

העותרת: **האגודה לזכויות האזרח בישראל ע"ר** 580011567
ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או גיל גן-מור ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או דבי גילד-חיו
ו/או עביר ג'ובראן דכוור ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין
ו/או אן סוצ'יו ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-7050734; פקס: 03-5608165
דוא"ל: gil@acri.org.il

- נ ג ד -

- המשיבים: **1. ראש הממשלה**
2. הממשלה
3. שירות הביטחון הכללי
4. משטרת ישראל
5. משרד הבריאות

כולם ע"י מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא ייקבע שתקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן – **תקנות השב"כ**) – בטלות.
ב. מדוע לא ייקבע שתקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020 (להלן – **תקנות המשטרה**) – בטלות.

כמו כן בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

להלן טעמי העתירה:

1. בישראל, כמו בעולם כולו, מתפשט וירוס הקורונה, והממשלה, בדומה לממשלות רבות בעולם, נוקטת באמצעים רבים להאט את התפשטותו ולהפחית את מספר החולים כתוצאה ממנו. מטרתם של אמצעים אלו הינה, כפי שמסביר משרד הבריאות, להגן על חיי אדם, לשמור על

בריאות הציבור, ולהאט את התפשטות הווירוס כדי למנוע עומס יתר על מערכת הבריאות, שיוביל לפגיעה נוספת ולא הכרחית בחיי אדם ובבריאות הציבור. הווירוס גורם למחלה חדשה, המתבטאת אצל חלק מן הלוקים בו בתסמינים קלים ואצל אחרים בתסמינים חמורים, כולל דלקת ריאות ותסמונת נשימתית חמורה שעלולים לגרום למוות. לא הכל ידוע על המחלה אבל מהנתונים הידועים עד כה, כ-1 מכל 6 חולים, ובעיקר זקנים ובעלי מחלות רקע, יידרשו לטיפול רפואי בבית חולים או טיפול נמרץ אם יידבקו. גם שיעורי התמותה לא ידועים אך ככל הידוע הם נמוכים מאוד בקרב ילדים וצעירים, ועולים ככל שמדובר באוכלוסיות שבסיכון. לכן ישנה חשיבות להאטת התפשטות הווירוס בקהילה.

2. לעמדת משרד הבריאות, ללא צעדים דרסטיים ההתפשטות של הווירוס תהיה מהירה יותר מיכולתה של מערכת הבריאות לטפל בחולים, והדבר עלול להוביל חלילה למוות של חולים שאחרת ניתן היה להצילם.

3. כל עוד מספר החולים היה נמוך ומקור ההדבקה היה ידוע, הייתה חשיבות מרבית באיתור מהיר של החולים ומי שבא עמם במגע, אולם דווקא בשלב מוקדם יותר זה לא נעשתה חשיבה על שימוש באמצעים טכנולוגיים, והמשרד ערך "חקירה אפידמיולוגית" לכל מי שהוא חולה או שיש חשש שהוא חולה, כדי לשחזר את המקומות בהם היו בארבעה עשר הימים שקדמו לגילוי המחלה, ופרסם את המידע לציבור, כדי ליידע את מי שהיו באותם מקומות באותם זמנים בדבר הסיכון שנדבקו, ולהורות להם להיכנס לבידוד בית.

4. צעדים אלו מטבע הדברים מאבדים מהאפקטיביות שלהם ככל שההתפרצות בקהילה היא כבר גבוהה, וכאשר קיימים חולים שלא יודעים את מקור הדבקתם. במצב זה צעדי האטת התפשטות הווירוס מתמקדים בבידוד של חולים, בדיקות רבות והקטנת המגעים החברתיים בכללותם, כדי למנוע את המשך ההדבקה או לצמצם אותה, ו"המרדף" אחר מסלול ההדבקה פחות אפקטיבי. האסטרטגיה מאחורי גישה זו הינה להפחית את מקדם ההדבקה, וכך לרסן את התפשטות הווירוס, עד לנסיגת המגיפה.

5. לצורך כך נקטו משרד הבריאות והממשלה בצעדים רבים ודרסטיים לרבות איסור על התקהלויות של מעל 10 אנשים, סגירת מקומות עבודה ובתי עסק לא חיוניים, וביום 17.3.2020 פורסמו הנחיות של משרד הבריאות שמנחות את הציבור בדבר איסור גורף על יציאה מהבית למעט למספר מצומצם של נסיבות.

6. צעדים אלו אכן מסייעים בהאטת ההתפשטות, ועד מועד הגשת עתירה זו אותרו בישראל מאות בודדות של חולים בלבד, ואין תחלואה קיצונית.

7. מכאן שאין ספק שמשבר הקורונה הינו משבר קשה ביותר, המהווה סכנת חיים לקבוצות פגיעות באוכלוסייה, ומחייב צעדים קשים המשבשים לתקופה מסוימת את החיים באופן דרמטי, אך הוא אינו מהווה איום קיומי על המדינה, ואף לא קרוב לכך. מוסדות המדינה מתפקדים, שירותים חיוניים עובדים, מקומות עבודה רבים ממשיכים לעבוד, גם אם במתכונת מוגבלת, התחבורה הציבורית פועלת במתכונת מצומצמת וכך הלאה.

8. חרף זאת מוצג על ידי המשיבים או חלקם מצג, לפיו ישראל נמצאת במלחמת הישרדות, אין אמצעי שהוא קיצוני מדי כדי לנקוט אותו במאבק נגד הקורונה, והצעדים ננקטים במהירות מסחררת.

9. העותרת בחנה עד עתה את פעולת הממשלה ומרבית הצעדים שננקטו, אף שהם גורמים לפגיעה קשה ביותר בזכויות הפרט, נראו לה חוקיים ומידתיים.
10. בלילה שבין ה-16 ל-17 במרץ 2020 התקינה הממשלה תקנות לשעת חירום, שהן דרקוניות וקיצוניות, וצעד דומה להן לא ננקט על ידי אף ממשלה דמוקרטית אחרת הנאבקות בהתפשטות הנגיף, וכל זאת תוך התחמקות מכוונת מפיקוח פרלמנטרי. כבר נפסק כי גם בשיאה של לחימה לא הכול מותר בדמוקרטיה. כך גם יש גבולות במאבק בהתפשטות מגיפה.
11. יתרה מזאת, צעדים אלו נראים כמו צעדים שאם בכלל יש הצדקה להם הרי שהם בשלב מוקדם של ההתפרצות, בזמן שהמשק מתפקד כרגיל ויש לאתר את מקורות ההדבקה במהירות. דווקא במקרה זה הם ננקטו כאשר כבר מוטלות הגבלות תנועה גורפות על כלל הציבור.
12. לכן על בית המשפט הנכבד לבחון את התועלת השולית של האמצעים הדרקוניים הללו, שהיא מעבר לכל האמצעים האחרים שכבר ננקטו, לעומת הפגיעה החמורה בזכויות הפרט ובעקרונות המשטר הדמוקרטי ואת קיומם של אמצעים שפגיעתם פחותה.

תקנות השב"כ

13. תקנות השב"כ הן תקנות לשעת חירום המסמיכות את השב"כ לאסוף ולעבד מידע טכנולוגי, ואת מנכ"ל משרד הבריאות לבקש את המידע הטכנולוגי לצורך סיוע בביצוע חקירה אפידמיולוגית ולשם צמצום ומניעת התפשטות נגיף הקורונה. המונח מידע טכנולוגי לא מוגדר.
14. על פי התקנות, נציג משרד הבריאות יוכל להעביר לנציג השב"כ פרטי חולה קורונה מאובחן או מי שחשוד שהוא חולה אך טרם אומת החשד ולקבל מידע טכנולוגי על אותו אדם ב-14 הימים שקדמו לאבחון ועל האנשים שהיו עמו במגע קרוב. לא נדרשת הסכמתו של אותו אדם.
15. לפי התקנות, המידע לא יימסר לאף גורם אחר ולא יעשה בו שימוש החורג מהחקירה האפידמיולוגית. נאסר על השב"כ להיות בקשר ישיר עם חולים או אנשים שנדרשים להיות בבידוד לאור החקירות האפידמיולוגיות. משרד הבריאות יוכל להשתמש בנתונים כדי לעדכן את רשימת האנשים שקיימת לגביהם חובת בידוד (למשטרה יש גישה לרשימה זו לצורך צעדים לאכיפת הבידוד).
16. התקנות נקבעו לעת עתה לתקופה של 14 ימים.

העתק התקנות מצורף ומסומן ע/1.

17. השב"כ אינו עוסק בסוגיות אזרחיות, כמו בלימת מגיפה. לכן בתחילה החליטה הממשלה ביום 15.3.2020 להטיל על השב"כ את התפקיד לתקופה מוגבלת באמצעות ההליך הקבוע בסעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן – **חוק שירות הביטחון הכללי**), היינו – להרחיב את פעילות השב"כ ל"תחום אחר", ובלבד שהפעילות "נועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה".

העתק החלטת הממשלה מצורף ומסומן ע/2.

18. אלא שהבקשה לאישור ההחלטה על ידי ועדת המשנה לשירותים החשאיים של ועדת החוץ והביטחון בראשות ח"כ גבי אשכנזי הוגשה רק ביום 16.3.2020 והוועדה כונסה בהתראה קצרה ביותר בשעות אחה"צ, סמוך מאוד לישיבת ההשבעה של הכנסת ה-23, באופן שלא הותיר

לוועדה זמן לבחון לעומק את הבקשה. לייעוץ המשפטי של הוועדה היו הערות רבות להחלטת הממשלה אך לא היה זמן לדון בהן, ולפיכך הדיון הסתיים ללא הכרעה, והוועדה סיימה את דרכה עם השבעת הכנסת החדשה באותו יום בשעה 16:00.

העתק הערות הייעוץ המשפטי מצורף ומסומן ע/3.

19. סעיף 2א לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 (להלן – **חוק הכנסת**) מסמיך את הכנסת החדשה לכנס את הוועדה המסדרת באופן מיידי וכן לכנס ועדות זמניות של חוץ ובטחון וכספים, וזאת עוד לפני הקמת הוועדות הקבועות. משיקוליה שלה, הממשלה לא פעלה להביא את ההחלטה לדיון בוועדה זמנית שאין מניעה שתקום, אלא באותו לילה, באישון לילה, אישרה תקנות שעת חירום תחתיה.

20. הנוהל שנקבע לפי תקנה 3(א) לתקנות, בו אמור השב"כ להגדיר את סוגי המידע הטכנולוגי ותנאים נוספים לשימוש בו, לרבות אופן איסוף המידע, שמירתו, העברתו למשרד הבריאות ומחיקתו נותר חסוי. לא ברור מהו הבסיס המשפטי לכך למרות שאין מדובר בנוהל של השב"כ על פי חוק שירות הביטחון הכללי, ולא קיימת הצדקה עניינית שלא לפרסם את הנוהל – כולו או מרביתו.

תקנות המשטרה

21. במקביל לאישור תקנות השב"כ התקינה הממשלה תקנות שעת חירום הנוגעות לסמכות המשטרה לקבל נתוני מיקום. התקנות מתקנות את חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (להלן – **חוק נתוני תקשורת**).

22. תקנות אלו מתקנות את חוק נתוני תקשורת ל-3 חודשים (הזמן המירבי של תקנות שעת חירום). התקנות מסמיכות קצין משטרה מוסמך, לבקשת שוטר, לבקש נתוני מיקום מחברות התקשורת לגבי חולה או מי שיש חשד שהוא חולה לצורך אזהרת הציבור או אדם מסוים. סמכות זו תאפשר לשוטר לאתר מיקומו של אדם בזמן אמת, כאשר המטרה היא, כך נראה, להודיע לאנשים חולים או שנדרשים להיות בבידוד עקב מגע עם חולה, ולהזהיר אחרים. המיקום יכול שיימסר גם ללא צו שיפוטי.

23. בנוסף, התקנות מאפשרות למשטרה לדרוש מחברות התקשורת נתוני מיקום של מי שחל עליו צו בידוד ביתי לצורך אכיפת הבידוד. קבלת הנתונים תיעשה באופן מדגמי ושאינו מתמשך או רציף, והכל – ללא צו שיפוטי.

24. התקנות קובעות שלא ייעשה שימוש בנתוני המיקום אלא לצורך אכיפת סמכויות מכוח פקודת בריאות העם, 1940 או אכיפת הוראות בידוד ביתי, אך הן אינן קובעות סנקציה על הפרת הוראה זו, כפי שנקבע בתקנות השב"כ.

25. התקנות מגדירות חולה קורונה באופן נרחב כמי שיש חשד שהוא חולה, כלומר – מדובר באוכלוסייה של עשרות, אם לא מאות אלפים של אנשים הנדרשים להיות בבידוד עקב מגע קרוב עם חולה, או כי נסעו בכלי תחבורה ציבורית בשעה שחולה נסע בה. גישה של שוטר לנתוני המיקום של אלו, ללא צו שיפוטי, היא חסרת תקדים בהיקפה.

העתק תקנות המשטרה מצורף ומסומן ע/4.

הטיעון המשפטי

התנאים להתקנת תקנות לשעת חירום

26. במדינת ישראל הוכרז על מצב חירום מיום הקמתה, וההכרזה על מצב חירום נמשכת מאז ברציפות בהחלטות של הכנסת, כיום מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה (ר' בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (8.5.2012)). ההכרזה מתירה לממשלה להתקין תקנות שעת חירום לתקופה של עד שלושה חודשים (סעיף 39 לחוק היסוד). תקנות שעת חירום הפוגעות בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו במקרה דנן, כפופות לפיקוד ההגבלה, כמצוות סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש" (ר' גם דפנה ברק ארז "חוקה למצבי חירום" **ספר שלמה לוי** 671).

27. בעניין **פריצקי פסק בית המשפט הנכבד**, כי "התקנתן של תקנות שעת חירום הוא עניין חמור. החומרה נובעת מתוך כך שתקנות שעת חירום – שהן בגדר של חקיקת משנה – כוחן יפה "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים..." (סעיף 39(ג) לחוק-יסוד: הממשלה). כוח זה של תקנות שעת חירום פוגע בשני עקרונות בסיסיים של כל משטר דמוקרטי: עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק (המהותי)" (בג"ץ 6971/98 **פריצקי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(1) 763 (1999)).

28. לכן נפסק, כי "לא די בכך שבמדינה קיים מצב של חירום... זהו תנאי הכרחי אך לא מספיק להתקנתן של תקנות שעת חירום. נדרש, בנוסף לכך – ולשאר התנאים הקבועים בסעיפים 49 ו-50 לחוק-יסוד: הממשלה – כי החלטתה של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום צריכה להתקבל לתכלית ראויה. האמצעים שתקנות שעת החירום נוקטות צריכים להיות מידתיים. כך מתבקש מעקרונות המשפט הציבורי שלנו" (שם, בעמ' 778).

תקנות השב"כ אינן מידתיות והתקבלו בהליך פגום

29. סעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי מסמיך את השב"כ להיות מופקד על שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין.

30. אלו התפקידים שנקבעו לשב"כ בחוק: (1) סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו; (2) אבטחת אנשים, מידע ומקומות, שקבעה הממשלה; (3) קביעת הוראות בדבר סיווג ביטחוני לתפקידים ולמשרות בשירות הציבורי ובגופים אחרים; (4) קביעת נוהלי אבטחה לגופים שקבעה הממשלה; (5) קיום מחקר מודיעין ומתן ייעוץ והערכת מצב לממשלה ולגופים אחרים שקבעה הממשלה; (6) פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה; (7) איסוף וקבלת מידע לשמירה ולקידום העניינים המפורטים בסעיף זה.

31. לעומת תפקידים ביטחוניים אלו, תקנות השב"כ מקנות לשב"כ סמכות להתחקות אחר אזרחים ולהעביר מידע פרטי רב עליהם ללא קבלת הסכמתם, ללא ידיעתם וללא צו שיפוטי או פיקוח, וזאת לצורך טיפול במשבר בריאותי. בלימת מגיפה אינה מן העניינים שלהם ייעד המחוקק את שירות הביטחון הכללי.

32. חוק השב"כ מקנה אמנם לממשלה אפשרות להרחיב את סמכותו של השב"כ ל"תחום אחר שקבעה הממשלה", ובלבד שהתקיימו שני תנאים: (א) ניתן אישור ועדת הכנסת לענייני השירות; (ב) הפעילות נועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה.

33. שני התנאים לא מתקיימים בענייננו.

34. ראשית, לא ניתן אישור הוועדה הרלוונטית, שהיא ועדת המשנה של ועדת חוץ ובטחון לשירותים החשאיים. רצה הגורל ומשבר הקורונה תפס את המדינה במצב רגיש ביותר שבו כנסת יוצאת מסיימת את דרכה ונבחרה כנסת חדשה. זו הושבעה ביום 16.3.2020 וטרם נבחרו ועדות. ניתן היה לפתור נושא זה בשתי דרכים: להביא את הבקשה להרחבת תפקידי השב"כ מוקדם יותר לדיון בוועדה בכנסת היוצאת, שהייתה מאשרת או דוחה את הבקשה. במקום זאת הובאו הכללים רק ברגע האחרון, סמוך לפני השבעת הכנסת החדשה, ולכן אי אפשר היה לדון בבקשה ולקבל החלטה. אפשר גם להמתין להקמת ועדת המשנה מחדש בכנסת הנוכחית. לפי חוק הכנסת הדבר אפשרי עוד טרם הקמת הוועדות הקבועות, וגם באופן מיידי. אמנם הממשלה לא אחראית לכנסת, אך גם קשה שלא להתרשם ששיקולים פוליטיים משחקים תפקיד ושנציגי הסיעות המרכיבות את ממשלת המעבר, להם אין רוב בכנסת החדשה, אינם מעוניינים בפיקוח פרלמנטארי ובהקמת הוועדה (או ועדות אחרות, לצורך העניין). האפשרות שנבחרה, עקיפת החוק באמצעות תקנות שעת חירום, היא חלופה פסולה מבחינה פרוצדוראלית, שעוקפת את המחוקק ללא הצדקה, שכן יכולות היו הסיעות השותפות לממשלת המעבר שלא להכשיל את הקמת ועדת המשנה ולקיים את הפיקוח הפרלמנטארי, שהיה מוביל לאישור הבקשה או לדחייתה.

35. שנית, אי אפשר לטעון שהרחבת מנדט השב"כ יתרום לאינטרסים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה, אף מבלי להפחית ולהמעט מחומרת התפשטות הקורונה והמחירים שלה. המחוקק נתן בידי השב"כ סמכויות מרחיקות לכת ודרקוניות לטפל בביטחון הלאומי ולא בנושאים אזרחיים, וזליגת הסמכויות הללו לתחומים אחרים היא מדרון חלקלק ומסוכן. מסוכן לערב את השב"כ גם בתחומים האזרחיים, אפילו בעת משבר קשה. יש די סמכויות לממשלה לטפל בנושא בלי מעורבות השב"כ.

36. יפים דבריו של עו"ד אריה רוטר (לשעבר יועמ"ש השב"כ): "רוב החברות הדמוקרטיות בעולם מפעילות מודיעין מסכל לטיפול מונע בנושאי ביטחון לאומי, אך לא בנושאים אחרים. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, נושאי ביטחון נתפסים בדרך כלל כאיום קיומי על החברה ועל שיטת המשטר הדמוקרטי שלה, להבדיל מהעניין הפלילי שנתפס בדרך כלל (ולעיתים שלא בצדק) כמטרד הפוגע באיכות החיים אך לא בחיים הלאומיים או הקולקטיביים עצמם. שנית, ובהקשר שלנו זה העיקר, לקיומו של מודיעין מסכל יש מחיר חברתי כבד בהיבטי פגיעה בחירויות האדם ובשלטון החוק בעיקר במובנו המהותי. הדמוקרטיה המערבית מוכנה כנראה לשלם מחיר זה ככל שהדבר נוגע להגנה על האינטרסים הקיומיים הממשיים שלה, אך לא למען עניינים

אחרים." (אריה רוטר **חוק שירות הביטחון הכללי – אנטומיה של חקיקה** (המכללה לביטחון לאומי, 2009) 17-18).

37. תקנות השב"כ אף אינן מידתיות. אין ספק שתכליתן היא ראויה, אולם נראה שבעיתוי הנוכחי האפקטיביות שלהן פחתה. אם בכלל הייתה הצדקה לשימוש בכלים דרקוניים של מעקב והתחקות אחרי חולים באמצעים דיגיטליים, הרי שזו הייתה בנסיבות שבהן מרבית האוכלוסייה מתפקדת כרגיל ומיעוט קטן של חולים עשוי להוביל להתפרצות ניכרת. באותה עת ניתן היה אולי לסבור כי כשעל הפרק איום בשיבוש מוחלט של אורח החיים מול פרטיותם של בודדים, הכף נוטה לכיוון הפגיעה בפרטיות. שעה שיש התפרצות נרחבת בקהילה, והצעדים למניעת ההתפשטות הם בעיקר צעדים של מניעת התקהלות ובידוד חברתי, החשיבות של מעקבים אלו פוחתת.

38. אם יש חשיבות למעקבים הרי התועלת השולית שלהם בנסיבות הקיימות אינה עולה על הנזק החמור בהפעלת אמצעי מעקב של השב"כ אחר אזרחים. נזק זה מתבטא ברמיסה של ממש של הזכות לפרטיות, שהיא זכות חוקתית (ר' סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), הן של חולה קורונה והן של כל מי שהיה עמו במגע. המידע יכול לתת אינדיקציה לגבי כל המקומות בהם שהה חולה הקורונה, לרבות מקומות רגישים שהוא אינו מעוניין לחשוף, מקומות שצנעת הפרט יפה להן, לחשוף את הקשרים החברתיים שלו ועוד.

39. המידע גם יוביל לכך שיועבר למשרד הבריאות מידע על מיקומם של אנשים בריאים, רק בשל כך שהם הסתובבו בקרבתו של חולה קורונה או מי ש"חשוד" ככזה. מידע זה אף יוביל לכניסתם המיידית לבידוד, על כל המשתמע מכך. כלל לא ברור האם יש באמצעים הטכנולוגיים להבחין בין מגע קרוב ומסוכן כהגדרות משרד הבריאות למגע לא מסוכן, למשל – שהוא פחות מ-15 דקות, או שהוא במרחב פתוח ללא קרבה של 2 מטרים וכדומה.

40. מטבע הדברים המידע שיופק יכול להגיע לקרוביו של האדם, ולחשוף פרטים של צנעת הפרט בפני מעגלים נוספים.

41. לעצם המעקב יש גם אפקט ממשטר חזק כלפי כל האוכלוסייה, שכן כולנו מסתובבים במקומות ומקיימים קשרים עם אנשים באופן פרטי בלי שנרצה שהמידע יגיע לידי השב"כ, משרד הבריאות וגורמים אחרים. לעצם המעקב יכולת להוביל לפגיעה ניכרת בחירות (בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל** (פס"ד מיום 28.5.2012)).

42. נוסף על כך, תקנות השב"כ מנוסחות באופן רחב ביותר ועמום, ולא בכדי הייעוץ המשפטי של הוועדה הרבה להעיר על כך. כך, למשל, הוער שלא מפורט מהו מידע טכנולוגי. האם רק מדובר באיכון טלפוני? האם ניתן לבדוק עם מי חולה ניהל שיחות? האם ניתן להפעיל טכנולוגיית זיהוי פנים? האם ניתן לבצע זיהוי קולי כדי לוודא למי שייך הטלפון? כל מה שנאסר הוא איסוף מידע על תוכן שיחה.

43. לשב"כ יכולות טכנולוגיות יוצאות דופן וגישה למידע עצום ורב, נתוני עתק (Big Data), על כל אחד ואחת מאיתנו. סעיף 11 לחוק שירות הביטחון הכללי מעניק לשב"כ גישה לנתוני תקשורת. אך בכך לא מתמצה המידע של שב"כ יש גישה אליו. בניגוד לרושם שנוצר בציבור כאילו בעניינינו מדובר בעיקר במיקום הטלפון אותו נושא האדם, המידע הטכנולוגי עלול לכלול אף את היסטוריית השיחות הנכנסות והיוצאות שלנו, לרבות הודעות באפליקציות למסרים מידיים

דוגמת סמס ווואטסאפ (אך לא עיון בתוכן ההודעות), היסטוריית השימוש בכרטיס האשראי, סרטונים וצילומים ממצלמות אבטחה במרחב הציבורי וממצלמות שנמצאות במקומות שונים – כמו בתי חולים, בנקים, קניונים, משרדים, כניסות לבתים – שאת החומר מהן ניתן לנתח, בין השאר, באמצעות מערכות בינה מלאכותית.

44. ראש השב"כ לשעבר, אבי דיכטר, התייחס להליך חקיקתו של סעיף 11 ("השתדלנו להעביר אותו מתחת למכ"מ, מפני שהוא היה סעיף מאוד בעייתי בפוטנציאל שיש בו למרות שב-2002 עוד לא כולם הבינו את כל משמעות נתוני התקשורת") ולגישה של השב"כ ל-SigInt בכנס לציון עשור לחוק השב"כ שנערך בביה"ס למשפטים של המכללה למינהל ביום 20.3.2012. ראו דבריו החל מדקה 35:18: <https://www.youtube.com/watch?v=BZ1sZqa0BR0>.

45. בענייננו המידע שייאסף וינתח יתחיל מ"החשוד" עצמו וממנו יתרחב למעגלים הולכים וגדלים של "זיהוי אנשים שבאו במגע קרוב עמו" (תקנה 2), כשאין כל הגדרה עד כמה רחב המעגל הקרוב, ואף לא ברור אם הוא נקבע בנוהל החסוי לפי תקנה 3(א). תקנות השב"כ גם מופעלות בלי לבחון חלופות אפשריות שיחליפו את הצורך בהן או שלמצער יצמצמו את תחולתן. גם הייעוץ המשפטי של ועדת המשנה העיר על כך. בין היתר ניתן היה לבחון כלים טכנולוגיים שונים להפחתת הפגיעה בפרטיות

על פרטיות וטכנולוגיה ועל הנדסת פרטיות ר' מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** (2010) 43-55;

להצעות חלופיות להשגת התכלית ללא מעורבות של השב"כ ר' חוות דעת של ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר ועו"ד רחל ארידור הרשקוביץ (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 15.3.2020) <https://www.idi.org.il/media/14081/havad.pdf>

46. מכל האמור עולה כי התקנות הוצאו באופן חפז, נמהר, ללא הצדקה במניעת הפיקוח הפרלמנטרי, בעיתוי שהוא ממילא מאוחר ופחות רלוונטי לתכלית התקנות ובלי שנבחנו חלופות מידתיות יותר. התקנות אינן מידתיות והנזק בהן עולה על התועלת שלהן.

תקנות המשטרה אינן מידתיות

47. תקנות המשטרה עוקפות את מצוות המחוקק ביחס לאחד החוקים הרגישים ביותר מבחינה דמוקרטית והפוגעניים ביותר לזכויות הפרט – חוק נתוני תקשורת. חוק זה נדון לעומק בכנסת והגיע לפתחו של בית המשפט הנכבד בהרכב מורחב, שאמנם דחה את עתירת האגודה לזכויות האזרח בישראל אך אימץ פרשנות צרה, האוסרת בין היתר על שימוש בנתוני תקשורת לצרכי מעקב ואיסוף מודיעיני (בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל** (פס"ד מיום 28.5.2012)).

48. תקנות המשטרה מעניקות סמכויות דרקוניות לקצין משטרה לבקש מחברת תקשורת נתוני מיקום של אדם לפי בקשה של שוטר, ללא צו שיפוטי, וכן נתוני מיקום של מי שנמצאים בבידוד ביתי באופן מדגמי.

49. תוקפן של התקנות הוא לשלושה חודשים, אף שהמצב משתנה מיום ליום, ונראה שכבר עתה האמצעים שמעניקים התקנות פחות אפקטיביים להשגת תכליתם שעה שההוראות החדשות יוצרות בידול חברתי עמוק לכולם, ולא בידוד למעטים. גם כאן היה אולי ניתן להבין את

הרציונל בתקופה שבה רוב האוכלוסייה בשגרה ומעטים הם החולים הנדרשים בבידוד. נראה שגם לעניין זה התקנות איחרו את השגת תכליתן, ועתה האמצעי פחות יעיל והתועלת השולית שלו, ביחס לאמצעים האחרים שנקטים, לא הולמת את הנזק הניכר שהוא גורם לזכויות הפרט ולעקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים.

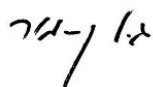
50. התקנות פוגעות בצורה קשה בזכות לפרטיות, ויש להן אפקט ממשטר ניכר. הן עלולות להוביל לזליגת המידע לצרכים אחרים. בניגוד לתקנות השב"כ אין כל סנקציה על שוטר שישתמש במידע לצורך אחר, ואין כל ביטחון שלא יעשה שימוש כזה באופן נסתר מהעין, למשל – בחקירות משטרתיות. כמות האזרחים שהתקנות רלוונטיות להם היא עצומה, וכך גם כמות השוטרים שיוכלו לקבל את המידע. הן עלולות להוביל לפעולות אכיפה לא מוצדקות ואף למעצרי שווא, שכן לא תמיד מי שמחויב בידוד הוא זה שנושא עליו את הטלפון הנייד.

51. לאור כל האמור יש לקבוע כי אף תקנות המשטרה אינן מידתיות באופן המוביל לבטלותן.

לסיכום

52. אנו מצויים בזמנים יוצאי דופן. הממשלה נוקטת שורה ארוכה מאוד של צעדים, שכל אחד מהם בזמן שגרה היה נתפס כפגיעה חמורה וחריפה בזכויות הפרט ומרקם החיים. האגודה לזכויות האזרח בישראל עוקבת אחר הצעדים השונים בדאגה, ואולם עד כה לא מצאה פגם המצדיק פנייה לבית המשפט הנכבד בגין מרבית הצווים הללו. גם אנו חשופים לוורוס ולסכנות המחלה. יש לנו הורים זקנים וחלק מצוות האגודה נמנה על קבוצות הסיכון. אך גם בעת משבר חשוב להציב גבולות. הדמוקרטיה נמדדת בדיוק באותם מצבים שבהם הציבור מפוחד, חשוף יום וליל לתרחישי אימה והוא רק מחכה עד יעבור זעם. דווקא ברגעים אלה יש לפעול בשיקול דעת ובקור רוח ולא לקבל החלטות דרקוניות וקיצוניות, ולהרגיל את הציבור בשימוש באמצעים לא דמוקרטיים, שאין לדעת האם אחרי משבר הקורונה לא יישארו עמנו.

18 במרץ 2020



גיל גן-מור, עו"ד



דן יקיר, עו"ד

ב"כ העותרת