

- העותרים: 1. האגודה לזכויות האזרח בישראל ע"ר 580011567  
2. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ע"ר 580312247  
3. רופאים לזכויות אדם - ישראל ע"ר 580142214  
4. פרטיות ישראל ע"ר 580705309

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 גדיר ניקולא  
ו/או דבי גילד-חיו ו/או עביר גיבראן 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](mailto:gil@acri.or.il)

- נגד -

המשיבים: 1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

2. הממשלה  
3. שירות הביטחון הכללי  
4. משרד הבריאות  
5. הרשות להגנת הפרטיות

באמצעות מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

**עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון דחוף**

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

- א. מדוע לא ייקבע כי חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (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.  
העתק חוק מעקבי השב"כ מצורף ומסומן ע/1.

## מבוא ובקשה לדיון דחוף

עתירה זו נוגעת לליבת ההגנה על חירויות הפרט ושלטון החוק.

החוק שבמוקד עתירה זו מסמיך את השב"כ לבצע מעקב המוני ומתמשך אחר אזרחי המדינה, ולהסב כלי מעקב, שנוצר ונועד למטרות ביטחוניות גרידא, כדי שיסייע בביצוע חקירות אפידמיולוגיות במסגרת ההתמודדות עם נגיף הקורונה. החוק הוא המשך לתקנות שעת חירום ולהחלטות ממשלה, שכבר נדונו בפני בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה** (מיום 26.4.2020) (להלן – **עניין בן מאיר**). מכוח החלטות אלו, ועתה – מכוח החוק, מפעיל השב"כ מאז חודש מרץ, למעט תקופה קצרה שבה הופסק המעקב על פי החלטת הממשלה ולבקשתו של ראש השב"כ, את אמצעיו.

אין חולק כי נגיף הקורונה מעמיד את מדינת ישראל בפני משבר אזרחי חסר תקדים. סופו של המשבר עדיין אינו נראה באופק, והוא צפוי ללוות אותנו עוד תקופה ממושכת ולהציב אתגרים קשים בפני הפרט, החברה והמשק. זהו מסוג המשברים שמעוררים רגשות תסכול, פחד וייאוש, ואלה עלולים לשמש קרקע פורייה לפגיעה מתמשכת בזכויות היסוד ובאמנה החברתית שבין האזרח לרשויות השלטון.

אכן, המחוקק שם לנגד עיניו את הרצון לשטח את עקומת התחלואה אבל גם דרך רצופה כוונות טובות עלולה להוביל לחלום בלהות, וכדברי בית המשפט הנכבד "להדיר שינה מעיניו של כל שוחר דמוקרטיה" (עניין **בן מאיר**, בפיסקה 37 לחוות דעת הנשיאה חיות). ואכן, אין מדינה דמוקרטית שהעזה לנקוט צעד כה קיצוני ולגייס את שירותי הביטחון החשאיים למאמץ לבלום את המגיפה.

מעקב המוני אחר אזרחים תמימים הוא פסול מיסודו גם לצרכי ביטחון. קל וחומר שהוא פסול כשהוא מופעל נגד האזרחים במסגרת התמודדות עם משבר אזרחי. את השד הזה יהיה קשה להכניס חזרה לבקבוק. לכן מעקב מסוג זה אינו מידתי.

בעת שהשב"כ הוסמך לראשונה לסייע במיגור הקורונה, באמצע חודש מרץ, נעשה הדבר באמצעות תקנות שעת חרום, ולאחר מכן מכוח הסמכה שלפי חוק השב"כ. העתירות שהוגשו בתגובה לכך התריעו מפני הפגיעה החוקתית, אך התמקדו גם בהליך. גם הנסיבות היו שונות, פרוץ המשבר היכה בתדהמה את העולם כולו, אך הוא נתפס כאירוע חד פעמי וזמני, שמציב איום אפוקליפטי על החברה האנושית. בנסיבות אלו, טענה הממשלה, שאין ברשותה חלופות כלשהו, ושאין מנוס אלא לפנות לאמצעים קיצוניים כדי להתמודד עם האיום שבו רב הנסתר על הגלוי. ובכל זאת, בפסק הדין שבו קיבל את העתירות, קבע בית המשפט הנכבד כי הסמכת השב"כ אינה יכולה להימשך ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. כמו כן, ראה בית המשפט לנכון להתייחס באריכות גם למהות הדברים, לפגיעה החוקתית הקשה שנגרמת בשל השימוש בכלי המעקב של השב"כ, והדגיש את הצורך לפתח ולהעמיד לו חלופות.

על אף קביעותיו של פסק הדין בעניין **בן מאיר**, הממשלה, ובעקבותיה הכנסת, בחרו להמשיך ולהסמיך את השב"כ, ועל כן הגיעה העת להכריע בסוגיה המהותית - בשאלת חוקתיותו של חוק המסמיך את השב"כ לעשות שימוש בכלי מעקב שנוצרו לשם סיכול פגיעה בביטחון לצורך איתור מגעים וחקירות אפידמיולוגיות.

כיום אנו נמצאים בעיצומו של משבר ארוך טווח, שצפוי להימשך עוד זמן רב, ושמחייב אותנו לאזן בין הצורך לחזור, ככל הניתן, לשגרת החיים לבין הגנה על בריאות הציבור, בין צרכי החברה והכלכלה לבין הסכנה שבתחלואה. דווקא בשל כך שמדובר במשבר מתמשך, שוב אין אנו רשאים להעלים עין מהשימוש באמצעים דרקוניים ולא דמוקרטיים ומההתרגלות אליהם.

הפגיעה בזכויות החוקתיות היא חמורה ביותר ואין לה אח ורע בכל העולם הדמוקרטי. יתרה מזאת - ככל שחולף הזמן הולכת ונגלית תמונה עגומה, ומתברר שהפנייה אל כלי המעקב של השב"כ נעשתה כדי לכסות על מחדלים בניהול המשבר, ובמיוחד כדי שישמש תחליף - בלתי יעיל בעליל - למערך ראוי לניהול חקירות אפידמיולוגיות. שוב הסתבר שהטכנולוגיה, ואפילו המשוכללת והמפוארת ביותר, אכן יכולה לעיתים לשכלל את הפעולה האנושית, אך לא לבוא במקומה.

מיד לאחר חידוש הסמכת השב"כ בחוק מעקבי השב"כ, נשלחו מעל רבע מיליון אזרחים לבידוד בהסתמך על מעקבי השב"כ! קרוב לשליש מהם הגישו השגות, אחרים ניסו להגיש השגה ללא הצלחה, ושיעור ההשגות שהתקבלו הוא גבוה מאוד, 66% מההשגות התקבלו. כלומר, מדובר בכלי שגורם לשיבוש חמור בשגרת החיים, לפגיעה קשה באמון הציבור במערכת הבריאות, וההסתמכות הנרחבת על אמצעי המעקב של השב"כ הובילה לבידודם של רבבות, מבלי שהייתה לכך הצדקה רפואית עניינית. רבים חוששים מאיכון שגוי ויש מי שמעדיפים להשאיר את הטלפון בבית כדי למנוע פגיעה בפרטיותם ומהוראות בידוד שגויות. מכאן שמסתבר שהפגיעה בזכויות האדם הכרוכה במעקבי השב"כ גם אינה יעילה במיוחד לתכלית המוצהרת והיא כרוכה במחיר כבד ביותר.

בנוסף התברר, כי ההסתמכות על מעקבי השב"כ מונעת את השיפור הנדרש במערך החקירות האנושי וגם מעכבת את הקידום של אמצעים טכנולוגיים, יעילים לא פחות, וכנראה אף יותר, מאמצעי המעקב של השב"כ, חלופות "אזרחיות" שאינן גורמות לפגיעה בזכויות האדם, וממילא גם אינן גורמות לשבר כה חמור באמון הציבור - משאב חיוני והכרחי בכל מאמץ להדברת מגיפה.

**לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דיון דחוף בעתירה.**

## התשתית העובדתית

### העותרים

1. העותרים הם ארגונים אזרחיים הפועלים להגנה על זכויות אדם. **האגודה לזכויות האזרח** הינה עמותה והיא ארגון זכויות האדם הוותיק בישראל. היא פועלת מאז שנת 1972 להגנה על זכויות האדם, ובכלל זה על הזכות לפרטיות ולחירות. **מרכז עדאלה** הוא עמותה שמטרתה היא ההגנה על זכויות האדם בכלל וזכויות האזרחים הערבים בפרט. האגודה לזכויות האזרח ועדאלה היו בין העותרים בעניין **בן מאיר**. **רופאים לזכויות אדם** (להלן: "רל"א") הינה עמותה רשומה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, שמטרתה לפעול להגנה וקידום זכויות האדם הנוגעות לבריאות בתחומי השליטה של מדינת ישראל, ובמיוחד סוגיית הנגישות והשוויון בשירותי הבריאות לקבוצות שונות.

העותרת 4, **פרטיות ישראל**, היא עמותה שהוקמה בעת האחרונה, על רקע התגברות הפגיעה בזכות לפרטיות בשנים האחרונות. מייסדיה הם חוקרות וחוקרים מהאקדמיה, מתחומי המשפטים, מדעי החברה, מדעי המחשב וההנדסה, ובכירים לשעבר בשירות הציבורי. העמותה פועלת לבצר, לטפח ולקדם את הפרטיות וההגנה על מידע אישי בישראל ואת תפיסת הפרטיות כזכות חוקתית.

על מייסדיה נמנים פרופ' מיכאל בירנהק מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, שהוא בכיר חוקרי הזכות לפרטיות באקדמיה הישראלית, עו"ד יורם הכהן שהקים את הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים ועמד בראשה, פרופ' קרין נהון מבית הספר לאודר לממשל במרכז הבינתחומי הרצליה ונשיאת איגוד האינטרנט הישראלי, ד"ר ארנה ברי שהייתה המדען הראשי במשרד המסחר והתעשייה ואחרים.

### רקע: התפשטות נגיף הקורונה

2. בישראל, כמו בעולם כולו, מתפשט נגיף הקורונה החדש, והממשלה נוקטת אמצעים שונים כדי להתמודד עמו. מטרתם של אמצעים אלו הינה, כפי שמסביר משרד הבריאות, לצמצם פגיעה בחיי אדם, לשמור על בריאות הציבור, ולהאט את התפשטות הווירוס כדי למנוע עומס יתר על מערכת הבריאות.
3. הווירוס גורם למחלה חדשה, המתבטאת אצל מרבית הלוקים בו בתסמינים קלים לכל היותר, אבל עד שלושה אחוזים מהנדבקים סובלים מדלקת ריאות, מתסמונת נשימתית חמורה, או תסמינים קשים אחרים, שעלולים אף לגרום למוות אצל כאחוז וחצי מהנדבקים.
4. בישראל התגלה החולה הראשון ביום 27.2.2020 ומאז ועד יום 13.8.2020 בשעה 10:00 בבוקר אובחנו כחולים 88,730 איש (חלקם נשאים ללא סימפטומים). 643 איש נפטרו עד כה מסיבוכי הנגיף (0.7% מהחולים המאומתים). 64,674 חולים כבר החלימו. 23,416 חולים פעילים יש בארץ נכון למועד המצוין, מתוכם 386 במצב קשה, ו-114 מונשמים.
5. משרד הבריאות סבור שבהיעדר חיסון, נדרשים צעדים נמרצים שיאטו את קצב התפשטות הנגיף, שאחרת עלול מספר הנדבקים, והחולים הקשים בפרט, לגדול במהירות מעבר למה שמערכת הבריאות מסוגלת לטפל בזמן נתון, ועקב כך עלולים למות חולים שניתן להציל בעזרת טיפול מיטבי.
6. הממשלה, כמו ממשלות רבות אחרות בעולם, נקטה שורה 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 לריחוק פיזי בין אנשים, הוראות לעטיית מסיכות, הוראות למניעת התקהלויות במרחב הציבורי ובבתי העסק, סגירת מוסדות חינוך ומקומות עבודה לא חיוניים, סגרים מקומיים ואף סגר מלא הכולל איסור יציאה מהבית.
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 האיזון בין קיום שגרת החיים בצל המגיפה לבין שמירה על בריאות הציבור. איזון זה כרוך גם בפגיעה בחירויות הפרט. כך, למשל, נקבעו כללי התנהגות מחייבים מפחיתי סיכון כמו עטיית מסיכה בכל יציאה מהבית, והגבלת התקהלויות וננקטים צעדים לאכיפת ההגבלות והאיסורים.
8. לצד אלו פועלת הממשלה להרחיב את מערך הבדיקות, לשפר את יכולת הטיפול בחולים ולטיוב 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' סיגל סדצקי, מי שהייתה עד לאחרונה ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות, במכתבה המפורט למנכ"ל משרד הבריאות, ההתמודדות לבלימת התפשטות הנגיף

מחייבת שילוב אסטרטגיות שכל אחת מהן תפחית במידה מסוימת את שיעור ההדבקה בנגיף ורק פעולתן המשותפת תוריד את מקדם ההדבקה ותאפשר חיים בשגרת קורונה.

מכתבה של פרופ' סיגל סדצקי, ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות למנכ"ל משרד הבריאות מיום 7.7.2020, מצורף ומסומן ע/2.

### חקירה אפידמיולוגית ואיתור מגעים ככלי במאבק בהתפשטות המגיפה

10. מכיוון שההדבקה בנגיף הקורונה היא טיפתית והנגיף עובר במגע קרוב בין אדם לאדם, כאשר מתגלה חולה נערכת לגבי חקירה אפידמיולוגית, במסגרתה מנסה משרד הבריאות לקבל מידע מקיף ככל הניתן על מגעים קרובים שניהל אותו חולה עם אחרים, וזאת כדי לאתר מי שהיה עם החולה במגע העלול להיות מדבק, ולהביא לבידודו המהיר מהחברה, כדי לקטוע שרשראות הדבקה.

11. החקירה נועדה להתחקות אחר מגעים שהיו לחולה קורונה מאומת עם אחרים בתקופה שבה קיים פוטנציאל להדבקה. החקירה מתבצעת באמצעות תחקור מהיר ככל הניתן של החולה מרגע שהתקבלה לגבי תוצאת מעבדה חיובית. החקירה הינה אודות נתיבי התנועה של החולה ומגעי, וזאת לצורך הגעה מהירה ככל הניתן לכל מי שבא במגע קרוב עם החולה ובידודו עד 14 יום מהיום שבו נוצר המגע הקרוב עם החולה המאומת.

12. יעילות החקירה האפידמיולוגית תלויה גם ביכולות אחרות, כמו, למשל, יכולת עריכת בדיקות וקבלת תוצאות במהירות, שכן עיכוב בתוצאות מעבדה משמעו גם עיכוב באבחון של אדם כחולה וכפועל יוצא מכך עיכוב בביצוע החקירה לחולה מאומת, ועל כן – גם ימים נוספים שבהם כל מי ששהו בקרבתו, ואפשר שנדבקו ממנו, ממשיכים להסתובב ולהדביק אחרים.

13. יתר על כן, החקירה האפידמיולוגית אינה יכולה לבדה להביא למיגור של מעגלי ההדבקה, שכן כפי שצוין בנייר עמדה מפורט של פרופ' חגי לוי, יו"ר איגוד רופאי בריאות הציבור, ופרופ' נדב דוידוביץ', יו"ר פורום בריאות הציבור, מיום 20.4.2020, בשל מאפייני הנגיף, חולה סימפטומטי שמאובחן מעבדתית מייצג רק את "קצה הקרחון" של העברה נרחבת יותר של הנגיף. לכן סבורים לוי 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 תלפוני ולבצע ניטור שיטתי לרבות בדיקות סרולוגיות וסקרים בשילוב חלופות טכנולוגיות דוגמת יישומון "המגן".

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

14. קושי נוסף בקטיעת מעגלי ההדבקה טמון בעובדה שהשלב המדבק של המחלה מתבצע עוד לפני הופעת סימפטומים וגם בקרב נשאים של הנגיף שלא מגלים סימפטומים. לעובדה שהחקירה נעשית בפיגור אחר שלב ההדבקה יש להוסיף את העובדה, שבדיקות הקורונה אינן 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).

15. גם פרופ' סדצקי מסבירה שקטיעת שרשרת ההדבקה היא אסטרטגיה שכוחה מוגבל:

"מטבעה של המחלה יכולה אסטרטגיה זו לכלול נתח מסוים מכלל הנדבקים (לדעתי לא יותר מ-50% בפעילות אופטימלית) בלבד. יתרה מזאת, ככל שהמחלה

מפושטת 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".

16. יוצא אפוא שאפילו חקירה אפידמיולוגית "מושלמת" יכולה לקטוע את שרשרת ההדבקה רק ב-50% מהמקרים. אך מסתבר שהאופן שבו מתבצעות החקירות האפידמיולוגיות בישראל פוגם באורח חמור ביעילותן.

17. בראש וראשונה, מערך החקירות האפידמיולוגיות סובל ממחסור חריף בכוח אדם. בשגרה עובדות במערך 27 אחיות אפידמיולוגיות, וברור שהן חייבות לקבל תגבורת במקרה של התפרצות מגיפה. בדיון שהתקיים בוועדת המשנה במחצית חודש יולי, הודיעה נציגת משרד הבריאות, שהמערך כבר תוגבר ו"אנחנו מגעים כיום בערך ל-330 חוקרים אפידמיולוגיים, כשאנחנו מדברים על משרות ולא על ראשים. והיעד בטווח הנוכחי... מגיע לכ-550 עד 600, תלוי מה יאושר לנו בסוף" (פרוטוקול ועדת המשנה מיום 16.7.2020).

18. לעומת זאת במדינות אחרות המתמודדות עם המגיפה, מערך החקירות האנושי תוגבר בצורה משמעותית בהרבה, כדי לקצר את הזמן שחולף עד שמתחברים את מי שנדבק, וכך ולמנוע ממי שנדבקו ממנו להמשיך ולהדביק אחרים. בסקירה של מרכז המידע והידע הלאומי למערכה בקורונה (גוף שהוקם על ידי אגף המודיעין בצה"ל כדי לסייע למשרד הבריאות), פורסמה טבלה המראה את הפער בין ישראל למדינות אחרות:

מדינה	יחס חוקרים לאזרחים	מקצוע מקור	חלוקה ג'ג	הכשרות	הערות
ישראל	1 ל-10,000 (עם סיום התברר הנכחי <sup>11</sup> )	אחיות אפידמיולוגיות, אחיות וסטודנטים	תחת מרכז אחד, חלוקה לשבעה מחוזות	הכשרה ייעודית	
יפן	לא ידוע	חוקרים אפידמיולוגיים ואחיות	450 מרכזים אזוריים	הכשרה ייעודית	
סינגפור	1 ל-40,000	רופאים ואנשי צבא	בכל בית חולים ובבסיסים צבאיים	לימודי רפואה + הכשרה ייעודית	
גרמניה	1 ל-4,000	חוקרים אפידמיולוגיים ואחיות <sup>12</sup>	375 מרכזי בריאות אזוריים	הכשרה ייעודית	
אנגליה	1 ל-2,200	כשליש במקור מתחום הבריאות	לא ידוע	הכשרה ייעודית	הוחל בסוף מאי כתנאי סף להקלות בסגר
ניו יורק	1 ל-6,200	מתנדבים חוקרים	מרכזי בריאות וצוותים מקומיים	קורס מהיר באונליין מאוני' ג'ון הופקינס	תנאי סף לפתיחת סגר – חוקר לכל 3,333 תושבים
מישיגן	1 ל-1,400	מתנדבים חוקרים	מרכזי בריאות וצוותים מקומיים	הכשרה ייעודית	

19. בסקירה מצוין שבישראל יש חוקר מגעים אחד על כל 10,000 תושבים אך נתון זה הוא שגוי. ראוי לציין כי בעת שהסקירה פורסמה לראשונה הופיע בטבלה שלעיל נתון אחר, לפיו בישראל יש חוקר אחד לכל 30,000 תושבים. אלא שהפרסום הוסר לצורך תיקון, ופורסם בשנית עם הנתון האמור. ההסרה והתיקון מעוררים תמיהה, וחשש להשפעה חיצונית על הנתונים או "שיפוצם" מסיבות לא ענייניות. בפועל – הנתון המקורי הוא המדויק: אם יש כיום 300 חוקרי מגעים, כי אז היחס הוא חוקר לכל 30,000 איש. אם יגדילו את כוח האדם העוסק בחקירות ל-600, היחס יעמוד על חוקר

לכל 15,000 איש ובכל מקרה אין בסיס לטענה שיש חוקר לכל 10,000 תושבים כנטען. יתרה מזאת, אפילו בנתון זה ישראל בפיגור אחר מדינות אחרות המתמודדות עם התפשטות המגיפה: חוקר לכל 4000 תושבים בגרמניה, וחוקר לכל 2,200 תושבים באנגליה.

העתק הסקירה של מרכז המידע והידע הלאומי מיום 16.7.2020 מצורף ומסומן ע/4.

20. במכתבו מיום 2.5.2020 התריע פרופ' חגי לויין בשם איגוד רופאי הציבור בישראל בפני יו"ר הוועדה 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' לויין התריע כי ישנה קונספציה שגויה של הסתמכות כמעט בלעדית על נתונים מאיכון סלולארי של השב"כ תוך זניחה של אמצעי איסוף המידע האנושיים. עוד טען לויין כי יש חוסר שקיפות בנתונים הגולמיים, והממשלה חולקת את המידע שברשותה 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.

21. צד נוסף של המחקר האפידמיולוגי הוא ההסברה לציבור. פרופ' לויין 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' לויין מיום 2.5.2020 מצורף ומסומן ע/5.

22. במכתב נוסף ששלחו פרופ' לויין ופרופ' דוידוביץ' בשם איגוד רופאי בריאות הציבור, הוא שב והדגיש כי החקירה האפידמיולוגית אינה רק תחקיר אלא זהו כלי חיוני המאפשר הבנה של מנגנוני העברה, פעילויות בסיכון ויעילות אמצעי המיגון, וכי לצורך כך נדרשת מומחיות אפידמיולוגית. פרופ' לויין אף ציין כי מערכת ניהול החקירות האפידמיולוגיות אינה נותנת מענה מתאים לצרכים, וכי החקירות נכתבות באופן ידני ולאחר מכן מוקלדות למערכת.

העתק מכתבם של פרופ' לויין ופרופ' דוידוביץ' מיום 6.7.2020 מצורף ומסומן ע/6.

23. חוסר שביעות הרצון ממצב מערך החקירות האפידמיולוגיות, כמו גם מאופן הפעלתם, עלה גם בראיון שהעניק פרופ' רוני גמזו, אשר מונה לאחרונה לתכלל את המאבק הממשלתי בהתפשטות הנגיף. הדברים העולים מהראיון, בעקבות ביקור במקום ביצוע החקירות במחוז תל אביב, מציג אף הוא את ההזנחה של מערך החקירות על ידי משרד הבריאות, ובכלל זה נמתחה ביקורת על כך שהחוקרים משתמשים במכשירי הטלפון האישיים שלהם בתהליך.

העתק מהראיון שפורסם ב"ידיעות אחרונות" ביום 31.7.2020 מצורף ומסומן ע/7.

24. הנה כי כן, המשיבים הרלוונטיים לא ניצלו את חלון הזמן כדי לייעל את מערך החקירות האנושי, באמצעות תוספת כוח אדם או אמצעי עבודה. מחדל זה משמש תירוץ ועילה לצורך בהסמכת השב"כ, אך הוא ניתן לתיקון בקלות, ויש סימנים ראשוניים לכך לאחרונה.

#### **אמצעים טכנולוגיים משלימים לחקירות האפידמיולוגיות**

25. חקירה אפידמיולוגית נסמכת בראש וראשונה על תשוא. אמצעים טכנולוגיים יכולים לשמש לייעול החקירות, אך בשום פנים ואופן אינם יכולים לבוא במקומן.

26. בסקירה של מרכז המידע והידע הלאומי למערכה בקורונה צוין למשל, שיש מדינות שבהן הוקם מערך חקירות ממוכן, שמאפשר למי שנדבק למלא בטופס דיגיטלי את המגעים שהיו לו, עוד לפני החקירה האנושית. כך נוצרת מחויבות של הנדבק לבחינת מגעיו, ונחסך זמן יקר בחקירה לגבי אותם פרטים שהנדבק יכול לספק ללא קושי (ע/4). אמצעי זה לא קיים בישראל.

27. יש מדינות שבהן נדרש אדם לסרוק ברקוד בכניסה למקום ציבורי הומה אדם. **ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר ועו"ד רחל ארידורהרשקוביץ מהמכון הישראלי לדמוקרטיה** ציינו במחקרן 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 היישומן המקומי סורקים באמצעות מכשיר הסלולר האישי שלהם את קודי ה-QR המוצבים בכניסה לבתי עסק ולמקומות אירוח שונים. גם אמצעי זה לא קודם על ידי המשיבים.

העתק המחקר כפי שנשלח לוועדת החוץ והביטחון ביום 22.6.2020 מצורף ומסומן ע/8.

28. מסקירה של מרכז המידע והידע הלאומי מיום 23.6.2020 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, ותוך התחקות אחר חולים מאובחנים בלבד. אמצעים אלו מעוררים בפני עצמם קשיים לא מבוטלים, אך הם פחות פוגעניים מכלי השב"כ, המתחקה אחר כל אזרחי המדינה ותושביה – בריאים (רובם המכריע) או חולים (מיעוטם המבוטל) - באופן מתמיד ורצוף 24 שעות ביממה, שבעה ימים בשבוע, 365 יום בשנה.

29. 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.

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

העתק המחקר של מרכז המידע והידע הלאומי בנושא "שימוש באמצעים טכנולוגיים לאיתור מגעים בין חולים ולניטור אוכלוסייה ברחבי העולם" מיום 23.6.2020, מצורף ומסומן ע/9.

### **יישומנים וולונטריים לאיתור מגעים ככלי עזר בחקירה אפידמיולוגית**

31. 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 שוורץ-אלטשולר ועו"ד ארידור-הרשקוביץ (ע/8), וההסבר שלהלן לקוח מתוך מחקרן.

32. 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 Wi-Fi, ואותות Bluetooth Low Energy (BLE), ואותות Wi-Fi.



33. רמת הדיוק של נתוני מיקום מבוססי GPS היא בין 5 ל-20 מטרים. אותות Wi-Fi מספקים רמת דיוק של עד 3 מטרים במבנים מסחריים סגורים אך השימוש בהם מוגבל בעיקרו למבנים כמו קניונים ובנייני משרדים ולא במקומות פתוחים. אותות BLE הם אותות בעוצמה נמוכה יחסית ורמת הדיוק שלהם גבוהה יותר מזו של נתוני מיקום מבוססי GPS, 3-5 מטרים.
34. התבססות על כל אחד מהאותות הללו כולל יתרונות וחסרונות. אין טכנולוגיה – גם לא מעקבי השב"כ באמצעו המשוכללים – שהיא נטולת חסרונות או מספקת מענה שלם לצורך. אך אותות BLE ללא כל ספק 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.
35. החוקרות מצאו באמצעות סקירה השוואתית במדינות דמוקרטיות בעולם, כי מרביתן משתמשות ביישומונים המבוססים על אותות BLE. השימוש ביישומון לאיתור מגעים מבוסס BLE קיבל דחיפה כאשר חברות הענק אפל וגוגל הגיעו להסכמה על פרוטוקול המאפשר פיתוח יישומון לאיתור מגעים שמאפשר ממשק בין אותות BLE בטלפונים מסוג אנדרואיד לטלפונים מסוג IOS (אייפון).
36. החוקרות מציינות שיישומון המבוסס על אותות BLE משדר בפרקי זמן קצובים **קודי זיהוי** אקראיים. קודים אלה אינם מזהים אדם. הם מתחלפים מעת לעת. ככאלה הם מגנים היטב על פרטיות המשתמשים. כל מכשיר טלפון שעליו מותקן היישומון 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 במכשירו האישי של אדם עם אלו שנשמרו במכשיר הסלולר של מי שהתגלה כחולה קורונה יכולה ללמד האם אותו אדם היה במגע קרוב עם החולה, ועל כן עליו להיכנס לבידוד בשל פוטנציאל ההדבקה.
37. החוקרות מצאו כי במרבית המדינות בהן מוצע יישומון לאיתור 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, שוויץ, אוסטריה, יפן, בלגיה, אסטוניה ואירלנד. בריטניה, שניסתה לפתח טכנולוגיה דומה שאינה מתבססת על תשתיות אפל וגוגל, חדלה מכך, ביטלה את היישומון שלה לאחר שהשקיעה בפיתוחו 12 מיליון ליש"ט והיא נסמכת עתה על חקירות אפידמיולוגיות אנושיות.
38. שורה של מומחי פרטיות בישראל כתבו אף הם לוועדת החוץ והביטחון, כי ההתמודדות בעולם עם הקורונה באמצעים טכנולוגיים נוטה לתת עדיפות לאיתור מגעים מבוזר ולא למעקב מיקום ריכוזי, שכן די בכך כדי לתת התראה על מגע קרוב עם נשא מאומת, ואף בדיוק גבוה יותר, וזאת מבלי לפגוע בפרטיות ותוך צמצום הסכנה לשימוש לרעה במידע. לדברי המומחים, נכון לסוף מאי 39 מדינות הציעו יישומונים להתקנה בטלפון חכם, וב-22 מתוכם היישומון פועל על בסיס טכנולוגיית BLE מבוזרת.
39. 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, ובאזורים 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 23.6.2020 מצורף ומסומן ע/10.

40. נקודה נוספת שחשוב להתעכב עליה הינה מידת היעילות של יישומונים וולונטריים, שאין חובה להתקנם. 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.

41. נתון זה צוטט באופן שגוי מהמודל שפותח באוניברסיטת אוקספורד לבחינת יעילותם של יישומוני 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>

### יישומון המגן

42. בישראל פותח יישומון "המגן" והוא הושק בגרסה ראשונה כבר בסוף מרץ 2020. ד"ר שוורץ-אלטשולר ועו"ד ארידור-הרשקוביץ (8/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 בלבד.

43. במקרה שהמשתמש חלה, אפשר להעביר בהסכמתו את היסטוריית נתוני המיקום שנשמרה ביישומון שלו למשרד הבריאות, וכך לייעל את החקירה האפידמיולוגית ולהזהיר אחרים. כמו כן, כל מי שהתקין את היישומון, מקבל התראה ממשרד הבריאות בכל פעם שנמצאה חפיפה בין היסטוריית המיקומים ששמורה אצלו במכשיר לבין היסטוריית המיקומים של חולים מאומתים שעודכנה בשרתי משרד הבריאות.

44. הגרסה הראשונה של "המגן" מנטרת מקום על בסיס אותו GPS ו-Wi-Fi ולפיכך מידת הדיוק שלה נופלת מהותית מזו המושגת בניטור מגעים מבוסס BLE. אך המשתמש יכול במקרה שמקבל התראה מהיישומון לבדוק בעצמו את אמינות המידע ולדווח למשרד הבריאות על כניסתו לבידוד או לחלופין לדווח על שגיאה בנתונים. מנגנון בדיקה כפול זה מאפשר למשתמש להימנע מאיכון שגוי. כך, למשל – אם אדם עובד במשרד מעל מסעדה ובאותה מסעדה היה חולה מאומת, סביר שהמגן ישלח התראה על מגע אפשרי, אך בשלב האימות, יוכל המשתמש לראות שמדובר במסעדה, ולהסיק שלא היה מגע קרוב. זאת בניגוד להתראות על בסיס מעקבי השב"כ, שלא כוללות שלב דומה של אימות, אלא רק של השגה בדיעבד.

45. כפי שכותבים מומחי הפרטיות (במכתבם – נספח 10/ע לעיל): "הממשלה לא קידמה את השימוש ביישומון 'המגן' באופן מספק, ולמעשה זנחה אותו מול מקסם הכלי של שירות הביטחון הכללי. מכיוון שהפצת 'המגן' לא לוותה בקמפיין משמעותי, פוטנציאל השימוש של היישומון רחוק ממיצוי". לפי נתונים שמסר משרד הבריאות לוועדה ביום 23.6.2020 1.6 מיליון משתמשים הורידו את היישומון, אך כמחצית מהם (הסירו אותו לאחר מכן. הסיבות להסרה לא נחקרו, אך יש להניח שמדובר בשילוב של חוסר מודעות והנחייה, תסכול מתקלות ואי דיוק, ומעל הכול העובדה שבמקביל הפעילה הממשלה את מעקבי השב"כ, דבר שסימן את "המגן" כחסר תועלת, ועורר חשש, שהמידע יועבר בסופו של דבר לשב"כ או לרשות אחרת".

46. גם הכשל בחקירות האפידמיולוגיות השפיע לרעה על התפיסות של הציבור ביחס ליעילות היישומון, שכן עיכוב ניכר בהזנת נתונים בשרתי משרד הבריאות, או הזנת נתונים לא מדויקים, הוביל לחיזויים מאוחרים מאוד, או לחיזוי שגוי, ולתסכול מהיישומון.

47. ביום 23.6.2020 הצהירה נציגת משרד הבריאות בוועדה, כי יישומון 'המגן 2' מוכן לשימוש ונוספה לו טכנולוגיית BLE לאיתור מגעים קרובים. גם ראש אגף טכנולוגיות במל"ל, רפי מרון, דיווח ביום 24.6.2020 לוועדת הכנסת, 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, 24.6.2020).

48. רק ביום 27.7.2020 הושק 'המגן 2' וכיום הוא זמין להתקנה לרוב בעלי הטלפונים החכמים (ישנה בעיה בהתקנת היישומון בטלפונים של חברת שיאומי).

49. 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 'המגן 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). היישומון 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.

50. החוקרים הגיעו למסקנה כי הגורם המשמעותי ביותר להורדת היישומון הוא מידת האמון ביעילות של האמצעי. לעומת זאת, חשש 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 חוסר אמון ביעילות היישומון.

העתק טיוטת המחקר מצורף ומסומן ע/11.

51. אם הממשלה מעבירה לציבור את המסר שרק מעקבי השב"כ יעילים יש להניח שהיא מחזקת אצל אנשים את האמונה ש'המגן' אינו יעיל, ואף מיותר, בבחינת "נחמד שיש", אך לא הכרח. לעומת זאת, אם הממשלה תתחיל להסביר את התועלת של 'המגן' ואת יתרונו בהגנה על פרטיות המשתמשים, תגדל גם הנכונות להוריד אותו ולהשתמש בו. במצב דברים שבו היישומון יבוא במקום מעקבי השב"כ, האמון בו יגבר והערבות ההדדית בין יחידי החברה תגרום לאימוצו הרחב. כיוון ש'המגן' מבוסס על טכנולוגיה מבוזרת ולא ריכוזית, גם ניתן יהיה להסיר בקלות חששות מפני פגיעה בפרטיות, ובכך גם להעלות את שיעורי ההתקנה. דווקא העירוב של השב"כ והשיח הער על המעקבים יש בו להגביר את תחושת הפגיעה בפרטיות, לשחוק את אמון הציבור ואת נכונותו לשתף פעולה.

### הפעלת השב"כ בישראל למעקב מגעים מבוסס מיקום

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

53. השב"כ הוא גוף ביטחוני חשאי הפועל מכוח חוק השב"כ. הוא קיבל לידיו סמכויות וכלים מבצעיים אפקטיביים לביצוע משימותיו ובמיוחד לצורך משימות של ביטחון מסכל. לכן ראתה הממשלה בהפעלת יכולותיו כלי אפקטיבי לצורך מעקבי מגעים.
54. בין היתר לשב"כ סמכויות מרחיקות לכת לאיסוף מידע (סעיף 8 לחוק השב"כ), לרבות סמכות לקבל "נתוני תקשורת" מחברות התקשורת (סעיף 11 לחוק).
55. סעיף 11 לחוק השב"כ קובע כי ראש הממשלה רשאי לצוות על חברות התקשורת להעביר לשב"כ את נתוני התקשורת שנאספים במאגרי המידע שלהן, לצורכי מילוי תפקידיו לפי החוק. מרגע שהועבר המידע לשב"כ, השימוש בו מצריך היתר מראש השב"כ.
56. ראש השב"כ לשעבר, אבי דיכטר, התייחס להליך חקיקתו של סעיף 11 ולגישה של השב"כ למודיעין אותות (SigInt). אבי דיכטר, שהיה ראש השירות בעת שחוקק חוק השב"כ, סיפר לימים על האופן שבו התקבל סעיף 11 וציין: "השתדלנו להעביר אותו מתחת למכ"ס, מפני שהוא היה סעיף מאוד בעייתי בפרוטנציאל שיש בו למרות שב-2002 עוד לא כולם הבינו את כל משמעות נתוני התקשורת". (אבי דיכטר בפאנל שנערך במכללה למינהל ביום 20.3.2012 לציון עשור לחוק השב"כ - ניתן לצפות בדבריו בקישור הבא, בדקה 19 : <https://youtu.be/BZ1sZqa0BR0>).
57. ואכן, סעיף 11 לחוק יצר "מפלצת" מעקב, שאיש מבין חברי הכנסת לא העלה על דעתו. תחקיר שפורסם ביום 27.3.2020 ב"ידיעות אחרונות" מתאר את האופן שבו מומשו הסמכויות שמקופלות בסעיף 11 בעשרים השנה האחרונות.
- התחקיר של ד"ר רונן ברגמן ועידו שברצטוך מיום 27.3.2020 מצורף ומסומן ע/12.
58. לפי התחקיר, השב"כ נהנה מגישה ישירה למסד הנתונים של כל ספקי התקשורת בארץ, ואוגר באופן רציף וקבוע נתוני התקשורת ומידע אישי אחר של כלל האוכלוסייה במדינה. כך נוצר מאגר עצום שמכונה "הכלי" במטרה להשתמש במידע לסיכול טרור או חתרנות. 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 שוחחתי, 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).
59. כפי שעולה מן הכתבה, 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 ובקרות 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".
60. לפי התחקיר, בשב"כ מקפידים בחרדת קודש על כך שהיכולות הללו ישמשו לסיכול טרור בלבד אך במהלך השנים אירע שהארגון הסכים לחרוג מכלל זה בין היתר - לצורך התמודדות עם אחד מגלי חיסולי החשבונות בין משפחות הפשע בישראל. 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.

61. עו"ד אלי בכר, יועמ"ש השב"כ לשעבר, כתב על המאגר בספרו **שב"כ במבחן** שיצא לאור 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**)).

62. 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).

63. לשב"כ יש אפוא גישה מלאה לנתוני מיקום של כל אדם שעושה שימוש בטלפון נייד בתוך גבולות המדינה וגישה למידע נוסף. יתר על כן, למיטב הידיעה, וכפי שעלה במרומז במהלך הדיונים בכנסת, את נתוני התקשורת השב"כ מעבד ומצליב 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.

64. 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 על אודות יעילות השב"כ למעקבי מגעים לעומת חקירה אנושית ויישומן לאיתור מגעים**

65. כפי שצוין לעיל, המומחים לבריאות הציבור, פרופ' לוי ופרופ' דוידוביץ', מציינים כי שימוש במעקבי השב"כ לאיתור מגעים של חולה מאומת אינו יעיל. זאת כיוון, שהשב"כ מתמקד רק בחולים עם אבחנה חיובית, שהם רק קצה הקרחון בשרשראות ההדבקה. לטענתם באתרים המועדים לתחלואה קשה, כמו בתי הדיור המוגן, אין תועלת במעקבי השב"כ, במיוחד שעה שהוא מופעל על ידי אנשים שאין להם הבנה כלשהי באפידמיולוגיה. עוד הם מוסיפים, כי "בשל המאמץ להוכיח כי אין תחליף לשימוש בשב"כ, נזנחות ומוחלשות חלופות אחרות, כולל חלופות קלאסיות

"אנושיות", שהן אלה שיעילותן מוכחת בהתמודדות עם מחלות מידבקות. כן נזנחות חלופות טכנולוגיות שונות, שאינן מפרות את הזכות לפרטיות של מי שהם חולים פוטנציאליים ושלפרטיותם אנו כרופאים מחויבים בכל עת" (ע/3).

66. קשה להעריך במדויק את יעילות האמצעים הטכנולוגיים של השב"כ באיתור מגעים לאור העובדה כי הנתונים שנמסרים לגורמים המפקחים הם חלקיים, וכי מדובר בארגון חשאי שלא ניתן לחקור את התנהלותו, להגיש בקשות חופש מידע ולקבל ממנו נתונים גולמיים (ר' סעיף 14 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998). הדבר מאפשר לשב"כ ולממשלה שליטה בלעדית בנתונים, ומאפשר להם להציג נתונים הנוחים להם, וכך להשפיע על דעת הקהל. ואכן לאחר שהחל השימוש בשב"כ הוזנו כלי התקשורת לעיתים קרובות בנתונים חלקיים, שלכאורה מראים עד כמה הכלי אפקטיבי ומציל חיים, כדי לזכות בכותרות מחמיאות.

67. ד"ר שורף אלטשולר ועו"ד ארידור הרשקוביץ (ע/8) מצאו, כי עד 31.5.2020 השב"כ איתר 5,800 אנשים שהתגלו כחולים בתקופת גל התחלואה הראשון. אולם בחינה מדוקדקת של הנתונים מלמדת שבמקביל, חקירה אנושית גילתה 1,730 חולים, ומכאן שמעקבי השב"כ איתרו באופן בלעדי רק 4,070 חולים מתוך קבוצה של 12,017 שזוהו כמי שבאו במגע עם חולה מאומת והתברר שהם חולים. 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".

68. החוקרות מציינות כי צריך לבחון את הכלי של השב"כ לא רק מול חקירות אנושיות אלא מול חקירות אנושיות בתוספת ישומונים לאיתור 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-Wi-Fi אשר משמשות באפליקציות לאיתור מגעים, ואשר עובדות גם במבנים סגורים, קניונים, בניינים רבי קומות וכדומה.

69. 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.

70. גם מי שהיה שר הביטחון בתקופת ממשלת המעבר, נפתלי בנט, אשר נחשף בעצמו ליכולות השב"כ, ציין 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".



### בחירת יעילות מעקבי השב"כ בגל השני

71. ביום 1.7.2020 חודש השימוש במעקבי השב"כ בעקבות חקיקת הוראת שעה לשלושה שבועות, שהחוק מושא עתירה זו תיקן והחליף. מהשבועיים הראשונים שלאחר חידוש הפעלת מעקבי השב"כ בחוק בתחילת יולי 2020 התברר כי יעילות מעקבי השב"כ ורמת הדיקו שלם לא השתפרו לעומת הגל הראשון. באותה תקופה נשלחו 152,586 מסרונים (!) כתוצאה מהפעלת השב"כ.

העתק הדיווח הראשון על יישום החוק מיום 9.7.2020 מצורף ומסומן ע/13.

העתק הדיווח השני על יישום החוק מיום 16.7.2020 מצורף ומסומן ע/14.

72. היקף המסרונים הוא בעל משמעות כבירה על מרקם החיים. כל מסרון הוא צו בידוד אוטומטי לתקופה של עד 14 ימים, אשר לרבים מהווה גורם המשבש לחלוטין באופן חד ומפתיע את שגרת החיים ואת האפשרות להתפרנס. משפחות רבות לא מסוגלות לעמוד בהוראות הבידוד של משרד הבריאות, בשל כך שיש ילדים קטנים בבית שלא ניתן לנתק מההורה, או היעדר חדר מתאים לבידוד. התוצאה היא שכל המשפחה נדרשת להיכנס לבידוד, וכך מעגל המבודדים מתרחב הרבה מעבר לכמות המסרונים שנשלחים.

73. הממשלה טוענת ש-6,244 מאלו שנכנסו לבידוד ואותרו רק על ידי מעקבי השב"כ התגלו לאחר מכן כחולים כנתון התומך ביעילות האמצעים. ברם, מדובר ב-4% מהמגעים בלבד. על כל מגע שאותר והוביל להדבקה, היו 25 מגעים שלא הובילו להדבקה.

העתק ניתוח הדיווח הראשון בידי פרופ' קרין נהון מיום 14.7.2020 מצורף ומסומן ע/15.

העתק ניתוח הדיווח הראשון בידי ד"ר תהילה שורץ אלטשולר ועו"ד רחל ארידור הרשקוביץ מהמכון הישראלי לדמוקרטיה מיום 14.7.2020 מצורף ומסומן ע/16.

74. הנתונים שנאספו על השימוש במעקבי השב"כ בשבועיים הראשונים שלאחר חידושם הובילו ל"קרב נרטיבים", כאשר הממשלה החלה לעשות יחסי ציבור לשימוש בשב"כ, לרבות הדלפה של נתונים חלקיים ומסגורם כ"הצלחה מסחררת". הגדיל לעשות ראש הממשלה שפרסם בעמוד הפייסבוק שלו הודעה לפיה לא פחות מ-70% מהחולים מאותרים על ידי השב"כ.

75. ומה האמת? ביום 1.7.2020 היו בישראל 26,464 נשאים מאומתים, וביום 15.7.2020 היו בישראל 44,536 נשאים מאומתים. מכאן שבשבועיים אלו הצטרפו 18,072 נשאים מאומתים חדשים. מכאן שאם מעקבי השב"כ הובילו לבידודם של 6,244 איש שהתגלו כחולים, הללו מהווים כשליש מסך החולים החדשים הידועים החדשים באותה תקופה, ולבטח לא 70%.

76. להשלמת התמונה נוסף, כי לאחר חקיקת החוק המתקן מושא עתירה זו הוגשו ביום 26.7.2020 וביום 30.7.2020 דיווחים נוספים על השימוש במעקבי השב"כ מתחילת יולי ועד יום 29.7.2020. בדיווח מספר 4 דיווח משרד הבריאות על 246,650 מסרונים שנשלחו על בסיס מעקבי השב"כ בלבד. כרבע מיליון איש הוכנסו לבידוד בתוך 3 שבועות! מתוך מבודדים אלו 12,099 התגלו כחולים. מדובר בשיעור של 5% מהמגעים שאותרו. על כל מגע שהוביל להדבקה יש 20 מגעים שלא הובילו להדבקה. מתחילת השימוש בשב"כ בתחילת יולי ועד 29.7.2020 נוספו 37,600 חולים מאומתים, מהם 12,099 התגלו כחולים על בסיס מעקבי השב"כ – מדובר בשליש מהחולים החדשים.

העתק הדיווח הרביעי על יישום החוק מיום 30.7.2020 מצורף ומסומן ע/17.



77. ביום 6.8.2020 דיווח משרד הבריאות על יישום החוק עד יום 5.8.2020. לפי הדיווח 280,708 מסרונים נשלחו מתחילת יולי ועד 5.8.2020 על בסיס מעקבי השב"כ בלבד. 14,004 אנשים נמצאו כחולים על בסיס מעקבי השב"כ (כ-5% מהמגעים). בכל התקופה נמצאו 42,338 חולים מאומתים, מכאן שהשב"כ איתר באמצעיו שליש מהחולים החדשים, והחקירות האנושיות 37%.

העתק הדיווח החמישי על יישום החוק מיום 6.8.2020 מצורף ומסומן ע/18.

78. גם הנתון של אותם 14,004 איש, שעל פי הנטען הוכנסו לבידוד על בסיס איתור מגעים במעקבי השב"כ והתגלו כנשאים מאומתים, אינו שלם, בשל היעדר נתונים חשובים. כך, למשל, אין נתונים לגבי אנשים שקיבלו את המסרון ובסופו של דבר גם חלו, אך כבר היו בבידוד בעת שהמסרון נשלח אליהם. למשל, כאשר אדם מתגלה כחולה הוא מיד מעביר הודעה על כך לעמיתיו למשרד או לשותפיו לאימון פילאטיס, בדוא"ל או ביישומון מסרונים, ואלו נכנסים לבידוד. אם לאחר מכן הם גם מקבלים מסרון עקב איכונם בקרבת החולה במעקבי השב"כ, ויתברר שחלו, זה יימנה בסטטיסטיקה של "הצלחה" של האמצעים, למרות שלא הייתה למעקבי השב"כ כל תרומה לבידוד מהיר של החולה ומניעת שרשרת ההדבקה, שכן מקבל המסרון כבר היה בבידוד. מדובר, ככל הנראה, במקרים שכיחים למדי, של אנשים שידעו לבד ממקורות אחרים אודות המגע הקרוב ונכנסו לבידוד עצמי (בין שדיווחו עליו למשרד הבריאות ובין אם לאו). מדיווח משרד הבריאות, רק בחודש יולי מעל 100,000 מבודדים גילו על המגע הקרוב עם החולה שלא באמצעות משרד הבריאות או מעקבי השב"כ אלא באופן עצמאי.

79. גם אם נניח שחלק מהנשאים המאומתים החדשים שנכנסו לבידוד רק הודות למעקבי השב"כ לא ידעו קודם על המגע הקרוב, חסרים נתונים אודות הזמן שחלף מאז המגע הקרוב עם נשא הנגיף ועד שנשלחה אליהם ההודעה להיכנס לבידוד. כאשר קיים עיכוב במועד הבדיקות, ועיכוב במועד קבלת התוצאות, ועד שמאותר המגע חולפים מספר ימים, הרי ששרשרת ההדבקה לא נבלמה. כעבור יומיים מהמגע, אם הייתה הדבקה, הנדבק הופך למדבק ללא סימפטומים, ויוצר מעגלי הדבקה חדשים. בהיעדר נתונים על פרק הזמן שבין המגע לקבלת ההודעה, לא ניתן לדעת האם האמצעים אכן מונעים את מעגלי ההדבקה באופן מעשי, או שתרומתם נמוכה. גם פה נראה שאלו מקרים שכיחים למדי, אך רק למשיבים יש אפשרות לספק אותם.

80. הנה כי כן, נראה שהתרומה של האמצעים לקטיעת שרשראות הדבקה היא קטנה ממה שמתואר, אך מחירה כבד ביותר – בידוד של רבבות ללא כל הצדקה אפידמיולוגית ופגיעה באמון הציבור. וזאת כמובן, מעבר לפגיעה החמורה מכול בזכויות היסוד ובדמוקרטיה.

81. לשם השוואה, מתחילת יולי ועד יום 5.8.2020, כפי שעולה מהדיווח החמישי של משרד הבריאות (ע/18), 86,239 איש קיבלו הוראת בידוד על בסיס חקירה אנושית ועוד 22,118 התגלו גם על ידי חקירה אנושית וגם על ידי מעקבי השב"כ (סה"כ – 108,357), ומאלו התגלו כחולים 15,757 איש, ועוד 7,078 חולים התגלו גם על ידי חקירה אנושית וגם על ידי מעקבי השב"כ, ומכאן שהחקירות האנושיות זיהו 22,835 מגעים שהובילו להדבקה. מדובר ב-21% אחוזי הצלחה באיתור מגעים שהובילו להדבקה לעומת 5% במעקבי השב"כ. **מכאן שהנתונים מצביעים על כך שחקירות אנושיות מדויקות פי 4 מחקירות על בסיס מעקבי השב"כ.**

82. בפניה מטעם מומחי הפרטיות, הם הזהירו את חברי ועדת החוץ והביטחון כבר ביום 23.6.2020 (ע/10), כי מערכות מרכזיות עם איכון סלולרי מזהות מגעים גם בדיוק של כמה עשרות מטרים

וגורמות להתראות שווא רבות. מצב דברים זה מעודד התעלמות מסוכנת של הציבור ולאובדן האמון בהודעות המערכת. המומחים מזהירים כי הדבר יתבטא בכך שאנשים ימנעו מלקחת איתם טלפונים למקומות "מועדים" דוגמת מרכולים, אירועים והפגנות.

83. תחזית זו התממשה במדויק עם חידוש השימוש בשב"כ, בראשית יולי, כאשר אלפים רבים הלינו על הוראות בידוד שגויות שקיבלו. בדוח הראשון שהגיש משרד הבריאות לוועדה על השבוע הראשון לשימוש במעקבי השב"כ לא יכול היה משרד הבריאות אפילו לדווח כמה השגות היו במדויק בשל ריבוי ההשגות והקושי לטפל בהן (ע/13). בדוח השני דיווח משרד הבריאות על 38,727 השגות. 18,951 שוחררו בעקבותיהן (ע/14).

84. בדיווח הרביעי מיום 30.7.2020 (ע/17) דיווח משרד הבריאות על 86,189 השגות, שמתוכן התקבלו 49,493 השגות, כלומר – 57% מההשגות התקבלו, 15% נדחו ו-13% הוגדרו "בטיפול", ואלו רק לגבי מי שטרם והגיש השגה. בדיווח החמישי מיום 6.8.2020 (ע/18) דווח על 107,022 השגות מתחילת יולי, מהן 70,444 השגות התקבלו. **שיעור ההשגות שמתקבל הוא 66%**! והוא רק הולך וגדל.

#### הפגיעה באמון הציבור כתוצאה ממעקבי השב"כ

85. אכן, איכון סלולרי טוב כאינדיקציה ראשונית לאיתור חשודים בעבירות ביטחון כשהוא נלווה לאמצעים אחרים – טכנולוגיים ואנושיים – המדייקים את תוצאותיו וממקדים אותן, אך הוא לא מאוד מוצלח באיתור מגעים קרובים של חולי קורונה כאשר הוא ניצב לבדו ללא אמצעים משלימים, ולכן יש פה אפקט של "זאב זאב", המוביל לפגיעה באמון הציבור והתעלמות מההנחיות. החשש להתעלמות מהנחיות מתגבר נוכח המצוקה הכלכלית הקשה שנגרמת כתוצאה מהבידוד למי שאינו יכול לעבוד מהבית, שיש לו עסק, שיש לו ילדים במסגרות וכדומה.

86. ואכן, בסקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה מיום 15.7.2020, שבועיים לאחר חידוש השימוש במעקבי השב"כ, ניכרת ירידה דרמטית באמון הציבור בגורמים המנהלים את המשבר. הסקר קובע כי חלה ירידה חדה מאוד במידת האמון לגבי התנהלותם בנושא הקורונה הן לגבי ראש הממשלה ושר הבריאות הן לגבי הגורמים המקצועיים הרפואיים והכלכליים בממשלה. האמון בגורמים המקצועיים צנח מ-59% באמצע יוני ל-40.5% באמצע יולי.

הסקר בעריכת פרופ' תמר הרמן וד"ר אור ענבי באתר: <https://www.idi.org.il/articles/32008>

87. שליחה סיטונאית של אנשים לבידוד ללא הצדקה לא רק שפוגעת באמון הציבור ברשויות הבריאות ובשיתוף הפעולה מצדו עם הנחיותיו, אלא שיש בה לפגוע קשות בכלכלה, לרסק עסקים קטנים, ולייצר הסגר דה פקטו של מאות אלפי משפחות, למרות שהממשלה מצהירה שמטרתה להימנע משיבוש החיים והכלכלה.

88. 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 חינויים ולשבש את עבודת הממשל יתר על הנדרש.

89. מחלוקת נוספת סביב הפעלת מעקבי 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, של האזרחים הערבים, שעבורם

השב"כ הוא גורם פיקוחי עם היסטוריה רבת שנים של מעורבות שלילית בחייהם והפעלת פיקוח הדוק על מכלול היבטים – ביטחוניים ואזרחיים כאחד. הדבר עלול להוביל להימנעות מבדיקה בקרב מי שחש תסמינים, השארת הטלפון הנייד בבית ביציאה להפגנות או לפעילות פוליטית והסתרת מידע.

90. בסקר שצוין לעיל, שערכו ד"ר ערן טוך ואשרת אילון מאוניברסיטת תל-אביב (ע/11), 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

91. 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".

92. 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.

93. 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.

94. ביום 18.3.2020 הגישה העותרת מס' 1 והעותרת מס' 2 יחד עם הרשימה המשותפת עתירות נגד תקנות אלו שנידונו במשותף יחד עם עתירה נוספת על ידי עו"ד בן מאיר באותו נושא ביום 19.3.2020. עתירה נוספת הוגשה מאוחר יותר באותו עניין על ידי ארגון העיתונאים בישראל.

95. 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.

96. ביום 23.3.2020 מינתה הכנסת וועדות זמניות, לרבות ועדת החוץ והביטחון וועדת המשנה לשירותים החשאיים. בעקבות כך הודיעה הממשלה לבית המשפט הנכבד ביום 24.3.2020 על

ההחלטה 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 להסמיך את השב"כ לבצע חקירות אפידמיולוגיות ולאתר אנשים שבאו במגע עם חולים.

97. 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".

98. 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 שפטיהם ברשימת חייבי הבידוד ולמטרה יש גישה לרשימה זו לצרכי אכיפה (להלן – **החלטת ההסמכה**).

99. ביום 5.4.20 תיקנו העותרות את עתירותיהן וביקשו 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.

100. 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.

101. 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.

102. 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/19.

העתק הערות העותרת 2 מיום 31.5.2020 לתזכיר החוק מצורף ומסומן ע/20.

103. 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.

104. 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 שנוצצים בארגון וקרא לפתח יישומון אזרחי למעקב מגעים. מאוחר יותר הקלטת דבריו הודלפה והושמעה בערוצי התקשורת השונים.

105. 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.
106. 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 איתור מגעים מבוססת BLE, על בסיס הטכנולוגיה של חברות גוגל ואפל.
- העתק המצגת של אגף מערכות מידע ומחשוב של משרד הבריאות מצורף ומסומן ע/21.
107. 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/22.
108. ביום 29.6.2020 התכנסה בבהילות ועדת החוץ והביטחון לדון בהצעת החוק. יו"ר הוועדה, ח"כ צבי האזור, הודיע כי בכוונתו לפצל את הצעת החוק כך שניתן יהיה לקדם במהירות חלק מההצעה. בדיון עצמו ניתנה לנציגי העותרות ולמומחי פרטיות נוספים ההזדמנות 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 החוץ והביטחון מיום 28.6.2020 מצורף ומסומן ע/23.
109. המליאה אישרה את הצעת החוק המפוצלת בקריאה ראשונה באותו היום. הוועדה המשיכה לדון בהצעת החוק, ללא השתתפות גורמים מהציבור, ובתוך יומיים סיימה את דיוניה בחוק.
110. 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/24.
111. ביום 1.7.2020 אישרה מליאת הכנסת את הוראת השעה בקריאה השנייה והשלישית, ברוב של 53 תומכים ו-38 מתנגדים. ביום 8.7.2020 אישר היועץ המשפטי לממשלה את נוהל משרד הבריאות ליישום החוק.
- העתק הוראת השעה מיום 1.7.2020 מצורף ומסומן ע/25.
- העתק הנוהל של משרד הבריאות מצורף ומסומן ע/26.
112. ביום 10.7.2020 הגישו העותרות 1 ו-3 עתירה נגד החוק שאושר ביום 1.7.2020 (בג"ץ 4762/20) האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת). באותו יום קבע בית המשפט הנכבד (כב' השופט מינץ) כי העתירה תידון בהקדם. דיון נקבע ליום 19.7.2020, אך ביום 17.7.2020 החליט בית המשפט הנכבד כי לאור העובדה שהוראת השעה אמורה הייתה להיות מוחלפת בתוך מספר ימים בהוראת שעה אחרת, יבוטל הדיון, וב"כ המשיבים התבקשו לעדכן את בית המשפט.

113. למרות שהחוק "פוצל" כדי לאפשר את הסמכת השב"כ בהליך בזק תוך השארת האפשרות לדון על ההסדר הקבוע בפרק זמן של 21 ימים נוספים, בפועל לאחר חקיקת הוראת השעה הזמנית ביום 1.7.2020 ובמשך שבועיים לא נערך כל דיון בחלק שפוצל. רק ביום 15.7.2020, שבוע לפני פקיעת הוראת השעה, החלה הוועדה לדון בחלק שפוצל. דבר זה הותיר לחברי הוועדה זמן קצר ביותר לדון בפרטים: ישיבה קצרה ביום 15.7.2020, ישיבה ארוכה ביום 16.7.2020 והצבעות ביום 19.7.2020 כאשר החוק המתקן התקבל ביום 20.7.2020 במליאה.

לקראת הדיון ביום 15.7.2020 שלחה העותרת 1 הערות נוספות לדיון, שלא זכו להתייחסות.

העתק פניית העותרת 1 מיום 15.7.2020 מצורף ומסומן ע/27.

114. לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת אף הוגשה הצעה מפורטת שניסחו פרופ' מיכאל בירנהק ועו"ד חיים רביה, ממייסדי העותרת 4, שביקשה להסדיר את החלופות האזרחיות לטכנולוגיות השב"כ. בהצעה תמכו 15 מומחי משפט, טכנולוגיה וחברה. לנוחות הוועדה ההצעה נוסחה מלכתחילה כהצעת חוק, שאפשר לאמץ את סעיפיה לתוך חוק הסמכת השב"כ.

בין היתר הוצע שהממשלה תחויב לפתח טכנולוגיות אזרחיות לאיתור קירבה בין בני אדם, שמתוכננות מלכתחילה באופן שמגן על הפרטיות, בדומה לנעשה בעשרות מדינות אחרות בעולם. החלופות יכללו יישומון שמיועד להתקנה במכשיר טלפון חכם, וחומרה ייעודית כמו צמיד או כרטיס חכם, שיאפשרו לנטר קירבה בין חולה לאדם אחר, גם בקרב האוכלוסייה החרדית או בקרב אנשים אחרים שאינם משתמשים בטלפונים חכמים. השימוש בחלופות יהיה וולונטרי, ללא תשלום, ויתבסס על מידע מוצפן ואנונימי. ביוזמת יו"ר ועדת החוץ והביטחון, ח"כ צבי האוזר, אומצו רק שניים מסעיפי ההצעה המרכזיים-פחות, והדבר נעשה באופן שמעקר את הגיונם **כתוספת** להסמכת השב"כ **ולא כחלופה** לה.

העתק ההצעה לחלופות האזרחיות ("הצעת חוק הפעלת מערכת אזרחית לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020") מצורף ומסומן ע/28.

115. בפני הכנסת אף הונחה חוות דעת של מייסדי העותרת 4 מיום 19.7.2020, אשר התריעה כי החוק מקים חשש ממשי לביטול ההכרה של האיחוד האירופי בישראל כבעלת הגנה מספקת על הפרטיות, הכרה שניתנה לישראל בשנת 2011. הכרה זו מאפשרת תנועה חופשית של מידע אישי מישראל לאירופה וההיפך. מדובר בצעד חיוני למשק, ולמוסדות מחקר, שכן דיני הגנת המידע האירופי אוסרים על העברת מידע אישי על תושבי האיחוד האירופי אל מחוץ לגבולות האיחוד, למדינה שאינה מקיימת רמה נאותה של הגנה על מידע אישי, אלא בהתאם לכללים מכבידים אחרים.

לדברי מומחי העמותה, החוק מעמיד בסכנה הכרה זו, הנבחנת מחדש בימים אלו. מסקנה זו מתחזקת לאור שני פסקי דין של בית הדין האירופאי לצדק, לרבות פסק דין שניתן לאחרונה ביום 16.7.2020, שפסלו הסדר של האיחוד עם ארה"ב להעברת מידע בשל דיני הביטחון הלאומי בארצות הברית. פסק הדין הטרי פסל הסכם בשם "מגן הפרטיות" בשל שימוש בלתי מרוסן של סוכנויות המודיעין האמריקניות במידע אישי בכלל, ובתוך זה מידע אישי שמקורו באיחוד האירופי (ר': C-362/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner. 2016 (להלן – עניין **שרמס**

((2.

מומחי העותרת 4 מתריעים כי לאור פסק הדין בעניין **שרמס 2** לא תוכל המדינה להגן על המעמד שלה מול האיחוד אם החוק יופעל, ובמיוחד לאור עמדת האיחוד ביחס לוולונטאריות הנדרשת מטכנולוגיות למעקבי מגעים, אשר גם בית המשפט הנכבד התייחס אליה בעניין **בן מאיר**, בפיסקה 38 לחוות דעת הנשיאה חיות.

עמדה זו זכתה להתעלמות מוחלטת, אף שלביטול ההכרה בישראל צפויות תוצאות כלכליות חמורות, וזאת בזמן שהמדינה מתמודדת ממילא עם משבר כלכלי מהקשים בתולדותיה בעקבות המגפה. אירופה היא שוק הסחר העיקרי של ישראל. הכלכלה המודרנית מבוססת על תנועת מידע ולא לחינם היא קרויה "כלכלת מידע". מידע חיוני לפעילותם של אינספור ארגונים – חברות הי-טק וטכנולוגיה המבססות מישראל עסקים חובקי עולם, בנקים ומוסדות פיננסיים המבצעים עסקאות בין-לאומיות, חברות תרופה המבצעות ניסויים קליניים באירופה, מוסדות אקדמיים שמקבלים מימון במסגרת תכניות מחקר אירופיות או משתפים פעולה עם אוניברסיטאות באיחוד, סוכני תיירות שיבקשו לשקם את תעשיית התיירות הפגועה באמצעות עידוד אזרחי האיחוד האירופי להגיע לישראל, ועוד ועוד. כל אלה ייתקלו בקושי עצום בקבלת מידע מאירופה אם תישלל ההכרה בישראל. חמור מכך, פסק הדין בעניין שרמס 2 קבע שעל ארגונים המבקשים להעביר באמצעים חלופיים מידע למדינות לא מוכרות לבחון אם המידע האישי שיעבירו יוגן בהתחשב בדיני המדינה המקבלת. אם תישלל ההכרה בישראל, אין לראות איך ארגונים יוכלו בכלל שהמידע האישי שהם מבקשים להעביר מהאיחוד האירופי לישראל יוגן דיו. לכן, לשלילת ההכרה בישראל יהיו תוצאות חמורות במיוחד, גרועות אפילו מאי-קבלת ההכרה מלכתחילה.

העתק מכתב מייסדי העותרת 4 מיום 19.7.2020 מצורף ומסומן ע/29.

116. ניתן היה לצפות שהפיצול יקנה לוועדה שלושה שבועות לצורך דיון רציני ומשמעותי, אך לא כך אירע בשל סד הזמנים הקצרצר שנקבע לדיון. ב"כ העותרות ומומחים רבים מהחברה האזרחית נכחו בכל הדיונים שהתנהלו באמצעות יישומון "זום", אך לכל אחד ניתנו כשלוש עד חמש דקות להתייחס לכל החוק, ורק באופן כוללני. לא ניתנה הזדמנות להתייחס לכל אחד מהסעיפים, ולהצעות שעלו במהלך הדיון ונכנסו בסוף לחקיקה.

117. אף שעתירה זו איננה כוללת טענות פרוצדורליות, קשה לומר כי מדובר היה בהליך חקיקה איכותי, אלא בהליך בזק, שבו ניתן פתחון פה של ממש רק לגורמי הממשלה שתומכים בחקיקה ואילו המתנגדים, לרבות מומחים לפרטיות בעלי שם, נאלצו להסתפק בדקות בודדות ובהתייחסות כוללת בלבד בדיון הראשון. בהליכי חקיקה בעבר הנוהג היה לאפשר דיון כללי וגם סבב התייחסויות לכל סעיף וסעיף, אך בחסות המגיפה והשימוש ביישומון להיוועדות מרחוק, קל להשתיק קולות אחרים (ודי בלחיצת כפתור, פשוטו כמשמעו).

להלן קישור לפרוטוקולים של הדיונים בכנסת:

<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_575773.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_575773.doc</a>	23.6.2020
<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_575864.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_575864.doc</a>	29.6.2020
<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_575998.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_575998.doc</a>	
<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_576216.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_576216.doc</a>	30.6.2020

<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_576415.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_576415.doc</a>	
<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_577328.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_577328.doc</a>	15.7.2020
<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_578285.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_578285.doc</a>	16.7.2020
<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_578894.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_578894.doc</a>	19.7.2020
<a href="http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_578293.doc">http://fs.knesset.gov.il/23/Committees/23_ptv_578293.doc</a>	20.7.2020

118. כאמור, ביום 20.7.2020 התקבל בכנסת החוק המתקן ברוב של 48 תומכים מול 23 מתנגדים. בעקבות זאת ביקשו העותרות בבג"ץ 4762/20 לתקן את העתירה אך ביום 28.7.2020 בית המשפט הנכבד מחק את העתירה תוך שמירת הטענות שיועלו בעתירה חדשה ולאחר מיצוי הליכים. העתק החוק המתקן מיום 20.7.20 מצורף ומסומן ע/30.

### עיקרי החוק בנוסחו המתוקן

119. החוק הינו הוראת שעה לתקופה של חצי שנה.
120. מכוח סעיף 3 לחוק הממשלה רשאית להכריז על הסמכת השב"כ לביצוע פעולות הנדרשות למשרד הבריאות בביצוע חקירות אפידמיולוגיות: זיהוי נתוני מיקומם של חולים בתקופה של עד 14 ימים לפני תאריך אבחונם במחלה וזיהוי האנשים שבאו במגע קרוב עם החולים בתקופה האמורה.
121. מגע קרוב מוגדר בחוק כ"מגע עם חולה העלול להביא להדבקה במחלה, בהתייחס למרחק מהחולה ולזמן החשיפה אליו, בהלימה, ככל האפשר, להנחיות הקליניות של נציג משרד הבריאות, כפי שפורטו בנוהל משרד הבריאות". בנוהל ליישום החוק שקבע משרד הבריאות נקבעה הנחיה גמישה למדי: "מגע העלול להביא להדבקה, שהוא בדרך כלל מגע הנמשך 15 דקות בקירוב, ובמרחק של כשני מטר, ככל שניתן לזהות את המרחק, ואלא אם נסיבות המגע הן כאלה שעשויות להביא לסיכון להדבקה גם במרחק וזמן חשיפה שונים. הגדרה זו עשויה להשתנות מעת לעת לפי המידע הרפואי והאפידמיולוגי שיצטבר, בהתאם לקביעת ראש שירותי בריאות הציבור או סגנו".
122. החוק קובע כי על הממשלה להשתכנע בשני אלו כתנאי להכרזה: ראשית, כי בשל חשש להתפשטות רחבת היקף של המחלה יש צורך מידי וממשי בהסתייעות בשירות. שנית, שאין חלופה מתאימה להסתייעות בשירות, בשים לב לסיכון הנשקף לציבור מהמחלה ולאחר שהונחו לפני המלצותיו של צוות השרים.
- צוות השרים יכלול את ראש הממשלה, ראש הממשלה החלופי, שר הבריאות, שר המשפטים, שר המודיעין ושרים נוספים כפי שתחליט הממשלה. ביום 5.7.2020 החליטה הממשלה שצוות השרים יכלול את ראש הממשלה, ראש הממשלה החלופי, שר הבריאות, שר המשפטים, שר המודיעין, שר החוץ (החלטת ממשלה 180 מיום 5.7.20).
- החוק מנחה את צוות השרים לבחון את הצורך בהמשך ההסתייעות בשירות בהתחשב באלו: א. מצב התחלואה בישראל בשל נגיף הקורונה החדש; ב. תרומת תוצאות פעולות הסיוע לצמצום



התפשטות המחלה ובקיומן של חלופות להסתייעות; ג. הפגיעה בזכות לפרטיות, כאשר לפני הצוות תונח חוות דעתה של הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים בעניין זה.

123. החוק קובע בנוסף, כי בתקופת תוקפה של ההכרזה יהיה משרד הבריאות רשאי להעביר לשירות בקשה לקבלת סיוע, ובלבד שמספר החולים החדשים באותו יום או ביום שקדם לו עלה על 200.

למרות שרבות דובר בהליך החקיקה על שימוש במעקבי השב"כ כ"מוצא אחרון" או רק במצב של "אין ברירה", השאלה מהי "התפשטות רחבת היקף" של המחלה לא הוגדרה בחוק, וגם הנתון של 200 חולים מאומתים הוא שרירותי ומהווה תנאי מינימום ולא מחייב את הממשלה. לצורך השוואה, "מדדי ראש הממשלה", שנקבעו כמדד להתפרצות נרחבת המצדיקה החרפת צעדים כמו סגר כוללת שילוב של שלושה רכיבים: מספר חולים יומי (מעל 100), מספר חולים במצב קשה (מעל 200) וקצב הגידול היומי (הכפלה של מספר החולים תוך 10 ימים או פחות וקצב גידול יומי של 7% לפחות), כאשר אלו תנאים מצטברים. נראה שעד כה נתוני התחלואה לא היו גבוהים מכל המדדים הללו בעת ובעונה אחת.

124. ההכרזה הינה ל-21 ימים לכל היותר, והיא טעונה אישור של הוועדה, שרשאית לאשר את ההכרזה, לא לאשרה או לאשרה לתקופה קצרה יותר. אם לא דנה הוועדה בהכרזה שהובאה לאישורה, יראו את ההכרזה כאילו אושרה; ואולם ההכרזה שתוכרז אחרי אותה הכרזה תהיה טעונה את אישור ועדת החוץ והביטחון בתוך חמישה ימים מיום פרסומה ברשומות. מכאן שבפועל יכולה הוועדה לוותר על סמכות הפיקוח על הממשלה לתקופה של 26 ימים.

125. סעיף 5 לחוק קובע כי בתקופת תוקפה של ההכרזה מוסמך השב"כ, לפי בקשה של משרד הבריאות, לעבד מידע טכנולוגי לגבי החולה שהבקשה נוגעת אליו ולגבי אנשים שבאו עמו במגע קרוב בתקופה של עד 14 ימים לפני תאריך אבחון כחולה. מידע טכנולוגי כולל נתוני זיהוי, נתוני מיקום ונתוני התקשרויות, למעט תוכן שיחה כהגדרתה בחוק האזנת סתר (סעיף ההגדרות). יש לציין כי נוהל משרד הבריאות קובע שהחל מיום 10.7.2020 בקשות למידע יהיו לגבי 10 ימים לפני יום האבחון, ולא 14 ימים.

126. על בסיס פעולות עיבוד המידע, השב"כ מוסמך להעביר למשרד הבריאות נתוני מיקום של חולה בתקופה של 14 ימים לפני תאריך אבחון 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. 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.

135. סעיף 12א לחוק קובע כי על משרד הבריאות להעמיד לשימוש הציבור ללא תשלום בתוך שבעה ימים טכנולוגיה אזרחית לאיתור מגעים אשר התקנתה והשימוש בה ייעשו רק בהסכמתו מדעת של המשתמש ומתוך רצונו החופשי. כמו כן, על שר הבריאות לגבש תכנית לאומית לעידוד הציבור להשתמש בטכנולוגיה האזרחית בתוך 14 ימים.

אף שהחוק לא מתייחס לטכנולוגיה מסוימת, הכוונה היא ליישומון 'המגן 2'. יודגש כי אין בחוק כל התניה בין הסמכת השב"כ לבין השקת הטכנולוגיה האזרחית, והם יכולים להוות אמצעים משלימים ולא חלופיים. גישת יו"ר הוועדה בדיונים הייתה כי מדובר בשכבת הגנה נוספת, וכי ייתכן שהממשלה בעתיד תבחר להפסיק להשתמש בשב"כ על בסיס קיומה של טכנולוגיה אזרחית, אך אין כל חובה כזו.

### **ההכרזה הראשונה מכוח החוק וחוות הדעת של הרשות להגנת הפרטיות**

136. ההכרזה הראשונה מובנית בחוק מכוח סעיף 23(א), כך שעם קבלת החוק בנוסחו המקורי יש לראות כאילו ניתנה הכרזה מכוח סעיף 3 לחוק למשך 21 ימים, דהיינו עד יום 10.8.2020. לאור זאת לא הובאה בפני הוועדה החלטת הסמכה מנומקת של הממשלה ולא נמסרו הטעמים בגינם סבורה הממשלה כי יש צורך מידי וממשי להסמיך את השב"כ בשל חשש להתפשטות רחבת היקף של המחלה או שאין חלופה מתאימה להסתייעות בשירות, בשים לב לסיכון הנשקף לציבור מהמחלה ולאחר שהונחו לפנייה המלצותיו של צוות השרים.

137. למיטב ידיעת העותרות, צוות השרים בראשות שר המודיעין התכנס אך לא פורסמה לציבור כל החלטה מנומקת בעניין. בפני צוות השרים הונחה חוות הדעת של הרשות להגנת הפרטיות (המשיבה 5) מיום 14.7.2020, כמתחייב מכוח החוק.

138. הרשות להגנת הפרטיות חיוותה עמדתה החד משמעית שיש לחדול משימוש במעקבי השב"כ וכי יש חלופה מספקת בדמות יישומון 'המגן 2', שהרשות בחנה, קבעה שהוא מוכן להשקה, והמליצה להשיקו ללא דיחוי. חוות הדעת מחזיקה 35 עמודים ומסקנתה היא:

"הרשות סבורה כי המשך השימוש באמצעים המופעלים על ידי השב"כ, על מידת דיוקם המוגבל ובהינתן שמידת פגיעתם בפרטיות גדולה לאין שיעור, גם לאחר שהיישומון בגרסתו המשודרגת יופעל, תהווה פגיעה לא מידתית בפרטיות, וכן עשויה להוביל לפגיעה באמון הציבור במערכות השלטון, לכרסם באופן משמעותי במעמדה של הזכות החוקתית לפרטיות, ולהביא לנרמול של שימוש ביכולות טכנולוגיות של גופי בטחון לצורך פרקטיקות של מעקב אחר אזרחים שומרי חוק".

העתק חוות דעת הרשות להגנת הפרטיות מיום 14.7.2020 מצורף ומסומן ע/31.

139. חרף חוות הדעת החד משמעית צוות השרים הכריע להמשיך בחקיקת החוק המתקן והמשך השימוש במעקבי השב"כ.

### **ההכרזה השנייה מכוח החוק וחוות הדעת השנייה של הרשות להגנת הפרטיות**

140. בחלוף שלושה שבועות מתחילת החוק החליטה ועדת השרים להמליץ לממשלה על המשך הסמכת השב"כ. ביום 11.6.2020 פורסמה בילקוט הפרסומים ההכרזה. בפני ועדת השרים הונחה חוות דעת נוספת של הרשות להגנת הפרטיות מיום 6.8.2020, אשר חוזרת על עמדת הרשות בחוות הדעת הראשונה.

העתק חוות הדעת של הרשות להגנת הפרטיות מיום 6.8.2020 מצורף ומסומן ע/32.

**מיצוי הליכים**

141. בעקבות תיקון חוק מעקבי השב"כ ביקשו העותרות 1 ו-3 לתקן את עתירתן נגד החוק בנוסחו המקורי. ב"כ משיבי הממשלה טענו שאין להיעתר לבקשה בין היתר בשל החובה המוטלת על העותרות למצות הליכים. כאמור לעיל בית המשפט הנכבד מחק את העתירה תוך שמירת טענות העותרות להעלותן בעתירה חדשה לאחר מיצוי הליכים. ב"כ משיבי הממשלה הפנו בתגובתם לאמירות במספר פס"ד, לפיהן החובה למצות הליכים מוטלת גם במקרה של תקיפת חוק. אמירות אלה נקבעו בפסקי דין קצרים שדחו עתירות על הסף מבלי שהקביעה בעניין זה נומקה, מבלי שהוסבר הרציונל לכך ומבלי שניתנה הזדמנות לעותרים להגיב לכך. דומה שאף ב"כ הכנסת אינם שותפים לעמדה זו של ב"כ משיבי הממשלה.

142. עמדת העותרים היא, כי ככלל לא מוטלת על עותר החובה למצות הליכים בטרם הגשת עתירה חוקתית. ככל כלל גם לכלל זה ישנם יוצאים מן הכלל. כך, למשל, כשעותר מבקש לתקוף חוק שנחקק לפני למעלה מיובל שנים בשל כך שהוא סותר את חוק יסוד: חופש העיסוק, שכידוע פסקת שמירת הדינים שנכללה בו מראשיתו פקעה. במקרה כזה לא היו לכנסת ולממשלה הזדמנות קודמת לבחון את חוקתיות החוק, ומן הראוי להקדים פנייה ולאפשר לרשות האחראית ליישום החוק לבחון את חוקתיותו בטרם תוגש העתירה. הוא הדין בחוק שנחקק על ערש העידן החוקתי של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ולא הופעל מאז. בינתיים התפתחו התפיסות החוקתיות ופרשנות חוקי היסוד, ועצם חלוף הזמן מצדיק פנייה לרשות כדי שתבחן את הטענות נגד חוקתיות החוק.

143. שונה המצב במקרה הרווח בו תקיפת החוק מתבצעת בסמוך לאחר חקיקתו. במקרה של הצעת חוק ממשלתית היא עוברת את המסנן חוקתי של הייעוץ המשפטי לממשלה, וכשהיא מגיעה לכנסת היא עוברת מסננת חוקתית נוספת של הייעוץ המשפטי של הכנסת. אם שני גורמים אלה סמכו ידם על חוקתיות החוק לא יהיה בכוחם של עותרים להאיר את עיני הממשלה או הכנסת ולשכנעם שמדובר בחוק לא חוקתי. באותם מקרים חריגים, בהם חוק נחקק בתמיכת הממשלה למרות חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי של הכנסת שמדובר בחוק שאינו חוקתי (כמו במקרה של חוק ההסדרה) – קל וחומר שאין שום טעם בפנייה מקדימה לפני הגשת עתירה לביטול החוק.

144. בג"ץ קבע שוב ושוב שמיצוי הליכים איננו אך דקדוקי עניות או טקס פורמלי אלא תכליתו היא להעמיד את הרשות על מעשיה או מחדליה הלא חוקיים, לאפשר לה לשקול את טענות העותר ולתת לה הזדמנות נאותה לתקן את דרכיה. רציונל זה כוחו אינו יפה למעשה החקיקה שעבר תהליך של בחינה ושקילה חוקתיים ואין בכוחה של פנייה מטעם העותר לשנות את עמדת הרשות לגביו. לפיכך אין הצדקה להטיל על עותר דרישה חסרת תוחלת למצות הליכים לפני הגשת עתירה לביטולו של חוק.

145. לפיכך מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד להעמיד הלכה על מכונה ולקבוע, כי ככלל אין חובת מיצוי הליכים לפני תקיפת חוק.

146. יחד עם זאת קביעת הלכה אינה נדרשת בנסיבות העניין. העותרים פעלו ברציפות מאז אמצע מרץ 2020 נגד הסמכת השב"כ לביצוע מעקבי מגעים, וכל הטענות שלהם במישור החוקתי הובאו בפני המשיבים שוב ושוב במסגרת העתירה שהוגשה נגד תקנות שעת חירום, העתירה המתוקנת נגד הסמכת השב"כ מכוח סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ, והעתירה נגד הוראת השעה מיום 1.7.2020. נציגי

העותרים השתתפו בדיונים בכנסת בהיקף שהותר להן וטיעוניהן החוקתיים הובאו בעת הדיונים על החוק מושא העתירה, וזאת בנוסף לניירות עמדה מפורטים ורבים שנשלחו למשיבים – כמפורט בתשתית העובדתית שהובאה לעיל. לאור זאת, אין מקום לטענה בדבר צורך במיצוי הליכים נוסף לאחר חקיקת החוק.

## הטיעון המשפטי

### הפגיעה בפרטיות ובצנעת הפרט

147. 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.
148. 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.
149. בעניין **בן מאיר** בית המשפט הדגיש 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 חיות).

150. בית המשפט הנכבד המשיך והדגיש 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 למיהות 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, בפסקה 37 לחוות דעת הנשיאה חיות).

151. 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".

152. הרשות להגנת הפרטיות עמדה גם היא על הפגיעה הקשה בפרטיות כתוצאה מהפעלת מעקבי השב"כ (ע/31). עיקר דאגתה של הרשות הוא מאיסוף כפוי ללא הסכמה של נתוני מיקום. הרשות סבורה כי יש סכנה לא מבוטלת מכך לפרטיות, גם כאשר הם מועברים בתצורה אנונימית, בשל היכולת לעשות דה-אנונימיזציה, לאחר שהמידע כבר הועבר לידיים חיצוניות.

153. הרשות מציינת שנתוני מיקום דיגיטליים חושפים את השובל הייחודי שכל אחד משאיר, ומאפשרים להסיק מכך מידע אישי ביותר כמו מצב בריאותי ונפשי, אמונות, דעות פוליטיות, נטייה מינית, מצב כלכלי, קשריו האישיים והחברתיים, מצב תעסוקתי, ומצבו האישי של אדם. הרשות גם מתריעה בדבר הסכנה שמידע אישי יזלוג, כיוון ש"הביקוש הגובר לנתוני מיקום מייצר תמריץ לשימושים שלא כדין במידע (למשל מכירת המידע לסוחר מידע), הן ע"י מי שמורשים לגשת למאגר (עובדי הארגון, המנהל או המחזיק במאגר), והן ע"י פורץ חיצוני, זאת באמצעות ניצול המידע לצרכי סחיטה, התנכלות, אפליה תעסוקתית, ביטוחית ועוד".

154. מאמרו של פרופ' מיכאל בירנהק עוסק אף הוא בהסמכת השב"כ לביצוע מעקבי מגעים וניתוח פסק הדין בעניין **בן מאיר**. לטענתו הפגיעה בפרטיות ממעקבי השב"כ היא בקשר למידע רפואי, למידע על מיקום, ולמידע על קשרים ומפגשים חברתיים, וכן פגיעה כללית בפרטיות. פרופ' בירנהק מנתח כל אחת מהפגיעות הללו ומגיע למסקנה כי החוק מוביל לחשיפת מידע רפואי, מידע על נתוני מיקום, ומידע על קשרים בין בני אדם, שהם מידע פרטי שראוי להגנה (מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר – הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" (יתפרסם **במשפט וממשל** 2020) (להלן – **פרטיות במשבר**), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3650193](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3650193)).

155. לגבי הפגיעה הכללית בפרטיות מציין פרופ' בירנהק כי:

"מעבר לפגיעות שיש באיסוף מידע רפואי, נתוני מיקום ומידע על קשרים ומפגשים חברתיים, מעקב השב"כ פוגע בפרטיות האזרחים באופן כללי. כאשר המדינה עוקבת, והאזרחים יודעים שהמדינה עוקבת, נוצרת תחושת מעקב. לעצם קיומה של התחושה הזו בציבור יש אפקט מצנן. זהו המבט הממשמע שעליו הצביע מישל פוקו, בנייתו את הצעת הפנאופטיקון של ג'רמי בנת'האם – לכלא שבנוי כך שהאסירים אינם יודעים האם ומתי הם נצפים על ידי הסוהרים (מישל פוקו **לפקח ולהעניש: הולדת בית הסוהר** (יואל רגב עורך, 2015)). במצב כזה, האסירים מפנימים את היותם נצפים, וההפנמה הזו, שהיא נירמול של המעקב, הופכת אותם לסוהרים של עצמם. כך, המעקב עלול להביא לפגיעה בחירותם של האזרחים. הם עלולים להימנע מפעולות לגיטימיות וחוקיות, רק בשל התחושה שהמדינה עוקבת

אחריהם. מנגנוני פיקוח כאלה הונהגו בברית המועצות ובמזרח גרמניה בשעתן: אזרחי המדינות האלה ידעו שהם עשויים להיות תחת מעקב, רק לא ידעו מי עוקב, מתי והיכן. מול המעקב הממשמע, הפרטיות אמורה לשמש מגן (מיקי זר "אנשים שקראו מאמר זה התעניינו גם ב...": על הקשר בין פרטיות לפרופיילינג" **משפט חברה ותרבות** ב 69, 75 ואילך (מיכאל בירנהק עורך, 2019)). בנוסף, כאשר מופעל מעקב אזרחי רחב והפרטיות נסוגה מפניו, יש חשש שיהיו אזרחים שינקטו פעולות התנגדות שונות: מהתנגדויות שקטות כמו יציאה למרחב הציבורי בלי מכשיר הטלפון הנייד, ועד התנגדות פעילה יותר – אי שיתוף פעולה עד כדי שקר בחקירה אפידמיולוגית, השגה שקרית על איכון, ועוד (לדיון על התנגדות למעקב, ראו מיקי זר הדרמה הטכנולוגית בזירת המידע: פרטיות, מעקב והתנגדות (צפוי להתפרסם, 2021)). במילים אחרות, במעקב השב"כ אחרי אזרחים בהקשר רפואי, יש פגיעה עמוקה בפרטיות תושבי המדינה" (**פרטיות במשבר**, בעמ' 13).

### הפגיעה בחירות

156. החוק פוגע בזכות לחירות. החוק מתיר לבצע מעקב אחר תנועותיו של אדם בניגוד לרצונו, וכתוצאה ממעקב זה להורות לו להיכנס לבידוד של עד שבועיים, ללא כל הנמקה או הסבר, בשל חששות. הפגיעה היא גורפת, שכן החוק מבוסס על מערך טכנולוגי ולא אנושי ועל בחינת מיקום, שאינה מדויקת באחוז ניכר מהמקרים בזיהוי מגע קרוב העלול להוביל להדבקה. החוק מאפשר הפעלת שיקול דעת רק במסגרת השגה.

157. אין חולק שגם צו בידוד המוצא על בסיס חקירה אפידמיולוגית אנושית פוגע בחירות, אולם ההבדל התהומי הוא שבחקירה אנושית נדרשת הצדקה ושיקול דעת רפואי, ואילו בחקירה המבוססת על אמצעי טכנולוגי לא מדויק, הפגיעה בחירות היא כזו שאין לה הצדקה אפידמיולוגית. כך, למשל, במקרה של בידוד של מי שהיה בקרבה לחולה אך מעבר לקיר או בקומה אחרת, או שישב במסעדה אך בשולחן המרוחק 8 מטרים ולא שני מטרים.

158. **בחקירה אנושית יש שיקול דעת רפואי**. למשל – אם חולה מאומת נפגש עם הוריו במרחב פתוח תוך שמירת מרחק של 5 מטרים ועטיית מסיכות, לא תהיה הצדקה להכניסם לבידוד. ואכן במקרים שונים שפורסמו בכלי התקשורת שיחרר משרד הבריאות מבידוד אנשים שהיו בקרבה לאדם חולה כאשר נשמרו כללי ריחוק חברתי והתמגנות נאותים.

כך למשל, לאחרונה הוציא השר לביטחון פנים, מר אמיר אוחנה, הודעה לתקשורת לאחר שהתברר שנפגש עם אדם שהתגלה כחולה מאומת. זו לשון ההודעה: "לפני מספר שעות נודע לי כי אדם שנפגשתי איתו ביום שני בכנסת התגלה חיובי לקורונה. התקשרתי מיד למנכ"ל משרד הבריאות ועדכנתי אותו בפרטי המפגש (לאורך הפגישה הקפדנו על ריחוק וחבישת מסיכות כל העת). לאחר מכן ערכה עמי אחות מוסמכת חקירה אפידמיולוגית, במהלכה הארכתני בפירוט את פרטי המפגש. בתום החקירה קיבלתי הודעה ממשרד הבריאות כי אינני נדרש להישאר בבידוד".

לעומת זאת, עמדת משרד הבריאות הינה שאין לשחרר אדם מבידוד בשל מגע שאותר במעקבי השב"כ, על בסיס הצהרתו ששמר על כללי משרד הבריאות בעניין ריחוק חברתי והתמגנות.

159. החוק פוגע בחירות גם בשל האפקט הממשמע והממשטר שיש למעקבים המוניים מתמשכים כמו מעקבי השב"כ הגורמים לאדם להימנע מפעילויות שונות. אדם שידע 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 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; להלן – **עניין האגודה לזכויות האזרח**; מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 182 ו-429 (2011), **פרטיות במשבר** לעיל).

160. האפקט הממשטר מתחזק נוכח התחושה של השרירות בהפעלת האמצעים, שנעשית ללא שיקול דעת אנושי. בעקבות כך אנשים עלולים לחשוש להשתתף בהפגנות, שהיו הולכים אליהן אם לא היו האמצעים הללו, משום שהם יחששו מאיכון של חולה בסביבתם וכניסה לבידוד ממושך, הגם שהם עוטים מסיכה, שומרים מרחק ונזהרים.

161. הפגיעה בחירות עקב מעקבי השב"כ ובידוד ללא הצדקה אפידמיולוגית מובילים לפגיעה במעגל רחב של זכויות: פרנסה, חופש תנועה, טיפול רפואי, חינוך וכדומה, ואף עלולים לגרום לחרדה מיותרת.

### הערות מקדימות בדבר האיזון החוקתי

#### איזון אנכי ולא איזון אופקי

162. מה שעומד מול הפגיעה הקשה של החוק בזכויות החוקתיות לפרטיות ולחירות הוא אינטרס ציבורי חשוב של שיפור ודיוק החקירה האפידמיולוגית באמצעות הסתייעות באמצעים טכנולוגיים וכפועל יוצא - שמירה על בריאות הציבור, הגנה על מערכת הבריאות וצמצום הפגיעה בחיי אדם. מדובר על כן באיזון אנכי רגיל, בין זכויות יסוד לאינטרסים ציבוריים, כאשר הבחינה החוקתית נדרשת לבחון האם הפגיעה בזכויות לצורך מימוש האינטרסים הציבוריים היא לתכלית ראויה ומידתית.

163. יש לדחות את הטענה שעלתה בכתבי הטענות של המדינה והכנסת, לפיה מה שעומד על הפרק הוא איזון אופקי בין הזכות לפרטיות לבין הזכות לחיים. זו משוואה 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, וכאשר הפגיעה היא מובחנת. אם לא, 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, "תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל) "משפטים" לט 47, 81 (2009); אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97 (2011)).

164. אם, למשל, 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. גם בסגר מלא הממשלה מתירה לאחוז לא מבוטל של עובדים חיוניים לעבוד ולסכן את עצמם למען הכלל. כמעט כל צעד שהממשלה תתיר מלבד סגר מלא ומוחלט 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 הדיון החוקתי.**

165. פרופ' בירנהק סבור אף הוא כי השימוש החוקתי בזכות לחיים דורשת הצבעה על מובחנות הפרט, על ההסתברות של הפגיעה בזכות, ועל קיומו של קשר ישיר בין פעולת המדינה לפגיעה בזכות לחיים. כאשר האמצעים נועדים להגן על החברה בכללותה ניתן לדבר על אינטרס ציבורי, בבריאות הציבור – אולם אין זו זכות חוקתית לחיים. פרופ' בירנהק מדגיש כי "דווקא בקשר למגיפה, תרגום האינטרס הציבורי לזכויות של יחידי הציבור הוא מלאכותי: האינטרס הציבורי בהתמודדות עם מגיפה הוא ההבנה שהחברה היא רשת של בני אדם: האחד עלול להדביק אחרים. יחידי החברה אינם נתפסים כאן כאוסף של יחידים שכל אחד נושא זכויות בנפרד, אלא הקשר בין יחידי החברה הוא שחשוב" (**פרטיות במשבר**, בעמ' 17).

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

167. עוד נוסף, 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.

#### **אי תחולת דוקטרינת הזהירות המונעת**

168. ההערה המקדימה השנייה היא שאין מקום להחיל במקרה זה את דוקטרינת הזהירות המונעת, אשר גם הוזכרה באופן אגבי בעניין **בן מאיר**. אם באמצע חודש מרץ כאשר הממשלה הסמיכה לראשונה את השב"כ נמצאה הממשלה במצב של חוסר ודאות, בגל ראשון של תחלואה שלווה בתחזיות (שגויות) לאלפי מונשמים ומתים וקריסת מערכת הבריאות, והממשלה פעלה במציאות כאוטית ומאיימת, הרי שאנו במצב שונה היום.

169. גם אם לא הכל ידוע על המחלה, הרי שעומדת לממשלה מערכת רחבת היקף להתמודדות עם המגיפה, מכוני מחקר, ניסיון מצטבר מאנשי הרפואה, ובמיוחד – הרבה מאוד מידע מצטבר, לרבות נתוני עתק (big data), מכל רחבי העולם, שניתן להפיק מהם תחזיות מדויקות יותר על הסיכון הנשקף. ואכן, בניגוד לחודש מרץ, שם הגישה הייתה לשתק מיידית את המשק, הרי שהיום הממשלה ומערכת הבריאות עוסקים בניהול סיכונים מתמיד וקבוע מבוסס, וההתנהלות המצופה היא מבוססת ראיות (Evidence-based policy). כך, למשל, הממשלה היום משנה את זמני הבידוד וקיצרה את המועד לבחינת מגעים מ-14 ימים ל-10 ימים, על בסיס נתוני עתק, הגם שיש חריגים בקצוות. בכנסת מתבקשת הממשלה להביא נתונים כדי להצדיק סגירת בריכות שחיה וכדומה.



170. בעניין **בן מאיר** ציין גם המשנה לנשיאה מלצר, כי גם בעקרון הזהירות המונעת יש לנהוג בזהירות, והדגיש כי מעבר לדחיפות המיידית, יש לבחון וללבן את השימוש במעקבי השב"כ מול חלופות אפשריות (שם), בפיסקה 6 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה).

### החוק אינו חוקתי

#### קיימים אמצעים שיעילותם רבה יותר ואשר אינם פוגעים בזכויות האדם

171. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה נועד לבחון האם יש אמצעים יעילים המשיגים את תכלית החוק ושאינם פוגעים בזכויות האדם או פוגעים במידה פחותה. 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 חיות ור' גם פסקה 6 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר).

#### אמצעים לא טכנולוגיים חלופיים שפגיעתם פחותה

172. כדי לבחון את האמצעים החלופיים צריך תחילה לשים בקונטקסט הנכון את האמצעים שבחוק. כפי שהוסבר בחלק העובדתי של העתירה, 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 אמצעים טכנולוגיים, בין מעקבי השב"כ ובין יישומון, מופעלים בעיכוב ניכר אחר השלב המדבק של החולה, כאשר מעגלי ההדבקה כבר נוצרו.

173. הפעלתם של אמצעים אלו תלויה במערך הבדיקות, שעדיין רחוק מלתת מענה מהיר דיו, במיוחד בהתפרצות נרחבת המטילה עומס כבד על מערך הבדיקות. הפעלת האמצעים כחלק מחקירה מותנית בתוצאות 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 (3/ע).

174. חקירות ואמצעים דיגיטליים 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.

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

176. אם היה ניתן לגלות הבנה כלשהי לפעולות הממשלה באמצע מרץ, קשה להבין מדוע גם היום מערך החקירות האפידמיולוגיות קטן משמעותית בהשוואה למדינות אחרות, ומדוע הוא מונה 300 חוקרי מגעים בלבד. קשה להבין מדוע הרחבת המערך צפויה להיעצר ב-600 לפי הצהרת משרד הבריאות בוועדת החוץ והביטחון.

177. קשה להבין מדוע לא הושקעו משאבים בטיוב החקירות האנושיות לא רק בכוח אדם מיומן אלא גם במשאבים לטיוב לקיחת המידע. אין להבין מדוע עדיין יש חקירות שנרשמות על נייר ורק לאחר מכן מוזנות למחשב. אי אפשר לקבל שימוש בטלפונים פרטיים בביצוע חקירות אפידמיולוגיות.

178. יש מדינות שמתמודדות עם המגיפה רק באמצעות חקירות אנושיות בלי אמצעי טכנולוגי כלשהו, או שיש להן אמצעי טכנולוגי משלים וולונטרי ללא אחוזי התקנה גבוהים בקרב הציבור. אם התקופה שחלפה ובמיוחד תקופת הרגיעה בין הגל הראשון לשני במגיפה היו מנוצלים לשיפור מערך החקירות האנושי, ניתן היה למנוע את החוק הפוגעני.

179. למרבה המזל, הכשרה של חוקר מגעים היא פשוטה ויש מדינות שביצעו אותה באופן מקוון תוך ימים. גם שיפורים טכנולוגיים ניתן לקדם במהירות. למשל – טופס מקוון למילוי עצמי של החולה המאומת עוד לפני שמתפנה לדבר איתו חוקר מגעים. לכן ניתן תוך זמן קצר להביא לשיפור האמצעי האנושי שלא פוגע באותו אופן כמו מעקבי השב"כ שבחוק, ומשיג תוצאה יעילה ומדויקת יותר.

180. 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.

#### **אמצעים טכנולוגיים משלימים שפגיעתם פחותה**

181. אין ספק כי יישומון כמו 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 שהשימוש 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 חיות).

182. הרשות להגנת הפרטיות בחנה את 'המגן 2' יחד עם אנשי משרד הבריאות והגיעה למסקנה חד משמעית שהוא אמצעי חלופי הולם יותר ומידתי יותר ממעקבי השב"כ, והיא המליצה להפסיק את השימוש במעקבי השב"כ ולהשתמש ב'מגן 2' ככלי טכנולוגי משלים לחקירות האנושיות.

183. נעבור עתה לשאלה האם אמצעי חלופי כמו 'המגן', ובעיקר 'המגן 2', מהווה חלופה מספקת להשגת התכלית. נתחיל בכך שהתכלית היא זיהוי מהיר של נתיבי תנועה של חולים ואיתור מגעים בעלי סיכון גבוה להדבקה. 'המגן 2' נותן מענה הן לצורך של משרד הבריאות לשחזר מהר נתיבי תנועה ומיקומים של חולים מאומתים כדי להזין אותם בשרתי משרד הבריאות והן נותן מענה לאיתור מגעים בעלי סיכון גבוה להדבקה. חשוב מזה, 'המגן 2' מאפשר הפצה מהירה של מידע מדויק למי שבאו במגע קרוב עם חולים מאובחנים, באופן ששומר על האנונימיות והפרטיות הן של החולה והן של המגעים.

184. עתה נעבור לבחינת טיוב החקירות האנושיות במימד של **דיוק ויעילות**.

185. לגבי **דיוק** – אין ספק שיש אמצעים שומרי פרטיות המשיגים תוצאות טובות יותר מאשר מעקבי השב"כ, כמו יישומון 'המגן 2', הכולל איתור מגעים ברמת דיוק גבוהה יותר על בסיס טכנולוגיית BLE וניטור מקום מבוסס GPS ו-Wi-Fi בעת ובעונה אחת, בלי צורך במעקב מיקומים מבוסס איכון. יישומון 'המגן 2' הוא פוטנציאלית כלי מדויק יותר, שביחד עם שיפור מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות יכול לתת חיווי על מגע קרוב וממושך דיו, תוך שמירה על פרטיות, גם באותם מקרים שלא עולים בחקירה רגילה, ובנוסף הוא מסייע לשחזר נתיבי תנועה במהירות במקרה של הידבקות.

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

187. כפי שהוסבר בחלק העובדתי, מעקבי השב"כ אינם מדויקים דיים ועקב כך, מוכנסים לבידוד אנשים רבים ללא כל הצדקה אפידמיולוגית. הוראות הבידוד השגויות גוררות אחריהן 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 יישומון המגן כוללת שלב אימות נוסף, המאפשר אינדיקציה נוספת האם מדובר בטעות או שמא בהתראת אמת.

188. יתרון נוסף שיש ליישומון לאיתור מגעים כמו 'המגן 2' הוא ה**מהירות**. כאמור, היישומון פועל באופן שלכל מכשיר נייד יש קוד, וקוד זה נרשם בכל הטלפונים שנמצאו בקרבתו במשך 15 דקות או יותר. ברגע שאדם מאובחן כנשא קורונה, מזינים את הקוד "שלו" במערכת וכהרף עין מועברת לכל מי שבאו עמו 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.

189. חיסרון שיש ליישומון לעומת מעקבי השב"כ הוא לכאורה הוולונטריות שלו, אך גם מעקבי השב"כ תלויים בסופו של דבר בנכונות האזרחים לשאת עמם את מכשיר המעקב – הטלפון הנייד. הבחירה אם להשאיר את הטלפון בבית כשיוצאים למקום מסוים, או לנתק אותו במקומות מסוימים היא בחירה וולונטרית, ואין חוק שמחייב להסתובב עם טלפון. לצד זאת, ברור שבסופו של דבר הטלפון החכם הוא כלי חיוני לרוב האנשים, שקשה להתנהל היום בלעדיו, כך שהמעקב הוא בפועל כפוי.

190. לגבי תפוצת היישומון, היישומון מושק בימים אלו. קמפיין רציני יכול להוביל לאחוזי הורדה גבוהים, ויש לכך דוגמאות בעולם: בשוויץ, למשל, הורידו את היישומון הוולונטארי 43% מהציבור עד עתה (ר' ע/16). אם יהיה ניסיון להציע שוברים או תמריצים למי שיריד את היישומון הדבר יוביל להגדלת התפוצה. בכמה מדינות גם מציעים את היישומון למי שאין בבעלותו טלפון חכם, באמצעות נשיאת כרטיס בגודל של כרטיס אשראי בארנק המחובר לטכנולוגיית BLE, או צמיד יד. 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 מבחינת הפגיעה בפרטיות מאשר מעקבי השב"כ, אך יש לנקוט בה כמוצא אחרון, שכן היא מעוררת קשיים לא מבוטלים במישורים אחרים (למשל – שיש בה למנוע שירות חיוני ממי שאינו מחזיק במכשיר המתאים להורדת היישומון).

191. אכן, על פני הדברים לאמצעי המעקב של השב"כ, כאמצעי ריכוזי וכופה, יש יתרון באכיפה, שכן כל איתור מגע נכנס מיד לרשימת חייבי בידוד ונמסר למשטרה, ואילו חלופה וולונטרית כמו 'המגן 2' נסמכת על אחריותם האישית של אזרחים לבודד עצמם וליידע את הרשויות. אולם כך מתנהלות דמוקרטייות, 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 (ע/5).

192. 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. מנגד, גם באמצעים כופים, מי שנחוש להפר את הבידוד יוכל לעשות זאת, ולמשטרה אין יכולת אמיתית לפקח על כל מבודד כל העת. למרות זאת, היקף ההפרות של הבידודים היה מזערי, וכפי שציין בית המשפט בעניין **בן מאיר**, זו הייתה אחת הסיבות שהכנסת סירבה לקדם חקיקה המתירה איכון סלולארי של מבודדים על ידי המשטרה (שם, בפסקה 31 לחוות דעת הנשיאה חיות).

193. 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 תצליח, והאזרחים יעשו כל שלאל ידם על מנת להמרות את פי הריבון ולהפר את גזרותיו השרירותיות, אף ישאירו את הנייד בבית או ב"מצב טיסה" כדי להימנע ממעקב ובידוד כפוי אפשרי.

194. 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 ייענו 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 יפעלו כך כדי לתרום משמעותית למטרה של שיטוח עקומת התחלואה.

195. יש להביא בחשבון עוד, שאם רוב הציבור לא יהיה מעוניין להתקין את היישומון, כפי שחזזה הממשלה, משמע שיש בכך אמירה ברורה של הציבור של הבעת אי אמון בשימוש בטכנולוגיה במסגרת ההתמודדות עם המגיפה, והדבר מחזק עוד יותר את טענת הפגיעה בפרטיות. אי אפשר מצד אחד למעט מכובד הפגיעה בפרטיות בטענה שלרוב האנשים לא אכפת ממעקב של השלטון אחריהם, והם מוכנים לזה מטעמי סולידריות חברתית, ובאותה נשימה לטעון שאין מנוס ממעקב כי רוב האנשים לא טרחו להקדיש חצי דקה מזמנם להורדת יישומון חינוכי שנועד לתת להם הגנה.

196. כאמור, בנוסף ליישומון 'המגן 2' יש אמצעים טכנולוגיים רבים נוספים שניתן לנקוט כדי לדייק את החקירות האפידמיולוגיות האנושיות וכדי ליעלן, שאינן כרוכות בביצוע מעקבים על ידי גוף ביטחון חשאי. למשל, יש מדינות שבהן משתמשים בסריקת קוד בכניסה למקומות ציבוריים הומי אדם כדי שאם אדם נמצא חולה הוא יוכל לנדב מידע מדויק לגבי מקומות בהם שהה.

### יישומון 'המגן 2' כאמצעי משלים למעקבי השב"כ – מתכון להכשלת היישומון

197. מהחוק עולה בבירור שהממשלה רואה ביישומון כלי משלים ולא כלי חלופי לשב"כ. כלומר – אם עד עתה המוזיקה שעלתה מעמדות הממשלה הייתה "אין ברירה" כי אין אמצעי חלופי, עתה האמירה היא שגם אם יש אמצעי חלופי ויש ברירה, הוא לא יחליף את השימוש בשב"כ אלא יהווה אמצעי משלים.

198. מדובר במתכון להכשלת היישומון. כפי שהוסבר בחלק העובדתי לעתירה, מחקר של ד"ר ערן טוך ואשרת אילון מצא כי הגורם החשוב ביותר להורדת 'המגן 1' היה מידת היעילות שהמשתמש ייחס ליישומון, והגורם המעכב ביותר להורדת היישומון היה החשש מפגיעה בפרטיות. הפעלה במקביל

של מעקבי השב"כ תכשיל את הורדת היישומון שכן היא תפחית במידה רבה את תחושת היעילות ביישומון, שעה שהוא ממילא מופעל לצד מעקבי השב"כ, והיא תגדיל את תחושת הפגיעה בפרטיות, לאור הקושי להבחין בין האמצעים השונים.

199. קמפיין אפקטיבי יהיה חייב להתבסס על שני פרמטרים – אחד – התועלת הרבה בהורדת היישומון למשתמש; ושתיים – הדגשת הוולונטריות והשליטה במידע, ונטרול החשש מפרטיות (ר' גם חוות דעת הרשות להגנת הפרטיות, בעמ' 15-14). לא ניתן לנהל קמפיין כזה בשעה שמעקבי השב"כ מופעלים.

200. הכשלת התקנת היישומון בשל המשך מעקבי השב"כ תיצור תירוץ להמשך הפעלת מעקבי השב"כ, במעגל שוטה. מסר זה אף הוצג בפני ועדת החוץ והביטחון על ידי נציגי העותרים.

201. ואכן, הגם שחלף זמן קצר בלבד מהשקת היישומון, 'המגן 2' לא זכה לאמון הציבור עד כה. מדיווח משרד הבריאות מיום 6.8.2020 (ע/18) עולה כי בשבוע הראשון לאחר השקת היישומון 71,600 אנשים הורידו את היישומון אך 74,137 אנשים הסירו אותו. בין הסיבות שמציין משרד הבריאות: צריכה גבוהה של סוללה, תהליך הרשמה ארוך, היישומון לא תומך במכשירים ישנים ובמכשירי "שיומי נוט", ריבוי התראות על אופן פעולתו, חששות מפגיעה בפרטיות וחשש מקבלת חיווי שיחייב בידוד.

202. חלק מהסיבות הן טכניות וקל להתגבר עליהן – ניתן, למשל, להסביר לאנשים שאין צורך בהפעלת היישומון כאשר נמצאים בבית או לבד במשרד, מה שיפחית את צריכת הסוללה, או להתגבר על קשיים טכניים ביחס למכשירים מסוימים או בריבוי ההתראות. אולם דומה כי כדי לתת מענה לנזק באמון הציבור והחשש מ"אח גדול" ממשלתי, אין מנוס מהפסקת השימוש המקביל בשב"כ.

### הנזק בהפעלת השב"כ עולה על התועלת

203. החוק אף נכשל במבחן המידתיות השלישי. ודוקו – גם לולא היה מושק 'המגן 2', או גם אם התפוצה שלו לא תהיה כמצופה, אין מקום להמשיך ולהפעיל את מעקבי השב"כ ויש חלופות אחרות, כמו טיוב מערך החקירות האנושיות. זאת בשל הפגיעה הקשה והממושכת של השימוש במעקבי השב"כ לעומת התועלת בהם.

204. לגבי התועלת, כפי שהוסבר בהרחבה בחלק העובדתי לעתירה, מייחסים תועלת מופרזת לכלים הטכנולוגיים לבלימת המגיפה, ודווקא בשלב בו ההתפשטות נרחבת. האמונה בכוחם של הכלים הטכנולוגיים לשטח את העקומה ולפתור את המשבר היא אמונת שווא. מעקבי השב"כ נותנים אינדיקציה למגעים, אך רק 4-5% מהמגעים מובילים להדבקה. מהנתונים עולה שהשב"כ מצליח לאתר כשליש מהחולים החדשים, אך אם ניקח בחשבון שיש מספר כפול של חולים מהידוע בשל ריבוי הנשאים שאין להם סימפטומים, אזי האפקטיביות אף נמוכה יותר. זאת במחיר עצום של מאות אלפי אנשים שמקבלים הוראה להיכנס לבידוד. מבין מי שמאותרים על ידי השב"כ יש רבים שכבר ממילא נמצאים בבידוד ברגע קבלת המסרון, והפעילות של השב"כ בעניינם לא תרמה להפסקת מעגלי ההדבקה. רבים אחרים מקבלים את המסרון מאוחר מדי באופן שלא מפסיק את מעגלי ההדבקה, בשל העיכוב בזימון לבדיקה והעיכוב בקבלת תשובה מעבדתית.

205. מכאן שלמעקבי השב"כ יש תרומה כלשהי לשיטוח עקומת התחלואה אך ספק אם התרומה השולית שיש לאמצעים אלו לעומת פתרונות חלופיים, כמו הגדלת מערך החקירות האנושי בתוספת יישומנים וולונטאריים, היא משמעותית כפי שמהמשיבים מתארים אותה, אם בכלל.

206. מול התועלת השולית, אם קיימת, הנזק משימוש במעקבי השב"כ לצורך אזרחי הוא נזק ארוך טווח של פגיעה בזכות לפרטיות ובצנעת הפרט ובזכות לחירות – פגיעה שהורחב עליה בחלק הראשון של הניתוח המשפטי. לצד פגיעה זו יש נזקים נוספים כבדי משקל: נרמול והתרגלות למעקבים המוניים באמצעים טכנולוגיים חריגים למטרות שונות ומשונות, פגיעה באמון הציבור ברשויות הבריאות ופגיעה במעמד המדינה כשומרת על הזכות לפרטיות. כל אלו יפורטו להלן. לצד זאת, נראה שקיימת גם פגיעה לא מבוטלת בפעילות השב"כ בשל חשיפת יכולותיו, ומגרעות הכלים שלו, אך זהו עניין שחורג מהמומחיות של העותרות והן לא ירחיבו לגביו.

### סכנת התקדים והמדרון החלקלק

207. 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 לקבל מידע לגבי העבר, ולקבל מידע פרטי ואינטימי בהיקף חסר תקדים.

208. 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.

209. סוגיית ייחוד האמצעים לענייני ביטחון עלתה בצורה מפורשת בעת חקיקת חוק השב"כ ונחשפה מהפרוטוקולים של הדיונים שצירפה הכנסת בתגובתה לעתירות בעניין **בן מאיר**. החשש מפני זליגת השימוש ביכולות השב"כ גם לנושאים אזרחיים היה במוקד הדיון, והוביל לצמצום הסמכות, שנקבעה בסעיף 7 לחוק השב"כ, לעומת מה שביקשה הממשלה.

210. הצעת החוק הממשלתית בנוסחה המקורי כללה סעיף סל רחב: בסעיף 7(א) להצעת החוק הוצע לקבוע 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 להסמיך את 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).

211. כבר בפתח הישיבה מיום 24.8.1998 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".

212. 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".

213. 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.

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

"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".

215. 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, צותתו לאנשי האיגודים המקצועיים".



216. 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 השירות היא תעשה דברים שאני לא רוצה שיעשו. זה לא יהיה מלכתחילה, זה לא יהיה מתוכנן אבל כשיש פתח ירצו להיכנס בו."

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

218. 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?..."

219. 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".

220. 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".

221. 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.

222. בדיון שנערך ביום 30.12.2001 הוצע הנוסח שהתקבל בסופו של דבר כך שאת המונח "אינטרסים ממלכתיים חיוניים" הגבילו על ידי זיקתם 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"; 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".

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

224. 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).

225. 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"**.

226. 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 שאין להם נגיעה לביטחון הלאומי. החשש הוא **שדווקא שיקולי "יעילות" יובילו להסמכת השב"כ לעסוק בנושאים אזרחיים ולחרוג מייעודו**.

227. 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.

228. כשיש 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.

229. 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 ובהצלת 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 התמודדות עם פשע מאורגן, או תסייע בקידום אינטרסים ממלכתיים אחרים (בעיני הממשלה). יש לא מעט משברים המאיימים על יציבות המשק – משביות ועד הפגנות. **ברגע שנשבר העיקרון המנחה**, שלפיו השב"כ אינו מפעיל את כליו בתחומים האזרחיים – **הדרך להפוך לחברת מעקבים מתקצרת**. הלא נורמלי יהפוך לנורמלי.

230. גם הרשות להגנת הפרטיות ציינה בחוות דעתה הראשונה ביחס לחוק את החשש מהתקדים ומסכנת המדרון החלקלק:

"ללא הגדרה ברורה לגבי מטרת ותכלית השימוש בכלי, עלול להיווצר מדרון חלקלק, בו ניתן יהיה לעשות שימוש בכלים דרקוניים למיגור שלל תופעות הפוגעות בצורה כלשהי בביטחון הציבור או אף ברווחתו. כך למשל, מדוע לא להיעזר בגופי בטחון בעתיד לאיתור מגעים של חולי חצבת? פעילות פדופילים? נהגים מועדים אשר נוהגים ללא רישיון ולפיכך מעמידים בסכנת חיים ברורה ומיידית נהגים אחרים בכביש? וההמשך ברור ומובן, גם אם נשמע כעת רחוק (כפי שנראתה עד לא מכבר האפשרות לעשות שימוש בשב"כ כדי לאתר את מי שבא במגע עם חולה במחלה כזו או אחרת)".

231. ברור כי המאגר העצום שמחזיק השב"כ, אותו מקום אפל, שלטענת השב"כ רק בחרדת קודש חודרים אליו למשיכת מידע לצורך סיכול טרור, ייפרץ 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 ושלפית הנתונים תתנרמל. יכולת הפיקוח על השימוש במאגר תרד, והסכנה לפריצה או לזליגת מידע תתרחב.

232. 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. 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 שנקטו 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, בפסקה 45 לחוות דעת הנשיאה חיות).

233. אמנם בעניין **בן מאיר** בית המשפט הנכבד פסק כי בשלב הראשון של המגיפה ונוכח החששות הכבדים וחוסר הוודאות הייתה הצדקה לעשות שימוש ביכולות השב"כ גם לצורך האטת המגיפה, אך חלוף הזמן והעובדה כי מדובר כעת בסיטואציה של משבר ארוך ומתמשך, שברור שהוא לא איום קיומי ויהיה על המדינה להתנהל לצד המגיפה, מטה את הכף בבירור להפסקת השימוש בשב"כ, אחרת סכנת המדרון החלקלק תתממש. גם המשנה לנשיאה מלצר, ציין במבט צופה עתיד את סכנת המדרון החלקלק:

"יש להישמר מהדרדרות – ב"מדרון חלקלק" של שימוש באמצעים שיאושרו, או במשכם (ראו: אליקים רובינשטיין, על סכנת המדרון החלקלק, משרד המשפטים, פרשת השבוע, גיליון מס' 65; ד"ר מנחם פינקלשטיין, המדרון החלקלק, עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל, גיליון מס' 4, עמ' 1 (פברואר 2011). עיינו גם: עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים [פורסם בנבו] (11.02.2008) בפסקה ז(1) לחוות דעתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, שהתבטא שם כך: "פתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח שיהיו עגלות וקרונות

נכנסות בו" (שיר השירים, רבה, ה') (שם, בפסקה 6 לחוות דעת המשנה לנשיאה מלצר).

### הפגיעה באמון הציבור ברשויות הבריאות

234. נזק נוסף שחיוני לתת לו משקל באיזון החוקתי הוא הפגיעה באמון הציבור. כפי שהוסבר בהרחבה בחלק העובדתי, מעקבי השב"כ לא מדויקים דיים למשימה והם מובילים להכנסתם לבידוד שרירותי ללא הצדקה רפואית של רבבות. אלו מובילים לפגיעה קשה באמון הציבור ברשויות הבריאות, תסכול ותחושה של שרירות בקבלת החלטות, וגם גילויי התקוממות, כמו השארת הטלפון בבית ביציאה למרחב הציבורי. סקר המכון הישראלי לדמוקרטיה הצביע על ירידה של כ- 20% באמון הציבור ברשויות הבריאות מאמצע יוני לאמצע יולי, בדיוק בעת שהפעילו את מעקבי השב"כ.

235. הפגיעה באמון הציבור היא קשה במיוחד בעת שמתמודדת החברה עם מגיפה ומשבר מתמשך. הציבור נדרש להקריב קורבן קשה ביותר בחירויות הפרט ובכלכלה, ובתמורה הוא מצפה שהממשלה תפעל באופן אמין, שתפעיל שיקול דעת ותמזער את הפגיעה בפרט למינימום האפשרי. כאשר הציבור מאבד אמון בצעדי רשויות הבריאות, בשל תחושה של שרירות ואכיפת יתר, יש בכך לפגוע קשות ביכולת לגייס את הציבור, שהוא תנאי להתגברות על המגיפה.

### מבחן המידתיות השלישי – סיכום

236. מכל האמור לעיל עולה, כי מול התועלת השולית של האמצעים שבחוק, כאשר היתרון הטכנולוגי כלל לא מובהק לעומת חלופות שאינן כרוכות בפגיעה ברמת חומרה שכזו, וכאשר אין בהם לבדם למנוע את המשבר, עומדת הפגיעה הקשה בזכויות חוקתיות והנזק הכבד של היווצרות התקדים וסכנת המדרון החלקלק, פגיעה באמון הציבור, פגיעה ביחסי החוץ והכלכלה (ר' פניית מומחי העותרת 4 בעניין השפעת החוק על ההכרה בישראל כמדינה השומרת על פרטיות, ע/29) ואולי אף פגיעה ביטחונית. המסקנה היא שהחוק אינו צולח את מבחן המידתיות השלישי.

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

237. טיעון זה אינו תמונת מראה לטיעון החוקתי בנושא החוק, אלא טיעון העומד בפני עצמו ויש לו גם השלכות מעשיות, שכן קבלתו תחייב שינוי באופן שבו השב"כ מסייע למשרד הבריאות, כמתחייב משינוי המשימה שהוטלה עליו. השב"כ לא יכול לצורך משימה זו להסתמך על סעיף 11 לחוק והמאגר שנוצר מכוחו, אלא יש לנקוט באמצעי מידתי יותר, כמו למשל – מאגר נפרד למשימה.

238. נתחיל ונסביר מדוע מלכתחילה יש קושי בהפעלת השב"כ למטרות אזרחיות. לאחר מכן נסביר את הפגיעה הכרוכה בסעיף 11 לחוק כשהוא מיועד למטרות אזרחיות, ומשם נעבור לבחינה חוקתית בחלופות שפגיעתן קטנה יותר. אולם גם ללא התערבות בחוק, יש להכריז כי סעיף 11 לחוק השב"כ אינו יכול לשמש לצורך חוק מעקבי השב"כ.

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

239. נתחיל בכך שהשב"כ כלל אינו מוסמך לטפל במשברים אזרחיים, קשים ככל שיהיו, ולכן היה צורך בחקיקה מיוחדת.

240. בעניין **בן מאיר** נדונה השאלה האם משבר הקורונה עונה להגדרה של ביטחון לאומי. עמדת העותרות היא שיש להשיב על שאלה זו בשלילה. 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 חיות).

241. 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).

242. בית המשפט הנכבד ציין כי "מבחן הסכנה החמורה והמידית מורכב משני מימדים – מימד מהותי ומימד הזמן. במימד המהותי, נדרש רף גבוה במיוחד של סכנה לאזרחי ולתושבי המדינה ואין הכוונה לאיומים שגרתיים 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, שאינן שקופות ואינן ידועות מטעמים מובנים, כך שיופעלו בתחום שאינו ביטחוני במובן הצר וכלפי אזרחי ותושבי המדינה שאינם מבקשי רעתה" (שם).

243. 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.

244. 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.

245. 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.

### הפגיעה בזכויות יסוד הכרוכה בסעיף 11 לחוק השב"כ

246. ההחלטה להפעיל את השב"כ לצורכי מעקבי מגעים הכניסה עמה ללא כל חשיבה נוספת את המאגר שנוצר מכוח סעיף 11 לחוק השב"כ ככלי מרכזי במשימה. הסעיף 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.

247. הכללים שקבע ראש הממשלה בסמוך לאחר חקיקת חוק השב"כ הם חסויים, וכך גם החלטות על הארכת שמירת המידע, אך ברור כי נעשה שימוש נרחב ורב בסמכות ליצירת אותו "כלי", שמאפשר את מעקבי המגעים.

248. 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' 152-154; עמיר כהנא (בהנחיית יובל שני) "רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019) (להלן – **רגולציה של מעקב מקוון**), בעמ' 52).

249. המידע נאגר בלי קשר לשאלה אם מושא המעקב הוא יעד מודיעיני או חשוד, וניתן להפיק ממנו מידע הנוגע להיבטים רבים ואישיים בחייו של אדם. כפי שמציין עמיר כהנא, "במצביאות 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).

250. השימוש במאגר בשגרה הוא בהיתר מראש השירות. השב"כ לא נדרש לצו שיפוטי כדי לחדור לפרטיות. כל שנדרש ראש השב"כ לעשות הוא לדווח בדיעבד על היתרים שנתן.

251. 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 השואבות 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).

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

253. 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, התשל"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 בהווה אלא גם בעבר, ומפגשים עם אחרים (ר' **שב"כ במבחן**, בעמ' 122).

254. שנית, המשטרה מוסמכת לקבל נתוני תקשורת מחברות התקשורת ללא צו שיפוטי רק בנסיבות חריגות ביותר, 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.

255. שלישית, למעט המקרים החריגים הנ"ל, המשטרה נדרשת לפנות לבית המשפט לקבל צו אם ברצותה לקבל נתוני תקשורת, בהליך מורכב שמפורט בסעיף 3 לחוק נתוני תקשורת, ולבית המשפט

שיקול דעת אם להיענות לבקשה. השב"כ לא נדרש לצו שיפוטי כדי לאגור נתוני תקשורת מלאים, וגם לא כדי להפיק מהם מידע.

256. 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 ביניש). לעומת זאת השב"כ משתמש במידע גם לאיסוף מודיעיני.

257. די שזכיר את דברי בית המשפט הנכבד על חוק נתוני התקשורת כדי להבין שסעיף 11 לחוק השב"כ פוגע פגיעה קשה שבעתיים בזכות הפרטיות. 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 הקרוב, 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 למנעה, 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, בפסקה 7 לחוות דעת הנשיאה ביניש).



258. 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

259. עד עתה נעשה שימוש במאגר המידע העצום ובמעקבים מכוח סעיף 11 לצורכי ביטחון המדינה במובן הצר של המילה – סיכול טרור, ריגול 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 מישו פנס ובקרות 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.

260. חוק מעקבי השב"כ 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.

261. כפי שציין עמיר 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).

### סעיף 11 לא מידתי כשהוא משמש לחקירה אפידמיולוגית

262. האם סעיף 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 ובחשאינות למטרת מלחמה בטרור הוא חוקתי?

263. אלי 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).

264. אלי בכר סבור כי יש לבצע שינויים מהותיים בסעיף. ראשית, הוא סבור שיש לחייב הפרדה מבנית של המאגר, כך שהוא לא יימצא עוד בידי השב"כ אלא יהיה 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 מעין שיפוטית בראשות שופט בדימוס, שתחליט על מתן ההיתר ותנמק את החלטתה.

265. בנוסף סבור אלי 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).

266. הנה כי כן, לעמדת אלי בכר סעיף 11 דורש תיקון גם שהוא מיועד למלחמה בטרור. אף העותרות סבורות כי הסעיף מצוי לכל הפחות 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.

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

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

269. 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".

270. 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 – שומטות את הלגיטימציה של "הכלי" ואת חוקתיותו.

271. ראשית, סעיף המסמיך 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, וחייב להיות שקוף ותחת פיקוח.

272. שנית, יש אמצעים פוגעניים פחות. אם אין מנוס משימוש בשב"כ, הדבר חייב להיעשות באופן פוגעני פחות מאשר באמצעות סעיף 11, המתיר אגירת מידע שוטף וקבוע של נתוני תקשורת רבים על כל האזרחים ושמירתו במאגר חשאי.

273. כך, למשל, העותרת 1 שלחה לוועדה הצעה בניסיון למזער את הפגיעה על ידי כללים נפרדים לחלוטין ומאגר נפרד לחלוטין לצורכי המשימה ואיתור המגעים, תוך קביעת הכללים הבאים: המידע שמועבר למאגר הנפרד יימחק אוטומטית כעבור שבועיים; במאגר הנפרד יהיו רק נתוני תקשורת רלוונטיים למעקב מגעים, ולא יכללו בו נתוני תקשורת לא רלוונטיים; המאגר יהיה נתון לפיקוח אזרחי, למשל בידי שופט; המאגר יהיה שקוף ככל הניתן, הכללים שייקבעו על ידי ראש הממשלה יפורסמו, ויהיו דיווחים מלאים על ההרשאות; תהיה הפרדה מוחלטת בין הצוות שעוסק בחקירות האפידמיולוגיות לבין אחרים שעוסקים באיסוף מודיעין כללי, חקירות ביטחון וכדומה; יתאפשר לחוקרים לקבל נתונים גולמיים שעברו התממה (אנונימיזציה) לצורך מחקר וכדומה (ע/27). הסתייגות ברוח זו הוגשה גם על ידי קבוצת חברי הכנסת של יש עתיד ומרצ, אך היא נדחתה בוועדה.

274. לגבי רוחב המאגר, עניין דומה נדון בבג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות אזרח בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) 842 (2004), שעסק בחוקיות הגישה 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).

275. בהתייחס לשקיפות, 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 ממשך 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, בפסקה 37 לחוות דעת הנשיאה חיות).

276. ללא שינויים 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 ויש לקבוע שלא ניתן לעשות שימוש בסעיף 11 לצורך חוק מעקבי השב"כ.


## 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, אף לא קרוב לכך, אך הוא גורם וכנראה עוד יגרום לתקופה לא קצרה להתמודדות קשה ומאתגרת בשמירה 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 באיזונים הביטחוניים רק בכלים המוקנים לה בחוק ובאופן מידתי, כך גם אסור למדינה להיאבק בהתפשטות מגיפת הקורונה באופן חסר רסן על ידי מעקב של ארגון חשאי שהוא אינו אמצעי ראוי במאבקם המשותף של כלל האזרחים נגד התפשטות הקורונה, המחייב אמון הציבור בקבלת ההחלטות, שקיפות ומזעור הפגיעה בפרט ככל הניתן.

הסמכת השב"כ לבצע מעקבים המוניים וממושכים אחרי אזרחי המדינה לצורך סיוע בחקירה אפידמיולוגית היא לא חוקתית. היא אחד מאותם מקרים בהם יש לשרטט קו אדום בוהק, 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.

16 באוגוסט 2020



---

דן יקיר, עו"ד

---

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ העותרות