האגודה לזכויות האזרח בישראל
جمعية حقوق المواطن في اسرائيل
The Association for Civil Rights in Israel

10 בפברואר 2022

לכבוד
גב' גלי בהרב-מיארה
היועצת המשפטית לממשלה

שלום רב,

הנדון: **שימוש המשטרה בתוכנת המעקב של NSO**
מכתבנו מיום 18.1.2022; תשובת יועמ"ש המשטרה מיום 23.1.2022;
מכתב היועמ"ש לממשלה למפכ"ל המשטרה מיום 20.1.2022

הרינו לשוב ולפנות בעניין שבנדון, אך תחילה נתחיל ונאמר שזהו מכתבנו הראשון אלייך מאז נכנסת לתפקידך, ואנו מאחלים לך הצלחה רבה.

1. בזמן שחלף ממועד פנייתנו שבסימוכין לקודמך בתפקיד התבררה באופן **חלקי** תמונת המצב באשר לשימוש המשטרתי ברוגלת פגסוס או בתוכנות ריגול דומות למעקב אחר אזרחים. שאלות רבות נותרו פתוחות ולא קיבלו מענה, אולם גם אם נתייחס רק לעובדות שאינן שנויות במחלוקת – **אנו שבים ומבקשים לקבוע שהשימוש המשטרתי ברוגלה על בסיס החוק הקיים הוא בלתי חוקי ופסול, ומשכך יש להפסיקו לאלתר**.

2. יודגש כי אנו מברכים על הודעת השר לביטחון הפנים על הקמת ועדת חקירה, וקוראים להקים ועדת חקירה ממלכתית בדחיפות. אלא שגם אם וועדת החקירה תוקם, היא תבחן את היישום בפועל של המעקבים, ואילו פנייתנו מתמקדת בשאלה **משפטית גרידא**, ודי במידע שהתברר עד כה כדי לחייב הפסקה לאלתר של השימוש ברוגלה.

3. מאז מכתבנו הראשון בנושא, ולאחר הכחשות ראשוניות וטענות מצד המשטרה כי כל פעולותיה בוצעו במסגרת צווים ובהתאם לחוק, התברר ביום 1.2.2022 כי לפחות בחלק מהמקרים ביצעה המשטרה פעולות לא חוקיות. בדיון שהתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מסר סגן ראש אגף החקירות במשטרה, תנ"צ יואב תלם, כי נמצאו "**אנומליות טכנולוגיות אוטומטיות** של חומרים, שיש לגביהם ויכוח משפטי אם מדובר בפעולות שלא לפי החוק". בהודעת היועמ"ש מאותו היום נמסר, כי המשטרה ביצעה "בדיקה נוספת אשר העלתה ממצאים נוספים. בעקבות זאת, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את משטרת ישראל לנקוט במהלכים מידיים, על מנת למנוע חריגה מסמכות". היועמ"ש הורה על הקמת צוות לבדיקת האזנות סתר בדרך של תקשורת בין מחשבים שתפקידו לבחון את הכלים המצויים בידי המשטרה, אופן הפעלתם ומידת התאמתם לסמכויות הנתונות למשטרה וכן את הצורך בנקיטת צעדים שימנעו חריגה מסמכויות המשטרה.

4. הפרטים הנוספים שעולים מהכתבה שפורסמה לפני שלושה ימים בעניין זה (תומר גנון "ממנכ"לים של משרדי ממשלה ועד עיתונאים ואנשי עסקים: ההדבקה ההמונית בפגסוס הגיעה לכולם", **כלכליסט**, 7.2.2022) חושפים תמונה מחרידה עוד יותר של שימוש שיטתי ושגרתי ברוגלה לצורך איסוף מידע מודיעיני כלפי יעדים רבים ומגוונים ללא כל חשד קונקרטי נגדם לביצוע עבירה מסוג פשע ובכלל זה מנכ"לים של משרדי ממשלה, ראשי ערים ומארגני הפגנות.

האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר) | جمعية حقوق المواطن في اسرائيل | The Association for Civil Rights in Israel (ACRI)
נחלת בנימין 75 תל אביב 6515417 | شارع نحلات بينيامين ٧٥ تل ابيب | 75 Nahalat Binyamin St. Tel Aviv
טלפון هاتف: 03-5608185 :Phone | פקס فاكس: 03-5608165 :Fax | *www.acri.org.il, Anne@acri.org.il*

5. ממכתב היועץ המשפטי לממשלה שבסימוכין, מההבהרות שנמסרו בוועדה לביטחון הפנים ביום 25.1.2022 ומהודעות המשטרה והיועץ המשפטי לממשלה, אנו למדים כי:

א. השימוש ברוגלה ("חדירה סמויה למכשירי קצה" - מכתב היועמ"ש) מתבצע לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

ב. השימוש הותר על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה רק ביחס לשיחות, לרבות שיחות המתבצעות באמצעות "תקשורת בין מחשבים", מעת ההתחברות ליעד ההאזנה (האזנה עתידית).

ג. לרוגלה יכולות נוספות שלמשטרה אין סמכות להשתמש בהן. יכולות אלה אינן מופעלות וייתכן שחלקן אף נוונו מלכתחילה.

ד. בחלק מהמקרים בוצעה חריגה מהסמכות והופעלו גם יכולות שהחוק אינו מסמיך את המשטרה להשתמש בהן.

6. די בעובדות אלה כדי לאסור על השימוש ברוגלה לאלתר. בין אם מדובר במקרים בודדים ובין אם בשיטה; בין אם כלל החדירות למכשירים בוצעו מתוקף צו האזנת סתר של בית משפט ובין אם רק חלקן; ואף אם הרוגלה שימשה להאזנה בלבד – אין כיום בסיס חוקי שמתיר חדירה באמצעות רוגלה לטלפון ולכן הוא אסור, ואין להתירו בשום מקרה.

7. האזנת סתר היא מאמצעי המעקב הפולשניים ביותר שיש בידי המשטרה. אמצעי שמאפשר לעקוב אחר פעילויותיו העתידיות של אדם באופן סמוי. משכך יש לפרש את חוק האזנת סתר **באורח דווקני ביותר** – החוק אינו מסמיך את המשטרה להתקין רוגלה לצורך האזנת סתר. אמנם לשון החוק אינה מגבילה את סוג ה"מכשיר" שבאמצעותו מתבצעת האזנת הסתר ואין התייחסות בחוק לטכנולוגיה שהמשטרה רשאית להשתמש בה, אולם שימוש באמצעי מסוג זה אינו נכנס לגדרי החוק.

יש לכך שלושה טעמים מרכזיים:

8. **ראשית**, ביצוע האזנת סתר באמצעות רוגלה מאפשר לבצע מספר רב של פעולות נוספות מעבר להאזנה לשיחות עתידיות, ובכלל זה התחקות סמויה אחרי שיחותיו של בעל המכשיר **בעבר**, גישה לכל החומר האגור בטלפון או במחשב, הפעלת המצלמה והמיקרופון של המכשיר ואף ביצוע פעולות בטלפון כגון שליחת הודעות.

9. אין עוררין על כך שפעולות אלה אסורות ומשקפות פגיעה קשה ביותר בפרטיותו של אדם, בכבודו ובזכות להליך הוגן. היכולת לבצע פעולות עודפות אלה – אף אם הובטח על ידי הרשויות כי הן נוונו או אינן בשימוש - הופכת את **עצם השימוש באמצעי** זה לבלתי מידתי וכזה החורג מגדרי החוק.

10. אחד העקרונות הבסיסיים שהפסיקה חזרה עליהם שוב ושוב בעניין השימוש בהאזנות סתר הוא הצורך בשימוש **באמצעי המידתי ביותר** להשגת תכלית ההאזנה, שיקטין ככל הניתן את הפגיעה בצדדים שלישיים או בחשוד עצמו. נקבע כי יש למצוא את אותם האמצעים הטכניים שיהא בהם כדי למנוע הקלטתן של שיחות שאינן כלולות בהיתר ההאזנה (ע"פ 1302/92 **מדינת ישראל נ' נחמיאס**, פ"ד מט(3) 309 (21.6.1995)). "יש לוודא כי האמצעי שנבחר מביא למזעור הפגיעה בפרטיותם של יחידים שאינם כפופים לצו" (ע"פ 1668/98 **היועץ המשפטי לממשלה נ' נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים**, פ"ד נו(1) 625, 635 (1998)). הבטחת האיזון בין ההגנה על הפרטיות לבין האינטרס הציבורי מחייבת את "ברירת האמצעי הפוגעני המינימלי שיהא בו כדי להגשים את תכלית האזנת הסתר" (בש"פ 2043/05 **מדינת ישראל נ' זאבי** (15.9.2005), בפסקה 18).

11. אמנם גם בשימוש בהאזנת סתר באמצעים "רגילים" קיימת פגיעה עודפת בפרטיותם של אנשים שאינם יעד ההאזנה ונקלטות שיחות שאינן נוגעות לפרשה הנחקרת. אלא ש"מערכות אכיפת החוק מצוות להקטין את הסיכון שבפגיעה האמורה, ככל הניתן..." (**עניין זאבי** הנ"ל). השימוש ברוגלה כמו פגסוס עושה בדיוק את ההפך ומעצים למקסימום את הסיכון האמור.

12. **שנית**, אופייה של האזנת סתר באמצעות רוגלה שונה באופן מהותי מהאזנה באמצעות צד שלישי והיקפי הפגיעה בפרטיות הטמונים בה אינם מקבלים מענה בחוק האזנת סתר.

13. כך, למשל, שיחות WhatsApp מתבצעות לעיתים קרובות בקבוצות של עשרות משתתפים. האזנה לאחד המשתתפים בקבוצה פוגעת בהכרח בפרטיותם ובצנעתם של עשרות משתתפים נוספים. בנוסף, האזנה לתקשורת בין מחשבים באמצעות רוגלה בהכרח חושפת את ה"מאזין" גם לתקשורת עבר. כך, לדוגמה, החדרת הרוגלה לטלפון לצורך האזנה לשיחות העתידיות של אדם בקבוצת ה-WhatsApp, בהכרח חושפת גם את שיחות העבר שלו. דוגמה נוספת היא האפשרות להאזין באמצעות פתיחת המצלמה של המכשיר, באופן שמעצים את הפגיעה בפרטיות.

14. מכאן ששימוש ברוגלות מחייב התייחסות ייחודית של המחוקק להיבטים אלו, התייחסות שלא קיימת בחוק הקיים להאזנות סתר.

15. **שלישית**, האפשרות לשימוש לרעה או לשימוש אסור באמצעי שמרבית היכולות הטמונות בו הן בלתי חוקיות היא אפשרות ממשית ומסוכנת, לא רק לפרטיות האזרחים אלא למשטר הדמוקרטי. קודמך בתפקיד כבר הורה למשטרה לנקוט בצעדים למנוע חריגה מסמכות, מה שמעיד שאכן הייתה חריגה מסמכות בשימוש ברוגלה.

16. קיימות עדויות רבות ממדינות שונות, שהמערכת נמכרה להן, המעידות על שימוש לרעה במערכת לצורך מעקב אחר עיתונאים, מפגינים ומתנגדי משטר. אך לא צריך להרחיק אל מעבר לים בעניין זה, כיוון שמתחקיר "כלכליסט" עולה שגם במשטרת ישראל נעשה שימוש במערכת לצרכים שאין בינם לבין התכליות של חוק האזנת סתר דבר וחצי דבר, ולא רק נגד חשודים בפשעים, אלא גם לצרכי איסוף מודיעיני נגד נבחרי ציבור, עובדי ציבור, עיתונאים ומפגינים.

17. מכאן שעצם הרכישה וההכנסה לשימוש של רוגלה שמסוגלת לבצע מגוון רחב כל כך של פעולות בלתי חוקיות מחייבות דיון ציבורי של המחוקק, ובחינת התועלת בשימוש ברוגלות מול הנזק הפוטנציאלי שלהן. ככל שהמחוקקים יסברו שיש צורך ברוגלות בארסנל הכלים של המשטרה הרי שהם יצטרכו גם לתת את הדעת לאיזונים ולבלמים הנדרשים, שהם שונים לחלוטין מהאזנות סתר בכלים טכנולוגיים רגילים.

18. כך, למשל, תידרש התייחסות מיוחדת של המחוקק לסיכונים ייחודיים הנובעים משימוש ברוגלה, כמו למשל הסכנה שהמשטרה תיחשף למידע שקיים בטלפון הנייד כדי לכוון את החקירה ולאחר מכן תוציא צו חיפוש כדי להלבין את הראיות שנחשפה אליהן בניגוד לחוק. בדומה, יש לתת את הדעת לסכנה שהרוגלה תוביל לזיהום ההליך הפלילי, לאור היכולות שלה לשתול ראיות מפלילות או למחוק ראיות מזכות. כל עוד לא נערך דיון בסכנות אלו ולא ניתן להם מענה בחקיקה ייעודית, השימוש ברוגלה הוא אסור.

19. לאור כל האמור, חוק האזנת סתר אינו מקור הסמכה לשימוש ברוגלות. גם אם אמצעי ההאזנה, שהמחוקק ראה לנגד עיניו בשעתו, כבר אינם יעילים כבעבר לנוכח חידושי הטכנולוגיה, עדיין המענה לכך אינו בהפעלת נשק סייבר התקפי באמצעות פרשנות יצירתית של החוק הקיים, אלא בפנייה למחוקק.

20. במבט רחב יותר אנו מבקשים לשים סוף לתרבות הארגונית של החדרת טכנולוגיות מעקב חדשות על בסיס סמכויות כלליות או פרשנות יצירתית של סמכויות קיימות. פרקטיקה זו פשתה בעשור האחרון במנהל הציבורי לרבות בגורמי האכיפה, לעיתים באישור מוקדם של היועץ המשפטי לממשלה, ובמרבית המקרים בשיטה של קביעת "עובדות בשטח" שהיועץ נאלץ לאשר בדיעבד בכפוף לדרישתו לקידום הליכי חקיקה.

21. כך, למשל, הפרקליטות הגנה על השימוש המשטרתי במערכת המעקב "עין הנץ" חרף העדר הסמכה מפורשת בחוק, בטענה שהדבר מעוגן בסמכויותיה הכלליות של המשטרה. לאחרונה הוציא בג"ץ צו על תנאי, המורה למשטרה לנמק מדוע לא יופסק השימוש ב"עין הנץ" בהעדר הסדרה חוקית (בג"ץ 641/21 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל** (11.1.2022)).

לאור כל האמור נבקשך להורות על הפסקה מוחלטת ומידית של השימוש המשטרתי ברוגלות על בסיס חוק האזנת סתר. יודגש, כי בהעדר הסמכה בחוק אין כל בסיס משפטי לעמדת קודמך בתפקיד, שפורסמה בתקשורת, לפיה ניתן להמשיך ולעשות שימוש ברוגלות להאזנות סתר במקרים של חשש לחיי אדם.

נודה לקבלת עמדתך במהירות האפשרית ובהתאם לה נשקול המשך צעדינו המשפטיים.

בכבוד רב ובברכה,

אן סוצ'יו, עו"ד	אבנר פינצ'וק, עו"ד	גיל גן-מור, עו"ד

העתקים:
ח"כ עומר בר לב, השר לביטחון הפנים
עו"ד עמית מררי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי)
תנ"צ עו"ד אלעזר כהנא, היועץ המשפטי, משטרת ישראל