

העותרות:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. רופאים לזכויות אדם ישראל

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או
דבי גילד-חיו ו/או גדיר ניקולא 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
נחלת בנימין 75 תל אביב 65154
טל': 03-7050734 ; פקס: 03-5608165
דוא"ל: gil@acri.or.il

- נגד -

המשיבים:

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

2. הממשלה
3. שירות הביטחון הכללי
4. משרד הבריאות

באמצעות מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון דחוף

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

א. מדוע לא ייקבע כי חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן – **חוק מעקבי השב"כ** או **החוק**) – בטל.

ב. מדוע לא ייקבע שסעיף 11 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן – **חוק השב"כ**) – בטל לעניין חוק מעקבי השב"כ; ולחלופין שלא ניתן לעשות שימוש בסמכויות שמקנה סעיף 11 לחוק השב"כ לעניין חוק מעקבי השב"כ.

כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה.

העתק חוק מעקבי השב"כ מצורף ומסומן ע/1.

ואלה נימוקי העתירה:

פתח דבר

עתירה זו נוגעת לליבת ההגנה על הדמוקרטיה ועל חירויות הפרט.

בשל התפשטות נגיף הקורונה, המדינה מצויה בשעת משבר אזרחי קשה, שפתרונו לא נראה באופק, משבר שילווה את האזרחים תקופה ממושכת ויש לו השלכות על המשק והכלכלה. זהו מסוג המשברים שמובילים לייאוש, תסכול ופחד אצל רבים, הניתנים לניצול ולקידום שינויים מרחיקי לכת באופייה הדמוקרטי של המדינה וביחסים בין האזרחים לרשויות השלטון.

משבר קשה ומתמשך זה מעמיד במבחן קשה את ההגנה על זכויות היסוד החוקתיות.

החוק שבמוקד עתירה זו מסמיך את השב"כ לבצע מעקב המוני, שיטתי ומתמשך אחרי אזרחים, תוך השעיה של הזכות לפרטיות ממעקב המדינה, לצורך סיוע בחקירות אפידמיולוגיות.

גם העובדה שמדובר ב"בהוראת שעה" אינה מניחה את הדעת. חוק מעקבי השב"כ הינו המשך ישיר לתקנות שעת חירום ולהחלטות ממשלה דומות שנדונו בפני בית המשפט הנכבד, והוא המשך ישיר להפעלת השב"כ למעקבים לצרכי הקורונה החל מחודש מרץ, באופן רציף ומתמשך, למעט תקופה קצרה שבה הופסקו המעקבים לבקשת ראש השב"כ, והכוונה היא להרחיב ההסדר מיד עם סיומה של הוראת השעה הנוכחית בחקיקה לטווח ארוך יותר של אותם אמצעים.

החוק מאפשר שימוש יומיומי והמוני בכלים קיצוניים למעקב המוני שהוענקו לשב"כ לצרכי סיכול טרור למעקב אחר אזרחים תמימים.

הפתח שנפתח בחסות החוק למעקב המוני הוא סכנה, שרק קוצר רואי משווע לא יבחין בה. לא בכדי ציין בית המשפט הנכבד רק לפני חודשיים וחצי כי **"השימוש בכלים אשר פותחו במטרה להילחם בגורמים עוינים והפנייתם כלפי אזרחי ותושבי המדינה שאינם מבקשים להרע לה, הוא מהלך העשוי להדיר שינה מעיניו של כל שוחר דמוקרטיה"** (בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (מיום 26.4.2020) (להלן – פרשת בן מאיר)).

לכאורה, הפתח העצום לחדירה לפרטיות האזרחים הוא למטרה טובה, ונעשה ניסיון למנוע שימוש באמצעים לרעה, אך גם אם כך, זה בדיוק המקרה המתאים למימרה הידועה: הדרך לגיהנום רצופה כוונות טובות. גם אם מול עיניהם של המשיבים מונחת טובת האזרחים ומיגור המגיפה, הם אימצו השקפה בלתי דמוקרטית לפיה האזרחים הם עדר שיש לרסן באמצעות הכפפתו למעקב השלטון.

חוסר האמון של הממשלה באזרחים בא לידי ביטוי בחוק, ובהחלטה שבמקום לפנות לאזרחים לשתף פעולה בהגנה על בריאותם ובריאות משפחתם, במקום להסביר ולעודד אותם להוריד יישומון וולונטרי המתריע על מגע קרוב עם חולה, שיכול להשיג בדיוק את אותה מטרה של חוק מעקבי השב"כ, במקום כל אלה - החליטה הממשלה לפנות למחוקק ולכפות על האזרחים מעקב שלטוני מתמשך וחדירה לפרטיותם, ולנרמל מעקבים המוניים כאילו היו עניין של מה בכך.

מעקב המוני אחר אזרחים תמימים בדמוקרטיה הוא פסול מיסודו גם לצרכי ביטחון. קל וחומר שכך לצורך התמודדות עם משברים אזרחיים. את השד הזה לא ניתן יהיה להכניס חזרה לבקבוק. מעורבות השב"כ בחיי האזרחים לפני משבר הקורונה ולאחריו כבר לעולם לא תהיה אותו דבר.

השב"כ הינו גוף ביטחון מסכל חשאי שנהנה מסמכויות מרחיקות לכת וקיצוניות בפגיעתן בזכויות אדם, וזאת לצורך הגנה על המדינה ממי שפועל נגדה. חלק מסמכויותיו של השב"כ הן באזור הדמדומים החוקתי, ובמיוחד סמכויות המעקב ההמוני של הארגון.

סעיף 11 לחוק השב"כ מנוסח באופן עמום. ראש הממשלה רשאי לקבוע כי נתוני תקשורת מסוימים יועברו לשב"כ אם הם דרושים לשירות לצורך מילוי תפקידו. סמכות זו לקבל ולאגור נתוני תקשורת מכוח סעיף 11 הובילו, כך למדו כל אזרחי המדינה, ליצירת "מפלצת" מעקבים, מאגר ענק וסודי שבו נשמרים נתוני תקשורת בהיקף רחב על כל אזרחי ותושבי המדינה – נתונים שניתן להפיק מהם מידע פרטי ואישי ביותר בתוך דקות על כל אחד ואחת מאתנו – לא רק איפה אנו עכשיו, אלא איפה היינו בעבר בכל רגע נתון, ליד מי, עם מי היינו במגע קרוב או החלפנו תכתובות או שיחות טלפון. זהו מאגר שמצוי בעלטה גמורה ומתנהל הרחק מחוץ לעין הציבורית, ואף גוף אזרחי אינו מפקח על יכולות אלו. ספק אם סמכות זו חוקתית גם שהיא מיועדת לצורכי ביטחון.

שימוש ביכולות אלו למעקב אחר אזרחים תמימים בהקשר אזרחי לחלוטין מחייב אחת משתי מסקנות: הראשונה – שלא ניתן לעשות שימוש בכלי השב"כ למטרות אזרחיות, בשל אופי הכלים המיוחדים שניתנו לו לצרכי הגנה על הביטחון הלאומי בלבד, ושחל איסור מוחלט על זליגת השימוש בהם למטרות אזרחיות. לחלופין – שניתן להשתמש בשב"כ למטרות אזרחיות, אבל אז יש לקבוע סמכויות המעקב שלו מכוח סעיף 11 לא חוקתיות, בשל שינוי התכלית שלשמן הוענקו לו מלכתחילה.

התשתית העובדתית

התפשטות נגיף הקורונה

1. בישראל, כמו בעולם כולו, מתפשט וירוס הקורונה, והממשלה, בדומה לממשלות רבות בעולם, נוקטת באמצעים שונים כדי להאט את התפשטותו ולהפחית את מספר החולים כתוצאה ממנו. מטרותם 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.
 2. הווירוס גורם למחלה חדשה, המתבטאת אצל מרבית הלוקים בו בתסמינים קלים בלבד, ואצל עד שלושה אחוזים מהנדבקים בתסמינים חמורים, כולל דלקת ריאות ותסמונת נשימתית חמורה, שעלולים אף לגרום למוות אצל כאחוז וחצי מהנדבקים. התחלואה שיוצרת המחלה אצל מי שמתחת לגיל 60 היא ברוב המוחלט של המקרים תחלואה קלה שבמרבית המקרים לא דורשת טיפול רפואי כלשהו, ונדיר שהיא גורמת למוות.
 3. לעומת זאת מעל גיל 60 ובעיקר לחולים בעלי מחלות רקע אחרות, סיכון מוגבר לפתח תסמינים קשים כתוצאה מהווירוס, או תגובת הגוף לוירוס.
- על מאפייני המחלה המעודכנים ביותר ניתן לקרוא במכתבה של פרופ' סיגל סדצקי, ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות למנכ"ל משרד הבריאות מיום 7.7.20, המצורף ומסומן ע/2.
4. בישראל התגלה החולה הראשון ביום 27.2.20 ומאז ועד יום 8.7.20 בשעה 10:30 אובחנו כנשאי הנגיף 32,714 איש. 343 איש נפטרו עד כה מסיבוכי הנגיף. מעל 18,000 חולים החלימו. מעל 14,000 חולים פעילים יש כרגע בארץ, מתוכם 107 במצב קשה, 36 מתוכם מונשמים.

5. משרד הבריאות סבור שללא צעדים שונים, ובהיעדר חיסון, ההתפשטות של הווירוס תהיה מהירה מדי, תדביק גם את אוכלוסיות הסיכון ותוביל לתחלואה מהירה שתהיה גבוהה מיכולתה של מערכת הבריאות לשאת, והדבר עלול להוביל חלילה למוות של חולים שאחרת ניתן היה להצילם.
6. הממשלה, כמו ממשלות רבות אחרות בעולם, נקטה בשורה ארוכה של צעדים. חלק גדול מהצעדים נוגע להגבלות על הציבור לצורך האטת התפשטות המגיפה, לרבות: הוראות בעניין בידוד מי שנדבק בנגיף וכן מי שחזר מחו"ל או שיש חשד שהוא נדבק, הנחיות מחייבות לריחוק פיזי בין אנשים, הוראות לעטיית מסיכות, הוראות למניעת התקהלויות, סגירת מוסדות חינוך ומקומות עבודה לא חיוניים, סגרים מקומיים ואף סגר מלא הכולל איסור יציאה מהארץ.
7. פעולות אלו בלמו את התפשטות הנגיף, אך מחירן הכלכלי היה כבד מנשוא. בעת הזו, בניגוד להחלטות שהתקבלו בתחילת התפשטות הנגיף בישראל, הממשלה מחפשת אחר איזון בין קיום שגרת החיים בצל המגיפה לבין שמירה על בריאות הציבור. איזון זה כרוך גם בפגיעה בחירויות הפרט.
8. כך, למשל, ננקטים כללי התנהגות מפחיתי סיכון כמו עטיית מסיכה וכללי ריחוק חברתי והפחתת התקהלויות ונקבעו כללים לאכיפתם. לצד אלו פועלת הממשלה להרחבת מערך הבדיקות, לשיפור יכולת הטיפול בחולים וגם לטיוב החקירות האפידמיולוגיות שמטרתן להגיע מהר ככל הניתן למי שאולי נדבק ולקטוע את שרשרת ההדבקה, שהן במוקד המחלוקת סביב החוק מושא העתירה.
9. כפי שמסבירה פרופ' סדצקי במכתבה המפורט למנכ"ל משרד הבריאות, ההתמודדות עם המגיפה מחייבת שילוב אסטרטגיות, ואין כלי מושלם אחד שימנע 100% מההדבקות (ע/2).

חקירה אפידמיולוגית ואיתור מגעים ככלי במאבק בהתפשטות המגיפה

10. החקירה האפידמיולוגית היא כלי להאטת התפשטות המגיפה אך הוא כלי מוגבל, בעיקר בשלב בו ההתפרצות הינה רחבה. החקירה נועדה להתחקות אחר מגעים שהיו לחולה קורונה מאומת עם אחרים בתקופה הנתפסת כבעלת פוטנציאל להדבקה ועד כניסתו של החולה לבידוד. החקירה מתבצעת באמצעות תחקור מהיר ככל הניתן של החולה מרגע שהתקבלה לגביו תוצאת מעבדה חיובית. החקירה הינה אודות נתיבי התנועה של החולה ומגעיו, וזאת לצורך הגעה מהירה ככל הניתן לכל מי שבא במגע עם החולה ובידודו ל-14 יום מהיום שבו נוצר המגע הקרוב עם החולה המאומת. מגע המהווה אינדיקציה לסכנת הידבקות הינו מגע קרוב של 15 דקות במרחק של פחות משני מטר.
11. החקירה האפידמיולוגית נסמכת על יכולות אחרות, כמו למשל – יכולת עריכת בדיקות וקבלת תוצאות במהירות, שכן עיכוב בתוצאות מעבדה משמעו ימים רבים בהם מעגל ההידבקותיות מתרחב.
12. אולם החקירה האפידמיולוגית אינה יכולה לבדה להביא למיגור מוחלט של מעגלי ההדבקה, שכן כפי שצוין בנייר עמדה מפורט של פרופ' חגי לוין, יו"ר איגוד רופאי בריאות הציבור, ופרופ' נדב דוידוביץ', יו"ר פורום בריאות הציבור, מיום 20.4.20, חולה סימפטומטי שמאובחן מעבדתית מייצג רק את "קצה הקרחון" של העברה נרחבת יותר של הנגיף. לכן סבורים לוין ודוידוביץ' כי יש להתמקד בעיקר בבדיקות, ובאוכלוסיות לא סימפטומטיות במקום להתמקד

ב"קצה הקרחון", אותם חולים סימפטומטיים מאומתים. לעמדתם יש לבצע מדגמי בדיקות לזיהוי צברי הדבקה, לתגבר כוח אדם ולהקים מוקד חקירות אלפוני ולבצע ניטור שיטתי לרבות בדיקות סרולוגיות וסקרים בשילוב חלופות טכנולוגיות דוגמת המגן.

העתק מכתבם של פרופ' לוי ופרופ' דוידוביץ' מיום 20.4.2020 מצורף ומסומן ע/3.

13. לעובדה שהחקירה נעשית בפיגור אחר שלב ההדבקה יש להוסיף את העובדה שבדיקות הקורונה לא מדויקות ולא רגישות מספיק, כך ש-30% מהבדיקות של מי שנדבק במחלה יוצאות שליליות וכלל לא תתבצע בעניינם חקירה אפידמיולוגית (ר' מכתבה של פרופ' סדצקי, ע/2).

14. פרופ' סדצקי מסבירה במכתבה:

"מטבעה של המחלה יכולה אסטרטגיה זו לכלול נתח מסוים מכלל הנדבקים (לדעתי לא יותר מ-50% בפעילות אופטימלית) בלבד. יתרה מזאת, ככל שהמחלה ממושטת יותר וככל שמתמעטים מספר החולים שניתן לסמנם כקבוצות מועדות לתחלואה, יורד פלח החולים אותם ניתן לאתר בשלב שהוא הכרחי להמשך קטיעת השרשת. התהליך מטבעו אינו הרמטי ולעולם לא יהיה ניתן להשתמש בטכניקה זו ככלי היחיד לבלימת התפשטות הנגיף. זאת עקב תכונות המחלה והבדיקות הבאים: קיום מחלה א-סימפטומטית ותקופת הדבקה א-תסמינית בגללן לא ניתן לזהות ולהגיע לכל החשודים, החמצה של 30% מהחיוביים הנבדקים בשל רגישות נמוכה של הבדיקה (70% בלבד) ותקופה ארוכה של 14 יום כאשר בכל אחד מימים אלו הנבדק עלול להפוך לחיובי".

15. ביום 2.5.2020 התריע פרופ' חגי לוי בשם איגוד רופאי הציבור בישראל במכתב ליו"ר הועדה להתמודדות עם נגיף הקורונה, ח"כ עופר שלח, כי בעוד שבכל העולם מתגברים את כוח האדם העוסק בבקרת מחלות, בישראל הוצאו עובדים רבים לחל"ת כפוי. פרופ' לוי התריע כי ישנה קונספציה שגויה של הסתמכות כמעט בלעדית על נתונים מאיכון סלולארי של השב"כ תוך הזנחה של אמצעי איסוף המידע האנושיים. לוי הזהיר כי מודל הייחוס שעל פיו פועלת הממשלה לא הוצג לאנשי המקצוע ואינו שקוף, והוא לא עבר ביקורת עמיתים. עוד טוען לוי כי יש חוסר שקיפות בנתונים הגולמיים, והממשלה חולקת אותו רק עם גופים ספורים, באופן המותיר את אנשי האפידמיולוגיה בעלטה ואינו מאפשר טיוב המידע עליו מתבססת הממשלה לקבלת החלטות, והיעדר אפשרות להציע מדיניות מבוססת מידע.

16. צד נוסף של המחקר האפידמיולוגי הוא ההסברה לציבור. פרופ' לוי מציין כי הפחדות ואיומים בקנסות מעצר או אשפוז מזיקים בטווח הארוך, וכי מידע אמין והסברה נכונה הם מרכזיים בבניית אמון וקבלת שיתוף מצד הציבור, אך משרד הבריאות לא מתייעץ עם המומחים בנושא ואין עבודת מטה מסודרת.

העתק מכתבו של פרופ' לוי מיום 2.5.2020 מצורף ומסומן ע/4.

17. במכתב נוסף ששלח פרופ' לוי בשם איגוד רופאי בריאות הציבור ליו"ר ההסתדרות הרפואית לקראת מפגש עם שר הבריאות הוא שב והדגיש כי "חקירה אפידמיולוגית אינה רק תחקיר. זהו כלי חיוני המאפשר הבנה של מגננוני העברה, פעילויות בסיכון ויעילות אמצעי המיגון. לצורך כך נדרשת מומחיות אפידמיולוגית. פרופ' לוי התריע מפני העברת מערך הניטור והפקת הידע

לאנשי מודיעין ללא מגע יד של אפידמיולוג, ומפני ההסתמכות על כלי השב"כ מידת דיוקו לא ידוע והוא מביא לטעויות רבות וחוסר אמון של הציבור. פרופ' לויין אף ציין כי מערכת ניהול החקירות האפידמיולוגיות הקיימת לא נותנת מענה מתאים לצרכים, וכי החקירות נכתבות באופן ידני ולאחר מכן מוקלדות למערכת.

העתק מכתבו של פרופ' לויין מיום 6.7.2020 מצורף ומסומן ע/5.

18. מבחינת כוח האדם העוסק בחקירות, בשגרה קיימים בישראל 27 אחיות אפידמיולוגיות בלבד, אך בעת התפרצות מגיפה ברור כי יש לתגבר מערך זה בכוח אדם נוסף. ביום 5.7.2020 דווח בעיתון הארץ על מכתב של ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות, פרופ' סיגל סדצקי, למנכ"ל משרד הבריאות, לפיו בלשכות בריאות הציבור קיימים 27 תקנים לאחיות אפידמיולוגיות ו-29 תקנים של רופאים בכירים האמורים לתמוך בחקירות, אך לא כל התקנים מאוישים. לפי הכתבה, 252 אחיות מתגברות את המערך. פרופ' סדצקי ביקשה תוספת מיידית של 200 אחיות לביצוע חקירות, בהן 50 בתקן קבוע והשאר במיקור חוץ, ותגמול עבור שעות נוספות. עוד ביקשה פרופ' סדצקי תגבור של שני רופאים ואפידמיולוג בכיר למטה ו-50 משרות במיקור חוץ למטרות מנהלתיות. פרופ' סדצקי גם הלינה על התגבור שנעשה כיום בידי אחריות טיפת חלב ובריאות התלמיד בא על חשבון שירות שהן אמורות לתת כמו חיסונים (עידו אפרתי, הארץ 5.7.2020).

הכתבה של עידו אפרתי ("הארץ" 5.7.20) מצורפת ומסומנת ע/6.

19. לצד זאת במדינות אחרות המתמודדות עם המגיפה, מערך החקירות האנושי תוגבר בצורה הרבה יותר משמעותית, כדי לקצר את זמן החקירות ולמנוע הדבקה נוספת.

20. העיתונאית מירב ארלוזורוב פרסמה בדה מרקר כתבה מקיפה בנושא. לפי בדיקה שערכה בגרמניה הוקם מערך של 400 מוקדי לקוחות המאוישים בכ-21 אלף מוקדנים, שמטפלים טלפונית בכל חולי הקורונה המזוהים ובכל מי שחשוד שבא במגע עם חולה קורונה. היחס הוא של מוקדן אחד לכל 4,000 אזרחים, והמוקדנים מגיעים משלל מקצועות - עובדים סוציאליים, ספרנים, מורים, גננים, או אפילו שוטרי תנועה. כולם גויסו, עברו הכשרה קצרה, והם מאיישים את הקו החם, שממנו מתקשרים לכל החשודים במגע, מחליטים אם הם צריכים להיכנס לבידוד או להישלח לבדיקת קורונה, ומתקשרים מדי יום כדי לוודא שדבר לא חסר למבודד.

העתק הכתבה של מירב ארלוזורוב (דה מרקר, 1.7.20) מצורפת ומסומנת ע/7.

21. בסקירה של מכון מולן באוניברסיטת ג'ורג' וושינגטון בושינגטון די' סי' בארה"ב נמסרו נתונים השוואתיים לגבי כוח האדם העוסק בחקירות בתקופת הקורונה:

Table 1: Contact Tracing Workforce Ratios

Location	Number of Contact Tracers	Population	Contact Tracers per 100,000 People
Wuhan, China	9,000	11.1 million	81.1
Iceland	50	364,134	13.7
New Zealand	190	4.9 million	3.9
New York City	1,000	8.4 million	11.9
New York State	6,400 – 17,000	19.5 million	32.8 – 87.2
Massachusetts	1,000	6.9 million	14.5
California	20,000	39.5 million	50.6

העתק הסקירה מיום 5.5.2020 מצורף ומסומן ע/8.

22. מכאן שאם בישראל מועסקות 500 אחיות בחקירות לאוכלוסייה של 9.1 מיליון איש, הרי מדובר בשיעור של 5.5 חוקרים לכל 100 אלף איש, שיעור הנמוך פי 10 ממדינת קליפורניה, פי 2 מהעיר ניו יורק, ופי 15 ממחוז ווהאן בסין.

23. מהנתונים עולה שהמשיבים הרלוונטיים לא ניצלו את חלון הזמן כדי לייעל את מערך החקירות האנושי, באמצעות תוספת כוח אדם או אמצעי עבודה. מחדל זה היווה עילה להסמכת השב"כ, אך הוא ניתן לתיקון בקלות.

אמצעים טכנולוגיים משלימים לחקירות האפידמיולוגיות

24. אמצעים טכנולוגיים יכולים לשמש לייעול החקירות האפידמיולוגיות ולמניעת שרשראות הדבקה. יישומון לזיהוי מגעים הוא פיתוח מרכזי, שמיד יוסבר בהרחבה, אך הוא לא האמצעי הטכנולוגי היחיד.

25. יש מדינות שבהן נדרש אדם לסרוק ברקוד בכניסה למקום ציבורי הומה אדם. ד"ר תהילה אלטשולר שוורץ ועו"ד רחל ארידור הרשקוביץ מהמכון הישראלי לדמוקרטיה ציינו במחקר כי סריקת קוד ה-QR באמצעות מכשיר הסלולר או כרטיס זיהוי יוצרת יומן דיגיטלי של כל המקומות בהם שהה אדם במהלך היום. במידה שהמשתמש נמצא חיובי לנגיף הקורונה ומסכים לכך מועבר המידע לשרת משרד הבריאות לצורך איתור מגעים. בניו זילנד, למשל, משתמשי היישומון המקומי סורקים באמצעות מכשיר הסלולר האישי שלהם את קודי ה-QR המוצבים בכניסה לבתי עסק ולמקומות אירוח שונים.

העתק המחקר כפי שנשלח לוועדת חוץ וביטחון ביום 22.6.20 מצורף ומסומן ע/9.

26. מסקירה של מרכז המידע והידע הלאומי למערכה בקורונה מיום 23.6.20 עולה כי יש מדינות, בעיקר באסיה כמו דרום קוריאה וטאיוואן, שנעזרות באמצעים טכנולוגיים, לרבות סמכות להיעזר בנתוני תקשורת, אשראי, נסיעות וכדומה לצורך החקירות, אך הן עושות זאת באמצעות מתן כלים טכנולוגיים למשרד הבריאות, ללא מעורבות גורמים ביטחוניים או גופי ביטחון חשאיים.

27. יש מדינות שנעזרות באמצעים טכנולוגיים שיש בידי חברות התקשורת לניטור התקהלויות בתקופה של סגר באמצעות ספקיות התקשורת, אך המידע הוא מידע אנונימי ולא אישי, כמו גרמניה ואוסטריה. יש מדינות בהן נעזרים באמצעים טכנולוגיים להבטחת הוראת בידוד.

28. אמצעים נוספים הם אמצעים להפצה מהירה והנגשה של מידע אודות מקומות שבהם שהו חולים, לרבות באמצעות מערכת ממוחשבת המאפשרת איתור מהיר ומפות מקוונות.

העתק מחקר מרכז המידע והידע הלאומי על שימוש באמצעים טכנולוגיים לאיתור מגעים בין חולים ולניטור אוכלוסייה ברחבי העולם, מיום 23.6.20, מצורף ומסומן ע/10.

יישומנים וולונטריים לאיתור מגעים ככלי עזר בחקירה אפידמיולוגית

29. מאז תחילת המגיפה עמלים במדינות רבות על פיתוח אמצעים טכנולוגיים לאיתור מגעים, וזאת בשל אופי ההדבקה מאדם לאדם – הדבקה טיפיתית המבוססת על מגע קרוב בין בני אדם. הסבר מפורט ביותר על יישומנים אלו ניתן לקרוא במחקרן המקיף של ד"ר אלטשולר שורץ ועו"ד ארידור הרשקוביץ (ע/9), וההסבר שלהלן לקוח מתוך מחקרן.

30. בתמצית, יישומנים לאיתור מגעים באופן דיגיטלי אוספים מידע המעיד על סמיכות פיזית בין שני משתמשים שונים. הסמיכות נלמדת באמצעות השוואת נתוני מיקום מבוססי אותות GPS, אותות Bluetooth Low Energy (BLE), ואותות WiFi.

31. רמת הדיוק של נתוני מיקום מבוססי GPS היא בין 5 ל-20 מטרים. אותות WiFi מספקים רמת דיוק של עד 3 מטרים במבנים מסחריים סגורים אך השימוש בהם מוגבל למבנים כמו קניונים ובנייני משרדים אך לא במקומות פתוחים. אותות BLE הם אותות בעוצמה נמוכה יחסית ורמת הדיוק שלהם גבוהה יותר מזו של נתוני מיקום מבוססי GPS, 3-5 מטרים.

32. התבססות על כל אחד מהאותות הללו כולל יתרונות וחסרונות אך אותות BLE נחשבים מדויקים יותר באיתור מגע קרוב לעומת נתוני מיקום, והשימוש בהם מסוגל להתריע על מגעים קרובים בלי לחשוף נתוני מיקום, ולכן גם בהיבט של שמירה על פרטיות הם עדיפים.

33. החוקרות מצאו באמצעות סקירה השוואתית במדינות דמוקרטיות בעולם, כי מרביתן משתמשות ביישומנים המבוססים על אותות BLE. השימוש ביישומן לזיהוי מגעים מבוסס BLE קיבל דחיפה כאשר חברות הענק אפל וגוגל הגיעו להסכמה על פרוטוקול המאפשר פיתוח יישומן לזיהוי מגעים שמאפשר ממשק בין אותות BLE בטלפונים מסוג אנדרואיד לטלפונים מסוג IOS (אייפון).

34. החוקרות מציינות שיישומן המבוסס על אותות BLE משדר בפרקי זמן קצובים קודי זיהוי אקראיים. כל מכשיר טלפון שעליו מותקן היישומן קולט ושומר אצלו "לוג אותות" של כל קודי הזיהוי המשודרים בסביבתו ממכשירים אחרים, בצירוף חותם זמן ועוצמת אות ה-BLE שנקלטה. השוואת קודי הזיהוי השמורים על מכשירו האישי של אדם עם אלו שנשמרו על מכשיר הסלולר של אדם אחר שהתגלה כחולה מובילה למסקנה האם המשתמש וחולה הקורונה היו בסמיכות פיזית המחייבת כניסה לבידוד בשל פוטנציאל ההדבקה שלה.

35. החוקרות מצאו כי במרבית המדינות בהן מוצע יישומן לזיהוי מגעים, ננקטת גישה ביזורית, לפיה המידע נשמר במכשיר בלבד, ומועבר לרשויות רק לפי בחירה ובאופן וולונטרי. כ-22 מדינות ברחבי העולם בחרו בגישה הביזורית על בסיס התשתית לאיתור מגעים של חברות אפל וגוגל, ובהן גרמניה, איטליה, שווייץ, אוסטריה, יפן, בלגיה, אסטוניה ואירלנד.

36. שורה של מומחי פרטיות בישראל כתבו אף הם לוועדת החוץ והביטחון כי ההתמודדות בעולם עם הקורונה באמצעים טכנולוגיים נוטה לתת עדיפות למעקב מגעים מבזר ולא למעקב מיקום

ריכוזי, שכן די בכך לתת התראה על מגע קרוב עם נשא מאומת, ואף בדיוק גבוה יותר, תוך שמירה טובה יותר על הפרטיות וצמצום הסכנה לשימוש לרעה במידע. לדברי המומחים בסוף מאי האחרון 39 מדינות הציעו יישומונים להתקנה בטלפון חכם, 22 מתוכן מתבססות על יישומון הפועל על בסיס טכנולוגיית BLE מבוזרת, מה שיוצר סטנדרט עולמי.

37. המומחים צירפו טבלה המבהירה את ההבדל בין מעקבי מגעים למעקבי מיקום:

זיהוי חשיפה (Bluetooth)	איכון (סלולרי, או מבוסס GPS וכד')
זיהוי חשיפה לנשא מאומת, באמצעות זיהוי קירבה	מעקב אחר מיקומו של אדם במרחב הציבורי, הצלבת מיקומים לזיהוי חשיפה
מיושם בעולם באופן וולונטרי. אינו דורש איסוף מידע מתמיד בידי רשות מרכזית.	כופה. מעקב אחר כל התושבים כל הזמן
דיוק גבוה ביותר בזיהוי קירבה, גם באזורים מקורים ובבניינים, ובאיזורים הומי אדם	דיוק נמוך. אין אבחנה בין קומות או באזורים מקורים כדוגמת קניונים
פגיעה קטנה יותר בפרטיות	בכלי של שב"כ, פגיעה קשה בפרטיות
סיכון מזערי לשימוש במידע שלא למטרה שלשמה נאסף (לדוגמה: ניטור הפגנות)	איום קרוב ומיידי של Function Creep
בלתי תלוי בגורמים חיצוניים	תלות בזמינות הרשת הסלולרית, החשופה לתקלות, התקפות סייבר וכיסוי לא מספק
התוצאה: עידוד השימוש באמצעים שהם וולונטריים	עידוד לעקיפת הניטור באמצעות הימנעות מנשיאת טלפון סלולרי או כיבוי לפרקים

העתק מכתבם של מומחי הפרטיות מיום 23.6.20 מצורף ומסומן ע/11.

38. נקודה נוספת שחשוב להתעכב עליה הינה מידת היעילות של יישומונים וולונטריים, שאין חובה להתקנים. בוועדת החוץ והביטחון עלתה שוב ושוב הטענה כי ליישומון לאיתור מגעים אין אפקטיביות אם 60% מהציבור לא משתמש בו, וכי סיכויים נמוכים שזה יקרה באופן וולונטרי.

39. נתון זה צוטט באופן שגוי מהמודל שפותח באוניברסיטת אוקספורד לבחינת יעילותם של יישומונים מגעים. המחקר קבע שהורדה על ידי 60% היא אולי אידיאלית אך גם לנתון נמוך מכך

יש אפקט חיובי בבלימת התפשטות המגיפה ובמתן התראה למי שבסיכון לבודד עצמו. למעשה הטעות הפכה כה נפוצה עד שהצוות האוקספורדי התראיין בנושא כדי להעמיד דברים על דיוקם:

<https://www.technologyreview.com/2020/06/05/1002775/covid-apps-effective-at-less-than-60-percent-download/>

המודל בקישור זה:

<https://www.research.ox.ac.uk/Article/2020-04-16-digital-contact-tracing-can-slow-or-even-stop-coronavirus-transmission-and-ease-us-out-of-lockdown>

40. כדי להגביר את מספר ההורדות ניתן לנקוט בכמה צעדים כמו קמפיין ציבורי והסברה, עבודה מול קובעי דעת קהל ומנהיגות דתית או מקומית, שימוש בכרטיס לארנק או צמיד בעל טכנולוגיית BLE למי שאינו בעל טלפון חכם (למשל מטעמי דת), נקיטת צעדים לתמרוץ ההתקנה, כמו חלוקת שוברים, ובמקרים מסוימים – התניית כניסה למקומות ציבוריים או שירותים ציבוריים בהוכחת התקנה של היישומון.

אפליקציית המגן

41. בישראל פותח יישומון "המגן" והוא הושק כבר בסוף מרץ 2020. ד"ר אלטושלר שוורץ ועו"ד ארידור הרשקוביץ (9/ע) מציינות כי המגן פותח במערכת קוד פתוח בליווי הדוק של מומחי פרטיות ואבטחה. ההתקנה של היישומון היא וולונטרית והיא מבוססת על השוואת נתוני מיקום של המשתמש (GPS) עם נתוני מיקום של חולי קורונה מאומתים המצויים בשרתי משרד הבריאות. החוקרות מציינות כי עם התקנת היישומון מקבל המשתמש קוד זיהוי אקראי משרת מרכזי של משרד הבריאות וכי היסטוריית המיקומים שלו לצד היסטוריית הרשתות האלחוטיות שהמשתמש עבר לידן נשמרת על מכשירו האישי.

42. החוקרות מציינות כי יישומון המגן מאפשר, במקרה שהמשתמש חלה, להעביר בהסכמה את היסטוריית נתוני המיקום שלו למשרד הבריאות, וכך לייעל את החקירה האפידמיולוגית ולהזהיר אחרים. בנוסף, מי שהתקין את היישומון, מקבל התראה כל פעם שיש חפיפה בין היסטוריית המיקומים ששמורה אצלו במכשיר לבין היסטוריית המיקומים של חולים מאומתים בשרתי משרד הבריאות. המשתמש יכול במקרה זה לבדוק את אמינות המידע ולדווח למשרד הבריאות על כניסתו לבידוד או לדווח על שגיאה בנתונים.

43. משרד הבריאות לא השיק את המגן עם קמפיין ציבורי בהיקף מספק, ולמרות זאת לפי נתונים שמסר משרד הבריאות לוועדה ביום 23.6.20 הורידו את היישומון עד היום 1.6 מיליון משתמשים, אך יש 807,089 משתמשים פעילים. כלומר, 600 אלף משתמשים הסירו אותה. הסיבות להסרה לא נחקרו, אך יש להניח שמדובר בשילוב של חוסר מודעות והנחייה, תסכול מתקלות ואי דיוק, תחושה של היעדר צורך בשל מעקבי השב"כ, ואולי גם חשש מוטעה כי הורדת היישומון מעבירה מידע לשב"כ או לרשות אחרת.

44. רק ביום 18.5.2020 פורסם מכרז לשדרוג המגן, כאשר המציעים התבקשו לתת הצעות עד יום 15.6.2020, ולטענת ד"ר אלטושלר שוורץ ועו"ד ארידור הרשקוביץ מדובר ב"גרירת רגליים של ממש", מול הדחיפות.

45. אולם נכון לעתה, בהתאם להצהרת משרד הבריאות בוועדה ביום 23.6.2020 יישומון המגן 2 מוכן לשימוש ונוספה לו טכנולוגיית BLE לזיהוי מגעים קרובים. גם ראש אגף טכנולוגיות במל"ל, רפי מרון, דיווח ביום 24.6.2020 לוועדת הכנסת, שדנה במתן פטור מחובת הנחה לחוק, כי המגן 2 מוכן: "אני שמח לבשר לכם שמבחינה טכנולוגית היא נמצאת במצב בשל. היא עברה בדיקות קבלה לכל אותם טלפונים שהם במערכת הפעלה של אנדרואיד, והיא בסיום בדיקות קבלה לכל אותם טלפונים מדגם אייפון. לכן תוך זמן קצר מאוד האפליקציה תהיה מוכנה להשקה ולשימוש בקרב הקהל הרחב" (ועדת הכנסת, 24.6.20).

46. פוטנציאל ההתקנה של המגן 2 תלוי בהחלטה של הממשלה לשווק אותו לציבור, בהסברה נכונה ובהידברות עם מנהיגים ומנהיגות מקומיים/דתיים ומעצבי דעת קהל. סקר המייצג את הציבור הישראלי, שערכו ד"ר ערן טוך ואשרת אילון מאוניברסיטת תל-אביב, לצורך מחקר אשר טיוטה מתקדמת שלו הועברה לעותרות, מצביע על כך שביחס למגן 1 הממשלה הצליחה לשכנע רק 32% מהנשאלים שהיישומון עוזר לבלימת ההתפשטות ורק 28% אמרו שימליצו לחבריהם להוריד את היישומון (החוקרים מדגישים שבפועל אחוז ההורדה נמוך מנתוני הסקר). יישומון המגן הומלץ גם על ידי מומחי פרטיות, שכן הוא אוגר מידע אישי רק במכשיר, אך הסקר מצביע כי הציבור תופס את המגן כאיום על פרטיותו. 43% מהנשאלים חוששים לפגיעה בפרטיות.

47. החוקרים הגיעו למסקנה כי הגורם המשמעותי ביותר להורדת היישומון הוא מידת האמונה ביעילות של האמצעי. לעומת זאת, מידת החשש מפגיעה בפרטיות הוא הגורם המעכב ביותר את ההתקנה. פרמטרים אחרים היו פחות משמעותיים (למשל היחס הכללי למגיפה, אמון במנהיגות או הנחיות משרד הבריאות). ביחס לאלו שהורידו את היישומון ולאחר מכן הסירו אותו, הטעם המרכזי היה אי אמונה ביעילות היישומון וגם חשש מריקון מהיר של הסוללה.

העתק טיוטת המחקר מצורף ומסומן ע/12.

48. אם הממשלה מעבירה לציבור את המסר שרק אמצעי השב"כ יעילים יש להניח שהיא מחזקת אצל אנשים את האמונה שהמגן לא יעיל, ואם הממשלה תתחיל להסביר לאנשים את התועלת של המגן ואת ההגנה על פרטיות המשתמשים, היא תגדיל את הנכונות להורידו. כמו כן, בנקל ניתן יהיה להסיר חששות לפרטיות במגן, שהוא טכנולוגיה ביזורית ולא ריכוזית, וכך גם להעלות את שיעורי ההתקנה, אך דווקא העירוב של השב"כ והשיח הער סביב מעקבים יש בו להגביר את תחושת הפגיעה בפרטיות.

הפעלת השב"כ בישראל למעקב מגעים מבוסס מיקום

49. ביום 15.3.2020 החליטה הממשלה לראשונה להטיל על השב"כ לבצע מעקב מגעים. מדובר בהחלטה יחידה מסוגה בכל המדינות הדמוקרטיות המתמודדות עם הנגיף.

50. השב"כ הוא גוף ביטחוני חשאי הפועל מכוח חוק השב"כ. הוא קיבל לידי סמכויות וכלים מבצעיים אפקטיביים לביצוע משימותיו ובמיוחד לצורך היותו גוף של ביטחון מסכל. לכן ראתה הממשלה בהפעלת יכולותיו כלי אפקטיבי לצורך מעקבי מגעים.

51. בין היתר לשב"כ סמכויות מרחיקות לכת לאיסוף מידע (סעיף 8 לחוק השב"כ) לרבות סמכות לקבל "נתוני תקשורת" מחברות התקשורת (סעיף 11 לחוק).

52. סעיף 11 לחוק השב"כ קובע כי ראש הממשלה רשאי לקבוע בכללים כי נתוני תקשורת, המצויים במאגרי מידע של חברות התקשורת, דרושים לשב"כ לצורכי מילוי תפקידיו לפי חוק זה, וכי על חברות התקשורת להעביר מידע זה לידיו. מרגע שהועבר המידע לשב"כ, השימוש בו מצריך היתר מראש השב"כ, וראש השב"כ צריך להעביר דיווח על היתרים שנתן ליועץ המשפטי לממשלה ואחת לשנה גם לוועדת המשנה לענייני השירות.

53. ראש השב"כ לשעבר, אבי דיכטר, התייחס להליך חקיקתו של סעיף 11 ולגישה של השב"כ למודיעין אותות (SigInt) בכנס לציון עשור לחוק השב"כ שנערך בביה"ס למשפטים של המכללה למינהל ביום 20.3.2012. הוא ציין: "השתדלנו להעביר אותו מתחת למכ"מ, מפני שהוא היה סעיף מאוד בעייתי בפרוטנציאל שיש בו למרות שב-2002 עוד לא כולם הבינו את כל משמעות נתוני התקשורת".

ניתן לצפות בדבריו בקישור הבא, בדקה 19: <https://youtu.be/BZ1sZqa0BR0>

54. ואכן, סעיף 11 לחוק יצר "מפלצת" מעקבים, שספק אם מישהו העלה בדעתו. ביום 27.3.2020 פורסם בידיעות אחרונות תחקיר מקיף על האופן בו יושם סעיף 11 על ידי ראשי הממשלה בעשרים השנה האחרונות והשב"כ.

התחקיר של רונן ברגמן ועידו שברצטוך מיום 27.3.2020 מופיע בקישור הבא:

<https://www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-5701611,00.html>

55. לפי התחקיר, השב"כ אוסף במאגרי מידע רב דרך קבע על כלל האוכלוסייה במטרה להשתמש במידע לסיכול טרור או חתרנות. זאת תחת השם 'הכלי'. לפי התחקיר "'הכלי' אוגר מידע על כל תושבי מדינת ישראל, כל הזמן. רוב הישראלים, כמובן, אינם חשודים, אינם מעורבים בחקירה כזאת או אחרת וגם לא יהיו. ובכל זאת, המידע עליהם נאסף... חוץ מהעובדה ש'הכלי' אוסף מידע על כולם, הוא מאפשר לבדוק את חייו של האזרח לא רק מרגע שהוא הפך מושא לבדיקה - אלא גם אחורה בזמן. עם מי שוחחתם, למי שלחתם הודעות סמס, איפה הייתם בכל רגע ואת מי פגשתם שם. כל אלו הן יכולות, שבשימוש לא נאות עלולות להפוך למסוכנות ממש" (מתוך התחקיר).

56. בכיר בשב"כ הסביר את מהות הכלי: "'הכלי' הוא כמו בור עמוק, או מרתף, סגור וחשוך לחלוטין שאף אחד לא יכול להיכנס אליו. פעם בזמן מה, ואחרי שורה ארוכה של אישורים, מקבל מישהו פנס ובקורות כדי לרדת אל הבור ולהאיר חלק מסוים בו. הוא יכול להאיר רק את החלק הזה, ואז לעלות למעלה, ולדווח באופן שגם הוא נתון לבקרה חמורה, על תוצאות החיפוש המוגבל הזה".

57. לפי התחקיר, בשב"כ מקפידים בחרדת קודש על כך שהיכולות הללו ישמשו לסיכול טרור בלבד אך במהלך השנים הארגון הסכים לחרוג מכך מספר פעמים, ובין היתר לצורך טיפול בארגוני פשיעה. לפי התחקיר "לפני כ-12 שנה, באחד מגלי חיסולי החשבוניות בין משפחות הפשע בישראל, נתקלו חוקרי המשטרה במבוי סתום. באותה תקופה לא היה למשטרה מערך סייבר

משלה. המשטרה הפעילה לחצים כבדים, ומשרד המשפטים אישר באופן חריג ועל פי נהלים קשוחים שנקבעו שימוש ב"כלי", לטובת הלחימה בפשע המאורגן".

58. התחקיר מצביע על מקרים נוספים שבהם הופעל על השב"כ לחץ להשתמש ב"כלי" למטרות אחרות, שאינן סיכול טרור, כמו חקירת מבקר המדינה את "פרשת הרפז", וכן בקשה להפעיל את "הכלי" לאיתור מבקשי מקלט. בשני המקרים סירב השב"כ, לפי התחקיר, לבקשות.

59. עו"ד אלי בכר, יועמ"ש השב"כ לשעבר, כתב על המאגר בספרו **שב"כ במבחן** שיצא בימים אלה. לדבריו סוגי המידע שבעלי הרישיונות מצווים להעביר לשב"כ מצויים בכללים ואינם מפורטים בחוק. לדבריו מדובר בנתוני מיקום (איכון של ציוד הקצה שנמצא בידי המנוי); נתוני מנוי (סוג השירות הניתן לו, שמו, כתובתו, מספר הזיהוי של המנוי, פרטים של אמצעי התשלום, הכתובת שבה הותקן מתקן הבזק ונתונים מזהים של המתקן ברשת המנוי); ונתוני תעבורה (סוג המסר המועבר, נתונים מזהים של מתקן בזק שהוא מקור המסר, יעדו או נתיב שלו, נתונים מזהים של המנוי שהוא מקור המסר או יעדו, מועד השידור או הקבלה של המסר, משך המסר, נפחו או היקפו) (אלי בכר **שב"כ במבחן – ביטחון, משפט וערכי הדמוקרטיה** 152 (המכון לדמוקרטיה, 2020) (להלן – **שב"כ במבחן**)).

60. עו"ד בכר מדגיש בספרו כי "אין מדובר בנתונים על אודות חשודים אלא בהעברה סדירה, גורפת ושוטפת של כלל הנתונים המצויים בחברות התקשורת לידי השירות. המשמעות היא שבשלב של בניית המאגר אין הבחנה בין אזרחים תמימים ליעדים מודיעיניים, שכן הנתונים המועברים והנאגרים בשב"כ הם נתונים של כלל המשתמשים בשירותים של בעלי הרישיון שקיבלו הוראה להעביר את המידע לשב"כ" (**שב"כ במבחן**, בעמ' 153). מכאן מסיק בכר:

"התוצאה היא שהוראות אלו יוצרות מאגר ייחודי ועצום ממדים של נתוני תקשורת ונתונים אחרים המצויים ברשות חברות התקשורת ומועברים למאגר באופן שגרתי ובלתי מבחין, והם נצברים ונשמרים שם לפרק הזמן שנקבע בכללים" (שם, בעמ' 154).

61. לשב"כ יש אפוא גישה מלאה לנתוני מיקום של כל אדם שעושה שימוש בטלפון נייד בתוך גבולות המדינה וגישה למידע נוסף, כמו היסטוריית השיחות הנכנסות והיוצאות, לרבות הודעות באפליקציות למסרים מידיים דוגמת SMS ו-WhatsApp. יתר על כן, את נתוני התקשורת יכול השב"כ לעבד ולהצליב עם מאגרי מידע אחרים, כמו, למשל, 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 וזיהוי פנים.

62. יכולות אלו מסבירות את קסמו של השב"כ בעיני הממשלה לביצוע מעקבי המגעים, ולמעשה – כל אזרח במדינה גילה כי השב"כ מסוגל בתוך זמן קצר לדעת לא רק איפה הוא באותו רגע, אלא גם איפה היה בכל רגע נתון בעבר, ועם מי נפגש, לכמה זמן וכדומה.

המחלוקת אודות יעילות השב"כ למעקבי מגעים לעומת חקירה אנושית ואפליקציות מגעים

63. פרופ' לוי ופרופ' דוידוביץ' מציינים כי שימוש באמצעי השב"כ לאיתור מגעים של חולה מאומת הוא לא יעיל, כי השב"כ מתמקד בחולים עם אבחנה חיובית, שהם רק קצה הקרחון בשרשראות ההדבקה. לטענתם באתרים המועדים לתחלואה קשה כמו בתי הדיור המוגן אין תועלת

באמצעי השב"כ, ומערכת השב"כ לא מתבצעת על ידי אנשי מקצוע באפידמיולוגיה ולא נעשית לפי עקרונות אפידמיולוגיים. עוד הם מוסיפים כי "בשל המאמץ להוכיח כי אין תחליף לשימוש בשב"כ, נזנחות ומוחלשות חלופות אחרות, כולל חלופות קלאסיות "אנושיות", שהן הן אלה שיעילותן מוכחת בהתמודדות עם מחלות מידבקות. כן נזנחות חלופות טכנולוגיות שונות, שאינן מפרות את הזכות לפרטיות של מי שהם חולים פוטנציאליים ושל פרטיותם אנו כרופאים מחויבים בכל עת" (ע/5).

64. קשה להעריך במדויק את יעילות האמצעים הטכנולוגיים של השב"כ באיתור מגעים לאור העובדה כי הנתונים הנמסרים לגורמים המפקחים כמו ועדת המשנה הם חלקיים, וכי מדובר בארגון חשאי שלא ניתן לחקור את התנהלותו, להגיש בקשות חופש מידע ולקבל ממנו נתונים גולמיים. הדבר מאפשר לשב"כ ולממשלה להציג נתונים הנוחים להם, וכך להשפיע על דעת הקהל. ואכן לאחר שהחל השימוש בשב"כ הוזנו לכלי תקשורת לעיתים קרובות בכותרות מחמיאות ובנתונים, שלכאורה מראים עד כמה הכלי אפקטיבי ומציל חיים.

65. ד"ר שוורץ אלטשולר ועו"ד ארידור הרשקוביץ (ע/9) מצאו כי עד 31.5.2020 השב"כ איתר 5,800 איש שהתגלו כחולים מתוך 17,026 חולים באותו מועד. אולם בחינה מדוקדקת של הנתונים הצביעה על כך שחקירה אנושית העלתה במקביל 1,730 חולים, כך שהשב"כ איתר באופן בלעדי 4,070 חולים מתוך קבוצה של 12,017 שזוהו כמי שבאו במגע עם חולה מאומת. באותה עת חקירה אנושית העלתה 4,882 חולים. מכאן מסיקות החוקרות ש"יעילות הכלי של השב"כ אינה גבוהה באופן משמעותי מזו של חקירה אנושית".

66. החוקרות מציינות כי צריך לבחון את הכלי של השב"כ לא רק מול חקירות אנושיות אלא מול חקירות אנושיות בתוספת אפליקציות לזיהוי מגעים, שבהן המידע נשמר רק במכשיר הטלפון של החולה ושל מי שהיה עמו במגע. לטענת החוקרות, אפליקציות אלו אפקטיביות יותר מבחינה טכנולוגית, שכן איכון נתוני מיקום באמצעות הרשת הסלולארית פחות מדויק לעומת אותות BLE ו-WiFi אשר משמשות באפליקציות לזיהוי מגעים, ואשר עובדות גם במבנים סגורים, קניונים, בניינים רבי קומות וכדומה.

67. עוד מציינות החוקרות כי איכון סלולארי אינו מדויק בשל גודל התאים הסלולאריים, הפרעות מזג אוויר והפרעות פיזיות. רמת הדיוק של איכון סלולארי על בסיס GPS הוא בין 5 ל-20 מטרים לעומת מעקב מגעים באמצעות אותות BLE להם רמת דיוק של עד 3-5 מטרים.

68. גם מי שהיה שר הביטחון בתקופת ממשלת המעבר, נפתלי בנט, אשר נחשף בעצמו ליכולות השב"כ, צייץ בחשבון הטוויטר שלו ביום 4.7.2020 כי "האיכון לבד לא יודע האם חבשת מסיכה, האם הייתם מרוחקים חצי מטר או 8 מטר, האם הייתם באותה קומה. ללא מידע זה, הוא שולח רבבות הודעות בידוד מיותרות".



69. ואכן עקב השימוש במעקב השב"כ נשלחו 81,383 מסרונים עד יום 31.5.2020, אך בעקבות ערעור שוחררו 10,432 איש. מכאן המסקנה של החוקרות היא ש"לכלי של השב"כ יש אחוז שגיאה (false positive) של 12.8%. אחוז שגיאה זה סביר להניח גבוה יותר, שכן יש אנשים שלא מצליחים להשיג את משרד הבריאות להגשת השגה, שלא יודעים שיש באפשרותם להגיש השגה או שלא טורחים לעשות זאת.

70. עם חידוש איכוני השב"כ ביום 2.7.2020 נשלחו בתוך זמן קצר מעל 30,000 הוראות בידוד לפי דיווחים בתקשורת. מיד התמלאו הרשתות החברתיות בשורה של תלונות מצד אזרחים שקיבלו הודעה שהייתה שגויה לטעמם, ממגוון סיבות: שלא היו במקום ובזמן שנטען מחוץ לביתם, או שהיו במקום עם מסיכות וריחוק חברתי. תלונות רבות נשמעו גם על היעדר מענה בטלפון להשגות או המתנה של שעות על הקו וכי לחלקם נמסר שהתלונה תיבדק אך בינתיים עליהם לשהות בבידוד.

71. הפגיעה שנגרמת מקבלת בידוד שגוי מתחזקת כאשר אח"מים למיניהם הצליחו להשתחרר מבידוד חרף העובדה ששהו במקום אחד למעלה מ-15 דקות בנוכחות אדם שהתגלה כחולה, על בסיס בדיקה אנושית שנערכה להם. כך, למשל, פורסם ששר הביטחון והנשיא שהו בטקס עם מפקד מג"ב במקום סגור מעל 15 דקות, והוא התגלה כנשא הנגיף. משום שעטו מסיכות הם שוחררו מבידוד. האפשרות של מי שיש לו קשרים להשתחרר מבידוד במקרים פרטניים לעומת האופי הכופה והאוטומטי של אמצעי השב"כ, ללא כל מעורבות אנושית, אצל הציבור הרחב יוצרים תחושה קשה של איפה ואיפה וחוסר שוויון בפני החוק (על המקרה דיווח חיים גולדיטש, <https://www.ynet.co.il/article/rJS6YnaRU> : 4.7.2020 Ynet).

72. גם מומחי הפרטיות הזהירו במכתב ששלחו לוועדת חוץ וביטחון ביום 23.6.2020 (ע/11), כי מערכות מרכזיות עם איכון סלולרי מזהות מגעים גם בדיוק של כמה עשרות או מאות מטרים וגורמות להתראות שווא רבות, הגורמות להתעלמות מסוכנת של הציבור ולאובדן האמון בהודעות המערכת. המומחים מזהירים כי הדבר יתבטא בכך שאנשים לא ישתמשו בטלפונים במקומות מועדים כמו סופרמרקטים והפגנות.

73. אכן, איכון סלולרי טוב אולי כאינדיקציה לאיתור חשודים בטרור, אך לא מאוד מוצלח באיתור מגעים קרובים, ולכן יש פה סכנה לאפקט של "זאב זאב" ולהתעלמות מההנחיות. החשש מתגבר נוכח המצוקה הכלכלית הקשה שנגרמת כתוצאה מהבידוד למי שאינו יכול לעבוד מהבית, שיש לו עסק, שיש לו ילדים במסגרות וכדומה.

74. שליחה סיטונאית של אנשים לבידוד ללא הצדקה לא רק שפוגעת באמון הציבור ובשיתוף הפעולה מצדו עם הנחיות הממשלה, אלא שיש בה לפגוע קשות בכלכלה, לרסק עסקים קטנים, ולייצר הסגר דה פקטו, למרות שהממשלה כלל לא מכוונת לכך.

75. יתרה מזו, שליחה לא מדויקת של אנשים לבידוד יכולה לפגוע בשירותים חיוניים, בצוותי חירום ובפעילות של מוסדות חשובים. היא יכולה להביא לסגירת שירותי רווחה ומוסדות חינוכיים ולשבש את עבודת הממשל יתר על הנדרש.

76. מחלוקת נוספת סביב הפעלת אמצעי השב"כ נובעת מההפעלה של גוף ביטחוני חשאי במדינה בתחום אזרחי. אנשים לא ששים לשתף פעולה עם גורמים ביטחוניים חשאיים וחוששים מהם. הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר במדינה שבה מיעוט לאומי גדול, שעבורו השב"כ הוא גורם פיקוחי ולו היסטוריה רבת שנים של מעורבות שלילית בחייו. הדבר עלול להוביל להימנעות מבדיקה, השארת הטלפון הנייד בבית ביציאה להפגנות או לפעילות פוליטית והסתרת מידע.

77. בסקר שצוין לעיל, שערכו ד"ר ערן טוך ואשרת אילון מאוניברסיטת תל-אביב (ע/12), עולה שאכן אין בציבור אמון רב במעקבים של השב"כ. 53% מהנשאלים לא סומכים על כך שהשב"כ באמת ימחק את המידע. 60% סבורים כי השב"כ אוסף מידע רגיש ו-42% חוששים לפרטיותם. עוד נתון מעניין בסקר הוא ש-35% מהנשאלים גילו הבנה למי שיחליט להשאיר את הטלפון שלו בבית בשל מעקבי השב"כ.

ההחלטות בעניין הסמכת השב"כ וההליכים המשפטיים עד לחקיקת החוק

78. כאמור, ביום 15.3.2020 החליטה הממשלה לראשונה להטיל על השב"כ לבצע מעקב מגעים באמצעות ההליך הקבוע בסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, לפיו השב"כ יעסוק ב"פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה".

79. בהתאם להוראות החוק, הועברה ההחלטה לאישור ועדת המשנה למודיעין ולשירותים החשאיים של הכנסת ה-22 (להלן – **ועדת המשנה**). אלא שהדבר נעשה רק ביום 16.3.2020 כשהוועדה כונסה בהתראה קצרה ביותר בשעות אחה"צ, רק שעה וחצי לפני השבעתה של הכנסת ה-23. לחברי ועדת המשנה ולייעוץ המשפטי היו הערות ושאלות רבות אך לא היה להם זמן לדון בהן, ולפיכך הדיון הסתיים ללא הכרעה, והוועדה סיימה את דרכה עם השבעת הכנסת החדשה באותו יום בשעה 16:00.

80. בעקבות כך בלילה שבין ה-16 ל-17 במרץ 2020 התקינה הממשלה תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: **"תקנות השב"כ"**). תקנות השב"כ הסמיכו את שירות הביטחון הכללי לאסוף ולעבד **"מידע טכנולוגי"**, ולהעביר למשרד הבריאות מידע הדרוש לו לצורך ביצוע חקירה אפידמיולוגית ולשם צמצום ומניעת התפשטות נגיף הקורונה. על פי התקנות, נציג משרד הבריאות יוכל להעביר לנציג השב"כ פרטים מזהים של חולה קורונה מאובחן או של מי שחשוד כחולה ולקבל מהשב"כ מידע על נתיב התנועה של אותו אדם ב-14 הימים שקדמו לאבחון ועל זהות האנשים שהיו עמו במגע קרוב.

81. ביום 18.3.2020 הגישה העותרת עתירה נגד תקנות אלו. עתירה זו נדונה במשותף עם שתי עתירות נוספות באותו נושא ביום 19.3.2020 (בג"ץ 2109/20 ; בג"ץ 2141/20). עתירה נוספת הוגשה מאוחר יותר באותו עניין על ידי ארגון העיתונאים בישראל (בג"ץ 2187/20).
82. בתום הדיון בעתירה החליט בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים מותנה לגבי תקנות השב"כ, הקובע כי לא ניתן יהיה לפעול על פיהן אם לא תוקם ועדת החוץ והביטחון הזמנית עד יום 24.3.2020.
83. ביום 23.3.2020 מינתה הכנסת וועדות זמניות, לרבות ועדת החוץ והביטחון וועדת המשנה. בעקבות כך הודיעה הממשלה לבית המשפט הנכבד ביום 24.3.2020 על החלטה שקיבלה, בהתאם לסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ – החלטה מספר 4916 בעניין "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש". עוד הודיעה הממשלה, כי בכוונתה להעביר את ההחלטה לאישור ועדת המשנה ובכך להסמיק את השב"כ לבצע חקירות אפידמיולוגיות ולאתר אנשים שבאו במגע עם חולים.
84. בעקבות זאת החליט בית המשפט הנכבד ביום 24.3.2020 כי על המדינה להגיש עדכון עד יום 31.3.2020. בית המשפט הוסיף וציין, כי "מן הראוי כי תינתן הדעת על ידי ועדת המשנה, בין היתר, לסוגיית עצם הסמכתו של השב"כ לפעול בתחום זה. כמו כן, מן הראוי להתחשב בהתפתחויות שחלו בכל הנוגע למגבלות שהטילה הממשלה על האוכלוסייה וכן ביחס להשקתה של אפליקציית 'המגן' שפיתח משרד הבריאות".
85. ביום 31.3.2020 אישרה הוועדה את החלטת הממשלה. החלטת הממשלה קבעה כי השב"כ יוכל להשיג באמצעיו מידע טכנולוגי ולהעביר למשרד הבריאות פרטי מידע בדבר נתיבי מיקום ונתיבי תנועה של חולה ב-14 הימים שלפני הדבקתו, וכן פרטי אנשים שבאו במגע קרוב עם חולה (שם, מספר זהות, כתובת, תאריך לידה, מיקום, מועד ושעת החשיפה). משרד הבריאות יודיע לכל מי שהיה במגע קרוב עם החולה שהוא חייב בבידוד. כמו כן משרד הבריאות יכלול את שפריטתם ברשימת חייבי הבידוד ולמטרה יש גישה לרשימה זו לצרכי אכיפה (להלן – **החלטת ההסמכה**).
86. ביום 5.4.20 תיקנה העותרת את העתירה וביקשה לפסול את החלטת ההסמכה בטענה שהסמכת השב"כ אינה עונה לתנאים של סעיף 7(ב)(6) והיא אינה מידתית. ביום 16.4.2020 התקיים דיון בארבע העתירות.
87. ביום 26.4.20 קיבל בית המשפט הנכבד את העתירות, וקבע כי לא ניתן להמשיך להשתמש בשב"כ מכוח החלטת ההסמכה מעבר ליום 30.4.2020, וכי אם הממשלה רוצה להמשיך ולהסתייע בשב"כ, יש לעגן זאת בחוק. בית המשפט הנכבד קבע עוד כי ניתן יהיה להמשיך את השימוש בשב"כ לשבועות ספורים אם יותנע הליך חקיקה.
88. ביום 30.4.2020 אישרה ועדת המשנה להאריך את הסמכת השב"כ בחמישה ימים לאחר שהממשלה הודיעה שבכוונתה ליזום הליך חקיקה. ביום 5.5.2020 אישרה הוועדה הארכה נוספת של שלושה שבועות, עד יום 26.5.2020.
89. רק ביום 19.5.2020 פורסם תזכיר חוק להסמכת השב"כ. ביום 26.5.2020 אישרה ועדת המשנה הארכה נוספת של הסמכת השב"כ לתקופה של שלושה שבועות עד יום 16.6.2020 אך רק במקרים פרטניים וייחודיים, ובלבד שתונח הצעת חוק עד יום 8.6.2020.

העתק פניית העותרת 1 לוועדה מיום 25.5.2020 מצורף ומסומן ע/13.

90. ביום 8.6.2020 נעתרה ועדת המשנה לבקשת הממשלה ודחתה את מועד הנחת הצעת החוק ביומיים נוספים, עד יום 10.6.2020 כתנאי להמשך הסמכת השב"כ.

91. באותו יום נערך דיון בקבינט הקורונה בעניין המשך השימוש בשב"כ. מפרסומים רבים בתקשורת עלה כי ראש השב"כ, נדב ארגמן, התנגד להמשך השימוש בשב"כ מטעמים שנוצים בארגון וקרא לפתח יישומון אזרחי למעקב מגעים. מאוחר יותר הקלטת דבריו הודלפה והושמעה בערוצי התקשורת השונים.

92. ביום 10.6.2020 לא הונחה הצעת החוק וביום 11.6.20 הודיעה הממשלה כי לפי שעה הממשלה לא תקדם את הצעת החוק. בכך פקעה סמכות השב"כ.

93. ביום 23.6.2020 נערך דיון בוועדת החוץ והביטחון בחלופות אפשריות לשב"כ במסגרת ייעול החקירות האפידמיולוגיות. במסגרת הדיון הודיעה נציגת משרד הבריאות כי אפליקציית המגן 2 מוכנה כבר מיום 21.6.20 במכשירי אנדרואיד וכי היא תהיה מוכנה החל מיום 30.6.2020 גם במכשירי IOS. במגן 2 תהיה פונקציה של זיהוי מגעים מבוססת BLE, על בסיס הטכנולוגיה של חברות גוגל ואפל.

העתק המצגת של אגף מערכות מידע ומחשוב של משרד הבריאות מצורף ומסומן ע/14.

94. ביום 24.6.2020 פרסמה הממשלה את הצעת חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), תש"ף-2020; ובאותו יום היא עברה בקריאה ראשונה במליאה ברוב של 45 תומכים מול 32 מתנגדים.

העתק הצעת החוק מצורף ומסומן ע/15.

95. ביום 29.6.2020 התכנסה בבהילות ועדת החוץ והביטחון לדון בהצעת החוק. יו"ר הוועדה, ח"כ צבי האוזר, הודיע כי בכוונתו לפצל את הצעת החוק כך שניתן יהיה לקדם במהירות חלק מההצעה. בדיון עצמו נתאפשר לב"כ העותרות ולמומחי פרטיות נוספים הזדמנות להגיד דברים כלליים על החוק, 2-3 דקות לכל אחד. ב"כ העותרות ציין בדיון כי העברת החוק מעבירה את סעיף 11 לחוק השב"כ מאזור הדמדומים החוקתי לאי חוקתיות מובהקת שעה שמשתמשים בכלי למטרה אזרחית.

העתק מכתבה של העותרת 1 לוועדת חוץ וביטחון מיום 28.6.2020 מצורף ומסומן ע/16.

פרוטוקול הדיון מצורף ומסומן ע/17.

96. החלק שפוצל זהה למדי להצעת החוק הכוללת, רק שהוא מוגבל לתקופה של 21 ימים, ואילו הצעת החוק מבקשת לאשר הסמכה לתקופה של שלושה חודשים בכל פעם, ובנוסף – החוק שאושר הוא למקרים שבהם יש מעל 200 מאובחנים חיוביים ביום ואילו הצעת החוק לא מגבילה את השימוש במספר חולים מינימאלי. בפועל בעת העברת החוק כבר היו דרך קבע מעל 200 מאובחנים בכל יום, כך שברור שלפיצול לא הייתה משמעות מעשית כלשהי. המליאה אישרה את הצעת החוק המפוצלת בקריאה ראשונה באותו היום.

97. הוועדה המשיכה לדון בהצעת החוק, ללא השתתפות גורמים מהציבור, ובתוך יומיים סיימה את דיוניה בחוק. הפרוטוקולים של הדיונים טרם פורסמו.

98. ביום 30.6.2020 התריעה העותרת 1 בפני היועץ המשפטי לממשלה ויועמ"ש השב"כ כי החוק לא רק שאינו חוקתי בפני עצמו אלא יפתח פתח לתקיפה חוקתית של סעיף 11 לחוק השב"כ.

העתק מכתבה של העותרת 1 מיום 30.6.2020 מצורף ומסומן ע/18.

99. ביום 1.7.2020 אישרה מליאת הכנסת את החוק בקריאה השנייה והשלישית, ברוב של 53 תומכים ו-38 מתנגדים.

עיקרי החוק

100. החוק הינו הוראת שעה לתקופה של 21 ימים, אך הכוונה היא להפוך את הוראת השעה הזמנית להוראת שעה נרחבת יותר הן בממד הזמן והן בממד הסמכויות.

101. מכוח סעיף 3 לחוק הממשלה רשאית להכריז על הסמכת השב"כ לביצוע פעולות הנדרשות למשרד הבריאות בביצוע חקירות אפידמיולוגיות לזיהוי נתוני המיקום של חולים בתקופה של 14 ימים לפני תאריך אבחונם במחלה וזיהוי האנשים שבאו במגע קרוב עם החולים באותה תקופה.

102. ההכרזה יכולה להיות בהתקיים אחת משלוש חלופות מאלו:

א. הממשלה שוכנעה כי בשל חשש מהתפשטות המחלה קיים צורך בהסתייעות בשירות במקרים פרטניים וייחודיים בלבד, שבהם לא ניתן להשלים את זיהוי האנשים שבאו במגע קרוב עם חולה באמצעות חקירה אפידמיולוגית בשיטות אחרות. אמות המידה לאותם "מקרים פרטניים וייחודיים" ייקבעו בנוהל של מנכ"ל משרד הבריאות, על פי המלצת ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות ובהסכמת ראש השב"כ, ושיאושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

ב. התקיימו נסיבות חריגות המנויות בתוספת. מהן אותן נסיבות חריגות? לפי סעיף 22 לחוק, ראש הממשלה רשאי לשנות בצו את התוספת באישור ועדת החוץ והביטחון לאחר שהונחה בפניו המלצת צוות השרים. צוות השרים מונה מכוח סעיף 12 לחוק והוא כולל את ראש הממשלה, ראש הממשלה החלופי, שר הבריאות, שר המשפטים, שר המודיעין ושרים אחרים כפי שתחליט הממשלה.

ג. הממשלה שוכנעה כי בשל חשש מהתפשטות המחלה יש צורך בהסתייעות בשירות שלא רק במקרים חריגים וייחודיים, ובלבד שמספר המאובחנים באותו יום או ביום הקודם עלה על 200.

103. ההכרזה הינה ל-21 ימים. היא אינה טעונה אישור של הכנסת ואף לא אישור של ועדת החוץ והביטחון או של ועדת המשנה. הכנסת רשאית לבטל את ההכרזה.

104. סעיף 5 לחוק קובע כי בתקופת תוקפה של ההכרזה רשאי השב"כ, לפי בקשה של משרד הבריאות, לעבד מידע טכנולוגי לגבי החולה שהבקשה נוגעת אליו ולגבי אנשים שבאו עמו במגע קרוב בתקופה של 14 ימים לפני תאריך אבחונם כחולה. מידע טכנולוגי כולל נתוני זיהוי, נתוני מיקום ונתוני התקשרויות, למעט תוכן שיחה כהגדרתה בחוק האזנת סתר (סעיף ההגדרות). כמו כן השב"כ מוסמך להעביר למשרד הבריאות נתוני מיקום של חולה בתקופה של 14 ימים לפני תאריך אבחונם כחולה, ולגבי מי שבאו במגע עם החולה - נתוני זיהוי, תאריך ושעה בה היו במגע קרוב עם החולה והמיקום שבו התקיים המגע. עוד נקבע כי פעולות הסיוע יתבצעו על

בסיס מידע טכנולוגי המוחזק בידי השירות בלבד, באופן ממוכן ככל האפשר ובשמירה על פרטיותם וכבודם של החולה והאנשים שבאו עמו במגע קרוב.

105. סעיפים 6 ו-8 לחוק נוגעים לסמכויות משרד הבריאות לבקש סיוע מהשב"כ, להודיע לחולה על כך שפרטיו הועברו לשב"כ (לא נדרשת הסכמתו), וסמכותו להודיע לאדם על כך שהיה במגע קרוב עם חולה מאומת, להודיע לו על החובות החלות עליו בשל כך (כניסה לבידוד), וחובתו לאפשר השגה ולהשיב להשגה, וכן להסתייע בשב"כ לבירור השגות.

106. סעיף 7 אוסר על עובד השב"כ להעביר מידע אחר ממה שמותר לו במפורש. סעיף 9 מחייב קביעת נוהל עבודה לשב"כ שיאושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה ויובא לידיעת ועדת המשנה. סעיף 11 אוסר על השב"כ להיות בקשר ישיר עם חולה או מי שבא עמו במגע, וכן אוסר על השירות לעסוק בפיקוח ובאכיפה של הוראות הבידוד. סעיף 13 עוסק בשמירת המידע על ידי השב"כ, השימוש בו ומחיקתו. סעיף 14 מגביל את השימוש במידע. סעיף 18 אוסר על שימוש במידע בכל הליך משפטי או חקירה, וקובע כי מידע שנאסף לא יתקבל כראיה במשפט, אך מתיר שימוש במידע לצורך הכללת אדם ברשימת חייבי בידוד, שמועברת למשטרה.

107. פרק ד' לחוק עוסק בדיווחים שונים של ראש השב"כ לוועדת החוץ והביטחון, אך מידע מסווג יועבר רק לוועדת המשנה.

ההכרזה הראשונה מכוח החוק

108. ההכרזה הראשונה מובנית בחוק מכוח סעיף 23(א), כך שלגבי ההכרזה שבתוקף כעת כלל לא הופעל שיקול דעת פרטני, ולא ברור לפי איזו חלופה מותר למשרד הבריאות ולשב"כ לפעול – האם ההכרזה הינה מכוח סעיף 13(1) או מכוח סעיף 3(3). נכון למועד זה התוספת לחוק ריקה, כך שסעיף 3(2) לא רלוונטי להכרזה הנוכחית.

109. ביום 2.7.20 פנתה העותרת 1 ליועץ המשפטי לממשלה ודרשה שהשב"כ לא יפעל כל עוד לא הכריזה הממשלה במפורש על בסיס איזו חלופה היא מסמיכה את השב"כ. עד למועד הגשת העתירה לא ניתנה כל תשובה לפניה.

העתק המכתב מיום 2.7.2020 מצורף ומסומן ע/19.

הטעון המשפטי

החוק פוגע בזכויות חוקתיות

110. שימוש באמצעי מעקב המוני אחרי תנועותיהם של חולים, אחרי מקומות שבהם שהו, אחרי מגעים קרובים של אנשים עם חולים, והכל – ללא הסכמתם, פוגע בצורה קשה בזכות לפרטיות.

111. לזכות לפרטיות חשיבות מיוחדת כאשר מדובר בחולים (ר' סעיף 10 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996). השמירה על הפרטיות באה להגן גם על כבודו של החולה אך היא משרתת גם אינטרס ציבורי חשוב – למנוע מצב בו אנשים יחששו להיבדק או לקבל טיפול בשל פגיעה בפרטיותם ובצנעת חייהם.

112. החוק פוגע בזכות לחירות. החוק מתיר לבצע מעקב אחר תנועותיו של אדם בניגוד לרצונו, וכתוצאה ממעקב זה להורות לו להיכנס לבידוד של שבועיים, ללא כל הנמקה או הסבר, בשל חשאייתו. הפגיעה היא גורפת, שכן החוק מבוסס על מערך טכנולוגי ולא אנושי ועל בחינת

מיקום. החוק אינו כולל מרכיב של שיקול דעת, שיכול לקחת בחשבון פרמטרים נוספים מלבד המיקום, כמו, למשל, האם נשמר ריחוק חברתי והאם המפגש נערך תוך שימוש במיגון מתאים. כך החוק מאפשר בידוד כפוי גם לאדם שנהג לפי הנחיות משרד הבריאות באופן מדוקדק.

113. החוק פוגע בחירות גם בשל האפקט הממשמע והממשטר שיש למעקבים המוניים מתמשכים כמו מעקבי השב"כ. אדם שיודע שמהלכיו מנוטרים וחשופים לעיני השלטון ישנה את התנהגותו ואף ייזהר בהתבטאויותיו. במיוחד נכון הדבר כאשר כתוצאה מהפעלת האמצעים נשלחות הודעות לשורה של אנשים, באופן שבנסיבות מסוימות יכול לחשוף מפגשים ומיקומים של אותו אדם בפני צדדים שלישיים בניגוד לרצונו (על האפקט הממשמע של מעקב ר' בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל** (מיום 28.5.2012), בפסקה 7; להלן – **עניין האגודה לזכויות האזרח**; מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 182 ו-429 (2011)).

114. בעניין **בן מאיר** לא נדרש בית המשפט הנכבד לניתוח חוקתי מלא של ההחלטה להסמך את השב"כ לאחר שקבע כי אין לממשלה סמכות להמשיך ולעשות זאת באמצעות סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, וכי עליה לקדם חוק בנושא. לצד זאת מצא בית המשפט לנכון להדגיש את הפגיעה הקשה של ההסדר שנקבע בהחלטת הממשלה, ואשר אומץ לתוך החוק, בזכויות האדם:

"אין חולק – והמשיבים כולם עומדים על כך – כי החלטת ההסמכה מובילה לפגיעה קשה בזכות לפרטיות ולצנעת הפרט. זכות זו, אשר זכתה למעמד חוקתי עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7 לחוק היסוד), ועוד קודם לכן עוגנה בדברי חקיקה ובראשם חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, הוכרה בפסיקה כאחת מן החשובות שבזכויות האדם ... יתרה מכך, לא אחת צוין בפסיקה כי הזכות לפרטיות היא "אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי"..." (שם, בפסקה 35 לחוות דעת הנשיאה).

115. בית המשפט הנכבד בעניין **בן מאיר** ציטט את דבריו של השופט סולברג בע"א 8954/11 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד סו(3) 691, 740 (2014):

"המשטר הדמוקרטי דורש אף הוא את קיומה של הזכות לפרטיות. קיומו של מרחב חיים פרטי שלא נמצא תחת עינה הפקוחה של המדינה, הוא הכרחי לקיומה של חברה פלורליסטית המעניקה דרור למגוון הקולות בקרבה. ביקורת פוליטית לא תצמח במקום בו חיי האדם מנוטרים באמצעים שונים. קיומו של מרחב פרטי, הכרחי לפיתוחן של עמדות ייחודיות אשר יוכלו לקבל בהמשך ביטוי פוליטי [...] ודוק: הזכות לפרטיות אינה משרתת רק את האדם כאדם. נודעת לה משמעות חברתית נרחבת, מעבר לזכותו של הפרט. מעלתה גדולה וחשובה לעצם קיומה של החברה האנושית".

116. בית המשפט הנכבד הדגיש בעניין **בן מאיר** כי:

"הפגיעה בפרטיות במקרה דנן היא קשה במיוחד משתי סיבות עיקריות: האחת עניינה במיהות הגורם אשר מפעיל את האמצעים הנדונים, היינו בעובדה כי השב"כ – שירות הביטחון המסכל של המדינה – הוא זה אשר מפעיל אמצעי מעקב אחר אזרחי ותושבי המדינה; והשנייה עניינה במהות האמצעים שנבחרו,

קרי בעובדה שמדובר במנגנון כופה ששקיפותו אינה מלאה. באשר למיחות הגורם המפעיל את האמצעים הנדונים – השימוש בכלים אשר פותחו במטרה להילחם בגורמים עוינים והפנייתם כלפי אזרחי ותושבי המדינה שאינם מבקשים להרע לה, הוא מהלך העשוי להדיר שינה מעיניו של כל שוחר דמוקרטיה" (שם, בפיסקה 37 לחוות דעת הנשיאה).

החוק אינו חוקתי

האם הפגיעה הינה בחוק או מכוח חוק?

117. בעניין **בן מאיר** עמדה שאלת הסמכות במוקד הדיון, שכן שם הסתמכה הממשלה על סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, והשאלה הייתה האם הממשלה עמדה בתנאים הקבועים בסעיף זה. כעת מדובר בחוק של הכנסת, הוראת שעה, כך שלכאורה שאלת הסמכות אינה במוקד, אלא שאלת המידתיות.

118. אלא שבחוק סעיף מטריד במיוחד שלעמדת העותרות מוביל לפגיעה שאינה בחוק או מכוח חוק. מדובר בסעיף 23(2) לחוק בשילוב סעיף 22(ב) לחוק. שילוב הסעיפים הללו משמעו שראש הממשלה רשאי לקבוע "נסיבות חריגות" בהן ניתן יהיה להסמיך את השב"כ באישור הוועדה. ברצותו, יוכל ראש הממשלה לאשר בוועדה בתוך זמן קצר הרחבה של הנסיבות שבהן מותר להסמיך את השב"כ לבצע מעקבי מגעים ללא הגבלה של ממש, ללא הליך חקיקה מלא.

119. בעניין **בן מאיר** הדגיש בית המשפט הנכבד את החשיבות של הליך חקיקה מלא, לאור העובדה כי מדובר בהסדר ראשוני הכרוך בפגיעה קשה בזכויות אדם. סעיף המתיר לראש הממשלה להרחיב את הנסיבות בהן ניתן להפעיל את השב"כ מעבר למה שנקבע בהסדר שנכלל בחוק מהווה סעיף סל עמום הפותח פתח להרחבה ניכרת של הפגיעה, ואינו עונה על הדרישה של פגיעה בחוק או מכוח חוק ושל קביעת הסדר ראשוני בחקיקה ראשית.

האם הפגיעה היא לתכלית ראויה?

120. לכאורה התשובה לשאלה זו היא פשוטה. תכלית החוק הינה לסייע בהאטת התפשטות המגיפה וזו תכלית ראויה. לצד זאת יש לזכור כי עשויות להיות תכליות סמויות מהעין שיאפשרו ניצול לרעה של החוק לתכליות פסולות. כך, למשל, התריע ח"כ אלי אבידר בכנסת על הקלות הרבה שבה ניתן יהיה להכניס לבידוד מפגינים פוליטיים בחסות החוק. כל שנדרש יהיה להכניס טלפון אחד של חולה מאומת לתוך הפגנה שהשלטון רוצה בפיזור, כדי להכניס בבת אחת מאות מפגינים לבידוד של שבועיים, גם אם הם הקפידו על ריחוק חברתי ועטיית מסיכות. לצורך העניין מניחות העותרות שהתכלית של החוק היא התכלית המוצהרת ושהיא ראויה.

קיים אמצעי שיעילותו רבה יותר ואשר אינו פוגע בפרטיות

121. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה נועד לבחון האם יש אמצעים יעילים המשיגים את תכלית החוק ושאינם פוגעים בזכויות האדם או פוגעים במידה פחותה.

122. כדי לבחון את האמצעים החלופיים צריך תחילה לשים בקונטקסט הנכון את האמצעים שבחוק. כפי שהוסבר בחלק העובדתי בעתירה, חקירה אפידמיולוגית הינה אמצעי אחד מיני רבים, ולא חזות הכל. לחקירה מגבלות אינהרנטיות, שכן היא מתחילה לרוב בשלב שבו כבר נוצרו מעגלי הדבקה, ההולכים וגדלים, כששלב ההדבקה מתחיל ימים לפני אימות הנגיף

במעבדה וגם ללא תסמינים. גם האמצעים של השב"כ ככלי טכנולוגי משלים לחקירה האפידמיולוגית מופעלים בעיכוב ניכר אחר השלב המדבק של החולה, כאשר מעגלי ההדבקה כבר נוצרו.

123. הפעלתם של האמצעים תלויה במערך הבדיקות, שעדיין רחוק מלתת מענה מהיר דיו, במיוחד בהתפרצות נרחבת המטילה עומס כבד על מערך הבדיקות. הפעלת האמצעים כחלק מחקירה מותנית בתוצאת מעבדה חיובית שיכולה להתקבל בעיכוב ניכר אחרי ההדבקה, וב-30% מהמקרים גם נותנת תוצאה שלילית שגויה. החקירה לא בוחנת מעגלים שניים ושלישיים של הדבקה (מגעים של מי שבא במגע עם חולה), שכן יהיה בכך להכניס למעגל הבידוד רבבות. לכן מערך החקירות האפידמיולוגיות הוא כלי חשוב אבל חלק ממארג שלם של אמצעים, ולא אמצעי מבודד שרק הוא עומד בינינו לבין ניצחון על הנגיף. כפי שהסבירו פרופ' לוי ופרופ' דוידוביץ', כדי לסגור מעגלי הדבקה יש צורך באמצעים אחרים כמו סקרים ובדיקות סרולוגיות בקרב אנשים ללא סימפטומים וחיזוק ההון האנושי העוסק בחקירות (ע/3).

124. החקירה היא כלי חשוב, אך בטרם נדון בייעול החקירה באמצעים טכנולוגיים יש לתת את הדעת לאפשרות לייעל המערך באמצעים לא פוגעניים, כמו גיוס כוח אדם נוסף לביצוע החקירות, ייעול העבודה, הכנסת אמצעים משופרים להכנסת הנתונים ולאגירתם. בכל אלו יש עוד מקום לשיפור ניכר, כפי שהוסבר בחלק העובדתי.

125. לאור המאפיינים של התפשטות נגיף הקורונה, האמצעים של השב"כ גם אינם מהווים תחליף להקפדה על כללי התנהגות כמו עטיית מסיכות בחללים סגורים, ריחוק פיזי, הימנעות מיציאה מהבית כשלא מרגישים טוב וכדומה. אמצעים "טיפשים" אלו, הסברה נכונה ואכיפה הם ככל הנראה האמצעים המרכזיים להאטת התפשטות המגיפה והתחלואה הקשה, לצד הגנה מיוחדת על קבוצות סיכון.

126. לכן הבחינה החוקתית של המידתיות צריכה להתייחס לתועלת השולית של אמצעי המעקב של השב"כ בתוך מארג האמצעים המופעלים, וביחס לחלופות הן לאמצעים הרגילים כמו שיפור החקירות האנושיות והן לאמצעים הטכנולוגיים המשלימים.

127. בעניין **בן מאיר** הדגיש בית המשפט הנכבד את החיוניות של מציאת חלופות פחות פוגעניות בבחינה החוקתית:

"עריכת האיזון הנדרש מושפעת במידה ניכרת מנקודת הזמן שבה הוא נערך. בראשית התפרצות הנגיף בישראל, נבעה הבחירה להשתמש בכלים העומדים לרשות השב"כ מכך ש"נדרשה העמדת אמצעי יעיל במהירות שיא, וכזה הועמד על-ידי השירות בתוך זמן קצר למן פניית משרד הבריאות בבקשה להסתייע בו" (פסקה 163 לתגובת הממשלה מיום 12.4.2020). ואולם, בחלוף הזמן ניתן היה לצפות כי לנוכח עמדת המשיבים עצמם שמדובר בחלופה שיעילותה גבוהה, אך גם פגיעתה אינה מוטלת בספק, תתקיים עבודת מטה רצינית לאיתור חלופות מן הסוג שאומץ ברחבי העולם, ובכלל זה הסתייעות ביישומון "המגן" שפיתח משרד הבריאות, המבוססים כולם על קבלת הסכמתו של מושא המעקב....

אכן, המאמץ לאיתורה של חלופה יעילה אחרת חייב להימשך ללא לאות. מסקנה זו נלמדת גם מתוכנה של החלטת ההסמכה... הוראה זו משקפת את

ההבנה כי לנוכח חריגותם של האמצעים המופעלים כיום, על רשויות המדינה לשקול כל העת אם צרכי השעה עודם מצדיקים את האמצעים הקשים שבהם היא נוקטת... במסגרת חיפוש חלופה כאמור, יש ליתן את הדעת לפגמים המהותיים הקיימים במנגנון הנוכחי, ובמיוחד יש לשקול אם ניתן להשיג את התועלות החשובות הנדרשות באמצעות שימוש במנגנון וולונטרי ושקוף למשתמש (שם), בפיסקה 39 לחוות דעת הנשיאה ור' גם פסקה 6 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר).

128. למרות דברי בית המשפט לא נערך דיון רציני בחלופות.

129. אין ספק כי יישומן המגן הוא חלופה טכנולוגית ראויה שיש בה להשיג את התכלית של סיוע לחקירות האפידמיולוגיות האנושיות. מבחינת הפגיעה הכרוכה במגן היא ללא ספק נמוכה ביותר, שכן מדובר בטכנולוגיה ביזורית וולונטרית, שמחייבת הסכמה. על חשיבות מימד ההסכמה עמד בית המשפט הנכבד בהרחבה בעניין **בן מאיר** :

"הסכמת הפרט לאיסוף המידע מהווה "ברית התיכון" של ההגנה על הזכות לפרטיות (מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 252 (2010)). זאת, משום שכאשר הרשות אוספת מידע אודות הפרט בלא שמתקבלת לכך הסכמתו, מופקעת למעשה יכולתו האוטונומית לשלוט בזרם המידע אודותיו (מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 13 (2008); וראו גם במסמך "מפת הדרכים" של האיחוד האירופי ליציאה ממשבר הקורונה, שם הובהר כי שימוש באפליקציות סלולריות לצורך "מעקב מגעים" צריך להיעשות תוך כיבוד מלא של עקרונות הגנת הפרטיות, ובכלל זה השימוש בהן יהיה וולונטרי (ראו: מסמך של נציבות האיחוד האירופי ומועצת האיחוד האירופי מיום 15.4.2020 ביחס ל"אסטרטגיית היציאה" ממדיניות הסגר המוטל כעת על מדינות האיחוד Joint European Roadmap towards lifting COVID-19 containment) (measures)" (שם, בפיסקה 37 לחוות דעת הנשיאה).

130. גם אם המדינה תתנה כניסה למקומות הומי אדם בהתקנת היישומון זו תהיה פגיעה פחותה מאשר שימוש באמצעים כופים וריכוזיים, שכן עדיין תהיה לאדם שליטה במידע, והוולונטריות תישמר, גם אם במידה פחותה במעט.

131. נעבור עתה לשאלה האם אמצעי חלופי כמו המגן, ובעיקר המגן 2, מהווה חלופה מספקת להשגת התכלית. נצא מנקודת הנחה שאמצעים טכנולוגיים משלימים לחקירות אפידמיולוגיות נועדו לטייב את החקירות האנושיות במימד של **דיוק ויעילות**.

132. לגבי דיוק – אין ספק שיש אמצעים שומרי פרטיות המשיגים תוצאות טובות יותר מאשר אמצעי השב"כ, כמו אפליקציית המגן 2 שכבר מוכנה, וכוללת זיהוי מגעים ברמת דיוק גבוהה יותר על בסיס טכנולוגיית BLE, בלי צורך במעקב מיקומים מבוסס איכון. יישומון המגן 2 הוא כלי מדויק יותר, שביחד עם שיפור מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות יכול לתת חיווי על מגע קרוב, תוך שמירה על פרטיות, גם באותם מקרים שלא עולים בחקירה רגילה, ובנוסף הוא שומר מיקומים במכשיר, באופן שמסייע לשחזר נתיבי תנועה במהירות במקרה של הידבקות.

133. בניגוד לטענת הממשלה, גם במימד היעילות אין לכלי המעקב של השב"כ יתרון על פני חלופה וולונטרית וביזורית דוגמת המגן 2.

134. כפי שהוסבר בחלק העובדתי, אמצעי השב"כ אינם מדויקים דיים ועקב כך, מוכנסים לבידוד אנשים רבים ללא כל הצדקה אפידמיולוגית. הוראות הבידוד השגויות גוררות אחריות צורך בבדיקות, ומכבידות על מערך הבדיקות העמוס ממילא. גם ריבוי הערעורים על הוראות הבידוד השגויות מכביד מאוד על מערך הטיפול האנושי של משרד הבריאות. לעומת זאת, פעולת המגן כוללת שלב אימות נוסף, המאפשר אינדיקציה נוספת האם מדובר בטעות או שמא בהתראת אמת.

135. יתרון נוסף שיש ליישומון לזיהוי מגעים כמו המגן 2 הוא **המהירות**. כאמור, היישומון פועל באופן שלכל מכשיר נייד יש קוד, וקוד זה נרשם בכל הטלפונים שהיו עימו במגע קרוב במשך 15 דקות או יותר. ברגע שאדם מאובחן כנשא קורונה, מזינים את הקוד "שלו" במערכת ובהרף עין מועברת לכל מי שבאו עימו במגע קרוב חיווי המורה להם להיכנס לבידוד. לעומת זאת, אופן השימוש באמצעי המעקב של השב"כ כרוך בבזבוז זמן יקר בשל שרשרת הפעולות לשיש לבצע: העברת מספר הטלפון של החולה שאובחן ממשרד הבריאות לשב"כ, זמן הבדיקה במאגרים, זמן ההחזרה של התשובה למשרד הבריאות וזמן שליחת ההודעות.

136. לגבי תפוצת היישומון, עד כה לא נעשה כל ניסיון לעודד התקנה של יישומון המגן 1, באמצעות קמפיין רציני ודוגמה אישית, הסברה וחינוך ולא נערכה השקעה של המגן 2. לא נעשה ניסיון להציע שוברים או תמריצים אחרים למי שיוריד את היישומון. גם חלופה של חובת התקנת היישומון כתנאי לשימוש בתחבורה ציבורית או כניסה למקום הומה אדם, כמו שוק, שבוודאי תוביל להורדה מסיבית, היא חלופה מידתית יותר מאשר אמצעי השב"כ.

137. אכן, על פני הדברים לאמצעי המעקב של השב"כ יש יתרון באכיפה, שכן כל איתור מגע נכנס מיד לרשימת חייבי בידוד ונמסר למשטרה, ואילו חלופה וולונטארית כמו המגן 2 נסמכת על אחריותם האישית של אזרחים לבודד עצמם. אולם כך מתנהלות דמוקרטיות, אשר מסבירות ומחנכות את האזרחים לפעול באחריות ולא עוקבות אחריו בכפייה ומתוך פחד. כפי שציין פרופ' חגי לוין, הפחדות ואיומים בקנסות מעצר רק מזיקים בטווח הארוך, וכי מידע אמין והסברה נכונה הם מרכזיים בבניית אמון וקבלת שיתוף מצד הציבור לאורך זמן (5/ע).

138. אמנם השימוש ביישומון מותיר מקום לחשש, שמי שיקבל התראה יתעלם ממנה ולא ייכנס לבידוד. אלא שבסופו של דבר, האינטרס של כל האזרחים הוא בבלימת המגיפה, כולם עלולים להיפגע מהתפשטותה, ועל כן רובם המכריע גם ירצה לציית ולהגן על סביבתו. כבר כיום רבים מהבידודים נעשים באופן וולונטרי על בסיס קבלת מידע על מגע פוטנציאלי עם חולה ללא כל מעורבות הרשויות, מידע העובר מאדם שחלה ישירות למעגל מכריו, או מהצוות בגן של ילד שחלה ישירות להורי שאר הילדים וכדומה.

139. חיווי שמבוסס על מגע קרוב של 15 דקות, כמו שמאפשרת טכנולוגיית המגן 2, יהיה הרבה יותר משכנע כעילה לבידוד עצמי מאשר צו בידוד המגיע ללא כל הסבר מהשב"כ, על בסיס איכון מיקום, שפעמים רבות הוא שגוי. ככל שיגבר אמון הציבור באמצעי הוולונטרי כך תגדל הנכונות לשתף פעולה גם עם בידוד עצמי. מנגד אמצעי המעקב של השב"כ, שאינו מדייק, ומרבה להכניס אזרחים לבידוד חסר הצדקה, פוגע קשה באמון הציבור ובנכונותו לשתף פעולה. פעולה

שלטונית ריכוזית וכופה לא תצלח, והאזרחים יעשו כל שלא ידם על מנת להמרות את פי הריבון ולהפך את גזרותיו השרירותיות, אף ישאירו את הנייד בבית או ב"מצב טיסה" כדי להימנע ממעקב ובידוד כפוי אפשרי.

140. מכאן שאף אחד מהאמצעים אינו נותן מענה מושלם, אבל גם בהיעדר יכולת ריכוזית לכפיית הבידוד, בהסברה נכונה ניתן להניח שרוב האנשים שיקבלו חיווי ביישומון על מגע קרוב יענו להנחיות ויבודדו את עצמם, ילכו להיבדק ולכל הפחות ינקטו באמצעים מיוחדים להגן על עצמם ועל קרוביהם ויהיו מודעים יותר לאפשרות שיפתחו תסמינים. די בכך שרוב האנשים יפעל כך כדי לתרום משמעותית למטרה של שיטוח עקומת התחלואה.

141. בנוסף ליישומון המגן 2 יש אמצעים טכנולוגיים רבים נוספים שבהם ניתן לנקוט כדי לדייק את החקירות האפידמיולוגיות האנושיות וכדי לייעלן, שאינן כרוכות בביצוע מעקבים על ידי גוף ביטחון חשאי. למשל, יש מדינות שבהן משתמשים בסריקת קוד בכניסה למקומות ציבוריים הומי אדם כדי להגיע במהירות לכל מי ששהה במקום בקרבת חולה.

הנזק בהפעלת השב"כ עולה על התועלת

142. הנזק משימוש באמצעים של השב"כ לצורך אזרחי הוא נזק ארוך טווח של פגיעה בזכות לפרטיות ובצנעת הפרט ובזכות לחירות, וכן נרמול והתרגלות למעקבים המוניים באמצעים טכנולוגיים חריגים למטרות שונות ומשונות. מדובר בשד שיצא מהבקבוק, ובעתיד לא ניתן יהיה להחזירו.

143. מה שעומד מול הפגיעה הקשה של החוק הוא אינטרס ציבורי חשוב של שיפור ודיוק החקירה האפידמיולוגית באמצעות הסתייעות באמצעים טכנולוגיים. ישנם בנמצא אמצעים מדויקים יותר שאינם פוגעים בפרטיות, כמו יישומוני מגעים, ולכן בשקלול הכולל הנזק של החוק עולה על התועלת שבו.

144. יש לדחות את הטענה לפיה מה שעומד על הפרק הן הזכות לפרטיות מול הזכות לחיים. זו משוואה פופוליסטית, שגויה ואף מסוכנת מבחינה תיאורטית. שימוש בזכות לחיים להמשגת אינטרס ציבורי יוצר זילות של השיח החוקתי, שבו איזון אופקי בין זכויות שמור למצבים מובהקים שבהם צריך לאזן בין שתי זכויות המתנגשות באופן ודאי. הרי כמעט כל אינטרס ציבורי שיש לו השפעה ישירה או עקיפה על חיי אדם ניתן להמשגה באמצעות הזכות לחיים (ר' ברק מדינה, אילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, "תיג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל) "משפטים" לט 47, 81 (2009)).

145. אם נמשיג את הצעדים שנדרשים להתמודדות עם המגיפה כביטוי להגנה על הזכות לחיים, סופנו שנצטרך להכריז על סגר כללי קבוע, כי מה נעלה יותר מהזכות לחיים? בכל הכבוד לזכות של אדם להיפגש לשמחה משפחתית עם בני משפחתו – אין זה עומד מול הזכות לחיים. גם הזכות לפתוח את העסק כדי להתפרנס אינה עומדת מול הזכות לחיים. כמעט כל צעד שהממשלה תתיר מלבד סגר מלא מעלה את הסיכון להדבקה, מוביל להדבקה וב-1.5% מאותם מקרים מוביל למוות. במילים אחרות, **המשגה של האינטרס הציבורי בטיוב החקירות האפידמיולוגיות וצמצום מעגלי ההדבקה כ"הגנה על הזכות לחיים" מובילה למותו הוודאי של הדין החוקתי.**

146. על כן האיזון שנדרש במסגרת מבחן המידתיות הוא בין הזכויות הנפגעות מהמעקב לבין האינטרס הציבורי בטיוב החקירות וייעולן, וביתר שאת – התועלת השולית שיש, אם בכלל, לאמצעים בחוק לעומת אמצעים חלופיים.

147. עוד נוסיף, כי שיח המבטא את האמצעים שבחוק במונחים של הגנה על הזכות לחיים או "הצלת חיים" לוקה גם בחוסר דיוק וגם בפטרנליזם. חוסר דיוק, שכן השב"כ מאתר מגעים שכבר היו אך אין הוא מונע אותם ואין הוא מונע הדבקה. הוא לכל היותר מפחית סיכון להרחבת מעגלים, שעלולים ליצור סיכון לאחרים. פטרנליזם, משום שלכל אדם שמבקש להישמר מהנגיף עומדת אפשרות פשוטה לדבוק בכללי ההתנהגות שנקבעו על ידי משרד הבריאות ובכך לשמור על בריאותו ועל חייו. גישה שלפיה רק אמצעי המעקב של השב"כ יצילו אדם ממוות לא רק שאינה נכונה אלא גם עלולה לגרום לשאננות ולהסרת אחריות על ההתנהלות האישית, שמירת מרחק ועטיית מסיכות.

סכנת התקדים והמדרון החלקלק

148. במסגרת בחינת התועלת מול הנזק של החוק במסגרת מבחן המידתיות השלישי יש לתת משקל רב לסכנת המדרון החלקלק שהוא יוצר. אמצעי המעקב של השב"כ הם קיצוניים ולא דמוקרטיים. זהו כלי עוצמתי ביותר, שנותן לראש הממשלה כוח עצום לשלוט ולבלוש אחרי אזרחים, לא רק ברגע נתון אלא גם בעבר, ולקבל מידע פרטי ואינטימי בהיקף חסר תקדים.

149. כעוצמת קיצוניותו של הכלי, כך גם עוצמת הצורך להגביל את השימוש בו אך ורק למקרים חריגים ביותר: צרכי ביטחון במובן הצר, ומעבר לזאת רק מקרים חריגים של צרכי "ביטחון לאומי" במובן רחב מעט יותר. ודוקו – החשש משימוש בכלי אינו מוגבל רק לשימוש שיעשה בו למטרות זדוניות אלא גם משימוש למטרות חיוניות, שאינן ביטחוניות.

150. סוגיית ייחוד האמצעים לענייני ביטחון עלתה בצורה מפורשת בעת חקיקת חוק השב"כ ונחשפה מהתמלילים של הדיונים שצירפה הכנסת בתגובתה לעתירות בעניין **בן מאיר**. הצורך להגביל את השימוש באמצעים לצרכי ביטחון בלבד עלה בצורה מפורשת בדיונים שקדמו לחקיקת חוק השב"כ. הפרוטוקולים של ועדת המשנה בכנסת עולה בבירור, כי החשש מפני זליגת השימוש ביכולות השב"כ גם לנושאים אזרחיים היה במוקד הדיון, והוביל לצמצום הסמכות, שנקבעה בסעיף 7 לחוק השב"כ, ביחס למה שביקשה הממשלה.

151. הצעת החוק הממשלתית בנוסחה המקורי כללה סעיף סל רחב: בסעיף 7(א) להצעת החוק הוצע לציין שהשירות מופקד גם על 'שמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין'. בסעיף 7(ב)(6) להצעת החוק הוצע להסמך השב"כ לעסוק ב"פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים של המדינה" (הצ"ח 2689 מיום 23.2.1998).

152. כבר בפתח הישיבה מיום 24.8.98 התריע פרופ' מרדכי קרמניצר, שהוזמן כמומחה מטעם הוועדה, על הניסיון ההיסטורי הרע לשימוש ביכולות של שירות ביטחון כללי וגורמי ביטחון דומים לו בעולם לתחומים נוספים:

"ההגדרה משתמשת במונחים כלליים כמו: 'שמירת בטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומי טרור, ריגול, חשיפת סודות'. יש פה

בעיה בשימוש במושגים כלליים כאשר הדוגמאות מחקיקה טובה בעולם הן שמנסים להגדיר את המושגים האלה [...] אם לא די בזה באה הסיפא שמדברת על: 'שמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין', דבר בעיני מעמיד בספק את הצדקת כל קיומו של החוק בכך שהוא מסמיך את הממשלה להטיל על השירות תפקידים נוספים מעבר לתפקידים הקלסיים שלמענם נועד שירות ביטחון כללי [...] אומר זאת בצורה הכי בוטה: בזה השירות בעצם חדל להיות כפוף לחוק למרות ההסוואה שנעשית כאן, שזה באישור הממשלה או בכפוף לכל דין, אין כאן יותר כפיפות מהותית לחוק ואז המטרה העיקרית, הראשונה והחיונית של החוק הזה – שהיא הכפפת השירות לחוק – מסוכלת, כלומר החוק מסכל את עצמו. זו הוראה שאסור שתעבור בשום אופן. אם יש בדעתם של מציעי החוק תפקידים שהם רואים אותם לנגד עיניהם, שיאמרו מה הם התפקידים הנוספים להגדרה שנאמרה כאן".

153. פרופ' קרמניצר הזהיר, כי זליגת השימוש בסמכויות עלולה להתעורר במיוחד במקום שבו קיימת מטרה חיונית, וכי באופן טבעי יקשה על הממשלה שלא להשתמש בסמכויות השב"כ למטרות חשובות נוספות:

"אני מסמן את התופעה כנטייה טבעית שחוק צריך לנסות לבלום אותה. בהקשר הישראלי כפי שאני רואה זאת, ככל שהשירות ממלא תפקיד חיוני יותר כך הסכנה שהוא יראה לעצמו גם חריגה ממנדט וגם חריגה מהחוק כאמצעים שמוכשרים על-ידי המטרה היא יותר גדולה. כמה שהחיוניות יותר גדולה כך הנטייה להכפיף את עצמך לחוק היא יותר קטנה. מחוקק צריך להיות ער למגמות הטבעיות האלה".

154. מנגד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, וראש השב"כ, עמי איילון, דגלו במתן גמישות לשב"כ לעסוק בנושאים שאינם קשורים לביטחון המדינה אם יש בהם כדי לקדם אינטרסים חיוניים של המדינה. אחד הנושאים שמר מזוז העלה היה ריגול תעשייתי של גורם עוין או פעילות עוינת נגד כלכלת המדינה. נושא אחר היה פשע מאורגן והברחות סמים בינלאומיות. לעמדתם, די בכך שהדרישה היא לקידום אינטרס ממלכתי ושיש פיקוח פרלמנטרי כדי לאיין את החשש.

155. מקריאת תמלילי הישיבה עולה בבירור כי חברי הכנסת לא קיבלו את עמדת הממשלה, ולכן גם דחו את הנוסח המקורי של הצעת החוק. מי שהביע את מירב ההסתיוגויות היה חבר הכנסת בנימין זאב בגין מהליכוד. ח"כ בגין עמד על הסכנה שבשימוש לא ראוי בשב"כ. לדבריו:

"תפקידנו כמחוקקים להסתכל קדימה ולמנוע מצב שבו החוק יתיר שימוש לא ראוי. מדובר בשירות חשאי, שעושה אמנם דברים "בכפוף לכל דין" אבל אלה דברים שלך ולי אסור לעשות".

156. ח"כ בגין עמד על הסכנות בזליגת הסמכויות להגנה על אינטרסים כלכליים:

"אם גמרת ואתה לא מטפל בביטחון המדינה ולא במשטר הדמוקרטי, אלא אתה מטפל באינטרסים ממלכתיים חיוניים אין תחום אחר אלא משק, כלכלה

וחברה. זה מה שנשאר. אפשר לתת דוגמה כי היו דברים מעולם, שביתה בחברת החשמל במשך שבועיים. זה חיוני למדינה שהיא תיפסק? חיוני. זה לא בלתי סביר שהרוב בוועדת השירותים שלנו יאשר ציתות מטעם שירות המדינה ליושב-ראש ועד עובדי חברת החשמל כשהוא מדבר עם סגנו והם מתכננים את המהלך הבא. מה שאני אומר זה לגמרי מופרך? לא, כי באנגליה זה היה, צותנו לאנשי האיגודים המקצועיים".

157. ח"כ בגין עמד על כך שהפיקוח הפרלמנטרי אינו מספק, וכי כאשר יהיה קיים צורך להשתמש ביכולות השב"כ לצרכים נוספים בצירוף לחץ ציבורי על הממשלה לפעול, לא יוכל ראש הממשלה לעמוד בלחץ ויפעיל באמצעות הרוב שיש לו בוועדת המשנה את השב"כ לנושאים נוספים:

"תפקידנו להגן על אזרחים וגם על אורחים גם מפני החלטות שיש להן גיבוי של רוב, אחרת לא היינו נזקקים למחוקק. יכולנו להניח שהרוב בכנסת תמיד ינהג כהלכה אבל אנחנו לא מניחים הנחה כזאת. החזקה היא שבעניינים אלה תהיה ממשלה שבאמצעות הרוב שהיא תדאג שיהיה לה בוועדת השירותים היא תעשה דברים שאני לא רוצה שיעשו. זה לא יהיה מלכתחילה, זה לא יהיה מתוכנן אבל כשיש פתח ירצו להיכנס בו."

158. ח"כ בגין ציין עוד כי הפניה לוועדת המשנה, הפועלת בחשאיות, עלולה למנוע מחברי כנסת המתנגדים להסמכת השב"כ לומר זאת לציבור.

159. ח"כ בגין טען כי חמור לפגוע בפרטיות האזרחים ובזכויות היסוד שלהם למען אינטרסים כלכליים. הוא הזהיר שאין לסמוך על ראש השב"כ שיצליח לבלום שימוש לא ראוי בשב"כ, שלא למטרות ביטחון, שכן יעילות השימוש בשירות תכריע את הכף, דברים שכאילו נאמרו לענייננו:

"לו אני תחתיד, ראש השב"כ, ממש הייתי מתנגד לחלוטין לכך שממשלה כלשהי או רוב בכנסת יעשו שימוש בשירותים לצרכים אלה. מה היא הכוונה למעשה? הכוונה היא ליעילות. אומרים: שירות יש לי? יש לי; אנשים יש לי? יש לי; משכורת הם מקבלים? מקבלים; שיטות יש לי ולעבוד הם יודעים? אז למה לא להפעיל אותם?..."

160. המשך הדיון נסב סביב מקרים תיאורטיים בהן רשויות המדינה האחרות ייכשלו בטיפול בעיה בוועדת מסוימת, וגם במקרה זה עמד ח"כ בגין על דעתו שאין זו סיבה להסמיך את השב"כ. מר מזוז ציין, כי אישור הוועדה די בו למנוע מצב בו ייעשה שימוש לרעה בשב"כ, כמו למשל – למטרות מפלגתיות. על כך השיב ח"כ בגין כי "כשאדם אמר: מפלגה זו או אחרת פוגעת במדינה, הוא אמר לעצמו ולסובביו שהוא מגן על המדינה. זה לא רק עניין מפלגתי".

161. בסופו של דבר, ביקורתו הנוקבת של ח"כ בגין קנתה לה שביתה בקרב חברי הוועדה האחרים. ח"כ רן כהן, למשל, ציין כי **"אני לא תומך בגישה שאומרת שהשב"כ צריך להיות כלבוניק לכל מיני דברים"**. ח"כ חגי מירום אמר: **"אני מתנגד להרחבה למילים: וכן מופקד השירות על שמירה וקידום אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה. אני לא יודע מה זה, ואני לא כל כך רוצה לדעת מה זה. אני לא בעד להכניס דברים כאלה אל תוך הגדרת החוק. זה פותח פתחים"**.

162. ראש השב"כ עמי איילון הפציר בחברי הוועדה לא לשנות את הנוסח. הוא התייחס לאיומים שלא ברור האם יכללו בחוק כמו התקפת סייבר, שתשתק מערכות חיוניות במדינה. בתגובה טען חבר הכנסת בגין שיש גמישות בתחום הביטחון אבל לא מחוץ לתחום הביטחון הלאומי.

163. בדיון שנערך ביום 30.12.01 הוצע הנוסח שהתקבל בסופו של דבר כך שאת המונח "אינטרסים ממלכתיים חיוניים" הגבילו על ידי הקשרם ל"ביטחון הלאומי". השינוי נעשה הן בסיפא לסעיף 7(א) לחוק שבו נקבע בסופו של דבר כך: "וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה" (המודגש נוסף); והן בסעיף 7(ב)(6), ששונה כך: "פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה" (המודגש נוסף).

164. אולם גם המונח "ביטחון לאומי" הוא עמום והתקיים בוועדה דיון לגבי משמעותו.

165. מר מזוז ציין, כי להשקפת הממשלה "המונח ביטחון לאומי הוא קצת יותר רחב מהמונח ביטחון במובן הצר של המילה". לאחר מכן השתדל מר מזוז להציג דוגמאות שונות לנושאים שהם בגדר ביטחון לאומי: מדינת אויב מציפה את ישראל במטבע מזויף, לוחמת סייבר - גורם עוין תוקף את מערכות התקשורת של המדינה, ריגול תעשייתי בינלאומי, פשיעה בינלאומית ועבירות בינלאומיות. ח"כ רן כהן שאל האם מצב בו הפגנות זעם נרחבות במחאה על מצב חברתי עשוי להיכלל תחת המונח ביטחון לאומי, ונענה שלא (על ידי משתתף ששמו הושחר).

166. יועמ"ש הוועדה, מירי פרנקל-שור, שאלה את מר מזוז האם יפרשו את המונח ביטחון לאומי כמו שצה"ל מפרש את המונח יעדים ביטחוניים, שכן, לפי הדוגמה שנתנה, צה"ל מאפשר לחיילות לעסוק גם בהוראה או בבריאות. מר מזוז השיב: "**במושג 'ביטחון לאומי' לא ראיתי מול העיניים לא חינוך ולא בריאות**" (עמ' 43, פרוטוקול 3).

167. לסיכום, מההיסטוריה החקיקתית עולה כי מה שהדאיג את חברי הכנסת שדנו בחוק השב"כ לא היה בהכרח שימוש לרעה בסמכויות השב"כ (סוגיה שהטרידה בעיקר את הממשלה), אלא זליגת השימושים, דווקא בשעה שיש בהם כדי לשרת תכלית ציבורית ראויה בעיני הממשלה או אפילו הרוב בכנסת. החשש היה מפני לחץ להשתמש ביכולות השב"כ לשימושים שייראו לממשלה כראויים בפני עצמם אבל שאינם נוגעים לביטחון הלאומי. החשש הוא שדווקא שיקולי "יעילות" יובילו להסמכת השב"כ לעסוק בנושאים אזרחיים ולחרוג מייעודו.

168. החשש של נבחרי הציבור מזליגת הסמכויות לנושאים אזרחיים קורם עור וגידים מול עינינו. האזהרות שברגע האמת הממשלה לא תעמוד בלחץ הציבור לפעול, ולא תוכל שלא להשתמש ביכולות השב"כ, מתממשות מול עינינו.

169. ברור שאם יש גוף כמו השב"כ, עם יכולות מעקב שאין לאף רשות אחרת, שמרכז כוח עצום וסמכויות אדירות, הפיתוי של הממשלה להשתמש בו במצב של משבר בריאותי הוא אדיר. ברגעי משבר כל ממשלה תתקשה לעמוד בפיתוי הזה. לפיכך התפקיד שמוטל על בית המשפט הנכבד הוא לשרטט את גבולות החוק ולבחון את האינטרס הציבורי הרחב, ולא רק את צרכי השעה.

170. אם ניתן להשתמש בשב"כ לצורך חקירות אפידמיולוגיות, מדוע לא להשתמש ביכולות המעקב או החקירה שלו כדי לעקוב גם אחר מבודדי בית ואולי גם אחר מפרי ההסגר. הכול בשם הצורך

בהצלת חיים והצלת הכלכלה. ומה ימנע את התפשטות המעקבים לתחומים בוערים נוספים? יש לא מעט נושאים אזרחיים שבהם מעורבות השב"כ בוודאי תסייע להציל חיים, כמו תאונות דרכים, או תסייע בקידום אינטרסים ממלכתיים אחרים (בעיני הממשלה). יש לא מעט משברים המאיימים על יציבות המשק – משביתות ועד הפגנות. **ברגע שנשבר העיקרון המנחה**, שלפיו השב"כ אינו מפעיל את כליו בתחומים האזרחיים - הדרך **להפוך לחברת מעקבים** מתקצרת. הלא נורמלי יהפוך לנורמלי.

171. ברור כי המאגר העצום שמחזיק השב"כ, אותו מקום אפל, שלטענת השב"כ רק בחרדת קודש חודרים אליו למשיכת מידע לצורך סיכול טרור, יפרץ דרך קבע ולתקופה ממושכת. החריג הקיצוני, שספק אם הוא נסבל בחברה דמוקרטית, יהפוך לנורמה, לכלל, מעקב כדרך חיים. חרדת הקודש שבה שולפים נתונים מהמאגר תתפוגג ושלילת הנתונים תתנמל.

172. נרמול המעקבים אינו מתבטא "רק" בפגיעה קשה בזכויות הפרט. מדובר בפגיעה משטרית. היא משנה מהיסוד את האיזונים והבלמים בחברה דמוקרטית, שבה מעקבים המוניים אחרי אזרחים מצד שירותי הביטחון אמורים להיות טאבו. ספק אם נזק משטרי כזה הוא הפיך. ברגע שחצינו את הרוביקון, שנרמלנו את המעקבים לצרכי המאבק בהתפשטות הקורונה, לא תהיה דרך חזרה.

173. בעניין **בן מאיר** ציין בית המשפט הנכבד כי:

"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 מדרון חלקלק של שימוש באמצעים חריגים ופוגעניים ללא הצדקה" (שם, בפיסקה 45 לחוות דעת הנשיאה).

174. הנה כי כן, כאשר מול הפגיעה הקשה בזכויות חוקתיות ומול הנזק בהיווצרות התקדים וסכנת המדרון החלקלק עומד האינטרס הציבורי בטיוב החקירות האפידמיולוגיות, כאשר היתרון הטכנולוגי כלל לא מובהק לעומת חלופות שאינן כרוכות בפגיעה ברמת חומרה שכזו, המסקנה היא שהחוק אינו צולח את מבחן המידתיות השלישי.

סעיף 11 לחוק השב"כ אינו חוקתי כשהוא משמש למעקב אחר חולים

הפגיעה בזכויות יסוד הכרוכה בסעיף 11 לחוק השב"כ

175. סעיף 11 לחוק השב"כ מאפשר, ובפועל – גם הביא – ליצירת מאגר מידע עצום וחשאי ובו פרטים אישיים של כל מי שמחובר לחברות התקשורת בישראל, לרבות ובעיקר - אזרחים שאינם חשודים בדבר. איסוף המידע ואחסונו הוא ייחודי לשב"כ. הסעיף קובע כדלקמן:

נתוני תקשורת

11. (א) בסעיף זה -

"בעל רישיון" - כהגדרתו בסעיף 13 לחוק התקשורת (בזק ושידורים),
תשמ"ב-1982 (להלן - חוק התקשורת);

"מידע" - לרבות נתוני תקשורת ולמעט תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979.

(ב) ראש הממשלה רשאי לקבוע בכללים כי סוגי מידע המצויים במאגרי מידע של בעל רישיון, שיפורטו בכללים, דרושים לשירות לצורכי מילוי תפקידיו לפי חוק זה, וכי על בעל הרישיון להעביר מידע מסוגים אלה לידי השירות.

(ג) שימוש במידע המצוי במאגר מידע כאמור בסעיף קטן (ב), ייעשה על פי היתר מאת ראש השירות, לאחר ששוכנע כי הדבר דרוש לצורכי מילוי תפקידיו לפי חוק זה; בהיתר יפורטו, ככל הניתן, פרטים לענין המידע הנדרש, והמטרה שלשמה הוא נדרש ופרטים לענין מאגר המידע שבו הוא מצוי; ההיתר יהיה לתקופה שתקבע בו ושלא תעלה על שישה חודשים, ואולם רשאי ראש השירות לשוב ולחדשו לפי הוראות סעיף קטן זה.

(ד) ראש השירות ימסור לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה, אחת לשלושה חודשים, ולועדת הכנסת לעניני השירות - אחת לשנה, דיווח על היתרים שניתנו לפי סעיף זה ועל אופן השימוש במידע לפי סעיף זה; פרטי הדיווח ייקבעו בכללים.

(ה) ראש הממשלה יקבע בכללים הוראות בדבר שמירת סוגי המידע כאמור בסעיף קטן (ב) בידי בעל רישיון, לתקופה שיקבע, ובדבר דרך העברת סוגי המידע לשירות; כן יקבע ראש הממשלה, בהסכמת שר המשפטים, בכללים, הוראות בדבר אופן החזקתו ושמירתו של מידע שהועבר לשירות לפי סעיף זה, והוראות בדבר מחיקה או ביעור של מידע ששמירתו אינה נדרשת.

(ו) במילוי הוראה לפי סעיף זה יחולו הוראות סעיף 13(ה) לחוק התקשורת.

176. הכללים שקבע ראש הממשלה (בעת שנקבעו) הם חסויים, וכך גם החלטות על הארכת שמירת המידע, אך ברור כי נעשה שימוש נרחב ורב בסמכות ליצירת אותו "כלי", שמאפשר את מעקבי המגעים.

177. המידע שנאסף ונאגר על ידי השב"כ הוא מידע רגיש ביותר, הנאגר דרך קבע על כל מי שמצוי במדינה, כפי שהוסבר בהרחבה בחלק העובדתי (ר' **השב"כ במבחן**, בעמ' 154-152; עמיר כהנא (בהנחיית יובל שני) "רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019) (להלן – **רגולציה של מעקב מקוון**), בעמ' 52).

178. המידע נאגר בלי קשר אם מושא המעקב הוא יעד מודיעיני או חשוד, וניתן להפיק ממנו מידע הנוגע להיבטים רבים ואישיים בחייו של אדם. כפי שמציין מתן כהנא, "במציאות שבה בכיסם של אזרחים רבים מצוי מכשיר סלולרי, ניתוח מצרפי של נתוני התקשורת המופקים ממנו עשוי להניב מידע רגיש, שבשונה מנתוני התוכן, קשה למושא המידע לשלוט בו" (שם, בעמ' 257). כהנא מוסיף כי "הסיכון לפרטיות הטמון בכריית מידע הוא רב, שכן בהסתמך על צבר נתונים אקראיים שלכאורה אינם קשורים זה בזה, אפשר לעיתים להפיק מידע אישי רגיש. יתר על כן, למושא המידע יש יכולת מוגבלת להבין את הפוטנציאל הגלום בצבירה עקיבה של רסיסי מידע זניחים עליו" (שם, בעמ' 261-262).

179. השימוש במאגר הוא בהיתר מראש השירות, כאשר ברור מהשימוש במאגר לצרכי הקורונה שאין חובה שההיתר יהיה פרטני אלא די בהיתר כללי. השב"כ לא נדרש לצו שיפוטי כדי לחזור לפרטיות. כל שנדרש ראש השב"כ לעשות הוא לדווח בדיעבד על היתרים שנתן.

180. כפי שמציין עמיר כהנא, "לצד היתרונות של מודיעין המבוסס על רשתות תקשורת, יש להביא בחשבון את פגיעתו הנרחבת של המעקב המקוון בפרטיותם של היעדים — לא רק זו של היעדים המודיעיניים, אלא גם זו של האנשים הבאים עימם במגע. כשמופעלות שיטות של איסוף גורף

השוואבות כמות עצומה של נתוני תקשורת ותוכן מעורק תקשורת מרכזי, מעגל הנפגעים גדל במידה ניכרת. יש לציין כי הפגיעה בפרט בשל מעקב מקוון איננה מוגבלת לפגיעה בזכות לפרטיות. גם תחושת החירות הכללית החוסה בכבוד האדם או בזכות לחירות וחופש הביטוי יכולים להצטמצם בשל האפקט המצנן של קיום בתוך פנאופטיקון וירטואלי. כשפלוגי יודע שעוקבים אחריו, או שאולי עוקבים אחריו, הוא צפוי למשטר את התנהלותו בהתאם (שם).

181. כדי להבין את הקיצוניות של המאגר שמחזיק השב"כ, ואת קיצוניות ההרשאה שניתנה לו לקבל **כל** נתוני התקשורת שזורמים בתחומי המדינה, ניתן להשוות אותו לגישה המוגבלת, שניתנה למשטרה בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007. אותו חוק שכונה "חוק האח הגדול", אשר החוקתיות שלו נדונה בעניין **האגודה לזכויות האזרח** (להלן – **חוק נתוני תקשורת**).

182. ראשית, למשטרה ניתנה סמכות לאגור נתוני תקשורת בסיסיים בלבד: נתוני זיהוי של מנוי, וכן מספר מזהה של מכשירי טלפון (סעיף 6 לחוק נתוני תקשורת). זאת בניגוד לשב"כ שאין כל מגבלה ביחס לנתוני התקשורת שהוא יכול לאגור מלבד תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979. ואכן השב"כ אוסף נתוני תקשורת רבים בדרך קבע היכולים לא רק לזהות אדם לפי מספר טלפון, אלא להפיק מידע פרטי עצום ורב, כולל מיקום לא רק בחווה אלא גם בעבר, ומפגשים עם אחרים (ר' **שב"כ במבחן**, בעמ' 122).

183. שנית, המשטרה מוסמכת לקבל נתוני תקשורת מחברות התקשורת ללא צו שיפוטי רק בנסיבות חריגות ביותר, אם לשם מניעת עבירה מסוג פשע או גילוי מבצעה או לשם הצלת חיי אדם יש צורך, שאינו סובל דיחוי, בקבלת נתוני התקשורת ולא ניתן לקבל בעוד מועד צו שיפוטי (סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת). לעומת זאת השב"כ משתמש במאגר שלו לצורך "מילוי תפקידו", בלי כל הגבלה של ממש.

184. שלישית, למעט המקרים החריגים הנ"ל, המשטרה נדרשת לפנות לבית המשפט לקבל צו אם ברצותה לקבל נתוני תקשורת, בהליך המורכב שמפורט בסעיף 3 לחוק נתוני תקשורת, ולבית המשפט שיקול דעת האם להיענות לבקשה. השב"כ לא נדרש לצו שיפוטי כדי לאגור נתוני תקשורת מלאים, וגם לא כדי להפיק מהם מידע.

185. רביעית, בית המשפט הנכבד פסק כי "רשויות החקירה מוסמכות לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו על-פי החוק אך לצורך גילוי עבירות או עבריינים קונקרטיים, ולא לצורכי פעילות מודיעינית כללית ביחס לעבירות או עבריינים" (עניין **האגודה לזכויות האזרח**, בפסקה 16 לחוות דעת הנשיאה). לעומת זאת השב"כ משתמש במידע גם לאיסוף מודיעיני.

186. די שנזכיר את דברי בית המשפט הנכבד על חוק נתוני התקשורת כדי להבין שסעיף 11 לחוק השב"כ פוגע פגיעה קשה שבעתיים בזכות לפרטיות. כך, נפסק ביחס לחוק נתוני תקשורת:

"החוק נשוא העתירות שלפנינו מאפשר, כאמור, השגת נתוני תקשורת הנוגעים לשיחותיו של מנוי ונמעניהן, סוג המסרים שהוא מעביר, היקפם, משכם ועוד. למעשה, וכך אף עולה מלשונו, מאפשר החוק השגת כלל המידע הנוגע למסר המועבר, למעט תוכנו. בנוסף מאפשר החוק להשיג מידע רב על המנוי, בלא קשר למסר שהעביר; מיקומו הנוכחי של המנוי ומיקומו (במבט צופה פני עבר ועתיד), כתובתו, אמצעי התשלום שבו השתמש לרכישת המכשיר שברשותו

ועוד. בנוסחו הכללי מאפשר החוק להשיג נתוני תקשורת על כל אדם המעורב בעבירה, בין אם הוא הקרבן, החשוד, או גורם אחר היכול להוביל את גורמי החקירה אל קצה חוט. מעבר לכך, וגם אם כתוצר לוואי שלו, במסגרת הסמכויות שמקנה החוק מקבלות הרשויות נתוני תקשורת נוספים הנוגעים לפרטים נוספים, שאינם מעורבים בהכרח בעבירה כלשהיא, ושעימם יצר האדם המעורב בעבירה קשר.

לכאורה די בסקירת הסמכויות שמקנה החוק בכדי להגיע למסקנה, שגם המדינה אינה חולקת עליה, כי החוק אכן גורם לפגיעה חוקתית בזכות הפרטיות. והדברים ברורים; במסגרת המעקב אחר מנוי, יכולה רשות החקירה לצפות בהרגלי השימוש שלו בטלפון הנייד, במחשב ובאינטרנט, וכך לאתר את הרשת החברתית שלו, ואת פעילותו הן בשעות עבודתו והן בשעות הפנאי. אף אם נניח כי ישנה הצדקה לקיום המעקב, וגם ככל שמנוי זה מעורב באופן כלשהוא בעבירה שיש למנועה, אין ספק כי פרטיותו נפגעת כאשר צעדיו נבחנים באופן כזה. ברי, כי מעקב אחר אדם, גם אם הוא לצורך חקירה פלילית, יכול שיעלה פרטים אחרים, שידיעתם מהווה פגיעה בפרטיותו ובצנעת הפרט של האדם, כגון בעיות בריאותיות, הרגלי צריכה, העדפותיו המיניות, וכיוצא באלה. בכל אלה יש כדי לפגוע בפרטיות האדם מעצם היוודעם לאחר המקבל את הנתונים, ובוודאי יש בהם פוטנציאל לפגיעה בפרטיותו כאשר יכול שיעשה בהם שימוש לצרכי חקירה. כך הם הדברים גם ביחס לצדדים שלישיים עימם מנהל הפרט המעורב בעבירה קשר כלשהוא. בעתירתן מציירות העותרות תרחיש הדומה למתואר בספרו של ג'ורג' אורוול "1984". גם אם לא נקבע כי כבר הגענו לתרחיש בלהות שכזה, אין ספק כי לתחושת המעקב - הידיעה כי עיניהן של רשויות החקירה פקוחות ויכולות לבחון כל אדם בכל מקום ובכל שעה - השפעה "ממשמעת" על התנהלותו של האדם, גם במרחב הפרטי... במצב דברים זה, נראה כי נוכל להניח כי חוק נתוני תקשורת אכן פוגע בזכות החוקתית לפרטיות" (שם, בפיסקה 7 לחוות דעת הנשיאה ביניש).

187. ואם כך נפסק לגבי חוק נתוני תקשורת, קל וחומר שסעיף 11 לחוק השב"כ פוגע פגיעה קשה ביותר בפרטיות.

החוק משנה את האיזון הקיים בחוק השב"כ

188. עד עתה נעשה שימוש בסמכויות מכוח סעיף 11 לצורכי ביטחון המדינה, במובן הצר של המילה – סיכול טרור וחתרנות. בכיר בשב"כ שרואיין לתחקיר ידיעות אחרונות העיד כי "הכלי" הוא "כמו בור עמוק, או מרתף, סגור וחשוך לחלוטין שאף אחד לא יכול להיכנס אליו. פעם בזמן מה, ואחרי שורה ארוכה של אישורים, מקבל משהו פנס ובקורות כדי לרדת אל הבור ולהאיר חלק מסוים בו. הוא יכול להאיר רק את החלק הזה, ואז לעלות למעלה, ולדווח באופן שגם הוא נתון לבקרה חמורה, על תוצאות החיפוש המוגבל הזה". לפי התחקיר, בשב"כ הקפידו בחרדת קודש על כך שהיכולות הללו ישמשו לסיכול טרור בלבד, חרף לחצים להפעילו לצרכי טיפול בפשיעה ובסוגיות אזרחיות אחרות.

189. החוק משנה מקצה לקצה את התמונה. עתה "הבור העמוק" אינו סגור וחשוך לחלוטין, אלא נכנסים אליו באופן יומיומי ומתמשך על פני חודשים ודולים מהמאגר פרטים אישיים אודות מאות אלפי אזרחים תמימים במסגרת מעקב המגעים ולא לצורך סיכול טרור.

190. כפי שציין עו"ד כהנא, "תופעה זו מכונה "זליגה מודיעינית (intelligence creep)", מצב שבו נתונים שהושגו מתוך הגבלת זכויותיו וחירויותיו של הפרט בהצדקה של תכליות ראויות של מניעת טרור, מוצאים את דרכם למאגרי מידע של רשויות ממשלה אחרות, שלהן אין דבר וחצי דבר עם תכליות אלו (רגולציה של מעקב מקוון, בעמ' 20).

191. בנסיבות אלו סעיף 11 איננו חוקתי או למצער לא ניתן לעשות בו שימוש לצורך יישום חוק מעקבי השב"כ.

חוק מעקבי השב"כ מכניס את השב"כ לפעילות החורגת מתחום הביטחון הלאומי

192. השב"כ כלל אינו מוסמך לטפל במשברים אזרחיים, קשים ככל שיהיו. סעיף 7(א) לחוק השב"כ 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.

193. בהתאם ליעוד שבסעיף קטן (א) מפורטים תפקידי השב"כ בסעיף 7(ב): "(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".

194. בעניין **בן מאיר** נדונה השאלה האם משבר הקורונה עונה להגדרה של ביטחון לאומי. עמדת העותרת הייתה ועודנה שלא. בית המשפט הנכבד פסק כי "ניתן לפרש את סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ כהוראה המאפשרת לממשלה להסמיך את השב"כ גם בתחומים שאינם נוגעים לביטחון במובן הצר, אך המבחן שיש לאמץ ביחס לביטוי "ביטחון לאומי" בהקשר זה הוא מבחן הסכנה החמורה והמידית לאזרחי ותושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה" (שם, בפסקה 22 לחוות דעת הנשיאה).

195. בית המשפט הנכבד הדגיש כי "ככל שמתרחקים מליבת העיסוק הביטחוני, על הממשלה מוטל הנטל להראות כי אכן מדובר בסוגיה המציבה סכנה חמורה ומידית לאזרחי מדינת ישראל או לסדרי המשטר במדינה, באופן המחייב את התגייסותם של כלל הגופים, ובהם שירותי הביטחון שלה, לצורך התמודדות עם האתגר. פרשנות זו מתחייבת לנוכח הקושי הלשוני בפרשנות הסעיף, הצמצום בהיקף התפרשותו של הסעיף שנלמד מההיסטוריה החקיקתית שלו, והדגש – בישראל ובעולם – על מניעת הרחבה בלתי מבוקרת של סמכויות גופי ביטחון מסכל" (שם).

196. בית המשפט הנכבד ציין כי "מבחן הסכנה החמורה והמיידי מורכב משני מימדים – מימד מהותי ומימד הזמן. במימד המהותי, נדרש רף גבוה במיוחד של סכנה לאזרחי ולתושבי המדינה ואין הכוונה לאיומים שגורתיים על הסדר הציבורי עמם מתמודדות המשטרה ורשויות האכיפה האזרחיות מדי יום. במימד הזמן, דרישת המיידיות קובעת שהסכנה חייבת להיות כזו שאין בנמצא אפשרות מעשית לפתח אמצעים אלטרנטיביים מתאימים יותר להתמודדות עם הסכנה טרם התממשותה. בית המשפט הנכבד הדגיש כי "דרישות מחמירות אלה נדרשות לנוכח החשש שעליו עמדנו מהסמכת שירות ביטחון מסכל ומהעמדת יכולותיו, שאין שקופות ואין ידועות מטעמים מובנים, כך שיופעלו בתחום שאינו ביטחוני במובן הצר וכלפי אזרחי ותושבי המדינה שאינם מבקשי רעתה" (שם).

197. לאור המבחן המחמיר הנ"ל בחן בית המשפט הנכבד את משבר הקורונה ופסק כי אף שאין מדובר בצרכי ביטחון במובנם הצר, עם פרוץ משבר הקורונה התקיימו תנאי המבחן בדבר קיומה של סכנה חמורה ומיידית לביטחון הלאומי לאור הנסיבות הייחודיות שדרשו את רתימת השב"כ לצורך מתן מענה מהיר ואפקטיבי להתפשטות הנגיף.

198. כיום לא מדובר עוד במצב חירום חדש ובלתי מוכר הדורש צעדי חירום ושימוש בכלים קיצוניים אלא בשגרה חדשה ומתמשכת בצל הנגיף, שיהיה עלינו להתמודד איתה לאורך זמן, אולי לאורך שנים בכלים שונים ומגוונים עד להשגת חיסון עדר או עד לפיתוח חיסון או תרופה. מכל הידוע עד עתה הנגיף לא מעמיד בסיכון קשה את רוב האוכלוסייה, 97-98 אחוזים מהנדבקים המאומתים מחלימים לבד בבית, אך גם כך התפשטות מהירה מידי של הנגיף הינה בעלת השלכות קשות על החיים של רבים, על מערכת הבריאות ועל הכלכלה.

199. דווקא בשל ההבנה שמדובר במשבר מתמשך וארוך, שההתמודדות עמו תהיה מתישה, ותדרוש כל העת איזון בין ניהול חיים תקינים ככל הניתן לבין שמירה על בריאות הציבור, מסוכן לראות בכך סוגיה של ביטחון לאומי, ולא ניתן לראות בחולים או מי שעלולים לחלות כאיום על הביטחון הלאומי. גישה כזו מהווה הצדקה בעייתית לשימוש בכלים קיצוניים שנועדו להגנה מפני אויבים. יש בתפיסה זו סכנה ברורה ומוחשית לעלייה על מסלול של ביטחוניזציה של משבר אזרחי, נטישת עקרונות דמוקרטיים וויתור הולך וגדל על חירויות הפרט, כטבעם של משברים מתמשכים, בעידוד הממשלה שמטעה את הציבור לחשוב שאין ברירה, ושמעקב השב"כ הוא תנאי לקיום השגרה החדשה.

סעיף 11 לא מידתי כשהוא משמש לחקירה אפידמיולוגית

200. האם ניתן לומר שסעיף המתיר אגירת נתוני תקשורת רבים, לאורך זמן, על כל גורם הנמצא במדינה, גם מבלי שפשע וחטא, בידי גוף כמו השב"כ, כאשר הוא מוסמך להפיק מהם מידע ללא צו שיפוטי, ללא פיקוח ציבורי ובחשאיות למטרת מלחמה בטרור הוא חוקתי?

201. עו"ד בכר כתב בספרו כי "ההסדר החקיקתי הקיים בחוק השב"כ הקים מערך כפול, יוצא דופן בעוצמתו, של מאגר נתוני תקשורת המצוי פיזית בשב"כ ושל משטר היתרי שימוש במאגר המצוי כולו בסמכות ראש השב"כ. בחלוף השנים מאז חקיקת חוק השב"כ נראה כי הסדר כפול זה הוא רב עוצמה מדי, חסרים בו בלמים של ממש, ועצם קיומו בתצורתו הנוכחית הוא פוטנציאל מסוכן לשימוש לרעה בכוח הגלום בו" (שב"כ במבחן, בעמ' 159).

202. עו"ד בכר סבור כי יש לבצע שינויים מהותיים בסעיף. ראשית, הוא סבור שיש לחייב הפרדה מבנית של המאגר, כדי שהוא לא יימצא עוד בידי השב"כ אלא כפוף לרשות אחרת, שהשב"כ יוכל לקבל נגישות למאגר רק בפניה אליה ולאחר מילוי מוקפד של ההיתרים. שנית, הוא סבור כי יש לשנות את משטר ההיתרים, כך שההיתר לגשת למאגר לא יינתן על ידי ראש השב"כ אלא על ידי רשות מינהלית או סמי שיפוטית, בראשות שופט בדימוס, שתחליט על מתן ההיתר ותנמק את החלטתה.

203. בנוסף סבור עו"ד בכר שיש להטיל הגבלה דווקנית על השימוש במאגר רק למטרות הביטחוניות של השירות, ולא להתיר שימוש בו למטרות שלא מנויות בחוק במפורש. הוא מוסיף כי יש לאסור שימוש של רשויות אחרות במאגר, לאור הפיתוי הרב של גורמים אחרים לעשות בו שימוש (שם, בעמ' 162-163).

204. הנה כי כן, לעמדת עו"ד בכר סעיף 11 דורש תיקון גם שהוא מיועד למלחמה בטרור. גם העותרות סבורות כי הסעיף לכל הפחות מצוי באזור הדמדומים החוקתי. שאלת חוקתיות הסעיף למטרות טרור אינה נדרשת להכרעה כעת והיא אולי תתברר בעתיד, אך בוודאי שיש בה להשליך על חוקתיות הסעיף ביחס למשימה שמוטלת על השב"כ בחוק מעקבי השב"כ.

205. סעיף 11, על כל המשמעות שלו, כשהוא מוסב למטרה של טיוב חקירה אפידמיולוגית במאבק בקורונה איננו חוקתי. אם מישחו היה מעלה על דעתו בעודו מעבר ל"מסך הבערות" את האפשרות שסעיף 11, שיועד לצורך תפקידיו הביטחוניים הצרים של השב"כ, ישמש למעקב אחר חולים למען שיטוח עקומה של וירוס מעיק, היינו כנראה חושבים שזו תפיסה של דיקטטור.

206. כשמסבים את סעיף 11 מייעודו המקורי למטרות אזרחיות כמו סיוע בחקירות אפידמיולוגיות המסקנה המתבקשת היא שהוא לא עומד במבחן החוקתי.

207. נתחיל בכך שהשימוש בסעיף 11 לחוק השב"כ לצרכי חוק מעקבי השב"כ מעורר קושי פרשני שכן האיזון החוקתי של סעיף 11 נשען כולו על הוראה שמופיעה פעמיים - בס"ק (ב) ו-(ג), ושלפיה עצם יצירת המאגר (או "הכלי"), ולא כל שכן השימוש בו, מוגבלים אך ורק לאותם מקרים כאשר "הדבר דרוש לצורכי מילוי תפקידיו [של השב"כ] לפי חוק זה".

208. גם אם בית המשפט הנכבד יקבל שדין מאוחר גובר על דין מוקדם, התניה על ההוראה האמורה, באמצעות חקיקת הוראת שעה חיצונית ומאוחרת, ופריצת קודש הקודשים לצורך תפקידים החורגים מאלה שנמנו בחוק השב"כ – התפתחויות אלו שומטות את הלגיטימציה של "הכלי" ואת חוקתיותו.

209. ראשית, סעיף המסמיק איסוף מתמשך של נתוני תקשורת רבים על כל אזרח בידי שירות ביטחון חשאי אינו עומד במבחן הקשר הסיבתי לתכלית של איתור מגעים בזמן התפשטות מגיפת הקורונה, שכן הוא רחב הרבה יותר מידי למשימה, הוא מתבצע באופן חשאי, ללא פיקוח וללא שקיפות אף שמדובר באיסוף מידע לצרכי בריאות שלא אמור להיאגר באופן חסוי ולא להיות מנוהל באופן חשאי, וכן צריך להיות שקוף ותחת פיקוח.

210. שנית, יש אמצעים פוגעניים פחות. אם אין מנוס משימוש בשב"כ, זה חייב להיעשות באופן פוגעני פחות מאשר באמצעות סעיף 11 המתיר אגירת מידע שוטף וקבוע של נתוני תקשורת רבים על כל האזרחים ושמירתו במאגר חשאי. למשל, יש לקבוע כללים נפרדים לחלוטין ומאגר

נפרד לחלוטין לצורכי המשימה ואיתור המגעים, כך שהמאגר יכלול רק מידע שהוא רלוונטי למעקב המגעים, ולא יכלול כל פרט שלא נדרש לכך, שיישמר מידע רק שבועיים אחורנית, שיהיו בו רק נתוני תקשורת רלוונטיים למעקב מגעים, שהמאגר יפוקח בידי גורמים אזרחיים ויהיה שקוף, שניתן יהיה לקבל הנמקה במקרה של השגה על מסקנות שהתקבלו על בסיס האמצעים, שלא ייאסף מידע על אנשים שכבר חלו או החלימו, שתהיה הפרדה מוחלטת בין הצוות שעוסק בחקירות האפידמיולוגיות לבין אחרים שעוסקים באיסוף מודיעין כללי וכדומה.

211. לגבי רוחב המאגר, עניין דומה נדון בבג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות אזרח בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) 842, 856 (2004), שעסק בחוקיות ההרשאה למאגר מרשם האוכלוסין שהעניק משרד הפנים לרשויות שונות ולבנקים. כפי שמציין עמיר כהנא, ההסדר נמצא בלתי מידתי מאחר שאינו מקיים את המבחן השני במבחני המידתיות – מבחן הצורך שכן "דרישת המידתיות מחייבת למזער את הפגיעה בזכות הפרטיות על ידי צמצום מספר עובדי הציבור הנגישים למידע; על ידי צמצום היקף המידע שנמסר וכי לא היה הכרח לספק לבנקים מידע דווקא בדרך של התחברות ישירה למחשבי המדינה" (רגולציה של מעקב מקוון, בעמ' 31).

212. לענין השקיפות, בעניין **בן מאיר** עמד בית המשפט הנכבד על הקושי בשימוש בכלי חשאי למטרה אזרחית:

"כאשר מדובר במידע הנאסף על ידי רשויות הביטחון, מן הראוי להקפיד הקפדה יתרה על שקיפות. בעניין זה יש להדגיש כי החשאיות האופפת את השימוש במנגנון במתכונתו הנוכחית, הנובעת מהרצון לשמור על חיסיון באשר ליכולותיו של השב"כ, מובנת. כך גם הצורך להגן על פרטיותם של החולים המאומתים ושל אלו שבאו עמם במגע (עמיר כהנא "אפקט מצנן: מעקב מקוון בימי קורונה" CSRC Blog (16.3.2020)). עם זאת, יש טעם בעמדה הגורסת כי "ניתן ורצוי להסיר חלק ניכר ממסך החשאיות [...] גם אם אמצעים אלו כשלעצמם נדרשים להישאר סודיים (כדי לשמור על יכולות איסוף מיוחדות" (שם). על כן, נראה כי בענייננו יש מקום לשקול אם ניתן לספק לציבור מידע רב יותר על האופן שבו המידע נאסף, ולהרחיב את מנגנוני הפיקוח על השימוש בו" (שם, בפיסקה 37 לחוות דעת הנשיאה).

213. ללא שינוי כאמור, היכולות הרחבות הקיצוניות והחשאיות, שניתנו בסעיף 11 לחוק השב"כ למטרות ביטחון מסכל זולגות למעקב אחר חולים. בנסיבות אלו, סעיף 11 ו"הכללי" הדרקוני שנוצר על פיו אינם חוקתיים עוד.

סיכום

מדינת ישראל מצויה במשבר בריאותי וכלכלי חריף, כמו מדינות רבות ברחבי העולם, והיא נוקטת בצעדים רבים וחריפים להאטת התפשטות המגיפה. אין מדובר במשבר המאיים על קיום המדינה אך הוא גורם וכנראה יגרום לתקופה לא קצרה להתמודדות קשה ומאתגרת לשמירה על מרקם החיים התקין לצד מניעת פגיעה חריפה בבריאות הציבור, שתגבה מחירים לא פשוטים. אולם גם בהתמודדות עם משבר הקורונה יש לפעול בהתאם לחוק, ולא לנקוט בצעדים קיצוניים שמהווים השעיה של זכויות חוקתיות ופגיעה אנושה באיזונים והבלמים הבסיסיים ביותר של משטר דמוקרטי. כפי שמדינה דמוקרטית נאבקת בפגיעה בביטחון רק בכלים המוקנים לה בחוק ובאופן

מידתי, כך המדינה אינה יכולה להיאבק בהתפשטות מגיפת הקורונה באופן חסר רסן, שנוקו גובר על התועלת המיידית שבו.

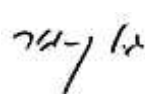
הסמכת השב"כ לבצע מעקבים המוניים וממושכים אחרי אזרחי המדינה לצורך סיוע בחקירה אפידמיולוגית היא לא חוקית. היא אחד מאותם מקרים בהם יש לשרטט קו אדום בזהירות, ולחייב את המדינה לאתר אלטרנטיבות מידתיות יותר להשגת מטרותיה, ויש כאלו.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה ולאחר קבלת תשובות המשיבים להפכו למוחלט.

10 ביולי 2020



דן יקיר, עו"ד



גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ העותרות