

אח גדול, אחות גדולה:

פרשת איכוני השב"כ ומגבלות הזכות לפרטיות בהבטחת אוטונומיה במרחב הדיגיטלי

נושא הגג: בריאות ומשפט, משפט וטכנולוגיה.

שאלת המחקר: מה היא הפגיעה בזכות לפרטיות שנגרמת כתוצאה מהשימוש באיכוני השב"כ במהלך מגפת הקורונה, והאם השימוש באנונימיזציה על "שובלי מידע" מהווה הסדר מידתי שהופך את הפגיעה לראויה?

מספר מילים (תוכן): 4505

מספר מילים (הערות תוכניות): 600

שם המתרגלת: רעות אושפיזאי

שם: תומר בן שמעון

כתובת מייל: tomer.benshimon@mail.huji.ac.il

תוכן עניינים:

3	מבוא
3-4	הקדמה תיאורטית: נתוני תקשורת ומעקב מבוסס תשתית
4	דין מצוי: איסוף נתוני תקשורת מבוסס תשתית בדין הישראלי
4	איסוף מבוסס תשתית לתכלית ביטחונית: שירות הבטחון הכללי, סמכויותיו ומטרותיו
5	איסוף מבוסס תשתית לתכלית פלילית: הענקת סמכויות גישה למשטרת ישראל
5-7	מדיניות הקורונה: המעבר משימוש בתשתית לתכלית ביטחונית לשימוש בתשתית לתכלית אזרחית:
7-8	הלכת איכוני השב"כ: דעת המיעוט ב-6732/20 ונגיף האומיקרון
8	דין משווה: הסדרת הגישה לתשתית בדין האירופי
8	הערה לדיני הפרטיות באיחוד האירופי: עקרון הסודיות
8-9	איסוף מבוסס תשתית לתכלית פלילית בדין האירופי
9-10	איסוף מבוסס תשתית לתכלית ביטחונית בדין האירופי
10	שימוש בתשתית לתכלית אזרחית: השוואה בין הדין הישראלי והדין האירופי
10-11	השוני בין הדינים: המדרג הראוי בדין הישראלי, הפיקוח הציבורי ומחיריו
11	דין נורמטיבי: מידתיות השימוש בתשתית לתכלית אזרחית
11	אמצעי 'שאינו מידתי במהותו': מבחן המשנה השלישי של המידתיות
11-12	אמצעי 'שאינו מידתי במהותו': מבחן המשנה השני של המידתיות
12-13	הפסיקה הישראלית בדיון הנורמטיבי: הרשאת גישה מדגם סטנדרט: פרטיות חברתית אל מול זכותו של היחיד לפרטיות:
13	דין רצוי: תחליפי פרטיות ואוטונומיה שיורית
12	תכלית הפיקוח הציבורי: זכותו של היחיד והרתעת הרשות
13-14	שימוש בזכויות אחרות להגשמת תכלית של פיקוח
14	אוטונומיה שיורית: הזכות לא להיות חשוף להחלטה אוטומטית
14-15	תוצאות וסעדים מכוח הזכות לא להיות חשוף להחלטה אוטומטית
15-16	סיכום: השימוש בתשתית לתכלית אזרחית כשאלה פתוחה:
17	ביבליוגרפיה

מבוא:

מדינת ישראל הייתה הדמוקרטיה היחידה במערב שבחרה להסמיך במהלך מגפת הקורונה את שירות המודיעין שלה לאסוף נתוני תקשורת מתשתית הטלפוניה כדי לסייע בעצירת הנגיף. הזכות החוקתית לפרטיות סווגה כנפגעת העיקרית מהמדיניות הזו שזכתה לשם 'איכוני השב"כ', מאחר והגישה למידע נעשה ללא הסכמת המשתמשים, כנדרש במסגרת הפגיעה בפרטיות בשיטת המשפט הישראלית. בעבודה זו אבחן את הדין המצוי בישראל שמסדיר את פעולת הגישה לתשתיות מידע, ואעמוד על מאפייניו הייחודים לעומת הדין האירופי. לאחר מכן, אדון במגבלות שיח הפרטיות להבטחת אוטונומיה במרחב הדיגיטלי, ואבחן האם בשיטת המשפט הישראלית ניתן להבטיח שימוש מידתי בתשתית כך שהאיזון היסודי שנוצר בחקיקה ובפסיקה בין האוטונומיה של היחיד ויעילות הפעולה השלטונית לא יפגע.

הקדמה תיאורטית: נתוני תקשורת ומעקב מבוסס תשתית:

לצורך הדיון באיכוני השב"כ, יש להבחין בין נתוני תקשורת ונתוני תוכן, ובין מידע אישי ומידע שאינו אישי.¹ נתוני תקשורת מוגדרים כנתונים דיגיטליים שמתלווים ליחידת מידע ואינם מעידים על תוכנה. נתוני תקשורת לרוב נוצרים באופן ספונטני כתוצאה מפעילות המשתמש ומהמאפיינים הטכנולוגיים של מערך תקשורת מסוים.² מידע אישי הוא מידע שניתן לזהותו כקשור או שייך לפלוגי ובלבד שפלוגי הוא רכיב משמעותי בפרט המידע, כך שלמידע יש משמעות ביוגרפית של ממש עבורו.³ שתי ההבחנות האלה תורגמו בחקיקה למונחי סיכון. בעוד שמידע אישי ונתוני תוכן מפוקחים באופן קפדני, והפגיעה בפרטיות שנוצרת כתוצאה מחשיפתם גוררת סנקציה חמורה, הליך הפיקוח והסנקציה על נתוני תקשורת ומידע שאינו אישי מקלים יותר.⁴ בעידן נתוני העתק, הערכת הנזק הצפוי הסביר כתוצאה מחשיפת המידע תוך התייחסות לפריט המידע בלבד והתעלמות מהקשר הטכנולוגי העכשווי, מתקשה לספק הערכה מהימנה או לאור קיומו של שוק מידע עשיר במאגרי מידע לכל דורש. סביבת נתוני העתק מגדילה למעשה את פוטנציאל הנזק שטמון בנתון תקשורת לנזק הצפוי מחשיפת נתון תוכן או מידע אישי. ככל שתרבות נתוני העתק והטכנולוגיות הנלוות לה מתפתחות, נראה שההבחנות בין סוגי מידע מאבדות מכוחן והגנת דיני הפרטיות על סוגי המידע שמסווגים לכאורה כבעלי פוטנציאל נזק נמוך, נחלשת.⁵

¹ הדיון בהבחנות אלה ובפגמיהן לפי: עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בתוכו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים ואחת", **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע** 287 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011), עמ' 307-320. עיינו הגדרות רלוונטיות בחקיקה הישראלית: חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 938; חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 1453; חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, ס"ח 1060.

² במסגרת שיחת טלפון למשל, מספר הטלפון ורישומי השיחות של פלוגי הם נתוני תקשורת שנוצרים באופן ספונטני בגלל מבנה מערך הטלפוניה.

³ מידע רפואי למשל, הוא דוגמה מובהקת למידע אישי. בדומה לנתוני התקשורת, הגדרת מידע שאינו אישי שיוצרת למידע אישי גם כן.

⁴ עיינו סקירה מאירת עיניים של החקיקה בדין הישראלי והאירופי בנושא: טנא, "הסתכל בקנקן וראה מה יש בתוכו", לעיל ה"ש 1, עמ' 295-306.

⁵ טנא, "הסתכל בקנקן וראה מה יש בתוכו", לעיל ה"ש 1, 306-307.

הבחנה חשובה נוספת היא בין איסוף מידע באמצעות תשתית ואיסוף מידע באמצעות מוצר. איסוף מבוסס תשתית מתייחס להסמכת הריבון אחת מרשויותיו, לרוב רשות חקירה או מודיעין, לדרוש מספק תקשורת נתונים שמקורם בתשתיות המידע, דוגמת טלפוניה או אינטרנט. לעומת זאת, במסגרת איסוף מבוסס מוצר המידע נאסף במישרין מהמכשיר שבעלות המשתמש.⁶ הטכניקה של איסוף מבוסס תשתית תשמש לרוב כאשר מדובר במספר גדול של משתמשים, בעוד שאיסוף מבוסס מוצר יתמקד במספר משתמשים מצומצם והמכשירים שבעלותם. כמו כן, בשונה מאיסוף מבוסס מוצר, איסוף מבוסס תשתית הוא כוח מדינתי בלעדי, ולכן שימוש בו כחוק אפשר שייעשה רק בהסמכת הריבון. משהצטיידנו בהבחנות מועילות אלו, נפנה לבחון את הדינים בישראל שמסדירים איסוף מבוסס תשתית של נתוני תקשורת.

דין מצוי: איסוף נתוני תקשורת מבוסס תשתית בדין הישראלי:

איסוף מבוסס תשתית לתכלית ביטחונית: שירות הבטחון הכללי, סמכויותיו ומטרותיו:

בשנת 2002, המחוקק הישראלי הסמיך את שירות הבטחון הכללי לדרוש נתוני תקשורת מספקיות תקשורת.⁷ השירות מוחרג מתחולת חוק הגנת הפרטיות ולפי חוק שירות הבטחון, העברת המידע מהתשתית, אחסונו והשימוש בו על ידי השב"כ מוסדר בנוהל פנימי וסודי.⁸ חובת דיווח תקופתית לוועדת השירות של הכנסת, ליועמ"ש ולמבקר השירות חלה עליו מכוח חוק השירות, לצד דיווח ליועמ"ש השירות מכוח מנהג.⁹ בנוסף, למבקר המדינה יש סמכות עניינית על פעילות השירות, ומכוחה האחרון חייב בדיווח תקופתי.¹⁰ השירות נהנה מחופש פעולה רחב, ולמעט חובות הדיווח התקופתיות, הפיקוח מתבצע במודל פנימי. כתוצאה מכך, פעילותו השגרתית נעשית בכפוף להחלטת הדרג המקצועי בלבד ובכפוף לנוהל הסודי שהוזכר קודם לכן.¹¹ למרות שהשירות לא כפוף לכללים המסוימים שבחוק הגנת הפרטיות, כפי שנראה בהמשך השב"כ, ככל גורם מנהלי, מחויב לכבד בפעילותו את הזכות החוקתית לפרטיות. כידוע, תפקיד השירות הוא איתור וסיכול איומים

⁶ למשל, רישומי שיחות הטלפון של פלוני אפשר שייאספו ממכשירו באמצעות החרמת המכשיר או באמצעות קוד זדוני שיותקן על המכשיר. לחילופין, ניתן לאסוף את אותם נתונים משרתי ספק התקשורת במסגרת איסוף מבוסס תשתית. פריסת הסיבים על ידי הספק משמשת הן לצרכי טלפוניה והן לצרכי אינטרנט, ולכן מערכות המחשוב של ספקי התקשורת הן צוואר בקבוק עבור כל סוג תעבורה שמועברת באמצעות אותם סיבים.

⁷ סעיף 11 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ס"ח 1832.

⁸ Cahane, A. (2020). *Who Will Watch the Watch the Watchmen? Oversight of Online surveillance in Israel*, Paper Series **Rethinking Privacy and Mass Surveillance in the information age**, Israel Public Institute and Heinrich Böll Foundatiob, p. 16-17, 20. סעיף 19(א)(3) לחוק הגנת הפרטיות. חוק הגנת הפרטיות הוא החוק שמסדיר את הליך הגישה והאחסון למאגרי מידע בגופים פרטיים וציבוריים. בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרתת ישראל**, פסי' 37 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (נבו, 28.05.12).

⁹ עניין הדיווח וסמכות הראשון מעוגנים בסעיפים 12, 13 לחוק שירות הבטחון הכללי, ואילו תפקיד השני נוצר לאחר אירועי פרשת קו 300. כך לפי כהנא, "אנשי המשמר", לעיל ה"ש 8, עמ' 19.

¹⁰ כהנא, "אנשי המשמר", לעיל ה"ש 8, עמ' 16, 19-21; סעיף 12 לחוק שירות הבטחון הכללי.

¹¹ בבג"ץ 5682/02 **פלוני נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו, 31.03.03), הנשיא ברק הכריע שלמרות שמבקר השירות פלוני התחיל את תפקידו ללא תקופת צינון, זאת לאחר שהיה כפוף לראש השירות במסגרת תפקידו בתוך השב"כ, אין בכך כדי לפגוע בעצמאותו בעבודת הביקורת. מדובר בביטוי מובהק לעצמאותו של מודל הביקורת של השב"כ ולאמון המופלג שניתן באנשי הארגון.

לביטחון השוטף של מדינת ישראל באמצעות חקירה ומעקב, לרבות באמצעות הפעלת סמכותו לגשת לתשתית מכוח סעיף 11 לחוק השירות.

איסוף מבוסס תשתית לתכלית פלילית: הענקת סמכויות גישה למשטרת ישראל:

בשנת 2006, נחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), שהסמיך רשויות נוספות, לרבות משטרת ישראל, לגשת לתשתית ולאסוף ממנה נתוני תקשורת, ובלבד שהאיסוף ייעשה למניעת פשעים חמורים, חקירה פלילית או הצלת חיי אדם.¹² המחוקק קבע בסעיף 3 לחוק שקבלת נתוני תקשורת לתכליות אלו טעונה צו שופט שלום, וחריג לכלל זה בסעיף 4, לפיו אין צורך בצו ביהמ"ש אלא באישור קצין משטרה מוסמך בלבד אם קבלת הנתונים באופן מיידי נחוצה להצלת חיי אדם או לגילוי ומניעת עבירות מסוג פשע.¹³ חוקתיות חוק סמכויות אכיפה נתוני תקשורת נידונה בעניין 3809/08, שם הבחין ביהמ"ש בין גישה כללית לתשתית, ובין גישה מסוימת לתשתית. הנשיאה בייניש פסקה שהחוק מידתי תחת פירושו כמאפשר לרשויות החקירה גישה מסוימת ובלתי כללית לתשתית, כלומר אם הגישה תתאפשר באמצעות בקשה פרטנית לספק התקשורת עבור חקירה או נאשם ספציפיים ובכפוף לחשד קונקרטי. הנשיאה הוסיפה שאסור שהגישה לתשתית תשמש לגילוי עבירות חדשות באמצעות הרשאת גישה כללית.¹⁴ מאחר והשב"כ מוסמך לגשת לתשתית מכוח חוק השירות והנוהל הסודי הפנימי, הפרשנות בעניין 3809/08 לא מגבילה את רוחב הרשאת הגישה שניתנה לו. ייתכן שהשירות נהנה בנוהל הסודי מגישה כללית ורחבה בדומה לסוכנויות ביון זרות, או שהרשאתו מסוימת בדומה למשטרה.¹⁵ כפי שנראה בהמשך, הדבר אינו משנה לענייננו.

מדיניות הקורונה: המעבר משימוש בתשתית לתכלית ביטחונית לשימוש בתשתית לתכלית אזרחית:

עם פרוץ נגיף הקורונה בשנת 2020, ממשלת ישראל החליטה להסמיך את השב"כ לגשת לנתוני תקשורת מהתשתית של חולים מאומתים במטרה לאתר חולים פוטנציאליים חדשים ולהאט את התפשטות הנגיף. ההסמכה לגשת לתשתית אפשרה לשב"כ לגשת לנתוני תקשורת מסוג רישומי שיחות, שמכילים את מספר הטלפון והמספר הסידורי של התא הסלולרי שבאמצעותם התבצעה השיחה. הצלבת הנתונים האלה עם מאגר מספרי הטלפון ושמות בעליהם עם מאגר שמכיל את המספרים הסידוריים של כל התאים הסלולאריים והני"צ שלהם אפשרה לעמוד על זהות המשתמש ומיקומו בנקודות זמן שונות. המאגרים האלה נמצאים בידי הספק, שמחויב למוסרם לשב"כ מכוח חוק השירות.¹⁶ עם פרוץ הנגיף, עמדו בפני הממשלה ארבע מסגרות נורמטיביות להסמכת השירות: הרחבת סמכויות השב"כ באמצעות תיקון חוק השירות, התקנת תקנות שעות חירום מכוח סעיף 39

¹² סעיפים 1,3,4 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007, ס"ח 2122.

¹³ סעיפים 3,4 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת).

¹⁴ בג"ץ 3809/08, לעיל ה"ש 8, פס' 42 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

¹⁵ עניין הנוהל הסודי נידון בעת"מ 890/07 התנועה לחופש המידע נ' משרד התקשורת (לא פורסם), [5.11.2007] ולא פורסם לציבור, ונידון בקצרה בבג"ץ 3809/08, לעיל ה"ש 8, בפס' 37 לפסק דינה של הנשיאה בייניש, שם נטען שהנוהל מסדיר אך ורק את הפרטים הטכניים של העברת הנתונים.

¹⁶ סעיף 11 לחוק שירות הבטחון הכללי; פרסומים תקשורתיים שונים דוגמת: רונן ברגמן ועידו שברצטוך "הכללי", מאגר המידע הסודי של השב"כ, אוסף נתונים על כל אזרחי מדינת ישראל ויודע: איפה הייתם, עם מי דיברתם, ומתי עשיתם את כל זה", 7 ימים (ידיעות אחרונות) 25.03.2020.

לחוק יסוד: הממשלה, הסמכתו השירות מכוח סעיף 7(ב)6 לחוק השירות או חקיקת חוק ייעודי ונפרד למטרה זו.¹⁷ האמצעי הראשון שנבחר הוא התקנת תקנות שעת החירום, שהותקנו בתאריך 17.03.2020.¹⁸ בתאריך 31.03.2020 פג תוקף תקנות שעת החירום, ובהחלטת ממשלה מאותו יום, הוחלט להסמיך את השב"כ לפעול מכוח סעיף 7(ב)6 לחוק השירות, תוך פירוש המושג 'בטחון לאומי' כמתאים לנסיבות התפרצות הנגיף.¹⁹

בעקבות החלטת הממשלה הוגשה עתירה 2109/20. העותרים טענו שהממשלה פעלה בחוסר סמכות ופירשה בצורה רחבה יתר על המידה את המושג 'בטחון לאומי'. עוד טענו העותרים שפעולת ההסמכה מערערת את האיזון שבין רשויות השלטון וטעונה הסדר ראשוני בגלל פגיעתה בזכות החוקתית לפרטיות.²⁰ הנשיאה חיות פסקה שהמבחן להרחבת סמכות השירות אל מעבר לפעילותו הביטחונית השגרתית באמצעות סעיף 7(ב)6, מורכב מדרישה מהותית לרף סכנה גבוה בצורת איום לא שגרתי, ומדרישת זמניות לפיה הסמכות המורחבת תהיה בתוקפה כל עוד הסכנה מיידית ובהיעדר אמצעי חלופי לפעילות השירות.²¹ הנשיאה חיות פסקה שבעת שהוסמך השירות מכוח סעיף 7(ב)6, מגפת הקורונה הייתה איום מיידית ולא שגרתי, אך כעת האיום אינו מיידית עוד. מכאן שכדי להמשיך ולהשתמש בסמכות השירות יש לעגנה בהסדר ראשוני שיחול כל עוד אין אמצעי אחר להתמודדות עם המגיפה.²²

עד בג"ץ 2109/20, גישת השירות לתשתית נעשתה כאמור מכוח מסגרות נורמטיביות שאופייניות להגשמת תכליות ביטחוניות, ומודל הפיקוח ורוחב הגישה היו זהים לאלה שנהוגים במסגרת הפעילות הביטחונית השגרתית של השב"כ. ההבדל בין המושג 'בטחון לאומי' שבחוק השירות ובין 'שלומו ובריאותו של הציבור' שבחוק הסמכת שירות הבטחון, מעיד על שינוי התכלית והמעבר מניהול משבר בטחוני קיומי לניהול משבר בירוקרטי אזרחי.²³ בחירת המחוקק שלא לתקן את חוק השב"כ או את חוק סמכויות אכיפה נתוני תקשורת לאחר שפקעה סמכותו להסמיך את השירות לגשת לתשתית מכוח הדין הקיים היא לא רק בחירה פורמאלית, אלא מבטאת שינוי תפיסתי של

¹⁷ סקירה זו לפי בג"ץ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה, פסי' 5 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו, 26.04.20).
¹⁸ תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020.

¹⁹ סעיף 7(ב)6 לחוק שירות הבטחון הכללי; החלטה 4950 של הממשלה ה-34 "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וביטול החלטת ממשלה" (31.03.2020).

²⁰ בג"ץ 2109/20, לעיל הי"ש 17, פסי' 9-12 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²¹ בג"ץ 2109/20, לעיל הי"ש 17, פסי' 21-23 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²² בג"ץ 2109/20, לעיל הי"ש 17, פסי' 25-27, 29-30, 34 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²³ סעיף 7(ב)6 לחוק שירות הבטחון הכללי, סעיף 1 לחוק 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), תש"ף-2020, ס"ח 2816. סעיפים 3(א), 6 להחלטה 4950 של הממשלה ה-34. נבהיר ונדגיש שהן בפסיקה האירופית והן בפסיקה הישראלית נקבע שמשמעות המושג 'בטחון לאומי', מתייחס לביטחון במובן הרחב, באופן שחורג מההגדרה הצרה והמסורתית של בטחון. ואכן, הוחלט בבג"ץ 2109/20 שנסיונות הקורונה נכללות בגדר המושג. נראה שההרחבה התבססה בעיקר על דרישת המיידיות של הסכנה, ולא דווקא על דרישת הסכנה הקיומית שבה. בנקודת המבט הזו על פסיקת בית המשפט יש כדי להסביר את האיסור להמשיך את ההסמכה מכוח סעיף 7(ב)6 של חוק השירות בבג"ץ 6732/20. מכאן שהשינוי של משבר הקורונה הוא מביטחון במובנו הרחב אל עבר תחום קטגורי חדש של משברים אזרחיים שדרישת המיידיות לא חלה עליהם. על רקע דברים אלו יש לראות את המעבר מהמושג 'בטחון לאומי' אל המושג 'שלומו הציבורי'. עיינו: בג"ץ 2109/20, לעיל הי"ש 17, פסי' 16-22, 25-27, 29-30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

המחוקק ביחס לטיב המשבר של מגפת הקורונה. בחירת המחוקק לחוקק חוק נפרד מגדירה על דרך השלילה תכלית חדשה שאינה פלילית או ביטחונית אלא אזרחית לגמרי במהותה. למרות הרטוריקה הביטחונית בשיח הפוליטי, הציבורי והמשפטי, הסמכת השירות בחוק ההסמכה פורשה במסגרת התכלית האזרחית כאמצעי בלעדי, שאין לו תחליף ונועד לענות על צורך ארגוני חריג, ולא כהתמודדות עם סכנה מיידית וקיומית, כפי שהיה בתקנות שעת החירום וההסמכה מכוח סעיף 7(ב)(6) לחוק השירות.²⁴

אם כן, חקיקת חוק הסמכויות בתאריך 01.06.2020 היא נקודת הזמן בה ננטש שיח התכליות הביטחוניות ואומצה תפיסת הקורונה כמשבר אזרחי, כקושי פקידותי בירוקרטי חריף בתחום ניהול המידע. חוק הסמכויות מאפשר שימוש בתשתית בנסיבות של פער מידע אקוטי, שהשלמתו נחוצה למימוש אינטרס ציבורי חיוני באמצעות פעולה בירוקרטית יעילה. פער המידע האמור לא מאפשר למלא אחר דרישת ההסמכה שבסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום כמות הפרטים המעורבים או כי לא סביר שהמידע יינתן בהסמכה. ההצדקה לנטילת המידע ללא הסכמת אלו שהמידע נוגע להם היא בדרישת הזמניות, כלומר בכך שנכון לשעת האיסוף, מדובר באמצעי היחיד להגשמת התכלית.

חוקתיות חוק ההסמכה נבחנה בבג"ץ 6732/20 לאור הארכתו האוטומטית מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת.²⁵ במוקד העתירה עמדה מידתיות החוק לנוכח פגיעתו בזכות לפרטיות וקיום אמצעים אחרים להתמודדות עם הנגיף במידות שונות של אפקטיביות ופגיעה בפרטיות. הסוגיה נבחנה לאור הדרישה המהותית ודרישת הזמניות שנפסקו ב-2109/20 ובראי מנגנוני המידתיות הפנימיים של החוק, ונפסק שהאחרונים מציבים אמות מידה ספציפיות אך בלתי מספיקות לצורך הפעלה מידתית של שיקול דעת משרד הבריאות להסתייע בשירות.²⁶ הנשיאה חיות פסקה שפרשנות מידתית של החוק תתאפשר אם ההסתייעות בשב"כ תופעל כאמצעי שיורי בהתאם לדרישת הזמניות, במקרים בהם החולה מסרב למסור מידע בחקירה אפידמיולוגית.²⁷ בכך למעשה הנשיאה קבעה שהגישה לתשתית להגשמת תכלית אזרחית תהיה מידתית כאשר רוחב הגישה שיוענק לשירות יהיה מסוג סטנדרט.

הלכת איכוני השב"כ: דעת המיעוט בבג"ץ 6732/20 ונגיף האומיקרון:

בדעת יחיד מובהקת השופט הנדל פסק בבג"ץ 6732/20 שהסמכת השירות לכשעצמה אינה פוגעת בזכות החוקתית לפרטיות, ושבהינתן שינוי נסיבות, אין בפסק הדין כדי למנוע מהרשות מלהסמיק את השירות פעם נוספת.²⁸ ואכן, עם פקיעת חוק ההסמכה והגעת נגיף האומיקרון לישראל, הממשלה התקינה תקנות שעת חירום נוספות למשך חמישה ימים, תוך אימוץ מודל הפיקוח

²⁴ אייל גרוס, "כמו חלום בלהה דיסטופי: זכויות אדם, דמוקרטיה, פוליטיזציה ובטחוניזציה של הבריאות במשפט החוקתי והגלובלי בצל משבר הקורונה", **משפט וממשל** כרך כד, עמ' 32-38, ובמיוחד עמ' 36 (2021).

²⁵ בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת**, פסי' פסי' 17, 27, 30-33 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו), 01.03.21). סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, התשי"ח-1958, ס"ח 244.

חוי"י הכנסת.

²⁶ בג"ץ 6732/20, לעיל הי"ש 25, פסי' 46-50, 21-28 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁷ בג"ץ 6732/20, לעיל הי"ש 25, פסי' 60 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁸ בג"ץ 6732/20, לעיל הי"ש 25, פסי' 4,5 לפסק דינו של השופט הנדל.

הפנימי.²⁹ תקנות האומיקרון נידונו בעתירה 8196/21, שם פסק השופט הנדל שהתקנות עמדו בדרישות שנפסקו בבג"ץ 2109/20, אך שאם הממשלה תרצה להמשיך במדיניות האיכונים, עליה לעשות זאת בחקיקה ראשית.³⁰ נראה שהמשתנה העיקרי לקביעת טיב התכלית של השימוש בתשתית לצד רוחב הגישה ומודל הפיקוח הוא מיידיות הסכנה, כאשר ככל שהסכנה מיידית, הפסיקה תתייחס למדיניות כמשרתת תכלית ביטחונית, וככל שמדובר במדיניות שמלווה את מצב שגרתי, התכלית תתרחק מהליבה הביטחונית. אם כן, פסק דין זה חתם את החולייה האחרונה בהלכת איכוני השב"כ לפיה גישה, עיבוד ואגירה של נתוני תקשורת שמקורם בתשתית תתאפשר כדי להתגבר על פערי מידע חריפים במסגרת פעילות בירוקרטית לא שגרתית להגשמת אינטרס ציבורי בגדרי נסיבות התכלית אזורית, בהיעדר אמצעי אחר להשגת המידע, ובלבד שהדבר ייעשה בחקיקה ראשית. הלכת איכוני השב"כ למעשה מגדירה מחדש את הגבולות שבין הפרט והריבון בכל הקשור למשאב המידע, ועל רקע מסקנה חריגה זו נפנה לבחון את ההסדרים בדין האירופי שמאפשרים גישה לתשתיות המידע.

דין משווה: הסדרת הגישה לתשתית בדין האירופי:

הערה לדיני הפרטיות באיחוד האירופי: עקרון הסודיות:

שאלת השימוש בתשתית התעוררה באיחוד האירופי גם לפני מגפת הקורונה.³¹ העקרון הבסיסי שמכוחו מוסדרת הגישה לתשתית בדין האירופי הוא הטלת חובת סודיות מכוח הזכות לפרטיות על אחסון, גישה ושימוש במידע אישי.³² הגנת המידע מוסדרת בחקיקה המדינתית של חברות האיחוד ובדירקטיבות, מסמכי מסגרת מחייבים שמורים לחברות באיחוד מה מותר ואסור לחוקק. הדירקטיבות מחייבות את רשויות השלטון וגופים פרטיים כאחד, ומטרתן ליצור הרמוניה בחקיקה המדינתית כדי להבטיח שזכויות האדם וערכי האיחוד, כפי שגובשו באמנת מאסטריכט ובצ'רטר האירופי לזכויות אדם, יכובדו ויישמרו.³³

איסוף מבוסס תשתית לתכלית פלילית בדין האירופי:

בשנת 2016, השימוש בתשתית לתכלית פלילית נדון בפני בית הדין האירופי לצדק בעניין TELE2. במוקד הדיון עמדה השאלה האם דירקטיבה 58/2002 אוסרת על המחוקק המדינתי להסמיך את

²⁹ סעיפים 7,8 לתקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות זן אומיקרון omicron של נגיף הקורונה החדש), תשפ"ב-2021, ס"ח 9757.

³⁰ בג"ץ 8196/21 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הממשלה** פס' 4, 7, 8 לפסק דינו של השופט הנדל. (נבו, 02.12.21).
³¹ במסגרת זו אמנע מלהתייחס לעמדת הדין האמריקאי בנושא, משום שהנחות היסוד שלו שונות באופן מהותי משל הדין הישראלי והאירופי בכל הנוגע לתפקידו הריבון בהבטחת פרטיות. עיינו: טנא, "הסתכל בקנקן וראה מה יש בתוכו", לעיל ה"ש 1, עמ' 295-292, 302-306.

³² לאור ערכי הצ'רטר האירופי: European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b70.html> [accessed 8 May 2022] Articles 7,8, 26 October 2012, 2012/C 326/02,

³³ הצ'רטר האירופי לזכויות אדם, European Union, *Treaty of European Union (Consolidated Version), Treaty of Maastricht*, 7 February 1992, Official Journal of the European Communities C 325/5; 24 December 2002, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b39218.html> [accessed 8 May 2022]

הרשות לאסוף ולאגור נתוני תקשורת במסגרת הרשאת גישה כללית.³⁴ דירקטיבה 58/2002 מסדירה את סוג המידע שמותר לאסוף, לכמה זמן ניתן לאגור אותו, באילו אמצעים יש לעשות כן, כיצד יש להעביר את המידע, ואת תקן אבטחת הסייבר הנדרש עבור כל אלו. תכלית הדירקטיבה היא לאפשר זרימת מידע חופשית בין ובתוך מדינות האיחוד תוך שמירה על פרטיותם של בעלי המידע באמצעות הטלת חובת סודיות בפעולות שכוללות מידע אישי.³⁵

עניין TELE2 עסק בהוראות בחוק האנגלי והשבדי שמסמיכות את רשויות החקירה והמודיעין לדרוש מספק תקשורת למסור נתוני תקשורת. במקרה האנגלי העניין נידון באופן היפותטי ביחס לחקיקה קיימת, בניגוד למקרה השבדי בו הרשות נתקלה בסירוב בפועל של הספקית להמשיך ולאגור נתונים עבור הראשונה, משום שלטענת הספקית הדבר מנוגד לדירקטיבה 58/2002.³⁶ בית הדין פסק שמכוח חובות הסודיות שבדירקטיבה 58/2002, קריאה מידתית את החריג לדירקטיבה בסעיף 15(1), החריג שמאפשר להסמיך את הרשות לגשת לתשתית לתכליות פליליות וביטחוניות במסגרת חקיקה מדינתית, תעשה בכפוף להוראות הדירקטיבה, בהתאם לחובה להגן על הפרטיות והמידע האישי ורק כאשר הדבר הכרחי ולתכלית שהולמת את ערכי האיחוד ואת החובה לכבד זכויות אדם.³⁷ עוד נקבע בעניין TELE2, שהגישה לתשתית תוענק רק עבור חשוד או חקירה ספציפיים, ולא בצורת הרשאת גישה כללית. בנוסף הגישה תעשה רק לתכליות של לוחמה בפשע או בטחון לאומי, דהיינו לתכליות ביטחוניות ופליליות בלבד.³⁸ כחריג, גישה כללית תתאפשר רק בנסיבות דחופות של בטחון לאומי או לתכלית פלילית על בסיס קריטריון גאוגרפי במקרה של חשד.³⁹ כמו כן, פעולת הגישה לתשתית טעונה בפיקוח שיפוטי או בפיקוח של רשות עצמאית אחרת, זאת טרם הגישה למידע והפגיעה בפרטיות.⁴⁰

איסוף מבוסס תשתית לתכלית ביטחונית בדין האירופי:

התפתחות נוספת בדין האירופי ארעה לאחר שנחשף שסוכנויות הביון הבריטיות MI5 ו-MI6 משתמשות בטכנולוגיה דומה לכלי השב"כ מכוח הרשאת גישה כללית במטרה לחשוף פשעים

³⁴ Council Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 הוגשה בעקבות חוסר הודאות שיצרה הפסיקה בעניין 'אירלנד זכויות אדם', שקבעה שדירקטיבה 24/2006, המסגרת הנורמטיבית להסמכת רשויות במדינות האיחוד לגשת לתשתית, בטלה משום שהיא מנוגדת לסעיפים 7,8 לצירטר האירופי לזכויות אדם. Council Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006; Case C-293/12, **Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications** [2014]; Cases C-203/15 and C-698/15, **Tele2 Sverige AB and Secretary of State for the Home Department v. Post- och telestyrelsen and Others, Secretary of State for the Home Department v Watson**, p. 51 [2016].

³⁵ דברי ההסבר במבוא לדירקטיבה 58/2002 של האיחוד האירופי.

³⁶ עניין TELE2, לעיל ה"ש 34, פס' 44-59.

³⁷ כלומר לקרוא את סעיף 15(1), לדירקטיבה לפי סעיפים 52(1), 7, 8 לצירטר זכויות האדם. עניין TELE2, לעיל ה"ש 34, פס' 71-81.

³⁸ עניין TELE2, לעיל ה"ש 34, פס' 88-96. התכליות האמורות בס' 15(1), לדירקטיבה 58/2002 של האיחוד האירופי.

³⁹ עניין TELE2, לעיל ה"ש, פס' 106, 111. ג.

⁴⁰ עניין TELE2, לעיל ה"ש, פס' 125. הפיקוח באנגליה על פעילות כזו נעשתה עד שנת 2017 על ידי מפקח בעל סמכויות מיוחדות בשם Commissioner on Interception of Communications and Surveillance, שפעל כרשות עצמאית מכוח החוק הבריטי. מאז שנת 2017, קיים בית דין מיוחד שנטל את סמכויות הנציב, שתפקידו אישור פעולת הגישה בצו או מתן סעדים לנפגעים ספציפיים לאחריה.

עתידיים וסכנות אפשריות לביטחון הלאומי. המדיניות נידונה בעניין PRIVACY, בראי השאלה האם המדיניות האמורה נכללת תחת החרג לדירקטיבה 58/2002 שבסעיף 1(3), לפיו ניתן לקבוע הסדרים מדינתיים פרטניים לתכליות של בטחון לאומי.⁴¹ תוך יישום הלכת TELE2, הלכת PRIVACY קבעה שפרשנות מידתית לסעיף 1(3) לדירקטיבה, תאפשר גישה מסוימת לתשתית לתכליות של בטחון לאומי, תחת נסיבות מוגדרות מראש, קשר ישיר למטרה ושמירה על הפרטיות וחסינות המידע אישי. כמו כן, מושג הבטחון הלאומי הוגדר באופן מצמצם כשיתוק פונקציות מהותיות בחברה.⁴²

השוואה בין הדין הישראלי והדין האירופי: תכלית אזרחית:

הלכת PRIVACY היא נקודת הזמן שבה הדין האירופי אימץ כלל אחיד עבור רמת הפיקוח ורוחב הגישה לתשתית, ללא התחשבות בתכלית לשמה הוענקה הגישה. עד לעניין PRIVACY, הדין הישראלי והדין האירופי הסתמכו על מודל דומה בו קיים מדרג תכליות אנכי, שמחיל פיקוח ומאפשר גישה ברמות שונות בהתאם למרחק מתכלית הליבה הביטחונית. ככל שמתרחקים מהתכלית הביטחונית במודל האנכי, כך הרשאת הגישה הופכת למסוימת ורמת הפיקוח מחמירה מפיקוח פנימי לפיקוח שיפוטי. השוני בין המודל האירופי הישן או הנוכחי, ובין המודל הישראלי הוא שהשימוש בתשתית לתכלית אזרחית אסור במדינות האיחוד לכל הפחות מאז הלכת TELE2, בעוד שב ישראל אפשרות השימוש בתשתית לתכלית אזרחית נשארה עד מגפת הקורונה, וכפי שנראה בהמשך גם לאחריה, שאלה פתוחה.⁴³

השוני בין הדינים: המדרג הראוי בדין הישראלי, הפיקוח הציבורי ומחיריו:

הדין האירופי העכשווי שונה מהדין הישראלי גם במאזן השיקולים שביסוד הסדרת השימוש בתשתית. בדין הישראלי, שימוש מידתי בתשתית לתכלית אזרחית דורש החמרה ביחס לתכלית הפלילית ברוחב הגישה וברמת הפיקוח או לכל הפחות באחד מהם. כך מתחייב מקל וחומר ומההיגיון הפנימי של מדרג התכליות האנכי. כאמור, הרשאת גישה אפשר שתהיה כללית או מסוימת, כך שהחמרת רוחב הגישה של התכלית הפלילית ממסוימת תוביל לשלילת הרשאת הגישה. לפיכך, שימוש מידתי בתשתית לתכלית אזרחית דורש הרשאת גישה מסוימת לכל הפחות, ומחייב להחמיר את דרגת הפיקוח לדרגת חומרה גבוהה מפיקוח שיפוטי. דרגת הפיקוח היחידה שחמורה יותר מפיקוח של רשות אחרת היא פיקוח ציבורי ישיר. פיקוח ציבורי טרם ביצע הגישה לתשתית יכול להתבצע במספר דרכים, דוגמת משאל עם, פרסום האמצעים הטכנולוגיים והנהלים לשימוש בהם, או לאחר פעולת הגישה באמצעות פרסום נתונים על אודות כמות האזרחים שחשופים למעקב בזמן אמת כמו גם ניתוח כמותי של יעילות המעקב.⁴⁴

⁴¹ עניין PRIVACY, לעיל ה"ש 8, פסי' 29-30. סעיף 1(3) לדירקטיבה 58/2002 של האיחוד האירופי.

⁴² עניין PRIVACY, לעיל ה"ש 8, פסי' 74-82.

⁴³ עניין TELE2, לעיל ה"ש 34, פסי' 88-96. מעניינת תהיה השפעת פרישת אנגליה מהאיחוד האירופי שהתרחשה בפברואר של שנת 2020, על הדין האנגלי המדינתי בנושא הגישה לתשתית במיוחד לאור העמדה שגילו באי כוח הממשלה האנגלית בפרשות האמורות.

⁴⁴ דוחות תקופתיים במתכונת דומה התפרסמו לאחר עניין 3809/08, לעיל ה"ש 8. דיווח לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח-2007, מאת השר לביטחון פנים לשנים 2011/12 (31.07.2012), זמין בקישור: https://knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H05-09-2012_14-39-36_batap2011-12.pdf.

המשותף לכל אמצעי הפיקוח הציבורי הוא שכולם מכילים פוטנציאל נזק גבוהה ליעילות פעולת המעקב, ליעילות הפעילות הביטחונית השגרתית של השב"כ ולחופש הפעולה הרחב שלו, אותם אינטרסים שעומדים ביסוד תכלית חוק שירות הבטחון הכללי וחוק ההסמכה. כמו כן, שקיפות מהסוג הזה יכולה ליצור אפקט מצנן שיפגע באופן אנוש באוטונומיה של הפרט, משום שהיא מחזקת את אותה תחושת מעקב שהזכות לפרטיות נועדה למנוע. בנסיבות המדוברות של השימוש בתשתית לתכלית אזרחית, סעדים מבוססי פרטיות פוגעים הן בפרטיות והן באינטרס הבטחוני במקום להגביר את מידתיות ההסדר. הדין האירופי אמנם פוגע בחופש הפעולה של הרשות הביטחונית באמצעות הצרה גורפת של רוחב הגישה, אבל בכך נמנע מהפגיעה באוטונומיה שבפיקוח ציבורי. בשונה מהדין האירופי לפיו מדובר בתכלית לא ראויה, ולכן השימוש בתשתית לתכלית אזרחית אינו חוקתי, הדין הישראלי הכיר בתכלית האזרחית כתכלית ראויה עם חקיקת חוק הסמכויות ובחינתו בבג"ץ 6732/20. אם כך, השאלה היא האם במסגרת הדין הישראלי ייתכן שימוש מידתי בתשתית לתכלית אזרחית שאינו פוגע באינטרס הבטחוני מחד ומגשים אוטונומיה מאידך?.

דין נורמטיבי: מידתיות השימוש בתשתית לתכלית אזרחית:

אמצעי 'שאינו מידתי במהותו': מבחן המשנה השלישי של המידתיות:

בבג"ץ 6732/20 השופטת ברון נקטה עמדה בעלת קרבה מהותית לדין האירופי, לפיה השימוש בתשתית לתכלית אזרחית 'אינו מידתי במהותו' משום פגיעתו בזכות לפרטיות.⁴⁵ נראה שעמדת השופטת ברון התייחסה למבחן המשנה השלישי של המידתיות, ולכן הזכות לפרטיות תגבר על כל אינטרס או זכות שביסוד התכלית האזרחית. בין אם נכריע במסגרת הבחינה החוקתית של שימוש בתשתית לתכלית אזרחית לטובת הזכות לפרטיות אל מול האינטרס הציבורי לבריאות או למול הזכות לחיים למשל, כלומר במתכונת איזון אנכי או אופקי, עמדה זו חסרה הנמקה מדוע אותה זכות לפרטיות גוברת על האינטרס לשלמות הגוף או הזכות לחיים ובטחון במסגרת הבחינה החוקתית של שימוש בתשתית לתכלית ביטחונית. עמדה לפיה הזכות לפרטיות גוברת על הזכות לביטחון נדחתה כאמור בעת"מ 890/07 וזכתה לאישוש נוסף כאשר הזכות לפרטיות נידונה אל מול הזכות לחיים בבג"ץ 8196/21. נראה שאי החוקתיות שאליה התכוונה השופטת ברון מנוגדת למגמה העקבית של הפסיקה הישראלית בנושא השימוש בתשתית.

אמצעי 'שאינו מידתי במהותו': מבחן המשנה השני של המידתיות:

גישה דומה לגישת השופטת ברון עלתה בספרות במסגרת שיח של 'הנדסת פרטיות'.⁴⁶ המושג 'הנדסת פרטיות' שואף ליתר את השיח החוקתי בטענה שמסגרות של איזון אנכי ואופקי מנתיבות את תוצאת הפסיקה: באיזון אופקי, הזכות לחיים תמיד גוברת על הזכות לפרטיות, ואילו במקרה של איזון אנכי, האינטרס הציבורי לבריאות נסוג בפני זכות היחיד לפרטיות.⁴⁷ שימוש באיסוף מבוסס מוצר, שמסתמך על הסכמת המשתמשים להתקנת היישומון, תוך ביזור המידע, אחסונו

⁴⁵ 6732/20, פס' 7, 13 לפסק דינה של השופטת ברון.

⁴⁶ מיכאל בירנהק, "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות", משפט וממשל (צפוי להתפרסם ב-2021).

⁴⁷ גרוס, "כמו חלום בלהה", לעיל 24 ה"ש, עמ' 25, 42-45. מיכאל בירנהק, "פרטיות במשבר", לעיל ה"ש 46, עמ' 12-

במכשירי המשתמשים והנהגת דיווח מרצון על מגע עם חולה מאומת, מיתר את השיח החוקתי משום שהוא מונע מלכתחילה את הפגיעה בפרטיות באמצעות שינוי אמצעי האיסוף. מכאן שתחת כל צורך ארגוני בירוקרטי לא שגרתית שדורש לאיין את פערי המידע באמצעות איסוף נתונים המוני, יש להשתמש באיסוף ייעודי מבוסס מוצר ובכך למנוע את הפגיעה בפרטיות שנגרמת מאיסוף מבוסס תשתית. כך, השימוש בתשתית 'אינו מידתי במהותו' במובן זה שתמיד קיים אמצעי שפגיעתו פחותה.⁴⁸

גישה זו עמדה בבסיס השימוש באפליקציית 'המגן', יישומון שמותקן בהסכמת המשתמש ונעזר בטכנולוגיית זיהוי מגעים מבוססת בלוטות' על מנת לזהות אזרחים שבאו במגע עם חולים מאומתים, כאשר הדיווח על המגעים נעשה ביוזמת בעל המכשיר.⁴⁹ נראה שהסיבה העיקרית לאחוזי ההתקנה הנמוכים של היישומון היא שמדיניות כזו לא מתחשבת בזכות לפרטיות כזכות של פרטים יחידים ונפרדים, ולא של קבוצה או ציבור. אם הפרט תמיד היה נותן את הסכמתו כדי להגשים אינטרס ציבורי, דחוף ונחוץ ככל שיהיה, או לכל הפחות מספר גדול של פרטים היו נותנים את הסכמתם, הפגיעה בפרטיות כפגיעה באוטונומיה שטעונה בהסכמת המשתמש אף פעם לא הייתה עומדת לבחינה חוקתית.

בנסיבות השימוש באיסוף מבוסס מוצר לתכלית אזרחית, הפרט נדרש למסור מידע אישי שישלול ממנו חלק מזכויותיו, למשל את חופש התנועה שלו. איסוף מבוסס מוצר לא מספק לפרט תמריץ להסכים למסירת המידע, ומניח זהות בין האינטרס הציבורי והאינטרס האישי. בתחשיב התועלת, הפרט יעדיף להגשים את זכותו שלו מאשר לפגוע בה כדי למנוע פגיעה בזכותו של אחר, כך שלמעשה לעולם לא יתבצע דיווח מרצון על מגע עם חולה מאומת לרשויות. בנסיבות של השוק הפרטי, תמריצים של גורם פרטי על מנת לעודד גורם אחר למסור מידע תור ויתור על הזכות לפרטיות הם הכרח המציאות הכלכלית. אמות המידה שחלות על הרשות המנהלית לא מאפשרות לה להציב מנגנון תמריצים כאשר על הפרק עומדת פגיעה אנושה כל כך בפרטיות של היחיד. קניית זכויות מסוג זה אינה ראויה ומערערת את האיזון הקיים בין הפרט והריבון ביחס למשאב המידע. תמריץ למסירת מידע שאינו מיועד לגילוי פעילות פלילית או למניעת איומים בטחונים מעמידה גם בסימן שאלה את מהימנותו של מידע שיושג בדרך זו כמו גם את היחסים בין אדם לחברו, מאחר והתמריץ אפשר שיינתן עבור מידע, בין אם אדם דיווח על עצמו או על רעהו. תחת ההנחה שיש לציית לחוק ללא התחשבות בשיקולי תועלת, הדרישה להסכים למסור מידע תמיד מרוקנת מתוכן את הפרטיות כביטוי למרחב אוטונומי אישי שהפרתו מחייבת הסכמה.⁵⁰ לפיכך, איסוף מבוסס מוצר בנסיבות המקרה הוא אמצעי שפגיעתו בפרטיות ובאוטונומיה אינה שונה משל השימוש בתשתית, ויעילותו נמוכה יותר.

הפסיקה הישראלית בדיון הנורמטיבי: הרשאת גישה מדגם סטנדרט: פרטיות חברתית אל מול זכותו של היחיד לפרטיות:

סעד המידתיות שפסקה דעת הרוב ב-6732/20 קבע שרוחב גישה מידתי יהיה מדגם סטנדרט, 'כל מי שיסרב לחקירה אפידמיולוגית'. מדובר ברוחב גישה מקל יותר מרוחב הגישה המסוימת שנקבע

⁴⁸ בירנהק, "פרטיות במשבר", לעיל ה"ש 46, עמ' 2, 6, 19-16.

⁴⁹ בירנהק, "פרטיות במשבר", לעיל ה"ש 46, עמ' 18-17.

⁵⁰ מיכאל בירנהק, [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה, עמ' 108-88 (תשע"א).

עבור התכלית הפלילית. בסולם החומרה רחב גישה מצורת סטנדרט ממוקם בין התכלית הביטחונית והפלילית ולא מעל התכלית הפלילית, ולכן כאמור אינו עומד בדרישה להצרת רחב הגישה. רחב גישה כזה לא מגשים את הזכות לפרטיות כזכות אישית אלא לכל היותר מפחית את הפגיעה בפרטיותן של קבוצות מסוימות בחברה. משום שהפסיקה הכירה בתכלית האזרחית כתכלית ראויה, והסעד הראוי לפי מדרג התכליות האנכי, פיקוח ציבורי, פוגע באינטרסים שבבסיס הסדרת השימוש בתשתית בדין הישראלי, נראה ששימוש מידתי בתשתית לתכלית זו צריך להיעשות במסגרת מבחן המשנה השלישי של המידתיות באופן שיגשים את תכלית הפיקוח הציבורי ללא הפגיעה בפרטיות, ביעילות הפעולה הביטחונית ובחופש הפעולה של השב"כ. הדיון במבחן המשנה השני מתייטר לאור הסיווג התיאורטי של נסיבות השימוש בתשתית לתכלית אזרחית כאמצעי שיורי שהשימוש בו נעשה בהיעדר אמצעים חלופיים. למרות זאת, במקרה של מחלוקת האם אכן מדובר באמצעי שיורי שאין בלתו, יש לזכור את לקחי השימוש באפליקציית מגן ואת הביקורת בעניינה.

דין רצוי: תחליפי פרטיות ואוטונומיה שיורית:

תכלית הפיקוח הציבורי: זכותו של היחיד והרתעת הרשות:

תכליתם של פיקוח שיפוטי ופיקוח ציבורי טרם פעולת הגישה היא לאזן את פערי הכוחות שבין הפרט ובין הרשות באמצעות הרתעת הרשות מלהגות מדיניות שפוגעת בזכויות אדם תחת איום שבט הביקורת החיצונית והאפשרות לשלילת הרשאת הגישה. תכלית נוספת של פיקוח אחרי או לפני פעולת הגישה היא לאפשר לנפגעים אפשריים לתבוע סעדים, שימנעו את הפגיעה בפרטיות או שיעניקו סעד הולם בגינה במידה וכבר התרחשה. לאור הפגיעה של הפיקוח הציבורי בזכות לפרטיות ובפעילות הביטחונית, עולה הצורך במנגנון מידתיות אחר שירתיע את הרשות מלפגוע בזכויות אדם ויהווה תחליף סביר והולם לסעד שנתבע מכוח פגיעה בזכות לפרטיות כזכות אישית.

שימוש בזכויות אחרות להגשמת תכלית של פיקוח:

אפשר להגשים את תכלית הפיקוח הציבורי באמצעות הענקת משקל כבד יותר לפגיעה שנגרמה כתוצאה מהשימוש בתשתית לזכויות אחרות, שאינן הזכות לפרטיות אך מגנות על אוטונומיה באופן דומה. המגמה הנפוצה בפסיקה היא לסווג את מדיניות השימוש בתשתית כפוגעת גם בחופש הביטוי, לאור החשש שהריבון ייעשה שימוש בתשתית כדי לחשוף מקורות עיתונאיים.⁵¹ גם כאן, מנגנון המידתיות יוצר רחב גישה בצורת סטנדרט לפיו מותר לגשת לתשתית 'כל עוד לא מדובר בנתוני תקשורת של עיתונאי', עמדה שכאמור לא מגשימה את הזכות לפרטיות כזכות אישית. בנוסף, מידתיות מהסוג הזה פוגעת בשוויון, ומאפשרת לבעלי מקצוע 'לקנות' להם זכויות והגנות

⁵¹ בג"ץ 3809/08, לעיל ה"ש 8, פסי' 3, 9, 23, 25, 42 לפסק דינה של הנשיאה חיות, שם נקבע שגישה לתשתית לפי סעיף 4 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), כלומר במסלול שלא כולל פיקוח שיפוטי, לא תתאפשר אלא כשהעיתונאי חשוד בעבירה או הקורבן שלה. מגמה זו התחזקה בבג"ץ 2109/20, ה"ש 17, פסי' 10-13, 43-45 לפסק דינה של הנשיאה חיות, בו הוחרגו עיתונאים ממדיניות האיכוניס, והטיל עליהם חובת יידוע עצמאית את המקור העיתונאי בכך שעליו להיבדק או להיכנס לבידוד. עיינו גם עניין TELE2, לעיל ה"ש, פסי' 92-93. עניין PRIVACY, לעיל ה"ש 8, פסי' 72.

מכוח הסדר חוזי בעיקרו. לפיכך, נראה שהגנה על האוטונומיה של הפרט מכוח זכויות אחרות אינה ממלאת את תכלית הפיקוח הציבורי כפי שהוגדרה קודם לכן.

אוטונומיה שירית: הזכות לא להיות חשוף להחלטה אוטומטית:

כשם שהשימוש בתשתית לתכלית אזרחית הוא אמצעי שירי שהריבון מאמץ בהיעדר אמצעי אחר להשגת המידע, כך ראוי שבנסיבות אלה יקומו לפרט זכויות שיריות להבטחת אוטונומיה מקום בו הסכמתו נשללת לחלוטין. הזכות לא להיות חשוף להחלטות אוטומטיות, לפיה לכל אדם יש זכות לא להיות חשוף למערכת אוטומטית בעלת הגיון אוטומטי, שחווה התנהגות אנושית באמצעות נוסחאות קבועות ומחליפה מקבל החלטות אנושי, מתאימה לתיאור הזה.⁵² ההצדקה הבסיסית לקיום הזכות היא שפגיעה בזכויות הפרט אפשר שתעשה רק באמצעות שיקול דעת אנושי. ניתן לבסס את מקורה הנורמטיבי בזכות לכבוד שבסעיף 1 או בזכות לחירות שבסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או כנובעת מאוטונומיה כאחד מערכי היסוד של השיטה. הזכות נועדה לאזן את פערי הכוחות שנוצרו בין הפרט והריבון כשהאחרון מבקש לשלול זכויות מהראשון באמצעות עיבוד נתוני עתק וללא הפעלת שיקול דעת אנושי. בנסיבות של שימוש בתשתית לתכלית אזרחית סעדי פרטיות קלאסיים דוגמת אנונימיזציה, הפיכת מידע אישי למידע שאינו אישי תוך טשטוש זהות בעל המידע, הם פשוט אמצעים טכנולוגיים שמשמשים במסגרת קבלת ההחלטה האוטומטית, ואינם רלוונטיים להגשמת אוטונומיה.

תוצאות וסעדים מכוח הזכות לא להיות חשוף להחלטה אוטומטית:

מכוח הזכות לא להיות חשוף להחלטה אוטומטית ניתן לדון בסעדים שמגבילים את השימוש במידע ולא רק את הכמות או את סוג מידע שניתן לאסוף, כנהוג במסגרת שיח סעדי הפרטיות. ההשלכה לעניין השימוש בתשתית לתכלית אזרחית היא שכל החלטה שתתקבל על סמך שיקול דעת אלגוריתמי בלבד, אין בכוחה לשנות את מאזן הזכויות והחובות של פלוני. מאחר ורק לשיקול דעת אנושי יש 'כוח' הופלדיאני, פעולה אוטומטית שמתבססת על שיקול דעת אלגוריתמי בלבד, היא חסרת תוקף משפטי כשהיא מתיימרת לשנות את מאזן הזכויות של פלוני. בשיאה, מדיניות איכוני השב"כ הייתה בגדר אוטומטיזציה של שיקול הדעת המנהלי באמצעות שימוש באלגוריתם מבוסס נתוני תקשורת למטרות מעקב, כך שחופש התנועה של הפרט נשלל בכפוף לפלט האלגוריתמי בלבד.⁵³ מכאן שהוראת משרד הבריאות לפלוני להיכנס לבידוד, ככל שהיא מתבצעת אך ורק בהסתמך על פלט כלי השב"כ, היא חסרת תוקף משפטי ולמעשה בטלה. הפלט של האלגוריתם יכול להיות טעם טוב לזימון לחקירה נוספת או להמלצה להיבדק בבדיקת קורונה, אבל במידע לכשעצמו כדי אין להקים לפלוני חובה להיכנס לבידוד. נדגיש שהפעלת הזכות תתבצע רק בנסיבות האמורות של שימוש בתשתיות מידע ללא הסכמת בעלי המידע, אך ייתכן שימוש בה באורח דומה בתרחישים

⁵² הזכות התגבשה בספרות המחקר וזכתה לסקירה מקיפה ומעמיקה במאמרו האחרון של פרופ' שני: Dafna Dror-Shpoliansky and Yuval Shany, "It's the End of the (Offline) World as We Know It: From Human Rights to Digital Human Rights – A Proposed Typology", *European Journal of International Law*, Vol. 32, p. 26-31 (2021). אינטרס דומה מופיע בגרסה מוחלשת בסעיפים 11,13 לדירקטיבה 58/2002 של האיחוד האירופי, תחת הוראות שמונעות הטרדה באמצעות שירותי שיחות אוטומטיים, שלא בהסכמת המנוי. תרגום האינטרס למסגרת שאופיינית לזכות לפרטיות בדרישת ההסכמה ניכר בניסוח הסעיפים.

⁵³ עיינו תרשים סכמת התהליך האוטומטי של העברת המידע בין משרד הבריאות והשב"כ: בג"ץ 6732/20, לעיל ה"ש 25, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

דומים מעולמות המידע בהם הסכמתו של הפרט נשללת באופן דומה ויש צורך לבטא את האוטונומיה של פלוני באופן חלופי ושירי.

בשונה מפיקוח ציבורי, השימוש בזכות לא להיות חשוף להחלטה אוטומטית לא עומדת בניגוד לתכלית הפסיקה והחקיקה הישראלים, ומאפשר פגיעה מידתית באוטונומיה של היחיד בנסיבות בהן ביטויים מסורתיים של אוטונומיה לא מאפשרים לעשות כן. בגרסתו המוחלשת של טיעון זה יש צורך לקרוא סעדי אוטונומיה שירית רק במקרים של שימוש בתשתית לתכלית אזרחית, מאחר ורק במקרים אלו דרישת המידתיות היא בניגוד לתכלית הדין. גישה מרחיבה יותר אפשר שתיישם את שלילת הכוח ההופלדיאני מפלטים אלגוריתמיים גם מהתכלית הביטחונית משום היעדר דרישת ההסכמה בלבד, והדרישה למופע שירי כלשהו של אוטונומיה. לפי הגישה המרחיבה, כל ראייה שהושגה באמצעות גישה לתשתית במסגרת הפעילות הביטחונית תהיה פסולה במסגרת הליך משפטי, משום שהיא בגדר תוצר של פעילות אלגוריתמית אוטומטית ולא של שיקול דעת אנושי. מידע שייאסף באופן הזה יכול לשמש לסיכול איומים ביטחוניים, אבל לבדו אינו יכול לשנות את מאזן הזכויות של פלוני ולהגביל את האוטונומיה שלו.

סיכום: השימוש בתשתית לתכלית אזרחית כשאלה פתוחה:

עמדנו על כך שבנסיבות של שימוש בתשתית לתכלית אזרחית, תוצאת השימוש בסעדי פרטיות או בביטויים מסורתיים של אוטונומיה מהמישור הממשי, למעשה פוגעים באוטונומיה ובאינטרס הביטחוני, זאת לאור ההיגיון הפנימי של מדרג התכליות האנכי. בשונה מהשימוש באלו, שימוש בביטויים חדשים של אוטונומיה שמוטאמים למרחב הדיגיטלי מאזנים באופן הולם בין זכות הריבון לפקח על פעילות הפרט ובין זכותו של האחרון למרחב אישי ולאי הפללה מכוח תוצרי המידע שלו או לחירות במובנה הרחב, אי התערבות של הריבון. יתרון נוסף של השימוש בזכות לא להיות חשוף להחלטה אוטומטית עליו עמדנו הוא שימור ההיגיון הפנימי של מדרג התכליות האנכי, באמצעות מניעת הפגיעה המתחייבת בפרטיות מהחמרת המידתיות. תחולתה המצומצמת של הזכות הופכת את השימוש בתכלית האזרחית מכזה שחוטא לתכליתו, ההגנה על הזכות לפרטיות, לכה שמאפשר להמשיך ולקיימו גם אחרי המהפך שהתרחש בחקיקה ובפסיקה עם חקיקת חוק הסמכויות והפסיקה בעניין 2109/20, 6723/20, 8196/21.

פרשת איכוני השב"כ היא רק נקודת הפתיחה בדיון אודות השימוש בתשתית לתכליות אזרחיות ומהווה שינוי יסודי ביחסי הכוחות בין הריבון והפרט במרחב הדיגיטלי ובעולמות המידע. בניגוד לעמדה הרווחת במחקר ובשיח האקדמיים, נראה שחלק המידתיות אינו איזון דרקוני גרידא לרעת הזכות לפרטיות בשם אינטרסים בטחונים שנבע מצורכי השעה, ובהתאם ראוי להישכח עם חלוף אירועי הקורונה הנקודתיים. מדובר אפוא במהפך של ממש ביחסי הכוחות שבין הריבון והאזרח בכל הנוגע לניהול מקורות מידע, השימוש בהם והאיסוף שלהם. משהתעוררה הסוגיה, יש לקיים דיון מעמיק באוזלת ידה של הזכות לפרטיות להגן על זכויות אדם במרחב הדיגיטלי, דיון שיתמקד בפערי הכוחות שבין היחיד לריבון כאשר האחרון מבקש להגביל את זכויותיו של הראשון באמצעות טכנולוגיות מבוססות נתוני עתק. האיזון הראוי הוא לא למנוע מהריבון פיקוח באופן מוחלט או גורף על הפעילות האזרחית, אלא להגביל את יכולות השימוש שלו בתוצרי המעקב באופן שיקטין במידה רבה ככל האפשר את הסמכויות שניתנו לו מכוח הנסיבות המיוחדות של התכלית האזרחית.

אני סבור ששליטת הכוח ההופלדיאני של מנגנוני הכרעה אלגוריתמיים לשלול או להעניק זכויות וחובות הוא פתרון הולם שמשקף את תפיסת הפרטיות בשיטת המשטר הישראלית, במיוחד לאור הסמכויות הרחבות שניתנו לגופים בטחונים ופלילים בחקיקה ובפסיקה טרם אירועי הקורונה. נראה שהמחיר שטמון באימוץ פתרון זה נמוך מהרווחים שהוא מפיק, ופותר בעיה נוספת במודל האנכי, שעד פרשת איכוני השב"כ הייתה בשולי הדברים: פער הכוחות האקוטי בין השלטון והפרט בסביבות דיגיטליות, שנוצר בין היתר בגלל היעדר פיקוח חיצוני ומתן חופש פעולה נרחב למי שהיו עד לפני זמן קצר, אנשי המשמר של החברה הישראלית.

ביבליוגרפיה:

- מקורות ישראלים:

○ חקיקה ראשית:

- חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח 244.
- חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 938.
- חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 1453.
- חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, ס"ח 1060.
- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 150.
- חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח 1780.
- חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ס"ח 1832.
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007, ס"ח 2122.
- 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), תש"ף-2020, ס"ח 2816.

○ חקיקת משנה:

- תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020
- תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות זן אומיקרון omicron של נגיף הקורונה החדש), תשפ"ב-2021, ס"ח 9757.

○ פסיקה:

- בג"ץ 5682/02 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל (נבו, 31.03.03).
- בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (נבו, 22.02.09).
- עת"מ 890/07 התנועה לחופש המידע נ' משרד התקשורת (לא פורסם), 5.11.2007.
- בג"ץ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה, (נבו, 26.04.20).
- בג"ץ 5261/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת, (נבו, 20.08.2020).
- בג"ץ 5746/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, (נבו, 30.08.2020).
- בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, (נבו, 01.03.21).
- בג"ץ 8196/21 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הממשלה (נבו, 02.12.21).

○ ספרים:

- מיכאל בירנהק, [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (תשע"א).

○ מאמרים:

- מיכאל בירנהק, "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות", משפט וממשל (צפוי להתפרסם ב-2021).

▪ אייל גרוס, "כמו חלום בלהה דיסטופי: זכויות אדם, דמוקרטיה, פוליטיזציה ובטחוניזציה של הבריאות במשפט החוקתי והגלובלי בצל משבר הקורונה", **משפט וממשל** כרך כד (2021).

▪ עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בתוכו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים ואחת", **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע** 287 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

▪ Dafna Dror-Shpoliansky and Yuval Shany, "It's the End of the (Offline) World as We Know It: From Human Rights to Digital Human Rights – A Proposed Typology", **European Journal of International Law**, Vol. 32 (2021)

○ **שונות:**

▪ Cahane, A. (2020). *Who Will Watch the Watchmen? Oversight of Online surveillance in Israel*, Paper Series **Rethinking Privacy and Mass Surveillance in the information age**, Israel Public Institute and Heinrich Böll Foundatiob.

▪ דיווח לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח-2007, מאת השר לביטחון פנים לשנים 2011/12 (31.07.2012), זמין בקישור: https://knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H05-09-2012_14-39-36_batap2011-12.pdf

▪ החלטה 4950 של הממשלה ה-34 "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וביטול החלטת ממשלה" (31.03.2020).

- **מקורות משיטות משפט זרות:**

○ **חקיקה:**

▪ European Union, *Treaty on European Union (Consolidated Version), Treaty of Maastricht*, 7 February 1992, Official Journal of the European Communities C 325/5; 24 December 2002, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b39218.html> [accessed 8 May 2022]

▪ Council Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002

▪ Council Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006

○ European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 26 October 2012, 2012/C 326/02, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b70.html> [accessed 8 May 2022]

○ **פסיקה:**

- Case C-293/12, **Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications** [2014] ▪
- Cases C-203/15 and C-698/15, **Tele2 Sverige AB and Secretary of State for the Home Department v. Post- och telestyrelsen and Others, Secretary of State for the Home Department v Watson** [2016]. ▪
- Cases C-623/17, **Privacy International v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Others** [2020]. ▪