



כ"ז באדר, התשפ"ג
20 במרץ 2023

לכבוד
גב' עמית מררי
המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי)

שלום רב,

הנדון: יידוע נאשמים וחשודים על הפעלת רוגלות בחקירותיהם

1. 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 שמטרת ישראל מבצעת אחרי אזרחים באמצעות מערכת הריגול הטכנולוגית "פגסוס" של חברת NSO ללא צו שיפוטי ותוך איסוף מידע החורג מגבולותיו של חוק האזנת סתר. צוות הבדיקה בדק 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.
2. במהלך הבדיקה הובאה בפני צוות הבדיקה עמדתה של הסניגוריה הציבורית, הן בכתב והן על פה. בעמדתה של הסניגוריה הציבורית הובהר, בין היתר, כי לעמדתנו יש ליידיע את ההגנה על שימוש שנעשה ברוגלות במהלך חקירת החשודים אותם הם מייצגים וזאת לאור ההשלכות שעשויות להיות לפעולה זו במסגרת ההליך הפלילי, הן ביחס להליכים מתנהלים והן ביחס להליכים שהסתיימו.
3. במסגרת הבדיקה נשללו טענות מסוימות שעלו באמצעי התקשורת. יחד עם זאת, התגלו הפרות חוק חמורות שנעשו בשגרה על ידי משטרת ישראל במשך שנים ארוכות. 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. מהדו"ח עלה, כי בחלק מן המקרים בהם נעשה שימוש ברוגלה לשם האזנת סתר לתקשורת בין מחשבים, 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) ותוך איסוף סוגי מידע שלא מהווים "תקשורת בין מחשבים" ואסורים שכן אינם נכללים בסמכויות שמקנה חוק האזנת סתר למשטרה. בנוסף, התגלו מספר תקלות במילוי הוראותיהם של צוים שיפוטיים להאזנת סתר, כמו ניסיונות איסוף מידע לאחר פקיעת צו שיפוטי להאזנת סתר.
4. הבדיקה שערך הצוות גילתה ממצאים מדאיגים ביותר, כמו הפרה של צוים שיפוטיים והפעלה של המערכת באופן החורג מגבולות ההסמכה החוקית הקיימת להאזנות סתר. מקריאת הדו"ח

נראה כי פגמים חמורים אלה עשויים להוות רק "קצה הקרחון" ביחס להיקף וחומרת הפגמים שנפלו בהפעלת הרוגלה במרוצת השנים. ספק רב בעניינו אם בדיקה של כ-25 תיקים מתוך למעלה מאלף תיקים, כפי שעלה מדברי היועץ המשפטי למשטרה בדיון בוועדת חוק, חוקה ומשפט מיום 13.3.2023, 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.

5. על פי המצב המשפטי בישראל כיום, הפרות החוק שהתגלו במסגרת עבודת צוות הבדיקה הנוגעת להפעלה פסולה של רוגלה בניגוד לדיון, יכולות להוות בסיס לטענות מסוגים שונים בתיקים פליליים. זאת, הן בתיקים מתנהלים, הן בתיקים שטרם הוגש בהם כתב אישום והן בתיקים שהסתיימו. כך, למשל, נאשם יכול להעלות במשפטו טיעון הגנה מן הצדק בגין פגיעת הרשות בזכויות היסוד שלו במהלך החקירה, אף שלא בזדון כעמדתך.¹ נאשם יכול לטעון להשפעה על קבילות ומשקל הראיות שהושגו בחקירתו תוך שימוש ברוגלה, או ראיות שהושגו תוך שימוש במידע שהופק באמצעות הרוגלה, כמו קווי תשאול מסוימים או ידיעות מודיעיניות שהובילו לעדויות מסבכות, חיפוש במקומות שנודעו לרשויות כתוצאה משימוש ברוגלה ועוד.² נאשם גם יכול לבחון את שאלת תקינות הליכי הוצאת צווי החיפוש בעניינו, ובחינת השאלה האם הפגמים שבהפעלת הרוגלה הוצגו לבית המשפט בשלב זה.³ אלה רק שורת טענות אפשריות, על רגל אחת, מבלי למצות את מלוא היקף היריעה. ידועה ההלכה לפיה "אין חקר לתבונת סגור מוכשר",⁴ וודאי שכל נאשם, חשוד ומורשע בדין ידע לכלכל את צעדיו בעזרת המידע אודות היקף השימוש ברוגלה בעניינו והפרות החוק שנעשו במסגרתו, להעלות טענות רלוונטיות לעניינו ולעתור לסעד המתאים לעניין.

6. אף מעבר להפרות החוק עליהן הצביע דו"ח צוות הבדיקה, לעמדת הסניגוריה הציבורית עצם הפעלת הרוגלה ללא עיגון מפורש בחקיקה מעוררת קושי משפטי ניכר. פניה בבקשה להפסקת השימוש ברוגלה מטעם זה הועברה אלייך, במקביל לפניה זו. ידוע לנו שעמדת היועץ המשפטי לממשלה שונה ולפיה ניתן למצוא הסמכות להפעלת הרוגלה בחוק הקיים, לצד הצורך – המוסכם גם על היועץ המשפטי – בדבר התאמת החקיקה להתפתחויות הטכנולוגיות הקיימות ובעיגון מפורש של הסמכות לשימוש ברוגלות. עם זאת, דומה כי אף לשיטת היועץ המשפטי ברור כי עמדה משפטית זו איננה היחידה האפשרית וכי שאלת הסמכות לשימוש ברוגלה והתאמתו לסמכויות הניתנות מכוח חוק האזנת סתר – נתונה לפרשנות ועשויה להיות מוטלת בספק. במצב זה, יש לאפשר לנאשמים, חשודים ומורשעים בדין להעלות את טענותיהם בבית המשפט – הן ביחס להפרות החוק שנמצאו בדו"ח והפגיעה בזכויותיהם שנגרמה כתוצאה מהן והן ביחס לעצם הפעלת הרוגלה כלפיהם והיעדר הסמכות החוקית לעשות כן.

7. דוגמה מאלפת לצורך ביידוע חשודים ונאשמים על הפעלת רוגלה במסגרת חקירתם, התעוררה לאחרונה בתיק תפ"ח (מחוזי מרכז) 42209-04-19 מדינת ישראל נ' סילבר. בעניין זה, אשר זכה לכינוי "פרשת הטלגראס", הוגשה עתירה לגילוי ראיה בעקבות הפרסומים בתקשורת שהובילו להקמת צוות הבדיקה וחשדם של צוות ההגנה בתיק כי נעשה שימוש ברוגלה במהלך חקירת

¹ רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי.

² ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי.

³ דנ"פ 1062/21 אוריך נ' מדינת ישראל.

⁴ ע"פ 35/50 מלכה נ' מדינת ישראל.

הנאשמים. רק לאחר שהוגשה העתירה התגלה שלא זו בלבד שבוצע שימוש ברוגלה – אלא אף שהשימוש בוצע באופן פסול שחרג מהוראות החוק, אף לשיטת המדינה. המסקנה המתבקשת מכך היא הצורך הברור לייצע אקטיבית את מי שעשוי לטעון כי נפגע כתוצאה מהשימוש ברוגלה. ודוק – לא מדובר רק על מי שנפגע מהפרת החוק לשיטתכם, אלא על כל מי שהופעלה בעניינו רוגלה, לאור יכולתו לטעון כי עצם השימוש ברוגלה נעשה בחוסר סמכות בהיעדר עיגון השימוש ברוגלות בחקיקה.

8. ביחס לטיעון האפשרי לפיו פרסום השימוש ברוגלות יפגע ביכולת משטרת ישראל וגופים נוספים להשתמש בשיטות ואמצעים שברשותם, נציין כי לטעמנו לא ניתן להסתיר את המידע המבוקש בשל טיעון זה. ראשית, לא דומה המצב ערב חשיפת קיומו של הרוגלה באמצעי התקשורת והפירוט על מאפייניו, יכולותיו והיקף השימוש בו במסגרת הדו"ח, למצב כיום. מידע זה אף נחשף בהליכים פליליים פרטניים, כמו בתיק 4000 בבית המשפט המחוזי בירושלים⁵ ובתיק הטלגראס בבית המשפט המחוזי במחוז המרכז.⁶ כך למשל קבע בית המשפט המחוזי בעניין פרשיית "טלגראס", בה נחשף כי נעשה שימוש פסול ברוגלה תוך הפרת החוק:

"במקרה דנן, לפני חשיפת הפרשה של מה שכונה בתקשורת 'הרוגלה', המדינה ביקשה שלא לגלות את עצם קיומם של צווים נוספים ותוצריהם שהיו ידועים בשעתו, על מנת לא לחשוף קיומה של יכולת כזו. השופט עטר (בהחלטה מיום 13.8.20) אישרה את אי החשיפה בנסיבות תיק זה, שבו לא נעשה כל שימוש חקירתי בתוצרים, וסברה כי אין מקום לתת פרפרזות. כיום, משנדע שנעשה שימוש באמצעים מיוחדים, ניתן לחשוף את עצם השימוש במערכת, וכך נעשה. שינוי הנסיבות הוא בכך שעניין קיומם של אמצעים מיוחדים – נחשף, ובעקבות החשיפה והבדיקות התגלו פעולות נוספות של המערכת, שהיוו חריגה מצווי האזנת הסתר. בקשר לכך נמסרו להגנה שתי הפרפרזות (עב/1, עב/2)."⁷

9. מעבר לכך, אף אם חשיפת השימוש ברוגלה עלולה לפגוע פגיעה מסוימת בסודיות שיטות הפעולה והאמצעים העומדים לרשות משטרת ישראל, הרי שבאיזון בין זכותם של החשודים והנאשמים להליך הוגן ולגילוי ראיה החיונית להגנתם לבין אינטרס הסודיות שבבסיס חיסיון השיטות והאמצעים שבשימוש משטרת ישראל – זכותם של החשודים והנאשמים גוברת.⁸

10. לא למותר לציין, כי במדינות רבות אשר עיגנו את הסמכות לשימוש ברוגלות בהליכי חקירה, כדוגמת בריטניה, גרמניה וקפריסין נקבעה בחוק החובה לייצע את החשוד כי בוצע כלפיו שימוש ברוגלה, אותה ניתן לעכב אם ההודעה עלולה לגרום לנזק באותה עת.⁹

11. על כן, על מנת לאפשר לנאשמים ולמורשעים בדין לשטוח את טענותיהם בערכאות המתאימות ולממש את זכותם להליך הוגן, **נבקשכם למפות את כלל תיקי החקירה בהם נעשה שימוש ברוגלה או נעשה ניסיון לבצע שימוש ברוגלה**, ללא קשר להשפעת השימוש ברוגלה על גורל החקירה, על הממצאים שנאספו או על הגורמים בתוך המשטרה שנחשפו למידע שנאסף באמצעות הרוגלה, **ולהודיע לכל חשוד, נאשם ומורשע בדין על כך שבוצע שימוש או ניסיון**

⁵ ת"פ (מחוזי י-ם) 67104-01-20 מדינת ישראל נ' נתניהו.

⁶ תפ"ח (מחוזי מרכז) 42209-04-19 מדינת ישראל נ' סילבר

⁷ שם, עמ' 7 להחלטה מיום 3.8.22.

⁸ סעיף 45(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

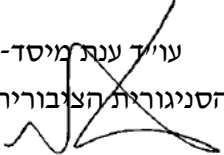
⁹ עמיר כהנא ויובל שני, רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה, מחקרי מדיניות 123, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2019).

שימוש ברוגלה בחקירתו (ודוקו – לא בהכרח ביחס למכשירו הסלולרי או מחשבו של הנאשם, אלא אף ביחס למכשיר של עד בחקירה).

12. ביחס ללקוחות הסניגוריה הציבורית, נבקש להעביר אלינו פירוט של כלל התיקים בהם נעשה שימוש ברוגלה. אם יהיה בכך תועלת, אנו מציעים לסייע במיון ואיתור התיקים שיוצגו על ידי הסניגוריה הציבורית מבין כלל תיקי החקירה בהם נעשה שימוש ברוגלה, על מנת שנרכז את ההודעה והטיפול בעניינם של לקוחותינו בהווה ובעבר.¹⁰

בכבוד רב ובברכה,

עו"ד ענת מיסד-כנען
 הסניגוריה הציבורית הארצית



העתקים:

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

¹⁰ מיפוי הפגמים שנפלו בתיקי חקירה ומסירת הודעות לבאי כוחם של מי שנפגעו מכך נעשה בעבר במקרה בו נפלה תקלה בפעולת המעבדה לזיהוי פלילי במשטרת ישראל שהובילה להרשעות שווא בהחזקת סמים – ראי פנייתנו "הרשעות שווא בעקבות חוות דעת מוטעית של המעבדה האנליטית במעבדה לזיהוי פלילי במשטרת ישראל" מיום 15.04.2018 ותשובתו של ראש חטיבת התביעות, תנ"צ זמיר, מיום 06.06.2018 שכותרתה "תיקי חקירה בהם הוגשו כתבי אישום בגין עבירות הנוגעות לחומרים מסוג Ethylone, Phentylone, N-Ethylpentylone".