

ט' אייר תש"פ
03 מאי 2020

לכבוד
גב' אורית פודמסקי
יו"ר המועצה הציבורית להגנת הפרטיות

**הנדון: מענה לפנייתכם בדבר עמדת הרשות להגנת הפרטיות ביחס לנושא שימוש באמצעים
טכנולוגיים ע"י גופי בטחון במסגרת המאבק לצמצום התפשטות נגיף הקורונה**

בהמשך לבקשתכם לקבלת עדכון באשר לעמדתה המקצועית של הרשות להגנת הפרטיות (להלן: "הרשות") בסוגיית השימוש באמצעים טכנולוגיים המופעלים ע"י גופי בטחון במסגרת המאבק לצמצום התפשטות נגיף הקורונה (להלן: "ההסדר"), אנו מתכבדים להשיבכם כדלקמן:

תמצית עמדתה של הרשות בנושא היא כי על אף התועלת הגלומה בהסדר לצורך התמודדות עם המגיפה, המשך הסתייעות במתווה של שימוש בכלי של גוף בטחוני בעל תכליות מובהקות של מאבק בטרור והגנה על בטחון המדינה לצורך מעקב וניטור אחר תושבי המדינה לצמצום מגיפה, בעת הזו אינו מוצדק, אינו סביר ומהווה פתרון חריג ולא מידתי (גם אם יוסדר בחקיקה ראשית).

על כן יש להעדיף חלופות, טכנולוגיות ואחרות, אשר פגיעתן בפרטיות פחותה באופן משמעותי. הרציונל שעומד בבסיס עמדה זו הינו איזון תמידי ומידתי של המאבק במגיפה אל מול זכויות יסוד בהתחשב גם בסכנת המדרון החלקלק והסיכון לשימוש בהסדרים דומים גם במצבים אחרים (מחלות אחרות, עבירות הקשורות לשלום הציבור ועוד).

הרשות סבורה כי ככל שבכל זאת תישקל קביעת הסדר מעין זה בחקיקה ראשית, יהיה נכון לשקול ביסוסו והצדקתו רק לאחר קבלת נתונים וסקלול מידע עובדתי עדכני נוסף, אשר נכון שיכללו, בין השאר, נתוני תחלואה עדכניים, קיבולת מערכת הרפואה, בחינת חלופות שונות וכן שקלולן של פרקטיקות ה"ריחוק החברתי" הנקטות ע"י הציבור והשלכותיהן על היקפי ההדבקה ומתכונת ההדבקה (וכפועל יוצא הצורך והיעילות של האיכון הסלולרי על מנת לצמצם אותה).

סקירה השוואתית על הנעשה בעולם מעלה כי המגמה במדינות מערב אירופה הינה שימוש וולונטארי באפליקציות לאיתור קרבה לחולי קורונה אשר מספקים מענה הולם לנושא. לצורך כך הוצגו הנחיות לפיתוח אפליקציות והוקמה יוזמה פאן אירופית כדי לעודד שימוש באפליקציות מסוג זה. הרשות סבורה כי, בהתאם יש לפעול במהירות לקידום חלופה דומה בישראל, לצד המשך נקיטה בפעולות שאינן טכנולוגיות.

עמדת הרשות מבוססת על הנימוקים הבאים:

1. הרשות סבורה כי בהיבטי הגנה על הפרטיות, ישנו קושי מהותי לבצע פעילות ניטור על ידי גוף שיעודו העיקרי הינו מאבק בסיכול פעילות טרור והגנה על בטחון המדינה. בשלב בו התקבלה בישראל החלטה על השימוש בכלי כזה שררה אי-ודאות ניכרת בכל הנוגע להיקף התפשטות מגיפת הקורונה, תוך חשש רב ומובן מקריסת מערכת הבריאות. היקפי המחלה לא היו ידועים, מספר הבדיקות היה נמוך, ונראה כי לא הייתה בנמצא חלופה יעילה, טכנולוגית או אחרת, אשר אפשרה זיהוי מגעים קרובים בין חולי קורונה לאזרחים ששהו בסביבתם. בנוסף, הציבור לא היה מודע להתנהגות הרצויה בזמן מגיפה ולא ננקטו כללי ריחוק חברתי. במצב דברים זה, ניתן היה, על-פניו, לראות בהסתייעות ביכולות טכנולוגיות של גוף שתכליתו מאבק בטרור, כהסדר מידתי וזמני אשר עומד ביחס סביר לאיום שנשקף לבריאות הציבור עקב פרוץ המגיפה.

2. בהינתן נתונים עדכניים בדבר היקף התפשטות המגיפה ובוודאי כשברור כי נגיף הקורונה אינו עומד להעלם וצפוי להיות חלק בלתי נפרד משגרת חיינו למשך חודשים (ואולי שנים) ארוכים נוספים, אלו אינם פני הדברים עוד, ומשכך יש צורך למצוא פתרונות ההולמים את המצב הנוכחי של המגיפה שישמשו לטווח בינוני-ארוך.

3. על כן, יש מקום לבחון מחדש את הצורך וההצדקה העדכניים בשימוש רשויות השלטון באמצעי מעקב הפוגעים באופן ישיר ומובהק בזכותם לפרטיות של אזרחים ותושבים, את הסבירות והמידתיות של אמצעים אלו, בהתחשב בחלופות השונות וכחלק מאסטרטגיית היציאה הכוללת, בהתחשב בנתונים הבאים;

4. שינוי נסיבות:

א. הרשות סבורה, כי המצב הנוכחי, העולמי והמקומי, שונה מזה שהיה לפני מספר שבועות. השוני מתבטא הן מבחינת הידע הקיים כיום אודות המחלה; סיכונה; היקף החולים; היקף התמותה; קיבולת מערכת הרפואה בישראל; הניסיון הכולל שנצבר בהתמודדות עם התופעה ומספר הבדיקות, לצד הגברת המודעות בציבור לנושא, נקיטה במגוון כלים ואמצעים שונים דוגמת סגרים ועוד. כמו כן, בעת הזו מצב התנהלות הציבור שונה, לאחר שהונהגו פרקטיקות רבות המצמצמות משמעותית את סכנת ההידבקות, דוגמת חובת חבישת מסיכות, הנחיות לריחוק חברתי, פעילות במסגרת "התו הסגול" ועוד. בנוסף, ברור כי מדובר במצב דברים שעלול להמשך עוד תקופה ארוכה שתתפרש על פני חודשים ואולי אף שנים, ולא מצב זמני ולטווח קצר בלבד. כל אלו משפיעים באופן ניכר ומהותי על מתחם הסבירות ובחינת המידתיות של הכלים המוצעים ביחס למנעד הפגיעה בפרטיות.

ב. על כן, יש לבחון כעת מחדש נחיצות ההסתייעות בכלים שנועדו למאבק בפעילות טרור בהתחשב בנתונים הסטטיסטיים העדכניים בנוגע למספר החולים ומספר

מחלקת ייעוץ משפטי ואסדרה
REGULATION AND LEGAL AFFAIRS DEPARTMENT

המתים מהמגפה. כאמור, עת התקבלה החלטת הממשלה הוצגו תחזיות מדאיגות ביותר אודות שיעור החולים ושיעור המתים הפוטנציאליים. כעת, בחלוף מספר שבועות, התבררה התמונה והיא מעודדת הרבה יותר. על פי הפרסומים הרשמיים, יש כיום בישראל כ-7,023 חולים ו-223 מתים. על אף הצער על מותם של אותם אנשים, אין מדובר בנתוני תחלואה ומוות בשיעורים דרמטיים מהם היה חשש בתחילת הדרך ולעת הזו נראה שגם החשש מקריסת מערכת הבריאות הוסר.

ג. כמו כן, בחלוף הזמן נצברו נתונים רבים אותם ניתן לעבד לשם הסקת מסקנות בדבר היקפי יעילות פעילות האיכון, אחוזי הדגימה הנכונה והשגויה, הערוצים המיטביים לאיתור חולים ובדיקתם המהירה באמצעים שונים, וכן הניסיון שהצטבר במדינות אחרות.

ד. הרשות סבורה כי מתחם הפעולות שניתן היה לראותן כנופלות במתחם הסבירות בתחילת המגיפה היה רחב יותר לאור תנאי חוסר הוודאות הקשים ששררו אז, החששות הסטטיסטיים הערטילאיים ותחושת הדחיפות והבהילות. לעומת זאת, היום, בהינתן המידע המצטבר הרב שקיים כאמור, מתחם הסבירות האמור משתנה, ויש הכרח לבצע בחינה מחודשת לגבי מכלול ההיבטים.

עמד על כך בית המשפט העליון בפסק דינו בבג"ץ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה מיום 26.04.2020:

"בנקודת הזמן שבה התקבלה החלטת ההסמכה, הצורך להתמודד עם התפרצות מגפת הקורונה אכן ענה למבחן האמור... זאת בהינתן העובדה כי האמצעי שנבחר על ידי המדינה במסגרת החלטת ההסמכה הוא אמצעי פוגעני ואין להקל בו ראש. הבחירה לעשות שימוש בארגון הביטחון המסכל של המדינה לצורך מעקב אחר מי שאינם מבקשים לפגוע בה, מבלי שניתנה הסכמה לכך מצד מושאי המעקב, מעוררת קושי רב ביותר. האמצעים החריגים שננקטו כאן ננקטו ביחס למצב משברי, חריג ונדיר בכל קנה מידה. עלינו לשמור מכל משמר שהאירועים החריגים שעמם אנו מתמודדים בימים אלה לא יותירו אותנו עם מזרון חלקלק של שימוש באמצעים חריגים ופוגעניים ללא הצדקה" (ההדגשות אינן במקור, ראו פסקה 45 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

ה. בהקשר זה סבורה הרשות, כי לא נכון שהסתייעות בגוף שתכליתו העיקרית היא ביטחונית תהווה פתרון לטווח הבינוני-ארוך לאיום על בריאות הציבור, חמור ככל שיהיה.

1. **ככל שיוכרע כי יש צורך בכלי מעין זה, וכי אין בנמצא חלופה מספקת אחרת – גם אז ממליצה הרשות כי יישקל פתרון בו גורם ממשלתי-אזרחי, כזה שאינו עוסק באכיפה או בביטחון וסיכול פעילות כנגד בטחון המדינה, יכונן יכולות עצמאיות בלעדיות בתחום האיתור והניטור של נפגעי מגיפות, וינהלן בשקיפות מירבית, בהתאם לכללי הגנת הפרטיות ובמסגרת הדין הישראלי, ובהתאם לתכלית לה נועד בלבד.**

5. **עריכת איזונים ומתחם הסבירות:**

א. כידוע, עיקרון המידתיות מהווה מרכיב מרכזי בפסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי פגיעה בזכות חוקתית הקבועה בחוק היסוד תהא מוצדקת רק אם נעשתה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...".

ב. פגיעה בזכות חוקתית לא צריכה אף פעם להיות בבחינת המובן מאליו. כך, גם כאשר מדובר בתכלית חשובה וחיונית, יש לבחון תחילה האם וכיצד ניתן להשיג את התכלית האמורה, ללא פגיעה בזכות, והאם יש דרכים סבירות לקידום התכלית והשגת המטרה הנדרשת, שאינן כרוכות כלל בפגיעה בזכויות. רק לאחר ההגעה למסקנה כי דרכים אלו אינן בנמצא, אזי יש לעבור לשלב הבא, הכרוך בפגיעה בזכויות. וגם כאן, כלל האצבע הינו שהמטרה – וגם זו הראויה – אינה מקדשת את כלל האמצעים. כלל זה מהווה עיקרון מרכזי ובסיסי במשטר הדמוקרטי, והוא זה העומד מאחורי הציטוט הידוע של הנשיא (כתוארו אז) ברק, כי "לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורות לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט מהוות מרכיב חשוב בתפישת ביטחון".¹

ג. על כן, נכון יהיה לגבש נוסחה מידתית לפגיעה בפרטיות. כחלק מכך, נכון להגדיר באופן ברור ושקוף מה היא מטרת הכלי הטכנולוגי מבחינת צמצום המחלה, ולהבהיר איזה אחוזי תחלואה יחשבו כחמורים, ובהתאם לתוצאה הנדרשת לגזור את החלופה הרלוונטית מבין שלל החלופות האפשריות בכל מועד. כך למשל, יש להכריע במסגרת ניהול סיכונים לאיזה היקפי תחלואה יש כוונה להביא את הציבור, האם יעד כזה הנו סביר ומידתי באיזון אל מול האינטרסים האחרים העומדים על הפרק, לרבות בריאות הציבור וחיי אדם כתוצאה מחולי ומהשלכות אחרות לבר קורונה.

ד. **ללא הגזרה ברורה לגבי מטרת ותכלית החקיקה, עלול להיווצר מדרון חלקלק, בו מעתה ניתן יהיה להשתמש בכלים דרקוניים למיגור שלל תופעות הפוגעות בצורה כלשהי בביטחון הציבור או אף ברווחתו. כך למשל, מדוע לא להיעזר בגופי בטחון**

¹ בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999).

**בעתיד לאיתור מגעים של חולי חצבת? פעילות פדופילים? נהגים מועדים אשר
נוהגים ללא רישיון ולפיכך מעמידים בסכנת חיים ברורה ומיידידת נהגים אחרים
בכביש? וההמשך ברור ומובן, גם אם נשמע כעת רחוק...**

6. מידתיות הפגיעה בפרטיות בהינתן השלכות ה"ריחוק החברתי" על בריאות הציבור:

כפי שצוין לעיל, נתון מרכזי אשר הרשות סבורה כי יש לקחת בחשבון באופן מרכזי
במסגרת מכלול השיקולים להמשך השימוש בעת הנוכחית בגוף בטחוני לתכלית שאינה
תואמת את ייעודו ותפקידיו המקוריים, קשור לפרקטיקות ה"ריחוק החברתי".

הרשות סבורה כי יש לקחת בחשבון במסגרת אסטרטגיית היציאה מהסגר נתונים
משמעותיים וחשובים: השינוי החברתי הנרחב שחל בהתנהלות הציבור (לרבות שימוש
במסכות, שמירה על מרחק פיזי בין אדם לאדם, מגבלות על התקהלות במרחב הציבורי
כמו גם מגבלות במקומות העבודה וכו'), מגבלות האיכון הסלולרי במצב דברים זה
וקיומן של חלופות מידתיות אחרות. בנושא זה, סבורה הרשות שיש לתת משקל הולם
לנתונים העדכניים בדבר דפוסי ומקומות ההדבקה בהינתן הריחוק החברתי, לרבות:

- האם הם עדיין מצריכים שימוש בכלי ניטור טכנולוגים (להבדיל מתחקור אנושי)?
- האם לא צומצם באופן ניכר הסיכון להדבקה לא מבוקרת במרחבים הציבוריים?
- האם ההדבקה לא מתרכזת כעת בעיקר ב"אזורי סיכון" ייחודיים, הניתנים לניטור
וזיהוי פרטני (דוגמת תאים משפחתיים ומקומות בצפיפות אוכלוסייה בסיכון
דוגמת בתי אבות)?

7. חלופות - אמצעים שפגיעתם פחותה:

א. הרשות סבורה כי בעת הזו, בשים לב להתמשכות הזמן ולנוכח נתוני האמת של
התחלואה בישראל והתבדותם לעת עתה של התרחישים הסטטיסטיים החמורים
שנחזו בתחילה, וכן בשים לב לקביעתו הברורה של בית המשפט העליון בעניין בן
מאיר, הרי שיש צורך לבחון מחדש את מכלול החלופות שנדונו עד כה, הן את
החלופות שנסקרו במועד מוקדם יותר והן חדשות ונוספות.

ב. בפסק הדין בעניין בן מאיר לעיל, בית המשפט הדגיש כי **"המאמץ לאיתורה של
חלופה יעילה אחרת חייב להימשך ללא לאות... לנוכח חריגותם של האמצעים
המופעלים כיום, על רשויות המדינה לשקול כל העת אם צרכי השעה עודם
מצדיקים את האמצעים הקשים שבהם היא נוקטת."** (ראו פסקה 41 לפסק
דינה של כבי הנשיאה חיות).

ג. כפי שעולה מסקירות השוואתיות, דוגמת הסקירה שבוצעה על ידי מרכז המידע
והידע הלאומי למערכה בקורונה ביום 15/4/2020 וכן של ד"ר שוורץ-אלטשולר
ועו"ד ארידור-הרשקוביץ מהמכון הישראלי לדמוקרטיה וד"ר ערן טוך, במרבית
המדינות הדמוקרטיות נעשה שימוש במידע סטטיסטי רחב (שאינו כולל מידע

אישי) או ביישומונים האוספים מידע אישי באופן וולונטרי. כמו כן, מסמכים אלו מציעים שורת חלופות סבירות וראשויות אפשריות.

ד. באופן קונקרטי, במסגרת הדיון על החלופות, הרשות סברה כי יש מקום להעניק משקל רב יותר לחלופה של יישומון "המגן", אשר הינו כלי וולונטרי משמר פרטיות, נוקט בגישה ביזורית, בנוי על עקרון מזעור המידע ("data minimization") ואינו אוסף את המידע האישי של המשתמשים. יישומון זה הוא דוגמה ליכולת לבנות כלי לזיהוי מגעים תוך הקפדה על עיצוב לפרטיות ואבטחת המידע על כל היבטיו. כפי שפורסם, יש כוונה לשדרג את היישומון לזיהוי מגעים באמצעות טכנולוגיית Bluetooth, דבר הצפוי לדייק מאוד את יכולות האיתור ולמנוע איתורים שגויים. על פי הנתונים הקיימים, בוצעו למעלה ממליון התקנות של היישומון, והרשות מעריכה כי באמצעות הסברה נכונה לציבור, עידוד שימוש וולונטרי ביישומונים דוגמת "המגן", תוך הקפדה על שקיפות, אבטחת המידע והגנת הפרטיות, ניתן יהיה להגביר את שיתוף הפעולה של הציבור בשימוש בטכנולוגיות אלו ולהפוך אותו לפתרון הרחבי לכלל המשק אשר יספק פתרון מספק בעת היציאה מהמשבר (וזאת אף אם לא יותקן על ידי כלל הציבור).

ה. כאמור, ככל שיוכרע כי אכן נדרש דווקא כלי טכנולוגי מהסוג המופעל כיום, אזי במסגרת בחינת החלופות יהיה נכון לשקול הפעלתו על ידי גוף ממשלתי אחר, שזהו עיקר תכלית פעילותו, אשר ינהל ניטור ומעקב אחרי נפגעי מגיפות (ולא גוף בטחוני שאין זה תכלית עבודתו העיקרית).

8. הצורך בנתונים נוספים להצדקת המשך השימוש בהסדר:

א. הרשות סבורה כי יהיה ערך רב לבצע עיבוד וניתוח נוספים של נתונים רלוונטים, לרבות הנתונים שהועברו עד כה במסגרת הדיווחים השונים ליועץ המשפטי לממשלה ולוועדת המשנה, ובנתונים נוספים שהתבקשו בדיוני ועדת חוץ ובטחון בכנסת, כך שיאפשרו קבלת החלטה מושכלת בעת בחינת נחיצות ההסדר והמידה בה הוא מגשים את תכליותיו (כמפורט לעיל).

ב. בין השאר, הרשות סבורה כי על מנת להצדיק את המשך השימוש החרוג בכלי ניטור ביטחוניים, הכרחי להציג ולבחון את מכלול הנתונים הבאים (בדגש על הצגתם לאורך ציר הזמן בקורלציה להשלכות של נקיטת פרקטיקות ה"ריחוק החברתי"):

ג. כמה חבי בידוד אותרו באמצעות הכלי וכמה מתוכם אכן נמצאו חולים? (יש הכרח להציג הנתונים הללו גם לאורך ציר הזמן, תוך אבחנה ברורה למגמות

מחלקת ייעוץ משפטי ואסדרה
REGULATION AND LEGAL AFFAIRS DEPARTMENT

שנצפות לאחר תחילת נקיטת הריחוק החברתי וחבישת מסיכות; לאחר הגלים הראשונים, היקפי ההדבקה בציבור צפויים להיות נמוכים יותר).

1. כמה אנשים זוהו ככאלו ששהו בקרבת חולים שלא באמצעות הערוצים הטכנולוגיים? (לאורך ציר הזמן).

2. מהו אחוז שיעור איתור "המגעים" עם חולים שהתגלו כשגויים?

3. מה שיעור ההשגות על חובת בידוד שהתקבלו ביחס למספר ההודעות שניתנו באותה תקופה?

4. בהינתן הנתונים העדכניים על הריחוק החברתי - מה עשוי להיות היתרון מבחינת ההסתייעות בכלי הנוכחי על פני עריכת חקירות אפידמיולוגיות אחרות?

5. מה צפויים להיות שיעורי היעילות בצמצום ההדבקה והתמותה אם במקום איכון וניטור של כלל האוכלוסייה, יוחלט להתמקד בבידוד ובהגנה מוגברת על אוכלוסיות שבסיכון?

9. שיקול נוסף אותו יש לבחון במסגרת האמורה הוא משמעותו של המשך ביצוע המעקב לאורך תקופה ארוכה על תפיסת הזכויות של האוכלוסייה בישראל. במובן זה עמדת הרשות היא שהמשך ההסדר, לרבות עיגונו בחקיקה ראשית, עשוי לפגוע בנסיות האמורות, באמון הציבור במערכות השלטון, לכרסם במעמדה של הזכות החוקתית לפרטיות ולהביא לנרמול של שימוש מערכות השלטון בפרקטיקות של מעקב אחר אזרחים שומרי חוק.

10. בנוסף, הרשות מציעה לשקול קביעה מראש של מדד מקצועי, אשר לפיו אם יתגלה כי ישנו שינוי במגמת ההדבקה וסכנת הגידול האקספוננציאלי בהיקף הנדבקים חזרה, תמיד ניתן יהיה לבחון שוב את השימוש בכלים וההצעות המבוקשות לעיל, וזאת בהתאם לאיזוני מידתיות המתאימים להיקף הסיכון בפועל (ולא הסיכון התיאורטי).

לסיכום, מטבע הדברים, הסוגיה שבנדון הינה מורכבת מאוד ומצריכה איזון בין שיקולים וערכים ציבוריים רבים וחשובים, כאשר שיקולי הפרטיות הינם נדבך אחד מהם. לעמדתנו המקצועית, המוגבלת לשיקולי הפרטיות בלבד, אלו הם השיקולים שראוי שיישקלו במכלול ההסדר הנבחן ויבואו לידי ביטוי ואיזון בו.

אנו לרשותכם בכל שאלה או הבהרה.

בברכה,

עו"ד ניר גרסון

סגן ראש מחלקת ייעוץ משפטי ואסדרה

הרשות להגנת הפרטיות