשיבה סבורה, כי לא די ב"חזקה" אלא יש להבהיר למי שמבקשים או דורשים ממנו לוותר – **"כי אינו חייב"**.

64. עמדת המשיבה דכאן, משדרת מסר מסוכן לכל שדרות החברה. היא מאיימת לחתור תחת המאמצים להגן על הזכות לפרטיות מפני מגוון השיטות ו"התרגילים" שבאמצעותם מבקשים גורמים שונים לשחוק אותה, וליצור מצגי שווא של "הסכמה מדעת".

65. בכל הכבוד, גם לאמרת האגב של בית המשפט של הערעור בעניין ב' עלולות להיות השלכות דומות. בית המשפט הנכבד ציין, כי :

"שאלה היא גם מה תחולת התפרסותה של החזקה המשפטית בגדר ידיעת הדין", כלומר, שאפשר שחזקת ידיעת הדין, שלפיו לא הייתה סמכות חיפוש חוקית, אינה מאפשרת לאדם לטעון שנאלץ להישמע לשוטר "שיוציא לי את הדברים מהכיסים" כיוון שחשב בטעות שמדובר בהוראה חוקית (ע"פ (מחוזי – ת"א) 7250/09 מ"י נ' ב', פסקה 12).

66. אמירה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההלכות והדינים, העוסקים ב"הסכמה מדעת" וגם לא עם הלכות בית משפט נכבד זה במקרה של גביית כספים נעדרת סמכות מן האזרח תחת אצטלה של "הסכמה" כביכול:

"כל אימת שאדם התופס משרה רשמית דורש תשלום כסף בעד עשיית מעשה שמחובתו לעשותו ללא תשלום, והמסווה של מעמדו הרשמי **נוטע בלב המשלם את האמונה** שבאין תשלום לא ייעשה המעשה – במסיבות אלה משלם המשלם שלא מרצון, והוא זכאי להשבה." (ע"א 412/54 עיריית ת"א-יפו נ' ארמון אהרונביץ בע"מ, פ"ד י 1835, 1842; ההדגשות הוספו – א"פ, ל"מ).

"בנסיבות אלה ניתן להכיר בעילת השבה גם מחמת טעות שבדין: 'הזכות להשבה מבוססת על כך שרבצה על מקבל התשלום **חובה להעמיד את המשלם על טעותו** ולהקפיד על כך שלא ישולם סכום אשר איננו מגיע לפי הדין. העובדה שמקבל התשלום לא נהג כך משום שבעצמו טעה בקשר להוראת הדין, איננה מעלה ואיננה מורידה" (ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (2009) בפסקה 37; ההדגשות הוספו – א"פ, ל"מ).

הסכמה מדעת, ציות, ומי שאין לו מה להסתיר

67. למרות כל האמור לעיל המשיבה עודנה סבורה שבמקרה של ב' ויתר המבקש על פרטיותו בדרך של "הסכמה חופשית". וכל זה למה:

"ראשית, בכך שהמבקש 1 רוקן בעצמו את כיסיו, ללא צורך בעריכת חיפוש בידי השוטרים. ושנית, בכך שהמבקש 1 סבר, כך טען, כי מותר לשאת את הסכין הנדונה..." (וכאן עוברת המשיבה לגזירת מסקנה מעדותו זו של המבקש ואומרת כי הוא...) "חש... בטוח להסכים להציג את תכולת כיסיו. הוא לא עשה כן משום שחשב, כי הוא חייב להיענות לבקשת השוטרים" (פסקה 26 לתגובת המשיבה). (ההדגשות הוספו – א"פ, ל"מ).

68. שתי טענות אלו מקפלות בתוכן הנחות שגויות ואמירות חמורות. הטענה הראשונה מלמדת על הבלבול המסוכן העולה מעמדת המשיבה בין מושג ה"הסכמה" לבין מושג ה"ציות"; העובדה, כי אדם "מבצע בעצמו" מעשה שהתבקש לעשותו בידי שוטר מעידה לכל היותר על נכונותו לציות להוראה שקיבל. היא איננה יכולה ללמד, בשום פנים ואופן, על החלטה מדעת המבוססת על אוטונומיה חופשית. העובדה, כי אזרח ציית לדרישה שרירותית מצד שוטר לרוקן את כיסיו, וכי לא נדרש שימוש בכוח, אינה יכולה להכשיר את החיפוש הבלתי חוקי. בלבול זה, אשר הנו כמעט בלתי

נמנע בהקשר דנא, הוא המעיד, שוב, על בעייתיות מושג "ההסכמה" באינטראקציה שבין השוטר לאזרח ועל הסכנות שבניסיון לעקוף את הדרישה ל"חשד סביר".

69. בדומה לתלונות שקיבלה המבקשת מהאזרחים ברחביה (ראו פסקה לעיל), דווקא המקרה של ב' מדגים היטב את **מלאכותיות ההבחנה בין "הסכמה" ל"ציות"** ואת הקלות הבלתי נסבלת שבה חיפוש "בהסכמה" יכול להפוך בנקל לחיפוש בלתי חוקי ללא עילה. הוא מדגים את הצורך ההכרחי בכללים ברורים ומובהקים, המעוגנים בדין, היכולים להנחות את השוטרים באשר לגבולות סמכויותיהם ובאשר לתנאים האובייקטיביים שצריכים להתקיים כדי להכשיר פלישה לפרטיות האזרח.

70. הטענה השנייה, שלפיה ניתן ללמוד על "הסכמתו" של המבקש מעצם העובדה שסבר בטעות שלא נשא חפץ אסור, חושפת אף היא הנחת יסוד שגויה ופוגענית: הנחה, לפיה רק מי שיש לו "מה להסתיר" דורש הגנה על פרטיותו.

71. למרבה הצער הנחה זו משקפת הלך רוח נפוץ ומקובל, הכופר בחשיבות האינהרנטית של ההגנה על צנעת הפרט ועל הזכות לפרטיות (ראו אצל בירנהק, כנזכר בפסקה לעיל) (לדיון ביקורתית בטענה זו ראו: Daniel Solove, *'I've Got Nothing to Hide' and Other Misunderstandings of Privacy* 44 San Diego L.R. (2007)).

72. כך, למשל, אמצעי המעקב ההולכים ומתרבים במדינות הדמוקרטיות מלווים בהצהרות, כאילו אין בהם משום איום על הפרטיות. האיום היחיד, כך נטען, הוא במקרה שהמעקב חושף פעילות בלתי חוקית, שאינה זכאית ליהנות מהגנת הפרטיות. כפי שמבהיר Solove במאמרו הנ"ל, נראה שיוזף סטאלין היה מאמץ את הטענה הזו בשתי ידיו, אבל במדינה דמוקרטית אזרח אינו אמור להסביר מדוע הוא שומר על מרחב פרטי – המדינה היא שצריכה להסביר מדוע היא מבקשת לפלוש אליו. ובדומה לזה מטעים Schneier ואומר, כי המענה הקולע ביותר לטענת ה-"nothing to hide" מקורו בשני מושכלות היסוד העתיקות: "מי ישמור על השומרים" ו"כוח מוחלט משחית באופן מוחלט". (Wired, 18.5.06) "The Eternal Value of Privacy" Bruce Schneier; לעניין ההשלכות החמורות של הטיעון הנ"ל על יחסי פרט ושלטון במדינה דמוקרטית ראו אצל בירנהק, פסקה לעיל, עמ' 57 ואילך).

73. הרושם המוטעה, כאילו הזכות לפרטיות נחוצה אך ורק לעברייני שיש לו מה להסתיר, עלול להתחזק דווקא לנוכח הקושי לאכוף את הזכות. מרבית הפגיעות בפרטיות נגמרות בלא כלום. האזרח שעוכב על ידי שוטרים ללא עילה חוקית ועבר חיפוש "בהסכמה", העובד שנאלץ "להסכים" לחיפוש, מעקב או ציתות, הצרכן שמידע אישי שלו הועבר בניגוד לדין – כל אלה אינם ממהרים

לתבוע את עלבונם ואת זכויותיהם. כך יוצא, שמרבית המקרים של פגיעה בפרטיות מגיעים לבירור משפטי הם דווקא אותם "מקרים קשים", שבהם הניבה הפגיעה בזכות ממצאים "מרשיעים" נגד קורבן הפגיעה.

74. זאת ועוד. מתן לגיטימציה לשימוש בלתי מוגבל באמצעי החיפוש "בהסכמה" אינו פוגע רק בזכויות הנחפשים עצמם אלא הוא בעל "אפקט צינון" על התנהגות בלתי מזיקה של כל פרט ומוביל להגבלת חירותו של כלל הציבור. החשש שמא כל אזרח בכל רגע נתון יכול להפוך לקורבן לחיפוש, עלול למנוע, לדוגמה, מאזרחים תמימים להסתובב באיזורים "מועדים" לחיפוש או לגרום לאזרחים לחשוב פעמיים על אופן לבושם או תסרוקתם שמא יעוררו את חשד המשטרה. התוצאה היא אימוץ התנהגות של הימנעות מפעילויות חוקיות לחלוטין בשל החשש מפני היתקלות בחיפוש שרירותיים תוך פגיעה בפרטיות ובכבוד, עיכוב שלא לצורך ומתוך חשש שמא הפעילות החוקית שלנו תוצא מהקשרה או תובן שלא כהלכה. פרקטיקה שכזו מצרה את צעדינו, מגבילה את חירותנו כציבור ויוצרת תודעה של הרתעה וחשש מתמיד. מציאות שכזו היא סימן ההיכר של "מדינת משטרה" ושל דיכוי ומטעם זה ראוי שנשמור על הזכות לפרטיות גם כשאין לנו מה להסתיר.

חיפוש בהסכמה כאמצעי למיגור אלימות – הפיקציה הפוגענית שביסוד עמדת המשיבה

75. אכן, יש לדחות בשתי ידיים את טענת המשיבה, לפיה ניתן להסיק את "הסכמתו" של אדם לחיפוש מעצם העובדה שהוא סבור, כי "אין לו מה להסתיר". כל אדם אומר או עושה דברים שהם חוקיים לחלוטין, ועדיין רוצה לשמור לעצמו את הבחירה – עם מי ומתי לחלוק אותם. גם מי ש"אין לו מה להסתיר" עשוי להיות חרד לפרטיותו ועל החוק והעקרונות החוקתיים להעניק לו הגנה מלאה.

76. אולם, דווקא מטענה זו של המשיבה משתמעת הכרתה בהנחה הסבירה הרבה יותר, כי מי שיש לו מה להסתיר, לא ייתן הסכמה חופשית ואוטונומית לחיפוש הנערך על גופו. אכן אין זה סביר להניח כי אדם, הנושא חפצים אסורים, יסכים באופן חופשי לחיפוש על גופו, בהעדר כל חשש כי סירוב מצדו ישמש נגדו בעתיד.

77. בנסיבות אלו תמוהה טענת המשיבה, העוברת כחוט השני בתגובתה, לפיה אי הכרה בסמכות המשטרה לבצע חיפוש "בהסכמה" עלול להקשות באופן ניכר על המאבק במעשי אלימות ופשעה (ראו בהקשר זה את פסקה 24 לתגובה, בה טוענת המשיבה, כי אין לאסור על חיפושים "בהסכמה", בין השאר משום ש"גלום בכך מחיר חברתי לא מבוטל, של פגיעה ביכולת האכיפה ויצירת חברה מסוכנת ואלימה יותר, שעברייניה "יכולים" לשאת כלי משחית ואמצעי-פשעה ללא סיכון אמיתי להיתפס").

78. מצד אחד טוענת המשיבה, כי חיפושם "בהסכמה" הם כלי חיוני לגילוי עבריינים אלימים ולחשיפת חפצים מסוכנים הנישאים בסתר; מצד שני מכירה היא בכך, שאם בהחלטות רציונאליות עסקינן, המבוססות על "אוטונומיה רצונית", רק אזרחים תמימים (אם בכלל) – או אזרחים המשוכנעים כי לא יהיה בחיפוש כדי לחשוף התנהלות בלתי חוקית – יטו להסכים לחיפוש.

79. ברי כי הגיון זה אינו יכול לעמוד. קושי זה בהגיון המדריך את המשיבה חושף למעשה את הנחת היסוד הסמויה והפוגענית, העומדת בהכרח ביסוד עמדתה: ההנחה, כי במקרים רבים, אזרחים "יסכימו" לחיפוש רק משום שלא יהיו בטוחים ביכולת האמיתית שלהם לסרב ל"בקשה" או ל"דרישה" של השוטר לרוקן את כיסיהם.

80. סיכומו של דבר: המשיבה מבקשת מבית המשפט הנכבד להכשיר פעולת שיטור לא חוקית על יסוד פיקציה. למצער מצפה המשיבה שבית המשפט ייתן הכשר כאמור עד שיושלם הליך חקיקה שיאפשר למשטרה לערוך חיפוש גם בהעדר חשד סביר.

חיפושם "בהסכמה": פגיעה בכבוד ובשוויון

81. על כף המאזניים בתיקים אלה אין מונחת רק הזכות לפרטיות – של המבקשים, של כלל הנחפשים הפוטנציאליים ושל הציבור בכללותו – אלא אף הזכות לכבוד: זכותו היסודית של כל אדם, כי רשויות המדינה לא יתייחסו אליו כאל "חשוד", אלא אם הוא עצמו, במעשיו הספציפיים, נתן להן סיבה טובה לעשות כן. דיני החיפושים – הדורשים, כתנאי לחוקיותו של חיפוש, "חשד סביר" כי בוצעה עבירה קונקרטיית - נועדו לשמור בין השאר על עקרון חשוב זה. מתן סמכות לשוטרים לבקש מאזרחים "להסכים" לחיפושם משפילים ללא עילה מאפשר להם, הלכה למעשה, להתייחס אליהם כאל "חשודים" פוטנציאליים, ללא מגבלות ממשיות על שיקול דעתם. זאת, משום שהוא מאפשר להם "לבחור" מי ייחשף לחיפוש ומי לא, ללא קריטריונים אובייקטיביים מנחים, ומבלי שהם יידרשו להסביר ולו בדיעבד, מדוע פנו לפלוני ולא לאלמוני. אדם, אשר "מתבקש" על ידי שוטר לעיני כל לרוקן את כיסיו, אך משום תחושתו ה"סובייקטיבית" של השוטר (או חשדו ה"אינטואיטיבי" כפי שכינה זאת בית המשפט הנכבד קמא בעניינו של ב' (פיסקה 11 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי), כי הוא עלול להיות עבריין, אינו יכול שלא לחוש מושפל ומבוזה. חוויית החיפוש – אף כשהוא אינו פולשני במיוחד - איננה חוויה נעימה במקרה הטוב; כאשר הבקשה ל"הסכים" לחיפוש מופנית לאזרח באופן שרירותי, כי הוא "לא נראה" לשוטר, נלווה אליו פגיעה קשה בכבוד. גם בכך יש כדי לשנות באופן מהותי את היחסים הראויים בין הפרט לבין השלטון במדינה דמוקרטית.

82. כן אין צריך לומר, שכאשר המשטרה רשאית לפנות לכל אזרח על פי שיקול דעתו הבלעדי של שוטר, ו"לבקש" ממנו להסכים לחיפוש, יש בכך כדי לפתוח פתח עצום לאפליה בהפעלת סמכויות אכיפה ול"פרופיילינג" על בסיס גזע, לאום, מוצא ועוד. שוטרים בשטח, המשוחררים מהדרישה

לקיומו של חשד סביר, יפנו "בקשות" אלה באופן מוגבר לאוכלוסיות, הנתפסות בעיניהם הסובייקטיביות כ"בעייתיות" יותר. בנוסף, אוכלוסיות מוחלשות ואוכלוסיות מיעוטים יהיו במקרים רבים מודעות פחות לזכויותיהן ויחששו יותר לעמוד עליהן אל מול אנשי מרות; בהיתקלות עם שוטרים חמושים, נטייתן "להסכים" לחיפוש פולשני ומשפיל תהיה בהכרח גבוהה יותר.

פסלות ממצאי החיפושים הבלתי חוקיים

83. המבקשת מצטרפת לטיעוני הסניגוריה הציבורית באשר לשאלת פסילת הראיות, אשר נתפסו בחיפושים הבלתי חוקיים שנערכו בתיקים אלו, בהתאם לע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, ניתן ביום 4.5.06, להלן, "הלכת יששכרוב") וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, ולא נחזור כאן על טיעוניהם המפורטים. יחד עם זאת, נבקש להדגיש מספר נקודות:

84. ראשית, כמפורט בהרחבה בטיעוני הסניגוריה, בבואו לשקול פסילת ראיה על פי הלכת יששכרוב, על בית המשפט לתת את הדעת בין השאר לשאלת הזכויות והאינטרסים השונים, העומדים על הפרק ולשיקולי נזק ותועלת. הן מהחלטת בית המשפט המחוזי בעניינו של ב', והן מתגובת המשיבה, עולה בהקשר זה **הנחת היסוד המוטעית, כי על כף המאזניים עומדת זכות הנאשם הספציפי לפרטיות אל מול אינטרס הציבור בקיום הביטחון ומיצוי הדין עם עבריינים**. כך, על פי בית המשפט הנכבד קמא, "המחיר החברתי של פסילת הראייה תוך העדפת אינטרס הנאשם, אינו שקול כנגד הפגיעה באינטרס הציבור ובאימון הציבור במערכות אכיפת החוק והמשפט. הציבור מתקשה לקבל העדפה כה בוטה של זכות העברייני, שנתפס בכף, בעת ביצוע עבירה הגלוייה לעין כל, על האינטרס הציבורי, בגלל שיח זכויות מרחיק לכת, שתוצאתה לטווח הרחוק, עלולה להיות, עליה ברמת הפגיעה ופגיעה ביכולת האכיפה והמניעה של המשטרה" (פיסקה 26 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין של ב'). לכך מצטרפות טענות המשיבה, כאילו מדובר בפגיעה "מינימאלית" אם בכלל בזכות לפרטיות (ראו פיסקה 33 לתגובה).

85. אלא שהצגת הדברים בדרך זו **מתעלמת מהפגיעה בזכות לפרטיות של כל אותם עוברי אורח תמימים**, שאינם נושאים כל חפץ אסור, ושעל פי מדיניות המשיבה מבוצעים בהם חיפושים "בהסכמה" תוך פגיעה בפרטיותם ופעמים רבות תוך ביזויים והשפלתם. כן היא מתעלמת מהפגיעה בכל אותם אנשים, אשר מוטרדים בידי המשטרה שלא לצורך, אף אם הם מצליחים לעמוד על סירובם ולמנוע את החיפוש. מטבע הדברים, רק אותם מקרים בודדים, בהם החיפוש "בהסכמה" מוביל למציאת ראיות מפליליות, מגיעים לבית המשפט ונערך בהם בחינה נסיבתית ופרטנית של הפגיעה בפרטיות; אולם מקרים אלה הם היוצא מן הכלל ואינם מהווים מדגם מייצג לבחינת האינטרסים המתנגשים. כאמור לעיל, הרוב המכריע של הנחפשים "בהסכמה" אינם תובעים את השפלתם, וזכויותיהם הנפגעות אינן נלקחות בחשבון.

86. חשוב להדגיש ולחזור ולהדגיש בהקשר זה, כי הזכות לפרטיות הנפגעת ממדיניות המשיבה איננה רק זכותו של העבריין, הנתפס בקלקלתו, אלא זכותו של כל אחד מאיתנו להגנה נאותה על זכויותיו היסודיות. **אינטרס הציבור העומד על הפרק אינו רק אינטרס הציבור בהעמדת פושעים לדין, אלא אינטרס הציבור בשמירה על חברה חופשית, בה המשטרה אינה רשאית לפלוש לפרטיות האזרח ללא הצדקה ספציפית, המעוגנת בדין. "אמון הציבור" במערכת אכיפת החוק אינו נשמר רק במיצוי הדין עם עבריינים, אלא גם במתיחת קו ברור בין המותר והאסור בפעילות המשטרה.**

87. כן ראוי להבהיר, כי מהות ועומק הפגיעה בפרטיות אינם נמדדים רק בהיקף הפלישה לרשות היחיד או בהשפלות המלוות אותה במקרה הספציפי; הם נמדדים גם בהשלכות הרחב של הפגיעה על טיב היחסים שבין הפרט לשלטון. במקרה דנן, על כף המאזניים אין עומד אך החיפוש הספציפי בכיסוי של פלוני או בביתו של אלמוני - אלא השאלה היסודית אם אנו כחברה לוקחים ברצינות את הרעיון, כי סמכות המשטרה לפלוש לרשות היחיד נתונה למגבלות ממשיות כלשהן. **על כף המאזניים עומד ההבדל היסודי בין חברה חופשית, בה אזרחים חיים בראש מורם בידיעה, כי גם שוטר אינו רשאי לפלוש לפרטיותם ללא עילה כדין, לבין חברה בה כל אחד עשוי להיחשף, על פי שיקול דעתו הבלעדי של השוטר, לחיפושים שרירותיים ומשפילים.**

88. אכן:

Too many wrongly characterize the debate as "security versus privacy." The real choice is liberty versus control. Tyranny, whether it arises under threat of foreign physical attack or under constant domestic authoritative scrutiny, is still tyranny. Liberty requires security without intrusion, security plus privacy. Widespread police surveillance is the very definition of a police state. And that's why we should champion privacy even when we have nothing to hide. (Bruce Schneier "The Eternal Value of Privacy" Wired 18.5.06)

89. **תגובת המשיבים לבקשה**

- * ב"כ המבקש ברע"פ 10141/09, עוה"ד ד"ר ספיר וד"ר לייסט הודיעו כי הם "מסכימים לבקשה וסבורים שצירוף האגודה לזכויות האזרח להליך כ"ידיד בית המשפט" יתרום באופן משמעותי להכרעה בסוגיות העקרוניות העומדות לדין."
- * ב"כ המבקש ברע"פ 617/10, עו"ד לוי ועו"ד טורס הודיעו כי הם מסכימים לבקשה.
- * ב"כ המשיבה, עו"ד ד"ר גורדון, הודיע כי הוא **מתנגד** לבקשה מהנימוקים המפורטים **בתגובה המוגשת יחד** עם בקשה זו.

אבנר פינצ'וק, עו"ד לילה מרגלית, עו"ד
בי"כ המבקשת

1 באוגוסט, 2010