

בפני כב' השופטים יצחק
עמית, דפנה ברק-ארז ועופר
גרוסקופף

לשכת עורכי הדין בישראל

באמצעות ב"כ עו"ד איל רוזובסקי ו/או ד"ר נחשון שוחט

ממשרד מיתר | עורכי דין
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת-גן 5250608

טל': 03-6103100; פקס: 03-6103111

המבקשת

אבריאל בר יוסף

בעניין

באמצעות ב"כ עו"ד זיק חן ו/או אורן פינטו-גפסון ו/או ינון סרטל
ו/או ניר לזר
רחוב ויצמן 2, תל אביב
טל': 03-6932077; פקס': 03-6932082

נגד

העורר

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

המשיבה

משיבים נוספים:

1. מיכאל טוביה גנור
2. ט.ג. ישראל ייעוץ ימי בע"מ
3. מ. גנור ים (2012) בע"מ
4. חילת – חברה לייעוץ תשתיות (2014) בע"מ
5. הולמרק פרופרטיז בע"מ
6. דוד שרן
7. שי ברוש
8. רמי טייב

בקשה להצטרף כידיד בית משפט

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להתיר למבקשת, לשכת עורכי הדין בישראל (להלן גם: "הלשכה"), להצטרף להליך שבכותרת במעמד של "ידידת בית המשפט". זאת, בהתחשב במהותה של הסוגייה העומדת להכרעה בהליך ובהשלכות הרוחב שלה, וכן בהתחשב בתפקידה של לשכת עורכי הדין, בניסיון ובמומחיות הרלוונטיים שלה, ובהשתתפות הקבועה של נציגיה בדיונים מקצועיים הקשורים להגנה על שלטון החוק וזכויות האדם בישראל ולסוגיות עקרוניות בתחום סדר הדין הפלילי.

ייפוי כוח הח"מ לייצוגה של לשכת עורכי הדין בקשר לבקשה זו ניתן ביום 6.8.2023 בעקבות החלטת המועצה הארצית של הלשכה ונחתם ביום 8.8.2023. ייפוי הכוח מצ"ב כנספח "1" לבקשה.

א. הטעמים ביסוד הבקשה להצטרף להליך ועיקרי עמדתה של הלשכה

1. עניינו של הערר, שנקבע לדיון בפני מותב תלתא, בקביעה תקדימית של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופטת טלי חיימוביץ', להלן: "בית המשפט קמא") לפיה "צו בית משפט אשר אמור להתבצע על ידי רשות מודיעין, דוגמת צו האזנת סתר, איתור וכד' ותוצריו, הוא 'חומר מודיעין: כאמור בסעיף 74(ב) לחסד"פ" (עמ' 3 פסקה 12 להחלטה נשואת הערר). הווה אומר, כי על הצווים השיפוטניים עצמם ועל פרטי ההליכים שבהם ניתנו הצווים, חל חיסיון סטוטורי, באופן שאינו מחייב בחינה קונקרטית של הצורך בהוצאת תעודת חיסיון ביחס לצו מסוים או לחלקים מסוימים ממנו. על פי עמדה משפטית זו, צווים שיפוטניים כאמור יועמדו לעיון הנאשם, לאחר הגשת כתב אישום, רק אם ימצא שתוכנם נכלל באחת מארבע הקטגוריות המנויות בסעיף 74(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ"). בנוסף אומצה בהחלטת בית המשפט הנכבד קמא גישה מצמצמת בנוגע לפירוט הנדרש לגבי הצווים השיפוטניים במסגרת רשימת חומר החקירה שמועברת לעיון הנאשם לאחר הגשת כתב אישום.
2. בית המשפט הנכבד קמא עמד על כך ש"מדובר בנושא משפטי עקרוני" (עמ' 147 לפרוטוקול הדיון מיום 29.3.2023, כמצוטט בהודעת הערר, בהתייחס ל"מעמדם של צווים שלא מומשו"). אין אפוא ספק שההכרעה בערר הנוכחי תקבע תקדים משפטי מחייב בעל השלכות רחב משמעותיות.
3. הסוגיות הנדונות בערר קשורות בטבורן לרמת ההגנה על זכויות יסוד חוקתיות במסגרת הליכי חקירה ומשפט עתידיים. הנושא מעורר, בראש וראשונה, את עיקרון פומביות הדיון והשקיפות של הליכים משפטיים ואת תכליותיו החשובות של סעיף 74 לחסד"פ כערובה למימוש הזכות להליך הוגן. בחשיבות שאיננה פחותה, מתבקש גם דיון בהשפעה של החלטת בית המשפט הנכבד קמא על מנגנוני הבקרה והפיקוח כלפי ההיקף והאופי של שימוש באמצעים טכנולוגיים מתקדמים לביצוע האזנות סתר מסוגים שונים, (להלן: "אמצעי חקירה מיוחדים") שעליהם תחול ההלכה שתיקבע. השאלות שבמרכז הערר מקבלות משנה חשיבות לנוכח הצורך להבטיח כי השימוש באמצעי חקירה מיוחדים, הטומן בחובו פגיעה משמעותית בפרטיותם של "יעדי חקירה" (מושאי הצווים) ייעשה בהתאמה לקריטריונים של צורך לגיטימי (necessity, legitimacy), תכלית ראויה, מידתיות ושקיפות. הבטחת התכליות הללו מבוססת לא רק על הסמכה ואישור מראש, בבחינת ההצדקה המוצגת למתן הצווים השיפוטניים (פיקוח שיפוטי ex ante) אלא גם על שקיפות המאפשרת פיקוח על אופן השימוש בכלים והצדקת השימוש בהם בדיעבד (מנגנוני פיקוח וביקורת ex post). טיעון זה יפורט להלן בהתבסס על העקרונות החוקתיים החולשים על ההליך הפלילי בישראל, על תכליותיו של סעיף 74 לחסד"פ, וכן על עקרונות המעוגנים במשפט הבינלאומי ושהודגשו בהחלטות משמעויות שהתקבלו במהלך החודשים האחרונים.
4. לשכת עורכי הדין מוצאת חשיבות רבה בהצגת עמדתה בפני בית המשפט הנכבד בקשר לסוגיות שעומדות להכרעה בערר, וזאת במיוחד בשים לב לסיבות ולמגמות הבאות:
 - (א) החלטת בית המשפט הנכבד קמא מבוססת על פרשנות מפתיעה, וחסרת תקדים ככל הידוע לח"מ, המציעה לסווג את מהותם של הליכים משפטיים ושל צווים הניתנים על-ידי בתי

המשפט כחומר מודיעין, וזאת לנוכח מהותן (הנטענת) של הפעולות שאושרו במסגרת אותם הליכים וצווים ושבוצעו על-ידי רשויות האכיפה על-פיהם (במידת הצלחה כזו או אחרת). בכל הכבוד, לשכת עורכי הדין סבורה כי המהלך הלוגי המוצע הוא שגוי מבחינה משפטית, ומרחיק לכת. ההתייחסות אל צווי בית המשפט ואל פרטי הדיון בהם כאל "חומר מודיעין" היא פרשנות שלא ניתן ליישבה עם לשון החקיקה, עם תכליתה הסובייקטיבית ובוודאי שלא עם תכליתה האובייקטיבית ועם החזקות המשקפות את ההגנה על זכויות אדם, שלטון החוק ותפקידו של בית המשפט המפקח על פעולות הרשויות במשטר דמוקרטי.

(ב) הליכים משפטיים וצווים של בתי משפט, מעצם טיבם והגדרתם, ולאור הפונקציה שממלא בית המשפט במסגרתם, אינם יכולים להיות מסווגים כ"חומר מודיעין". צו בית משפט הוא כלי שמאפשר לרשות לבצע פעולות חקירה או לאסוף חומר מודיעין. אישור בית המשפט נועד להבטיח שאיסוף החומר ייעשה באופן חוקי ומידתי. הליכים וצווים של בתי המשפט אינם "חומר חקירה שנאסף או שנרשם בידי רשות מודיעין" שעליהם התכוון המחוקק להחיל חסיון סטטוטורי. הצווים השיפוטיים הם הגורם המסמיך והמכשיר. הליכי בקשת הצו והנמקת הצורך באישורו הם הכלי החשוב ביותר לבקרה ופיקוח אחר החוקיות של פעולת הרשויות ושקיפותם חיונית לאמון הציבור באפקטיביות של הליכי הפיקוח וההגנה על זכויות היסוד של אזרחים במסגרתם. ההבחנה בין הצווים לבין תוצריהם מתחייבת מן ההכרה במהותו ובתפקידו של בית המשפט, שאיננו, ואסור שיחשב ל"אמצעי" בידי רשויות מודיעין או חקירה. במדינה דמוקרטית, המונחים "צו שיפוט" ו"חומר מודיעין" (החסי מעצם טיבו) הם בבחינת תרתי דסתרי.

(ג) הגדרה של צווי בית משפט החומר מודיעיני היא מרחיקת לכת ולא ייתכן כי תיעשה בפרשנות ולא בהוראה סטטוטורית מפורשת בחוק (או בחוק יסוד).

(ד) קביעת ברירת מחדל של חיסיון צווים שיפוטיים (באמצעות החלת חיסיון סטטוטורי) מנוגדת לעיקרון פומביות הדיון, המעוגן כעיקרון כללי בחוק יסוד: השפיטה ובחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט"). אמנם הדיון, הן בחוק בתי המשפט גופו והן בחיקוקים ספציפיים כגון חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, מכיר בחריגים לעיקרון פומביות הדיון. החריגים מבוססים על שיקולים ועילות ספציפיים, התקפים לשעתם. ואולם, בהחלת חיסיון סטטוטורי על צווים שיפוטיים ועל פרטי ההליכים בהם ניתנו, יש משום הפיכת החריג (שחייב להיבחן בקפידה ומעת לעת, בראי זכויות הנאשמים ועיקרון פומביות הדיון) לכלל. לשכת עורכי הדין סבורה כי חשיבותו של עיקרון הפומביות של דיונים וצווים שיפוטיים גוברת עת עסקינן בהליכים המיועדים לפקח על הפעלת סמכויות ואמצעים חריגים מצד רשויות השלטון כלפי אזרחים.

(ה) קביעת ברירת מחדל של חיסיון צווים שיפוטיים אינה עולה בקנה אחד עם הליך נאות כלפי נאשם ועם עקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית. בתי משפט לא פועלים במחשכים וכעיקרון לנאשם במשפט פלילי הזכות לדעת על כל הצווים שניתנו בעניינו ובמסגרת החקירה הנוגעת אליו, זאת בכפוף לחריגים שייבחנו באופן ספציפי בהתאם לדיני החיסיון.

(ו) סעיף 74 לחסד"פ, על-פי פרשנותו המסורתית בפסיקה, מגדיר את הגשת כתב האישום כ"קו פרשת המים" בכל הנוגע לזכות העיון של הנאשם בחומר חקירה. עד להגשת כתב אישום, ניתנת הבכורה לשיקולי החקירה והאינטרס הציבורי בשמירת סודיות מהלכיה של הרשות החוקרת, של שיקוליה ושל המצגים אותם היא מציגה. אכן, האינטרס של מיצוי החקירה מאפשר ומצדיק קיום דיונים ומתן צווים שיפוטיים במעמד צד אחד. אך לאחר הגשת כתב האישום, האיזון משתנה והיחס מתהפך. הבכורה בשלב זה היא לזכות העיון של הנאשם, להבטחת השקיפות המלאה של הליכי החקירה והאפשרות להעלות טענות וביקורת כלפי הפעולות שננקטו (לרבות צווים שיפוטיים והמצגים והנימוקים שעל בסיסם הם ניתנו). אדרבא, בשלב זה גוברת החשיבות של הסרת האפילה ביחס להליכים שננקטו במעמד צד אחד ושעל בסיסם אושרו פעולות של רשויות השלטון שיש בהן פגיעה בזכויות יסוד של אזרחים. זכות העיון אמנם איננה מוחלטת. מדובר באיזון. אינטרסים ביטחוניים או ציבוריים עשויים להצדיק הוצאת תעודת חיסיון בהתאם לסעיפים 44 או 45 לפקודת הראיות, תשל"א-1971. אך לאחר הגשת כתב האישום, נדרשת הצדקה מיוחדת וקונקרטיה כדי לסייג את חובת הגילוי של פרטי החקירה או חלקם.

(ז) תיקון 75 לחסד"פ הוא תיקון משמעותי במובן זה. בתיקון יש צמצום מסוים של זכות העיון וכרסום במעמדה. תכליתו המרכזית של התיקון היתה לייעל ההליכים הפליליים בהתחשב במשכי הזמן הארוכים הנדרשים להוצאת תעודות חיסיון, המהווים "צוואר בקבוק" בהליך הפלילי. תיקון 75 נועד לחול על חומר מודיעיני באופן מובהק, אך זאת מבלי לפגוע בתכליות הליבה של סעיף 74 לחסד"פ. החשש של לשכת עורכי הדין לנוכח הפרשנות שיושמה בהחלטת בית המשפט הנכבד קמא הוא כפול: ראשית, מעצם פירושו של התיקון באופן החל על צווים שיפוטיים הניתנים באופן יומיומי בבתי המשפט ברחבי הארץ, בקשר לחקירות של סוגי עבירות רבים ומגוונים. ושנית, מאימוץ גישה המרחיבה את תחולתו של המונח "חומר מודיעיני" הרבה מעבר לכוונתו של המחוקק. מדובר בהוספת כרסום על כרסום, ביחס לזכות העיון, וזאת בסתירה לעמדתה העקבית של הפסיקה ביחס ל"מעמדה הנעלה [ה]מביא אותה להימנות עם זכויות המסד של הנאשם במקומנו" ושכלל, הספק בשאלת סיווגו של חומר כ'חומר חקירה' יפעל לטובת הנאשם.¹

(ח) חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק האזנת סתר") וחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 מקנים לרשויות החקירה בישראל (באמצעות זרועות המודיעין שלהן) סמכויות שיש בהן כדי לפגוע באופן ממושך ודרמטי בזכות לפרטיות. האפשרויות והכלים שבידי רשויות האכיפה מתרבים ומתרחבים עם ההתקדמות הטכנולוגית, והדברים ידועים. השימוש בכלים הללו עשוי להיות חיוני ואפקטיבי, במקרים רבים, אך בה בעת, הוא גם מועד לשימוש-יתר ולפגיעה נרחבת בפרטיות שמתברר שאיננה מוצדקת. מדובר בסמכויות ששימוש בהן חייב להיות מלווה בביקורת מתמדת. ביקורת בית המשפט על הפעולות הסמכויות הללו לא יכולה להתקיים במחשכים. השימוש בהאזנות סתר לצרכי חקירה בישראל הוא נרחב ביותר. על-פי דיווח

¹ בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1), 360, 378 (2005).

המשרד לביטחון לאומי לפי סעיף 6(ז) לחוק האזנת סתר לשנת 2022, בשנה שעברה ניתנו אישורים ל-2,727 האזנות סתר, כלפי 2,847 אנשים ו-9,045 קווי בזק. על פי הדו"ח, רק חמש בקשות של המשטרה לאישור האזנה נדחו בשנת 2022.² השימוש הנרחב בהאזנות סתר מעניק משנה חשיבות להבטחת השקיפות ולמניעת הכרה בחסיון סטטוטורי גורף על צווים שיפוטיים, על היקפים ופרטיהם ועל המצגים שעל בסיסם מתבקשים הצווים, כברירת מחדל.

(ט) המחוקק הישראלי טרם הסדיר בחקיקה הולמת את השימוש באמצעי חקירה מיוחדים מסוג Spyware ("רוגלות"). הגישה המיושמת הלכה למעשה, בהעדר הסדרה חקיקתית ספציפית, היא כי ניתן להכשיר שימוש בכלים כאלה בגדרו של חוק האזנת סתר. גישה זו שנויה במחלוקת והיא מעוררת קשיים רבים, שהדיון בהם בוודאי חורג מגדרו של ההליך הנוכחי. עם זאת, בבואו להכריע בערר, בית המשפט הנכבד יתבקש לייחס משקל משמעותי לכך שבדין הישראלי אין הסדרה ספציפית ומקיפה של התנאים לשימוש באמצעי חקירה מיוחדים שפגיעתם בפרטיות היא נרחבת ודרסטית, ושל הערובות להבטחת השימוש המידתי בהם. בדין וחשבון של הצוות לבדיקת האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים ("ועדת מררי") שהתפרסם באוגוסט 2022³ נכתב: "**במבט לאחור הצוות סבור כי המשמעות הדרמטית של הכנסה לשימוש של מערכת בעלת יכולות טכנולוגיות רחבות היקף המהווה נקודת מפנה מבחינת עולם האזנות הסתר, לא הובנה לאשורה על ידי גורמי המשטרה הרלוונטיים. לאורך השנים לא יוחסה מלוא המשמעות המתבקשת להיקף היכולות הפוטנציאלי של המערכת ולעצם כניסת חומרים אסורים מתוך טלפונים ניידים אל מחשבי המשטרה, ולנגישותם של החומרים שהתקבלו במערכות המשטרה**".⁴ עמדתה של לשכת עורכי הדין שלהלן תכלול הפניה, בתמצית בלבד, למספר עקרונות מנחים להסדרה חוקתית נאותה של השימוש באמצעי חקירה מיוחדים כפי שאומצו, כהמלצות, על ידי הפרלמנט האירופי, ממש לאחרונה. בנוסף, נפנה למחקר הסוקר מנגנונים שאומצו במספר מדינות אירופאיות, בזיקה לפסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם. בין הערובות להבטחת השימוש הראוי באמצעי חקירה מיוחדים, מודגשים השקיפות, הדיווח והיידוע בדיעבד של חשודים (מי שהיו "יעדים" להאזנה) וכינונם של מנגנוני פיקוח בדיעבד כלפי צווי האזנת סתר ואופן יישומם.

(י) הסוגיה שעומדת להכרעה בערר נוגעת אפוא לשורה של זכויות ועקרונות: זכותם של נאשמים להליך הוגן ותכליתיה החשובות של זכות העיון; הפיקוח על השימוש בכלים חקירתיים שפגיעתם בזכות לפרטיות היא דרסטית; הבטחת השימוש המבוקר באמצעי חקירה, בין היתר באמצעות דיווח, שקיפות וקיום האפשרות לגורמים רלוונטיים להעלות טענות כלפי שימוש בלתי מוצדק או בלתי ראוי בסמכות; ועיקרון-העל של פומביות הדיונים

² בתאריך 13.3.2023 נערך דיון מיוחד של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא זה. הדיווח: https://fs.knesset.gov.il/25/SecondaryLaw/25_scl_rp_2013017.pdf
³ https://fs.knesset.gov.il/25/Committees/25_ci_bg_1962239.pdf
⁴ סעיף 6 לדו"ח.

וההחלטות של בתי משפט. הערר קשור בטבורו לעקרונות שעל-פיהם פועלת שיטת משפט דמוקרטי, ולהבטחת שלטון החוק.

ב. המבקשת עומדת בתנאים לצירוף להליך כ"ידיד בית המשפט"

5. הלכה פסוקה היא כי בית המשפט מוסמך לקבל התייחסות צד להליך במעמד של "ידיד בית משפט". זאת, במקרים בהם מתעורר במסגרת הליך פרטני הצורך להתייחס להיבטים כלליים יותר של הסוגיות שבמחלוקת, בפרט כאשר חשיבותן והשלכתן חורגת מן ההכרעה בעניין הקונקרטי שבפני בית המשפט (ראו לדוגמא: מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999)).⁵ במסגרת התנאים לבחינת בקשת הצטרפות "יש לבחון את מהות הגוף, מומחיותו, ניסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס בשמו הוא מבקש להצטרף להליך; סוג ההליך והצדדים לו; ומהות הסוגיה העומדת להכרעה" (רע"ב 7244/09 בושנאק נ' שירות בתי הסוהר (5.10.2009)) וראו אסמכתאות (שם). במקרה דנן, מתקיימים התנאים לאישור הצטרפות המבקשת להליך כידידת בית המשפט.

6. לשכת עורכי הדין היא גוף ציבורי סטטוטורי, אשר הוקם מכוח סעיף 1 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. בהתאם לתיקון החוק משנת 2016, אחד מתפקידיה של לשכת עורכי הדין, ומחובתה, לפעול "למען הגנה על שלטון החוק, זכויות האדם וערכי היסוד של מדינת ישראל".

7. ללשכת עורכי הדין, באמצעות נציגים ממונים מטעמה, מעמד מוכר ברובם של הפורומים בהם מתקיים השיח על עיצוב כללי סדר הדין והראיות. נציגי הלשכה משתתפים באופן קבוע בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בוועדות וגופים מייצגים משמעותיים⁶ ובפורומים נוספים. לשכת עורכי הדין תורמת מניסיונה ומן הפרספקטיבה הרחבה של ציבור עורכי הדין. עמדתה העקרונית והמקצועית של לשכת עורכי הדין בסוגיות הנוגעות לזכויות חשודים ונאשמים בגדרם של הליכים פליליים מתבקשת כדבר שבשגרה במסגרת דיוניהם של כמעט כל ועדה או פורום הממליצים על תיקונים והתאמות בהליך הפלילי.⁷ לשכת עורכי הדין רואה חשיבות בהבעת עמדתה העקרונית בפני בתי המשפט במסגרת הליכים משפטיים המשליכים על ההגנה על זכויות הפרט ועל הזכויות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי ביתר שאת.

8. בשנים האחרונות, בתי המשפט הכירו במעמדה של לשכת עורכי הדין כידידת בית המשפט, בשורה של הליכים, וראו מספר דוגמאות: בג"צ 6842/21 עו"ד דניאל מורוז נגד ממשלת ישראל ונציבות שירות המדינה; דנ"פ 1062/21 יונתן אוריך ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.1.2022); דנ"פ

⁵ "בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי... מצווה בית המשפט הדין בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו. מטעם זה, מוסמך לעתים בית המשפט לצרף צדדים להליך עצמו מיזמתו שלו, בכדי להכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם... בכך יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית-המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפות נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו" (שם).

⁶ עו"ד איל רוזובסקי, הח"מ, כיהן משך שנים כחבר הוועדה המייעצת לשר המשפטים בעניין סדר הדין האזרחי. ד"ר נחשון שוחט, הח"מ, מכהן כחבר הוועדה לסדר דין פלילי וראיות המייעצת לשר המשפטים (ועדת הנדל) ומשמש מזה שנים כיו"ר (משותף) של ועדת חקיקה (פלילי) בלשכת עורכי הדין וכנציג לשכת עורכי הדין בדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ובפורומים נוספים.

⁷ ראוי לציין כי לשכת עורכי הדין הגישה נייר עמדה מפורט במסגרת הדיונים שקדמו לחקיקת תיקון 75 לחסד"פ ונטלה חלק בדיונים בהצעת החוק שנערכו בוועדת חוקה, חוק ומשפט.

5387/20 רפי רותם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.12.2021, עמדת הלשכה הובאה בפני בית המשפט העליון, וטיעוני בא-כוחה נשמעו במהלך הדיון ונשקלו).

9. ההליך הנוכחי מעורר כאמור שאלות עקרוניות ותקדימיות, בעלות השלכות רוחב, בתחום הנוגע במישרין לעיסוקם היומיומי של עורכי הדין. עמדתה של לשכת עורכי הדין עשויה לתרום תרומה ממשית לליבון של הסוגיות המשפטיות, בנושא שבו יש ערך מוסף לנקודת ההשקפה שלה, לניסיון ולמומחיות שלה. כל זאת, מבלי לפגוע ביעילות הדיון.

10. עיתוי ההגשה של הבקשה להצטרף להליך – למבקשת נודע על הליך זה בעקבות פנייה של ב"כ העורר מתאריך 28.6.2023, יום לאחר שהוגש הערר. בעקבות דיון פנימי ניתנה המלצה לקדם אישור הגשתה של בקשת הצטרפות להליך בהתאם לנהלי הלשכה. דא עקא, שעיתוי הפנייה היה שמונה ימים בלבד לאחר הבחירות ללשכת עורכי הדין. במועד זה המועצה הארצית הנבחרת טרם התכנסה ולא ניתן היה לאשר את הבקשה להצטרף להליך. פנייה נוספת התקבלה מב"כ העורר בתאריך 1.8.2023 בעקבות קביעת הדיון בערר בפני מותב תלתא. בתאריך 6.8.2023 נמסר לח"מ כי המועצה הארצית אישרה את הגשת הבקשה ואת יפוי כוחם של הח"מ לייצוגה של הלשכה.

11. בנסיבות אלה, מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר הצטרפותה של המבקשת להליך ולהביא את עמדתה וטיעוניה במכלול שיקוליו.

ג. הנחות עובדתיות וגדר המחלוקת

12. המבקשת אינה נדרשת כלל למחלוקות העובדתיות שבין הצדדים להליך ועמדתה תתייחס להיבטים המשפטיים והעקרוניים של הסוגיות שעל הפרק בלבד.

13. ההנחות העובדתיות שלאורך גובשה עמדת לשכת עורכי הדין הינן כמוצג בהשלמת הטיעון מטעם המשיבה מיום 23.7.2023, לאמור:

(א) רשימת חומר החקירה שהועברה לב"כ העורר כוללת רשימת "חומר מודיעין" המונה 63 צווים שיפוטיים שניתנו בשלב החקירה (סעיף 5 להשלמת הטיעון מטעם המשיבה).

(ב) ברשימה מפורט כי 6 צווים לא הניבו תוצרים, 37 צווים הינם פעולות איתור, 17 צווים הן פעולות חקירה שלא מומשו ו-3 צווים לא הניבו תוצר רלוונטי לאישום (שם, פסקה 6).

(ג) בהעדר פירוט נוסף, הח"מ אינם יודעים אם הצווים הנדונים במסגרת הערר, או חלק מהם, מתייחסים להיתר האזנה בין מחשבים (שימוש בתוכנות מסוג surveillance spyware). עם זאת, ברור כי הפרשנות שאומצה בהחלטת בית המשפט הנכבד קמא, אם תיוותר על כנה ובהעדר הבחנה, עשויה לחול גם על צווים כאלו, במסגרת הליכי חקירה ומשפט עתידיים.

(ד) מעבר לתיאור זה, עמדתה של המשיבה, שאומצה על-ידי בית המשפט הנכבד קמא ושעליה היא עומדת במסגרת הערר, היא כי כל הצווים הנ"ל ותוכנם המלא של הצווים ושל הבקשות שלפיהן ניתנו הצווים הם "חומר מודיעין" שלגביו חל חיסיון סטטוטורי; שאין צורך לבחון הוצאת תעודת חיסיון לגבי צווים מסוימים בלבד או תכנים מסוימים בלבד בצווים; ושהמשיבה אינה נדרשת למסור להגנה פירוט עובדתי נוסף כלשהו (בכלל זה בקשר למידע

גוון מתי ניתנו הצווים, כלפי מי, איזה תקופות הם כיסו, מה היו העילות למתן הצווים, מדוע לא מומשו או מומשו באופן חלקי, ושאלות נוספות כיוצ"ב).

14. עמדת המשיבה היא כי יש להותיר על כנה את מסקנת בית המשפט הנכבד קמא לפיה: "הדרך לאסוף חומרי חקירה (שנדרשים צווים להשגתם) היא באמצעות צווי בית המשפט, ולכן הפניה אל בית המשפט היא אחת מפעולות החקירה. צו בית המשפט הוא חומר שנאסף על ידי רשויות החקירה, ככל חומר אחר, ואין זה אומר שבית המשפט הוא חלק מזרועות המודיעין של המשטרה" (עמ' 4, פסקה 15 להחלטה; מצוטט בפסקה 18 להשלמת הטיעון מטעם המשיבה). לדידה של המשיבה "צו בית המשפט משקף בעצמו את פעולת החקירה של רשות המודיעין: הצו מפרט מהי פעולת החקירה המתבקשת[ת]; מי מושא הצו; באיזה מועד הוא התבקש על ידי הרשות; על בסיס איזה נימוקים (לעיתים קרובות מודיעיניים); מתי הרשות מתעתדת לבצע את הפעולה ועוד – כך שהלכה למעשה ניתן לומר כי הצו חושף את שיטת החקירה והפעולה של הרשות המודיעינית..." (פסקה 19 להשלמת הטיעון מטעם המדינה). המשיבה מעלה בטיעונה החשש כי גורמים שונים עשויים להצליח "לבנות מודיעין רציני מאוד על המשטרה" באמצעות "מצרף מודיעיני על פרטי פעולות החקירה המשטריות אשר הוצאו מתיקים שונים" (פסקאות 22-24). בנוסף טוענת המשיבה כי חיוב התביעה לפעול להוצאת תעודות חיסיון ביחס לצווים השיפוטיים והמידע המצוי בהם תסיג לאחור את תכלית תיקון 75 לחסד"פ ותפגע ביעילות ההליך.

ד. נקודת המוצא לדיון – הפונקציה של בתי המשפט והעיקרון הגדול של פומביות הדיון

15. לשיטתה של המבקשת, נקודת המוצא לדיון בזכות העיון בהליכים בבית המשפט שהתקיימו במעמד צד אחד, ובכלל זה בצווים שיפוטיים שניתנו במעמד צד אחד בשלב החקירה, צריכה להיות העיקרון של פומביות הדיון (ולמצער, שקיפות כלפי מי שהוא צד להליך). עיקרון פומביות הדיון נובע מתפקידו של בית המשפט. פעולת בתי המשפט אינה מתבצעת באופן נסתר אלא היא פומבית, מבוססת על עובדות ונימוקים משפטיים גלויים הנתונים לביקורת. ויש להשיב כבר כאן, כי דיונים בבקשות רשות החקירה ואישור צווים המתבקשים לעולם אינם יכולים להיחשב כ"פעולת חקירה". צו שיפוטי אינו "משקף בעצמו את פעולת החקירה של רשות המודיעין", כנטען, אלא הוא בוחן העילות וההצדקה לאישור הפעולה, הוא הליך שיפוטי לכל דבר ועניין, והוא קונסטיטוטיובי.

16. עיקרון פומביות הדיון הוא עיקרון יסודי חוקתי בדין בישראל (ע"א 5185/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' רינה מרום, פ"ד מט(1) 318, 341). העיקרון הוגדר בפסיקה כיסוד ומרכיב בסיסי במשטר דמוקרטי, שהינו חיוני לתקינותו של ההליך השיפוטי, לביצור של אמון הציבור בו ולמימוש חופש הביטוי. פומביות הדיון, כפי שנפסק לא פעם, מאפשרת הטלת זרקור על העין הציבורית על ההליך המשפטי ובכך ייפתח ההליך המשפטי לביקורת ויגבר האמון הציבורי בו.

17. סעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה מעגן הכלל לפיו: "בית משפט ידון בפומבי זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק." גם סעיף 68(א) לחוק בתי המשפט חוזר ומדגיש כי "בית המשפט ידון בפומבי." הדין אמנם מכיר בחריגים לכלל. סעיף 68 קובע כי בית המשפט רשאי לדון בעניין מסוים, כולו או מקצתו, בדלתיים סגורות. החריגים לכלל פומביות הדיון מבוססים על צורך או אינטרס ציבורי הנבחנים על-ידי בית המשפט מעת לעת. בין האינטרסים המוכרים בדין נמנה,

באופן מובן, גם האינטרס הציבורי החיוני בקיום חקירות יעילות של עבירות פליליות. אכן, העובדה כי דיונים בבקשות של רשויות אכיפת החוק למתן צווים בשלב החקירה – בכללם צווים להיתר האזנת סתר, צווי איתור וצווים המתירים שימוש בסמכויות מיוחדות נוספות – במעמד צד אחד, מהווה דוגמה לחריג לעיקרון פומביות הדיון, הנובע מהאינטרס החקירתי. ככל שההצדקה לחריג בשלב החקירה מובנת מאליה, יש להטעים כי החריג אינו מבטל את תחולתו של עיקרון פומביות הדיון, אלא הוא רק מסייג אותו לאור צרכי החקירה בשלב הרלוונטי. הוא דוחה את יישום עיקרון הפומביות, הוא לא מבטל אותו.

18. ודוק, עמדת לשכת עורכי הדין היא שחשיבותו של עיקרון פומביות ושקיפות הדיון גוברת כאשר מדובר בהליך הנקט ביזמת המדינה, באמצעות רשויות האכיפה, נגד אזרחים. חשיבותו גדלה עוד יותר כאשר עסקינן בהליכים משפטיים במסגרתם נבחנת ההצדקה להיתר לשימוש בסמכויות חקירה מיוחדות ודרסטיות, שיש בהן כדי לפגוע בזכויות יסוד. תפקידו של בית המשפט בהליכים אלו, המתנהלים במעמד צד אחד בשלב החקירה, הוא לבחון קיומן של עילות מוגדרות, שיקולי תכלית ראויה ומידתיות. הבחינה מתבצעת על יסוד מצג ראייתי וטענות המוצגים בפני בית המשפט, במעמד צד אחד, כשבתי המשפט נוטים לסמוך ידיהם על הנימוקים המוצגים בפניהם. הליכים אלו חייבים להיות חסויים כל זמן שהאינטרס החקירתי מחייב זאת. אך הנחה זו מתהפכת בתום החקירה. ואז, דווקא אופיו החד-צדדי של ההליך במקור מחייב שקיפות מלאה וחשיפה לביקורת, באמצעות הסרה של המגבלות על פרסום ויידוע, וזאת במועד המוקדם ביותר שהאינטרס החקירתי או המודיעיני הקונקרטי חולף. המימוש של עיקרון פומביות הדיון, בתום החקירה, חיוני לאמון הציבור בהתייחס לשימוש באמצעי חקירה דרסטיים, להגינות כלפי מושאי הצווים, והוא משמש ערובה חשובה לריסון שימוש בלתי-מוצדק או בלתי-מידתי באמצעי חקירה מיוחדים.

19. לדידה של המבקשת, הנימוקים העקרוניים הללו הם נקודת המוצא לדיון. אין בהם כדי לבטל את הנימוקים שהודגשו בטיעוני המשיבה במובן זה: ישנם בהחלט מצבים בהם קיים צורך מתמשך לשמור על חיסיון המידע, או חלקים ממנו, גם לאחר שמוגש כתב אישום. הדגש בעמדתה של לשכת עורכי הדין איננו שאין מקום להתחשב בשיקולים אלו, אלא שהם צריכים להיבחן באופן קונקרטי וזהיר, במסגרת הכללים וההוראות הנוגעים להוצאת תעודת חיסיון, על-פי שיקול-דעתם ואישורם של הגורמים המוסמכים לחתום על תעודת חיסיון. כלומר, בכל מקרה יש לבחון קיומה של העילה לחיסיון המידע, את האיזון בינה לבין זכות העיון והתרומה להגנה, ואת היקף החיסיון הנדרש.

20. עמדת לשכת עורכי הדין היא כי לאחר הגשת כתב אישום, הכלל צריך להיות גילוי מלא ביחס לבקשות ודיונים שנשמעו במעמד צד אחד בשלב החקירה, לא כל שכן ביחס לצווים שיפוטיים שניתנו. התביעה מחויבת לבחון הצורך בהוצאת תעודת חיסיון על צווים שיפוטיים על-פי האיזון המעוגן בפקודת הראיות ובפסיקת בית משפט נכבד זה. ככל שהאמצעי השימושי בו התבקש ואושר בשלב החקירה בצווים שיפוטיים שניתנו במעמד צד אחד הינו בעל פוטנציאל פגיעה רב יותר בזכויות יסוד וככל שהוא מועד יותר לשימוש לרעה, כך גוברת העצמה של שיקולי פומביות הדיון (בדיעבד), שקיפות וחשיפה לביקורת. חובת הגילוי צריכה לחול, ככלל, על פרטי השימוש שהותר ועל המצג הראייתי והמשפטי שעל בסיסו ניתנו הצווים.

ה. תכליתיה של זכות העיון – מושכלות היסוד

21. אין צורך להרחיב לגבי מעמדה הרם של זכות העיון במשפט הפלילי בישראל. כפי שקבע כב' השופט עמית בעניין שיינר:⁸ "על ארבעה דברים עומד סעיף 74 והם – זכותו של הנאשם להליך הוגן, זכותו של הנאשם לערוך הגנתו ולהיערך כראוי למשפט, הערך של גילוי האמת, וצמצום פערי הכוחות בין התביעה להגנה". כפי שפסק בית משפט נכבד זה לא אחת:

"תכליתה של זכות העיון של הנאשם לפי סעיף 74 לחסד"פ היא לאפשר לו לממש את הזכות למשפט הוגן וליתן לו הזדמנות מלאה להתגונן מפני האישומים המיוחסים לו ... ויש הסבורים כי זכות העיון באה, כמו כן, לאזן במידת מה את פער הכוחות המובנה בין המדינה כמאשימה לבין הנאשם ... אכן, בית משפט זה עמד לא אחת על מעמדה הרם של זכות העיון ועל החשיבות היתרה הנובעת לה למימוש הזכות למשפט הוגן; ואף נקבע כי מעמדה הנעלה מביא אותה להימנות 'עם זכויות המסד של הנאשם במקומנו' ... נוכח תכלית זו, ולאור החשיבות הרבה הנובעת לזכות היסוד של הנאשם למשפט הוגן, אימץ בית משפט זה גישה מרחיבה להגדרת 'חומר חקירה' שעל התביעה להעמיד לעיון הנאשם. כך בין היתר נקבע שזכות העיון עשויה לחול אף במקרים שבהם החומר שבמחלוקת אינו קשור במישרין לאישום או לנאשם, והרלוונטיות שלו לאישום היא גבולית ... כך גם נקבע שכלל, בהיעדר מניעה עקב פגיעה בזכויותיו של אדם אחר או פגיעה באינטרס מוגן אחר, יפעל הספק בשאלת סיווגו של חומר כ"חומר חקירה" לטובת הנאשם."⁹ (וראו גם אסמכתאות הנזכרות שם).

22. בכל הנוגע לצווים שיפוטיים שניתנו במעמד צד אחד, בהעדר מידע נוסף לגבי תוכן הצווים והפעולות שאושרו, קשה להעריך את פוטנציאל התרומה של המידע להגנה. המבקשת סבורה כי ברמה העקרונית, עמדתו של העורר היא נכונה ויש למסור להגנה מידע, ברמת הפירוט האפשרית, כדי לאפשר לה לכוון את חיצי טענותיה.

23. שיקול רלוונטי נוסף הוא צמצום פערי הכוחות בין המדינה לבין חשודים ונאשמים. בשלב החקירה פער הכוחות הוא דרסטי והוא עשוי להתבטא, בין היתר, במתן אישור לנקיטת פעולות הפוגעות בזכויות יסוד של אזרחים, על יסוד מצגים וטענות שהוצגו בפני בית המשפט, ומבלי שאותם אזרחים מודעים בכלל לנקיטת האמצעים כלפיהם. על פי הגישה שמקדמת המדינה בהליך זה, ניתן לדמיין בקלות מקרים של פגיעה בזכות לפרטיות, לצרכי חקירה נטענים – שגם אם יתברר שהיו בלתי-מוצדקים או מוטעים – אפשר שמושאי ההאזנה לעולם לא יהיו מודעים לפגיעה בזכויות שלהם. גישה זו גם מונעת מנפגעים פוטנציאליים משימוש לרעה בסמכות, את האפשרות להעלות טענות ולעתור לקבלת סעד משפטי בגין הפגיעה בזכויותיהם.

⁸ בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פ"ד סו(3) 442, 456-457 (2014).

⁹ בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, לעיל הערה 1, עמ' 378, פסק דינה של כב' השופטת ביניש.

ו. פרשנותו של תיקון 75 לחסד"פ – בין "חומר חקירה" ל"חומר מודיעיני"

24. לשכת עורכי הדין סבורה כי יש להימנע מפרשנות המרחיבה את תחולתו של תיקון 75 לחוק סדר הדין הפלילי הרבה מעבר ללשונו, לכוונת המחוקק הסובייקטיבית ותוך סתירת התכליות האובייקטיביות הנובעות מעקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל.
25. תיקון 75 לחסד"פ היה תיקון שנוי במחלוקת שכרסם במעמדה של זכות העיון. הצעת החוק המקורית צומצמה בשלב הדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בשים לב לתכליות החשובות של זכות העיון. התכלית של תיקון 75 היתה לחסוך את הצורך בתהליך המסורבל של הוצאת תעודות חיסיון, וזאת בהתייחס לחומר מודיעיני באופן מובהק. התיקון הגדיר חומר מודיעיני באופן מפורש כ"חומר שנאסף או שנרשם בידי רשות מודיעיני" (תוך הגדרה מהי "רשות מודיעיני"). לשכת עורכי הדין סבורה כי הרחבה נוספת של תחולתו של תיקון 75, על דרך הפרשנות, היא בלתי רצויה ומסוכנת.
26. בעניין זה יש לציין כי צווים המאשרים ביצוע האזנת סתר על-פי סעיף 6 לחוק האזנת סתר מתייחסים, בדרך כלל, לפעולות חקירה מובהקות. על-פי לשון הסעיף: "נשיא בית משפט מחוזי או סגן הנשיא שהסמיכו הנשיא לעניין זה, רשאי, לפי בקשת קצין משטרה מוסמך, להתיר בצו האזנת סתר אם שוכנע, לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות, שהדבר דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג פשע, או לגילוי או לתפיסה של עבריינים שעברו עבירות כאמור, או לחקירה לצרכי חילוט רכוש הקשור בעבירה שהיא פשע". נוסח הבקשה והצו הם המלמדים אם העילה למתן הצו היתה מודיעינית או חקירתית (כלומר האם העילה למתן הצו היה חשד קונקרטי לעבירה שבוצעה בעבר, הנחקרת). הגישה מדלגת אפוא על בחינת השאלה המהותית אם הצווים ניתנו לצרכי חקירה.
27. פרשנות המרחיבה תחולתו של תיקון 75, כך שיחול על צווים שיפוטיים, מעוררת קושי ממשי. פרשנות זו אינה מתיישבת עם המשמעות הלשונית של החקיקה ("חומר שנאסף או נרשם בידי רשות מודיעיני"). היא אינה מתיישבת עם התכלית הסובייקטיבית של המחוקק. הרעיון להחיל חיסיון סטטוטורי על צווים שיפוטיים לא עלה בכלל על הפרק במהלך הדיונים בהצעת החוק. בעיקר, הפרשנות אינה מתיישבת עם התכלית האובייקטיבית של החקיקה ועם חזקות המשקפות זכויות אדם ואת שלטון החוק. מעל לכל, הפרשנות לפיה צווים שיפוטיים צריכים להיות מסווגים כ"חומר מודיעיני" שחל לגביו חסיון סטטוטורי, מייצרת סתירה צורמת מול תפקידו המוסדי של בית המשפט. פרשנות כזו נכשלת בביטוי הפונקציות הייחודיות שעליהן מופקד בית המשפט ואת העקרונות שעל-פיהם הוא פועל. היא מתארת את בית המשפט כאמצעי בידי רשויות האכיפה. היא מתעלמת מפונקציית הביקורת השיפוטית ומהתכלית של הליך בקשת הצו, גם במעמד צד אחד, ומהחשיבות המהותית של דיונים מסוג זה, שאינם טכניים כלל, אלא בעלי חשיבות מהותית רבה.
28. עמדתה של הלשכה היא כי גם מעבר לסוגיות הנדונות באופן ישיר בערר הנוכחי, רצוי שבית משפט נכבד זה יבהיר שיש להחיל את תיקון 75 לחוק סדר הדין הפלילי באופן צר ולהימנע מהרחבה יצירתית של המונח "חומר מודיעיני" באופן שיוסיף לכרסם במעמדה הרם של זכות העיון.

ז. התנאים לחוקתיות של הפעלת אמצעי חקירה מיוחדים - שקיפות, חובת יידוע ומנגנוני פיקוח בדיעבד

29. בישראל טרם בוצעה הסדרה חקיקתית ספציפית של השימוש בהאזנות סתר בין מחשבים (הפעלת רוגלות, להלן: "Surveillance spyware"). במצב זה, החשיבות של השקיפות ביחס לשימוש בכלים אלו גוברת. בנושא זה, נבקש להפנות, על קצה מזלג בלבד, למספר התפתחויות אקטואליות במשפט הבינלאומי.

30. בתאריך 15.6.2023 אימץ הפרלמנט האירופי מסמך המלצות שהוא תוצר עבודתה של ועדה מיוחדת שהוקמה לבחינת השימוש ב-surveillance spyware במדינות האיחוד האירופי: European Parliament Recommendation of 15 June 2023 to the Council and the Commission following the investigation of alleged contraventions and maladministration in the application of Union law in relation to the use of Pegasus and equivalent surveillance spyware (2023/2500 (RSP)).¹⁰ מסמך ההמלצות שאומץ מפנה למקורות משפטיים שבכללם סעיף 12 להכרזה האוניברסלית לזכויות אדם ופסיקה של ה-CJEU (Court of Justice of the European Union) ומקורות נורמטיביים נוספים המעגנים מעמדה של הזכות לפרטיות וסטנדרטים להגנה עליה.

31. מסמך ההמלצות מדגיש, בין היתר, את חשיבות הפיקוח/האישור השיפוטי ex ante בנוגע לדרישות הצורך, המידתיות והעילות הצרות המצדיקות שימוש באמצעים מסוג זה (פסקה H למבוא); וגם החשיבות של הסדרת מנגנוני פיקוח בדיעבד – ex post oversight, בהתאם לתנאים שנקבעו בפסיקה של ה-CJEU ושל בית המשפט האירופי לזכויות אדם, וכן במסגרת אמנת ונציה (פסקה I); ואת הסיכונים לשימוש לרעה באמצעים מיוחדים מסוג זה. הפיקוח בדיעבד מבוסס על רכיב של פיקוח מוסדי (בווריאציות שונות) וכן על עיקרון השקיפות וחובת יידוע של אנשים שהיו מטרת ל-Surveillance spyware, במועד שבו הצורך בסודיות חולף.

32. פסקה 32 לדו"ח מציגה שורה של סטנדרטים מינימליים שיש לאמץ בקשר להיתר שימוש באמצעי Spyware Surveillance. בנוסף להדגשת החשיבות של "binding and meaningful ex ante judicial authorization", בפסקה 32(a) מתייחס הדו"ח להבטחת השקיפות ופיקוח בדיעבד:

"(h) the right of notification for the targeted person: after the surveillance has ended, the authorities should notify the person of the fact that they were subject to the use of spyware by the authorities, including information regarding the dated and duration of the surveillance, the warrant issued for the surveillance operation, the data obtained, information on how that data has been used and by which actors, the date of deletion of the data and the right and practical arrangements for seeking administrative and judicial remedies before the competent authorities; notes that this notification should be sent without undue delay, unless and

¹⁰ קישור לטקסט מלא של הדו"ח באתר הפרלמנט האירופי:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/740151/IPOL_STU\(2022\)740151_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/740151/IPOL_STU(2022)740151_EN.pdf)

independent judicial authority grants delay of notification, in the event that immediate notification would seriously jeopardise [sic.] the purpose of the surveillance;"

33. ההמלצות כוללות גם חובת יידוע של אנשים שפרטיותם נפגעה למרות שהם עצמם לא היו המטרות להאזנה (פסקה 32(i); הדו"ח מתייחס גם למשנה התוקף להקפדה על הזכות להליך פלילי הוגן :

"(o) the reinforcement of the rights of the defence and the right to a fair trial by ensuring that those accused of crimes are allowed and able to check the accuracy, authenticity, reliability and even the legality of the evidence used against them and therefore rejecting any blanket application of national defence secrecy rules".

34. במסגרת עבודת הוועדה, ועל-פי הזמנתה, בוצע מחקר משפטי אודות **"The existing legal framework in EU Member States for the acquisition and use of Pegasus and equivalent surveillance spyware"**¹¹. על-פי הסקירה והאסמכתאות המפורטות במחקר האמור, הוראות המחילות חובה על הרשות החוקרת להודיע לאנשים שניתנו בעניינם צווי spyware surveillance בהקדם האפשרי, כשהוסר הסיכון לפגוע בחקירה, קיימות, בין היתר, בדין הגרמני (ראו עמ' 60 למחקר), בדין האיטלקי (עמ' 63), ובתנאים מסוימים בדין ההולנדי (עמ' 68-69 למחקר).

35. בעניין זה נא ראו גם חוות הדעת של ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר ועו"ד עמיר כהנא מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, **חוות דעת: חוק מעקבים דיגיטליים: דרושים פיקוח פרלמנטרי והגברת שקיפות השימוש ברוגלות** (14.3.2014) ובכלל זה סעיף 4.5 העוסק ב"זכות יידוע לנעקבים"¹².

36. מצאנו לנכון להפנות למסמכים הללו לא כקריאה לאימוץ ההמלצות המוצעות בהם (נושא מורכב ושנוי במחלוקת שבוודאי חורג מגדרו של ההליך הנוכחי) אלא כדי להמחיש התלבטויות אקטואליות בנושא ההסדרה המשפטית של שימוש באמצעי חקירה שהשימוש בהם פוגע באופן דרסטי בזכות לפרטיות. אימוצו של כלל לפיו חל חסיון סטטוטורי על צווים שיפוטיים המאשרים פעולות חקירה הפוגעות באופן משמעותי בפרטיותו של אדם, ועל פרטי פעולות האזנה שאושרו, סותר באופן חזיתי את המגמה של הידוק הפיקוח על השימוש בטכנולוגיות מתקדמות ואת הקריאה לאימוצן של ערובות להבטחת שימוש באמצעים לתכליות מוגדרות ומצומצמות ובאופן מידתי. לאור העדרה הסדרה חוקית ספציפית להאזנה בין מחשבים בישראל, החשיבות של הקפדה על שקיפות בנוגע לפעולות חקירה שאושרו וביחס לפרטי הצווים השיפוטיים שניתנו (כלל שניתנו ביחס לאמצעי חקירה מיוחדים כאלו) מקבלת משנה חשיבות.


¹¹ קישור לטקסט מלא של המחקר באתר הוועדה :

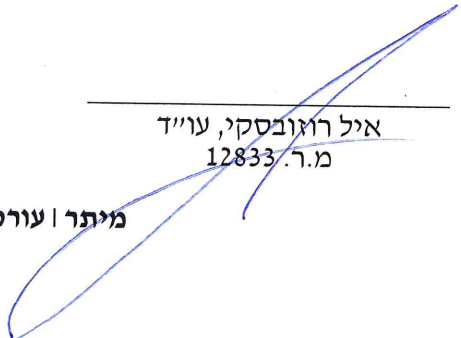
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/740151/IPOL_STU\(2022\)740151_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/740151/IPOL_STU(2022)740151_EN.pdf)

¹² <https://www.idi.org.il/knesset-committees/48279>

ח. סיכום

37. על יסוד כל האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את צירופה של המבקשת להליך במעמד של ידידות בית משפט ולהביא בחשבון עמדתה וטיעוניה במסגרת שיקוליו.


ד"ר נחשון שוחט, עו"ד
מ.ר. 27233


איל רוזובסקי, עו"ד
מ.ר. 12833

מיתר | עורכי דין

רמת גן, יום 8 באוגוסט 2023.

תוכן עניינים

מס'	שם הנספח	עמ'
1	ייפוי כוח	17

נספח 1

ייפוי כוח

עמ' 17

ייפוי כוח

אני הח"מ לשכת עורכי הדין בישראל ממנה בזה את אייל רוזובסקי ואו נחשון שוחט עורכי דין, להיות באי-כוח בעניין
בש"פ 4930/23

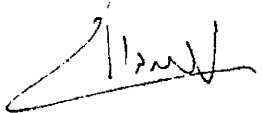
מבלי לפגוע בכלליות המינוי הנ"ל יהיה בא כוחי רשאי לעשות ולפעול בשמי ובמקומי בכל הפעולות הבאות, כולן ומקצתן
הכל בקשר לעניין הנ"ל והנובע ממנו כדלקמן:

1. לייצג ולחופיע בשם הלשכה בהליך נשוא ייפוי כוח זה.
3. לנקוט בכל הפעולות ולחתום על כל מסמך או כתב טענות בלי יוצא מן הכלל אשר בא כוחי ימצא לנכון בכל עניין הנובע בהליך זה.

ולראיה באתי על החתום, היום, 8 בחודש אוגוסט 2023


איתני שונשיין, עו"ד
מ"מ מנכ"ל הלשכה

הנני מאשר את חתימת מרשתי הנ"ל.


ערן גולן
מ.ר 35483