



כ"ז באדר, התשפ"ג
20 במרץ 2023

לכבוד
גב' עמית מררי
המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (פלילי)

שלום רב,

הנדון: הפסקת השימוש ברוגלות על ידי משטרת ישראל עד להסדרה בחקיקה והטלת הגבלות על השימוש גם לאחר הסדרה

אנו מבקשים לשקול מחדש את העמדה המתירה את השימוש ברוגלות בטרם הסדרת הנושא בחקיקה, וככל שמעוניינים להתיר את השימוש – לעשות זאת בצורה מפורשת ומרסנת. בחלקה הראשון של הפנייה, נסביר מדוע לשיטתנו אין זה ראוי לאמץ את העמדה הפרשנית של הייעוץ המשפטי לממשלה לפיה ניתן להתבסס על "סמכות העזר" הקבועה בסעיף 10א לחוק האזנת סתר¹ לצורך החדרת רוגלה באמצעים טכנולוגיים למחשב או לטלפון נייד של אזרח. בחלק השני, נציג את עמדתנו לפיה ראוי להסדיר את נושא הפעלת הרוגלות בחקיקה ראשית, בשל הפגיעה הקשה בזכות פרטיות – הן של האדם שהמטרה חודרת למחשב או לטלפון הנייד שלו והן של צדדים שלישיים שהחדירה למכשיר תחשוף מידע רגיש הנוגע להם. בחלקה השלישי של הפנייה, נצביע על ההגבלות שראוי להחיל על השימוש ברוגלות – הן בעתיד במסגרת הסדרה חוקית של הסמכות להפעיל והן בתקופת הביניים, ככל שיוחלט להתיר את השימוש במהלכה.

מבוא

1. הסמכות לביצוע האזנת סתר מעוגנת בחוק האזנת סתר, המתיר לערוך האזנות סתר למטרת ביטחון המדינה ולמטרת מניעת עבירות וגילוי עבריינים. החוק אינו כולל אפשרות לעריכת חיפוש (גלוי או סמוי) ואיסוף מידע שנאגר בחומר מחשב, אלא רק האזנה לתקשורת שבין מחשבים. עוד במסגרת החוק נקבעה 'סמכות עזר' לצורך התקנת אמצעים הנדרשים להאזנה, פירוקם או סילוקם (סעיף 10א לחוק). סעיף זה קובע כי לגורם המתיר את האזנת הסתר קיימת סמכות להתיר אף כניסה למקום לצורך התקנת, פירוק וסילוק אמצעי האזנה, תוך קביעת פרטי המקום אליו הותרה הכניסה במסגרת היתר הכניסה למקום.
2. הסניגוריה הציבורית סבורה כי מצב חקיקתי זה אינו מאפשר שימוש ברוגלות כאמצעי חקירה כלפי אזרחים, כפי שהתברר שנעשה על-ידי משטרת ישראל בשנים האחרונות. גישה למידע האגור בזיכרון המכשיר מהווה חיפוש אשר הסמכות לבצעו היא רק בהתאם לסעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי,² וגישה למידע האגור בחומר המחשב ללא ידיעת המשתמש מהווה "חיפוש סמוי", שאין סמכות לבצעו במסגרת החוק הקיים.

¹ חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979.

² פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

3. **משכך, לשיטתנו השימוש ברוגלות מחייב עיגון בחקיקה ראשית של שתי סמכויות, אשר כל אחת מהן מהווה פריצת דרך משמעותית בהיקף הסמכויות הקיים בחוק כיום ודורשת חשיבה מעמיקה של המחוקק והכרעה בסוגיות מוסריות, חברתיות ומשפטיות.** ראשית, יש להסדיר בחוק את הסמכות להתקין במחשב תוכנה ללא הסכמת או ידיעת בעל המחשב. שנית, יש להסדיר בחוק את הסמכות לערוך האזנת סתר תוך שימוש ברוגלה, דהיינו – איסוף מידע מסוים מהמכשיר עצמו לאחר הגיעו למכשיר, תוך קביעת סוגי המידע שניתן לאסוף. **כאמור, איננו סבורים כי מענה לסוגיות אלה מצוי בחוק הקיים, כך שלעמדתנו אין למשטרת ישראל סמכות במצב החוקי הנוכחי להתקין רוגלות ולאסוף מידע באמצעותן.**
4. להלן נפרט את עיקרי עמדת הסניגוריה הציבורית בנושא, ובמסגרת זו **נציע אמות מידה להסדרה חקיקתית ראויה של השימוש ברוגלות** ונעמוד על ההגבלות הנדרשות בתקופת הביניים עד להסדרה, ככל שנמשכת הפעלתו של כלי זה.

צוות הבדיקה

5. ביום 1.8.2022 פורסמו מסקנות הצוות לבדיקת האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים, בראשותך. הצוות מונה על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, בעקבות פרסומים באמצעי התקשורת על מעקבים שמשטרת ישראל מבצעת אחרי אזרחים באמצעות מערכת הריגול הטכנולוגית "פגסוס" של חברת NSO ללא צו שיפוטי ותוך איסוף מידע החורג מגבולותיו של חוק האזנת סתר. ועדת הבדיקה בדקה בשלב הראשון את הטענות הממוקדות ביחס למעקב אחר שורת אנשים שפורטה בכתבות האמורות, אשר נטען שבוצעה באמצעות השתלת רוגלה במכשיריהם הסלולריים, ללא צו שיפוטי וללא צורך חקירתי. בשלב השני נערכה בדיקה נרחבת, בשיתוף גורמים משירותי הביטחון, משטרת ישראל ושתי חברות אזרחיות המספקות מערכות טכנולוגיות למעקב טכנולוגי באמצעות רוגלות למשטרת ישראל. בסיום הבדיקה, פורסם דו"ח גלוי וכן דו"ח חסוי אשר מטבע הדברים לא הועבר לעיונו.
6. במהלך הבדיקה הובאה בפני צוות הבדיקה עמדתה של הסניגוריה הציבורית, הן בכתב והן בעל פה. מהתרשמותנו בהופעה בפני צוות הבדיקה ומקריאת הדו"ח המעמיק, נראה כי צוות הבדיקה היה נכון לשמוע טענות ביחס לבעייתיות בהפעלת הרוגלות ועשה מאמץ רב לביורר התקלות שנפלו בשימוש ברוגלות ולמניעתן בעתיד. יש להעריך את הנכונות לעשות "בדק בית" ואף להכיר בטעויות שנעשו על ידי גורמי האכיפה השונים, ובמיוחד את הנכונות לפרסם חלק מהמצאים.
7. במסקנות צוות הבדיקה נשללו טענות מסוימות שעלו באמצעי התקשורת. יחד עם זאת, **התגלו הפרות חוק חמורות שנעשו בשגרה על ידי משטרת ישראל במשך שנים ארוכות במסגרת השימוש ברוגלות. חלק מהפרות החוק בוצעו בשלב מסוים בידיעת ובאישור גורמי הייעוץ המשפטי של משטרת ישראל, אשר עמדתם המשפטית בנושאים אלה נשללה בחוות דעת הייעוץ המשפטי לממשלה המובאת בדו"ח.**
8. בתמצית, מהדו"ח עולה כי משטרת ישראל הפעילה מערכות מעקב המבוססות על השתלת רוגלה במחשבים או במכשירי טלפון סלולריים, תוך איסוף מידע באופן המהווה "חיפוש סמוי" (דהיינו, איסוף מידע האגור על המכשיר בשונה מהאזנה למידע המתקבל בו בעת) במקרים מסוימים ותוך איסוף סוגי מידע שלא מהווים "תקשורת בין מחשבים" ואסורים שכן אינם

נכללים בסמכויות שמקנה חוק האזנת סתר למשטרה, כמו פתקים, פרטי יומן, אנשי קשר, רשימת האפליקציות במכשיר ומידע נוסף שלא פורט בדו"ח הגלוי. בנוסף, התגלו מספר תקלות במילוי הוראותיהם של צוים שיפוטיים להאזנת סתר, כמו ניסיונות איסוף מידע לאחר פקיעת צו שיפוטי להאזנת סתר.

9. הפגמים המהותיים שנמצאו באופן התנהלות המשטרה במשך שנים ארוכות (החל משנת 2016 ועד להקפאת השימוש בכלי בעקבות הפרסומים בתקשורת בשנת 2021), התבטאו בחריגה מסמכותה של משטרת ישראל בהפעלת הכלי, בניגוד לחוק האזנת סתר ותוך פגיעה בזכויותיהם של אזרחים רבים וכן בשורת מחדלים בקרב מעגלי פיקוח שונים במשטרה, בפרקליטות ובמערכת הייעוץ המשפטי לממשלה אשר לא נתנו דעתם להיקף הכלי ולמגבלות שיש להטיל עליו, ולא ביצעו בקרה מספקת על מנת למנוע את הפרת ההנחיות שכן הועברו.

10. למרות פגמים אלה, נקבע בדו"ח כי ניתן יהיה להמשיך ולעשות שימוש בכלי לאחר ניוון יכולות טכנולוגיות אשר לא עולות בקנה אחד עם ההסמכה להאזנת סתר לתקשורת בין מחשבים בחוק, ואף ביחס לכך הושאר "מרחב תמרון" במקרה בו משטרת ישראל לא תצליח לבצע את ההתאמות הטכנולוגיות הנדרשות, כפי שנקבע בעמ' 42 לדו"ח.

הערות מקדימות באשר לאופן הבדיקה

11. בטרם נשטח את טיעוננו המהותי, נעיר הערה בנוגע למתודולוגיה בה השתמש צוות הבדיקה. בדיקת הצוות נעשתה בשני מישורים, שניהם **בלתי מספקים להסקת מסקנות ממצות** בדבר היקף וחומרת החריגה מגבולות החוק שנעשו לאורך השנים בשימוש בכלי, ומותרים מקום לחשש מפני הפרות חוק נוספות שבוצעו במהלך הפעלת הרוגלות.

12. המישור הראשון היה בחינת מסד הנתונים של משטרת ישראל ושל החברות הפרטיות אשר סיפקו לה את המערכות (NSO וחברה נוספת). הבדיקה התבססה במידה רבה על מסדי הנתונים של החברות הפרטיות אשר נטען כי מצוי בהם תיעוד על כלל השימוש שנעשה במערכות על ידי משטרת ישראל וכן כי תיעוד זה אמין שכן אין יכולת לשנותו. דא עקא, שהנחה זו מבוססת על הצהרתן של אותן חברות פרטיות, אשר אינן שקופות לציבור ויש להן עניין רב בתוצאות הבדיקה (וזאת אף מבלי להידרש למוניטין של חברת NSO ולסנקציות שנקטו כנגדה בארצות הברית אך לאחרונה).³

13. המישור השני בו נערכה הבדיקה, כלל בדיקה של כ-25 תיקים על ידי צוות הבדיקה (בנוסף ל-23 תיקים שנבדקו על ידי הפרקליטות עצמה). בהתאם לדברי יועמ"ש המשטרה, תנ"צ אלעזר כהנא, בדיון בוועדת חוק, חוקה ומשפט מיום 13.3.2023, הפעלת הרוגלות נעשתה במעל אלף מקרים, על פני שש שנים. ספק רב בעינינו אם בדיקה של כ-25 תיקים מתוכם, המהווים פחות מ-2.5 אחוזים אכן עולה לכדי "בדיקה מדגמית" (וזאת אף אם נביא בחשבון את הבדיקות הנוספות שערכה הפרקליטות עצמה ב-23 תיקים נוספים), וקיים חשש כי שורת התקלות והפרות החוק עליהן הצביע הדוח אינה בהכרח ממצה את מגוון התקלות והפרות החוק שאירעו בפועל.

³ שמה של חברת NSO נקשר בשורת פרסומים לאספקת כלי מעקב טכנולוגיים למשטרים לא דמוקרטיים, והיא אף הוכנסה ל"רשימה השחורה" של משרד הסחר האמריקאי.

14. מהמקובץ עולה כי קיים חשש כבד ששורת התקלות והפרות החוק שאותרו בדו"ח הן רק "קצה הקרחון", וכי ההחלטה להמשיך להפעיל את הרוגלות התקבלה לאחר בדיקה לא ממצה של הליקויים בהפעלת הרוגלות והצעדים הנדרשים לתיקונם. זאת, אף אם המסד המשפטי לביסוס הסמכות לשימוש ברוגלות בחקירות של משטרת ישראל היה איתן, וכפי שנציג להלן – המציאות החוקית בישראל רחוקה מכך, לשיטתנו.

עמדת הסניגוריה הציבורית

15. בפניה זו נבקשך להורות על הפסקת השימוש בכלי עד להסדרת התחום בחקיקה ראשית. לטענתנו, אין סמכות להשתמש ברוגלות במסגרת חקירות פליליות, וחוק האזנת סתר לא מאפשר לעשות כן, חרף הפרשנות המשפטית שהובאה בדו"ח. לעמדתנו, אף אם נניח כעמדת היעוץ המשפטי לממשלה שהובאה כנספח לדו"ח כי קיימת סמכות חוקית לשימוש ברוגלות במסגרת הדין הקיים, הרי שלאור רגישות הסוגיה, מידת הפגיעה של הרוגלה בזכויות יסוד והשפעת השימוש בה על זכויות הפרט במדינת ישראל – אין להסתפק בפרשנות של דברי חקיקה נושנים, אלא יש לעגן את השימוש בכלי בחקיקה ראשית, לאחר דיון ציבורי שקוף.

16. השימוש ברוגלות מחייב לשיטתנו עיגון בחקיקה ראשית של שתי סמכויות, אשר כל אחת מהן מהווה פריצת דרך משמעותית בהיקף הסמכויות הקיים בחוק כיום. מדובר בסמכויות אשר כל אחת מהן דורשת חשיבה מעמיקה של המחוקק והכרעה בסוגיות מוסריות, חברתיות ומשפטיות – ולא תוך הסתמכות על דברי חקיקה ישנים אשר בעת חקיקתם לא יכול היה המחוקק לצפות את ההתפתחויות הטכנולוגיות. ראשית, יש להסדיר בחוק את הסמכות להתקין במחשב תוכנה ללא הסכמת או ידיעת בעל המחשב. שנית, יש להסדיר בחוק את הסמכות לערוך האזנת סתר תוך שימוש ברוגלה, דהיינו – איסוף מידע מסוים מהמכשיר עצמו לאחר הגיעו למכשיר, תוך קביעת סוגי המידע שניתן לאסוף.

17. יש לציין כי אנו רואים בדאגה רבה את הפער בין הליכי החקיקה בתחום הסמכויות החקירתיות שלא קודמו, אל מול קניית הסמכות בדרך של פרשנות החוק הקיים, כפי שנעשת בסוגיית הרוגלות. כך, חיפוש סמוי והתקנת מצלמות נסתרות לתיעוד חזותי של חשודים הינן סמכויות אשר הובאו לפתחו של המחוקק, אשר טרם הסדירן בחוק. והנה, בטרם התווה המחוקק את הגבולות בנדון באמצעות הליכי חקיקה, ובעודו מבקש לעשות כן, הותר השימוש ברוגלות תוך חיפוש סמוי ואף תוך אפשרות להפעלת מצלמת המכשיר לשם זיהוי קולות הדוברים בשיחה (כפי שנאמר בדיון ועדת חוק חוקה ומשפט מיום 13.3.2023 על ידי נציגות היעוץ המשפטי לממשלה).

18. לטעמנו, מעבר למסקנות אליהן הגיע צוות הבדיקה בדבר הצורך להפסיק את הפעולות החורגות מגבולות החוק באופן מובהק (שאיבת מידע אגור במכשיר והעתקת סוגי מידע שלא מהווים תקשורת בין מחשבים כמו פרטי אנשי קשר, רשומות יומן ופתקים למשל), יש צורך להסדיר בחקיקה את כלל תחום השימוש ברוגלות. כפי שנראה להלן, פעילות המשטרה בתחום זה מעוררת קשיים לא מבוטלים אשר לא מוצאים מענה בחוק הקיים. לעמדתנו, הפרשנות המשפטית שהובאה בנספח ב' לדו"ח צוות הבדיקה אינה מספקת ולא יכולה להוות התשתית המשפטית לפעילות הפוגעת בזכויות יסוד באופן כה רב.

19. אם לא תתקבל בקשתנו העיקרית, נבקש כי בכל מקרה ייושמו שורה של כללים ומגבלות שיש בהן כדי למתן (הגם שלא לבטל) את פוטנציאל הפגיעה החמור בזכויות הפרט של אזרחי המדינה, הן באופן הפניה בבקשה לקבלת הצווים השיפוטיים להאזנות סתר, הן באופן ביצוע הפעלת הרוגלה והן ביידוע ההגנה על השימוש ברוגלה במהלך ניהול ההליך הפלילי. הגבלות אלה צריכות לבוא לידי ביטוי אף במסגרת תיקון חקיקה עתידי אשר יסדיר את הסוגיה.
20. נציין כי במקביל לשליחת פניה זו, תועבר אלייך בקשה נפרדת שעניינה יידוע כלל החשודים והנאשמים אשר בחקירותיהם בוצע שימוש ברוגלה, לרבות נאשמים שמשפטם הסתיים.

גבולותיה של הסמכות להאזנת סתר

21. כאמור, הסמכות לביצוע האזנת סתר מעוגנת בחוק האזנת סתר. החוק מתיר לערוך האזנות סתר למטרת ביטחון המדינה ולמטרת מניעת עבירות וגילוי עבריינים. בשנת 1995 תוקן החוק, כך שבגדר המונח "שיחה" נכלל אף "תקשורת בין מחשבים", מעבר לצורות התקשורת שהאזנה להן התאפשרה בהתאם להוראות החוק עד אז. **החוק אינו כולל, ועל כך לא הייתה מחלוקת בדו"ח ועדת הבדיקה, אפשרות לעריכת חיפוש (גלוי או סמוי) ואינו מתיר איסוף מידע שנאגר בחומר מחשב, אלא רק האזנה לתקשורת שבין מחשבים.**
22. מעבר לסמכות ההאזנה הקבועה בחוק, נקבעה בחוק אף "סמכות עזר" לצורך התקנת אמצעים הנדרשים להאזנה, פירוקם או סילוקם (סעיף 10 לחוק). סעיף זה קובע כי לגורם המתיר את האזנת הסתר קיימת סמכות להתיר אף כניסה למקום לצורך התקנת, פירוק וסילוק אמצעי האזנה, תוך קביעת פרטי המקום אליו הותרה הכניסה במסגרת היתר הכניסה למקום. דהיינו, מדובר על סמכות לכניסה ל"מקום", שצריך להיות מוגדר ומתוחם, כך שנותן ההרשאה יסמך את מבצע הצו להיכנס למקום המסוים.
23. מנספח ב' לדו"ח עולה שעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה היא שניתן להתבסס על סעיף זה לצורך החדרת רוגלה באמצעים טכנולוגיים למחשב או טלפון סלולרי של אזרח. פרשנות זו מתבססת על קביעת שופט המיעוט בפסק דין שעסק בסגירת מקומות הימורים, בו נכתב מפי כב' השופט סולברג כי הוא נכון לראות במרשתת כ"מקום" ככלל. יחד עם זאת, קבע כב' השופט סולברג בחוות דעתו כי לא נכון לקבוע כלל גורף בשאלת הגדרת המושג "מקום" בהקשר המרשתת.⁴ חוות דעת הרוב לא הכריעה בנושא זה, אשר נותר כאוביטר. כב' השופט פוגלמן, שכתב את חוות דעת הרוב, לא קבע בחוות דעתו מסמרות בנושא זה, אלא הותיר את הדיון בכך לעת מצוא והתמקד בסוגיה אחרת.⁵
24. **לשיטתנו, אין בעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה כדי לתת מענה לכך שבמצב החוקי הקיים משטרת ישראל נעדרת סמכות להתקין רוגלות ולאסוף מידע באמצעותן:**

⁴ עע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, עמ' 185: "אין ניתן לומר באחריות שכל אימת שהמונח "מקום" מופיע בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה הרי שמן הראוי להחילו גם על אינטרנט".

⁵ שם, עמ' 204-205: "מוכן אני להניח, כפי שגם מצא חברי השופט נ' סולברג, כי ניתן לראות באתר אינטרנט בבחינת "מקום" כהגדרתו במקומות שונים בספר החוקים; וכן כי אתר הימורים מקוון הוא בבחינת "מקום משחקים אסורים", כהגדרתו בסעיף 229 לחוק העונשין שבו עסקינן. בעניין זה נוטה אני להסכים כי פרשנות תכליתית של החקיקה האמורה, ברוח הזמן והקדמה הטכנולוגית, אכן יכולה להובילנו למסקנה אליה הגיע חברי, שלפיה ניתן להחיל את סעיף 229 לחוק העונשין גם "בעולם הווירטואלי" (ההדגשות אינן במקור).

א. פרשנות הייעוץ המשפטי לממשלה מתבססת על דעת מיעוט בהקשר אחר – יש לתמוה כיצד פרשנות הייעוץ המשפטי לממשלה בנושא כה קריטי, שהשפעתו על הפגיעה בזכויות הפרט רבה, **מבוססת על דעת מיעוט אשר אף לא התיימרה לקבוע כלל גורף**, בפסק דין שדחה את ערעור המדינה. יתר על כן, הרי שגם אותה דעת מיעוט התייחסה לסוגיה שונה מענייננו: הגדרת המרשתת, ולא הגדרת המחשב. קשה לראות בדרך פרשנית זו, המהווה ניתוח חדשני של הפרשנות התכליתית הראויה לחקיקה הקיימת והחלתה על תחום טכנולוגי חדש ופורץ דרך, אותו לא העלה המחוקק על דעתו – כניצבת על אדנים איתנים, כפי שניתן היה לצפות כאשר מדובר בסוגיה שהשפעתה על זכויות הפרט במדינה כה רבה.

ב. המחוקק ראה במחשב חפץ, ולא מקום – לטעמנו אף לא ניתן להגדיר את הרשת כ"מקום", וזאת בהתבסס על קריאת מכלול הוראות החוק. כך, בסעיף 1 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] תשכ"ט-1969 נקבע כי חומר מחשב הינו "חפץ". סעיף 23 לפקודה, העוסק בצווי חיפוש, עורך הבחנה ברורה בין "מקום" לבין "חפץ", תוך קביעה כי ניתן לחפש ב"מקום" אחר "חפצים". מכאן ברורה כוונת המחוקק לא לראות בחומר מחשב כ"מקום" לעניין חדירה אליו לצורך איסוף מידע, שכן ההתייחסות לחומר זה היא בקטגוריה נפרדת, אותה בחר המחוקק להבחין מהמונח "מקום".

ג. המחוקק קבע כי "התקשרות או התחברות למחשב" תהווה חיפוש ולא האזנת סתר – סעיף 23א קובע כי חדירה לחומר מחשב תהווה "חיפוש" ותיעשה רק מכוח צו לפי סעיף 23 לפקודה. החריג לכלל זה, בהתאם לסעיף 4 לחוק המחשבים, הוא חדירה לחומר מחשב שהיא האזנת סתר. בדברי ההסבר לחוק המחשבים ביאר המחוקק את האבחנה בין חדירה למחשב שתהווה האזנת סתר לבין חדירה לחומר מחשב שתהווה חיפוש. המחוקק קבע כי "התקשרות או התחברות למחשב" תהווה חיפוש ואילו "התקשרות או התחברות לקווי התקשרות של המחשב", תהווה האזנת סתר.⁶

אם כן, **נראה כי החקיקה הקיימת קובעת במפורש ובברור, בניגוד לפרשנות המשפטית שהוצגה בנספח ב' לדו"ח צוות הבדיקה, כי חדירה לחומר מחשב יכולה להיעשות אך ורק כחיפוש ואך ורק מכוח צו חיפוש בחומר מחשב**. כעולה מהדו"ח, מקובל על הייעוץ המשפטי לממשלה שצווי חיפוש לא יכולים להוות תשתית חוקית לעריכת חיפוש סמוי ולהפעלת רוגלות במתכונת שהותרה למשטרת ישראל.

ד. התקנת רוגלות אינה דומה להתקנת אמצעי האזנה, שכן היא משנה את המחשב בו היא מותקנת ומהווה חדירה לזיכרון המחשב – לטעמנו, התקנת תוכנת "נוזקה" (Malware)⁷ במחשב אינה דומה כלל להתקנת אמצעי האזנה פיזיים במקום. התקנת תוכנה משנה את הרכב הזיכרון של חומר המחשב ו"דורסת" תאי זיכרון פנויים לכתובה, אשר חלקם אוצרים תוכן שאגור במחשב ולא ריקים לחלוטין. התקנת התוכנה אף מגבילה את יכולתו של המשתמש להתקין תוכנות נוספות ובכך מצמצמת את יכולתו לנצל את קניינו כראות

⁶ "מוצע שסמכות חדירה למחשב תיעשה על-פי הכללים החולשים על ביצוע חיפוש. יש מקום להבחין בין התקשרות או התחברות עם מחשב, דבר שהוגדר כחדירה למחשב, לבין התחברות או התקשרות לקווי התקשרות של המחשב, דבר שהוגדר בהאזנה בחוק האזנת סתר. הבחנה זו נדרשת לאור ההגדרה הרחבה של מחשב הכוללת גם את מערכות התקשרות של המחשב".

⁷ בהתאם להגדרת האקדמיה ללשון עברית, נוזקה היא תוכנת מחשב זדונית המתערבת בתפקוד הרגיל של המחשב או פוגעת בפרטיות המשתמש.

עינינו. בכך, פעולת התקנת הרוגלה דומה למחיקת תוכן שאף לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה כפי שהובאה בדו"ח – אין סמכות לעשות במסגרת האזנת סתר.

כאמור לעיל, מקובל על הייעוץ המשפטי לממשלה כי הסמכות הקמה במסגרת חוק האזנת סתר נוגעת רק לפרטי מידע החוסים תחת המונח "תקשורת בין מחשבים". לעומת זאת, גישה למידע האגור בזיכרון המכשיר מהווה חיפוש אשר הסמכות לבצעו היא רק בהתאם לסעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי וגישה למידע האגור בחומר המחשב ללא ידיעת המשתמש מהווה חיפוש סמוי, שאין סמכות לבצעו במסגרת החוק הקיים.⁸ על כן, עולה השאלה האם השימוש ברוגלה מהווה איסוף של מידע אגור או קליטה של מידע במעברו: Data in Transit.

אבחנה זו עוררה קשיים ביכולתה של משטרת ישראל להתמודד עם הצפנת תעבורת המידע, אשר הלכה ונעשתה נפוצה ומתוחכמת. על כן, שינתה משטרת ישראל את "מיקום" ההאזנה: במקום האזנה לתעבורת המידע שבין מחשבים, כמו חדירה לשרת ספקית המרשתת והתחקות אחר התוכן המועבר דרכו כשהוא מוצפן, מיקמה המשטרה את ההאזנה בתוך מכשירי הקצה. אלא שלעמדתנו, בכך לא רק שחרגה מסמכותה כאמור לעיל, אלא אף עברה את הגבול בין האזנת סתר לחיפוש סמוי (ואסור) בחומר מחשב.

התקנת התוכנה בתוך זכרונו הפנימי של המחשב או הטלפון הסלולרי, כך שהתוכן ייקלט על ידי התוכנה ויועבר למשטרת ישראל לאחר פענוחו במכשיר, משמעה קריאת התוכן המועבר מתוך זכרונו הפנימי של המכשיר. קריאת תוכן זה, אף אם מקורו בתעבורת נתונים בין מחשבים, לא מהווה קליטת תקשורת בין מחשבים כי אם חיפוש בחומר מחשב. המחוקק אף הבהיר במפורש במסגרת סעיף 23א(ג) לפקודת סדר הדין הפלילי כי תקשורת בין מחשבים המאותרת בדרך של חדירה לחומר המחשב (דהיינו, תוך חדירה או התחברות למחשב עצמו ולא לקווי התקשורת שלו בלבד) – לא תהווה האזנת סתר, אלא תחסה תחת הגדרת החיפוש בחומר מחשב.

נראה כי טשטוש האבחנה בין חדירה לזיכרונו של מכשיר הקצה לבין האזנת הסתר למידע המועבר הובילה לתקלה ולפער בין גישות הייעוץ המשפטי למשטרה, אשר התיר החל משנת 2018 למחלקת הסייבר של המשטרה לאסוף מידע אגור בתקופת צו האזנת הסתר, במקרה של עצירת פעולת הרוגלה, לבין גישת הייעוץ המשפטי לממשלה, אשר אסר כל גישה למידע האגור בחומר המחשב על ידי רוגלה המופעלת בהתאם לחוק האזנת סתר. בית המשפט המחוזי בפרשת פילוסוף⁹ קבע בבירור, כפי שאף צוטט בדו"ח, כי **משעה שהמידע הגיע למחשב – לא מדובר עוד בהאזנת סתר כי אם בשליפת מידע אגור אשר עיון בו דורש צו חיפוש בחומר מחשב**. על כן, גם אם הרוגלה קוראת את המידע המתקבל במכשיר בסמוך מאד להגעתו אליו (הגם שלא מיד, שכן נדרשת פעולת "כתיבה" בזיכרון המכשיר, "שליפת" המידע האצור בזיכרון ו"קריאתו" על ידי הרוגלה), אין בכך כדי לשנות את העובדה שלא

⁸ ראי בעמ' 41 לדו"ח צוות הבדיקה: "איסוף מידע אשר אינו מידע שמועבר בתקשורת בין מחשבים, וכן מידע אשר קודם למועד התקנת הכלי, אינו מהווה פעולה של האזנת סתר המותרת לפי החוק, אלא חיפוש סמוי במחשב – שאינו בסמכות המשטרה".

⁹ ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף.

מדובר עוד ב"מידע במעברו", אלא במידע שנאגר במכשיר עצמו ולא ניתן לחדור אליו בהתאם לחוק האזנת סתר.

25. מהמקובץ עולה, כי אין בחוק הקיים סמכות לחדירה לחומר מחשב ולהתקנת רוגלה בחומר המחשב. סמכות שכזו צריכה להיקבע על ידי המחוקק, ואין בפרשנות התכליתית שנעשתה על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה כדי ליצור סמכות זו יש מאין. בייחוד נכונים הדברים שעה שהסמכות שבמחלוקת פוגעת בפגיעה קשה בזכויות הפרט. פסיקת בית המשפט העליון קבעה בשורת מקרים כי ככל שהפגיעה בזכויות הפרט קשה יותר – כך נדרשת הסמכה מפורשת לפעולת הרשות, מכוח עקרון החוקיות.¹⁰

האופן הראוי להסדרת אמצעים טכנולוגיים פוגעניים במדינה דמוקרטית

26. לא אחת הערנו בפניותינו על הפסול שבהטמעת טכנולוגיות חדשניות ופורצות דרך על ידי הרשות המבצעת (ובייחוד על ידי רשויות אכיפת החוק), אשר פגיעתן בזכויות האזרח עמוקה ורחבה, מבלי להסדיר את הסמכות להפעלת הטכנולוגיות בחקיקה ראשית. כך היה ברישות ערי ישראל במצלמות משוכללות,¹¹ כך היה ברישות כבישי הארץ במערכת "עין הנץ"¹² וכך קורה אף כעת עם הרוגלות, "סייפן" ואחרות.

27. הצורך להעשיר את ארגז הכלים המבצעי העומד לרשות גורמי האכיפה בהתמודדות עם אתגרים טכנולוגיים חדשים ועם משימתן להילחם בפשיעה ובטרור בכלים אלה – מובן בהחלט. עם זאת, במדינה דמוקרטית הצורך בהתעצמות הרשות המבצעת אל מול איומים שונים לא יכול להצדיק פעולה נעדרת סמכות חוקית.

28. במקומות רבים בדו"ח צוות הבדיקה חוזר ועולה הצורך לעדכן את החקיקה הנוגעת להאזנות סתר בפרט ולהתמודדות עם אתגרים טכנולוגיים שונים בכלל, לאור הקצב המהיר של התקדמות העולם הטכנולוגי ואימוצו על ידי גורמי פשיעה שונים. נדמה כי אף לשיטת הייעוץ המשפטי לממשלה, הסמכות שנמצאה להפעלת הרוגלות אינה מיטבית כלל. היא מבוססת בעת הזו על פרשנות של סעיפי חוק ישנים שהמחוקק לא חזה את יישומם על עולם הרוגלות.

29. בדמוקרטיה ייצוגית, אשר בה הריבון הוא העם, ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל בידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה.¹³ אין זה ממקומם של גורמי האכיפה להחליט על שינוי העולה כדי "רעידת אדמה" במארג היחסים שבין המדינה לאזרחיה ובמעמדה של הזכות לפרטיות במשטר הישראלי. זהו נושא אשר מהותית וערכית ראוי להותיר לפתחו של המחוקק.

¹⁰ בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, עמ' 823: "ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה, וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת 'ההסמכה המפורשת'. כן ראי פסקה 16 לבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל וכן דפנה ברק-ארוז, משפט מינהלי, כרך א עמ' 97.

¹¹ ראי את הערות הסניגוריה הציבורית לתזכיר חוק לתיקון פקודת המשטרה [נוסח חדש] (תיקון – מערכות צילום מיוחדות), התשפ"א-2021 המצ"ב לפניה זו.

¹² ראי את הפניה שכותרתה "שימוש במערכת "עין הנץ" לצורך הפעלת סמכויות האכיפה של משטרת ישראל" המצ"ב לפניה זו.

¹³ בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, עמ' 24 (להלן: "בן מאיר").

30. בפרט נכונים הדברים כשעל הפרק הזכות לפרטיות, אשר נקבע כי היא "אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי".¹⁴ אין ספק כי הרוגלות, על יכולותיהן המתקדמות, מהוות קפיצת מדרגה ביחס ליכולותיה של המשטרה לחדור לצנעת הפרט ולסוד שיחם של אזרחיה. אם בעבר הייתה יכולה המשטרה להאזין לתקשורת מסוימת, הרי שמערך הרוגלות פותח את עולמו הפנימי של האזרח בפני המשטרה כספר פתוח. בהקשר זה יודגש, כי השימוש ברוגלות אף מרחיב מאוד את מעגל הפגיעה בפרטיות בצדדים שלישיים לעומת המקובל בעבר בהאזנות סתר – זאת, שכן קבוצות ביישומי מסרים מיידיים ורשתות חברתיות יכולות לכלול שיח בין מאות אנשים שונים, אשר אינם חשודים, אינם קשורים לחשדות, והשיח מתקיים בינם לבין עצמם ולא בינם לבין החשוד.

31. לשם המחשה, אם נעשו למעלה מאלף שימושים ברוגלות ובכל מכשיר סלולרי מצוי מידע של כאלף בני אדם שונים (בין אם תקשרו עם מחזיק המכשיר המודבק ברוגלה במישרין ובין אם היו חברים עימו בקבוצות יישומי מסרים מיידיים או רשתות חברתיות), מעגל האזרחים שפרטיותם נפגעה כתוצאה מהשימוש בכלי חובק למעלה ממיליון אנשים! מדובר בקפיצת מדרגה משמעותית מבחינת היקף הפגיעה בפרטיות ביחס להאזנת הסתר המסורתית, אשר פגעה בפרטיותו של המשוחח ובן שיחו בלבד. שינוי דרמטי זה מחייב לשיטתנו את הסדרת השימוש ברוגלות בחקיקה ראשית, חלף פרשנות של חוק האזנת סתר הקיים.

32. המכשיר הסלולרי אוצר בתוכו את סודותיו הכמוסים ביותר של האדם, מתעד את מחשבותיו, את צעדיו ואת קשריו בצורה שאף אדם לא נחשף אליה מלבדו. עיון בתכנם של מכשירים סלולריים רבים כרוך בפגיעה אנושה בפרטיות של בני שיח אשר החליפו תמונות אינטימיות או תיעוד מעשים מיניים שונים. המכשיר הסלולרי אף מאפשר להשתמש בכלים עוצמתיים ביותר החורגים מיכולותיהם של מכשירי הטלפון והמחשב בעבר: איתור מיקום בעזרת אות לווייני, הפעלת "האזנת נפח" בעזרת שימוש במצלמת ורשמקול המכשיר ואפילו התחקות אחר מדדיו החיוניים של האדם בעזרת חיבור המכשיר לצמיד או שעון חכם. משכך, לא דומה האזנה לשיחת טלפון "כבימי קדם" להחדרת רוגלה למכשיר סלולרי, והסדרת הנושא בנהלים פנימיים ובפרשנות "טלאי על טלאי" לא הולמת את עצמת הכלי ואת פגיעתו האפשרית בפרטיות האזרחים. כראיה לכך – ההפרות הבוטות והנרחבות שהתגלו בענייננו, אשר נעשו בשוגג כקביעת צוות הבדיקה.

33. איננו מתעלמים מכך שהליך חקיקה הוא עניין מורכב, מסובך וארוך. עם זאת, לא מדובר בהכרח בחיסרון בעניינים כאלה. כך נקבע בעניין לם: "...במרבית המקרים הליך החקיקה בכנסת הוא מורכב, ממושך ויקר יותר מן ההליך המינהלי, אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום שבו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות האדם. דווקא 'סרבולה' של פעולת החקיקה הראשית, והתנאתה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש".¹⁵

34. בשנת 2020, אגב ההתמודדות עם מגפת הקורונה, היינו עדים לדוגמה מאלפת לחשיבות ולתועלת שבקיום דיון ציבורי מעמיק במסגרת הליך חקיקה ראשית בסוגיית השימוש בכלים

¹⁴ רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארוז. כן ראי ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, עמ' 740.

¹⁵ בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, עמ' 864.

טכנולוגיים להתחקות אחר אזרחים. משטרת ישראל ביקשה להתחקות אחר חולי קורונה ולוודא שאינם מפריס את חובת הבידוד שחלה עליהם. לצורך כך, תיקנה הממשלה תקנת חירום המאפשרת למשטרה לקבל נתוני תקשורת מחברות הסלולר. לאחר עתירה שהוגשה בעניין לבג"ץ, הודיעה המדינה שבכוונתה לעגן את הסמכות בחקיקה ראשית של הכנסת. לאחר שהצעת החוק עברה בקריאה ראשונה, ובעקבות דיונים פומביים ומעמיקים בשיתוף מומחים משורת ארגונים בנושאי פרטיות, בריאות וכן נציגי ארגוני החברה האזרחית, החליט המחוקק שלא להמשיך לקדם את חקיקת החוק לאחר שנחשף לעמדות הציבור בנושא.¹⁶

35. אף במישור הפרקטי, הסדרת התחום בחקיקה ראשית ולא בנהלים פנימיים, תוך התבססות על פרשנות לחקיקה הקיימת, תסייע למנוע תקלות עתידיות. **בדו"חות מבקר המדינה לאורך השנים עלה כי בראיה רחבה, לא היה די בנהלים פנימיים כדי למנוע שימוש לא מידתי ולא זהיר בכלי האזנת הסתר.** כך, בדו"ח מבקר המדינה בשנת 1990,¹⁷ עלה כי משטרת ישראל מבקשת לערוך האזנות סתר גם במקרים בהם האזנה איננה חיונית, עורכת האזנות סתר גם בהיעדר חשד קונקרטי נגד אדם, לא מפרטת בבקשותיה לצווי האזנות סתר את מלוא הנתונים הנדרשים לקבלת החלטה בעניין ואף מקליטה שיחות של אנשים שלא הוגדרו בצו השיפוט כיעדי ההאזנה, תוך חריגה מהוראות הצו. בדו"ח מבקר המדינה משנת 2004,¹⁸ עלה כי האזנות הסתר מבוצעות על ידי המשטרה בצורה לא אפקטיבית במרבית המקרים (83% מהאזנות הסתר), כי במחצית מהאזנות הסתר תומללו שיחות שלא נגעו לחקירה ופגעו בפרטיות הנחקרים באופן פסול, בחמישית מהאזנות הסתר נעשתה חריגה מההיתר שניתן בצו השיפוט וכך כי הבקשות לקבלת צווי האזנות סתר נערכות באופן כוללני ובלתי מידתי, מבלי להביא בפני בית המשפט את מלוא המידע הדרוש לקבלת ההחלטה.

36. **מדו"ח מבקר המדינה עלה כי פעם אחר פעם התגלו ליקויים באופן הפעלת הכלי על ידי משטרת ישראל, אשר הפעילה אותו ללא חשד לעבירה קונקרטי, לצורך חקירת עבירות קלות ערך, מבלי לסייג את בקשות לצו שיפוטי למינימום ההכרחי לחקירה, תוך פגיעה מופרזת בצנעת הפרט של החשודים ומבלי להפיק תועלת חקירתית מהשימוש בכלי ברוב המוחץ של המקרים.** לאור שורת התקלות בהפעלת הכלי, אשר באו לידי ביטוי בדו"חות מבקר המדינה, התעורר הצורך בקביעת גבולות ברורים בחקיקה ראשית, ואכן – חוק האזנת סתר תוקן על מנת להלום את הצורך בריסון השימוש בכלי, לצד השמירה על יכולות משטרת ישראל לעשות בו שימוש זהיר לפענוח ומניעת פשעים.¹⁹ עיגון הסמכות להשתמש בכלי על גבולותיה וסייגיה בחקיקה ראשית אף יסייע לקדם את סכנת ה"מדרון החלקלק" הרובצת במקרים בהם בעל הסמכות קובע את גדרי פעולתו בהתאם לפרשנותו שלו.²⁰

37. בחינה השוואתית מלמדת כי המשפט הנוהג במדינות רבות בעולם בחר אף הוא **לעגן בחקיקה ראשית את סמכות הפעלת הרוגלות לצרכים חקירתיים וביטחוניים.** כך למשל, ביחס לשימוש בהאזנות סתר נמצא כי השימוש בכלי ביחס לגודל האוכלוסייה גדול פי כמעט שלושה מהנעשה

¹⁶ עניין **בן מאיר**, עמ' 23-24.

¹⁷ האזנות סתר ושימושן במשטרה, דו"ח מבקר המדינה מס' 41 לשנת 1990, עמ' 340.

¹⁸ האזנות סתר, דו"ח מבקר המדינה מס' 54 בשנת 2003, עמ' 279.

¹⁹ חוות דעת מבקר המדינה בנושא האזנות סתר בחקירות פליליות, יוני 2010, עמ' 24-26.

²⁰ ראי עניין **בן מאיר**, עמ' 39.

באוסטרליה, פי שמונה מהנעשה בבריטניה ופי 20 מהנעשה בארצות הברית.²¹ ואולם, במדינות אלה קיימת הסדרה חוקית של השימוש ברוגלות לצרכים חקירתיים, כמו גם מדינות רבות נוספות – גרמניה, שבדיה, ספרד ועוד. אף הנציב העליון של האו"ם לזכויות אדם הנחה בדו"ח שכותרתו "The Right to Privacy in the Digital Age", כי הסמכות להפעלת הרוגלות, כמו כל מעקב אחרי תקשורת האזרחים, תעוגן בחקיקה ברורה ונגישה, אשר תכלול אמצעים המספקים הגנה יעילה נגד שימוש לרעה בכלי.²²

38. הכנסה לשימוש של כלי חודרני ופוגעני אשר יעצים את הפגיעה בפרטיותם של אזרחי המדינה בעשרות מונים לעומת המצב הקיים טרם הכנסתו לשימוש, מחייבת אפוא דיון ציבורי וקבלת החלטה מצד נבחרים העם, כראוי למשטר דמוקרטי בו העם הוא המתווה את סמכויותיו של השלטון ואת האיזון בין זכויות הפרט של אזרחיו לבין הכלים הניתנים לגופי השלטון לאכוף את החוק ולמנוע עבירות.

ההגבלות הנדרשות במסגרת הפעלת רוגלות

39. על אף שעמדתנו הנחרצת היא כי יש לעשות שימוש ברוגלות במסגרת חקירות פליליות רק לאחר עיגון מפורש של הסמכות בחקיקה ראשית, מצאנו לנכון לפרט כבר כעת את המגבלות שאנו סבורים שיש להחיל על השימוש ברוגלות וזאת בין אם השימוש ברוגלות יופסק עד להסדרה חוקית, או אז נקווה כי הצעותינו יוטמעו בחקיקה, ובין אם יוחלט להמשיך להשתמש ברוגלות טרם הסדרתן החוקית, או אז **ראוי כי בכל מקרה יוחלו ההגבלות שלהן כבר עתה.**

א. הקמת גוף ביקורת עצמאי שיפקח על הפעלת הרוגלות, ולהעניק לו סמכות לתת סעדים במקרים של הפרות – המשפט הנוהג בעולם יכול לשמש כלי עזר חשוב לצורך הסדרת הסמכות לשימוש ברוגלות בחקיקה. המועצה האירופית קבעה כי חקיקה המסדירה מעקב אחר תקשורת אזרחים צריכה לקבוע מנגנוני פיקוח עצמאיים, מנותקים מגופי המשטרה, אשר יפקחו אחר הפעלת אמצעי המעקב ויוודאו שהאזנות הסתר מתבצעות כחוק.²³

בשבדיה הפעלת הרוגלות עצמה מופקדת בידי גוף חיצוני לרשות החקירתי, אשר כפוף למשרד הביטחון. ההפרדה בין הרשות המפעילה את הרוגלות לרשות החוקרת נובעת מהיקף המידע האדיר שמתקבל בעת הפעלת הרוגלות, אשר עולה בהרבה על המידע אותו ראוי שתקבל הרשות החוקרת עצמה. כך, הגוף המעוניין במידע לא יהיה חשוף לכל המידע האדיר שמופק כתוצאה מהשימוש ברוגלה והחשש מפני שימוש לרעה במידע או בחשיפה למידע שלא הותר לעיין בו – קטן.²⁴

בגרמניה ועדה עצמאית המורכבת משני שופטים פדראליים ותובע פדראלי מפקחת על הפעלת הרוגלות על ידי שירותי המודיעין ויכולה לפסול בדיעבד את הפעלת הרוגלות ולהורות על הפסקת השימוש בכלי. מדובר בהשלמה למנגנון הפיקוח השיפוטי הנדרש

²¹ שומרים - המרכז לתקשורת ודמוקרטיה בישראל, "ישראל תחת מעקב: אלפי צווי האזנה, עשרות אלפי צווי חיפוש. בעולם זה לא כך", <https://www.hashomrim.org/hebrew/490>.

²² A/HRC/27/37, עמ' 8, פס' 23.
²³ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows, ETS 181 – Automatic Processing of Personal Data (Protocol), 8.XI.2001

²⁴ Rojszczak, M. (2021). EU Criminal Law and Electronic Surveillance: The Pegasus System and Legal Challenges It Poses. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 314-315

להוצאת צווים, כך שתתקיים ביקורת כפולה: לפני הוצאת הצו ובמהלך הפעלתו. החקיקה בגרמניה מחייבת יידוע של הנעקב על הפעלת רוגלה כנגדו, מלבד מקרים בהם ההודעה עלולה לגרום לנזק.²⁵

בבריטניה הוקם טריבוטל ייעודי לדיון בתלונות על הפעלה בלתי מוצדקת של רוגלות. הטריבוטל יכול להעניק סעדים של פיצוי וכן סעדים אופרטיביים בדמות הוראה על הפסקת השימוש בכלי ומחיקת החומר שנאסף במסגרת הפעלתו.²⁶ הגוף השיפוטי הבוחן את הבקשות להפעלת רוגלות בהליך חקירתי מדווח באופן שנתי לראש הממשלה על היקף הפעלת הסמכות, שיעור ההצלחות, מספר הבקשות, מספר הבקשות שאושרו ונתונים נוספים. החקיקה בבריטניה אף היא מחייבת יידוע של הנעקב על הפעלת רוגלה כנגדו, מלבד מקרים בהם ההודעה עלולה לגרום לנזק.

באוסטרליה נציב תלונות הציבור מפקח על הפעלת הרוגלות על ידי המשטרה והמפקח הכללי של המודיעין והביטחון (IGIS) מפקח על הפעלת הרוגלות על ידי סוכנויות מודיעין. גופי הפיקוח מדווחים לממשלה על השימוש ברוגלות לצורך בקרה הדוקה על הפגיעה בפרטיות האזרחים: נציב תלונות הציבור מדווח על הפעלת הרוגלות על ידי המשטרה לשר הפנים מידי חצי שנה והמפקח הכללי של המודיעין והביטחון מדווח בדו"ח שנתי על השימוש ברוגלות.²⁷

ב. הגבלת השימוש ברוגלות לתקשורת בין שני אנשים בשר ודם – לעמדתנו יש לייחד את הפעלת הרוגלות רק לאיסוף מידע שהוא תקשורת בין מחשבים המועברת בין שני "משתמשי קצה" – כלומר, שני אנשים בשר ודם. המציאות הטכנולוגית של ימינו הפכה את עולם המחשב למבוסס "ענן" בחלקים נרחבים של השימוש היומיומי במחשבים ובטלפונים סלולריים חכמים. אם בעבר כל אדם היה משתמש במחשבו שלו, מסתמך על כוח החישוב והזיכרון של אותו מכשיר ומתקשר עם מחשבים של אחרים, הרי שכיום כל אדם כשהוא לעצמו מפעיל במהלך שימוש יומיומי מערכות מחשב רבות ומבוזרות, אשר מצויות בממשק עם מכשיר הקצה שבידו. פעמים רבות המידע האגור על חומר המחשב של משתמש הקצה נשמר בשרתים מרוחקים וברשתות מחשבים שונות, בפריסה גלובאלית.

בעמ' 92-93 לדו"ח נכתב כי לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה גם "שיחות" אותן עורך האדם עם עצמו או עם תוכנת מחשב אוטומטית ("בוט") מהוות תקשורת בין מחשבים אליה ניתן לחדור מכוח חוק האזנת סתר. לעמדתנו, והדברים נכונים ביתר שאת ככל שהנושא יוסדר בחקיקה, יש לחדד את האבחנה המהותית בין האזנת סתר לתקשורת בין מחשבים לבין חדירה למידע אגור – אף אם הוא נאגר על פני מספר מחשבים שונים המקיימים ביניהם ממשק ותעבורת נתונים, כמו צפייה בתמונות אותן צילם המשתמש, המגובות בענן. מובן כי מבחינה מהותית לא ראוי לראות בהעברת המידע משרת הענן למחשב הקצה כתקשורת בין מחשבים המאפשרת האזנה מכוח צו האזנת סתר, אלא יש

Owen, R. J. (2018). Law Enforcement's Dilemma: Fighting 21st Century Encrypted Communications with 20th Century Legislation. Naval Postgraduate School

Investigatory Powers Act 2016

The Surveillance Legislation Amendment (Identify and Disrupt) Bill 2020, ²⁷
<https://www.homeaffairs.gov.au/about-us/our-portfolios/national-security/lawful-access-telecommunications/surveillance-legislation-amendment-identify-and-disrupt-act-2021/network-activity-warrants>

לראות בה עיון במידע אגור, אליו ניתן לחדור רק מכוח צו חיפוש בחומר מחשב, גם אם טכנית כרוכה תעבורת מידע בין מכשירים או שרתים בתהליך שליפת המידע האגור על ידי משתמש הקצה. הדבר דומה להעברת מידע בין רכיבים אלקטרוניים שונים באותו מחשב (למשל, מידע העובר בין התקן נייד המחובר למחשב, דרך זיכרון ה-RAM וה-ROM דרך המעבד הגרפי ועד להצגתו במסך).

על כן, ראוי להקפיד על האבחנה בין מידע המועבר בין מערכות מחשב שונות ומנותקות אשר מאחוריהן משתמשים שונים המקיימים ביניהם תקשורת ולא בין מערכות מחשב שונות המקיימות תעבורת נתונים, בלי שתיערך תקשורת בין משתמשים שונים. הדבר עולה בקנה אחד עם תכליות חוק האזנת סתר אשר נועד לאפשר חדירה לתוכן שיחות בין אנשים שונים,²⁸ במובחן מחדירה לצפונותיו של האדם בינו לבין עצמו, אותה ביקש המחוקק להסדיר במסגרת פקודת סדר הדין הפלילי. לאור ההתפתחות הטכנולוגית וביזור מערכת המחשב של אדם על פני מספר מכשירים ושרתים שונים, קיים מפני חשש לטשטוש האבחנה בין האזנת סתר לבין עריכת חיפוש סמוי בחומר מחשב, אשר לא הוסדר עד כה בחקיקה.

ג. ניווט מלא ומוחלט של יכולות איסוף מידע החורג מגבולות החוק – יש לוודא כי ניוון יכולות הרוגלה לא יאפשר לה לאסוף סוגי מידע אשר חורגים מגבולות חוק האזנת הסתר אף לשיטת הייעוץ המשפטי לממשלה אינם מהווים "תקשורת בין מחשבים". הדברים אמורים ביחס לרשימת היישומונים שבמכשיר הסלולרי, אשר נראה כי אין חולק שמהווה מידע אגור ולא תקשורת בין מחשבים (ראי למשל בעמ' 39 לדו"ח). עם זאת, לצורך הפעלת הרוגלה באופן בטוח, נראה כי "הוגמשה" העמדה המשפטית העקרונית, שוב על דרך של פרשנות. לעמדתנו, אין הבדל אם איסוף המידע האגור נעשה לצורך חקירתו או לצורך בטיחות הפעלת הרוגלה וכן אין הבדל אם מפעיל הרוגלה יראה את רשימת האפליקציות או שזו תיאסף מבלי שיעין אנושית תשזוף אותה. מידע אגור הוא מידע שאין לאסוף בהתאם לצו האזנת סתר אלא מכוח צו חיפוש בחומר מחשב, אשר במצב החוקי הנוכחי לא ניתן לבצע באופן סמוי. יש לוודא כי גם לאחר תיקון החוק – אין להתיר למדינה לאגור מידע בחזקתה כאשר היא אינה רשאית לעשות זאת על פי הדין. בנוסף, במישור המעשי עולה חשש שמרגע שהמידע בחזקת המשטרה הוא עלול לזלוג בשוגג, עלול להיות מפתה לעיין בו, וכהנה סכנות.

הדרך לפתור את האתגר הטכנולוגי שהמגבלה החוקית מעמידה היא תיקון החוק הקיים או מציאת פיתרון טכנולוגי אחר. במצב המשפטי הקיים, המסלול הפרשני שננקט, לפיו סעיף 10א לחוק האזנת סתר מאפשר גם שאיבה של מידע אגור על מנת להבטיח את תקינות הפעלת הרוגלה, לא מתמודד עם החובה לפגוע בזכויות יסוד מכוח הסמכה מפורשת בחוק. גם לאחר תיקון חקיקה, אין זה ראוי להשוות בין המידע שנחשף בעת ביקור בביתו של אדם לצורך התקנת מכשיר האזנה (אשר מוגבל לחפצים המצויים במרחב הגלוי בביתו, אותו יכולים לראות כל יושבי הבית ואורחיהם), למידע האינטימי שטמון ברשימת היישומונים אשר עשוי לחשוף נטיות מיניות כמוסות (למשל – יישומוני היכרויות המיועדים להיכרויות הקהילה הגאה), בעיות רפואיות (למשל – יישומוני מעקב אחרי מדדים רפואיים

²⁸ ראי סעיף 1 לחוק האזנת סתר: "האזנת סתר" – האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה".

האופייניים למחלה מסוימת) או השתייכויות פוליטיות (למשל – יישומן עדכונים ממפלגה מסוימת). לעמדתנו, אין להתעלם מהקושי המהותי רק בשל המגבלה הטכנולוגית במערכת "סייפן". החוק וערכיה של החברה המגולמים בו יכתיבו את גבולותיה של הרוגלה ולא ההיפך. על כן, יש לערוך שינוי טכנולוגי ברוגלה אשר יאפשר את הפעלתה מבלי לאסוף את המידע האגור. אף במסגרת הסדרת השימוש ברוגלות בחקיקה חשוב להיזהר ולא להיגרר לאישור של הטכנולוגיה הקיימת בהתבסס על המגבלות והיכולות של מערכת הסייפן. שמירה ראויה על פרטיות האזרחים ושמירה על האבחנה בין האזנת סתר לבין חיפוש סמוי בחומר מחשב צריכות להוביל לקביעת גבולות השימוש ברוגלות באופן שלא יאפשר שאיבת מידע אגור, אף אם המערכת הנוכחית בה נעשה שימוש במשטרת ישראל דורשת תיקון על מנת להתאים לגבולותיו הראויים של החוק.

בנוסף, הגם שלא פורטו יכולות אלה בדו"ח, יש להזכיר יכולות נוספות אשר דווח אודותיהן באמצעי התקשורת – איסוף מידע של מיקום (GPS), הפעלת הרשמקול והפעלת מצלמת המכשיר.²⁹ מובן שיכולות אלה לא עונות על תנאי השיחה, גם אם הן מערבות שימוש במערכות מחשב חיצוניות או מחשוב "ענן" של חברות טכנולוגיה גדולות. השימוש ביכולות אלה, לא רק שחורג מגבולות חוק האזנת סתר באופן ברור, הופך את החשוד למכשיר האזנה נייד לכל סביבתו באופן פוגעני ובלתי מידתי. צילום והקלטת כל סביבתו של החשוד תחלל לא רק את פרטיותו שלו, אלא אף את פרטיותם של בלתי מעורבים רבים אשר חטאם היחיד היה הימצאות בטווח צילום או הקלטה של מכשירו הסלולרי של החשוד. על כן, ראוי להזכיר כי יכולות אלה, גם אם זמינות טכנולוגית באמצעות רוגלות שונות, הן מחוץ לתחום רשויות החקירה ואין לעשות בהן שימוש במסגרת הפעלת הרוגלות גם בהינתן הסדרה חקיקתית.³⁰

ד. יש להסדיר באופן ברור ומפורט את אופן הפניה לבתי המשפט בבקשה להוצאת צווי האזנת סתר, במסגרתם יובהר כי יש בכוונת המשטרה לערוך שימוש ברוגלה, לפרט את יכולותיה של הרוגלה ולנמק מדוע נדרש היתר לכל אחת מהיכולות ולתחם את הבקשה לצו השיפוטי באופן שיצמצם את הפגיעה החריפה בפרטיות הנחקר. בנוסף, כפי שנקבע בפסקה 69 לחוות דעת הנשיאה חיות במסגרת דנ"פ **אוריך**, יש לפרט בפני בית המשפט ממנו מתבקש צו חיפוש בחומר מחשב את בקשות החיפוש הקודמות ביניהן מתקיים קשר ענייני עם הבקשה לצו חיפוש וכן כל חיפוש בלתי חוקי או פגם בהתנהלות הרשות החוקרת בכל הנוגע לחיפוש המבוקש. על כן, לאור החשיבות ליידע את בתי המשפט על השימוש ברוגלה בטרם קבלת צו חיפוש במכשיר בשל הסוגיות המשפטיות המורכבות הנוגעות להפעלתו והחשש כי החיפוש המאוחר לשימוש ברוגלה ישמש ל"הכשרת" הראיות שנאספו במסגרת הפעלת הרוגלה, יש להבהיר לבית המשפט באופן מפורט ומפורש מה היכולות שנעשה בהן שימוש, מתי הופעלה הרוגלה ומה הופק במסגרת ההפעלה.

²⁹ ראי למשל "האזנה לנעשה בחדר ופתיחת המצלמה: כך נראה האבטיפוס של הפגוס המשרתי ב-2014", הארץ, 4.8.22, <https://www.haaretz.co.il/news/law/2022-08-04/ty-article-magazine/premium/00000182-625b-dc23-a586-e27b63b90000>.

³⁰ לאחרונה התפרסם כי משטרת ישראל עשתה שימוש ביכולות אלה במסגרת מערכת "פגוס" שנרכשה מחברת NSO. מכיוון שמדובר בהליך מתנהל ובדיווח ראשוני, לא ברור מה נעשה במסגרת החקירה אולם יש לקוות כי לא מדובר בפרקטיקה נהוגה: "המשטרה חדרה לנייד של אשת החשוד והפעילה מרחוק את המיקרופון והמצלמה", כלכליסט 6.2.23.

ה. נדרש תיעוד של הפעלת הרוגלה במהלך החקירה וכן יידוע ההגנה בדבר השימוש שנעשה בעניינו של הנאשם. כפי שפירטנו בהרחבה בפנייתנו למשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פלילי) בנוגע ליידוע חשודים ונאשמים על הפעלת רוגלה בחקירותיהם, יש לפרט בחומר החקירה המועבר להגנה את דבר הפעלת הרוגלה במהלך החקירה. היידוע על הפעלת הרוגלה מתחייב על מנת לאפשר למי שרואה עצמו נפגע מהפעלת הרוגלה (אף אם לעמדתך הפעלת הרוגלה מבוססת על תשתית חוקית מספקת), להשמיע את טיעונו בפני בית המשפט ולעתור לסעד במישור הראיתי, במישור ההגנה מן הצדק או במישור אחר. לעמדתנו אין לחסות את עצם השימוש בכלי, שכן הדבר ימנע מנחקרים לקבל את יומם ביחס לסוגיה שעשויה להיות חיונית להגנתם. השימוש ברוגלה כשיטת פעולה כבר נחשף, הן בדו"ח ועדת הבדיקה והן בתיקים פליליים מתנהלים,³¹ ועל כן אין הצדקה עניינית, לטעמנו, להוסיף ולהסתיר את השימוש ברוגלות.

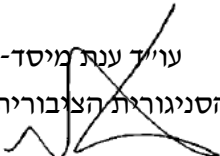
במסגרת תיעוד השימוש ברוגלה בתיקי החקירה יש לערוך תיעוד מפורט של כלל המידע שנשאב באמצעות הרוגלה וכלל הפעולות שנעשו באמצעותו (לרבות מידע שלא הועבר לצוות החקירה), שכן להפרת חוק על ידי רשויות החקירה עשויות להיות משמעותיות אף אם לא נעשה שימוש ישיר במידע שהופק כתוצאה מהפרת החוק.³² רק תיעוד מדוקדק של המידע שנאסף והשימוש שנעשה בו יאפשר להגנה להתחקות אחר ההשלכות להפרת החוק הנטענת בעניינם והשפעתה על ראיות אחרות שהושגו שלא באמצעות רוגלה, כמו קווי תשאול, פרטי עדים או הערכות מודיעיניות שהובילו לקבלת צווים שיפוטיים או לאיסוף ראיות אחרות.

לסיכום

40. לאור האמור, **נבקש להורות על הפסקת השימוש בכלי הרוגלות לצורך חקירות פליליות.** למצער, **נבקש להגביל את השימוש כאמור לעיל עד להסדרת הסמכויות בחקיקה, ולהחיל את ההגבלות המתחייבות שעליהן הצבענו גם בחקיקה שבפתח.** נשמח להשתתף בעבודת המטה לעיגון השימוש בכלי זה בחקיקה ולהשמיע את עמדתנו בשלבים מוקדמים.

בכבוד רב ובברכה,

עו"ד ענת מיסד-כנען
הסניגורית הצבורית הארצית



העתקים:

- היועצת המשפטית לממשלה.
- פרקליט המדינה.
- מפכ"ל המשטרה.

³¹ ראי ת"פ (מחוזי י-ם) 67104-01-20 **מדינת ישראל נ' נתניהו** וכן תפ"ח (מחוזי מרכז) 42209-04-19 **מדינת ישראל נ' סילבר**, בו נחשף השימוש בכלי רק לאחר שהוגשה עתירה לגילוי ראיה חסויה.
³² כמו למשל בתיק הטלגראס, בו נעשה איסוף של מידע אגור באופן שחרג מגבולות חוק האזנת הסתר, הגם שנטען כי מידע זה לא הועבר לצוות החקירה. מידע זה, כאמור, הועבר להגנה במסגרת עתירה לגילוי ראיה חסויה.