

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

מאת

עמיר כהנא*

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

מבוא. א. זחילת שימושים. ב. זחילת שימושים מהספרה האזרחית לספרה הביטחונית: ה"כלי". ג. זחילת שימושים מהספרה הביטחונית לספרה האזרחית: מעקב מגעים. ד. הסמכה וזחלת: מהיעדר 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 שנועדה לרכוש זמן ללמידת המחלה כדי למצוא 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 המונים שפותחו

* תלמיד לתואר שלישי באוניברסיטה העברית בירושלים. עמית מחקר בפרויקט Three Generations of Digital Rights (3GDR) ועמית מחקר במרכז פדרמן לחקר הסייבר, התוכנית לסייבר ומשפט. אני מבקש להודות לעו"ד גדי פרל, לעו"ד דפנה דרור-שפוליאנסקי ולד"ר תהילה שוורץ אלטשולר על הערותיהם המועילות. תודות נוספות לעורך מהדורת "משפטים על אתר" ולמערכת משפטים על עבודתם המקצועית והיסודית.

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

לתכליות ביטחוניות כדי לסייע בחקירות אפידמיולוגיות לזיהוי נשאים ("חולים מאומתים") של הנגיף.

על רקע המושג של זחילת שימושים, המשמש בהקשרים של פרטיות ומעקב, מאמר זה יבקש לעמוד על כמה ממדים של זחילה שבאו לידי ביטוי באירוע זה – זחילת שימושים, זחילת תכליות והסמכה זוחלת. מתוך השלושה, דינמיקת ההסמכה, שייבאה את ה"כלי" של השב"כ אל הספרה האזרחית, היא גרסה בהילוך איטי של האופן שבו טכנולוגיות מעקב פולשניות חוצות את הקווים משימושים ביטחוניים לשימושים אזרחיים. ההסמכה הזוחלת של השב"כ 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.

הפרק הראשון של מאמר זה מציג את המושג של זחילת שימושים בהקשר של דיני פרטיות ומעקב. פרק השני של המאמר מתאר את מאגר נתוני התקשורת של שירות הביטחון הכללי, ה"כלי", כמופע של זחילת שימושים מהספרה האזרחית לספרה הביטחונית. הפרק השלישי של המאמר מתאר כיצד במסגרת המאבק בנגיף הקורונה עבר ה"כלי" טרנספורמציה של זחילת שימושים בכיוון ההפוך – מהספרה הביטחונית בחזרה לספרה האזרחית. הפרק הרביעי של המאמר מתאר את ההסמכה הזוחלת של השירות להשתמש ב"כלי" לתכליות אלו. הפרק החמישי של המאמר בוחן את מהלך ההסמכה של השירות לעקוב אחרי נשאי זן האומיקרון, שהיה שחזור מואץ של מהלך ההסמכה שקדם לו. הפרק השישי והמסכם מציג תופעות נוספות של זחילת שימושים בטכנולוגיית מעקב מקוון בישראל, מנתח את ההסמכה הזוחלת של טכנולוגיות אלו ומציע דרכים להתמודד עימה.

א. זחילת שימושים

קופס מצביע על היעדר הגדרה אחידה ל"זחילת שימושים" (function creep) בספרות האקדמית ועל חוסר האחידות בין מושאיה.² ואכן, הספרות האקדמית רוויה במינוח שנועד לתאר תופעות של זחילה (creep). זחילת שימושים מכונה לעיתים בספרות "זחילת תכליות" (purpose creep), "זחילת שליטה" (control creep),³ "זחילת מעקבים" (surveillance creep),⁴ או "זחילת משימות" (mission creep).⁵ המשותף לכל המונחים האלו הוא שהם

2 Bert-Jaap Koops, *The concept of function creep*, 13 L., INNOVATION & TECH. 29, 29–30 (Roger Brownsword & Han Somsen eds., 2021).

3 Martin Innes, *Control Creep*, 6 SOCIO. RSCH. ONLINE 13 (2001); 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 & POLITY 362 (2020).

4 הגישה של מרקס למונח 'surveillance creep' היא כשל מקרה פרטי של זחילת תכליות, במסגרתו התכליות של טכנולוגיית מעקב נתונה מתרחבות יותר ויותר. ראו: 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. ראו Kevin D. Haggerty, *Surveillance, crime and the police*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF

מתארים במסגרתן תהליך הדרגתי ולעיתים סמוי מהעין המאפשר גלישה מתחום אחד לתחומים משיקים לו. מונחים אלו משמשים לעיתים בערבוביה וללא עקיבות, מתוך הנחה שהקוראת מכירה אותם ומבינה את הקשרם.

כשמדובר בטכנולוגיות מידע, ובייחוד במאגרי נתונים, רווח השימוש במונח "זחילת שימושים" כדי לתאר תופעות שבהן משמשים טכנולוגיה או מאגרי מידע החורגים מאלו שמעצביהם המקוריים ייעדו להם.⁶ דוגמה קלאסית לזחילת שימושים היא מספר הביטוח הלאומי האמריקאי (Social Security Number), שהפך בהדרגה ממזהה שנועד לציין זכאים לדמי פנסיה למספר המזהה הלאומי בארצות הברית המשמש בבסיסי נתונים רבים.⁷ לעיתים שימושים שניוניים למידע יכולים להיות לחיוב, כגון הניסיון (שלא צלח) לרתום את מאגר השאילתות של משתמשים בגוגל לזיהוי התפרצויות פוטנציאליות של שפעת,⁸ ולעיתים לשלילה, כגון בפרופילינג של אזרחים בהתבסס על נתוני פעילות ברשתות חברתיות, על מאפייני שימוש ביישומים במכשיר הנייד ועל נתונים שמקורם בחיידנים של

- .SURVEILLANCE STUDIES 235, 241 (Kirstie Ball, Kevin D. Haggerty & David Lyon, eds., 2012)
 על מעקב זוחל ראו גם: Michal Lavi, *Crises, Creep, and the Surveillance State*, 53 SETON HALL L. REV. 491 (2022); Stephen Graham & David Murakami Wood, *Digitizing Surveillance: Categorization, Space, Inequality*, 23 CRITICAL SOC. POL'Y 227, (2003); William Webster, *CCTV policy in the UK: reconsidering the evidence base*, 6 SURVEILLANCE & SOC'Y 10 (2009); Woodrow Hartzog, Evan Selinger & Johanna Gunawan, *Privacy Nicks: How the Law Normalizes Surveillance*, 101 WASH. U. L. REV. (forthcoming 2024); Matthew Tokson & Ari Waldman, *Social Norms in Fourth Amendment Law*, 120 MICH. L. REV. 265 (2021)
- 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 101, 143, 160 (2023); Tom Barry, *Homeland Security Drones Mission Creep from Border Security to National Security*, BORDER LINES (Mar. 20, 2013) <http://borderlinesblog.blogspot.com/2013/03/homeland-security-drones-mission-creep.html>; Jennifer S. Granick et al., *Mission Creep 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, (Margaret Hu ed. 2022)
- DAVID MURAKAMI WOOD & KIRSTIE BALL, A REPORT ON THE ;2 לעיל ה"ש, Koops SURVEILLANCE SOCIETY, LONDON: SURVEILLANCE STUDIES NETWORK (Surveillance Studies Network, September 2006); Kirstie Ball, *Workplace surveillance: an overview*, 51 LAB. HIST. 87, (2010); Simon G. Davies, *Touching big brother: How biometric technology will fuse*, 4 לעיל ה"ש, Graham & Woods ; *flesh and machine*, 7 INFO. TECH. & PEOPLE 38 (1994) משתמשים במונח 'Surveillance creep' לשם כך.
- Hal Berghel, *Identity Theft, Social Security Numbers, and the Web*, in 43 COMM. ACM 17 (2000).
- בשנת 2008, שחררה חברת גוגל 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. ראו, David Lazer et al., *The Parable of Google Flu: Traps in Big Data Analysis*, 343 SCIENCE 1203, 1203–1205 (2014); David Lazer et al., *Google Flu Trends Still Appears Sick: An Evaluation of the 2013–2014 Flu Season*, GARY KING (2014) <https://tinyurl.com/GoogleFlu2014>

מכשיר הקצה, עשוי להיות מנוצל לתעמולה פוליטית דיגיטלית "תפורה אישית" (מיקרו-טרגוט) ולמבצעי השפעה.⁹

אם כך או כך, שימוש במידע שלא לתכליות שלשמן נאסף (או לתכליות תואמות) חורג מעקרון צמידות המטרה, שהוא עקרון יסודי דיניי הגנת הפרטיות,¹⁰ בייחוד בדין הישראלי. חוק הגנת הפרטיות קובע כי "שימוש בידעה על ענייני הפרטים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" הוא בגדר פגיעה בפרטיות.¹¹ שימוש כזה מכונה לעיתים 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 השניוני היא עניין פרשני. לאחרונה, בעניין **עיבוד המידע האוטומטי**,¹⁴ בו 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, בעת שימוש במידע שמקורו באמצעי מעקב לתכלית חדשה, יש לבדוק האם ניתן היפותטית לאסוף אותו מחדש לצורך תכלית זאת –

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

10 מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 52 (2011); תהילה שוורץ אלטשולר ורחל ארידור הרשקוביץ **הצעת חוק הגנת הפרטיות, התשע"ט–2019** 51–52 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019); Commission Regulation 2016/679 of Apr. 27, 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) (להלן: GDPR), בס' 5(1)(b). על התפתחותו של עקרון צמידות המטרה בדין האירופי, ראו לדוגמה Nikolaus Forgó, Stefanie Hänold & Benjamin Schütze, *The Principle of Purpose Limitation and Big Data*, in NEW TECH., BIG DATA & L. 17, 23–38 (Marcelo Corrales, Mark Tal Zarsky, *Incompatible: The GDPR in* Fenwick & Nikolaus Forgó eds., 2017) לביקורת, ראו *the Age of Big Data*, 47 SETON HALL L. REV. 995, 1005–1009 (2017).

11 ס' 9(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981.

12 בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 175. בירנהק מתרגם function creep: "זחילה פונקציונלית". אך, התיאור שלו הוא של זחילת תכליות. מנגד, ראו Webster, לעיל ה"ש 4, שמשמש במונח surveillance creep (מעקב זוחל) כמונח חלופי ל-policy creep (זחילת מדיניות) כאשר שניהם מתארים זחילת תכליות.

13 GDPR, לעיל ה"ש 10, ס' 5(b); ס' 5(1)(b) לדירקטיבת רשויות אכיפת החוק. ראו Directive 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 Movement of such Data and Repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ (L 119), 1 (EU) Data. המובאה מה-GDPR תורגמה על ידי המחבר.

14 BVerfG, 1 BvR 1547/19, Feb. 16, 2023, <https://tinyurl.com/BVerfGvBvR> (להלן: **עניין העיבוד האוטומטי**).

לטובת אותה החקירה או לטובת חקירה של עבירה בעלת מאפיינים דומים.¹⁵ בית המשפט היה נכון להחיל את המבחן על פעולות עיבוד שהן התאמה והצלבה בסיסית של נתונים בין מאגרי מידע משטריים. אולם, כאשר מדובר בעיבוד במסגרת מערכות אלגוריתמיות שמסוגלות לייצר פרופילי אישיות ולהעריך 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 מוטא עתיד (predictive policing).

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

גישה מוקדמת יותר מצביעה על תופעה של "הסתגלות הפוכה" (reverse adaptation), שלפיה המטרות (או התכליות) האנושיות מתרחבות כדי להתאים את האמצעים (הטכנולוגיים) הזמינים.²¹ גישה זו יכולה לתמוך בהבחנה בין זחילת שימושים או פונקציות של הטכנולוגיה עצמה לבין שלב מאוחר יותר, שבו השינוי הפונקציונלי נעשה לתכליות חדשות וללא צורך בפיתוח טכנולוגי נוסף.

יש להדגיש כי זחילה, כאמור לעיל, היא תהליך של מעבר הדרגתי, ואולם הוספת פונקצייה או תכלית חדשה לטכנולוגיה קיימת היא בדידה ותחומה. מבחינות רבות האפקט ההדרגתי, הזוחל, הוא בהכשרת הלבבות לפונקצייה או לתכלית החדשה²² ובכונות לקבל

15 שם, פס' 62.

16 שם, פס' 70.

17 על הקשיים המושגיים בהבחנה בין שימוש לתכלית, ראו Ron Amundson & George V. Lauder, *Function without Purpose: The Uses of Causal Role Function in Evolutionary Biology*, in 9 Bio. & Phil. 443, 443–469 (1994).18 John Gilliom & Torin Monahan, *SuperVision: An Introduction to the Surveillance Society* 1, 58 (2012). המובאה תורגמה בידי המחבר.

19 שם, בעמ' 90. המובאה תורגמה בידי המחבר.

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

21 Langdon Winner, *Autonomous Technology: Koops לעיל ה"ש 2*, בעמ' 41–42. ראו גם Technics-Out-Of-Control as a Theme for Political Thought 1, 227–229 (1977).

22 ראו למשל Dahl & Sætnan, לעיל ה"ש 20, בעמ' 88.

אותה. כאשר התכלית או הפונקצייה החדשה היא בעלת אופי ביטחוני, אחד הגורמים שמכשיר את הלבבות ומרכז אותם הוא פחד.²³ במאמר זה, זחילת שימושים תתייחס לשימושים בטכנולוגיה או במאגרי מידע שחורים מאלו שלשמם הם תוכננו, ואילו זחילת תכליות תתייחס לשימושים בטכנולוגיה או במאגרי מידע שחורים מהתכליות הסטטוטוריות או החוזיות המקוריות שלהם.²⁴ לעיתים אלו ואלו זוחלים יד ביד.

כך למשל משהוצב או נפרס מערך סנסורים (מצלמות, מיקרופונים, חיישני GPS, וכדומה). זחילת שימושים אפשרית תהיה פיתוח טכנולוגי שבכוחו לעבד את התוצרים של הסנסורים באופן חדש, כגון להסיק ממערך מצלמות שפרוס בשטח מידע על מאפייני תנועה, מגדר, שיוך אתני²⁵ או רגשות. דוגמה 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 או לאפיין את סוג הפעילות הגופנית של המשתמש,²⁷ את מבנה גופו,²⁸ את מגדרו,²⁹ 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

- 23 על פחד כמאפשר את הצגתן של מערכות מעקב ביטחוניות, ראו למשל, TORIN MONAHAN, SURVEILLANCE IN THE TIME OF INSECURITY 1, 3 (2010); Didier Bigo, *Security, exception, ban and surveillance*, in THEORIZING SURVEILLANCE: THE PANOPTICON AND BEYOND 46, 47–60 (David Lyon ed. 2006); Yu Zeng & Stan Hok-wui Wong, *Social media, fear, and support for state surveillance: The case of China's social credit system*, in 37 CHINA INFO. 51 (2022).
- 24 לדוגמה לגישה זו ראו 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. 1 (2013).
- 25 אושרית גן-אל "ניו יורק טיימס: רשויות בסין משתמשות בזיהוי פנים לניטור מיעוטים" **גלובס** (15.4.2019); <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001282318>; עודד ירון "לא יכול להסביר את זה: בכיר בוואווי התפטר בעקבות פיתוח 'אזעקת איגורים'" **הארץ** (16.12.2020). <https://tinyurl.com/OdedYaronHaaretz>.
- 26 Jingyu Hua, Zhenyu Shen & Sheng Zhong, We Can Track You if You Take the Metro: Tracking Metro Riders Using Accelerometers on Smartphones, in 12 IEEE TRANS. INFO. FORENSICS SECUR. 286 (2017).
- 27 Piyush Gupta & Tim Dallas, *Feature Selection and Activity Recognition System Using a Single Triaxial Accelerometer*, in 61 IEEE TRANS. BIOMED.ENG. 1780 (2014).
- 28 Gary M. Weiss & Jeffrey W. Lockhart, *Identifying user traits by mining smart phone accelerometer data*, in SENSORKDD '11: PROCEEDINGS OF THE FIFTH INTERNATIONAL WORKSHOP ON KNOWLEDGE DISCOVERY FROM SENSOR DATA 61 (2011).
- 29 Ankita Jain & Vivek Kanhangad, *Investigating gender recognition in smartphones using accelerometer and gyroscope sensor readings*, in 2016 INTERNATIONAL CONFERENCE ON COMPUTATIONAL TECHNIQUES IN INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES (ICCTICT) 597 (Mar. 11–13, 2016, New Delhi, India).
- 30 Erhan Davarci et al., *Age group detection using smartphone motion sensors*, in 2017 25TH EUROPEAN SIGNAL PROCESSING CONFERENCE (EUSIPCO) 2201 (Aug. 28–Sept. 2, 2017, Kos, Greece).
- 31 Zhan Zhang et al., *Emotion recognition based on customized smart bracelet with built-in accelerometer*, in 4 PEERJ 2258 (2016).

דוגמאות לזחילת שימושים, אך גם לזחילת תכליות, כל עוד אין הסכמה חוזית מצד המשתמש או הסמכה סטטוטורית מפורשת שמכוחן ניתן להשתמש 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 אנליטיקה: אימות סטטוס תעסוקתי והשכלה, הערכת ההשפעה החברתית של משתמשי רשת, וכדומה, וזאת בהתבסס על שימושים שניוניים במידע האצור בקרבה.³² לא רק שעתה רב הפיתוי המסחרי לחרוג מעקרון צמידות המטרה, אלא שההערכה שלבסיס הנתונים הארגוני יש פוטנציאל לזחילת שימושים עתידית מדברנת איסוף של נתונים בהיקף רחב מזה של אלו הדרושים לצורך המטרה המקורית שלשמה הם נאספים,³³ והדבר סותר את עקרון יסוד אחר של דיני הגנת הפרטיות, עקרון מזעור הנתונים. לפי עקרון מזעור הנתונים, על מידע אישי להיות מתאים, רלוונטי ומוגבל למה שנחוץ לצורך התכלית שלשמה הוא מעובד.³⁴ לא בכדי הייתה אקוויפקס, שחרגה מעקרון מזעור הנתונים ואגרה בקרבה מידע בהיקף רחב, מטרה אטרקטיבית לגנבי מידע, ואכן נפלה קורבן בשנת 2017 לאירוע אבטחת מידע שבו נגנב מידע אישי הנוגע לכ-143 מיליון מלקוחותיה.³⁵ זחילת תכליות או שימושים יכולה להיות בתוך ספרת פעילות מסוימת. למשל, משמערכות מעקב פולשניות, שפיתוחן והפעלתן הוצדקו לאכיפת פשיעה חמורה, הוכיחו את יעילותן, אך טבעי הוא שגופי אכיפת החוק יבקשו להשתמש בהן גם לאכיפת עבירות קלות יותר.³⁶ כך למשל גרסתו הראשונה של חוק האזנות סתר האמריקני שהקיף 25 סוגי עבירות שבגינן תותר האזנת סתר, ועם השנים מספר העבירות האלו ריבע את עצמו.³⁷ חזון ישעיהו מתאר מופע אוטופי של זחילת שימושים ותכליות – הסבת מערכות נשק לשימושים (ותכליות) חקלאיים "וכתתו חרבבותם לאתים ונחיתותיהם למזמרות".³⁸ וקטור

Kim S. Nash, *Equifax Eyes Are Watching You--Big Data Means Big Brother*, 32 NETWORKWORLD (May 16, 2012) <https://tinyurl.com/KimNashEquifax>.

Lemi Baruh & Mihaela Popescu, *Big data analytics and the limits of privacy self-management*, 33 19 NEW MEDIA & SOC'Y 579 (2017); Dennis Broeders et al., *Big Data and security policies: Towards a framework for regulating the phases of analytics and use of Big Data*, 33 COMPUT. & SEC. REV. 309, 309–323 (2017).

ראו GDPR, לעיל ה"ש 10, ס' 5(1)(c). עקרון מזעור הנתונים הוא דוגמה להנדסת פרטיות (ס' 25 ל-GDPR), ולפיו יש לעצב מערכות מידע באופן שעבוד מידע אישי, איסופו או שימוש בו באמצעותן יהיה מזערי. לביקורת, ראו Zarsky, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1009–1011.

Tara Siegel Bernard et al., *Equifax Says Cyberattack May Have Affected 143 Million in the U.S.*, N.Y. TIMES (Sept. 7, 2017) <https://www.nytimes.com/2017/09/07/business/equifax-cyberattack.htm>.

ראו גם Anthony Volini & 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*, 32 DEPAUL J. ART, TECH. & INTELL. PROP. L. (2022).

LANDAU, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55.

ראו ישעיהו ב' 4. לדוגמה בת זמננו, ראו *Ukraine turns tank into tractor*, BBC News (Oct. 19, 2002) <https://tinyurl.com/BBCUkraineTractor>. להסבת נשק לשימושים אזרחיים אחרים ראו גם

הזחילה יכול לנוע בין ספרות או בין צבירים של תכליות ופעילות: מידע פרטי שנאסף לתכליות הנוגעות לספרה הביטחונית עשוי להיות רב ערך גם לתכליות של אכיפת חוק. מידע שנאסף בידי סוחרי מידע (data brokers) לתכליות הנוגעות לספרה האזרחית-מסחרית עשוי לשמש גם גופי אכיפת חוק וביטחון.³⁹ מידע גנטי אישי שנאסף על ידי חברה מסחרית לשימוש גניאלוגי פרטי עשוי למצוא את עצמו מסייע בפיענוח פשיעה.⁴⁰ ספרה בהקשר זה היא מושג בעל רקמה פתוחה, המצויה על רצף. כצביר של תכליות או פעילויות, לספרה תיתכן ליבה, וייתכנו פעילויות או תכליות המשיקות לספרה אחרת או מצויות בתחומיה. בהקשר זה, השיח הביטחוני סביב מגפת הקורונה בישראל ובמקומות אחרים בעולם, הרואה בנגיף אויב שיש להיאבק בו,⁴¹ ומסגור הפנדמיה כאירוע חירום מיוחד⁴² תרמו ל"ביטחוניזציה" של האירוע⁴³ ולטשטוש הגבולות בין הספרה הביטחונית לספרה האזרחית-רפואית והקלו על רתימת גופים ביטחוניים להתמודדות עם הנגיף. גם אם בחדשים הראשונים לפרוץ המגפה היה אפשר 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 נדרש שתיעשה לפי מבחני מידתיות. נקודת המוצא היא שטכנולוגיות מעקב ומאגרי מידע פוגעות בפרטיות במידה מסוימת. עוצמת הפגיעה בפרטיות משתנה, וזאת לפי תכונות אלו:

- Gordon Woodward, *Swords Into Ploughshares: Ex-german Submarine Engines In British Generating Stations*, 6 ENG. SCI. & EDU. J. 273 (1997). יוער שמנגד, נבואת יואל מתארת את הוקטור ההפוך ("פתו אתיכם לחרבות ומזמלתיכם לרמחים"). ראו יואל ד 10.
- 39 ראו למשל Urbano Reviglio, *The untamed and discreet role of data brokers in surveillance capitalism: a transnational and interdisciplinary overview*, 11 INTERNET POL. REV. 1 (2022); Henrik Twetman & Gundars Bergmanis-Korāts, *Data Brokers and Security*, NATO STRATEGIC COMMUNICATIONS CENTRE OF EXCELLENCE (JAN. 14, 2021); Thorsten Wetzling & Charlotte Dietrich, *Disproportionate use of commercially and publicly available data: Europe's next frontier for intelligence reform?*, SIFTUNG NEUE VERANTWORTUNG (2022).
- 40 Sevasti Skeva, Maarten HD Larmuseau, & Mahsa Shabani, *Review of policies of companies and databases regarding access to customers' genealogy data for law enforcement purposes*, 17 PERS. MED. 141 (2022); Victoria Romine, *Crime, DNA, and Family: Protecting Genetic Privacy in the World of 23andMe*, 53 ARIZ. ST. L.J. 367 (2021).
- 41 ראו 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". ראו "ראש הממשלה נתניהו בהצהרה לתקשורת בתום התייעצות בנושא נגיף הקורונה" **משרד ראש הממשלה** (15.3.2020) https://www.gov.il/he/departments/news/spoke_corona150320.
- 42 Jessica Kirk & Matt McDonald, *The Politics of Exceptionalism: Securitization and COVID-19*, 1 GLOBAL STUDIES QUARTERLY 1, (2021); Christian Kaunert, Sarah Leonard & Ori Wertman, *Securitization of COVID-19 as a Security Norm: WHO Norm Entrepreneurship and Norm Cascading*, in 11 SOC. SCIENCES 266 (2022).
- 43 ראו 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, 514–505 (2022).
- 44 בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה**, פס' 25–27 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 26.4.2020).

הטכנולוגיה הנדונה, המידע שאותו היא אוספת, אופן האיסוף, אופן העיבוד, היקף בעלי התפקידים הנחשפים למידע, רמת האבטחה שלו, נוהלי שימור נתונים וכדומה. אלה משפיעים גם על עוצמת האפקטים המצננים של המעקב אחר פעילות מקוונת או ממשית ועל זכויות נוספות שעשויות להיפגע מן האפקט המצנן.⁴⁵ אשר על כן, גם אם הפגיעה של טכנולוגיית מעקב או מאגר מידע מסוים נמצאה מידתית לתכלית מסוימת, זחילה אל תכליות או שימושים אחרים עשויה להשפיע על מידתיות ההסדר.

לתנועה לאורך וקטור הזחילה יש אפוא נפקויות נורמטיביות. הדין נוטה לראות בפגיעה בפרטיות בשל השימוש במערכות מעקב פולשניות במיוחד פגיעה מידתית כאשר תכלית המעקב היא סיכול איומים לביטחון הלאומי או מאבק בהם, ולעיתים גם בפשע חמור (וגם זאת בתנאי שיש 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 להיות גם לא מידתי.

פיתוחים טכנולוגיים חדישים ויוזמות ממשלתיות להקמת מאגרי מידע מעלים לעיתים קרובות חששות מזחילת שימושים ותכליות.⁴⁷ כך למשל משטרת לונדון, שהחלה 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 גם המידע שנאגר בשרתי השירותים של 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 להגברה של תוכניות מעקבים שאופיין פוליטי-ביטחוני. כך למשל זיהוי נתיב העלייה לרגל למכה (החאג') במאה התשע-עשרה כווקטור של מגפת הכולרה, שהביא להפעלת אמצעי פיקוח אפידמיולוגיים מוגברים על

45 ראו עמיר כהנא ויובל שני פיקוח על מעקב מקוון בישראל 36–38 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2020).

46 ראו למשל עמיר כהנא "אני, האח הגדול, יודע מה עשית בקיץ האחרון": על פסק הדין בעניין Big Brother Watch v. UK (25.7.2021) **ICON-S-IL BLOG** <https://tinyurl.com/CahaneBBW> (להלן: כהנא "האח הגדול"); עמיר כהנא "רשתות דייג: שימור נתונים וה'כלי' של השב"כ – על עניין

ICON-S-IL BLOG "SpaceNet" (22.11.2022) <https://tinyurl.com/CahaneSpacenet>.

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

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

49 ראו Tzanou, לעיל ה"ש 47.

50 Nina F. de Groot, Britta C. van Beers & Gerben Meynen, *Commercial DNA tests and police investigations: a broad bioethical perspective*, 47 J. MED. ETHICS 788 (2021); Christine Hauser, *Police Use Fitbit Data to Charge 90-Year-Old Man in Stepdaughter's Killing*, N.Y. TIMES (Oct. 3, 2018) <https://www.nytimes.com/2018/10/03/us/fitbit-murder-arrest.html>.

העולים לרגל על ידי המעצמות האירופיות.⁵¹ ובד בבד החל המודיעין הבריטי לנצל בעלי תפקידים רפואיים לאורך מסלול החאג' מהודו כמקורות מודיעניים המסייעים בניטור 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 השימוש במערכות ניטור התפרצות הנגיף במי הביוט 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 ביקשה להקים, העלתה חששות שהיא תשמש לתכליות ביטחוניות או פוליטיות.⁵⁶ הוראת החירום הנשיאותית לספקי תקשורת להעביר נתוני תקשורת – לרבות מיקום – לרשות התקשורת הלאומית, לכאורה כדי להזין את מערכת הניטור, הותקפה בבית המשפט הגבוה של גאנה. בית המשפט פסק שיש למחוק סוגי נתונים מיותרים ולחדול להעבירם למערכת,⁵⁷ אולם הוא נמנע מלעצור את פעילותה או הזרמת הנתונים אליה לחלוטין.⁵⁸

- Valeska Huber, *The Unification of the Globe by Disease? The International Sanitary* 51
Conferences on Cholera, in 49 HIST. J. 453, 462–463 (2006).
- Michael Christopher Low, *Empire and the Hajj: Pilgrims, Plagues, and Pan-Islam under* 52
British Surveillance, 40 INT'L J. MIDDLE E. STUD. 269 (2008).
- Chris Buckley, Vivian Wang & Keith Bradsher, *Living by the Code: In China, Covid-Era* 53
Controls May Outlast the Virus, N.Y. TIMES (Jan. 30, 2022),
<https://www.nytimes.com/2022/01/30/world/asia/covid-restrictions-china-lockdown.html>
- עומר כביר "כך עובדת מערכת המעקב של נפתלי בנט ו-NSO" כלכליסט (16.4.2020) 54
<https://www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3808455,00.html>; "דירוג חברתי בראי
הזכות לפרטיות: סקירת רקע בעניין שימוש במערכות לדירוג חברתי" הרשות להגנת הפרטיות
https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/social_ranking (22.4.2020).
- Natalie Ram, Lance Gable & Jeffrey Ram, *The Future of Wastewater Monitoring for the Public* 55
Health, 56 U. RICH. L. REV. 911 (2022).
- Delali A Gawqu & Richard Obeng Mensah, *COVID-19 Contact Tracing and Privacy Rights in* 56
Ghana: A Critical Analysis of the Establishment of Emergency Communications System
Instrument, 2020 (EI 63), 65 J. AFRICAN L. 361 (2021). לביקורות על המערכת, ראו Kwaku
Agyeman-Budu, *Constitutionalism And Covid-19 In Ghana*, AFRICAN NETWORK OF
CONSTITUTIONAL LAWYERS (May 1, 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 (May 26, 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 57
.0064/2020, GJ 0855/2020 (Jul. 22, 2021).
- Gawqu & Mensah, לעיל ה"ש 56, בעמ' 373. 58

תשומת הלב האקדמית נטתה להתמקד במערכות מעקב המגעים ששימשו רשויות ברחבי העולם לזיהוי נשאים פוטנציאליים של הנגיף ואת מי שעשויים היו לבוא איתם במגע ולהידבק,⁵⁹ וזאת מתוך חשש מהעניין שעשויות רשויות המדינה לגלות ברתומת המידע הנאגם ביישומוני מעקב מגעים לתכליות אחרות מאלו שלשמן הוא נאסף מלכתחילה.⁶⁰ חששות אלו התממשו בכמה מקרים. בגרמניה, לדוגמה, השתמשה המשטרה בנתוני מיקום שנאספו לתכליות אחרות ביישומוני מעקב מגעים לחקירת פשעים.⁶¹ גם באוסטרליה ובסינגפור קיבלה המשטרה גישה לנתוני מיקום שמקורם ביישומונים אחרים.⁶² זחילת שימושים אינה רק משימושים אחרים לשימושים ביטחוניים, אלא היא יכולה להיות גם בווקטור שכיוונו הפוך – משימושים ביטחוניים לשימושים אחרים 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 שבהם מערכות מעקב, שהצבתן הוצדקה למניעת פשע או הגנה על רכוש, מוסבות לתכליות אחרות לחלוטין. כך למשל מצלמות במעגל סגור שהוצבו בבתי ספר כדי למנוע גנבות בשעות הערב, שאפשרו לסגל הפדגוגי לעקוב אחר התלמידים ולזהות תופעות של בריונות בקרבם.⁶⁴

היבט מסוים של זחילת שימושים מהספרה הביטחונית לספרה האזרחית בא לידי ביטוי בתופעה של זליגת מודיעין (intelligence creep), מצב שנעשה בו שימוש בנתונים שהושגו באמצעים הפוגעים בזכויות הפרט ומגבילים אותו לתכליות אחרות מאלו שהצדיקו את

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

60 David Morrison & 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 (2021); ראו גם Lavi, לעיל ה"ש 4, בעמ' 528–535.

61 Rachel Pannet, *German police used a tracing app to scout crime witnesses. Some fear that's fuel for covid conspiracists*, WASH. POST (Jan. 13, 2022) <https://tinyurl.com/washpost1432>.

62 Johanna Gunawan et al., *The COVID-19 Pandemic and the Technology Trust Gap*, 51 SETON HALL L. REV. 1505, 1505–1533 (2021); Andreas Illmer, *Singapore reveals Covid privacy data available to police*, BBC NEWS (Jan. 5, 2021) <https://www.bbc.com/news/world-asia-55541001>; Tama Leaver, *Police debacle with SafeWA COVID tracking app*, COSMOS (Jun. 17, 2021) <https://tinyurl.com/cosmos1243>.

63 Dorothy Nelkin & Lori Andrews, *Surveillance creep in the genetic age*, in SURVEILLANCE AS SOCIAL SORTING: PRIVACY, RISK AND DIGITAL DISCRIMINATIONS 94, 104 (David Lyon ed. 2003).

64 EMMELINE TAYLOR & TONYA ROONEY, SURVEILLANCE FUTURES: SOCIAL AND ETHICAL IMPLICATIONS OF NEW TECHNOLOGIES FOR CHILDREN AND YOUNG PEOPLE 1, 19–35 (Emmeline Taylor & Tonya Rooney eds., 2017).

הפגיעה המקורית.⁶⁵ לעיצוב מוסדי יש השפעה על הפוטנציאל לזחילת מודיעין. כך למשל ההיברידיות של הבולשת הפדרלית (FBI), האחראית הן לאכיפת החוק והן לסיכול טרור, שמעלה חששות מזליגת מודיעין שהופק לתכליות של ביטחון לאומי לחקירות של עבריינים אזרחיים.⁶⁶ חרף הפרדה מוסדית כזו בגרמניה בין המשטרה לשירותי המודיעין,⁶⁷ עם השנים היא נשחקה בשל הצורך בשיתוף פעולה בין סוכנויות במסגרת המאבק בטרור.⁶⁸ זחילת שימושים או תכליות מהספרה האזרחית לשימושים ביטחוניים מעלה חששות לא פחות מאלו הנוגעים לסיכונים שבזחילה בכיוון ההפוך. הפרולפריציה של חיישנים ומערכות מידע בתחום האזרחי מעלה 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 שנועדה להבטיח שהפגיעה בזכויות תהיה מידתית ולא תעלה על הנדרש.⁶⁹

יתר על כן, אם בעידן של מוניטיזציה של בסיסי נתונים בסקטור האזרחי יש תמריצים לאיסוף גורף ורחב היקף יותר מן הנדרש 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 החופף, מכל סנסור ובסיס נתונים שעליהם ניתן להניח את היד. ואולם אם ניתן להצדיק פרקטיקות של מעקב המונים לתכליות ביטחוניות, בחינת איסוף כל השחת כדי לאתר בתוכו מחט, לכשיעלה הצורך, הצדקות כאלו נעשות קלושות כשמעקב המונים משמש לתכליות אחרות, או כאשר ניתן למצוא לפרקטיקות אלו חלופות שפגיעתן בפרטיות ובזכויות האזרח היא פחותה.

65 עמיר כהנא ויובל שני רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה 20, 242–239 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 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, 123–221 (2004); Fred H. Cate, *Government Data Mining: The Need for a Legal Framework*, 43 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 435 (2006).

66 LAURA K. DONOHUE, *THE FUTURE OF FOREIGN INTELLIGENCE: PRIVACY AND SURVEILLANCE IN A DIGITAL AGE* 1 (2016).

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

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

69 *Big Brother Watch v. the United Kingdom*, App. Nos. 58170/13, 62322/14, & ראו לדוגמה 24960/15 (May 25, 2021) <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210077>.

ב. זחילת שימושים מהספרה האזרחית לספרה הביטחונית: ה"כלי"

הציבור הישראלי למד על קיומו של ה"כלי" לאחר שראש ממשלת ישראל הודיע במרץ 2020 על הכוונה להשתמש באמצעי מעקב, שנועדו להתמודדות עם איומי טרור, כדי להכיל את התפשטות מגפת הקורונה.⁷⁰ כתבת תחקיר של רונן ברגמן ועידו שברצטוך שפורסמה כמה 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

נתוני תקשורת, או מטאדאטה, הם כל הנתונים שאינם תוכן של תקשורת. אם התקשורת היא שיחת טלפון, למשל, אז תוכן התקשורת הוא הדברים הנאמרים בין הצדדים לשיחה, ואילו נתוני התקשורת הם פרטי המידע על אודות השיחה: היכן נתקיימה, זהות הצדדים ושעות תחילתה וסיומה. יש דברי חקיקה המגדירים בפרוטרוט נתוני תקשורת. כך למשל הכתוב בחוק סדר הדין הפלילי המגדיר נתוני תקשורת כנתוני מיקום, מנוי ותעבורה למעט תוכנו של מסר בזק.⁷² חוק שירות הביטחון הכללי נוקט בלשון מרחיבה ומגדיר מטאדאטה ("מידע") על דרך השלילה – "לרבות נתוני תקשורת ולמעט תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר".⁷³

בעבר, כאשר המידע על התקשורת היה הפרטים שעל גב המעטפה,⁷⁴ יוחסה לו חשיבות זניחה מצד גופי המודיעין לעומת הערכיות המודיעינית של תוכן התקשורת עצמה. ההגנות המשפטיות על מטאדאטה היו בהתאמה, שכן המטאדאטה היה גלוי לעין כל רואה, ולא היה אלא רשומת מידע אחת בלבד (מוען ונמען של דבר הדואר) ולכאורה חסרת משמעות. קפיצות דרך טכנולוגיות הכרוכות ביכולות מוגברות לעיבוד ולאחסון של מידע מחד, והתרחבות השימוש בטלפונים סלולריים מאידך, הביאו לשינוי במעמד המטאדאטה.⁷⁵ סוכנויות מודיעין ואכיפת חוק מייחסות ערכיות רבה יותר לנתוני תקשורת הנוחים לעיבוד ממוכן (בשונה מטקסט חופשי), המתויגים מראש, ושמהם ניתן באמצעות האלגוריתמיקה

70 **משרד ראש הממשלה**, לעיל ה"ש 41.

71 רונן ברגמן ועידו שברצטוך "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) <https://www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-5701611,00.html>; עמיר כהנא "הרגע הסנודני (המוחמץ) של ישראל? בעקבות הגילויים האחרונים על איסוף מטאדאטה על ידי השב"כ" **אתר משפט ועסקים** (13.4.2020) <https://bit.ly/3SOkgG8>.

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

73 ס' 11(א) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ).

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

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

המתאימה ללמוד על קשרי עבודה בין יעדים מודיעיניים או על הרגלים יום-יומיים.⁷⁶ בהקשר זה, ראוי להזכיר את הערתו של ראש הסוכנות האמריקאית לביטחון לאומי (NSA), גנרל מייקל היידן, שלפיו "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 "תוכנית 215".⁷⁹ הסערה שהתעוררה בעקבות חשיפות אלו הכתה גלים בארצות הברית ובעולם, אך החשיפה בדבר קיומו של הכלי לא עוררה תגובה זהה בדעת הקהל הישראלי,⁸⁰ וזאת חרף העובדה שה"כלי" הוא פולשני בהרבה ממקבילתו האמריקאית. רישומי שיחות הטלפון בתוכנית 215 הוגבלו לנתוני זיהוי ותעבורה – פרטים הנוגעים לזהות הצדדים לתקשורת ומועדי השיחה ביניהם.⁸¹ אולם, ה"מידע" שחוק השב"כ מתיר לכלי לאסוף מוגדר באופן רחב בהרבה.

אינדיקציה נוספת לאנומליה של אמצעי מעקב המונים, כגון ה"כלי", היא היעדר 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 כדי 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 לא מידתית.⁸²

- Intelligence and Security Committee of Parliament, Privacy And Security: A Modern And Transparent Legal Framework, 2015, HC 1075 (UK); European Commission for Democracy Through Law, *Report On The Democratic Oversight Of Signals Intelligence Agencies* (15.12.2015). <https://tinyurl.com/venie7263>. ראו גם את הערתו של היועץ המשפטי לשירות הביטחון הכללי אריה רוטר בפרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לחוק השב"כ, 59 (30.12.2001): "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".
- David Cole, *We kill people based on metadata*, N.Y. REV. OF BOOKS (May 10, 2014). <https://tinyurl.com/2s4aruj6>. 77
- 50 U.S.C. §1861(k)(3) (1978). 78
- Glenn Greenwald & Ewen MacAskill, *Boundless*; 94–85 בעמ' 65, לעיל ה"ש 65, בעמ' 94–85; *Informant: The NSA's Secret Tool to Track Global Surveillance Data*, THE GUARDIAN (Jun. 11, 2013). <https://tinyurl.com/7kjc36tu>. 79
- ראו כהנא "הרגע הסנודני", לעיל ה"ש 71. 80
- ייתכן שזו הסיבה שתוכנית 215 חדלה לעניין את הסוכנות לביטחון לאומי, והשימוש בה דעך. ראו כהנא ושני, לעיל ה"ש 45, בעמ' 15–16; לניתוח הכורך במגבלות האניהרנטיות של ה-CDR את המעבר של היעדים המודיעיניים מטלפוניה קווית או סלולארית לתקשורת מבוססת IP, ראו גם 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, 345–347 (2020).
- 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, ראו כהנא "רשתות דייג", לעיל ה"ש 46. 82

הכלי עוצב לכאורה כדי לאפשר לשירות הביטחון הכללי למלא את ייעודיו הסטטוטוריים: "לשמור על ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות ריגול וחשיפת סודות מדינה".⁸³ המידע שאצור בתוכני הכלי נשלף, מנותח ומעובד לצורך תכליות אלו – של סיכול איומים פנימיים וריגול נגדי – שאינן חופפות את המטרות המקוריות שלשמן נאסף המידע על ידי ספקיות התקשורת. יכולות האיון של הכלי מסתמכות על הצלבת עוצמות הסיגנל של מכשיר הטלפון הסלולרי הנקלטות בכמה אנטנות סלולרי נייחות.⁸⁴ ייתכן שמידע טכנולוגי נוסף משמש להיוריסטיקות המשפרות את הדיוק באיון או בשאר תוצרי הכלי, המכונים לעיתים "מחקר תקשורת". במובן זה, הכלי 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 כדי לעשות בהם שימוש חדש: לתכליות ביטחוניות.

ג. זחילת שימושים מהספרה הביטחונית לספרה האזרחית: מעקב מגעים

רב הנסתר על הידוע באשר לתולדותיו של הכלי. עם זאת, נראה כי הכלי היה בשימוש בטרם חקיקת חוק השב"כ, וכי הסעיף המסמיך את השירות להשתמש בו נועד לתת מסגרת משפטית המחייבת את שיתוף הפעולה של ספקי התקשורת המעבירים לשירות מידע.⁸⁶ טרם פרסום התחקיר של ברגמן ושברצטון על הכלי, נרמז על קיומו, או למצער על היכולות שלו, בדוח מבקר המדינה בפרשת הרפז. בדוח הלן מבקר המדינה על השב"כ שסירב להעביר לו נתוני תקשורת בטענה שלא ראוי שהשירות ישתמש ביכולותיו למען עניינים שלדעתו אינם נוגעים ישירות לתחומי האחריות והסמכות של השירות.⁸⁷ ברגמן ושברצטון מתארים כמה מקרים נוספים שבהם השירות סירב לאפשר שימוש חורג בכלי, ובתוכם בקשה של ראש הממשלה לנטר את שותפי הסוד בנושא התוכניות לתקוף באיראן, מחשש

83 ס' 7(א) לחוק השב"כ.

84 LANDAU, לעיל ה"ש 1, בעמ' 40–41.

85 ראו למשל את הגדרת "נתוני תעבורה" בדירקטיבת הפרטיות האלקטרונית האירופית (ePrivacy Directive) שאומר, "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" Directive 2002/58/EC, Directive on Privacy and Electronic Communications, art. 2(b), ראו 2002 O.J. (L 201) 37, 43.

86 ראו דבריו של מני מזוז, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז), בפרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לחוק השב"כ, 59 (30.12.2001): "הנושא הזה [נתוני תקשורת] מוסדר היום באופן עקיף בחקיקה הקיימת, כלומר זאת לא סמכות חדשה שאנחנו מעניקים לשירות אלא אלה 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". ראו גם פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לחוק השב"כ 28–29 (3.1.2002).

87 מבקר המדינה דו"ח ביקורת על פרשת "מסמך הרפז" 24–25 (2012).

להדלפות, וכן לאיתור מהגרי עבודה ופליטים שחצו את הגבול לישראל.⁸⁸ ואולם, לכל הפחות במקרה אחד קודם למגפת הקורונה סייע השירות למשטרה ואישר שימוש בכלי במסגרת המאבק בפשיעה המאורגנת.⁸⁹

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

ניתן לזהות שלוש תכליות ששירתו נתוני תקשורת, ובייחוד נתוני מיקום, בהקשר של מגפת הקורונה. שתי הראשונות נוגעות להתמודדות עם פערי כיסוי של החקירות האפידמיולוגיות. תכלית ראשונה היא השלמת פערים מהותיים. בחקירה אפידמיולוגית מסורתית, המסתמכת על ריאיון בעל פה של נשאים, ייתכנו מצבים שבהם הנחקרים לא יזכרו במדויק את המקומות שבהם שהו בחלון הזמנים הרלוונטי להדבקה, וגם אם כן, הם עשויים שלא לזהות או להכיר את כל אלו שהיו איתם במגע קרוב. נוסף על זה, נחקרים אנושיים עשויים להסתיר פרטים מהחוקרים, אם מתוך בושה ואם מחשש להשלכות המעשיות של החקירה על אחרים, שיושגו עליהם תנאים מגבילים.⁹⁰

תכלית שנייה היא השלמת פערי משאבים. בשלב שבו המערך האפידמיולוגי סבל מאיזון חסר, הכלי נועד לסייע להתמודדות עם עומסי הנדבקים. אינדיקציה לכך הוא התנאי שבחוק הסמכת השב"כ, ולפיו "...יהיה משרד הבריאות רשאי להעביר לשירות בקשה לקבלת סיוע, ובלבד שמספר החולים החדשים באותו יום או ביום שקדם לו עלה על 200".⁹¹

בנתוני תקשורת – ובייחוד נתוני מיקום – ניתן להשתמש לתכלית שלישית בהקשרים הנוגעים לקורונה, והיא אכיפה של הוראות בידוד או סגר. לאחרונה פורסם שמשרד הבריאות הקנדי השתמש בנתוני תקשורת מותממים לכאורה כדי להעריך את מידת הציות

88 ברגמן ושרצטוך, לעיל ה"ש 71.

89 שם.

90 על הצורך ברגישות במהלך החקירה האפידמיולוגית, ראו למשל LANDAU, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23–24.

91 ס' 3(ג) לחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אורחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכת השב"כ). העמדה שלפיה הכלי נועד להתמודד עם פערי כיסוי של מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושי באה לידי ביטוי גם בדבריו של ראש שירות הביטחון הכללי נדב ארגמן בשיבת קבינט הקורונה, ולפיהם "כשמדובר ב-200, 300, 400 חולים ניתן לעשות את זה [חקירות אפידמיולוגיות אנושיות], כשמדובר באלפים אי אפשר לעשות את זה כנראה בשיטה הזאת וצריך ללכת ל[פתרון] טכנולוגי... במצב שיש תחלואה רחבה מאוד ולא יהיה פתרון אחר יהיה נכון להעביר [את המשימה] אל השירות". ראו 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

האזרחית להנחיות הסגרים.⁹² השב"כ התנגד נחרצות לשימוש בכלי לאכיפת הנחיות בידוד, והדבר ניכר בסייגים המפורשים שלפיהם 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 הכלי, 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, וזאת כדי לוודא כי הם אכן שוהים בביתם.⁹⁴ בהחלטת הביניים בעניין **בן מאיר**, הורה בית המשפט העליון שלא להפעיל סמכויות אלו.⁹⁵ ניסיון לעגן סמכויות אלו בחקיקה⁹⁶ הוקפא חרף התקדמות הליכי הניסוח של הצעת החוק בוועדת החוץ והביטחון.⁹⁷

כדי להתמודד עם מגפת הקורונה בתחילת שנת 2020, נדרשו אמצעים לניטור היקף ההתפשטות של הנגיף ולעכב אותו. בשבועות הראשונים להתפרצות המחלה התבסס משרד הבריאות על טכניקות מסורתיות של חקירה אפידמיולוגית פרונטלית, שלעיתים לוותה בהשלמת פערי זיכרון באמצעות בחינת ראיות דיגיטליות: היסטוריית רכישות בכרטיס אשראי או נסיעות בתחבורה הציבורית.⁹⁸ במהלך תקופה זו הוזהר הציבור באמצעות פרסומים של רשימת המקומות שבהם שהו מאומתים לנגיף.⁹⁹ הצירוף של אי-הוודאות בנוגע לאיום הנשקף מהנגיף, החששות מהערכות חסר במערכת הבריאות והעלייה המעריכית במספר הנשאים המאומתים – כל אלה דחפו 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

92 Anja Karadeglija, *Privacy commissioner: Few realized the government was tracking their pandemic movements*, NAT. POST, (Feb. 7, 2022) <https://nationalpost.com/news/politics/privacy-commissioner-public-health-agency-of-canada-cellphone-location-data>

93 ס' 11 לחוק הסמכת השב"כ; תק' 8 (א) לתקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: תקש"ח קורונה שב"כ); ס' 12 להחלטה 4950 של הממשלה ה-34 "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וביטול החלטת ממשלה" (31.3.2020).

94 תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020 (להלן: תקש"ח קורונה משטרה).
95 עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 44.

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.

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

98 רוני לינדר "אדם חוטף שוק כשנודע לו שהוא חולה קורונה, יש מקרי הסתרה" **TheMarker** (8.3.2020) <https://tinyurl.com/5hfwx4y>

99 שם. להיכטי פרטיות ראו גם Jelena Gligorijevic, *Coronavirus, Media Reportage and Patient Privacy*, INFORRM'S BLOG (Aug. 7, 2020) <https://tinyurl.com/GligorijevicCOVID>

האפידמיולוגי, שבאותה העת סבל מאיוש חסר. על הדינמיקה של ההסמכה הזוחלת של שירות הביטחון להשתמש בכלי שנועד לסיכול טרור לתכליות שהן אזרחיות במהותן, נעמוד בפרק הבא.

ד. הסמכה זוחלת: מהיעדר סמכות לחקיקה ראשית

הרצוג, סלינגר וגונוואן הציעו לאחרונה את המושג "מדקרות פרטיות" (privacy nicks). המונח מתאר מקרים של זחילת שימושים כפריסה של טכנולוגיות שמרחיבות את מידת השימוש במידע אישי אך יש בצידן מידה פעוטה או זניחה של סיכון או נזק מידי.¹⁰⁰ לטענתם, המחוקק נוטה להתעלם מ"דקירות" קלות בפרטיות. אולם, דקירות פעוטות אלו מצטברות לכדי סחף איטי, שבמסגרתו ההבנה החברתית הקולקטיבית של מהי פרטיות סבירה משתנה, והקווים האדומים מסורטטים ללא הרף מחדש – באופן המאפשר אימוץ של טכנולוגיות פולשניות יותר ויותר. ממד הזמן מאפשר לחברה להתרגל בהדרגה לאותן דקירות פרטיות לא מזיקות לכאורה, עד ל"מוות באמצעות אלף חתכים". הדינמיקה ההדרגתית שבה הוסמך השירות להשתמש בכלי לתכליות אפידמיולוגיות אפשרה לציבור להתרגל לנוכחותו של הכלי בספרה הפרטית. ואלמלא השיעור הגבוה של איכוני שווא¹⁰¹ אפשר שמידת ההתנגדות הציבורית לו הייתה 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 להשתמש בכלי מצויה בסעיף 11 לחוק השב"כ. לימים העיר לשעבר ראש השב"כ אבי דיכטר כי סעיף זה הועבר בחוק "מתחת למכ"מ", מתוך הכרה של השב"כ בפוטנציאל הבעייתי שלו, ובהסתמך על הבורות ועל חוסר ההבנה של המחוקקים בעניין משמעותם של נתוני תקשורת.¹⁰³ לפי סעיף זה, ראשי 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

100 Hartzog, Selinger & Gunawan, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4.

101 בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות אזרח נ' הכנסת, פס' 10–13 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 1.3.2021) (להלן: עניין האגודה 6732/20).

102 אינדיקציה לכך יכולה להיות הנכונות לשוב ולהשתמש בכלי עם הופעת זון ה"אומיקרון", ראו בחלק 0 להלן.

103 המסלול האקדמי המכללה למינהל "לימודי משפטים – כנס בנושא: עשור לחוק השב"כ" יוטיוב <https://www.youtube.com/watch?v=BZ1sZqa0BR0> (18:45, 28.3.2012). בדיון בוועדה המשותפת לחוק השב"כ המליצו נציגי השירות י' 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..." ראו פרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לחוק השב"כ, 59 (30.12.2001). דברים דומים נאמרו גם בישיבה העוקבת. יו"ר הוועדה דוד מגן ציין כי כדי "לא לעורר דוברים מתרדמתם", הסעיף לא יישלח לגורמים מחוץ לוועדה. ראו פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לחוק השב"כ, 28 (3.1.2002).

104 ס' 11(ב) לחוק השב"כ.

את תפקידי השירות, והוא כולל הוראה שלפיה הממשלה רשאית להוסיף על תפקידו פעילות בתחום אחר שנועדה לשמור על אינטרסים ממלכתיים חיוניים בתחום הביטחון הלאומי ולקדם. זה נעשה באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שהיא ועדת המשנה למודיעין ושירותים חשאיים של ועדת חוץ וביטחון של הכנסת.¹⁰⁵

ההסמכה הזוחלת שתואר בחלק זה היא במידת-מה תופעה מיוחדת. בשונה מזחילת תכליות של אמצעי מעקב שאינם לפי חוק השב"כ, שמסלול ההסדרה המשפטי שלהם הוא בשגרה דרך חקיקה ראשית (ובחירות – 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 והרב-שלבי, שיתואר להלן, שבמהלכו הוארכה תקופת ההסמכה באמצעי המעקב של השירות באמצעות מתן ארכה של בית המשפט למחוקק להיערך לקראת שלב ההסמכה הבא. בדרך זו, הורגלו, הן מקבלי ההחלטות והן הציבור לפריסה, לשימוש ולהפעלה של אמצעי מעקב פולשני.

בשעה שראש ממשלת ישראל הודיע לציבור על הכוונה להשתמש ב"אמצעים 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 – שאולי ניתן לראות בהן נוכח הנסיבות מעין "מדקרות פרטיות" – נעשו בחוסר סמכות ושלא באמצעות מסלול ההסמכה שבסעיף 7(ב) לחוק השב"כ.

בחלוף כמה ימים, שבמהלכם התקיימו דיונים בין-משרדיים 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 בדרך של הוספת תפקיד לתפקידיו הסטטוטוריים, שבוצע באמצעות החלטת ממשלה, טעונה אישור של ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים, אלא שזו פוזרה 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

105 ראו גם עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 44, פס' 14–24 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

106 בג"ץ 8196/21 **האגודה לזכויות אזרח בישראל נ' הממשלה**, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל (נבו), 2.12.2021 (להלן: **האגודה 8196/21**). זאת כפוף להסתייגויות של המשנה לנשיאה מלצר בעניין **בן מאיר**. ראו עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 44, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. בנוסף, ראו ס' 7(ב) לחוק השב"כ.

107 מבקר המדינה דוח ביניים מיוחד בנושא התמודדות מדינת ישראל עם משבר הקורונה 123–83 (2021).
108 החלטה 4897 של הממשלה ה-34 "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש" (15.3.2020).

109 ראו את החלק השני של פרוטוקול הישיבה של ועדת המשנה הזמנית למודיעין, שירותים חשאיים וש"ן של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-22 (16.3.2020).

110 על השימוש רחב ההיקף בתקנות לשעת חירום במסגרת מגפת הקורונה, ראו 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" **אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה** (7.5.2020) <https://www.idi.org.il/articles/31524>.

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 שבענינם רשאי השב"כ להשתמש בכלי כדי לאתר את השוהים בקרבתם. נוסף על זה, התנה בית המשפט העליון את השימוש בסמכויות השב"כ לפי התקנות בהקמת הוועדות הרלוונטיות על ידי הכנסת כדי לאפשר פיקוח פרלמנטרי.¹¹³

בין לבין, השיק משרד הבריאות את יישומון "המגן" לאיתור מגעים, שפותח בקוד פתוח בליווי מומחי פרטיות. היישום פותח בארכיטקטורה ביזורית חלקית והתקנתו וולונטרית.¹¹⁴ הגרסה הראשונה של היישומון זכתה ל-1.6 מיליון התקנות, שמתוכן 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 בכמה גורמים, ובהם ההסתמכות על טכנולוגיית בלוטות' הצורכת אנרגייה רבה והיעדר מסעי פרסום אפקטיביים לעידוד ההתקנה. נוסף על זה, הפעלת אמצעי הניטור של שב"כ יצרה אפקט מצנן משלה, אם בדרך של הרתעת מתקינים פוטנציאליים בשל חששות מריגול ממשלתי ואם בהרפיית ידיהם של מתקינים פוטנציאליים נוכח מעקב המגעים של השב"כ.¹¹⁷

בעקבות החלטת הביניים בעניין **בן מאיר**, קיבלה הממשלה החלטת הסמכה מחודשת, שתוקנה לפי הערות ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאים,¹¹⁸ ותוקפה הוא חודש. ועדת המשנה דרשה שבמהלך תקופה זו תיעשה עבודת מטה בעניין אישור חלופות אזהרות לאיכוני השב"כ.¹¹⁹ כארבעה ימים לפני פקיעת תוקפה של 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 אי אפשר יהיה להמשיך ולהסתייע בסעיף 7(ב) לחוק השב"כ כדי להסמיך את השירות לסייע לחקירות אפידמיולוגיות. בנוסף, קבעו כי אם הממשלה חפצה להמשיך להשתמש בכלי לתכליות אלו, עליה לעגן הסמכה כזו בחקיקה ראשית. עם זאת, בית המשפט הוסיף כי יהיה אפשר להאריך את החלטת הממשלה המסמיכה בכמה שבועות נוספים אם אכן יותנעו הליכי חקיקה.

פסק הדין התמקד בעיקר בפרשנות של הצירוף "ביטחון לאומי" בסעיף 7(ב) לחוק השב"כ, המסמיך את הממשלה באישור ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאים להוסיף

111 ראו תקש"ח קורונה שב"כ, לעיל ה"ש 93.

112 ראו תקש"ח קורונה משטרה, לעיל ה"ש 94.

113 ראו את צו הביניים בעניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 95.

114 ראו שוורץ אלטשולר וארדור הרשקוביץ, לעיל ה"ש 59.

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; עניין **האגודה 6732/20**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 6.

117 עניין **האגודה 6732/20**, שם, בעמ' 44; Eran Toch & Oshrat Ayalon, *How mass surveillance can crowd out installations of COVID-19 contact tracing apps*, 7 PROC. ACM HUM.-COMPUT. INTERACT. 1 (2023).

118 החלטת ממשלה 4950, לעיל ה"ש 93.

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

120 עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 44.

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 כשנשקפת 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 במגפה, נדרש לכלול הסמכה מפורשת דייה להרחיב את סמכויות השירות. רמת המפורשות הנדרשת, המושפעת מדחיפות ההסדר, נבחנה בבית המשפט בנוגע לנסיבות בנקודות זמן שונות: במועד קבלת החלטת ההסמכה מבחן הסכנה במובן הצר התקיים, אך בחלוף כמה שבועות, שבהם היה אפשר 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 בהחלטת הביניים, ולאחר מכן בהחלטת הממשלה לפי סעיף 7(ב) לחוק השב"כ, שהייתה המוקד של פסק הדין. בהתאמה, הן בהחלטת הביניים והן בפסק הדין הדגיש בית המשפט את החשיבות של פיקוח פרלמנטרי: בפרט, הפיקוח הפרלמנטרי של ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים בסעיף 7(ב) לחוק השב"כ (העדיף על הפיקוח הפרלמנטרי המינימלי על תקנות לשעת חירום) והפיקוח של הכנסת כבית מחוקקים בהליך דליברטיבי מלא. בשני המקרים, הסמכות לא נשללה לחלוטין על אתר אלא הותנתה בפיקוח פרלמנטרי עתידי. חרף הערות האגב הארוכות בנוגע לזכות לפרטיות, נתן בית המשפט בשנית ארכה לממשלה "לשפר עמדות". ואכן, ועדת חוץ וביטחון מיהרה להכריז על התנעת הליכי חקיקה, ובד בבד הוארכה החלטת הממשלה המסמיכה.¹²⁴ נוכח ירידה ניכרת בהיקף התחלואה, החליטה הממשלה בתחילת יוני 2020 שלא לקדם את הצעת החוק, ותוקף החלטת ההסמכה פקע. ואולם לקראת סוף החודש, רמת התחלואה ועלתה, והוחלט על קידום הצעת חוק בנושא. בשלב ראשון, התקבלה הוראת שעה זמנית שהסמיכה את השב"כ לסייע באיתור מגעים לתקופה בת שלושה שבועות, שבמהלכה דנה ועדת החוץ והביטחון בנוסח הסופי של הצעת החוק. חוק הסמכת השב"כ אושר במליאת הכנסת ביום 20 ביולי 2020 כהוראת שעה בת שישה חודשים.¹²⁵

כברת הדרך הארוכה שעבר השימוש בכלי לתכליות אפידמיולוגיות ניכרת בפער שבין החלטת הממשלה המסמיכה הראשונה לחוק הסמכת השב"כ. בשלבים קודמים של תהליך

121 עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 44, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

122 שם, פס' 28–30.

123 ראו גם מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" **משפט וממשל** כד 149 (2022).

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

125 עניין האגודה 6732/20, לעיל ה"ש 101, בעמ' 3.

ההסמכה, למשל, חודרו הגדרות מושגים כגון "מידע טכנולוגי" ו"חולה". 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 כדי שתתבצע בחינה חוזרת של המגעים.¹²⁷ רבים השתמשו במנגנון ההשגה, ששחרר מחובת הבידוד כ-63% מהמשיגים – נתון שמאיר על האפקטיביות המוגבלת של הכלי לאיתור מגעים.¹²⁸ אל החוק נתווספה הוראה שלפיה על משרד הבריאות להעמיד לרשות האזרחים טכנולוגיה אזורית לאיתור מגעים, וכן יפיץ ויקדם את השימוש בה בקרב הציבור הרחב בישראל.¹²⁹

בנוסף, חוק הסמכת השב"כ כלל מנגנון שבמסגרתו הממשלה מכריזה על הסמכת השירות לסייע למשרד הבריאות בחקירות אפידמיולוגיות לתקופה שאינה עולה על שלושה שבועות. הכרזה כאמור מותנית בקיומו של צורך מיידי וממשי בהסתייעות בשירות בשל חשש להתפשטות רחבת היקף של המחלה ובהיעדר חלופות מתאימות. החוק הורה למנות צוות שרים מיוחד כדי 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 לכלי אגב התחשבות בפגיעה בזכות הפרטיות.¹³⁰ תוקף ההכרזה יובא לפני 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 מינימלי של חולים חדשים ביום להפעלת הכלי 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, הסמיכה הממשלה את השב"כ לפי החוק בסדרה של הכרזות גורפות שמרביתן נקבעו לתקופה המרבית של 21 יום. ועדת החוץ והביטחון כמעט שלא התערבה בתוכן ההכרזות. בין לבין התפזרה הכנסת ה-23, ותוקף הוראת השעה שבחוק הסמכת השב"כ הוארך אוטומטית עד לתחילת יולי 2021, מכוח הוראה בחוק-יסוד: הכנסת, המאריכה את תוקפם של דברי חקיקה שתוקפם היה פוקע בתוך שני החודשים לתקופת כהונתה של הכנסת היוצאת. בשלהי ינואר 2021 החליטה

126 ראו תק' 10 לתקש"ח קורונה שב"כ; השוו' לס' 19 לחוק הסמכת השב"כ ולס' 16 לתקש"ח קורונה אומיקרון.

127 ס' 8(ג)–(ו) לחוק הסמכת השב"כ.

128 "חוות דעת חמישית מאת הרשות להגנת הפרטיות בהתאם לחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התשפ"ה–2020 "חוות דעת של הרשות להגנת הפרטיות 2 (12.10.2020).

129 ס' 12א לחוק הסמכת השב"כ.

130 שם, ס' א.

131 שם, ס' א3.

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

הממשלה כי השירות יצמצם את איכוני הטלפונים שיופעלו רק למקרים של חוסר שיתוף פעולה בחקירה האפידמיולוגית או למקרים של עלייה ניכרת בתחלואה. במהלך אותה התקופה הוגשו כמה 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 בכלי לשם מעקב מגעים. בפסק הדין בעניין **חוק הסמכת השב"כ**, נמנע בית המשפט העליון מלהכריז על חוק הסמכת השב"כ כלא חוקתי, בפרט לאור 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 אותו לוקה בחסר. בליקויים בשיקול הדעת המנהלי שעליהם הצביע בית המשפט, היו היעדר קריטריונים מדידים ליישום השיקולים הכלליים שבחוק, חוסר התייחסות לשינויים נסיבתיים במהלך התקופה (דוגמת היקף התחסנות הציבור, התייעלות של חלופות וממצאים באשר ליעילות הכלי) והיעדר קידום חלופות לכלי. בית המשפט קבע כי יש להפסיק את השימוש הגורף בכלי למעקב מגעים ולהגבילו למי שאינו משתף פעולה בחקירות אפידמיולוגיות, וזאת לפי פרמטרים מדידים וקבועים.¹³⁵

גם לאחר מתן פסק הדין בעניין **חוק הסמכת השב"כ** המשיכה הממשלה להסמיך את משרד הבריאות להסתייע באיכוני השב"כ במתכונת המצומצמת. בישיבת ועדת חוק 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 קורנה 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 ולשירותים חשאיים, הומר מקור ההסמכה בהחלטת ממשלה לפי סעיף 7(ב) לחוק השב"כ, שאומנם כפוף לביקורת פרלמנטרית בדמות אישור של ועדת המשנה, אך אינו מהווה הסמכה סטטוטורית מלאה. רק בעקבות פסק הדין בעניין **בן מאיר** קיבלה הסמכת השב"כ עיגון סטטוטורי, שתוקפו כמעט הוכפל שלא כבדרך הטבע לפי הוראות סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת.

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

134 עניין **האגודה 6732/20**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 15. בית המשפט הבריטי נקט גישה דומה בקובעו כי חוק סמכויות חקירה 2016 (Investigatory Powers Act), המסמיך שרים ונציבים שיפוטיים לתת צווי מעקב מקוון מסוגים שונים (ראו כהנא ושני, לעיל ה"ש 65, בעמ' 138–186), מידתי ותואם את הדין האירופי מאחר שהוא מבנה את שיקול דעתם של הגורמים המאשרים את הצו. ראו R (National Council for Civil Liberties) v Secretary of State for the Home Department & Anr [2019] EWHC 2057 (Admin).

135 עניין **האגודה 6732/20**, לעיל ה"ש 101, פס' 48 ו-50 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

136 פרוטוקול ישיבה 81 של ועדת החוק וביטחון (29.3.2021).

בזהירות 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 סמוך למועד פקיעת החוק פסק דין תקיף רטורית אך חסר משמעות אפקטיבית. תחושת הדחיפות שהייתה בעניין **בן מאיר** נמוגה בשל קיומו של הסדר סטוטורי, שאותו נמנע בית המשפט מלפסול. ייתכן שפסק הדין בעניין **חוק הסמכת השב"כ**, שניתן כבר בשלב שבו השימוש בכלי צומצם על ידי הממשלה, היה בחזקת מעט מדי ומועד מאוחר מדי.

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

כפי שהזהיר השופט עמית בפסק דינו בעניין **חוק הסמכת השב"כ**, "פעם השתמשת – התמכרת".¹³⁷ במהלך התפרצות וריאנט ה"דלתא", הועלו בקבינט הממשלה הצעות לחזור ולהסתייע באיכוני השב"כ,¹³⁸ דבר שלא יצאו אל הפועל. במשחק המלחמה "אומגה" שניהלה הממשלה בחודש נובמבר 2021, שבו תרגלה הממשלה תרחיש של התפרצות וריאנט דמיני ואלים במיוחד של נגיף הקורונה,¹³⁹ עלה השימוש בכלי השב"כ במתווה הפעלה מצומצם. במתווה הפעלה זה, הכלי נועד לסייע לחקירות האפידמיולוגיות בשלבים הראשונים להתפרצות של וריאנט חדש כדי "להשתמש בכלי כפינצטה".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 הראשון בווריאנט החדש בישראל, התקינה הממשלה תקנות לשעת חירום המסמיכות את השירות לבצע מעקב מגעים.¹⁴¹ המסגרת הכללית של תקנות אלו הייתה זהה לזו שבחוק הסמכת השב"כ, אך בשינויים קלים: השירות הוסמך להעביר למשרד הבריאות נתונים היסטוריים בני שבוע (לעומת שבועיים בחוק הסמכת השב"כ) ורק בנוגע לנשאי הווריאנט החדש.¹⁴² נראה שהתקנות נוסחו כה בחופזה, עד כי איש לא הבחין בשגיאה בשם הווריאנט שהתפרסמה ברשומות ("אומיקרון" במקום "אומיקרון"). תוקפן הוגבל לחמישה ימים. ועדת חוץ וביטחון דנה בתקנות בלי לקבל החלטה בנושא.¹⁴³

מתווה ההפעלה המצומצם של הכלי מכוח התקנות, שהוגבל רק לאיתור מגעים של נשאי הווריאנט החדש, הקטין דרסטית את מספר המאוכזבים ביחס לאופן הפעלתו לפי חוק

137 עניין **האגודה 6732/20**, לעיל ה"ש 101, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

138 דני קושמרו "פספסתם? אולפן שישי" N12 (סיכום החשדות 6.8.2021, 37:30). https://www.mako.co.il/news-politics/2021_q3/Article-aa67f7020bc1b71026.htm

139 משרד ראש הממשלה "מדינת ישראל תקיים תרגיל לאומי שיבחן היערכות ארצית לקראת התפרצות אפשרית של זן קטלני חדש של נגיף הקורונה" (הודעות דוברות 10.11.2021).

140 פרוטוקול ישיבה 51 של ועדת החוץ והביטחון 23 (30.11.2021).

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

142 שם, ס' 1.

143 פרוטוקול ישיבה 51 של ועדת החוץ והביטחון (30.11.2021).

הסמכת השב"כ. ואולם, הפעלת הכלי לא תרמה לאיתור נשאים של הווריאנט יותר מאלו 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 בשל ההישענות על "מצב החירום" התמידי שבו שרויה המדינה מאז היווסדה,¹⁴⁶ ובשל הבקרה הפרלמנטרית המזערית עליה.¹⁴⁷ הבחירה במסלול הסמכה נטול פיקוח פרלמנטרי, לעומת הסמכה 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 שאי אפשר יהיה להחזיר אותה. כלומר, החשש הוא שהסמכה באמצעים הטעונים אישור פרלמנטרי חלקי או מלא לא תצליח.

עתירה נגד התקנות הוגשה למחרת פרסומן, ובית המשפט העליון נתן את פסק דינו שדחה את העתירה ערב פקיעתן.¹⁴⁸ טיוטת הצעת חוק המסמיך את השב"כ לסייע בצמצום התפשטות וריאנט האומיקרון אושרה על ידי הממשלה טרם פרסום פסק הדין.¹⁴⁹ חרף תוצאתו, לא מצאה הממשלה לנכון להאריך את תוקף האיכונים,¹⁵⁰ ככל הנראה בשל ביקורת פוליטית בקרב חלק מחברי הקואליציה.

בפסק דינו בעניין תקנות האומיקרון, שלל בית המשפט את הטענה שפסק הדין בעניין בן מאיר אוסר על הממשלה להשתמש בתקנות לשעת חירום לצורך הסמכת השב"כ. פסק הדין הצביע על שינוי הנסיבות האופף את הפצעתו של וריאנט האומיקרון – חוסר הוודאות באשר לקטלניותו ולאופן ההדבקה שלו, דעיכת יעילות החיסונים בקרב האוכלוסייה וההפעלה במתווה המצומצם.¹⁵¹ בית המשפט המשיך וקבע כי על אף שיש חלופות

144 משרד הבריאות "דיווח מסכם: הסתייעות באיכונים 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).

145 פרוטוקול ישיבה 51 של ועדת החוץ והביטחון, 12 (30.11.2021). השו"ג גם להערתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז מזוז בישיבת הוועדה המשותפת, שלפיה "זה [השגת נתוני תקשורת על ידי השב"כ] בנוי על כל מיני פרשנויות שהיועץ המשפטי נותן להן גיבוי זמני, מתוך הנחה שזה יוסדר בחוק..." ראו פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לחוק השב"כ, 29 (3.1.2002).

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

147 מיכאל בירנהק "זמן הנגיף וזמן המשפט: על פרטיות ואיכונים שב"כ, סבב האומיקרון" תגובות משפט <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/birnhack> (12.12.2021).

148 ראו עניין האגודה 6732/20, לעיל ה"ש 101.

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

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

151 עניין האגודה 8196/21, לעיל ה"ש 106, פס' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל.

פרלמנטריות זמינות לתקנות לשעת חירום (חקיקה ראשית או למצער הסמכה באמצעות סעיף 7(ב) לחוק השב"כ), אין הדבר מונע מהממשלה להתקין בד בבד עם קידום חקיקה ראשית.¹⁵² באשר לטענות העותרים הנוגעות לגופן של התקנות, שב פסק הדין והדגיש את השינוי בנסיבות, את סביבת חוסר הוודאות, את ההיקף המצומצם של תחולתן ואת תקופת פעולתן הקצרה של התקנות.¹⁵³

ניתן לזהות מגמה של הצרת מרחב הלגיטימציה להסמכת השירות להשתמש בכלי במסגרת המאבק בפנדמיה. מאחר שהשב"כ התנגד לשימוש בכלי לתכליות אכיפה של צווי בידוד, תקש"ח קורונה משטרה הניחו תשתית להסמכת המשטרה להשתמש בנתוני תקשורת (שלא דרך "הכלי") לתכליות אלו, אך בית המשפט אותה שדעתו לא נחה מכך.¹⁵⁴ בית המשפט לא חש בנוח גם עם תכלית ההפעלה של הכלי 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 הכלי לזיהוי נשאי אומיקרון בראשית ההתפרצות בשל 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, שבנוגע אליו אבחן בית המשפט שינוי נסיבות המצדיקות את הסמכת השירות. מסגור זה, הקוטע את ההקשר הרחב של זחילת שימושים בכלי, מקבל כמובן מאליו את הכלי, טכנולוגיית מעקב המונים שנועדה לסיכול טרור, כאמצעי שניתן להשתמש בו – שימוש מידתי ומבוקר לכאורה – לתכליות אחרות. בדומה לזה, הנחה מובלעת ברקע הדיונים בפסקי הדין האחרים, שדנו בהסמכת השירות לסייע במאבק בקורונה, הייתה שאיסוף גורף של נתוני תקשורת ישראלים לתכליות ביטחוניות הוא לכל הפחות סביר ולגיטימי.¹⁵⁶ קווי הגבול שהתווה בית המשפט העליון בהתייחסותו לאיכוני השב"כ מאפשרים נרמול של השימוש בכלי 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**, ולפיו "הכנסתם של אמצעים חריגים לשימוש מתאפיינת במידה רב בתכונה של 'הישארות' (stickiness)."¹⁵⁷ חרף הביקורת על חוסר

152 שם, פס' 6.

153 שם, פס' 8.

154 ראו את צו הביניים בעניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 44, פס' 4(ד).155 עניין **האגודה 6732/20**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 41.156 הנחה זו עשויה להשתלב עם נכונותו של של הדין האירופי, למשל, לקבל משטרי איסוף גורפים כפוף להסדרתם כראוי. ראו, למשל, כהנא "האח הגדול", לעיל ה"ש 46. עם זאת, עמידתו של הכלי בסטנדרטים בין-לאומיים של אסדרת אמצעי איסוף אלו מוטלת בספק. ראו שם; "פגמים רבים במאגר השב"כ – נדרשים הגבלה ופיקוח" **האגודה לזכויות האזרח בישראל** (31.1.2022) https://www.acri.org.il/post/_632.157 עניין **האגודה 6732/20**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 47.

האפקטיביות שלו, נותר הכלי בארסנל של מקבלי ההחלטות, והפעלתו תורגלה במשחק המלחמה "אומגה" במתווה הפעלה חלופי.

הסמכת השירות בסבב האומיקרון לא שינתה פניה לאורך הזמן, בשונה מהדינמיקה שתוארה בחלק 0 לעיל, אך פניה היו מועדות להסמכה זוחלת 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, שאלה התייחס יועץ ראש הממשלה אחיטוב בדיון בוועדת חוץ וביטחון,¹⁵⁸ הייתה יוצאת אל הפועל אלמלא התפרצות וריאנט האומיקרון. אם חקיקה כזו הייתה יוצאת אל הפועל, ההסמכה הזוחלת 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. ייתכן שמסגרת סטטוטורית כזו לא קודמה על רקע חששות מהתנגדות פנים-קואליציונית למהלך. תחת זאת, הסמכת השירות לאכן נשאי אומיקרון באמצעות תקנות לשעת חירום הייתה מהלך חד-צדדי, ללא הליך דליברטיבי ציבורי מקדים שנועד לקבוע "עובדות בשטח" – בדומה לנטייה מסתמנת של הרשויות בדבר טכנולוגיות מעקב, שעליה יורחב בחלק הבא.

ו. פוסט-קורונה: עידן הזוחלים?

מגפת הקורונה לא הביאה עימה את זחילת השימושים. באשר 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 שנועדו להגשים אינטרסים ציבוריים: חיזוי (וסיכול) פעולות טרור,¹⁵⁹ צנזורה ביטחונית,¹⁶⁰ זיהוי מגמות מקרו גאופוליטיות,¹⁶¹ זיהוי התארגנויות להפרות סדר, איתור פשיעה מקוונת וטיפול בה,¹⁶² הגנת סייבר,¹⁶³ זיהוי עברייני מס ומקבלי הטבות במרמה,¹⁶⁴ ואיתור מוקדי

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

¹⁵⁹ אור הירשאווגה והגר שיוף "סיכול ממוקד: השיטה החדשה להתמודדות עם הטרור נחשפת" **הארץ** Badi Hasasi, Simon Perry & Michael ; <https://tinyurl.com/HaaretzSiculMemukad> (26.5.2017)
Wolfowicz, *Counter-Terrorism 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** <https://tinyurl.com/4vcwn932> (4.10.2018).

¹⁶¹ מיה אפשטיין "כך אוסף צה"ל מידע מודיעיני על האיום הבא ברשתות החברתיות" **TheMarker** <https://tinyurl.com/MarkerEpstein> (4.4.2013).

¹⁶² יהושוע (ג'וש) בריינר "המשטרה רוצה לרכוש מערכת לאיסוף מודיעין על גולשים ב-40 מיליון שקל – ללא מכרז" **הארץ** <https://tinyurl.com/2z7nd8yk> (16.7.2019).

אנטישמיות גלובלית.¹⁶⁵ בנוסף להפרתם 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 בהסדרת פרקטיקות אוסינטיות.¹⁶⁸

ניתן למצוא גם אינדיקציות לזחילת שימושים של טכנולוגיות שעוצבו לתכליות ביטחוניות לשימושים שנועדו לאכיפת חוק. בעקבות הניסיון 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 ביקשו לקדם הסמכה להשתמש בטכנולוגיות אלו בהקשר של זיהוי אוהדי כדורגל אלימים כדי לשמור על הסדר הציבורי.¹⁷⁰ בתזכיר חוק להסדרת מערכת זיהוי לוחיות הרישוי "עין הנץ"¹⁷¹ הוכנה גם תשתית להסמך את המשטרה להשתמש 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 השתמש ברוגלות של חברת

163 רן בר זיק "המוסד לביטוח לאומי החליט שהוא חייב מערכת מודיעין סייבר מתוחכמת, יקרה ומיותרת" **הארץ** (8.7.2019) <https://tinyurl.com/vprjnx4r>.

164 עודד ירון "ביטוח לאומי פרסם מכרז לאיסוף מידע ברשת על מקבלי קצבאות" **הארץ** (5.9.2018) <https://tinyurl.com/2pamcfj6>; עודד ירון "הביטוח הלאומי עצר מכרז לאיסוף מידע ברשת על מבקשי קצבאות" **הארץ** (5.9.2018) <https://tinyurl.com/5n8w857t>.

165 דנה ירקצי "10,000 פוסטים מדי יום: המערכת החדשה שתזהה אנטישמיות ברשת" **וואלה!** (25.1.2018) <https://news.walla.co.il/item/3130220>; משרד התפוצות **האנטישמיות בשנת 2018: תמונת מצב, מגמות ואירועים**, 1, 96–111 (2018).

166 ובכלל זה הצורך בהסמכה של מושא המידע לעיבוד המידע ועקרון צמידות המטרה.

167 Robert David Steele, *Open Source Intelligence*, in HANDBOOK OF INTELLIGENCE STUDIES 129 (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 INTEL. & NAT'L SEC. 801, (2012); David Omand, Jamie Bartlett & Carl Miller, *#Intelligence* (2012).

169 Elizabeth Dwoskin, Israel escalates surveillance of Palestinians with facial recognition program in West Bank, WASH. POST (8.11.2021) <https://tinyurl.com/washpost5432>.

170 "מערך מצלמות זיהוי פנים יקר אינו מונע כינסת אוהדים אלימים לאצדטיוני הכדורגל בגלל זכות האנונימיות" **חדשות הועדה לביטחון הפנים** (27.10.2021) <https://tinyurl.com/pnim271021>.

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

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

NSO¹⁷³ ששמה נקשר ברדיפת פעילי זכויות אדם ומתנגדי משטר ברחבי העולם. אף שגופי אכיפת החוק ברחבי העולם משתמשים ב"התערבות בצידוד" כדי לפרוץ למכשירי טלפון,¹⁷⁴ ואף שחברת NSO עצמה מספקת את שירותיה לגופי אכיפת חוק בעולם,¹⁷⁵ הפעלת סייבר התקפי על ידי משטרת ישראל נתפסה כחציית קו אדום הטעונה בירור וחקירה יסודיים. לפי האמור בדוח הצוות לבדיקת האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים (דוח מררי), השתמשה המשטרה ב"סייפן", גרסה מנוונת לכאורה של רוגלת ה"פגסוס", שבדיעבד נתגלה שלא נוונה כנדרש. ואולם, גם חוקיות השימוש בגרסה מנוונת של הרוגלה מצויה במחלוקת משפטית,¹⁷⁶ וחוות הדעת המשפטית של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה בעניין ניתנה רק כעבור כמה שנים מתחילת השימוש בו.¹⁷⁷

גישה זו של הצבת עובדות בשטח, שבמסגרתה משתמשת המשטרה בטכנולוגיות מעקב חדשות בחשאי ובחוסר סמכות (או לפי 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 שבהן הייתה פעילה.¹⁷⁸ בעתירה שהוגשה נגד הפעלת 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 הזוחלת של השב"כ למעקב מגעים אחר נשאי קורונה הוא דוגמה מפורטת של דפוס ההסמכה של שימוש בטכנולוגיות מעקב לתכליות אזרחיות בישראל: 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 מופעלת בסמוך להסמכה סטטוטורית מלאה.

בדנמיקה זו, נראה שבית המשפט אינו ממחר לאסור על שימוש בטכנולוגיות מעקב בחוסר סמכות. למעט צו הביניים בעניין **בן מאיר**,¹⁸⁰ שהקפיא למשך כמה ימים את סמכות

173 תומר גנון "חברת NSO בשירות משטרת ישראל: פריצות לטלפון של אזרחים ללא פיקוח או בקרה" **כלכליסט** (18.1.2022) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/s1b1xwx6y; משרד המשפטים **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** (27.1.2022) <https://www.idi.org.il/articles/38184>.

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

176 מיכאל בירנהק "מאוריק לפגסוס: על פרטיות חוקתית בחקירות משטרה" **ICON-S-IL BLOG** (23.1.2022) <https://bit.ly/3v706fr>; עמרי רחום טוויג "חיפוש ממוחשבים – על סמכויות חקירה בגישה מרחוק למחשבים ומידע דיגיטלי" **תגובות משפט** (31.1.2022) <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) <https://tinyurl.com/PeledMarariReport>.

177 דוח מררי, לעיל ה"ש 173, 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>.

179 בג"ץ 641/21 **האגודה לזכויות אזרח נ' משטרת ישראל** (טרם פורסם 11.1.2022) (להלן: עניין עין הנץ).

180 ראו את צו הביניים בעניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 44, פס' 4.

המשטרה לקבל נתוני מיקום מבעלי רישיון בזק כדי לנטר את מידת הציות לצווי בידוד, בית המשפט אפשר 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 בכלי, כפוף להתנעת הליכי חקיקה; פסק הדין בעניין האגודה 6732/20 לא קבע כי חוק הסמכת השב"כ אינו חוקתי, אלא התיר לממשלה להמשיך ולהסתייע בשב"כ, כפוף לקביעת קריטריונים להפעלת שיקול דעתה.¹⁸¹ הגם שבית המשפט צמצם באותה ההזדמנות את אפשרותה של הממשלה להסתייע בשב"כ למטרות של השלמת פערים מהותיים בחקירות האפידמיולוגיות בלבד – אותם 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 6732/20 פעל בית המשפט כמאפשר (enabler) של שימוש בטכנולוגיות אלו. גם בפרשת ההסתייעות בשירות במסגרת השבועות הראשונים להופעת זון האומיקרון, אישר בית המשפט את המשך השימוש בכלי, על בסיס ההנחה שתקודם חקיקה ראשית.

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

כדי להבטיח שימוש בטכנולוגיות ובמידע פרטי לא יחרוג מהתכליות שיועדו להם, יש צורך בבקורות ובפיקוח. אין די בפיקוח פנים-ארגוני, כגון הייעוץ המשפטי של השב"כ, שהכשיר את המופעים הראשונים של השימוש בכלי לשם מעקב מגעים. בכך, למשל, מזהיר מהתפתחות של "תרבות של קריצה" המצדיקה חריגה מסמכות למען האתוס הארגוני.¹⁸³ לעיתים יכולה להתפתח ציפייה מהיועץ המשפטי הפנימי למצוא דרכים משפטיות להכשרת פרקטיקות לא ראויות. יתר על כן, פיקוח פנימי נגוע מטבעו בחוסר עצמאות.¹⁸⁴

181 עניין האגודה 6732/20, לעיל ה"ש 101, פס' 50 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

182 על טיבם החשאי של ארגוני מודיעין, ראו כהנא ושני, לעיל ה"ש 45, בעמ' 24–26.

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 האקזוקטיביים שמעליהם, להפנות את מבטם הצידה כדי לאפשר זאת. ראו Peter Gill, *Democratic and Parliamentary Accountability of Intelligence Services After 9/11*, in *DEMOCRATIC CONTROL OF INTELLIGENCE SERVICES – CONTAINING ROGUE ELEMENTS* 195 (Hans Born & 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. עם מסך החשאיות המונע מהציבור גישה לעובדות שעליהן התבססו החלטות הגורמים המפקחים, קשה לשמר את אמון הציבור באפקטיביות ובישורה של מנגנוני הפיקוח הפנימיים, כמו גם באלו של הארגונים המפוקחים באמצעותם.

ואולם, גם מערך הפיקוח הישראלי החיצוני הוכיח את עצמו כבעייתי. הן ועדת החוץ והביטחון והן בית המשפט פעלו כגופים ריאקטיביים, וניכר שבשלבים 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 אחרת לכלי.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) שעליה הצביעה השופטת ברק-ארז),¹⁸⁸ מגדיל את התלות המוסדית בטכנולוגיה ומנוון פיתוח אמצעים חלופיים. אמצעי שעשוי למתן זאת הוא מנגנון אקס אנטה, המסדיר את קליטתן של טכנולוגיות מעקב לפני תחילת השימוש בהן. בהקשר זה, מגמה מעניינת בארצות הברית היא הגברת הפיקוח הקהילתי על רכישת טכנולוגיות מעקב חדשות ועל שימוש בהן על ידי המשטרה המקומית.¹⁸⁹ ב-15 גופי ממשל מקומיים בארצות הברית, לרבות בערים כגון סן פרנסיסקו וניו יורק, יש 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 שבהם היא מבקשת להשתמש, על אופן השימוש בהם ועל ההשפעה הפוטנציאלית שלהם על אזרחים. על פי רוב, קיימות הוראות של דיווח שנתי ופומבי על השימוש באמצעים אלו.

מנגנונים דומים ניתן להחיל גם כשמדובר באימוץ טכנולוגיות חדשות על ידי רשויות אכיפת החוק הלאומיות, באישור המחוקק – ואף כשמדובר באימוץ טכנולוגיות חדשות בארגונים ביטחוניים, בשינויים המתחייבים משיקולי חשאי. מסגרת סטטוטורית המחייבת אישור מראש של המחוקק להטמעת טכנולוגיות חדשות, בשקיפות ובשיח עם הציבור, יכולה לאפשר שיח ענייני יותר מקביעת עובדות בשטח ופנייה להסמכה וזחלת. שיח כאמור מאפשר לבחון את הטכנולוגיה, את יתרונותיה ואת סיכונותיה ולתהות על 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 נוהלי ההפעלה שלה כמצע לדיון הפרלמנטרי, ואלו יושלמו בעמדות החברה האזרחית והאקדמיה.

185 Cahane, לעיל ה"ש 97.

186 שם, בעמ' 481.

187 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 147.

188 עניין האגודה 6732/20, לעיל ה"ש 101, בעמ' 47.

189 Stevie Degroff & Albert Fox Cahn, *New CCOPS On the Beat: an Early Assessment of Community Control of Police Surveillance Laws*, SURVEILLANCE TECHNOLOGY OVERSIGHT PROJECT (Feb. 10, 2021) <https://www.stopspying.org/ccops>

דוח מררי הצביע על העובדה שרוגלת הסייפן בשירות משטרת ישראל לא נוונה טכנולוגית באופן שיגביל את הפעלתה למסגרת המותרת לפי הוראות חוק האזנת סתר,¹⁹⁰ וכי היועץ המשפטי לממשלה לא היה מודע לכך.¹⁹¹ זוהי דוגמה 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 המבטיחים 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 דין¹⁹² – כפתרון מוסדי אפקטיבי לאתגר ההסמכה הזוחלת. הנציבות הסיגינטית המוצעת תשמש גורם בקרה אקס אנטה בדרך של אישור מראש של צווי מעקב מקוון (בדומה למנגנון ה־double lock שבדין הבריטי).¹⁹³ בנוסף, 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 יינתן צו מעקב מקוון מיניסטריאלי או שיפוטי. לצד הנציבים השיפוטניים יכהנו בנציבות מפקחים, שאינם בהכרח משפטנים בהכשרתם, שתפקידם יהיה לפקח אקס פוסט 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 הטמעתן של טכנולוגיות מעקב חדשות לפי המנגנון שהוצע לעיל. מעבר לכך, בזכות מומחיותה והפיקוח השוטף על פעילות סיגינטית, נציבות כאמור נמצאת בפרזיזיה 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.

חלופה נוספת, שהשפעתה מוגבלת, היא אימוץ הסדר ידיד בית המשפט (amicus curiae) מיוחד, בדומה לזה הקיים עבור בית המשפט למודיעין זר (FISC) בארצות הברית.¹⁹⁴ לפי 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 לפני בית המשפט טיעונים משפטיים לקידום הגנת הפרטיות וזכויות אזרח, מידע הנוגע לאיסוף מודיעין או

190 דוח מררי, לעיל ה"ש 173, בעמ' 58.

191 שם, בעמ' 59.

192 כהנא ושני, לעיל ה"ש 45.

193 שם, בעמ' 126–128.

194 שם, בעמ' 149–155.

לטכנולוגיות מידע או כל טיעון משפטי אחר הנוגע לעניינים רלוונטיים למקרה הנידון.¹⁹⁵ ידיד בית משפט אפקטיבי, שאליו בית המשפט יהיה מחויב לפנות בנסיבות של בקשה לצווים לשימוש בטכנולוגיות חדשות, עשוי למתן את אימוצן או לבולמו.¹⁹⁶ ידיד בית משפט עשוי להיות רלוונטי להליכים כגון בקשה לצו האזנת סתר, לצו לקבלת נתוני תקשורת¹⁹⁷ או לצווים סיגינטיים אחרים שמתעורר בהם חידוש מיוחד. בשונה מהיועץ המשפטי לממשלה, ידיד בית המשפט המוצע לא היה מעורב בפיתוח ההסדר, ועצמאותו מאפשרת בחינה של הטכנולוגיה החדשה באופן ניטרלי. עם זאת, הליכים אלו נוגעים לטכנולוגיות מעקב שמופעלות לתכליות של אכיפת חוק בלבד, מאחר שבדין הישראלי אין פיקוח שיפוטי על פעילות סיגינטית לתכליות ביטחוניות.¹⁹⁸ יתרונו הגדול של מוסד ידיד בית המשפט המוצע הוא יכולתו להתמודד עם הגרעון האדוורסרי שבהליכים במעמד צד אחד, המאפיינים את הפעילות הסיגינטית לתכליות אכיפת חוק. זחילת שימושים היא תופעה רבת פנים. במהלך התפרצות הקורונה, היה אפשר לזהות תהליך של הסמכה וזחלת של זחילת שימושים, שבסבב האומיקרון הואץ והדהד דינמיקה של שימוש בטכנולוגיות מעקב חדשות בחוסר סמכות, וזאת 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 בקורות פרלמנטריות – עידן הזוחלים יישאר עימנו.

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 ראוי להתייחס להצעת נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים בדימוס, דוד חשין, להקים נציבות האזנות סתר. המודל שמציע חשין הוא של "מעין סנגור ציבורי... [ש] יופיע בפני נשיא בית המשפט או סגנו, ייצג את עניינם וזכויותיהם של המיועדים להזנה, ויטען טיעונים נגדיים שיאתגרו את המשטרה". ראו דוד חשין "13 שנים חתמתי על צווי האזנה. אלו מסקנותיי מדו"ח מררי" **הארץ** המשטרה. <https://tinyurl.com/heshin13years> (3.8.2022). זהו מודל של ידיד בית משפט ולא של נציבות פיקוח סיגינטית, בדומה למוצע אצל כהנא ושני. ראו כהנא ושני, לעיל ה"ש 45.

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

198 ראו ס' 11 לחוק השב"כ; ס' 3 לחוק נתוני תקשורת; ס' 4, 6 לחוק האזנת סתר, התשל"ט–1979.