

עידן הזוחלים: ההסמכה ההדרגתית של השב"כ לאיתור מגעים של חולי קורונה

מאת

עמיר כהנא*

מאמר זה עוסק בהסמכת שירות הביטחון הכללי לעשות שימוש באמצעים טכנולוגיים שנועדו לסיכול טרור ולריגול נגדי, לתכליות אזרחיות מובהקות של סיוע במעקב מגעים אפידמיולוגי כדוגמא לזחילת שימושים: התפשטות הדרגתית של שימוש במידע או בטכנולוגיה לתכליות אחרות מאלו שלשמן הוא נאסף. מאמר זה מבקש לעמוד על מספר מימדים של זחילה שבאו לידי ביטוי באירוע זה – זחילת שימושים, זחילת תכליות והסמכה זוחלת. מתוך השלושה, דינאמיקת ההסמכה שייבאה את 'הכלי' של השב"כ אל הספרה האזרחית היא גרסה בהילוך איטי של האופן בו טכנולוגיות מעקב פולשניות חוצות את הקווים משימושים ביטחוניים לשימושים אזרחיים. על פי רוב, נראה שנעשה בטכנולוגיות אלו שימוש ללא סמכות או תחת פרשנות יצירתית עד שהדבר מתגלה ומעלה את הצורך בהסדרה סטטוטורית. עיון מחדש בהשתלשלות הסמכת השב"כ לסייע במאבק בקורונה כהסמכה זוחלת של שימוש זוחל, מאפשר להצביע על מופעים אחרים של זחילת שימושים של טכנולוגיות מעקב בישראל, לרוב בחוסר סמכות, ולהציע אסטרטגיות התמודדות עמן.

מבוא. א. זחילת שימושים. ב. זחילת שימושים מהספרה האזרחית לספרה הביטחונית: 'הכלי'. ג. זחילת שימושים מהספרה הביטחונית לספרה האזרחית: מעקב מגעים. ד. הסמכה זוחלת: מהעדר סמכות לחקיקה ראשית. ה. וריאנט על אותו נושא: איכוני שב"כ בהתפרצות האומיקרון. ו. פוסט קורונה: עידן הזוחלים?.

מבוא

התמודדות עם מגפות מחייבת יכולת לזהות את הנשאים או את הנשאים הפוטנציאליים שלהן, לבדוק אם הם אכן כאלה, לבודד את המאומתים וככל הניתן לטפל בהם. זוהי מתודולוגיית בלימה של התפשטות מגפה על מנת לרכוש זמן בלמידת המחלה כדי למצוא

* תלמיד לתואר שלישי באוניברסיטה העברית בירושלים. חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה. עמית מחקר בפרוייקט Three Generations of Digital Rights (3GDR) ועמית מחקר במרכז פרדמן לחקר הסייבר, התוכנית לסייבר ומשפט.

אני מבקש להודות לעו"ד גדי פרל, לעו"ד דפנה דרוור-שפוליאנסקי, ולד"ר תהילה שוורץ אלטשולר על הערותיהם המועילות. תודות נוספות לעורך מהדורת משפטים על אתר ולמערכת משפטים על עבודתם המקצועית והיסודית.

לה טיפול הולם ואולי אף חיסון מתאים.¹ עם התפרצות הגל הראשון של נגיף הקורונה החדש בחודש מרץ 2020 החלה מדינת ישראל להפעיל טכנולוגיות מעקב המוניים שפותחו לתכליות ביטחוניות כדי לסייע בחקירות אפידמיולוגיות על מנת לזהות נשאים ("חולים מאומתים") של הנגיף.

על רקע המושג של זחילת שימושים, בו נעשה שימוש בהקשרים של פרטיות ומעקב, מאמר זה יבקש לעמוד על מספר מימדים של זחילה שבאו לידי ביטוי באירוע זה – זחילת שימושים, זחילת תכליות והסמכה זוהלת. מתוך השלושה, דינאמיקת ההסמכה שייבאה את 'הכלי' של השב"כ אל הספרה האזרחית היא גרסה בהילוך איטי של האופן בו טכנולוגיות מעקב פולשניות חוצות את הקווים משימושים ביטחוניים לשימושים אזרחיים. ההסמכה הזוהלת של שירות הביטחון הכללי למעקב מגעים במהלך המגפה היא דוגמה בהילוך איטי של דפוס ההסמכה של שימוש בטכנולוגיות מעקב לתכליות אזרחיות בישראל: ראשית, שימוש בחוסר סמכות (או על בסיס של פרשנות משפטית פנימית וחשאית), שרק בעקבות קריאת תיגר ציבורית מתחיל את מסעו לעבר הסדרה סטטוטורית מלאה.

מאמר זה ראשית יציג את המושג של זחילת שימושים בהקשר של דיני פרטיות ומעקב. חלקו השני של המאמר מתאר את מאגר נתוני התקשורת של שירות הביטחון הכללי, 'הכלי', כמופע של זחילת שימושים מהספרה האזרחית לספרה הביטחונית. חלקו השלישי של המאמר מתאר כיצד במסגרת המאבק בנגיף הקורונה ה'כלי' עבר טרנספורמציה של זחילת שימושים בכיוון ההפוך – מהספרה הביטחונית בחזרה לספרה האזרחית, וחלקו הרביעי של המאמר מתאר את ההסמכה המזדחלת של השירות לעשות שימוש ב'כלי' לתכליות אלו. חלקו החמישי של המאמר בוחן את מהלך ההסמכה של השירות לעקוב אחרי נשאי ווריאנט האומיקרון, שהיווה שחזור מואץ של מהלך ההסמכה שקדם לו. חלקו השישי והמסכם יציג תופעות נוספות של זחילת שימושים בטכנולוגיית מעקב מקוון בישראל, ינתח את ההסמכה המזדחלת של טכנולוגיות אלו, ויציע דרכים להתמודד עמה.

א. זחילת שימושים

קופס מצביע על העדר הגדרה אחידה ל'זחילת שימושים' (function creep) בספרות האקדמית, ועל חוסר אחידות בין מושאיה.² ואכן, הספרות האקדמית רוויה במינוח שנועד לתאר תופעות של זחילה (creep). זחילת שימושים לעתים מכונה בספרות 'זחילת תכליות' (purpose creep), 'זחילת שליטה' (control creep)³ 'זחילת מעקבים' (surveillance)

¹ SUSAN LANDAU, PEOPLE COUNT: CONTACT-TRACING APPS AND PUBLIC HEALTH (2021)

² Bert-Jaap Koops, *The concept of function creep*, 13 L. INNOVATION & TECHN., 29-56 (2021)

³ Rob Kitchin and Gavin McArdle, *What makes Big Data, Big Data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets*, 3 BIG DATA & SOC. (2016); Rob Kitchin, *Civil liberties or public health, or civil liberties and public health? Using surveillance technologies to tackle the spread of COVID-19*, 24 SPACE AND POLITY 362-381 (2020)

(creep)⁴ או 'זחילת משימות (mission creep)⁵. המשותף לכל המינוחים האלו, הוא שהם מתארים במסגרתן תהליך הדרגתי ולעתים סמוי מהעין המאפשר גלישה מתחום אחד לתחומים משיקים לו. מונחים אלה לעתים משמשים בערבוביה וללא עקביות, מתוך הנחה שהקוראת מיודעת עמם ומבינה את הקשרם.

בהתייחס לטכנולוגיות מידע, ולמאגרי נתונים בפרט, רווח השימוש במונח 'זחילת שימושים' כדי לתאר תופעות בהן נעשים שימושים בטכנולוגיה או במאגרי מידע החורגים מאלו שמעצביהם המקוריים ייעדו להם.⁶ דוגמא קלאסית לזחילת שימושים היא מספר הביטוח הלאומי האמריקאי (Social Security Number) שהפך בהדרגה ממזהה שנועד לציין זכאים לדמי פנסיה למספר המזהה הלאומי בארצות הברית, בו נעשה שימוש בבסיסי נתונים רבים.⁷ לעתים, שימושים שניוניים למידע יכולים להיות לחיוב, כגון הניסיון (שלא

⁴ הגישה של מרקס למונח surveillance creep היא כשל מקרה פרטי של זחילת תכליות, במסגרתו התכליות של טכנולוגיית מעקב נתונה מתרחבות יותר ויותר. GARY T. MARX, UNDERCOVER: POLICE SURVEILLANCE IN AMERICA (1988). כך למשל האגרטי מתאר כיצד מערכות וידאו במעגל סגור שיועדו במקור לתכליות של לחימה בטרור נוצלו לאכיפת עבירות קלות כגון השלכת אשפה בציבור. Kevin D. Haggerty, *Surveillance, crime and the police* in ROUTLEDGE HANDBOOK OF SURVEILLANCE STUDIES 235-243 241 (KIRSTIE BALL, KEVIN D. HAGGERTY AND DAVID Michal Lavi, *Crises, Creep, and the Surveillance* LYON, EDs. 2012). על מעקב וזחיל ר' גם Stephen Graham, David Murakami Wood, *Digitizing Surveillance: Categorization, Space, Inequality*, 23 CRITICAL SOCIAL POLICY 227-248 (2003); William Webster, *CCTV policy in the UK: reconsidering the evidence base*, 6 SURVEILLANCE & SOCIETY 10-22 (2009); Woodrow Hartzog, Evan Selinger and Johanna Gunawan, *Privacy Nicks: How the Law Normalizes Surveillance*, 101 WASH. U. L. REV. (forthcoming 2024); Matthew Tokson and Ari Waldman, *Social Norms in Fourth Amendment Law*, 120 MICH. L. REV. 265 (2021).

⁵ Office of the Biometrics and Surveillance Camera Commissioner, *Commissioner for the Retention and Use of Biometric Material Annual Report January 2021 – March 2022 And Surveillance Camera Commissioner Annual Report March 2021 – March 2022*, paras 101, 143, 160 (2023); Tom Barry, *Homeland Security Drones Mission Creep from Border Security to National Security*, BORDER LINES (20.3.2013) <http://borderlinesblog.blogspot.com/2013/03/homeland-security-drones-mission-creep.html>; Jennifer S. Granick, Patrick Toomey, Naomi Gilens and Daniel Yadron Jr., *Mission Creep and and Wiretap Act 'Super Warrants': A Cautionary Tale* 52 LOY. L.A. L. REV. 431 (2019); Joshua Fairfield, *The developing narratives of pandemic surveillance* in PANDEMIC SURVEILLANCE 86-103 (MARGARET HU, ED., 2022).

⁶ DAVID MURAKAMI WOOD AND KIRSTIE BALL, A REPORT ON THE ; בה"ש 2 לעיל; Koops SURVEILLANCE SOCIETY, LONDON: SURVEILLANCE STUDIES NETWORK (Surveillance Studies Network, Septmeber 2006); Kirstie Ball, *Workplace surveillance: an overview*, ; Simon G. Davies, *Touching big brother: How* (2010) 51 Labour History 87-106 *biometric technology will fuse flesh and machine*, 7 INFORMATION TECH. & PEOPLE, ; Graham and Woods. 38-47 (1994), בה"ש 4 לעיל, משתמשים במונח 'Surveillance creep' לשם כך.

⁷ Hal Berghel, *Identity Theft, Social Security Numbers, and the Web*, 43 COMMUNICATIONS OF THE ACM 17 (2000)

צלח) לרתום את מאגר השאלות של משתמשים בגוגל לזיהוי התפרצויות פוטנציאליות של שפעת,⁸ ולעתים לשלילה – למשל, פרופיילינג של אזרחים בהתבסס על נתוני פעילות ברשתות חברתיות, מאפייני שימוש ביישומים במכשיר הנייד, ונתונים שמקורם בסנסורים של מכשיר הקצה, עשוי להיות מנוצל לתעמולה פוליטית דיגיטלית 'תפורה אישית' (מיקרו-טרגוט) ולמבצעי השפעה.⁹

אם כך ואם כך, שימוש במידע שלא למטרות שלשמן נאסף (או למטרות תואמות) חורג מעקרון צמידות המטרה, המהווה עקרון יסודי בדיני הגנת הפרטיות,¹⁰ ובדין הישראלי בפרט. חוק הגנת הפרטיות קובע כי "שימוש בדיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" הוא בגדר פגיעה בפרטיות.¹¹ שימוש כזה לעתים מכונה גם זחילת תכליות (purpose creep) או זחילה פונקציונלית.¹²

בדין האירופי עקרון צמידות המטרה, הנקרא שם עקרון הגבלת התכליות (purpose limitation), מנוסח באופן זהיר יותר ("מידע אישי [...] לא יעובד באופן שהוא בלתי תואם [עם המטרות שלשמן הוא נאסף]").¹³ מלאכת בחינת מידת ההתאמה של השימוש השנוי

⁸ בשנת 2008 חברת גוגל שחררה מוצר בשם Google Flu Trends. ואולם בשנת 2015 הפסיקה החברה את פעילות המוצר ללא הסבר, אך ההנחה המקובלת בספרות היא שהפעילות הופסקה בשל הערכת-יתר של מקרי שפעת. ר' אלי בכר ורון שמיר, **התקפות סייבר על מערכת הבחירות – איך מתמודדים?** 35, 99-100 (2019); תהילה שוורץ אלטשולר וגיא לוריא, **תעמולה דיגיטלית והאיום על הבחירות** 23-38 (2020)

⁹ ר' אלי בכר ורון שמיר, **התקפות סייבר על מערכת הבחירות – איך מתמודדים?** 35, 99-100 (2019); תהילה שוורץ אלטשולר וגיא לוריא, **תעמולה דיגיטלית והאיום על הבחירות** 23-38 (2020)

¹⁰ מיכאל בירנהק, **מרחב פרטי** 52 (2011); תהילה שוורץ אלטשולר ורחל ארידור הרשקוביץ, **הצעת חוק הגנת הפרטיות, התשע"ט-2019** 51-52 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019); Commission Regulation of 27 Apr. 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 2016 O.J. (L 119) 1 (EU); Nikolaus Forgó, **בסי' 5(b)**, על ההתפתחות של עקרון צמידות המטרה בדין האירופי, ר' לדוגמא, Stefanie Hännold and Benjamin Schütze, *The Principle of Purpose Limitation and Big Data*, in NEW TECHNOLOGY, BIG DATA AND THE LAW 17-42, 23-38 (MARCELO CORRALES, Tal Zarsky, MARK FENWICK AND NIKOLAUS FORGÓ, EDs., 2017). *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, 47 SETON HALL L. REV. 995-1020 1005-1009 (2017)

¹¹ ס' 9(2) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א 1981

¹² בירנהק, בה"ש 10 לעיל, בעמ' 175. בירנהק מתרגם 'function creep' כ'זחילה פונקציונלית'. אך התיאור שלו הוא של זחילת תכליות. מנגד, Webster בה"ש 4 לעיל משתמש במונח surveillance creep (מעקב זוחל) כמונח חליפי ל-policy creep (זחילת מדיניות) כאשר שניהם מתארים זחילת תכליות.

¹³ ס' 5(b) ל-GDPR; ס' 5(1)(b) לדירקטיבה רשויות אכיפת החוק. Directive (EU) 2016/680 of the European Union Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data by Competent Authorities for the Purposes of the Prevention, Investigation, Detection or Prosecution of Criminal Offences or the Execution of Criminal Penalties, and on the Free

היא עניין פרשני. לאחרונה בעניין **עיבוד המידע האוטומטי**,¹⁴ במסגרתו פסל בית המשפט החוקתי של גרמניה הוראות בדין של המדינות הסן והמבורג שהסמיכו את כוחות המשטרה שלהן לבצע פעולות עיבוד אוטומטיות של מידע לתכליות של אכיפת חוק, השתמש בית המשפט במבחן האיסוף ההיפותטי. לפי מבחן זה, יש לבדוק בעת שימוש במידע שמקורו באמצעי מעקב לתכלית חדשה, אם ניתן היפותטית לאסוף אותו מחדש לצורך תכלית זאת – לטובת אותה החקירה או חקירה של עבירה בעלת מאפיינים דומים.¹⁵ בית המשפט היה נכון להחיל את המבחן על פעולות עיבוד שמהוות התאמה והצלבה בסיסית של נתונים בין מאגרי מידע משטרתיים, ואולם כאשר מדובר בעיבוד במסגרת מערכות אלגוריתמיות שמסוגלות לייצר פרופילי אישיות, להעריך מסוכנות על בסיס התנהגות או נתונים אישיים אחרים – בית המשפט קבע שהסתמכות על מבחן האיסוף ההיפותטי אינו מספיק, ואינו מקיף את מלוא הפגיעה הפוטנציאלית בזכות.¹⁶ עניין **עיבוד המידע האוטומטי** מדגים כיצד הדין הגרמני נכון לקבל שימושים שניוניים במידע פרטי במסגרת פעילות אכיפת חוק, ואילו מגבלות הוא מחיל על זחילת שימושים לעבר מחוזות של שיטור מוטה עתיד (predictive policing).

אנליטית, ההבחנה בין זחילת שימושים לזחילת תכליות אינה פשוטה – כמוה כאבחנה הטלאולוגית במהותה בין השימוש בדבר מה לתכליתו,¹⁷ וקל לערבב בין המונחים. גיליום ומונהם, למשל, מגדירים זחילת שימושים כ"מה שקורה כשמערכות טכנולוגיות מתרחבות אל מעבר לתכליות המקוריות שלהן",¹⁸ ובמקום אחר "קל לקרוא לתופעה זו זחילת שימושים" משום שהמערכות זחלות מעבר לתכליות המקוריות שלהן.¹⁹ קושי זה ניכר גם אצל דאל וסאטנן, הרואים במונח 'פונקציה' שם נרדף לתכלית, אך בוחרים לאמץ הגדרה סוציולוגית של פונקציה (בהקשר של מערכות מידע) כתהליך (עיבוד מידע) שיש לו אפקט חברתי מסוים.²⁰

גישה מוקדמת יותר מצביעה על תופעה של 'הסתגלות הפוכה' (reverse adaptation), לפיה המטרות (או התכליות) האנושיות מתרחבות כדי לתאם לאמצעים (הטכנולוגיים) הזמינים.²¹ גישה זו יכולה לתמוך באבחנה בין זחילת שימושים או פונקציות של הטכנולוגיה עצמה לבין שלב מאוחר יותר, בו השינוי הפונקציונלי נעשה לתכליות חדשות, ללא צורך בפיתוח טכנולוגי נוסף.

Framework Decision 2008/977/JHA, Movement of such Data and Repealing Council OJ L 119, 4.5.2016, p. 89–131. המובאה מה-GDPR תורגמה על-ידי המחבר.

BVerfG, 1 BvR 1547/19 (16.2.2023) (להלן: **עניין העיבוד האוטומטי**)¹⁴

עניין **העיבוד האוטומטי**, שם, בפס' 62¹⁵

עניין **העיבוד האוטומטי**, שם, בפס' 70.¹⁶

Ron Amundson and George V Lauder, 'ר', על הקשיים המושגיים באבחנה בין שימוש לתכלית, *Function without purpose*, 9 BIOLOGY AND PHILOSOPHY 443–469 (1994)¹⁷

JOHN GILLIOM AND TORIN MONAHAN, SUPERVISION: AN INTRODUCTION TO THE SURVEILLANCE SOCIETY 58 (2012). המובאה תורגמה על-ידי המחבר.¹⁸

שם, בעמ' 90. המובאה תורגמה על-ידי המחבר.¹⁹

Johanne Yttri Dahl and Ann Rudinow Sætnan, "It all happened so slowly" - On controlling function creep in forensic DNA databases 37 INT'L J. L. CRIME & JUST. 83-103 86-87 (2009)²⁰

LANGDON WINNER, AUTONOMOUS TECHNOLOGY: בה"ש 2 לעיל, בעמ' 41-42. ר' גם Koops, TECHNICS-OUT-OF-CONTROL AS A THEME FOR POLITICAL THOUGHT 227-229 (1977)²¹

יש להדגיש כי זחילה, כאמור לעיל, היא תהליך של מעבר הדרגתי. ואולם, הוספת פונקציה או תכלית חדשה לטכנולוגיה קיימת היא בדידה ותחומה. מבחינות רבות, האפקט ההדרגתי, הזוחל, הוא בהכשרת הלבבות לפונקציה או התכלית החדשים,²² ובכונות לקבל אותה. כאשר התכלית או הפונקציה החדשים הם בעלי אופי ביטחוני, אחד הגורמים שמכשיר את הלבבות ומרכך אותם הוא פחד.²³

במאמר זה זחילת שימושים תתייחס לשימושים בטכנולוגיה או במאגרי מידע החורגים מאלו שלשמשם היא תוכננה, בעוד שזחילת תכליות תתייחס לשימושים בטכנולוגיה או במאגרי מידע החורגים מהתכליות הסטטוטוריות או החוזיות המקוריות שלהם.²⁴ לעתים אלו ואלו זוחלים יד ביד.

כך למשל, משהוצב או נפרס מערך סנסורים (מצלמות, מיקרופונים או חיישני GPS, למשל), זחילת שימושים אפשרית תהיה פיתוח טכנולוגי שבכוחו לעבד את התוצרים של הסנסורים באופן חדש: למשל, להסיק ממערך מצלמות שפרוש בשטח מידע ביחס למאפייני תנועה, מגדר, שיוך אתני,²⁵ או רגשות. דוגמא אחרת היא השימוש במידע הסנסורי שמקורו במד התאוצה שבטלפון החכם (שנועד לזהות את האופן שבו המכשיר מוחזק ולהטות את התמונה בהתאם), כדי למדוד צעדים, לזהות מיקום,²⁶ לאפיין את סוג הפעילות הגופנית של

²² ר' למשל Dahl and Ann Rudinow Sætnan, בה"ש 20 לעיל, בעמ' 88

²³ על פחד כמאפשר הצגה של מערכות מעקב ביטחונית, ר' למשל TORIN MONAHAN, SURVEILLANCE IN THE TIME OF INSECURITY 3 (2010); Didier Bigo, *Security, exception, ban and surveillance* in THEORIZING SURVEILLANCE: THE PANOPTICON AND BEYOND 46-68 47-60 (DAVID LYON, ED., 2006); Yu Zeng and Stan Hok-wui Wong, *Social media, fear, and support for state surveillance: The case of China's social credit system* 37 CHINA INFORMATION 51-74 (2022)

²⁴ לדוגמא לגישה זו ר' T.H.A Wisman, *Purpose and function creep by design: Transforming the face of surveillance through the Internet of Things*, 4 EUR. J. L. & TECH (2013)

²⁵ אושרית גן-אל, "ניו יורק טיימס: רשויות בסין משתמשות בזיהוי פנים לניטור מיעוטים" גלובס (15.4.2019); עורך ירון "לא יכול להסביר את זה" בכיר בוואווי התפטר בעקבות פיתוח 'אזעקת אויגורים' הארץ (16.12.2020).

²⁶ Jingyu Hua, Zhenyu Shen and Sheng Zhong, *We Can Track You if You Take the Metro: Tracking Metro Riders Using Accelerometers on Smartphones*, 12 IEEE (2017) TRANSACTIONS ON INFORMATION FORENSICS AND SECURITY 286-297

המשתמש,²⁷ את מבנה גופו,²⁸ מגדרו²⁹ ואת גילו.³⁰ מחקר אחר הראה כי ניתן ללמוד על מצבו הנפשי של פלוני מנתוני מד התאוצה שבצמיד ה'fitbit' שלו.³¹ כל אלו הם דוגמאות לזחילת שימושים, אך גם לזחילת תכליות, כל עוד אין הסכמה חוזית מצד המשתמש או הסמכה סטטוטורית מפורשת שמכוחם ניתן לעשות שימוש שניוני במידע הסנסורי כאמור.

חברות מסחריות רבות גילו את הפוטנציאל הגלום בזחילת שימושים. כך למשל, כבר בשנת 2012 דווח כי חברת האשראי הקמעונאי אקוויפקס (Equifax) הרחיבה את שירותיה לתחומי אימות זהויות, בדיקת התאמה לעבודה וכדומה, בהתבסס על שימושים שניוניים במידע האצור בקרבה.³² לא רק שעתה רב הפיתוי המסחרי לחרוג מעקרון צמידות המטרה, אלא שההערכה שלבסיס הנתונים הארגוני ישנו פוטנציאל לזחילת שימושים עתידית מדרבנת איסוף של נתונים בהיקף רחב מאלו הדרושים לצורך המטרה המקורית שלשמה הם נאספים,³³ וזאת בסתירה לעקרון יסוד אחר של דיני הגנת הפרטיות, עקרון מזעור הנתונים. לפי עקרון מזעור הנתונים, על מידע אישי להיות מתאים, רלוונטי ומוגבל למה שנחוץ לצורך המטרה שלשמה הוא מעובד.³⁴ לא בכדי אקוויפקס, שחרגה מעקרון מזעור הנתונים ואגרה בקרבה

Piyush Gupta and Tim Dallas, *Feature Selection and Activity Recognition System Using a Single Triaxial Accelerometer*, 61 IEEE TRANSACTIONS ON BIOMEDICAL ENGINEERING 1780-1786 (2014) ²⁷

Gary M. Weiss and Jeffrey W. Lockhart, *Identifying user traits by mining smart phone accelerometer data*, SENSORKDD '11: PROCEEDINGS OF THE FIFTH INTERNATIONAL WORKSHOP ON KNOWLEDGE DISCOVERY FROM SENSOR DATA 61-69 (2011) ²⁸

Ankita Jain and Vivek Kanhangad, *Investigating gender recognition in smartphones using accelerometer and gyroscope sensor readings*, 2016 INTERNATIONAL CONFERENCE ON COMPUTATIONAL TECHNIQUES IN INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES (ICCTICT) 597-602 (2016) ²⁹

Erhan Davarci, Betul Soysal, Imran Erguler, Sabri Orhun Aydin, Onur Dincer and Emin Anarim, *Age group detection using smartphone motion sensors*, 2017 25TH EUROPEAN SIGNAL PROCESSING CONFERENCE (EUSIPCO) 2201-2205 (2017) ³⁰

Zhan Zhang, Yufei Song, Liqing Cui, Xiaoqian Liu and Tingshao Zhu, *Emotion recognition based on customized smart bracelet with built-in accelerometer* 4 PEERJ e2258 (2016) ³¹

Kim S. Nash, *Equifax Eyes Are Watching You--Big Data Means Big Brother*, CIO (16.5.2012) <https://www.networkworld.com/article/2188630/equifax-eyes-are-watching-you--big-data-means-big-brother.html> ³²

Lemi Baruh and Mihaela Popescu, *Big data analytics and the limits of privacy self-management*, 19 NEW MEDIA & SOC. 579-596 (2017); Dennis Broeders, Erik Schrijvers, Bart van der Sloot and Rosamunde Van Brakel, *Big Data and security policies: Towards a framework for regulating the phases of analytics and use of Big Data*, 33 COMPUT. L. & SEC. REV., 309-323 (2017). ³³

ר' ס' 5(c) ל-GDPR. עקרון מזעור הנתונים הוא דוגמה להנדסת פרטיות (ס' 25 ל-GDPR), ולפיו יש לעצב מערכות מידע באופן שעיבוד, איסוף או שימוש במידע אישי באמצעותן יהיה מוערי. לביקורת, ר' Zarsky בה"ש 10 לעיל בעמ' 1009-1011 ³⁴

מידע בהיקף רחב, הייתה מטרה אטרקטיבית לגנבי מידע ואכן נפלה קורבן בשנת 2017 לארוע אבטחת מידע במסגרתו נגנב מידע אישי הנוגע לכ-143 מיליון מלקוחותיה.³⁵ זחילת תכליות או שימושים יכולה להיות בתוך ספרת פעילות מסוימת. אך טבעי הוא, למשל, משמעות מעקב פולשניות, שפיתוחן והפעלתן הוצדקו לאכיפת פשיעה חמורה, הוכיחו את יעילותן, יבקשו גופי אכיפת החוק לעשות בהן שימוש לאכיפת עבירות קלות יותר.³⁶ כך למשל, גרסתו הראשונה של חוק האזנות סתר האמריקני הקיף 25 סוגי עבירות שבגינן תותר האזנת סתר, ועם השנים מספר עבירות אלו ריבע את עצמו.³⁷ חזון ישעיהו מתאר מופע אוטופי של זחילת שימושים ותכליות – הסבת מערכות נשק לשימושים (ותכליות) חקלאיים “וְכִתְּתוּ חֶרְבוֹתָם לְאֵתִים וְחֲנִיתוֹתֵיהֶם לְמִזְמֵרוֹת”.³⁸ וקטור הזחילה יכול לנוע בין ספרות, או צבירים של תכליות ופעילות: מידע פרטי שנאסף לתכליות הנוגעות לספרה הביטחונית עשוי להיות רב ערך גם לתכליות של אכיפת חוק; מידע שנאסף על ידי סוחר מידע (data brokers) לתכליות הנוגעות לספרה האזרחית-מסחרית עשוי לשמש גם גופי אכיפת חוק וביטחון;³⁹ ומידע גנטי אישי, שנאסף על ידי חברה מסחרית לשימוש גינאלוגי פרטי, עשוי למצוא את עצמו מסייע בפענוח פשיעה.⁴⁰ ספרה בהקשר זה

Tara Siegel Bernard, Tiffany Hsu, Nicole Perlroth and Ron Lieber, *Equifax Says Cyberattack May Have Affected 143 Million in the U.S.*, THE NEW YORK TIMES (7.9.2017) <https://www.nytimes.com/2017/09/07/business/equifax-cyberattack.htm>

ר' גם Anthony Volini and Farzana Ahmed, *Strategies to Deter Child Pornography in the Absence of a Mandatory Encryption Back Door: Tipster Programs, A Licensed Researcher System, Compelled Password Production, & Private Surveillance*, 31 DEPAUL J. OF ART, TECH. & INTELL. PROP. L. 18-19 (2022)

LANDAU, בה"ש 1 לעיל, בעמ' 55.
 ישעיהו ב', ד'. לדוגמא בת זמננו, ר' "Ukraine turns tank into tractor" BBC NEWS (19.10.2002) http://news.bbc.co.uk/2/hi/not_in_website/syndication/monitoring/media_reports/2341811.stm. להסבת נשק לשימושים אזרחיים אחרים ר' גם Gordon Woodward, *Swords Into Ploughshares: Ex-german Submarine Engines In British Generating Stations*, 6 ENGINEERING SCI. & EDU. J. 273 (1997). יוער שמנגד, נבואת יואל מתארת את הוקטור ההפוך ("פתו אתיכם לחרבות ומזמרתיהם לזמרים"), ר' יואל ד', י'.

ר' למשל Urbano Reviglio, *The untamed and discreet role of data brokers in surveillance capitalism: a transnational and interdisciplinary overview*, 11 INTERNET POL. & REV. (2022); Henrik Twetman and Gundars Bergmanis-Korāts, *Data Brokers and Security*, NATO STRATEGIC COMMUNICATIONS CENTRE OF EXCELLENCE (14.1.2021); Thorsten Wetzling and Charlotte Dietrich, *Disproportionate use of commercially and publicly available data: Europe's next frontier for intelligence reform?*, SIFTUNG NEUE VERANTWORTUNG (2022)

Sevasti Skeva, Maarten HD Larmuseau and Mahsa Shabani, Review of policies of companies and databases regarding access to customers' genealogy data for law enforcement purposes 17 PERSONALIZED MEDICINE (2022); Victoria Romine, *Crime, DNA, and Family: Protecting Genetic Privacy in the World of 23andMe*, 53 ARIZ. ST. (2021) L.J. 367

הוא מושג בעל רקמה פתוחה, המצוי על רצף. כצביר של תכליות או פעילויות, לספרה תיתכן ליבה, וייתכנו פעילויות או תכליות המשיקות או מצויות בתחומיה של ספרה אחרת. בהקשר זה, השיח הבטחוני סביב מגפת הקורונה בישראל ובמקומות אחרים בעולם, הרואה בנגיף אויב שיש להאבק בו,⁴¹ ומסגור הפנדמיה כאירוע חירום מיוחד,⁴² תרם לביטחוניזציה של האירוע⁴³ ולטשטוש הגבולות בין הספרה הביטחונית לספרה האזרחית-רפואית והקל על רתימת גופים ביטחוניים להתמודדות עם הנגיף. גם אם בחודשים הראשונים לפרוץ המגפה ניתן היה למסגר אותה כאירוע הנכלל במונח 'ביטחון לאומי',⁴⁴ ספק אם טשטוש הגבולות בין הביטחוני לאזרחי-רפואי נותר מוצדק לאורך זמן. אך גם הגשמת אינטרסים ציבוריים חיוניים באמצעות זחילת שימושים או תכליות, נדרשת שתיעשה לפי מבחני מידתיות. נקודת המוצא היא שטכנולוגיות מעקב ומאגרי מידע פוגעים בפרטיות במידה מסוימת. עוצמת הפגיעה בפרטיות משתנה בהתאם לטכנולוגיה הנדונה, למידע אותו היא אוספת, אופן האיסוף, אופן העיבוד, היקף בעלי התפקידים הנחשפים למידע, רמת האבטחה שלו, נהלי שימור נתונים, וכדומה. אלה משפיעים גם על עוצמת האפקטים המצננים של המעקב על פעילות מקוונת או ממשית, ועל זכויות נוספות שעשויות להפגע בשל האפקט המצנן.⁴⁵ אשר על כן, גם אם הפגיעה של טכנולוגית מעקב או מאגר מידע מסוים נמצאה כמידתית לתכלית מסוימת, זחילה אל תכלית או שימוש אחרים עשויה להשפיע על מידתיות ההסדר. לתנועה לאורך וקטור הזחילה יש, לפיכך, נפקויות נורמטיביות. הדין נוטה לראות בפגיעה בפרטיות בשל השימוש במערכות מעקב פולשניות במיוחד כפגיעה מידתית, כאשר תכלית המעקב היא סיכול או מאבק באיומים לביטחון הלאומי, ולעתים גם בפשע חמור (וגם זאת בתנאי שישנם אמצעי בקרה ופיקוח נאותים).⁴⁶ רתימת אמצעים אלו לסיכול עבירות פעוטות איננה מידתית. כך גם בכיוון ההפוך – שימוש במידע אישי שנאסף במסגרת מסחרית לתכליות של אכיפת חוק עשוי גם להיות בלתי מידתי.

⁴¹ ר' למשל דבריו של ראש הממשלה נתניהו מיום 15 במרץ 2020: "עכשיו אנחנו במלחמה עם אויב שהוא בלתי נראה. אנחנו במלחמה, האויב שלנו זה הנגיף, הוא בלתי נראה. כדי לנצח אותו, ואנחנו יכולים לנצח אותו, זה תלוי גם בצעדים של כל אחד ואחד מכם אזרחי ישראל". משרד ראש הממשלה, "ראש הממשלה נתניהו בהצהרה לתקשורת בתום התייעצות בנושא נגיף הקורונה" (15.3.2020) https://www.gov.il/he/departments/news/spoke_corona150320

⁴² Jessica Kirk and Matt McDonald, *The Politics of Exceptionalism: Securitization and COVID-19*, 1 GLOBAL STUDIES QUARTERLY 1-12 (2021); Christian Kaunert, Sarah Leonard and Ori Wertman, *Securitization of COVID-19 as a Security Norm: WHO Norm Entrepreneurship and Norm Cascading*, 11 SOCIAL SCIENCES 266 (2022)

⁴³ ר' בהקשר זה אייל גרוס, "כמו חלום בלהה דיסטופי": זכויות אדם, דמוקרטיה, פוליטיזציה וביטחוניזציה של הבריאות במשפט החוקתי והגלובלי בצל משבר הקורונה " **משפט וממשל כד** 463, 505-514 (2022)

⁴⁴ בג"ץ 2109/20 **בן מאיר ואח' נ' ראש הממשלה** (פורסם באתר הרשות השופטת, 26.4.2020), בפס' 25-27 לפסק דינה של הנשיאה חיות (להלן: **עניין בן מאיר**)

⁴⁵ ר' עמיר כהנא ויובל שני **פיקוח על מקוון בישראל** 36-38 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020)

⁴⁶ ר' למשל, עמיר כהנא "אני, האח הגדול, יודע מה עשית בקיץ האחרון": על פסק הדין בעניין Big Brother השב"כ – על עניין SpaceNet (22.11.2022) ICON-S-IL BLOG "Watch v. UK (25.7.2021) ; עמיר כהנא "רשתות דיגי: שימור נתונים וה'כלי' של

פיתוחים טכנולוגיים חדישים ויוזמות ממשלתיות להקמת מאגרי מידע מעלים לעתים קרובות חששות מזחילת שימושים ותכליות.⁴⁷ כך, למשל, משטרת לונדון החלה לגלות עניין בהיסטוריית הנסיעות המתועדת בכרטיסים הדיגיטליים החדשים ('אויסטר');⁴⁸ סוכנויות ביטחון ואכיפת חוק קבלו גישה למאגרי מידע כלל אירופיים לתיעוד מבקשי מקלט ומבקשי אשרות כניסה לתכליות של סיכול טרור;⁴⁹ וגם המידע שנאגר בשרתי שירותי ניתוח אילן יוחסין גנטי או בסנסורים לניטור מדדי ספורט (fitbit) עשוי לשרת את סוכנויות אכיפת החוק.⁵⁰

בהקשרים של פנדמיות, ההיסטוריה מלמדת שמעקב וניטור שנועדו לבלום התפרצויות של מחלות עשויים לשמש עילה להפעלה או הגברה של תוכניות מעקבים שאופיין פוליטי-ביטחוני. כך למשל, זיהוי נתיב העלייה לרגל למכה (החאג') במאה ה-19 כוקטור של מגפת הכולרה הביא להפעלת אמצעי פיקוח אפידמיולוגיים מוגברים על העולים לרגל על ידי המעצמות האירופיות,⁵¹ ובמקביל החל המודיעין הבריטי לנצל בעלי תפקידים רפואיים לאורך מסלול החאג' מהודו כמקורות מודיעיניים המסייעים בניטור אחר פעילות פאן-איסלמיסטית.⁵²

ואכן, החשש מזחילת שימושים לא פסח על טכנולוגיות מעקב לניטור התפשטות מגפת הקורונה ולבקרה על תנועת אזרחים. לאחרונה, מערכות שנועדו לדרג סיכון בריאותי מעוררות חששות ממגמות של הידוק האחיזה והשליטה של ממשלת סין באזרחיה.⁵³ חששות כאלו הועלו כשפריסת מערכת כזו הוצעה בישראל.⁵⁴ היו גם מי שהתריעו מפני זחילת

⁴⁷ ר' Kitchin בה"ש 3 לעיל; Wisman; בה"ש 12 לעיל; Maria Tzanou, *The EU as an emerging 'Surveillance Society: The function creep case study and challenges to privacy and data protection*, 4 VIENNA J. ON INT'L CONST. L. 407 (2010)

⁴⁸ *Oyster data use rises in crime clampdown*, THE GUARDIAN, (13.3.2006) <https://www.theguardian.com/technology/2006/mar/13/news.freedomofinformation>

⁴⁹ ר' Tzanou בה"ש 47 לעיל

⁵⁰ Nina F. de Groot, Britta C. van Beers and Gerben Meynen, *Commercial DNA tests and police investigations: a broad bioethical perspective*, 47 J. OF MEDICAL ETHICS, 788 (2021); Christine Hauser, *Police Use Fitbit Data to Charge 90-Year-Old Man in Stepdaughter's Killing*, THE NEW YORK TIMES, (3.10.2018) <https://www.nytimes.com/2018/10/03/us/fitbit-murder-arrest.html>

⁵¹ Valeska Huber, *The Unification of the Globe by Disease? The International Sanitary Conferences on Cholera, 1851-1894*, 49 THE HISTORICAL J. 453-476 (2006)

⁵² Michael Christopher Low, *Empire and the Hajj: Pilgrims, Plagues, and Pan-Islam under British Surveillance, 1865-1908*, 40 INT'L J. MIDDLE EAST STUDIES 269-290 (2008)

⁵³ Chris Buckley, Vivian Wang and Keith Bradsher, *Living by the Code: In China, Covid-Era Controls May Outlast the Virus*, THE NEW YORK TIMES, (30.1.2022), <https://www.nytimes.com/2022/01/30/world/asia/covid-restrictions-china-lockdown.html>

⁵⁴ עומר כביר, "כך עובדת מערכת המעקב של נפתלי בנט ו-NSO", *כלכליסט* (16.4.2020) <https://www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3808455,00.html>; הרשות להגנת הפרטיות, "דירוג חברתי בראי הזכות לפרטיות: סקירת רקע בעניין שימוש במערכות לדירוג חברתי" https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/social_ranking, (23.4.2020)

השימוש במערכות ניטור התפרצות הנגיף במי הביוב לתכליות של מלחמה בסמים או מעקב כללי אחר בריאות הציבור.⁵⁵

מערכת החירום לניטור התפרצות המחלה על בסיס נתוני תקשורת (Emergency Communications System Instrument), שממשלת גאנה בקשה להקים, העלתה חששות שיעשה בה שימוש לתכליות ביטחוניות או פוליטיות.⁵⁶ הוראת החירום הנשיאותית לספקי תקשורת להעביר נתוני תקשורת – לרבות מיקום – לרשות התקשורת הלאומית, לכאורה על מנת להזין את מערכת הניטור, הותקפה בבית המשפט הגבוה של גאנה. בעוד שבית המשפט פסק שיש למחוק סוגי נתונים מיותרים ולחדול להעבירם למערכת,⁵⁷ הוא נמנע מלעצור את פעילותה או הזרמת הנתונים אליה לחלוטין.⁵⁸

תשומת הלב האקדמית נטתה להתמקד במערכות מעקב המגעים בהן נעשה שימוש על ידי רשויות ברחבי העולם על מנת לזהות נשאים פוטנציאליים של הנגיף ואת מי שעשויים היו לבוא איתם במגע ולהדבק,⁵⁹ מתוך חשש מהעניין שעשויות רשויות המדינה לגלות ברתימת המידע הנאגם ביישומי מעקב מגעים לתכליות אחרות מאלו שלשמן הוא נאסף מלכתחילה.⁶⁰ חששות אלו התממשו במספר מקרים. בגרמניה, לדוגמה, עשתה המשטרה שימוש בנתוני מיקום שנאספו לתכליות אזרחיות ביישומי מעקב מגעים במסגרת חקירת

Natalie Ram, Lance Gable and Jeffrey Ram, *The Future of Wastewater Monitoring for the Public Health*, 56 U. RICH. L. REV. (Forthcoming 2022) ⁵⁵

Delali A Gawqu and Richard Obeng Mensah, *COVID-19 Contact Tracing and Privacy Rights in Ghana: A Critical Analysis of the Establishment of Emergency Communications System Instrument, 2020 (EI 63)*, 65 J. AFRICAN L. 361-373 (2021) ⁵⁶
 לביקורות על המערכת, ר' Kwaku Agyeman-Budu, *Constitutionalism And Covid-19 In Ghana*, AFRICAN NETWORK OF CONSTITUTIONAL LAWYERS (1.5.2020) <https://ancl-radc.org.za/node/627>; Jonathan Asare, *Establishment of Emergency Communications Instrument, 2020 (E.I. 63); A Dangerous Illegality*, GHANA LAW HUB (26.5.2020) <https://ghanalawhub.com/establishment-of-emergency-communications-instrument-2020-e-i-63-a-dangerous-illegality>

Francis Kwarteng Arthur v Ghana Telecommunications Co Ltd and Four Others suit no. HR 0064/2020, GJ 0855/2020 (22.7.2021) ⁵⁷

Gawqu and Mensah, בה"ש 56 לעיל בעמ' 373 ⁵⁸

ר' LANDAU בה"ש 1 לעיל; תהילה שוורץ אלטשולר ורחל ארידור הרשקוביץ, "מעקבים דיגיטליים בחסות הקורונה - חלופות למעקבי השב"כ", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (24.6.2020) ⁵⁹ <https://www.idi.org.il/ministerial-committee/31884>

David Morrison and Patrick T. Quirk, *An Australian Conundrum: Genomic Technology, Data, and the COVIDSafe App*, 33 PACE INT. L. REV. 43 (2020); Audrey Guinchard, *Our digital footprint under Covid-19: should we fear the UK digital contact tracing app?*, 35 INT'L REV. L., COMPUT. & TECH. 84-97 (2021) בה"ש 4 לעיל, בעמ' 528-535 ⁶⁰

פשעים.⁶¹ גם באוסטרליה ובסינגפור קיבלה המשטרה גישה לנתוני מיקום שמקורם ביישומנים אזרחיים.⁶²

זחילת שימושים אינה רק משימושים אזרחיים לשימושים ביטחוניים, אלא היא יכולה להיות בווקטור שכיוונו הפוך – משימושים ביטחוניים לשימושים אזרחיים במהותם. נלקין ואנדרוז מתארות כיצד טכנולוגיות זיהוי גנטיות בשירות כוחות הביטחון ואכיפת החוק, לסיוע בחקירת פשיעה עשויות להירתם לתכליות אחרות, כגון סינון מהגרים פוטנציאליים לתחומי המדינה.⁶³ גם בספרה האזרחית ניתן להצביע על מקרים בהם מערכות מעקב שהצבתן הוצדקה למניעת פשע או הגנה על רכוש, מוסכות לתכליות אחרות לחלוטין. כך למשל, מצלמות במעגל סגור שהוצבו בבתי ספר כדי למנוע גניבות בשעות הערב אפשרו לסגל הפדגוגי לעקוב ולזהות תופעות של בריונות בקרב הילדים.⁶⁴

היבט מסוים של זחילת שימושים מהספרה הביטחונית לספרה האזרחית בא לידי ביטוי בתופעה של זליגת מודיעין (intelligence creep) מתארת מצב בו נעשה שימוש בנתונים שהושגו באמצעים הפוגעים ומגבילים את זכויות הפרט לתכליות אחרות מאלו שהצדיקו את הפגיעה המקורית.⁶⁵ לעיצוב מוסדי יש השפעה על הפוטנציאל לזחילת מודיעין. כך למשל, ההיברידיזציה של הבולשת הפדרלית (FBI), האחראית הן על אכיפת החוק והן על סיכול טרור, מעלה חששות מזליגת מודיעין שהופק לתכליות של ביטחון לאומי, לחקירות של עבריינים

Rachel Pannet, *German police used a tracing app to scout crime witnesses. Some fear that's fuel for covid conspiracists*, THE WASHINGTON POST (13.1.2022) <https://www.washingtonpost.com/world/2022/01/13/german-covid-contact-tracing-app-luca/>

Johanna Gunawan, David Choffness, Woodrow Hartzog and Christo Wilson, *The COVID-19 Pandemic and the Technology Trust Gap*, 51 SETON HALL L. REV. 1505-1533 (2021); Andreas Illmer, *Singapore reveals Covid privacy data available to police*, BBC NEWS (5.1.2021) <https://www.bbc.com/news/world-asia-55541001>; Tama Leaver, *Police debacle with SafeWA COVID tracking app*, COSMOS (17.6.2021) <https://cosmosmagazine.com/people/police-debacle-with-safewa-covid-tracking-app/>

Dorothy Nelkin and Lori Andrews, *Surveillance creep in the genetic age* in SURVEILLANCE AS SOCIAL SORTING: PRIVACY, RISK AND DIGITAL DISCRIMINATIONS 94-109 (DAVID LYON, ED., 2003)

Emmeline Taylor, *If I wanted to be on Big Brother, I would've auditioned for it: examining the media representation of CCTV in schools and the impact of visual surveillance on schoolchildren*, in SURVEILLANCE FUTURES: SOCIAL AND ETHICAL IMPLICATIONS OF NEW TECHNOLOGIES FOR CHILDREN AND YOUNG PEOPLE 19-35 (EMMELINE TAYLOR AND TONYA ROONEY EDS., 2017)

עמיר כהנא ויובל שני, *רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה*, 20, (המכון הישראלי לדמוקרטיה, <https://www.idi.org.il/books/25754>) (2019); Kim Taipale, *Technology*, ; *Security and Privacy: The Fear of Frankenstein, the Mythology of Privacy and the Lessons of King Ludd*, 7 YALE J. L. & TECH. 123-221 (2004); Fred H. Cate, *Government Data Mining: The Need for a Legal Framework*, 43 HARV. C.R.-C.L. L. REV. , 435-490 (2006)

אזרחיים.⁶⁶ חרף הפרדה מוסדית כזו בגרמניה בין המשטרה לשירותי המודיעין,⁶⁷ עם השנים היא נשחקה נוכח הצורך בשיתוף פעולה בין סוכנויות במסגרת המאבק בטרור.⁶⁸ זחילת שימושים או תכליות מהספרה האזרחית לשימושים ביטחוניים מעלה חששות לא פחותים מאלו הנוגעים לסיכונים שבזחילה בכיוון ההפוך. הפרוליפרציה של חיישנים ומערכות מידע בתחום האזרחי מעלים חששות שהנתונים הנאגרים בהן יירתמו לתכליות ביטחוניות או פוליטיות שלהן אפקטים מצננים הממשטרים את התנהגות הפרט. מטעמים אלו, בשיטות משפט דמוקרטיות שימוש בטכנולוגיות מעקב פולשניות לתכליות ביטחוניות כפוף למסגרת משפטית הנועדה להבטיח שהפגיעה בזכויות תהיה מידתית ולא תעלה על הנדרש.⁶⁹

יתר על כן, אם בעידן של מוניטיזציה של בסיסי נתונים בסקטור האזרחי ישנם תמריצים לאיסוף גורף ורחב היקף מעבר לנדרש לתכלית המקורית של היישום, אז מקל וחומר שארגוני מודיעין וסוכנויות לאכיפת חוק ייטו לאגור נתונים ככל האפשר. שנאת הסיכון האינהרנטית בארגונים אלה – שמטרתם למנוע איומים שתוחלת הסיכון שלהם גבוהה אך הסיכוי שיתממשו עשוי להיות נמוך – מתמרצת אותם לאסוף מידע מלוא החופן, מכל סנסור ובסיס נתונים עליהם ניתן להניח את היד. ואולם אם ניתן להצדיק פרקטיקות של מעקב המונים לתכליות ביטחוניות, בחינת איסוף כל השחת על מנת לאתר בתוכו מחט, לכשיעלה הצורך, הצדקות כאלו נעשות קלושות כשנעשה שימוש במעקב המונים לתכליות אחרות, או כאשר ניתן למצוא לפרקטיקות אלו חלופות שפגיעתן בפרטיות ובזכויות האזרח היא פחותה.

ב. זחילת שימושים מהספרה האזרחית לספרה הביטחונית: 'הכלי'

הציבור הישראלי למד על קיומו של ה'כלי' לאחר שראש ממשלת ישראל הודיע במרץ 2020 על הכוונה לעשות שימוש באמצעי מעקב שנועדו להתמודדות עם איומי טרור על מנת להכיל את התפשטות מגיפת הקורונה.⁷⁰ כתבת תחקיר של רונן ברגמן ועידו שברצטון שפורסמה מספר ימים לאחר הודעת ראש הממשלה תיארה מאגר נתונים השואב לקרבו את נתוני התקשורת (metadata) של כל תעבורת התקשורת בישראל במשך שני עשורים לכל הפחות.⁷¹

⁶⁶ Laura K. Donohue, *The Future of Foreign Intelligence: Privacy and Surveillance in a Digital Age*, Chap. (2016).

⁶⁷ Codrin Timu, and Martin Ibler, *The German Separation between Police and the Offices for the Protection of the Constitution. Legal Framework*, 2016 REV. DR. CONST. 36-43 (2016).

⁶⁸ Gert-Joachim Glaeßner, *A Change of Paradigm? Law and Order, Anti-Terrorism Policies, and Civil Liberties in Germany*, 19 GERMAN POLITICS 479-496 (2010).

⁶⁹ ר' לדוגמא Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom [GC, Applications no. 58170/13, 62322/14 and 24960/15] (2021).

⁷⁰ משרד ראש הממשלה, בה"ש 41 לעיל.

⁷¹ רונן ברגמן ועידו שברצטון, "הכלי", מאגר המידע הסודי של השב"כ, אוסף נתונים על כל אזרחי מדינת ישראל ויודע: איפה הייתם, עם מי דיברתם, ומתי עשיתם את זה" **ידיעות אחרונות** (25.3.2020); עמיר כהנא "הרגע הסנודני (המוחמץ) של ישראל? בעקבות הגילויים האחרונים על איסוף מטא-דאטה על ידי השב"כ" אתר משפט ועסקים (13.4.2020) idclawreview.org/2020/04/13/cahane.

נתוני תקשורת, או מטאדאטה, הם כל הנתונים שאינם תוכן של תקשורת. אם התקשורת היא שיחת טלפון, למשל, תוכן התקשורת הוא הדברים הנאמרים בין הצדדים לשיחה, ואילו נתוני התקשורת הם פרטי המידע על אודות השיחה: היכן נתקיימה, זהות הצדדים, ושעות תחילתה וסיומה. ישנם דברי חקיקה המגדירים בפרוטרוט נתוני תקשורת. כך למשל, בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, המגדיר נתוני תקשורת כנתוני מיקום, נתוני מנוי ונתוני תעבורה למעט תוכנו של מסר בזק.⁷² חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 נוקט בלשון מרחיבה ומגדיר מטאדאטה ('מידע') על דרך השלילה – "לרבות נתוני תקשורת ולמעט תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979".⁷³ בעבר, כאשר המידע אודות התקשורת היה הפרטים על גב המעטפה,⁷⁴ יוחסה לו חשיבות זניחה מצד גופי המודיעין בהשוואה לערכיות המודיעינית של תוכן התקשורת עצמה. ההגנות המשפטיות על מטאדאטה היו בהתאמה – שכן המטאדאטה היה גלוי לעין כל רואה, ולא היה אלא רשומת מידע בודדה (מוען ונמען של דבר הדואר) ולכאורה חסרת משמעות. קפיצות דרך טכנולוגיות הכרוכות ביכולות מוגברות לעיבוד ואחסון מידע מחד, והתרחבות השימוש בטלפונים סלולאריים מאידך, הביאו לשינוי במעמד המטאדאטה.⁷⁵ סוכנויות מודיעין ואכיפת חוק מייחסות ערכיות רבה יותר לנתוני תקשורת, הנוחים לעיבוד ממוכן (להבדיל מטקסט חופשי), המתויגים מראש, ושמהם ניתן באמצעות האלגוריתמיקה המתאימה ללמוד על קשרי עבודה בין יעדים מודיעיניים או על הרגלים יומיומיים.⁷⁶ בהקשר זה ראוי להזכיר את הערתו של ראש הסוכנות האמריקאית לביטחון לאומי (NSA), גנרל מייקל היידן, לפיה "אנו הורגים אנשים בהסתמך על מטאדאטה".⁷⁷

לפני כעשור חשף אדוארד סנודן, עובד קבלן של הסוכנות לביטחון לאומי, כי זו עוסקת באיסוף שיטתי של כל רישומי שיחות הטלפון (CDR)⁷⁸ במסגרת פעילות מודיעינית שכונתה

⁷² ס' 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, ס"ח 2122, 72 (להלן: **חוק נתוני תקשורת**)

⁷³ ס' 11(א) לחוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002, ס"ח 1832 התשס"ב (21.2.2002), 179 (להלן: **חוק השב"כ**)

⁷⁴ *Ex Parte Jackson*, 96 U.S. 727 (1877)

⁷⁵ ר' למשל: Daragh Murray & Pete Fussey, Bulk Surveillance in the Digital Age: Rethinking the Human Rights Law Approach to Bulk Monitoring of Communications (2019) Data, 52 ISRAEL L. REV. REVIEW 31–60 53-55 (2019)

⁷⁶ Intelligence and Security Committee of Parliament, Privacy And Security: A Modern And Transparent Legal Framework (12.3.2015); European Commission For Democracy Through Law, Report On The Democratic Oversight Of Signals Intelligence Agencies (15.12.2015), Para. 48. ר' גם את הערתו של היועץ המשפטי לשירות הביטחון הכללי, אריה רוטר בפרוטוקול מס' 2 של ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוק, חוק ומשפט לחוק השב"כ (30.12.2001), בעמ' 59: "...כמעט אין מבצע סיכולי מודיעיני שהיום שלא משולב בו התחום של המידע הטכנולוגי...אנחנו פחות נגישים למקורות חיים, וגם הטכנולוגיה נותנת אפשרויות אדירות לקבל מידע".

⁷⁷ David Cole, *We kill people based on metadata*, N.Y. REV. OF BOOKS (10.5. 2014)

⁷⁸ Foreign Intelligence Surveillance Act, 50 U.S.C. § 1861(k)(c)

'תוכנית 215'.⁷⁹ הסערה שהתעוררה בעקבות השיפוט אלו הכתה גלים בארצות הברית ובעולם, אך החשיפה על דבר קיומו של ה'כלי' לא הולידה עוררה תגובה זהה בדעת הקהל הישראלית.⁸⁰ זאת חרף העובדה שה'כלי' הוא פולשני בהרבה ממקבילתו האמריקאית. בעוד שרישומי שיחות הטלפון תחת תוכנית 215 הוגבלו לנתוני זיהוי ותעבורה – פרטים הנוגעים לזהות הצדדים לתקשורת ומועדי השיחה ביניהם,⁸¹ ה'מידע' שחוק השב"כ מתיר ל'כלי' לאסוף מוגדר באופן רחב בהרבה.

אינדיקציה נוספת לאנומליה של אמצעי מעקב המונים כגון ה'כלי' הוא העדר שיח על שימור נתונים (data retention). הדין האירופי מגדיר בזהירות רבה את המותר והאסור לרשויות המדינה בבואן להורות לספקי שירותי תקשורת שלא לבער נתוני תקשורת על מנת שבעתיד יוכלו סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק לבקש גישה אליהם. סוגיה זו היא כה רגישה, עד כי בית הדין האירופי לצדק הכריז ב-2014 על דירקטיבת שימור הנתונים של האיחוד כבטלה, משמצא אותה בלתי מידתית.⁸²

ה'כלי' עוצב כמטרה, לכאורה, לאפשר לשירות הביטחון הכללי למלא את ייעודיו הסטטוטוריים: "לשמור על ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומסודותיו מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות ריגול וחשיפת סודות מדינה".⁸³ המידע שאצור בתוככי ה'כלי' נשלף, מנותח ומעובד לצורך תכליות אלו – של סיכול איומים פנימיים וריגול נגדי – שאינן חופפות למטרות המקוריות שלשמן נאסף המידע על ידי ספקיות התקשורת.

יכולות האיכון של ה'כלי' מסתמכות על הצלבת עוצמות הסיגנל של מכשיר הטלפון הסלולרי הנקלטות במספר אנטנות סלולארי נייחות.⁸⁴ ייתכן ומידע טכנולוגי נוסף משמש להיוריסטיקות המשפרות את הדיוק באיכון או בשאר תוצרי ה'כלי', המכונים לעתים 'מחקר תקשורת'. במובן זה, ה'כלי' כשלעצמו הוא מופע של זחילת שימושים. נתונים שמטרתם המקורית הייתה לתמוך בקיומה של תקשורת בתווך הדיגיטלי, או במערכות ניהול עסקיות של מנזרים לשירותי תקשורת אלה,⁸⁵ נאספים על ידי צד שלישי על מנת לעשות בהם שימוש חדש, לתכליות ביטחוניות.

⁷⁹ ר' כהנא ושני, בה"ש 65 לעיל בעמ' 85-94; Glenn Greenwald & Ewen MacAskill, Boundless Informant: The NSA's Secret Tool to Track Global Surveillance Data, THE GUARDIAN (11.6.2013)

⁸⁰ ר' כהנא, בה"ש 71 לעיל

⁸¹ ייתכן וזו הסיבה שתוכנית 215 חדלה מלעניין את הסוכנות לביטחון לאומי, והשימוש בה דעך. ר' כהנא ושני, בה"ש 45 לעיל בעמ' 15-16; ר' ג' Susan Landau & Asaf Lubin, *Examining the Anomalies*, Explaining the Value: Should the USA FREEDOM Act's Metadata Program be Extended? 11 HARV. NAT'L. SEC. J. 308

⁸² CJEU, Joined cases C-293/12 and C-594/12 (Digital Rights Ireland v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, *Seitlinger and Others*), (18.4.2014), [2014] E.C.R. I-238. להתפתחויות אחרונות בנושא שימור נתונים באיחוד האירופי, ר' כהנא (2022), בה"ש 46 לעיל.

⁸³ ס' 7(א) לחוק השב"כ.

⁸⁴ LANDAU, בה"ש 1 לעיל, בעמ' 40-41.

⁸⁵ ר' למשל הגדרת 'נתוני תעבורה' בדירקטיבת הפרטיות האלקטרונית האירופית (ePrivacy Directive): "traffic data" means any data processed for the purpose of the conveyance of a communication on an electronic communications network or for the billing thereof

ג. זחילת שימושים מהספרה הביטחוניית לספרה האזרחית: מעקב מגעים

רב הנסתר על הידוע ביחס לתולדותיו של 'הכלי'. נראה, עם זאת, כי ה'כלי' היה בשימוש בטרם חקיקת חוק השב"כ, וכי הסעיף המסמיך את השירות לעשות בו שימוש נועד לתת מסגרת משפטית המחייבת את שיתוף הפעולה של ספקי התקשורת המעבירים לשירות מידע.⁸⁶ טרם פרסום התחקיר של ברגמן ושבוצטוך אודות 'הכלי', נרמז על קיומו, או למצער על היכולות שלו, בדו"ח מבקר המדינה בפרשת הרפז. בדו"ח מבקר המדינה הלין על השב"כ שסירב להעביר לו נתוני תקשורת בטענה שאין זה ראוי שהשירות יעשה שימוש ביכולותיו למען עניינים שלדעתו אינם נוגעים ישירות בתחומי האחריות והסמכות של השירות.⁸⁷ ברגמן ושבוצטוך מתארים מספר מקרים נוספים בהם השירות סירב לאפשר שימוש חורג ב'כלי' ובתוכם בקשה של ראש הממשלה לנטר את שותפי הסוד בנושא התוכניות לתקוף באיראן, מחשש להדלפות, וכן לאיתור מהגרי עבודה ופליטים שחצו את הגבול לישראל.⁸⁸ ואולם לכל הפחות במקרה אחד קודם למגפת הקורונה סייע השירות למשטרה ואישר שימוש ב'כלי' במסגרת המאבק בפשיעה המאורגנת.⁸⁹

ההסמכה של השב"כ לסייע במאבק בנגיף הקורונה, אשר תואר בהרחבה בחלק הבא של המאמר, יצרה מסגרת משפטית לממשק העברת המידע בין השירות לבין משרד הבריאות. לנציגי משרד הבריאות לא היתה גישה ישירה ל'כלי'. תחת זאת, משרד הבריאות העביר פרטים מזהים של נשאים לשב"כ, והשירות בדק באמצעות ה'כלי' היכן שהו אותם נשאים בתקופה שלפני אימותם כנשאי הנגיף, ואילו אנשים אחרים היו במגע קרוב עם אותם נשאים, והעביר את תוצאות הבדיקה לנציגי משרד הבריאות.

ניתן לזהות שלוש תכליות ששרתו נתוני תקשורת, ונתוני מיקום בפרט, בהקשר של מגפת הקורונה. שתי הראשונות נוגעות להתמודדות עם פערי כסוי של החקירות האפידמיולוגיות. תכלית ראשונה, היא השלמת פערים מהותיים. בחקירה אפידמיולוגית מסורתית, המסתמכת על ראיון בעל פה של נשאים, ייתכנו מצבים בהם הנחקרים לא יזכרו במדויק את המקומות בהם שהו בחלון הזמנים הרלוונטי להדבקה, וגם אם כן, הם עשויים שלא לזהות או להכיר את כל אלו שהיו איתם במגע קרוב. נוסף על כך, נחקרים אנושיים עשויים להסתיר פרטים

ST 6087 2021 INIT, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) - Mandate for negotiations with EP (10.2.2021) ר' דבריו של מני מזוז, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) בפרוטוקול מס' 2 של ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוק, חוק ומשפט לחוק השב"כ (30.12.2001). בעמ' 59: "הנושא הזה [נתוני תקשורת] מוסדר היום באופן עקיף בחקיקה הקיימת, כלומר זאת לא סמכות חדשה שאנחנו מעניקים לשירות אלא דברים שהשירות עושה היום על סמך סמכויות שלא מסדירות את זה באופן ממוקד, אלא סמכויות כלליות שקיימות בחוקים שונים ועוסקים בנושאים של תקשורת והגנת הפרטיות וכולי". ר' גם פרוטוקול מס' 3 של ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוק, חוק ומשפט לחוק השב"כ (3.1.2002). בעמ' 28-29.

⁸⁷ מבקר המדינה דו"ח ביקורת על פרשת "מסמך הרפז" (2012), עמ' 24-25.

⁸⁸ ברגמן ושבוצטוך, בה"ש 71 לעיל.

⁸⁹ שם.

מהחוקרים, אם מתוך בוששה ואם מחשש להשלכות המעשיות של החקירה על אחרים, עליהם יושתו תנאים מגבילים.⁹⁰

תכלית שניה היא השלמת פערי משאבים – בשלב בו המערך האפידמיולוגי סבל מאיוש חסר, ה'כלי' נועד לסייע להתמודדות עם עומסי הנדבקים. אינדיקציה לכך מהווה התנאי שבחוק הסמכת השב"כ, לפיו "..."היה משרד הבריאות רשאי להעביר לשירות בקשה לקבלת סיוע, ובלבד שמספר החולים החדשים באותו יום או ביום שקדם לו עלה על 200".⁹¹

בנתוני תקשורת – ונתוני מיקום בפרט – ניתן להשתמש לתכלית שלישית בהקשרים הנוגעים לקורונה, והיא אכיפה של הוראות בידוד או סגר. לאחרונה פורסם שמשרד הבריאות הקנדי השתמש בנתוני תקשורת מותממים לכאורה על מנת להעריך את מידת הציות האזרחית להנחיות הסגרים.⁹² השב"כ התנגד באופן נחרץ לשימוש ב'כלי' לאכיפת הנחיות בידוד, והדבר ניכר בסייגים המפורשים לפיהם השירות לא יעסוק בפעילות פיקוח ואכיפה על הפרת חובת בידוד, המצויים בכל דברי החקיקה המסמיכים את השב"כ לסייע במאבק בקורונה.⁹³ אשר על כן, במהלך החודש הראשון להפעלת ה'כלי', תיקנה הממשלה את חוק נתוני תקשורת באמצעות תקנות שעת חירום שהסמיכו את משטרת ישראל לפנות לבעלי רישיון בזק כדי להשיג נתוני מיקום של אנשים שנמצאים בבידוד, על מנת לוודא כי הם אכן שוהים בביתם.⁹⁴ בהחלטת הביניים בעניין בן-מאיר הורה בית המשפט העליון שלא להפעיל סמכויות אלו.⁹⁵

⁹⁰ על הצורך ברגישות במהלך החקירה האפידמיולוגית ר' למשל LANDAU, בה"ש 1 לעיל, בעמ' 23-24.

⁹¹ ס' 3(א) 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 תש"ף, עמ' 166 (להלן: **חוק הסמכת השב"כ**). העמדה לפיה ה'כלי' נועד להתמודד עם פערי כיסוי של מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושי באה לידי ביטוי גם בדבריו של ראש שירות הביטחון הכללי, נדב ארגמן, בישיבת קבינט הקורונה, לפיהם "כשמדובר באלפים אי אפשר לעשות את זה כנראה בשיטה הזאת וצריך ללכת אפידמיולוגיות אנושיות], כשמדובר באלפים אי אפשר לעשות את זה כנראה בשיטה הזאת וצריך ללכת [לפתרון] טכנולוגי...במצב שיש תחלואה רחבה מאוד ולא יהיה פתרון אחר יהיה נכון להעביר [את המשימה] אל השירות." עמית סגל "ההקלטות חושפות: ראש השב"כ ביקש להימנע ממעקב אחר אזרחים - נתניהו לחץ" **N12** (21.6.2020) https://www.mako.co.il/news-politics/2020_q2/Article-a5435f14ca7d271026.htm

⁹² Anja Karadeglija, *Privacy commissioner: Few realized the government was tracking their pandemic movements*, NATIONAL POST, (7.2.2022) <https://nationalpost.com/news/politics/privacy-commissioner-public-health-agency-of-canada-cellphone-location-data>

⁹³ ס' 11 לחוק הסמכת השב"כ; תקנה 8(א) תקנה 2 לתקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020, ק"ת 8393 בעמ' 782 (להלן: **תקש"ח קורונה שב"כ**); ס' 12 להחלטה מס' 4950 של ממשלת ישראל, הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וביטול החלטת ממשלה (31.3.2020) (להלן: **החלטת ממשלה (4950)**)

⁹⁴ תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020, ק"ת 8390 בעמ' 772 (להלן: **"תקש"ח קורונה משטרה"**)

⁹⁵ בג"ץ 2109/20 שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, החלטה מיום 19.3.2020)

ניסיון לעגן סמכויות אלו בחקיקה⁹⁶ הוקפא חרף התקדמות הליכי ניסוח הצעת החוק בוועדת חוץ וביטחון.⁹⁷

על מנת להתמודד עם מגפת הקורונה בתחילת שנת 2020, נדרשו אמצעים על מנת לנטר את היקף ההתפשטות של הנגיף ולעכב אותו. בשבועות הראשונים להתפרצות המחלה, התבסס משרד הבריאות על טכניקות מסורתיות של חקירה אפידמיולוגית פרונוטלית, שלעתיים לוותה בהשלמת פערי זיכרון באמצעות בחינת ראיות דיגיטליות: היסטוריית רכישות בכרטיס אשראי או נסיעות בתחבורה הציבורית.⁹⁸ במהלך תקופה זו הוזנה הציבור באמצעות פרסומים של רשימת המקומות בהם שהו מאומתים לנגיף.⁹⁹ הצירוף של אי הודאות ביחס לאיום הנשקף מהנגיף, החששות מהערכות חסר במערכת הבריאות והעלייה המעריכית במספר הנשאים המאומתים, דחף את הרשויות לפנות אל 'הכלי', כאמצעי להתמודד עם הקשיים שבזיהוי נשאים פוטנציאליים, לרבות פערי זיכרון וידע של נשאים בחקירה אפידמיולוגית מסורתית, או פערי כוח אדם במערך התחקור האפידמיולוגי, שבאותה העת סבל מאיוש חסר. על הדינאמיקה של ההסמכה הזוחלת של שירות הביטחון לעשות שימוש ב'כלי' שנועד לסיכול טרור לתכליות שהן אזרחיות במהותן, נעמוד בחלק הבא.

ד. הסמכה זוחלת: מהעדר סמכות לחקיקה ראשית

הרצוג, סלינגר וגונוואן הציעו לאחרונה את המושג 'מדקרות פרטיות' (privacy nicks), כדי לתאר מקרים של זחילת שימושים כפריסה של טכנולוגיות שמרחיבות את המידה בה נעשה שימוש במידע אישי אך יש בצידן מידה פעוטה או זניחה של סיכון או נזק מיידית.¹⁰⁰ לטענתם, המחוקק נוטה להתעלם מ'דקירות' קלות בפרטיות. ואולם 'דקירות' פעוטות אלו מצטברות לכדי סחף איטי, שבמסגרתו ההבנה החברתית הקולקטיבית של מהי פרטיות סבירה משתנה, והקווים האדומים משורטטים ללא הרף מחדש – באופן המאפשר אימוץ של טכנולוגיות יותר ויותר פולשניות. מימד הזמן מאפשר לחברה להתרגל בהדרגה לאותן דקירות פרטיות בלתי מזיקות לכאורה, עד ל"מוות באמצעות אלף חתכים". הדינמיקה ההדרגתית בה הוסמך השירות לעשות שימוש ב'כלי' לתכליות אפידמיולוגיות איפשרה לציבור להתרגל לנוכחות של ה'כלי' בספרה הפרטית, ואלמלא השיעור הגבוה של איכוני

⁹⁶ תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (תיקון מס' 6) (קבלת נתוני מיקום לצורך פיקוח על קיום הוראת הבידוד), התש"ף-2020 (פורסם ביום 24.3.2020)

⁹⁷ פרוטוקול ישיבה מס' 3 של ועדת החוץ והביטחון הזמנית, הכנסת ה-23, (19.4.2020); פרוטוקול ישיבה מס' 5 של ועדת החוץ והביטחון הזמנית, הכנסת ה-23, (20.4.2020); פרוטוקול ישיבה מס' 6 של ועדת החוץ והביטחון הזמנית, הכנסת ה-23, (21.4.2020); פרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת החוץ והביטחון הזמנית, הכנסת ה-23, (22.4.2020); פרוטוקול ישיבה מס' 8 של ועדת החוץ והביטחון הזמנית, הכנסת ה-23, (22.4.2020) Amir Cahane, *Israel's SIGINT Oversight Ecosystem: COVID-19 Secret*; (2021) *Location Tracking as a Test Case*, 19 U. N.H. L. REV 451-490

⁹⁸ רוני לינדר, "אדם חוטף שוק כשנודע לו שהוא חולה קורונה, יש מקרי הסתרה", THE MARKER, (8.3.2020)

⁹⁹ שם. להיבטי פרטיות ר' גם Jelena Gligorijevic, *Coronavirus, Media Reportage and Patient Privacy*, INFORRM'S BLOG (7.8.2020) <https://inform.org/2020/03/07/coronavirus-media-reportage-and-patient-privacy-jelena-gligorijevic>

¹⁰⁰ Hartzog, Selinger and Gunawan, בה"ש 4 לעיל בעמ' 4

שווא,¹⁰¹ אפשר שמידת ההתנגדות הציבורית לו היתה דועכת בחלוף הזמן.¹⁰² ההסמכה הזוחלת של השירות מאפשרת הצצה ב'הילוך איטי' לתהליכי הטמעה של טכנולוגיות מעקב על ידי הממשלה.

המסגרת המשפטית המסמיכה את השב"כ לעשות שימוש ב'כלי' מצויה בסעיף 11 לחוק השב"כ. לימים העיר ראש השב"כ לשעבר, אבי דיכטר, כי סעיף זה הועבר בחוק 'מתחת למכ"מ', מתוך הכרה של השב"כ בפוטנציאל הבעייתי שלו, ובהסתמך על הבורות וחוסר ההבנה של המחוקקים ביחס למשמעות של נתוני תקשורת.¹⁰³ לפי סעיף זה, רשאי ראש הממשלה לקבוע כי סוגי מידע מסוימים דרושים לשירות לשם מילוי תפקידיו, וכי על ספקי תקשורת מורשים להעביר מידע זה לידי השירות.¹⁰⁴ סעיף 7(ב) לחוק השב"כ מונה את תפקידי השירות, והוא כולל הוראה לפיה הממשלה רשאית להוסיף על תפקידו פעילות בתחום אחר שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים בתחום הביטחון הלאומי, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, היא ועדת המשנה למודיעין ושירותים חשאיים של ועדת חוץ וביטחון של הכנסת.¹⁰⁵

ההסמכה הזוחלת שתואר בחלק זה היא במידת מה תופעה מיוחדת, במובן זה שלהבדיל מזחילת תכליות של אמצעי מעקב שאינם תחת חוק השב"כ, שמסלול ההסדרה המשפטי שלהם הוא בשגרה דרך חקיקה ראשית, ובחירום – באמצעות תקנות לשעת חירום, חוק השב"כ כולל את חלופת ההסמכה המיוחדת שבסעיף 7(ב).¹⁰⁶ בדרך זו ובנסיבות המיוחדות לפרוץ הקורונה, התאפשר נתיב ההסמכה ההדרגתי, הרב-שלבי, שיתואר להלן, שבמהלכו הוארכה תקופת ההסמכה באמצעי המעקב של השירות באמצעות מתן ארכה של בית המשפט למחוקק להעריך לקראת שלב ההסמכה הבא, ובדרך זו הורגלו הן מקבלי ההחלטות והן הציבור לפריסה, לשימוש ולהפעלה של אמצעי מעקב פולשני.

בשעה שראש ממשלת ישראל הודיע לציבור על הכוונה לעשות שימוש באמצעים דיגיטליים שנועדו למאבק בטרור לשם התמודדות עם התפרצות הנגיף, השב"כ כבר נענה לבקשות משרד הבריאות והעביר את פרטי ניטור המגעים של שני חולים.¹⁰⁷ פעולות אלו –

¹⁰¹ ר' פס' 10-13 לפסק דינו של השופט עמית בעניין בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות אזרח נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 1.3.2021).

¹⁰² אינדיקציה לכך יכולה להיות הנכונות לשוב ולעשות שימוש ב'כלי' עם הופעת וריאנט ה'אומיקרון', ר' בחלק 0 להלן.

¹⁰³ אבי דיכטר, (2012), דברים שנשא בכנס בנושא עשור לחוק השב"כ, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=BZ1sZqaoBR0> (דקה 18:45). בדיון בוועדה המשותפת לחוק השב"כ, נציגי השירות " המליצו שלא להעביר את הנוסח המוצע של הסעיף להערות של לשכת עורכי הדין וארגוני זכויות אדם, מחשש לחשיפת יכולות. "אנחנו פה על גבול של החשאי ורצוי למשור את הדברים בסוד...". פרוטוקול מס' 2 של ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוק ומשפט לחוק השב"כ (30.12.2001) בעמ' 59. דברים דומים נאמרו גם בישיבה העוקבת. יו"ר הוועדה דוד מגן ציין כי על מנת "לא לעורר דוברים מתרדמתם", הסעיף לא יישלח לגורמים מחוץ לוועדה. ר' פרוטוקול מס' 3 של ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוק, חוק ומשפט לחוק השב"כ (3.1.2002) בעמ' 28.

¹⁰⁴ ס' 11(ב) לחוק השב"כ.

¹⁰⁵ ר' גם עניין בן מאיר, בה"ש 44 לעיל, בפס' 14-24 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁰⁶ ר' פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה סולברג בעניין בג"ץ 8196/21 האגודה לזכויות אזרח (פורסם באר"ש, 2.12.2021); בכפוף להסתייגויות בפס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר בעניין בן-מאיר, בה"ש 95 לעיל.

¹⁰⁷ מבקר המדינה, דוח ביניים מיוחד בנושא התמודדות מדינת ישראל עם משבר הקורונה, (2021) עמ' 123-83.

שאולי ניתן לראות בהן נוכח הנסיבות כמעין 'מדקרות פרטיות' – נעשו בחוסר סמכות ושלא באמצעות מסלול ההסמכה שבסעיף 7(ב) לחוק השב"כ.

בחלוף מספר ימים, במהלכם התקיימו דיונים בינמשרדיים בנוגע לאפשרות השימוש בכלים טכנולוגיים לסיוע בחקירות אפידמיולוגיות, התקבלה בממשלה החלטה להסמיך את השב"כ "לקבל לאסוף ולעבד מידע טכנולוגי לצורך סיוע למשרד הבריאות בביצוע חקירה אפידמיולוגית".¹⁰⁸ כאמור, הסמכת השירות על דרך של הוספת תפקיד לתפקידיו הסטטוטוריים באמצעות החלטת ממשלה טעונה אישור של ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאים, אלא שזו פוזרה יחד עם הכנסת ה-22 שעה לאחר תחילת הדיון באישור ההחלטה.¹⁰⁹

משנחסמה האפשרות בפני הממשלה להסמיך את השב"כ בהסתייע בפקוח הפרלמנטרי החלקי של ועדת חוץ וביטחון, בחרה הממשלה בנתיב של תקנות לשעת חירום,¹¹⁰ המסמיכות את השב"כ לסייע בחקירות אפידמיולוגיות¹¹¹ ואת המשטרה לקבל נתוני מיקום כדי לאכוף את הוראות צווי הבידוד.¹¹² בעקבות עתירה נגד התקנות נתן בית המשפט העליון החלטת ביניים שצמצמה את הגדרת החולים שלגביהם רשאי השב"כ לעשות שימוש ב'כלי' כדי לאתר את השוהים בקרבם. נוסף על כך, התנה בית המשפט העליון את השימוש בסמכויות השב"כ תחת התקנות בהקמת הוועדות הרלוונטיות על ידי הכנסת כדי לאפשר פיקוח פרלמנטרי.¹¹³ בין לבין השיק משרד הבריאות את 'ישומן' המגן' לאיתור מגעים, שפותח בקוד פתוח בליווי מומחי פרטיות. היישום פותח בארכיטקטורה ביוזרית חלקית והתקנתו וולנטרית.¹¹⁴ הגרסה הראשונה של היישומון זכתה ל-1.6 מיליון התקנות, מתוכן הוסרו כ-20% לאחר התקנתן.¹¹⁵ הגרסה השנייה של היישומון, 'המגן 2', שהושקה ארבעה חודשים לאחר מכן, לא עמדה ביעדי ההתקנות שלה.¹¹⁶ את הכישלון של 'המגן 2' ניתן לתלות במספר גורמים, בתוכם ההסתמכות על טכנולוגיית בלוטות' הצורכת אנרגיה רבה והעדר קמפיינים אפקטיביים לעידוד ההתקנה. נוסף על כך, הפעלת אמצעי הניטור של שב"כ יצרה אפקט מצנן משלה, בין

¹⁰⁸ החלטה מס' 4897 של ממשלת ישראל, הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (15.3.2020) - <https://www.law.co.il/media/computer-law/gov-corona-shbak.pdf> (להלן: **החלטת ממשלה 4897**).

¹⁰⁹ פרוטוקול ישיבה של ועדת המשנה הזמנית למודיעין, שירותים חשאים ושו"ן של החוץ והביטחון, הכנסת ה-22, (16.3.2020), חלק שני של הישיבה.

¹¹⁰ על השימוש רחב ההיקף בתקנות לשעת חירום במסגרת מגפת הקורונה ר' ניר קוסטי ויואב מחוזאי, "השימוש בתקנות שעת חירום בישראל בתקופת הקורונה ובמבט היסטורי, 1948-2020" **מחקרי רגולציה** ה' 211 (2021); לילה מרגלית, "סמכויות חירום ובקרה פרלמנטרית במשבר הקורונה: סקירה משווה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (7.5.2020) <https://www.idi.org.il/articles/31524>

¹¹¹ ר' תקש"ח קורונה שב"כ, בה"ש 93 לעיל.

¹¹² ר' תקש"ח קורונה משטרה, בה"ש 94 לעיל.

¹¹³ צו הביניים בעניין **בן-מאיר**, בה"ש 95 לעיל.

¹¹⁴ ר' שוורץ אלטשולר וארידור הרשקוביץ, בה"ש 59 לעיל.

¹¹⁵ שם; אורי ברקוביץ, "המגן לא התרוממה: מה הכשיל את אפליקציית הקורונה הישראלית" **גלובס** (17.9.2020) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001343009>

¹¹⁶ שם; כן ר' בניץ 6732/20 **האגודה לזכויות אזרח נ' הכנסת** (פורסם באר"ש, 1.3.2021) בעמ' 6.

אם על דרך של הרתעת מתקינים פוטנציאליים בשל חששות מריגול ממשלתי, ובין אם הרפיית ידיהם של מתקינים פוטנציאליים נוכח מעקב המגעים של השב"כ.¹¹⁷ בעקבות החלטת הביניים בעניין **בן-מאיר**, הממשלה קיבלה החלטת הסמכה מחודשת, שתוקנה לפי הערות ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים,¹¹⁸ ולה תוקף של חודש. ועדת המשנה דרשה שבמהלך תקופה זו תיעשה עבודת מטה בעניין אישור חלופות אזרחיות לאיכוני השב"כ.¹¹⁹ כארבעה ימים לפני פקיעת תוקף החלטת ההסמכה המחודשת, נתן בית המשפט העליון את פסק דינו בעניין **בן מאיר**.¹²⁰ בית המשפט קבע כי עם פקיעת תוקפה של החלטת הממשלה 4950 לא ניתן יהיה להמשיך ולהסתייע בסעיף 7(ב) לחוק השב"כ כדי להסמיך את השירות לסייע לחקירות אפידמיולוגיות, וככל שהממשלה חפצה להמשיך ולעשות שימוש ב'כלי' לתכליות אלו, עליה לעגן הסמכה כזו בחקיקה ראשית. עם זאת, בית המשפט הוסיף כי ניתן יהיה להאריך את החלטת הממשלה המסמיכה במספר שבועות נוספים אם אכן יותנעו הליכי חקיקה.

פסק-הדין התמקד בעיקר בפרשנות של התיבה 'ביטחון לאומי' בסעיף 7(ב) לחוק השב"כ, המסמיך את הממשלה באישור ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים להוסיף על תפקידי השירות פעילות ש'נועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה'. בית המשפט בחר לפרש את המונח כהוראה המאפשרת לממשלה להסמיך את השירות גם בתחומים שאינם נוגעים לביטחון לאומי במובן הצר, מקום בו מתקיימת סכנה חמורה ומיידית לאזרחי המדינה או לסדרי המשטר שלה.¹²¹

בית המשפט קבע כי החלטת ההסמכה קובעת הסדר שהוא ראשוני במהותו. משכך, סעיף 7(ב) לחוק השב"כ שלפיה הוסמך השב"כ לסייע למאבק במגיפה נדרש לכלול הסמכה מפורשת דיה להרחיב את סמכויות השירות. רמת המפורשות הנדרשת, המושפעת מדחיפות ההסדר, נבחנה על ידי בית המשפט ביחס לנסיבות בנקודות זמן שונות: במועד קבלת החלטת ההסמכה מבחן הסכנה במובן הצר התקיים, אך בחלוף מספר שבועות בהם ניתן היה לקיים דיון פרלמנטרי משמעותי ולקדם חקיקה ראשית, נסיבות אלו השתנו.¹²² בהערות "לקראת סיום", התייחס פסק-הדין לנושא הפגיעה בפרטיות, והדגיש את ההיבטים הכופים של רתימת 'הכלי' למעקב מגעים, ואת העובדה שהגורם המפעיל אותו הוא השירות החשאי.¹²³

מבחינה אופרטיבית, ההכרעה התמקדה במכשיר החקיקתי של ההסמכה ולא במהות הפעילות המוסמכת. ראשית, בתקנות לשעת חירום שהוגבלו על ידי החלטת הביניים, ולאחר מכן בהחלטת הממשלה לפי סעיף 7(ב) לחוק השב"כ, שהייתה המוקד של פסק-הדין.

¹¹⁷ עניין **האגודה לזכויות אזרח**, בה"ש 116 לעיל, בעמ' 44; Eran Toch and Oshrat Ayalon, *How mass surveillance can crowd out installations of COVID-19 contact tracing apps*, ACM CONFERENCE ON COMPUTER SUPPORTED COOPERATIVE WORK (forthcoming, 2022) early draft available on <https://arxiv.org/abs/2110.01567>

¹¹⁸ החלטת ממשלה 4950, בה"ש 93 לעיל.

¹¹⁹ פרוטוקול ישיבה מס' 3 של ועדת החוץ והביטחון הזמנית, הכנסת ה-23, (19.4.2020).

¹²⁰ עניין **בן-מאיר**, בה"ש 105 לעיל.

¹²¹ פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות בעניין **בן-מאיר**, בה"ש 105 לעיל.

¹²² שם, בפס' 28-30.

¹²³ ר' גם מיכאל בירנהק, "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות", **משפט וממשל** כד' 149 (2022)

בהתאמה, הן בהחלטת הביניים והן בפסק הדין בית-המשפט מדגיש את החשיבות של פיקוח פרלמנטרי: ראשית הפיקוח הפרלמנטרי של ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים במסגרת סעיף 7(ב) לחוק השב"כ (העדיף על הפיקוח הפרלמנטרי המינימלי על תקנות לשעת חירום) ואחר כך של הכנסת כבית מחוקקים בהליך דליברטיבי מלא. בשני המקרים, הסמכות לא נשללה לחלוטין על אתר אלא הותנתה בפיקוח פרלמנטרי עתידי. חרף הערות האגב הארוכות בזכות הזכות לפרטיות, בפועל בית-המשפט נתן בשנית ארכה לממשלה 'לשפר עמדות'.

ואכן, ועדת חוץ וביטחון מיהרה להכריז על התנעת הליכי חקיקה ובמקביל הוארכה החלטת הממשלה המסמיכה.¹²⁴ נוכח ירידה משמעותית בהיקף התחלואה, החליטה הממשלה בתחילת יוני 2020 שלא לקדם את הצעת החוק, ותוקף החלטת ההסמכה פקע. ואולם לקראת סוף החודש שבה רמת התחלואה לעלות, והוחלט על קידום הצעת חוק בנושא. בשלב ראשון התקבלה הוראת שעה זמנית שהסמיכה את השב"כ לסייע באיתור מגעים לתקופה בת שלושה שבועות, במהלכה דנה ועדת החוץ והביטחון בנוסח הסופי של הצעת החוק. חוק הסמכת השב"כ אושר במליאת הכנסת ביום 20 ביולי, 2020 כהוראת שעה בת ששה חודשים.¹²⁵

כברת הדרך הארוכה שעבר השימוש ב'כלי' לתכליות אפידמיולוגיות ניכרת בפער בין החלטת הממשלה המסמיכה הראשונה לחוק הסמכת השב"כ. בשלבים קודמים של תהליך ההסמכה, למשל, הגדרות מושגים כגון 'מידע טכנולוגי' ו'חולה' חודרו. רמת הפירוט הנדרשת בדיווחים ליועץ המשפטי לממשלה ולכנסת עלתה בהדרגה.¹²⁶ חוק הסמכת השב"כ כלל גם מנגנון שאפשר למי שקיבל הודעה שבא במגע קרוב עם חולה לפנות בהשגה למשרד הבריאות על מנת שתתבצע בחינה חוזרת של המגעים.¹²⁷ רבים עשו שימוש במנגנון ההשגה, ששחרר מחובת הבידוד כ-63% מהמשיגים – נתון המשליך אור על האפקטיביות המוגבלת של ה'כלי' לאיתור מגעים.¹²⁸ אל החוק נתווספה הוראה לפיה על משרד הבריאות להעמיד לרשות האזרחים טכנולוגיה אזרחית לאיתור מגעים, וכן יפיץ ויקדם את השימוש בה בקרב הציבור הרחב בישראל.¹²⁹

נוסף על כך, חוק הסמכת השב"כ כלל מנגנון במסגרתו מכריזה הממשלה על הסמכת השירות לסייע למשרד הבריאות בחקירות אפידמיולוגיות לתקופה שלא עולה על שלושה שבועות. הכרזה כאמור מותנת בקיומו של צורך מידי וממשי בהסתייעות בשירות בשל חשש להתפשטות רחבת היקף של המחלה, ובהעדר חלופות מתאימות. החוק הורה למנות צוות שרים מיוחד על מנת לבחון את הצורך בהמשך ההסתייעות בשירות, והבנה את שיקול הדעת של הצוות, שעליו להתחשב במצב התחלואה בישראל בשל הנגיף, בתרומת הסיוע של השב"כ לצמצום התפשטות המחלה ובקיומן של חלופות ל'כלי', תוך התחשבות בפגיעה

¹²⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 8 של ועדת המשנה לשירותים חשאיים (זמנית) (30.4.2020)

¹²⁵ עניין האגודה לזכויות אזרח, בה"ש 116 לעיל, בעמ' 3

¹²⁶ השוו תקנה 10 לתקש"ח קורונה שב"כ עם ס' 19 לחוק הסמכת השב"כ וס' 16 לתקש"ח קורונה אומיקרון.

¹²⁷ ס' 8(ג)-(ו) לחוק הסמכת השב"כ.

¹²⁸ הרשות להגנת הפרטיות, חוות דעת מס' 5 בהתאם לחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי

לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התשפ"ו-2020 (12.10.2020)

¹²⁹ ס' 12א לחוק הסמכת השב"כ.

בזכות לפרטיות.¹³⁰ תוקף ההכרזה יובא בפני ועדת החוץ והביטחון, וזו רשאית שלא לאשרו.¹³¹

בתקופת תוקף ההכרזה קבע החוק כי משרד הבריאות רשאי לפנות לשב"כ בבקשות לסיוע בתנאי שמספר החולים החדשים באותו יום או ביום שקדם לו לא עלה על 200. קביעת סף מינמלי של חולים חדשים ביום על מנת להפעיל את ה'כלי' מלמדת על תפיסת ההפעלה שלו, כאמצעי שנועד בעיקר לכסות על פערי משאבים במערך החקירות האפידמיולוגיות האנושי.¹³²

בתקופה שבה היה החוק בתוקף ועד להפסקת האיכונים, הממשלה הסמיכה את השב"כ תחת החוק באופן רציף, בסדרה של הכרזות גורפות שמרביתן נקבעו לתקופה המקסימלית של 21 יום. ועדת החוץ והביטחון כמעט שלא התערבה בתוכן ההכרזות. בין לבין, הכנסת ה-23 התפזרה, ותוקף הוראת השעה שבחוק הסמכת השב"כ הוארך באופן אוטומטי עד לתחילת יולי 2021, מכוח הוראה בחוק-יסוד: הכנסת המאריכה את תוקפם של דברי חקיקה שתוקפם היה פוקע תוך שני החודשים לתקופת כהונתה של הכנסת היוצאת. בשלהי ינואר 2021 החליטה הממשלה כי השירות יצמצם את איכוני הטלפונים כך שיופעלו רק במקרה של חוסר שיתוף פעולה בחקירה האפידמיולוגית או במקרים של עליה משמעותית בתחלואה.

במהלך אותה התקופה הוגשו מספר עתירות נגד חוק הסמכת השב"כ, וחלקן נדחו בשל אי מיצוי הליכים.¹³³ פסק הדין בעתירה השלישית ניתן בתחילת חודש מרץ 2021, כשנה לאחר תחילת השימוש ב'כלי' לשם מעקב מגעים. בפסק הדין בעניין חוק הסמכת השב"כ נמנע בית המשפט העליון מלהכריז על חוק הסמכת השב"כ כבלתי חוקתי, בהצביעו על סעיפי החוק המבנים את שיקול הדעת המנהלי של הממשלה כמבטיחים שהחלטות אלו יהיו מידתיות.¹³⁴ עם זאת, בית-המשפט בחן את אופן קבלת ההחלטות של הממשלה להאריך את הסמכת השב"כ בהכרזות חוזרות ונשנות, ומצא אותן לוקה בחסר. בין הליקויים בשיקול הדעת המנהלי עליהם הצביע בית המשפט היו העדר קריטריונים מדידים ליישום השיקולים הכלליים שבחוק, חוסר התייחסות לשינויים נסיבתיים במהלך התקופה (דוגמת היקף התחסנות הציבור, התייעלות של חלופות, ממצאים לגבי יעילות הכלי), והעדר קידום חלופות ל'כלי'. בית-המשפט קבע כי יש להפסיק את השימוש הגורף ב'כלי' למעקב מגעים, ולהגבילו למי שאינו משתף פעולה בחקירות אפידמיולוגיות, ובהתאם לפרמטרים מדידים וקבועים.¹³⁵

¹³⁰ ס' א לחוק הסמכת השב"כ.

¹³¹ ס' 3 לחוק הסמכת השב"כ.

¹³² פרוטוקול ישיבה מס' 24 של ועדת החוץ והביטחון (15.7.2020).

¹³³ בג"ץ 4762/20 האגודה לזכויות אזרח נ' הכנסת (28.7.2020); בג"ץ 5746/20 האגודה לזכויות אזרח נ' הכנסת (30.8.2020).

¹³⁴ עניין האגודה לזכויות אזרח, בה"ש 116 לעיל, בעמ' 15. בית המשפט הבריטי נקט בגישה דומה בקובעו כי חוק סמכויות חקירה 2016 (Investigatory Powers Act), המסמיך שרים ונציבים שיפוטיים לתת צווי מעקב מקוון מסוגים שונים (ר' כהנא ושני, בה"ש 65 לעיל בעמ' 186-138), מידתי ותואם את הדין האירופי מאחר שהוא מבנה את שיקול הדעת של הגורמים המאשרים את הצו. National Council for Civil Liberties (Liberty), R (On the Application Of) v Secretary of State for the Home Department & Anor [2019] EWHC 2057 (Admin) (29.07. 2019).

¹³⁵ עניין האגודה לזכויות אזרח, בה"ש 116 לעיל, פס' 48,50 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

גם לאחר מתן פסק הדין בעניין **חוק הסמכת השב"כ**, הממשלה המשיכה להסמיך את משרד הבריאות להסתייע באיכוני השב"כ במתכונת המצומצמת. בשיבת ועדת חוץ וביטחון מיום 29.3.2021 סירבה הוועדה לאשר את בקשת הממשלה להאריך את תקופת ההכרזה, ואיכוני השב"כ נפסקו.¹³⁶ תוקפו של חוק הסמכת השב"כ פקע כשלושה חודשים לאחר מכן. לסיכום, הסיוע של השב"כ להתמודדות הלאומית עם מגפת הקורונה באמצעות איכון נשאי קורונה החל את מסעו באמצעות בלוני ניסוי ללא הסמכה. עד מהרה, ולנוכח הנסיבות הפוליטיות, מיהרה הממשלה להסמיכו באמצעות תקנות לשעת חירום. בעקבות צו הביניים בעניין **בן מאיר**, והקמת ועדת המשנה למודיעין ושירותים חשאים, הומר מקור ההסמכה בהחלטת ממשלה לפי סעיף 7(ב) לחוק השב"כ, הכפוף אמנם לביקורת פרלמנטרית בדמות אישור של ועדת המשנה, אך הוא אינו הסמכה סטטוטורית מלאה. רק בעקבות פסק הדין בעניין **בן מאיר**, הסמכת השב"כ קיבלה עיגון סטטוטורי, שתוקפו כמעט והוכפל שלא כבדרך הטבע לפי הוראות סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת.

בוהירות המתבקשת, נראה שבית המשפט לא מיהר לתת את פסק דינו בעניין חוק הסמכת השב"כ. הישיבה השנייה שקיים בעתירה – בעקבות הארכת תוקפו של החוק – התקיימה ימים ספורים לפני מועד פקיעת תוקפו המקורי של החוק. אפשר שלו לא היה נדרש בית המשפט לישיבה שנייה בעתירה נוכח שינוי הנסיבות המשפטיות, היה מפרסם בסמוך למועד פקיעת החוק פסק דין תקיף רטורית אך חסר משמעות אפקטיבית. תחושת הדחיפות שהיתה בעניין **בן מאיר** נמוגה נוכח קיומו של הסדר סטטוטורי, שאותו נמנע בית המשפט מלפסול. אפשר שפסק הדין בעניין חוק הסמכת השב"כ, שניתן כבר בשלב בו השימוש ב'כלי' צומצם על ידי הממשלה, היה בחזקת מעט מדי, מאוחר מדי.

ה. וריאנט על אותו נושא: איכוני שב"כ בהתפרצות האומיקרון

כפי שהזכיר השופט עמית בפסק דינו בעניין חוק הסמכת השב"כ, "פעם השתמשת-התמכרת".¹³⁷ במהלך התפרצות וריאנט הדלתא הועלו בקבינט הממשלה הצעות לחזור ולהסתייע באיכוני השב"כ,¹³⁸ שלא יצאו אל הפועל. במשחק המלחמה 'אומגה' שניהלה הממשלה בחודש נובמבר 2021, בו תרגלה הממשלה תרחיש של התפרצות וריאנט דמיוני ואלים במיוחד של נגיף הקורונה,¹³⁹ עלה השימוש ב'כלי' השב"כ במתווה הפעלה מצומצם. במתווה הפעלה זה, ה'כלי' נועד לסייע לחקירות האפידמיולוגיות בשלבים הראשונים להתפרצותו של זן חדש, במטרה "להשתמש בכלי כפיניצטה".¹⁴⁰ התרחיש התממש כעבור פרק זמן קצר, כאשר כבר בסוף חודש נובמבר 2021 זוהה זן חדש של נגיף הקורונה, שכונה בהמשך 'אומיקרון'. ימים ספורים לאחר זיהוי מקרה ההדבקה

¹³⁶ פרוטוקול ישיבה מס' 81 של ועדת החוץ והביטחון (29.3.2021).

¹³⁷ (עניין **האגודה לזכויות אזרח**, בה"ש 116 לעיל, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית).

¹³⁸ דני קושמרו, אולפן שישי (6.8.2021) https://www.mako.co.il/news-politics/2021_q3/Article-aa67f7020bc1b71026.htm (דקה 35:55)

¹³⁹ משרד ראש הממשלה "מדינת ישראל תקיים תרגיל לאומי שיבחן היערכות ארצית לקראת התפרצות אפשרית של זן קטלני חדש של נגיף הקורונה" (10.11.2021) https://www.gov.il/he/departments/news/spoke_corona101121

¹⁴⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 51 של ועדת החוץ והביטחון (30.11.2021), בעמ' 23.

הראשון בווריאנט החדש בישראל, התקינה הממשלה תקנות שעת חירום המסמיכות את השירות לבצע מעקב מגעים.¹⁴¹ המסגרת הכללית של תקנות אלו הייתה לזו שבחוק הסמכת השב"כ, בשינויים קלים: השירות הוסמך להעביר למשרד הבריאות נתונים היסטוריים בני שבוע (להבדיל משבועיים בחוק הסמכת השב"כ) ורק ביחס לנשאי הווריאנט החדש.¹⁴² נראה שהתקנות נוסחו כה בחופזה, עד כי איש לא הבחין בשגיאה בשם הווריאנט שהתפרסמה ברשומות ('אומיקרון' ולא 'אומיקרון'). תוקפן הוגבל לחמישה ימים. ועדת חוק וביטחון דנה בתקנות מבלי לקבל החלטה בנושא.¹⁴³

מתווה ההפעלה המצומצם של ה'כלי' מכוח התקנות, שהוגבל רק לאיתור מגעים של נשאי הווריאנט החדש, הוריד במידה דראסטית את מספר המאוכזבים ביחס לאופן הפעלתו תחת חוק הסמכת השב"כ. ואולם הפעלת ה'כלי' לא תרמה לאיתור נשאים של הווריאנט מעבר לאלו שזוהו בחקירה אפידמיולוגית רגילה.¹⁴⁴

לדברי נציגי משרד המשפטים, הסמכת השב"כ לערוך מעקב מגעים של נשאי הווריאנט החדש באמצעות תקנות לשעת חירום נועדה לשמש 'הלוואת גישור' עד להשלמת הליך חקיקה בכנסת.¹⁴⁵ אלא שגם בהינתן סד הזמנים האפידמיולוגי, הסמכה באמצעות תקנות לשעת חירום היא בעייתית נוכח ההישענות על 'מצב החירום' התמידי בו שרויה המדינה מאז היוסדה,¹⁴⁶ ונוכח הבקרה הפרלמנטרית המזערית עליהן.¹⁴⁷ הבחירה במסלול הסמכה נטול פיקוח פרלמנטרי, להבדיל מהסמכה בחקיקה ראשית, או באמצעות החלטת ממשלה דרך סעיף 7(ב) לחוק השב"כ, הנתונה לביקורת פרלמנטרית באמצעות אישור ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים, מעלה את החשד שמדובר ב'הלוואת גישור' שנלקחה מתוך ידיעה שלא ניתן יהיה להחזיר אותה. קרי, שהסמכה באמצעים הטעונים אישור פרלמנטרי חלקי או מלא לא תצליח.

עתירה נגד התקנות הוגשה למחרת פרסומן, ובית המשפט העליון נתן את פסק דינו הדוחה את העתירה ערב פקיעתן.¹⁴⁸ טיוטת הצעת חוק המסמיך את השב"כ לסייע בצמצום

¹⁴¹ תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות זן אומיקרון omicron של נגיף הקורונה החדש), התשפ"ב-2021, ק"ת 9757, עמ' 980 (להלן: **תקש"ח קורונה אומיקרון**) תקש"ח קורונה אומיקרון, ס' 1.

¹⁴² פרוטוקול ישיבה מס' 51 של ועדת החוק והביטחון (30.11.2021)

¹⁴³ משרד הבריאות "דיווח מסכם: הסתייעות באיכוני השב"כ לצורכי זיהוי מגעי חולים מאומתים לאומיקרון במסגרת תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות זן אומיקרון של נגיף הקורונה החדש), התשפ"ב-2021, " (9.12.2021)

¹⁴⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 51 של ועדת החוק והביטחון (30.11.2021), בעמ' 12. השוו גם עם הערתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מזוז (כתוארו אז) בישיבת הוועדה המשותפת, לפיה " זה [השגת נתוני תקשורת על ידי השב"כ] בנוי על כל מיני פרשנויות שהיועץ המשפטי נותן להן גיבוי זמני, מתוך הנחה שזה יוסדר בחוק" פרוטוקול מס' 3 של ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוק והביטחון ולוועדת החוק, חוק ומשפט לחוק השב"כ (3.1.2002) בעמ' 29.

¹⁴⁵ לילה מרגלית, "תקנות החירום להחזרת איכוני השב"כ – תקלה משטרית חמורה", **אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה** (8.12.2021) <https://www.idi.org.il/articles/36732>

¹⁴⁶ מיכאל בירנהק "זמן הנגיף וזמן המשפט: על פרטיות ואיכוני שב"כ, סבב האומיקרון", **תגובות משפט** (דצמבר 2021) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/services-2>

¹⁴⁷ ר' עניין **האגודה לזכויות אזרח**, בה"ש 106 לעיל.

התפשטות וריאנט האומיקרון אושרה על ידי הממשלה טרם פורסם פסק הדין,¹⁴⁹ וחרף תוצאתו הממשלה לא מצאה לנכון להאריך את תוקף האיכונים,¹⁵⁰ ככל הנראה בשל ביקורת פוליטית בקרב חלק מחברי הקואליציה.

בפסק דינו בעניין תקנות האומיקרון בית המשפט שלל את הטענה שפסק-הדין בעניין בן מאיר אוסר על הממשלה לעשות שימוש בתקנות לשעת חירום לצורך הסמכת השב"כ. פסק הדין הצביע על שינוי הנסיבות האופף את הפצתו של וריאנט האומיקרון – חוסר הודאות ביחס לקטלניותו ולאופן ההדבקה שלו, דעיכת יעילות החיסונים בקרב האוכלוסייה, וההפעלה במתווה המצומצם.¹⁵¹ בית המשפט המשיך וקבע כי הגם שישנן חלופות פרלמנטריות זמינות לתקנות לשעת חירום (חקיקה ראשית או למצער הסמכה באמצעות סעיף 7(ב) לחוק השב"כ) – אין הדבר מונע מהממשלה להתקין תוך קידום חקיקה ראשית במקביל.¹⁵² באשר לטענות העותרים הנוגעות לגופן של התקנות, פסק הדין שב והדגיש את השינוי בנסיבות, סביבת חוסר הודאות, ההיקף המצומצם של תחולתן, ותקופת פעולתן הקצרה של התקנות.¹⁵³

ניתן לזהות מגמה של הצרת מרחב הלגיטימיציה להסמכת השירות לעשות שימוש ב'כלי' במסגרת המאבק בפנדמיה. מאחר שהשב"כ התנגד לשימוש ב'כלי' לתכליות אכיפה של צווי בידוד, תקש"ח קורונה משטרה הניחו תשתית להסמכת המשטרה לעשות שימוש בנתוני תקשורת (שלא דרך 'הכלי') לתכליות אלו, אך בית-המשפט אותת שדעתו לא נחה מכך.¹⁵⁴ בית-המשפט לא חש בנוח גם עם תכלית ההפעלה של ה'כלי' כהשלמה לפערי כיסוי במערך החקירות האפידמיולוגיות, בייחוד עם שינוי הנסיבות העובדתיות שהיו עשויות להצדיק זאת.¹⁵⁵ בית המשפט היה נכון לקבל את מתווה ההפעלה של ה'כלי' לזיהוי נשאי אומיקרון בראשית ההתפרצות לאור ההיקף המצומצם של המאוכנים, פרק הזמן הקצר שהשב"כ הוסמך לפעול בו וקידום חקיקה ראשית במקביל.

פסק הדין בעניין הסמכת השירות לאכן נשאי אומיקרון מתאר בקצרה את הרצף ההיסטורי של ההסתייעות בשב"כ לתכליות אפידמיולוגיות. רצף זה נגדע, או טעון אתחול, עם הופעת וריאנט האומיקרון – ביחס אליו איבחן בית המשפט שינוי נסיבות המצדיקות את הסמכת השירות. מסגור זה, הקוטע את ההקשר הרחב של זחילת שימושים ב'כלי', מקבל כמובן מאליו את ה'כלי', טכנולוגיית מעקב המונים שנועדה לסיכול טרור, כאמצעי שניתן לעשות בו שימוש – מידתי ומבוקר לכאורה – לתכליות אחרות. באופן דומה הנחה מובלעת ברקע הדינים בפסקי הדין האחרים שדנו בהסמכת השירות לסייע במאבק בקורונה, היתה שאיסוף

¹⁴⁹ הצעת חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות זן אומיקרון omicron של נגיף הקורונה החדש (הוראה שעה), התשפ"ב-2021, ה"ח 1477, 294

¹⁵⁰ משרד ראש הממשלה, "היום בחצות יפקעו התקנות לשעת חירום לשימוש באיכונים סולואריים על-ידי שב"כ לאיתור מאומתים בזן האומיקרון", (2.12.2021)

https://www.gov.il/he/departments/news/spoke_omicron021221

¹⁵¹ עניין האגודה לזכויות אזרח, בה"ש 148 לעיל, פס' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל.

¹⁵² עניין האגודה לזכויות אזרח, בה"ש 148 לעיל, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל.

¹⁵³ עניין האגודה לזכויות אזרח, בה"ש 148 לעיל, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל.

¹⁵⁴ פס' 4(ד) לצו הביניים בעניין בן-מאיר, בה"ש 95 לעיל.

¹⁵⁵ עניין האגודה לזכויות אזרח, בה"ש 116 לעיל, בעמ' 41.

גורף של נתוני תקשורת ישראלים לתכליות ביטחוניות הוא לכל הפחות סביר ולגיטימי.¹⁵⁶ קווי הגבול שהתווה בית המשפט העליון בהתייחסו לאיכוני השב"כ מאפשרים נירמול של השימוש ב'כלי' לתכליות של ביטחון לאומי במסגרת הנוכחית שלו. פרשת הסמכת השב"כ לאכן נשאי אומיקרון מאששת את הערתה של השופטת ברק-ארז בפסק דינה בעניין חוק הסמכת השב"כ, לפיו "הכנסתם של אמצעים חריגים לשימוש מתאפיינת במידה רב בתכונה של 'הישארות' (stickiness).¹⁵⁷ חרף הביקורת על חוסר האפקטיביות שלו, 'הכלי' נותר בארסנל של מקבלי ההחלטות והפעלתו תורגלה במשחק המלחמה 'אומגה' במתווה הפעלה אלטרנטיבי.

הסמכת השירות בסבב האומיקרון לא שינתה פניה לאורך הזמן, להבדיל מהדינאמיקה שתוארה בחלק 0 לעיל, אך פניה היו מועדות להסמכה וזחלת בנתיב מקוצר: מתקנות לשעת חירום עם בקרה פרלמנטרית מזערית (הכנסת רשאית לבטל תקנות שעת חירום בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת) לחקיקה ראשית. ואולם, הבחירה בהסמכה זמנית דרך תקנות לשעת חירום מלמדת על חשש מביקורת פרלמנטרית. חשש זה ככל הנראה היה מוצדק, שכן הליכי החקיקה נבלמו בשל התנגדות מימין ומשמאל.

אין לדעת אם הכוונה לקדם מסגרת הסמכה סטטוטורית בחקיקה ראשית, אליה התייחס יועץ ראש הממשלה אחיטוב בדיון בוועדת חוץ וביטחון,¹⁵⁸ היתה יוצאת אל הפועל אלמלא התפרצות וריאנט האומיקרון. אם חקיקה כזו היתה יוצאת אל הפועל, ההסמכה הזחלת של השירות הייתה מתקדמת שלב נוסף – מהוראת השעה הסטטוטורית שתוקפה הוכפל בשל תאונה משפטית (ההפעלה האוטומטית של סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת) – למסגרת קבע בחקיקה. אפשר גם שמסגרת סטטוטורית כזו לא קודמה על רקע חששות מהתנגדות פנים קואליציונית למהלך. תחת זאת, הסמכת השירות לאכן נשאי אומיקרון באמצעות תקנות לשעת חירום היתה מהלך חד צדדי, ללא הליך דליברטיבי ציבורי מקדים, שנועד לקבוע 'עובדות בשטח' – בדומה לנטייה מסתמנת של הרשויות ביחס לטכנולוגיות מעקב, שעליה יורחב בחלק הבא.

ו. פוסט קורונה: עידן הזחלים?

מגפת הקורונה לא הביאה עמה את זחילת השימושים. ביחס למקורות גלויים ברשת האינטרנט ניתן להצביע על מגמות של זחילת שימושים במידע פרטי מהספרה האזרחית לספרה הביטחונית, ועל שימוש במידע שמקורו בגופים מסחריים פרטיים שזוחל לשימושים

¹⁵⁶ הנחה זו עשויה להשתלב עם הנכונות של הדין האירופי, למשל, לקבל משטרי איסוף גורפים בכפוף להסדרתם באופן ראוי (ר' למשל, כהנא (2021), בה"ש 46 לעיל. עם זאת, עמידתו של 'הכלי' בסטנדרטים בינלאומיים של אסדרת אמצעי איסוף אלו מוטלת בספק (שם; האגודה לזכויות האזרח "פגמים רבים במאגר השב"כ – נדרשים הגבלה ופיקוח" (2022), 632, https://www.acri.org.il/post/___632).

¹⁵⁷ עניין האגודה לזכויות אזרח, בה"ש 116 לעיל, בעמ' 41.

¹⁵⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 51 של ועדת החוץ והביטחון (30.11.2021).

שנועדו להגשים אינטרסים ציבוריים: חיזוי (וסיכול) פעולות טרור,¹⁵⁹ צנזורה ביטחונית,¹⁶⁰ זיהוי מגמות מאקרו גיאופוליטיות,¹⁶¹ זיהוי התארגנויות להפרות סדר, איתור וטיפול בפשיעה מקוונת,¹⁶² הגנת סייבר,¹⁶³ דרך זיהוי עברייני מס ומקבלי הטבות במרמה,¹⁶⁴ ועד איתור מוקדי אנטישמיות גלובליים.¹⁶⁵ נוסף על ההפרה של עקרונות בסיסיים של דיני פרטיות,¹⁶⁶ אומנד ואחרים הצביעו על החשש שאיסוף ממשלתי של מודיעין ממקורות גלויים (אוסניט)¹⁶⁷ שמקורו ברשתות חברתיות, עשוי לפגוע באמון הציבור במרחב המקוון ולערער את יסודותיו, וכי יש צורך באסדרת פרקטיקות אוסינטיות.¹⁶⁸

ניתן גם למצוא אינדיקציות לזחילת שימושים של טכנולוגיות שעוצבו לתכליות ביטחוניות לשימושים שנועדו לאכיפת חוק. לאור הנסיון המצטבר בהפעלת מערכות זיהוי פנים מעבר לקו הירוק על ידי הצבא, במסגרת העמקת השליטה בשטחים הכבושים,¹⁶⁹ נראה שלאחרונה משטרת ישראל מגלה עניין בטכנולוגיות אלו. נציגי המשטרה בקשו לקדם הסמכה לעשות שימוש בטכנולוגיות אלו בהקשר של זיהוי אוהדי כדורגל אלימים על מנת

¹⁵⁹ אור הירשאווגה והגר שיזף "סיכול ממוקד: השיטה החדשה להתמודדות עם הטרור נחשפת" **הארץ** Badi Hasisi, Simon Perry and Michael Wolfowicz, *Counter-Terrorism*; (26.5.2017) *Effectiveness and Human Rights in Israel*. in INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND COUNTER-TERRORISM (ERAN SHOR, STEPHEN HOADLEY, EDs., 2019)

¹⁶⁰ יניב קובוביץ', "משלי יחימוביץ, דרך ארגונים חברתיים ואתרי ספורט: המידע שצה"ל אוסף ברשת", **הארץ** (4.10.2018).

¹⁶¹ מיה אפשטיין, "כך אוסף צה"ל מידע מודיעיני על האיום הבא ברשתות החברתיות", **The Marker** (04.04.2013).

¹⁶² יהושוע (ג'וש) בריינר, "המשטרה רוצה לרכוש מערכת לאיסוף מודיעין על גולשים ב-40 מיליון שקל - ללא מכרז" **הארץ** (7.6.2019)

¹⁶³ רן בר זיק, "המוסד לביטוח לאומי החליט שהוא חייב מערכת מודיעין סייבר מתוחכמת, יקרה ומיותרת" **הארץ** (8.7.2019)

¹⁶⁴ עודד ירון, "ביטוח לאומי פרסם מכרז לאיסוף מידע ברשת על מקבלי קצבאות" **הארץ** (5.9.2018); עודד ירון, "הביטוח הלאומי עצר מכרז לאיסוף מידע ברשת על מבקשי קצבאות" **הארץ** (5.9.2018).

¹⁶⁵ דנה ירקצי, "10,000 פוסטים מדי יום: המערכת החדשה שתזהה אנטישמיות ברשת" וואלה (25.1.2018); משרד התפוצות **האנטישמיות בשנת 2018: תמונת מצב, מגמות ואירועים** 96-111.

¹⁶⁶ ובכלל זה הצורך בהסכמה של מושא המידע לעיבוד המידע ועקרון צמידות המטרה

¹⁶⁷ Robert David Steele, *Open Source Intelligence* in HANDBOOK OF INTELLIGENCE STUDIES 129-147 (LOCH K. JHONSON, ED., 2006); אפרים לפיד, "אתגרי המודיעין הגלוי בעידן המידע" **אתגרי קהילת המודיעין בישראל** 123 (2017).

¹⁶⁸ David Omand, Jamie Bartlett & Carl Miller, *Introducing Social Media Intelligence (SOCMINT)*, 27 INTELLIGENCE & NAT'L SEC., 801-82 (2012)

¹⁶⁹ Elizabeth Dwoskin, *Israel escalates surveillance of Palestinians with facial recognition (program in West Bank)*, THE WASHINGTON POST (8.11.2021)

לשמור על הסדר הציבורי.¹⁷⁰ בתזכיר חוק להסדרת מערכת זיהוי לוחיות רישוי 'עין הנץ',¹⁷¹ הוכנה גם תשתית להסמיק את המשטרה לעשות שימוש בטכנולוגיות זיהוי פנים.¹⁷² לא רק טכנולוגיות זיהוי פנים זלגו מהספרה הביטחונית לידי משטרת ישראל, אלא גם אמצעי סייבר התקפי. בתחילת 2022 נחשף כי משטרת ישראל עשתה שימוש ברוגלות של חברת NSO,¹⁷³ ששמה נקשר ברדיפת פעילי זכויות אדם ומתנגדי משטר ברחבי העולם. למרות שגופי אכיפת חוק ברחבי העולם עושים שימוש ב'התערבות בציוד', על מנת לפרוץ למכשירי טלפון,¹⁷⁴ ולמרות שחברת NSO עצמה מספקת את שירותיה לגופי אכיפת חוק בעולם,¹⁷⁵ הפעלת סייבר התקפי על ידי משטרת ישראל נתפסה כחציית קו אדום הטעונה ברור וחקירה יסודיים. לפי האמור בדו"ח הצוות לבדיקת האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים (דו"ח מררי), המשטרה עשתה שימוש ב'סייפן', גרסה מנוונת לכאורה של רוגלת ה'פגסוס', שבדיעבד נתגלה שלא נוונה כנדרש. ואולם גם חוקיות השימוש בגרסה מנוונת של הרוגלה מצוי במחלוקת משפטית,¹⁷⁶ וחוות הדעת המשפטית של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה בעניין ניתנה רק כעבור מספר שנים מתחילת השימוש בו.¹⁷⁷

גישה זו של הצבת עובדות בשטח, במסגרתה עושה המשטרה שימוש בטכנולוגיות מעקב חדשות בחשאי ובחוסר סמכות (או תחת פרשנות מרחיבה מאוד של הדין הקיים והמיושן), באה לידי ביטוי גם בהקשר של מערכת 'עין הנץ' לזיהוי לוחיות רישוי, שדבר קיומה נחשף בעיתונות לאחר שמונה שנים בהם הייתה פעילה.¹⁷⁸ במסגרת העתירה שהוגשה כנגד הפעלת

¹⁷⁰ "מעריך מצלמות זיהוי פנים יקר אינו מונע כינסת אוהדים אלימים לאצדטיוני הכדורגל בגלל זכות האנונימיות", **חדשות הועדה לביטחון הפנים**, (27.10.2021)

¹⁷¹ ר' ס' 2 לתזכיר חוק לתיקון פקודת המשטרה [נוסח חדש] (תיקון מס') (מערכות צילום מיוחדות), התשפ"א-2021. תזכיר החוק מסדיר שימוש ב"מצלמות מצלמות מיוחדות" המוגדרות באמצעות רשימה בתוספת הרביעית לחוק, הכוללת הן מערכות זיהוי לוחיות רישוי דוגמת 'עין הנץ', והן מערכות לזיהוי פנים. גרסה מאוחרת יותר של הצעת חוק מערכות צילום מיוחדות שהונחה לפני ועדת השרים לחקיקה ביום 3 במאי 2022 מכיל הוראות נפרדות למערכות צילום מיוחדות ולמערכות צילום ביומטריות.

¹⁷² תהילה שוורץ אלטשולר ועמיר כהנא, "עין הנץ" שעלולה לעקוב אחר כולנו? **אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה** (<https://www.idi.org.il/knesset-committies/36115>) (2.8.2021)

¹⁷³ תומר גנון, "חברת NSO בשירות משטרת ישראל: פריצות לטלפון של אזרחים ללא פיקוח או בקרה" **כלכליסט** (18.1.2022); דין וחשבון הצוות לבדיקת האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים (2022) (להלן: **דוח מררי**).

¹⁷⁴ תהילה שוורץ אלטשולר ועמיר כהנא, "מדוע נדרשת מסגרת חקיקה כוללת על מעקבים דיגיטליים?" **אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה** (<https://www.idi.org.il/articles/38184>) (27.1.2022)

¹⁷⁵ תהילה שוורץ אלטשולר, רחל ארידור שוורץ ועידו סיוון סיביליה, **מהו סייבר? על מרחב הסייבר, תקיפות סייבר והגנת סייבר**, (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021)

¹⁷⁶ מיכאל בירנהק, "מאוריך לפגסוס: על פרטיות חוקתית בחקירות משטרה" **ICON-S-IL BLOG**, (23.1.2022), <https://bit.ly/3v706fr>; עמרי רחום טוויג, "חיפושים ממוחשבים – על סמכויות חקירה בגישה מרחוק למחשבים ומידע דיגיטלי" **תגובות משפט** (ינואר 2022) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/tguvit-rachum-twaig>; רועי פלד "שתי הערות ושתי טענות בעקבות קריאה בדוח מררי" **ICON-S-IL BLOG** (9.10.2022).

¹⁷⁷ דוח מררי, בה"ש 173 לעיל, בעמ' 57-58

¹⁷⁸ דניאל דולב, "המשטרה מחזיקה מאגר מידע סודי על תנועות אזרחים" **וואלה!** (6.5.2020) <https://news.walla.co.il/item/3355178>

המערכת על ידי המשטרה ללא בסיס סטטוטורי, הורה בג"ץ למשטרה לנמק מדוע לעמדתה היא רשאית להמשיך ולהפעיל את המערכת ללא הסמכה מפורשת בחקיקה.¹⁷⁹ תהליך ההסמכה הזוחל של השב"כ למעקב מגעים אחר נשאי קורונה הוא דוגמא מפורטת של דפוס ההסמכה של שימוש בטכנולוגיות מעקב לתכליות אזרחיות בישראל: ראשית, שימוש ללא סמכות או מכוח פרשנות משפטית פנימית וחשאית של סמכויות עזר כלליות (או של דין מיושן), שרק בעקבות קריאת תיגר ציבורית הנתמכת בהליכים משפטיים מתחילה להזדחל לקראת הסמכה סטטוטורית מלאה.

בדנימיקה זו נראה שבית-המשפט לא ממחר לאסור על שימוש בטכנולוגיות מעקב בחוסר סמכות. למעט צו הביניים בעניין **בן מאיר**,¹⁸⁰ שהקפיא למשך מספר ימים את סמכות המשטרה לקבל נתוני מיקום מבעלי רישיון בזק כדי לנטר את מידת הציות לצווי בידוד, בית המשפט נתן למדינה להמשיך ולהפעיל טכנולוגיות מעקב: הצו על תנאי בעניין **עין הנץ**, הגם שהוא מטיל ספק בסמכות המשטרה להפעיל את המערכת, נמנע מלאסור על המשך השימוש בה; פסק הדין בעניין **בן מאיר**, התיר את המשך ההסתייעות ב'כלי' בכפוף להתנעת הליכי חקיקה; פסק הדין בעניין **האגודה לזכויות אזרח** לא קבע כי חוק הסמכת השב"כ אינו חוקתי, אלא התיר לממשלה להמשיך ולהסתייע בשב"כ בכפוף לקביעת קריטריונים להפעלת שיקול דעתה.¹⁸¹ הגם שבית המשפט צמצם באותה ההזדמנות את אפשרותה הממשלה להסתייע בשב"כ רק למטרות של השלמת פערים מהותיים ביחס לחקירות האפידמיולוגיות – לאותם מקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל דיווח על מגעים – נוכח העיתוי של פסק דינו, שניתן עם דעיכת ההסתייעות בשב"כ ולאחר שזו ממילא הוגבלה באופן זה, גם בעניין **האגודה לזכויות אזרח** בית המשפט פעל כמאפשר (enabler) של שימוש בטכנולוגיות אלו. גם בפרשת ההסתייעות בשירות במסגרת השבועות הראשונים להופעת וריאנט האומיקרון, בית המשפט אישר את המשך השימוש ב'כלי', על בסיס ההנחה שתוקדם חקיקה ראשית.

זחילת שימושים ותכליות של טכנולוגיות מעקב מתאפשרת ביתר קלות כאשר אלו מאומצים בהקשרים ביטחוניים-מודיעניים. מעטה החשאיות האופף רכש והצטיידות ביכולות ובאמצעי מעקב חדשים של סוכנויות ביטחון ואכיפת חוק¹⁸² מקל על אימוץ פרשנות מאפשרת, שאינה חשופה לביקורת ציבורית לעומתית. נוסף על כך העדר אוריינות טכנולוגית מצד מקבלי החלטות עשוי להשפיע על הקלות שבה מערכות מעקב ואמצעים מסוג זה – שנתפסים ככלים 'שוברי שיוויון' שחוסכים במשאבים ארגוניים – מוצאים את דרכם לרשויות שלטוניות שלא ראוי שיעשו בהן שימוש בלתי מבוקר.

על מנת להבטיח ששימוש בטכנולוגיות ובמידע פרטי לא חורג מהתכליות שיועדו להם, יש צורך בבקורות ובפיקוח. אין די בפיקוח פנים ארגוני, דוגמת הייעוץ המשפטי של השב"כ, שהכשיר את המופעים הראשונים של השימוש ב'כלי' לשם מעקב מגעים. בכך, למשל, מזהיר

¹⁷⁹ בג"ץ 641/21 האגודה לזכויות אזרח נ' משטרת ישראל (11.1.2022).

¹⁸⁰ פס' 4 לצו הביניים בעניין **בן מאיר**, בה"ש 95 לעיל.

¹⁸¹ בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות אזרח נ' הכנסת** (פורסם באר"ש, 1.3.2021) בפס' 50 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁸² על טיבם החשאי של ארגוני מודיעין, ר' כהנא ושני, בה"ש 4681 לעיל בעמ' 24-26.

מהתפתחות של 'תרבות של קריצה' המצדיקה חריגה מסמכות למען האתוס הארגוני.¹⁸³ לעתים יכולה להתפתח ציפייה מהיועץ המשפטי הפנימי למצוא דרכים משפטיות להכשרת פרקטיקות בלתי ראויות. יתר על כן, פיקוח פנימי נגוע מטבעו בחוסר עצמאות.¹⁸⁴ ואולם, גם מערך הפיקוח הישראלי החיצוני הוכיח את עצמו כבעייתי. הן ועדת החוץ והביטחון והן בית המשפט פעלו כגופים ריאקטיביים, וניכר היה שבשלבם הראשונים של פעולתם הם סבלו מפערי מומחיות.¹⁸⁵

יתר על כן, משהוקמה הממשלה, ונציג האופוזיציה לממשלת המעבר, שעמד בראש ועדת החוץ והביטחון, הומר ביושב ראש מהקואליציה, נראה כי הוועדה מיהרה לאמץ את עמדת הממשלה וחדלה מלהתעקש על חלופה אזורחית ל'כלי'.¹⁸⁶ משכך, הסתמכות על פיקוח פרלמנטרי בלבד עשויה להיות לרועץ נוכח היותם של רוב חברי הוועדה מהקואליציה. לבית המשפט קצב משלו,¹⁸⁷ והזמן שעובר עד להכרעה בסוגיה מנרמל את זחילת השימושים, מוסיף עוד 'מדקרות פרטיות' (שמחזקות את הנטייה ל'הישארות' (stickiness) עליה הצביעה השופטת ברק-ארז),¹⁸⁸ מגדיל את התלות המוסדית בטכנולוגיה ומנוון פיתוח אמצעים חלופיים. אמצעי שעשוי למתן זאת הוא באמצעות מנגנון אקס אנטה, המסדיר את קליטתן של טכנולוגיות מעקב לפני תחילת השימוש בהן. בהקשר זה, מגמה מעניינת בארצות הברית היא הגברת הפיקוח הקהילתי על שימוש ורכישה של טכנולוגיות מעקב חדשות על ידי המשטרה המקומית.¹⁸⁹ ב-15 גופי ממשל מקומי בארצות הברית, לרבות בערים כגון סן פרנסיסקו וניו יורק, ישנה כעת חקיקה המגבילה את השימוש בטכנולוגיות מעקב חדשות על ידי המשטרה המקומית. ברוב המקרים, רכש של טכנולוגיות מעקב חדשות כפוף לאישור המועצה המקומית. לפני אימוץ של טכנולוגיות כאלו, על המשטרה לדווח על היכולות של האמצעים בהם היא מבקשת לעשות שימוש, על אופן השימוש, ועל ההשפעה הפוטנציאלית שלהן על אזרחים. על פי רוב, ישנן הוראות של דיווח שנתי ופומבי על השימוש באמצעים אלו.

¹⁸³ אלי בכר **ייעוץ משפטי בארגון ביטחוני** 78-79 המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013. (בעיתות משבר, עת גובר הלחץ על ארגוני המודיעין ואכיפת החוק להציג תוצאות, גדל גם הלחץ על גורמי הפיקוח הפנימיים, כמו גם על מנגנוני הפיקוח האקזקטיביים שמעליהם, להפנות את מבטם הצידה על מנת לאפשר זאת, Peter Gill, *Democratic and Parliamentary Accountability of Intelligence Services After 9/11*, in *DEMOCRATIC CONTROL OF INTELLIGENCE SERVICES – CONTAINING ROGUE ELEMENTS* 195 (Hans Born and Marina Caparini eds., 2007)

¹⁸⁴ מנגנוני הפיקוח הפנימיים כפופים על פי רוב להנהלת הארגון ומשכך – לפחות למראית עין – החלטותיהם עשויות להיות מוטות לטובת האינטרסים הארגוניים. יחד עם מסך החשאיות המונע מהציבור גישה לעובדות שעליהן התבססו החלטות הגורמים המפקחים, קשה לשמר את אמון הציבור באפקטיביות וביושרה של מנגנוני הפיקוח הפנימיים, כמו גם באלו של הארגונים המפוקחים על ידם

¹⁸⁵ Cahane, בה"ש 97 לעיל.

¹⁸⁶ Cahane, שם, בעמ' 481.

¹⁸⁷ ר' בירנהק בה"ש 147 לעיל.

¹⁸⁸ עניין **האגודה לזכויות אזרח**, בה"ש 116 לעיל, בעמ' 41.

¹⁸⁹ Stevie Degroff and Albert Fox Cahn, *New CCOPS On the Beat: an Early Assessment of Community Control of Police Surveillance Laws*, SURVEILLANCE TECHNOLOGY OVERSIGHT PROJECT (10.2.2021) <https://www.stopspying.org/ccops>

מגננונים דומים ניתן להחיל גם ביחס לאימוץ טכנולוגיות חדשות על-ידי רשויות אכיפת החוק הלאומיות, באישור המחוקק – ואף ביחס לאימוץ טכנולוגיות חדשות בארגונים ביטחוניים, בשינויים המתחייבים משיקולי חשאות. מסגרת סטטוטורית המחייבת אישור מראש של המחוקק להטמעת טכנולוגיות חדשות, בשקיפות ובשיח עם הציבור, יכולה לאפשר שיח ענייני יותר מקביעת עובדות בשטח ופנייה להסמכה זוחלת. שיח כאמור מאפשר לבחון את הטכנולוגיה, את היתרונות והסיכונים שלה, ולתהות לגבי עצם הצורך בה. מסגרת סטטוטורית כזו יכולה לגשר על פערי מומחיות בכך שהיא תחייב את הגורם המבקש להצטייד בטכנולוגיות מעקב חדשות לערוך תסקיר הערכת השפעות (Impact Assessment) של הטכנולוגיה ולנסח את נהלי ההפעלה שלה כמצע לדיון הפרלמנטרי, ואלו יושלמו על-ידי עמדות החברה האזרחית והאקדמיה.

דוח מררי הצביע על כך שרוגלת הסייפן בשירות משטרת ישראל לא נוונה טכנולוגית באופן שיגביל את הפעלתה למסגרת המותרת תחת הוראות חוק האזנת סתר,¹⁹⁰ וכי היועץ המשפטי לממשלה לא היה מודע לכך.¹⁹¹ זוהי דוגמא לכך שאין להסתפק במנגנון בקרה אקס אנטה כפי שהוצע לעיל, וכי פיקוח אפקטיבי על טכנולוגיות מעקב נדרש גם ליכולת לבחינה אקס פוסט של יישום הנהלים והבקורות המבטיחות שימוש מידתי באמצעים אלו.

במקום אחר הצעתי להקים נציבות פיקוח סיגינטית – גוף פיקוח ייעודי, עצמאי, מתמחה, ובעל סמכויות לאשר או לעצור פעילות מעקב מקוון כשזו אינה לפי דין,¹⁹² כפתרון מוסדי אפקטיבי לאתגר ההסמכה הזוחלת. הנציבות הסיגינטית המוצעת תשמש גורם בקרה אקס אנטה על דרך של אישור מראש של צווי מעקב מקוון (בדומה למנגנון ה-double lock שבדין הבריטי).¹⁹³ נוסף על כך, הנציבות תפקח על אופן יישום הצווים ותבחן אקס פוסט את פרקטיקות המעקב המקוון, לרבות באמצעות ביקורות תמטיות רוחביות על היבטים שונים בפעילות הסיגינטית של גופי הביטחון ואכיפת החוק. היבט נוסף שמוצע בפעילותה הוא מען לתלונות של עובדי גופים אלה ושל אזרחים באשר לעניינים שבסמכותה.

הנציבות הסיגינטית תאויש בידי נציבים שיפוטניים, הכשירים לכהן כשופטים מחוזיים, שבכפוף לאישורם ינתן צו מעקב מקוון מיניסטרילי או שיפוטי. לצד הנציבים השיפוטניים יכהנו בנציבות מפקחים, שאינם בהכרח משפטנים בהכשרתם, שתפקידם יהיה לפקח לאחר מעשה על הפעילות הסיגינטית. אלה ואלה ייעזרו במערך תמיכה מקצועי, שיורכב מתמהיל של מומחי מודיעין, משפט וטכנולוגיה.

גוף כאמור יכול להיות הגורם המפקח אקס פוסט על הטמעה של טכנולוגיות מעקב חדשות לפי המנגנון שהוצע לעיל. נוסף על כך, בזכות מומחיותה והפיקוח השוטף על פעילות סיגינטית, נציבות כאמור נמצאת בפוזיציה מוסדית עדיפה מזו של מערך הפיקוח הקיים בישראל, כדי לזהות זחילת שימושים או תכליות ולבחון את חוקיותם. יתר על כן, גם במסגרת נוהל אקס אנטה לאישור קליטה ורכש של טכנולוגיות מעקב חדשות, חוות דעת של גוף פיקוח עצמאי ומומחה יש בה כדי לתרום להליך הדיליברטיבי.

¹⁹⁰ דוח מררי, בה"ש לעיל, בעמ' 58

¹⁹¹ שם, בעמ' 59.

¹⁹² כהנא ושני, בה"ש 46 לעיל.

¹⁹³ שם, בעמ' 126-128.

חלופה נוספת, שהשפעתה מוגבלת, היא באמצעות אימוץ הסדר ידיד בית המשפט (*amicus curiae*) מיוחד, בדומה לזה הקיים עבור בית המשפט למודיעין זר (FISC) בארצות הברית.¹⁹⁴ תחת חוק איסוף מודיעין זר (FISA), על ערכאה זו למנות חמישה ידידי בית משפט שאליהם יהיה אפשר לפנות כאשר במסגרת החלטה או צו שבית המשפט נדרש לתת מתעוררת שאלה משמעותית או חדשנית שבדין. על ידידי בית המשפט להביא בפני בית המשפט טיעונים משפטיים לקידום הגנת הפרטיות וזכויות אזרח, מידע הנוגע לאיסוף מודיעין או לטכנולוגיות מידע או כל טיעון משפטי אחר הנוגע לעניינים רלוונטיים למקרה הנידון.¹⁹⁵ ידיד בית משפט אפקטיבי, אליו בית המשפט יהיה מחויב לפנות בנסיבות של בקשה לצווים לשימוש בטכנולוגיות חדשות, עשוי לבלום או למתן את אימוצן.¹⁹⁶ ידיד בית משפט עשוי להיות רלוונטי ביחס להליכים כגון בקשה לצו האזנת סתר, לצו לקבלת נתוני תקשורת,¹⁹⁷ או לצווים סיגינטיים אחרים שמתעורר בהם חידוש מיוחד. להבדיל מהיועץ המשפטי לממשלה, ידיד בית המשפט המוצע לא היה מעורב בפיתוח ההסדר ועצמאותו מאפשרת בחינה של הטכנולוגיה החדשה באופן נייטרלי. עם זאת, הליכים אלו נוגעים לטכנולוגיות מעקב לתכליות של אכיפת חוק בלבד, מאחר שבדין הישראלי אין פיקוח שיפוטי על פעילות סיגינטית לתכליות בטחוניות.¹⁹⁸ יתרונו הגדול של מוסד ידיד בית המשפט המוצע הוא יכולתו להתמודד עם הגרעון האדברסרי שבהליכים במעמד צד אחד, המאפיינים את הפעילות הסיגינטית לתכליות אכיפת חוק.

זחילת שימושים היא תופעה רבת פנים. במהלך התפרצות הקורונה ניתן היה לזהות תהליך של הסמכה וזחילת של זחילת שימושים, שבסבב האומיקרון הואץ, והדהד דינמיקה של שימוש בטכנולוגיות מעקב חדשות בחוסר סמכות, במתווה של הצבת עובדות בשטח על ידי הרשויות. מבלעדי רפורמה שתאפשר פיקוח אפקטיבי על הצגת טכנולוגיות אלו – אם באמצעות הקמת גוף מוסדי ייעודי ואם באמצעות בקרות פרלמנטריות – עידן הזחילים יישאר עמנו.

¹⁹⁴ שם, בעמ' 149-155.

¹⁹⁵ להרחבה ראו Chad Squitieri, *The Limits of the FREEDOM Act's Amicus Curiae*, 11 WASH. J. L. TECH. & ARTS 197, 210 (2015); Ben Cook, *The New FISA Court Amicus Should Be Able to Ignore its Congressionally Imposed Duty*, 66 AM. U. L. REV. 539 (2017).

¹⁹⁶ בהקשר זה, מן הראוי להתייחס להצעת נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים בדימוס, דוד חשין, להקים נציבות האזנות סתר. המודל המוצע על ידי חשין הוא של "מעין סנגור ציבורי...[ש]יפיע בפני נשיא בית המשפט או סגנו, ייצג את עניינם וזכויותיהם של המיועדים להזנה, ויטען טיעונים נגדיים שיאתגרו את המשטרה". דוד חשין "13 שנים חתמתי על צווי האזנה. אלו מסקנותיי מדו"ח מר"י" **הארץ** (3.8.2022). זהו מודל של ידיד בית משפט, ולא של נציבות פיקוח סיגינטית, בדומה למוצע אצל כהנא ושני, בה"ש 46 לעיל.

¹⁹⁷ כך למשל, ידיד בית המשפט המוצע כאן יכול היה לסייע לבית המשפט להתמודד עם בקשה לצו איכון הפוך. על איכונים הפוכים ר' עמיר כהנא, "איכון הפוך (Reverse Geolocation): האם לתת למשטרת ישראל את 'כלי' השב"כ בזעיר אנפין?" **שיח זכויות@מינרבה** (26.3.2023) <https://openscholar.huji.ac.il/minervacenter/blog/cahane>

¹⁹⁸ ראו השוו' 11 לחוק השב"כ עם 3' לחוק נתוני תקשורת, ואת 4' לחוק האזנת סתר עם 6' לחוק האזנת סתר.