

הזכות לפרטיות בפרדיגמה של ערך החירות: מבט ביקורתי על פרשת איכוני השב"כ מהזווית האמריקנית

שירה שמר בלומנפלד*

"אני, האח הגדול, יודע מה עשית בקיץ האחרון. אני יכול להזכיר לך היכן היית ביום מסוים ובשעה מסוימת, מה היה מסלול התנועה שלך, מי היו האנשים בקרבתך בתאריך, בשעה ובמקום מסוים בצירוף הפרטים על אודות אנשים אלה. לא, אין מדובר בסרט אימה אלא במציאות חיינו בשנה האחרונה".¹

מבוא

משבר הקורונה העסיק בשנתיים האחרונות את מדינת ישראל והעולם כולו. אחת הפעולות השנויות במחלוקת שהתבצעו בתקופה זו ע"י הממשלה, הייתה הסמכת השב"כ למעקב אחר אזרחים. במאמר זה אטען שפגיעת ההסדר בזכויות אדם היא חמורה. לצורך הניתוח החוקתי אשתמש בפרדיגמה האמריקנית, שערך החירות הוא העומד במרכזה, ואראה כיצד היא רלוונטית במיוחד בסוגייה זו.

סדר הדברים יהיה כדלהלן: **בפרק הראשון**, אפרוס את הרקע למהלך, אתאר את עיקרי חוק הסמכת השב"כ, ואת פסק הדין שדן בחוקתיותו. **בפרק השני**, אציג את ההבדלים המרכזיים בהשוואה בין הסמכת השב"כ להסדרים אחרים שהתקיימו בעולם. **בפרק השלישי**, אבחן את הפגיעה של ההסדר בזכות לפרטיות, ואטען שיש לבחון אותה בפרדיגמה האמריקנית של ערך החירות, הן בשל אופייה של הפגיעה, והן בשל הפגיעה הנלווית בזכות לחירות. **בפרק הרביעי**, אטען שבחינה זו מציבה את ההסדר כפוגע פגיעה חמורה ביותר בזכויות אדם, בשל היותו מבוצע ע"י גוף ממשלתי, ובשל מטרתו להשית צעדים מגבילי זכויות, כמו הוראת הבידוד.

1. הסמכת השב"כ

1.1.1 רקע

עם התפשטות מגפת הקורונה בישראל בתחילת שנת 2020, החלה הממשלה לבצע צעדים במישור הריחוק החברתי למניעת התפשטות הנגיף, כמו מגבלות התקהלות, חובת עטיית מסכות, וסגרים ארציים.² בנוסף, הוחלט להסתייע גם ביכולת טכנולוגית של השב"כ לאיתור אלו שנחשפו לחולים, לצורך "קטיעת שרשרת ההדבקה", בשל העומס על מערך החקירות האפידמיולוגיות,³ ולאור מגבלותיהן.⁴

* תלמידה שנה א בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.
¹ בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת**, פס' 1 לפסק-דין של השופט עמית (נבו 1.3.2021).
² פס' 5 לעתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון דחוף בבג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח** (24.9.2020). העתירה נמצאת באתר האגודה לזכויות האזרח <https://www.acri.org.il/post/480>.
³ לפי משרד הבריאות, רק 68% מהחקירות האפידמיולוגיות הסתיימו תוך פחות מ-24 שעות, ר' פס' 24 לעתירה בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 2.
⁴ ראו חוות הדעת מטעם משרד הבריאות בנושא "הצורך בהמשך סיוע של שירות הביטחון הכללי במאבק בקורונה" (28.08.2020) - https://www.knesset.gov.il/scl_bg_581797.pdf.

בבג"ץ **בן מאיר** שעסק בעניין זה, התמקדו השופטים בשאלת סמכות הממשלה להסמכת השב"כ, ונקבע שההסדר המעוגן בתקנות לשעת חירום הוא הסדר ראשוני ויש להסדירו בחקיקה ראשית.⁵ השופטים דנו בפגיעה בזכות לפרטיות "לפני סיום" פסק הדין בלבד,⁶ והניחו שמתקיימת פגיעה.⁷

1.2. חוק הסמכת השב"כ

בחודש יולי 2020 אושר חוק הסמכת השב"כ, במתכונת של הוראת שעה.⁸ החוק מאפשר לממשלה להסמיך את השב"כ לבצע עיבוד מידע טכנולוגי של חולי קורונה, ולהעביר למשרד הבריאות נתוני מיקום וזיהוי, לצורך איתור אנשים שבאו עמם במגע, במטרה לצמצם את התפשטות נגיף הקורונה.⁹

החוק מכיל הגבלות משמעותיות על הסמכת השב"כ. ביניהן, הגבלות פרוצדוראליות כמו: הפעלה רק בהינתן 200 חולים חדשים ביום לפחות;¹⁰ אישור וועדת הכנסת;¹¹ והגבלות לגבי שמירת המידע ואחסונו.¹² הגבלה משמעותית נוספת היא קיומו של מנגנון ערעור המאפשר להגיש השגה על הבידוד, ומחייב מענה בתוך 24 שעות.¹³ בנוסף, החוק כולל גם דרישות מהותיות בנוגע לשיקול הדעת של הממשלה בהכרזה על הסמכה: הוא דורש שהסכנה הבריאותית תהיה ממשית ומיידית;¹⁴ קובע את החובה לבחון קיומן של חלופות;¹⁵ ודורש לבחון את מידת התועלת שבכלי, ולשקול נגדה את הפגיעה בזכות לפרטיות.¹⁶ לפי הנשיאה חיות, דרישות אלו מחילות באופן פנימי ומובנה בחוק את דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה,¹⁷ כאשר כל אחת מהדרישות מקבילה לאחד ממבחני המידתיות.¹⁸

1.3. הדיון בבג"ץ

החוק נתקף בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**. פסק הדין ניתן בשלב מתקדם של המגיפה, והתייחס לשני שינויים משמעותיים בהתמודדות הישראלית עם נגיף הקורונה מאז חקיקת החוק.¹⁹ ראשית, הקמת מפקדת "אלון" ושילוש מערך החקירות האפידמיולוגיות, הובילו לאיתור יעיל ומהיר יותר של מגעי החולים.²⁰ שנית, התחסנות מרבית האוכלוסייה הובילה לירידה ניכרת בתחלואה,²¹ והסרת חובת הבידוד למחוסנים ייתרה את הצורך במעקב השב"כ.²²

בפסק הדין נקבע, כי עם שינוי הנסיבות אין עוד הצדקה למעקב גורף, וביהמ"ש הורה לצמצמו רק למקרים של

⁵ בבג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה**, פסי' 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 26.4.2020).

⁶ שם, פסי' 35 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁷ שם, בפסי' 36.

⁸ חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכת השב"כ).

⁹ שם, בסי' 1, 5.

¹⁰ שם, בסי' 3(ג).

¹¹ שם, בסי' 3א.

¹² שם, בסי' 13-18.

¹³ שם, בסי' 8.

¹⁴ שם, בסי' 3(א).

¹⁵ שם, בסי' 3(ב), 12(א).

¹⁶ שם, בסי' 12(א).

¹⁷ סי' 8 לחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁸ בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל הי"ש 1, פסי' 22-26 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁹ שם, בפסי' 47 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁰ יואב זיתון "מפקדת הקורונה בצה"ל החלה לפעול: הבדיקה וקטיעת ההדבקה – תוך 36 שעות" **כלכליסט** (4.8.2020) <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3843423,00.html>.

²¹ גל חיימוביץ "המספרים מראים: החיסונים פועלים" **מכון דוידסון** (18.2.2021).

²² בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל הי"ש 1, פסי' 38 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

חוסר שיתוף פעולה מצד החולים.²³ דעת הרוב בפסק הדין קבעה שההסדר פוגע פגיעה קשה בזכות לפרטיות, אך עומד במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה, והתמקדה בבחינת המישור המנהלי של ההסמכה, קרי באופן יישום החוק.²⁴ רק השופטת ברון, בדעת המיעוט, קבעה שהחוק עצמו לא עומד במבחני פסקת ההגבלה בשל פגיעתו הקשה בזכות לפרטיות, ולפיכך הוא אינו חוקתי.²⁵

2. השוואה להסדרים אחרים בעולם להתמודדות עם הנגיף

להלן אבחן את השימוש בטכנולוגיה להתמודדות עם נגיף הקורונה בעולם, בהשוואה להסדר הסמכת השב"כ. Xiaoyi Xu מחלקת את השימוש בטכנולוגיה להתמודדות עם נגיף הקורונה לשלוש מטרות אפשריות: אכיפת הנחיות התקהלות, איתור מגעים של חולי קורונה וזיהוי חכם של מגמות הדבקה.²⁶ לטענתה, הטכנולוגיה המשמשת לאיתור מגעים היא בעלת פוטנציאל הפגיעה הגבוה ביותר בזכות לפרטיות.²⁷ לטענתה, השימוש בטכנולוגיות מעקב אלו מעורר שאלות של הסכמה, שקיפות, מידתיות וכורח הפגיעה.²⁸

במדינות רבות בעולם נעשו ניסיונות לגייס את הטכנולוגיה כדי לסייע באיתור פרטי מגעים של חולי קורונה.²⁹ למשל, ממשלת סינגפור השתמשה באפליקציה המבוססת על שיתוף נתוני בלוטות', ובדרום קוריאה יישומון ממשלתי לפרסום נתונים על מיקומי חולי קורונה זכה להצלחה רבה.³⁰

אולם, ההסדר שנקבע בישראל מסתמן כייחודי וחרוג בהשוואה לעולם.³¹ השוני נוגע לשלושה הבדלים מרכזיים: היעדר ההסכמה למסירת המידע, ביצוע המעקב ע"י גוף ביטחון מסכל, והיעדר ביזוריות המידע.

2.1. אלמנט ההסכמה

ראשית, בהסדר הישראלי נעדר מהפגיעה בפרטיות **אלמנט ההסכמה**. ברוב המדינות שאימצו טכנולוגיות דומות, הדבר כלל הסכמה של האזרח להורדת יישומון לטלפון הנייד.³² לפי תפיסת ה"פרטיות כשליטה", הגורסת שהגדרתה של הזכות לפרטיות היא בשליטתו של האדם במידע אודותיו, לאלמנט ההסכמה חשיבות מכרעת בשאלה האם פעולה שלטונית מהווה פגיעה בפרטיות, ועד כמה הפגיעה חמורה.³³ לפי האיחוד האירופי,³⁴ ולפי כתב העת המדעי NATURE, יישומונים לאיתור מגעים של חולי קורונה צריכים לשמש כאמצעי וולונטרי בלבד.³⁵ מנגד, במסגרת איכוני השב"כ, לא נדרשת הסכמת החולה לאיסוף המידע ולהעברתו,³⁶ אלא נדרש עדכון החולה בלבד.³⁷ גם בישראל פותח יישומון מגעים וולונטרי – "המגן",³⁸ שתוחזק במקביל למעקבי השב"כ, כחלק

²³ שם, בפס' 48-50 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁴ שם, בפס' 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²⁵ שם, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת ברון.

²⁶ April Xiaoyi Xu, *But What If Big Brother's Surveillance Saves Lives? - Comparative Digital Privacy in the Time of Coronavirus*, 54 CREIGHTON L. REV. 147, 152 (2020).

²⁷ שם, בעמ' 166.

²⁸ שם.

²⁹ שם.

³⁰ שם, בעמ' 154.

³¹ בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

³² שם, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

³³ מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] **הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 89 (התשע"א).

³⁴ OFFICE OF THE EUROPEAN UNION, JOINT EUROPEAN ROADMAP TOWARDS LIFTING COVID-19 CONTAINMENT MEASURES PUBLICATIONS, Apr. 17. 2020, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/14188cd6-809f-11ea-bf12-01aa75ed71a1/language-en>.

³⁵ נאוה בן-אור "מגפה כארוע פוליטי – איכוני השב"כ כמשל" **רפואה ומשפט** 17, 29 (2021).

³⁶ בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

³⁷ החוק מחייב להודיע לחולה שפרטיו הועברו לבדיקה בשב"כ, לצורך איתור מגעים, ר' ס' 6 (ג) לחוק הסמכת השב"כ, לעיל ה"ש 8.

³⁸ מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" **משפט וממשל** כד, 10 (צפוי להתפרסם בקרוב).

מהחובה הסטטוטורית להציע חלופה אזרחית לכלי.³⁹ אולם, היישומון לא עמד ביעדי ההתקנות, וניכר בציבור חוסר אמון בו,⁴⁰ וחשש לפגיעתו בפרטיות.⁴¹

2.2. מיהות הגורם

ההבדל השני בהסדר הישראלי נוגע לכך שהגוף שנבחר לבצע את פעילות המעקב הטכנולוגי אחר האזרחים הוא השב"כ, גוף ביטחון מסכל בעל כוח רב, שמיועד להתעסק בנושאים ביטחוניים בלבד.⁴² בעניין **בן מאיר**, העותרים טענו שהפעלת הכלי עלידי השב"כ היא חריגה מסמכויות הארגון כגוף ביטחוני,⁴³ אך השופטים לא קיבלו טענה זו, ופסקו כי הדבר עומד במבחן החוקתיות, אם כי לא התעלמו מכך שמדובר במצב נדיר וחריג.⁴⁴

2.3. ביזוריות המידע

בעיה נוספת בהסדר הישראלי היא אי-ביזוריות המידע. במסגרת הפעלת השב"כ, המידע נאסף באופן קבוע ונשמר בידי השב"כ ומשרד הבריאות,⁴⁵ כך שהמידע חשוף יותר לפריצות ודליפות. לעומת זאת, ביישומונים שפותחו בעולם, למשל בטכנולוגיה שהציעו אפל וגוגל, בה בחרו להשתמש מדינות רבות, הושם דגש על ביזוריות המידע:⁴⁶ המידע נשמר באופן מקומי במכשירו האישי של האדם, ורק עם התגלותו כחולה, וכתלות בהסכמתו – הוא מועבר לרשות המרכזית. גם יישומון המגן שפותח בישראל הוא בעל גישה ביזורית: המידע נשמר ומוצלב על גבי המכשיר האישי בלבד.⁴⁷ גישה זו מעניקה הגנה רחבה יותר למידע, ומתכתבת גם עם תפיסת ה"פרטיות כשליטה", כיוון שהמידע מועבר מהמכשיר האישי לגורם המרכזי בהסכמה בלבד.

3. ניתוח פגיעת ההסדר בזכויות יסוד

כעת אבחן את פגיעת ההסדר בזכויות אדם, ואתמקד בשלב הראשון של המבחן הדרישלי לבחינת הפגיעה בזכות חוקתית, קרי בשלב הגדרת הפגיעה.

3.1. הפגיעה בזכות לפרטיות

הזכות לפרטיות היא זכות אדם חוקתית, הנחשבת לזכות עמומה וחמקמקה להגדרה,⁴⁸ ומשמעותה משתנה בין מדינות שונות.⁴⁹ בדין הישראלי, היא מעוגנת בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵⁰ אחת הפרשנויות הראשונות לזכות לפרטיות היא הגדרתה כ"זכות להיעזב במנוחה".⁵¹

סוגיית ההסכמה היא בלב הגדרת הזכות לפרטיות בדין הישראלי, ובכלל. כך למשל, חוק הגנת הפרטיות מגדיר

³⁹ ס' 3 (ב), 12 (א) לחוק הסמכת השב"כ, לעיל ה"ש 8.

⁴⁰ ראו חוות הדעת מטעם משרד הבריאות, לעיל ה"ש 4.

⁴¹ סקר שערכו ד"ר ערן טוך ואשרת אילון מאוניברסיטת תל-אביב מצא ש-43% מהנשאלים הביעו חשש לפגיעה של היישומון בפרטיותם, ורק 32% האמינו שהיישומון עשוי לעזור לבלימת התפשטות הנגיף. ראו פסי' 50 לעתירה בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 2.

⁴² בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פסי' 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁴³ בג"ץ **בן מאיר**, לעיל ה"ש 5, פסי' 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁴⁴ שם, בפסי' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁴⁵ עם זאת, יש לציין שחוק הסמכת השב"כ מעגן חובה החלה על השב"כ ועל משרד הבריאות למחיקת המידע הנאגר בתוך זמן מוגדר, ראו למשל סי' 13-15 בחוק הסמכת השב"כ, לעיל ה"ש 8.

⁴⁶ פסי' 40 לעתירה בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 2.

⁴⁷ "אפליקציית המגן – הצהרת פרטיות" **אתר משרד הבריאות** (21.3.2020) <https://govextra.gov.il/ministry-of-health/hamagen-app/magen-privacy-he>.

⁴⁸ בירנהק, לעיל ה"ש 33, בעמ' 35.

⁴⁹ James Whitman, *The two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151, 1153 (2004).

⁵⁰ ס' 7 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 17.

⁵¹ Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

ש"לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו".⁵² ניתן להבין מהחוק שמעשה שנעשה בהסכמה אינו פוגע בפרטיות. לפיכך, ההבדל בשאלת ההסכמה בין איכוני השב"כ להסדרים דומים בעולם הוא מהותי לבחינת הפגיעה בפרטיות של ההסדר. חשיבותה של שאלת ההסכמה מתכתבת גם עם תפיסת ה"פרטיות כשליטה", לפיה "עיקרה של הפרטיות הוא שליטה של האדם בעצמו, ובעיקר במידע על אודותיו".⁵³

חוק הסמכת השב"כ פוגע ישירות בזכות לפרטיות, בכך שהוא מאפשר לשב"כ לעבד מידע טכנולוגי, לרבות נתוני זיהוי, מיקום והתקשרויות של חולים ומגיעים הקרובים.⁵⁴ אמנם החוק מחריג תוכן תקשורת מהגדרת המידע הטכנולוגי המועבר. אולם, בהתפתחות הטכנולוגית הנוכחית, האבחנה בין תוכן לנתוני תקשורת, המוגנים פחות בחקיקה, מיטשטשת,⁵⁵ וגם העברת נתוני תקשורת עשויה לעלות כדי פגיעה חמורה בפרטיות מצד המדינה.⁵⁶ כמו כן, ישנם נתוני תקשורת, כמו למשל מיקום ומידע רפואי, שזכו דווקא להגנה מיוחדת בחקיקה.⁵⁷

במאמרו בנושא איכוני השב"כ, פרופסור מיכאל בירנהק מבקש לדייק את פגיעת ההסדר בפרטיות לפני המעבר לשלב הבא של הניתוח החוקתי.⁵⁸ בהתאם לעמדתו, אני סבורה שיש להגדיר באופן ברור יותר את הפגיעה בזכות לפרטיות שבהסדר, כדי לנתח בהמשך בצורה מיטבית את מידתיות הפגיעה. גם השופטת ברק-ארז פסקה שישנה חשיבות לניתוח מעמיק של הפגיעה בזכות לפרטיות במקרה הנידון,⁵⁹ וכי מדובר בפגיעה חמורה, הסותרת את התפיסה של הזכות לפרטיות כזכות "להיעזב במנוחה" וכן את תפיסת ה"פרטיות כשליטה".⁶⁰

3.2. הפגיעה בזכות לחירות

בנוסף לפגיעה החמורה בזכות לפרטיות, לטעמי יש לבחון את הפגיעה של מעקבי השב"כ גם בזכות לחירות, שגם היא בעלת מעמד חוקתי בדין הישראלי.⁶¹ השופטים בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח** דחו את טענת העותרים לפגיעה בזכות לחירות. בין השאר קבעו כי חובת הבידוד, בעלת פוטנציאל הפגיעה בחירות, מעוגנת בחוקים אחרים, ולא בחוק ההסמכה.⁶² לחילופין, פסקו כי גם אם מתקיימת פגיעה בחירות, הרי שהיא נגזרת מהפגיעה בזכות לפרטיות ולכן יש למקד את הניתוח החוקתי בזכות העיקרית.⁶³ אך לטענתי, מבחינה מהותית, נפגעה הזכות לחירות בהפעלת ההסדר.

ראשית, הנתונים מצביעים על כך שההסתייעות בשב"כ הובילה למספר רב של מבודדים, בכמות רבה יותר בהשוואה למבודדים כתוצאה מחקירות אפידמיולוגיות.⁶⁴ אמנם במקרים רבים המבודדים קיבלו אישור ליציאה מבידוד במסגרת השגה שהגישו,⁶⁵ אולם חירותם הוגבלה עד לקבלת האישור, בשל זמני המתנה ארוכים

⁵² ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

⁵³ בירנהק, לעיל ה"ש 33, בעמ' 89.

⁵⁴ ס' 2, 5 לחוק הסמכת השב"כ, לעיל ה"ש 8.

⁵⁵ בירנהק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 18.

⁵⁶ בן-אור, לעיל ה"ש 35, בעמ' 23.

⁵⁷ בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁵⁸ בירנהק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1-2.

⁵⁹ בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁶⁰ שם, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁶¹ ס' 5 לחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 17.

⁶² בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה חיות; חובת הבידוד מעוגנת למשל בצו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), תש"ף-2020.

⁶³ בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁶⁴ כך למשל, לפי נתונים שהועברו ממשרד הבריאות לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, בחודש יולי 2020 הוכנסו לבידוד 84,987 אנשים כתוצאה מחקירה אפידמיולוגית אנושית, לעומת 246,650 כתוצאה מאיתור המגיעים של השב"כ, ר' בן-אור, לעיל ה"ש 35, בעמ' 30-31.

⁶⁵ בחצי השנה שבין 1.7.2020-12.2.2020 כ-66% מכלל מקבלי המסרונים הגישו השגה, וכ-59.7% מתוכם – השגתם התקבלה. כלומר, השגתם של 39.5% מכלל מקבלי המסרונים התקבלה, ר' בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

במוקד השירות שהפעיל משרד הבריאות.⁶⁶

שנית, ייתכן שהידיעה על מעקבי השב"כ גרמה ל"אפקט מצנן" על התנהלותם של אזרחים, ולהשפעה תודעתית עקיפה על תחושת המעקב בציבור.⁶⁷ ישנן עדויות תקשורתיות לכך שהפעלת כלי השב"כ גרמה לאנשים להימנע מהתניידות עם מכשיר הטלפון ומשימוש בו, מחשש להשלכות המעקב השלטוני ומכניסה לבידוד.⁶⁸ למשל, דווח שמפגינים נמנעו מלקחת עמם להפגנות את מכשיר הטלפון,⁶⁹ ודווח על אזרחים שהחליפו את מכשיר הטלפון שלהם למכשיר ישן.⁷⁰ לא מן הנמנע שבנוסף על אלו, היו גם אזרחים שוויתרו על יציאה מביתם בשל "האפקט המצנן". נראה שהפגיעה גרמה לאנשים להגביל ולצמצם את התנהלותם במרחב הציבורי, באופן שפגע ממשית בחירות ובחופש התנועה שלהם.

3.3. ניתוח הפגיעה בזכות לפרטיות בפרדיגמה של ערך החירות

כידוע, בעולם המערבי קיימות גישות שונות למקור הזכות לפרטיות.⁷¹ אעמוד להלן על ההבחנה בין שתי הגישות העיקריות: גישת החירות האמריקנית וגישת כבוד האדם הקונטיננטלית.⁷²

בארה"ב, הזכות לפרטיות נגזרת מערך חירות הפרט (Liberty) שבלב החוקה האמריקנית.⁷³ הזכות החוקתית לפרטיות אינה חלק מהחוקה האמריקנית,⁷⁴ אלא היא פרי פיתוח הפסיקה, שקבעה שניתן לגזור את הזכות מהתיקון הרביעי לחוקה,⁷⁵ המעגן את הזכות להגנה מחיפושי השלטון בביתם, מסמכיהם וחפציהם של אנשים.⁷⁶ מנגד, במדינות אירופה, הזכות לפרטיות נגזרת מערך כבוד האדם (Dignity) שהוא ערך מרכזי בתפיסת הדין הקונטיננטלי.⁷⁷ הזכות לפרטיות נתפסת כזכות האדם לכבוד, ולשליטה בפרטיותו, לרבות שליטה בדימוי הציבורי שלו,⁷⁸ והיא מעוגנת באמנות אירופיות לזכויות אדם.⁷⁹

עיון הזכות לפרטיות בישראל באופן מפורש בחוק היסוד,⁸⁰ העלה את מעמדה הנורמטיבי לזכות חוקתית, בעוד שלפני כן היא הייתה מעוגנת בחקיקה ראשית בלבד.⁸¹ ניתן לטעון שבכך אומצה בישראל הפרדיגמה הקונטיננטלית, כיוון שערך כבוד האדם הוא העומד במרכז החוק.⁸² למרות זאת, אני מציעה לבחון את פגיעתו של הסדר איכוני השב"כ בזכות לפרטיות דווקא בפרדיגמה האמריקנית של ערך החירות.

ראשית, ניתן לראות דמיון בין ההגנה האמריקנית מחיפוש של השלטון בבתיים ובחפציהם האישיים של אנשים,

⁶⁶ אדיר ינקו "איכוני שב"כ חזרו, המוקד קרס: "שעות על הקו, ואי אפשר לערער" *ynet* (4.7.2020) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L5759140,00.html>.

⁶⁷ בירנהק, לעיל ה"ש 38, עמ' 20-19.

⁶⁸ בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

⁶⁹ יסמין יבלונקו "תשאירו את הטלפון בבית: מפגינים רבים חששו אתמול שאם יגיעו להפגנת העצמאים עם מכשיר סלולרי, הם יוכלו להישלח בטעות לבידוד בשל איכוני השב"כ" **גלובס** (12.7.2020) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001335497>.

⁷⁰ איתן לשם "על מנת להימנע מאיכוני השב"כ, רבים חוזרים להשתמש בטלפון 'הטיפשי'" **הארץ** (16.7.2020) <https://www.haaretz.co.il/captain/.premium-1.8998539>.

⁷¹ Whitman, לעיל ה"ש 51, עמ' 1155.

⁷² שם, בעמ' 1161.

⁷³ עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" **קריית המשפט** ח 39 (התשס"ט).

⁷⁴ שם, בעמ' 53-52.

⁷⁵ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁷⁶ U.S. CONST. amend. IV.

⁷⁷ טנא, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, בעמ' 54.

⁷⁸ Whitman, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1161.

⁷⁹ COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, Nov. 4, 1950, https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf.

⁸⁰ ס' 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 17.

⁸¹ למשל, בחוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 52.

⁸² טנא, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, בעמ' 55.

לבין הצורך להגן על המידע האישי של אזרחים מחיפוש ומעקב ממשלתיים. השוואה זו מדגישה את החופש של הפרט ממעקב השלטון, ומשקפת את חשיבות **ערך החירות**.

שנית, הטענה שהובאה לעיל, לפיה ההסדר פוגע **בזכות לחירות** באופן ישיר ועקיף, מחזקת את חשיבותו של **ערך החירות** בבחינת הסוגייה, ובכך מחזקת את הטענה שיש לבחון את הפגיעה בפרטיות בפרדיגמה של ערך זה.

לכאורה, ניתן לטעון שהפרדיגמה הקונטיננטלית לזכות לפרטיות ראויה יותר, כיוון שהיא מעניקה לה הגנה חוקית וחוקתית גבוהה יותר, ולכן גם חשיבות רבה יותר.⁸³ גם אם הדבר נכון, הרי שאין בכך כדי לסתור את טענתי, לפיה לכל הפחות ישנו יתרון לשימוש בפרדיגמה האמריקנית לבחינת חוקתיות הסוגייה הספציפית של איכוני השב"כ.

4. מסקנה וסיכום

מסקנתי היא שבמקרה זה, בנוסף להחזקת המידע באופן שאינו וולונטרי ומבוזר, הפגיעה בזכויות אדם חמורה מכיוון שהמידע הוחזק על-ידי גורם ממשלתי, שעשה בו שימוש כדי להשית צעדים מגבילי זכויות. לכן, במקרה של מעקבי השב"כ, מוקד הפגיעה בפרטיות הוא הפגיעה בערך החירות, ולא בכבוד האדם. לפי התפיסה הקונטיננטלית, "אויב" הזכות לפרטיות הוא המדיה התקשורתית,⁸⁴ ואילו, לפי פרדיגמת החירות האמריקנית, החשש לפגיעה בפרטיות הוא בעיקר מפני המדינה.⁸⁵ העובדה שהגוף שביצע את המעקב הוא גוף ממשלתי, בעל כוח כופה להשית צעדים מגבילי חירות כמו הוראת הבידוד, היא שהופכת את הפגיעה בזכות לחמורה במיוחד במקרה שלפנינו.

אומנם, חוק הסמכת השב"כ כבר אינו בתוקף ולא נחקק מחדש. יתרה מכך, נראה שהשימוש בכלי השב"כ ספג ביקורת ציבורית כה רבה, שכאשר הממשלה החליטה להשתמש בו שוב בהתפרצות זן האומיקרון, היא חזרה בה בתוך ארבעה ימים בלבד.⁸⁶ עם זאת, הסוגייה מעוררת שאלות כלליות בדבר סמכות המדינה למעקב אחר אזרחים. עדויות שפורסמו בחודשים האחרונים על שימוש שביצעה המשטרה בתוכנת הריגול של חברת NSO נגד אזרחים,⁸⁷ עוררו גם הן שיח תקשורתי וציבורי בנושאים דומים. לפיכך, למרות שנראה שהשימוש בכלי השב"כ יצא מסל הכלים של הממשלה לעת עתה, הניתוח המשפטי שהצעתי במאמר עשוי להועיל בעתיד בסוגיות הנוגעות למעקב הממשלה אחר אזרחים.

ציטוט מוצע: שירה שמר בלומנפלד "הזכות לפרטיות בפרדיגמה של ערך החירות: מבט ביקורתי על פרשת איכוני השב"כ מהזווית האמריקנית" **בלוג רשות הרבים** (31.8.2022).

⁸³ Whitman, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1156.

⁸⁴ שם, בעמ' 1161.

⁸⁵ שם, בעמ' 1162.

⁸⁶ אדיר ינקו, ynet "בעקבות הביקורת: בנט והורוביץ החליטו להפסיק את איכוני שב"כ" **כלכליסט** (2.12.21).

⁸⁷ תומר גנון "חברת NSO בשירות משטרת ישראל: פריצות לטלפון של אזרחים ללא פיקוח או בקרה" **כלכליסט** (18.1.22).