

מר אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר
נשיא

מר ברנד מרכוס
יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר
יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ
יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי
מר חן ליכטנשטיין
גב' מול מועלם
מר טלי מרידור
עו"ד אבי פישר
מר אביעד פרידמן
ד"ר מיכל צור
מר יוסי קוצ'יק
מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה
מר אליז אברמס, ארה"ב
ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
גב' אן אפלכאוס, ארה"ב
פרופ' ירון בוגדנוב, בריטניה
השופט דורית בניש, ישראל
השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
השופט סלים ג'ובראן, ישראל
ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
מר ברט סטפנס, ארה"ב
פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי (ג'סי) פרס, אסטרטגיה
פרופ' קרנית פלוג, מחקר
פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

פרופ' תמר הרמן
פרופ' מוסטפא כבהא
פרופ' עמיתו כהן
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' עליה פישר
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' מרדכי קרמניצר
פרופ' גדעון רהט
ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר
פרופ' יודיה צ' שטרן
פרופ' איתן שניטקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק ברמון

הנדון: תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (תיקון מס' 2) (קבלת נתוני מיקום לצורך פיקוח על קיום הוראות הבידוד), התש"ף – 2020

הקדמה

ביום 23 במרץ 2020 פורסם להערות תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (תיקון מס' 2) (קבלת נתוני מיקום לצורך פיקוח על קיום הוראות הבידוד), התש"ף – 2020 (להלן: "התזכיר"). התזכיר בא במקום תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף – 2020 (להלן: "תקנות שעת חירום") ומציע לבטלן. לאחר קבלת הערות מן הציבור הונח התזכיר בפני הכנסת והועבר לדיון בוועדת החוץ והביטחון. ביום 16 באפריל 2016 פורסמה הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש) (קבלת נתוני מיקום לצורך פיקוח על קיום הוראות הבידוד), התש"פ – 2020 (להלן: "הצעת החוק") המבוססת על התזכיר.

הצעת החוק מבוססת על ההנחה הרווחת כיום בקרב מקבלי ההחלטות לפיה הזדקק הטובה ביותר למזער את התפשטות נגיף הקורונה היא על ידי בידוד מלא של כל אדם העשוי לשאת את הנגיף. הכלים הטכנולוגיים הקיימים כיום מאפשרים לפקח על חובת הבידוד באמצעות דגימת נתוני המיקום של מכשיר הסלולר של אדם החייב בבידוד.

במסגרת ההסדר שעמד בתוקפו עד להתקנת תקנות שעת החירום, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (להלן: "חוק נתוני תקשורת") מסדיר את אפשרות העברת נתוני מיקום מאד בזירות משום שהם מהווים מכלול של מידע רגיש.¹ העברה של נתוני תקשורת נעשית במקרי קיצון, מכוח צו בית משפט שלום, בין השאר לצורך הצלת חיי אדם, כאשר לרוב מדובר בהצלת חיי אדם קונקרטי.² החוק קובע גם הליך מהיר וזחוף בלא צו בית משפט, כשקצין משטרה בכיר משוכנע שמדובר בצורך זחוף שאינו סובל דיחוי וזאת ל- 24 שעות בלבד.³ בכל מקרה החוק דורש הקפדה על סודיות המידע בעת השימוש בו והחזקתו, והתרת גישה רק למי שמורשה לכך.

תקנות שעת החירום ביקשו ליצור הסדר חלופי ומהיר להסדר הזהיר הקבוע בחוק נתוני תקשורת ולאפשר למשטרה לקבל נתוני מיקום ללא צו בית משפט של כל אדם שנמצא חיובי לנגיף

¹ סעיף 23(ט)א) להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 13).

² סעיף 3 לחוק נתוני תקשורת; בג"ץ 3809/08 אגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל.

³ סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת.

הקורונה, או שרופא קבע שהוא חולה במחלה או שיש חשד שהוא חולה בה וכן של כל אדם החייב בבידוד. אולם, נוכח החלטת בית המשפט מיום 19.03.20 בבג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה**, הוחלט לעגן את ההסדר בחוק נתוני תקשורת תוך שינוי וחיידוד דרישת המידתיות בהפעלת הסמכות מכוחו. לפי התזכיר סמכות המשטרה תהא מוגבלת לקבלת נתוני מיקום של אדם החייב בבידוד, לרבות חולה החייב בבידוד ביתי, באופן מדגמי בלבד, כלומר נתון מיקום יחיד ברגע נתון אחד, לצורך פיקוח על קיום הוראות הבידוד. מאחר ומדובר בסמכות חריגה תוקפה מוגבל לשלושה חודשים בלבד.

זכיר כי מדובר בסמכות חריגה המתירה פגיעה בזכות היסוד לפרטיות, ללא צו בית משפט ומאפשרת מעקב מדגמי אחר אזרחים מן השורה שאינם נחשדים בכל עבירה (או, כלשון התזכיר: "סמכות פיקוחית החלה בהיעדר חשד"), אלא הם חולים פוטנציאליים. הא ותו לא.

הסמכת המשטרה כגוף אחיפה של הוראות משרד הבריאות לעניין בידוד חייבת להיעשות בהתאם לכללים ברורים ותוך הימנעות מחפיפה בין תפקידה של המשטרה כגוף חוקר לבין תפקידה כגוף האוכף את הוראות משרד הבריאות. זאת במטרה למנוע פגיעה במידה העולה על הנדרש בזכויות אדם.

עוד נזכיר כי אנו מתבוננות בחשש גדול על ניסיונות מצד המשטרה להרחיב את דרכי האכיפה שלה באופן הפוגע פגיעה קשה בפרטיות, כגון למשל בשימוש ברחפנים היכולים לצלם מבחוח אל תוך בתים פרטיים, וזאת ללא הסמכה מפורשת בחוק וללא הסכמה מתוך רצון חופשי של חבי הבידוד. על הוועדה לקחת זאת בחשבון שעה שהיא באה לדון בהצעת החוק ולצמצם ולהגביל ככל שניתן את הסמכויות שיש בה.

אנו מברכות על הבחירה להסדיר את הסוגיה הרגישה הזאת באמצעות חקיקה ראשית ותוך קבלת הערות מהציבור לתזכיר. לתפיסתנו, נוכח הפגיעה החמורה שההסדר מהווה עבור זכות היסוד לפרטיות, והיותה של הסמכות המוענקת למשטרה מכוח הצעת החוק כה חריגה, יש להוסיף מספר תיקונים כמפורט להלן.

(1) תקופת ההסדר

לתפיסתנו, התקופה המוצעת בתזכיר – שלושה חודשים – ארוכה מידי. אין כל מדיניות אחרת כרגע בממשלה (בהקשריים כלכליים וארגוניים אחרים) שיש לה תוקף כה ארוך וזאת בשל המרכיב הגבוה של חוסר הוודאות. ראוי לקבוע משך זמן של חודש לכל היותר, ולאפשר להאריך אותו באישור וועדת הקורונה או וועדת החוץ והביטחון של הכנסת.

בנוסף ובכל מקרה, טוב כי הצעת החוק קובעת שההסדר יפקע באופן מיידי כאשר צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף – 2020 יפקע.

(2) בדיקה מדגמית

סעיף 1 להצעת החוק מציע להוסיף את סעיף 4א(ב) לחוק נתוני תקשורת ולקבוע שנתוני מיקום סלולריים יתקבלו "באופן מדגמי בלבד ובאופן שאינו מתמשך או רציף". לתפיסתנו, מדובר בניסוח מעורפל. **לא ברור מכך מהן אמות המידה הסטטיסטיות או המדעיות המקימות את הדגימה, ומי יקבע אותן. גם דגימה סטטיסטית, כידוע, יכולה להיות מכוונת כלפי סוג מסויים של בני אדם בהסתמך על מוצאם, עיסוקם או מקום מגוריהם, למשל.** אין להותיר את ההחלטה לגבי המדגם בידי המשטרה בלבד ויש להוסיף קנה מידה בהיר גם בחוק.

נוסף גם כי סעיף ה(2) לנוהל המשטרה בעניין זה (נוהל משותף לאגף החקירות והמודיעין באגף **המבצעים מספר 01.03.01**) אינו מספק כל הבהרה באשר לאמות המידה שישמשו לשליפת מדגם מחבי הבידוד. להיפך, הנוהל ממשיך באותה שפה מעורפלת וקובע כי "מתוך רשימת חייבי הבידוד



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

יישלו באופן מדגמי ואוטומטי על-ידי רמ"ח פיתוח תשתיות קבוצת חבי בידוד לצורך פיקוח מדגמי." מכאן ניתן אולי להבין שרמ"ח פיתוח ותשתיות יקבע את אמות המידה המקימות את הדגימה אולם הנוהל אינו כולל פירוט מהן אותן אמות מידע.

(3) הודעה לאדם החייב בבידוד על קיומו של המעקב

יש לדעתנו להוסיף חובת מסירת הודעה לאדם החייב בבידוד המפרטת בפניו את העובדה שהוא נדגם למעקב מכוח הצעת החוק, מהות המעקב, תנאי שמירת המידע, עיבודו והעברתו, פרק הזמן בו ישמר המידע, התנאים למחיקת המידע וכיצד יש ביכולתו לממש את זכותו לעיין במידע עליו. ניתן להודיע זאת במקביל לשיחת הטלפון שאותה אמור הנדגם לקבל על ידי נציג המשטרה. כלומר, במקביל לשיחת הטלפון תישלח גם הודעת טקסט מובנית ובה הפרטים הללו.

חובת מסירת הודעה היא עיקרון יסודי בדיני הגנת הפרטיות בארץ, מכוח סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א – 1981 ובחקיקה במדינות אחרות ברחבי העולם.⁴ הודעה היא דרישת המינימום ההכרחית בהתחשב בכך שבישראל נתוני המיקום מועברים בכפייה שלטונית למשטרה בעוד שבמדינות דמוקרטיות אחרות המנהלות בימים אלו מאבק בהתפשטות נגיף הקורונה, לא מועברים נתוני מיקום של אנשים החייבים בבידוד למשטרה אלא המעקב אחריהם נעשה באמצעות אפליקציה המותקנת בהסכמת המבודדים ועל דעתם. זוהי גם התפיסה של אפליקציית "המגן" שאותה הציגה המדינה בפני בג"ץ כדוגמה לאפשרות לייצר הסדר מעקב תומך פרטיות.

חובת הודעה כזאת אינה נמצאת בכלל, גם לא בנוהל המשטרה.

(4) עיקרון צמידות המטרה

סעיף 1 להצעת החוק מציע להוסיף לחוק נתוני תקשורת את סעיף 4א(ד) המעגן את עיקרון צמידות המטרה שהינו עיקרון יסודי חשוב במיזעור הפגיעה בפרטיות עקב שימוש במידע אישי. עם זאת, בניסוחו כרגע מאפשר הסעיף פרשנות מרחיבה לעיקרון צמידות המטרה, העשויה לאפשר שימוש בנתוני המיקום לכל מטרה הקשורה באופן כלשהו או בקשר כלשהו להוראות הבידוד. אין מקום לניסוח מרחיב בהתחשב בכך שהסמכות המוענקת בתזכיר חריגה וחודרנית. לפיכך אנו מציעות שנוסח הסעיף יקבע רק "אלא לצורך פיקוח על קיום הוראות הבידוד" ותמחק הסיפא "או בקשר אליו".

נעיר גם כי סעיף ו(8) לנוהל המשטרה קובע כי כאשר נמצאה אי התאמה ראשונית, לא ימחקו נתוני מיקום אם מדובר ב"חומר ראיות שעשוי לשמש בהליך פלילי". אם המונח "הליך פלילי" אינו מוגדר בחוק כמובל אך ורק להליך של הפרת צו הבידוד, ימתעורר החשש שניתן יהיה להשתמש בנתונים אלו לכל הליך פלילי, מה שיאפשר למעשה איגום הנתונים שייאספו מכוח סמכות החירום עם נתוני חקירה אחרים. זוהי אפשרות שאין לקבל ויש להבהיר מהו ההליך הפלילי שלטובתו ישמרו נתוני המיקום.

(5) מי רשאי לעיין במידע?

הצעת החוק אינה כוללת כל התייחסות לאבטחת מידע ולחובת סודיות שראוי שיוטלו על כל מי שיורשה לעבד את נתוני המיקום. לבד מהצורך בקביעת הוראות אלו כחלק מדרישת השקיפות, יש חשיבות בעיגון של הוראות בדבר חובת סודיות והצורך באבטחת המידע בחקיקה ראשית נוכח העובדה שמדובר במידע אישי רגיש על אזרחים מן השורה.

לדעתנו, יש לכלול כבר בהצעת החוק עצמה הוראות לעניין עיון במידע ומניעת שימוש לרעה במידע ולא להותיר את הנושא לנוהל שנקבע על ידי משטרת ישראל, גם אם הוא מפורסם לציבור.

⁴למשל, סעיף 13 ל-GDPR, סעיף 4.1, 4.8 ל-PIPEDA, Schedule 1 (חוק הפרטיות במידע בקנדה).

קיימת חשיבות בעיגון הוראות אלו בחקיקה הראשית ולא בדרך של פרסום נוהל באתר משטרת ישראל כפי שמוצע בסעיף 1 להצעת החוק המציע להוסיף את סעיף 4א(ה) לחוק נתוני תקשורת.

הוראות אלה יכללו קביעה מי רשאי לעיין במידע ולאלו תכליות ניתן לעיין בו.

א. הרשאים לעיין במידע מטעם המשטרה: "קצין מוסמך" האמור בסעיף 1 להצעת החוק המציע להוסיף את סעיף 4א(ב) לחוק נתוני תקשורת הוא, לפי סעיף ההגדרות של חוק נתוני תקשורת: קצין משטרה ממערך החקירות או המודיעין של משטרת ישראל בדרגת סגן ניצב ומעלה או קצין משטרה המשמש כמפקד מוקד ארצי או מחוזי של המשטרה, שהמפקח הכללי הסמיך לעניין זה או קצין בדרגת סגן אלוף במשטרה הצבאית החוקרת, שהרמטכ"ל הסמיך לעניין זה". לתפיסתנו, אין די בהסמכות הכלליות הכוללות במצב שגרה מספר רב של מוסמכים, אלא יש לקבוע כי תידרש הסמכה מפורשת של המפקח"ל או הרמטכ"ל למטרת אכיפת הבידוד. נפנה בעניין זה להודעת השב"כ כי מי שיעסקו בנתוני האיכון יהיו מי שיוסמכו על ידי ראש השב"כ במיוחד למטרה זו.

ב. נוסף עוד כי לפי הוראת סעיף ה(4) לנוהל המטרה נתוני המיקום יהיו חשופים לשוטרי חמ"ל ייעודי ולרשימת שוטרים מצומצמת ממערך האח"מ. מאחר ושוטר חמ"ל ייעודי מוגדר כשוטר ממערך האח"מ בתפקידו בחמ"ל המשטרתי הייעודי, ניתן להניח שהגישה לנתוני המידע תותר לשוטרים ממערך האח"מ. הנוהל, לפיכך, אינו מספק מענה הולם לצורך בצמצום רשימת מורשה הגישה ולקביעתם בידי בעל הדרגה הגבוה ביותר במשטרה.

(6) חובת סודיות ועונשין

אנו מברכות על כך שהצעתנו לקבוע בחקיקה ראשית סנקציה ברורה על הפרת המגבלות, כלומר על מי שישתמש במידע שלא למטרת "פיקוח על קיום הוראת הבידוד". נוכח העובדה שמדובר בסמכות חריגה המאפשרת שימוש במידע אישי רגיש על אזרחים מן השורה ללא הסכמתם וללא צו בית משפט. נזכיר כי גישה ללא הרשאה למאגרי מידע ולמערכות מידע משטרטיות היא רעה חולה בתוך משטרת ישראל. מבדיקה מהירה שערכנו החל משנת 2016 עולה כי בכל קובצי החלטות של בית הדין למשמעת של המשטרה ישנם תיקים העוסקים בגישה בלתי מורשית של שוטרים למערכות המידע המשטרטיות ובשאלות שלא כדן למאגרי מידע משטרטיים⁵. למרבה הצער נציין גם כי הענישה על עבירות חמורות אלה אינה תמיד גבוהה ולעתים מזומנות מסתיימת בעסקות טיעון, הורדה בדרגה לתקופה קצובה בלבד, נזיפות וקנסות ולא מעבר לכך, ובהתחשבות יתר בנסיבות האישיות של השוטרים ולא בחומרת המעשה⁶. איש מאלה שהועמדו לדין על מעשים אלה, שיש בהם הניצול המחפיר ביותר של כוחם של שוטרים לפגיעה בפרטיות אזרחים – לא סולק משורות המשטרה.

(7) סעדים נוספים

התזכיר מעגן סמכות חריגה, וכפי שעולה מדיווחים בתקשורת ישנן גם טעויות הנובעות מסיבות שונות – החל מטעויות אנוש וכשלים טכנולוגיים וכלה במקרים שבהם מספר הטלפון רשום על שם אדם האמור להיות בבידוד אך בפועל נמצא בשימוש בן משפחה אחר. לכן, חובה לעגן נוהל ערעור מהיר על החלטות הנובעות משימוש בנתוני איכון.

⁵ ביד"מ 7/2019; ביד"מ 72/2018.

⁶ ראו למשל בד"מ 16/175; בד"מ 18/18; בד"מ 18/44; שבכולם היו עונשים קלים בעסקות טיעון. ביד"מ 17/6 (הרצת 37 שאילתות שונות בארבעה מועדים) - נזיפה חמורה והורדה בדרגה למשך 10 חודשים מתוכם 3 בפועל; בביד"מ 17/4; ביד"מ 16/45 - נזיפה חמורה והורדה בדרגה למשך 6 חודשים.

התזכיר מעגן סמכות חריגה וחודרנית בידי משטרת ישראל ואינו כולל כל התייחסות לסעד משפטי למי שזכותו תפגע במקרה שהוראות התזכיר יופרו, וזכותו לפרטיות תיפגע עקב שימוש שלא כדון במידע אישי עליו.

לפיכך ראוי לאפשר בחקיקה זכות עיון במידע שנאסף למושאי המידע או למי שמבקש לערער על אכיפת צווי הבידוד ולא להותיר זאת לנוהל המשטרה.

(8) פיקוח ושקיפות

ראשית, נדגיש כי קיימת חשיבות עליונה בשמירה על שקיפות פעילות רשויות האכיפה בכל הקשור למאבק בהתפשטות נגיף הקורונה. שקיפות זו חשובה לשם רכישת אמון הציבור בפעולות הממשלה והשגת שיתוף פעולה מירבי מצידו. כדאי לזכור כי ככל שתתקבל בציבור התחושה שהמעקבים נעשים בצורה נרחבת מידי או ללא שקיפות, אי הציות – בדמות הותרת מכשיר הטלפון בבית כאשר מתבצעת הפרת הבידוד – יהיה רחב יותר.

לפיכך, לתפיסתנו, לאור חריגות ההסדרים לא ניתן להסתפק בדיווח ליועץ המשפטי לממשלה. חשיבות הפיקוח הציבורי והפרלמנטרי כאן היא עצומה. אנו מברכות על כך שהתקבלה הצעתנו להנגיש את המידע בשתי שכבות שקיפות נוספות:

א. חובת הנגשת המידע באתר המשטרה. נזכיר: אין מדובר במידע סודי או במידע הדרוש לצורך חקירה. בדיוק כפי שמשדד הבריאות מדווח על מספר בדיקות הקורונה שהוא עורך ותוצאותיהן, כך יכולה המשטרה לדווח על מספר בדיקות הבידוד שהיא עורכת ותוצאותיהן. אין כל צורך לפרסם נתונים מזהים על אודות הנדגמים אך יש לפרט את שיטת הדגימה ולפרט לגבי היקף הנתונים שנאספו.

ב. יש להעביר את הנתונים בחובה אחת לשלושה ימים גם לוועדת הקורונה או לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת ולא רק אחת לחודש כפי שנקבע בתזכיר.

(9) נוהל המשטרה

עוד נוסיף כי לתפיסתנו, ככל שהוועדה מתכוונת לאפשר הסדרים ראשוניים בנוהל המשטרה שאליו מפנה הצעת החוק, ראוי שהנוהל יאושר גם הוא על ידי הוועדה.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה או עזרה נוספת שתידרש.

בכבוד ובברכה

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר, עו"ד רחל ארידור הרשקוביץ

התוכנית לדמוקרטיה בעידן המידע, המכון הישראלי לדמוקרטיה