

10 באוגוסט 2022

לכבוד
גב' גלי בהרב-מיארה
היועצת המשפטית לממשלה

שלום רב,

הנדון: שימוש המשטרה ברוגלת סייפן (פגסוס) של NSO

מכתב האגודה לזכויות האזרח מיום 18.1.2022
מכתב האגודה לזכויות האזרח מיום 10.2.2022

הרינו לשוב ולפנות בעניין שבנדון, בשם האגודה לזכויות האזרח בישראל ובשם הקליניקה לפרטיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב,¹ בעקבות פרסום דוח ועדת הבדיקה בראשות המשנה ליועמ"ש עמית מררי (להלן – **דוח ועדת מררי או הדוח**).

נבקש להנחות את המשטרה כי השימוש ברוגלות אסור.

להלן עמדתנו בהרחבה:

ממצאים חמורים המובילים להמלצות רכות

1. בניגוד להכחשות ולטענות מצד המשטרה בדבר עצם השימוש ברוגלת פגסוס על נגזרותיה וכינוייה, ברור מדוח ועדת מררי שהיא אכן נרכשה והוכנסה לשימוש מבצעי לכל המאוחר בשנת 2016 תחת השם "סייפן".
2. התברר כי כבר בשלב הראשוני היה ידוע לעוסקים בדבר בתוך המשטרה ובייעוץ המשפטי למשטרה כי "מדובר באמצעי החורג מסמכויות משטרת ישראל בשל הפוטנציאל הטכנולוגי לאסוף מידע, שכן הוא מאפשר לקבל מידע אגור הקודם למועד האזנת הסתר וכן לקבל מידע שאינו מהווה תקשורת בין מחשבים". על כן "העמדה המשפטית הייתה כי יש לפעול על מנת להתאים את היכולות הטכנולוגיות של המערכת לסמכויות המשטרה הקבועות בחוק" (עמ' 54 לדוח). למרות זאת, גורמים במשטרה החלו לפרוץ לטלפונים באמצעות הרוגלה מבלי לנוון את היכולות הרלוונטיות, ותוך מודעות שהדבר כרוך בהפרת החוק, מבלי שידוע מתי ואיך התקבלה ההחלטה (עמ' 55 לדוח).
3. ועדת מררי מצאה גם כי בניגוד לטענות המשטרה "לא הועבר המידע הנדרש בעניין מערכת סייפן, על כלל מאפייניה, לידיעת הייעוץ המשפטי לממשלה, וממילא לא התקיים דיון משפטי עקרוני בנושא" (עמ' 67 לדוח).
4. בניגוד לטענת המשטרה שכל פעולותיה בוצעו במסגרת צווים ובהתאם לחוק, מצאה ועדת מררי פרקטיקה ממושכת של פעולות לא חוקיות באופן מובהק, אשר גובו על ידי הייעוץ המשפטי של

¹ הקליניקה לפרטיות, בשיתוף מרכז הנשיא מאיר שמגר למשפט דיגיטלי ובהנחייתו האקדמית של פרופ' מיכאל בירנהק, היא חלק מהתכנית לחינוך קליני ע"ש אלגה צגלה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. הקליניקה פועלת לביסוס הזכות לפרטיות ומימושה בחברה הישראלית, במישורים השונים בהם פועלת הזכות, באמצעות טיפול במקרים פרטניים, ניהול הליכים עקרוניים ומעורבות בהליכי חקיקה וגיבוש מדיניות ציבורית.

המשטרה, בלי שהדבר לובן עם היועץ המשפטי לממשלה כנדרש, ובלי שהדבר הובהר ופורט לשופטים שבחנו ואישרו את הצווים.

5. ראשית, התברר כי בניגוד להכחשות הראשוניות, אכן יש ביכולת המשטרה להוריד מידע אגור מהטלפון שנפרץ, לרבות מידע אגור שקיים בטלפון מלפני מועד קבלת הצו. עוד הסתבר כי מערכת הסייפן אינה המערכת היחידה, וכי "בשימוש המשטרה מערכת נוספת בפיתוח חברה פרטית, אשר אוספת מידע מרגע ההדבקה ואילך ולה היכולת במקרים קונקרטיים להביא מידע אגור בכפוף להכנסת תאריכים מדויקים שמהם רוצים לקבל את המידע בשלב ההדבקה" (עמ' 5 לדוח). פרטים על הפיתוח הזה לא פורסמו בדוח הגלוי.

6. שנית, התברר כי מערכת סייפן מורידה מהטלפון שנפרץ גם מידע שאינו כלול בצו האזנת סתר ואינו יכול להיות כלול, שכן הוא אינו בגדר מידע המופק מתקשורת בין מחשבים. מדובר במידע אישי רגיש ביותר: רשימת האפליקציות, היומן, פתקים ואנשי הקשר.

7. ועדת מררי מצאה כי המשטרה עשתה שימוש נרחב ולא חוקי במערכת לקבלת מידע אגור או מידע שאסור לקבלו, חלק באופן יזום באמצעות הפעלה אקטיבית של האפשרות להוריד מידע אגור, וחלק באופן אוטומטי, אף שניתן היה לנוון יכולות אלו, ובניגוד להנחיה שניתנה לנוון אותן.

8. הוועדה קבעה שהמשטרה לא הטעתה באופן אקטיבי את השופטים שאישרו את צווי ההאזנה, אך משתמע כי בניגוד לנדרש היא לא טרחה לפרט בפניהם שהאזנת הסתר תתבצע באמצעות רוגלה המאפשרת הורדת מידע אגור ומידע שאינו תואם את הצו, כמו היומן או אנשי הקשר, וכי הדבר אף נעשה בפועל. כמו כן, לא פורטו בבקשות להפעלת סמכות העזר שהמונח "צו כניסה למקום" מתייחס להדבקת הטלפון ברוגלה. נזכיר כי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 קובע, בסעיף 6(ד), כי הצו השיפוטי צריך לפרט את "דרכי ההאזנה שהותרו". בהיעדר יידוע מספק לבתי המשפט, עולה חשש כבד שהמשטרה הכשילה בפועל את השופטים במקרים האמורים.

9. מדובר בהתנהלות חמורה, בכשל מערכתי קשה, ובפגיעה קשה בזכות לפרטיות ובזכויות החשודים, גם אם לטענת המשטרה היא לא עשתה שימוש במידע העודף במסגרת חקירותיה. נעיר, כי מהדוח לא ברור מה עלה בגורל המידע העודף, והאם נעשו בו שימושים אחרים, שלא לצורך החקירה לשמה התבקש הצו.

10. אין צורך להכביר מילים על רגישות המידע שניתן להפיק מקבלת מידע אגור בטלפון – מידע שהורד לשרתי המשטרה בניגוד לחוק. הטלפון החכם מכיל היום מידע עצום ורב, שחדירה אליו חושפת את כל חייו של החשוד בפני החוקרים, באופן שחורג בצורה קיצונית מהסמכות "להאזין" לשיחות שמתקיימות בזמן הווה (ר' דנ"פ 1062/21 אוריך נ' מדינת ישראל (11.1.2022)), בפיסקה 29 לחוות דעת הנשיאה חיות).

11. גם המידע שבאופן שיטתי הורד לשרתי המשטרה באופן אוטומטי ולא נוון הוא מידע רגיש ביותר. רשימת האפליקציות המותקנות בטלפון עשויות לחשוף פרטי מידע רבים (למשל – אפליקציית היכרויות של הקהילה הלהט"בית עשויה לחשוף נטייה מינית); היא מעידה על שירותים שונים (בנק, קופת חולים, חברת ביטוח, הרגלי חיים ועוד). רשימת אנשי הקשר חושפת קשרים חברתיים ורומנטיים, מידע רפואי (מספר של פסיכולוג, למשל), פעילות עסקית ועוד. הפתקים יכולים לכלול מידע אישי רגיש ובוודאי שגם היומן, הכולל מידע אישי עצום בהיקפו וברגישותו. המידע מתייחס לא רק למחזיק המכשיר, אלא גם לבני שיחו, למכריו ולאחרים שהמידע על אודותיהם נשמר במכשיר בו משתמש החשוד.

12. חשיפתה של המשטרה לפרטי מידע אלו מאפשרת לה לרגל אחר אדם באופן חסר תקדים בהיקפו, שלא הותר לה בחוק, ועצם היכולת להיחשף למידע זה שנאגר בשרתיה היא פסולה, בלי קשר לשאלת השימוש בפועל במידע. ממילא גם בלתי אפשרי לעקוב ולפקח על השימוש במידע, ברגע שהוא כבר נמצא בשרתי המשטרה, וקשה להאמין שאם הופק מהמידע מודיעין, בניגוד לחוק, יהיה לכך תיעוד פורמלי, שיעלה בבחינה מדגמית של הרשומות המוסמכות. מודיעין שהושג בניגוד לחוק יכול לעבור גם באופנים שלא מותרים עקבות, כאמצעי לטיוב והכוונת החקירה, ואף כידוע, קיימות דרכים להלבין ראיות שהושגו שלא כדין לאחר מכן (ולא בכדי המליצה ועדת מררי שבבקשה לצו חיפוש במחשב יצוין האם הוא נפרץ באמצעות רוגלה קודם לכן).

13. על פני הדברים, האופן בו פעלה המשטרה אף מעלה חשד לביצוע עבירות פליליות של חדירה לחומר מחשב, האזנת סתר אסורה ופגיעה בפרטיות, אך הוועדה לא מצאה לנכון להמליץ המלצות במישור הפלילי, ואף לא להסיק מסקנות אישיות כלשהן, ככל הנראה בשל העובדה שהפעולות גובו בחוות דעת משפטית של הייעוץ המשפטי של המשטרה.

14. למרות הממצאים החמורים, המלצות ועדת מררי הן המלצות רכות למדי אשר התפיסה שבבסיסן היא מתן אמון עיוור במשטרה, בתום לבה, בכללים פנימיים ובפיקוח הפנימי, וזאת לאחר שהוועדה מצאה שהפיקוח הפנימי כשל לחלוטין, ושמרכיבי המערכת הוסתרו ממשרד המשפטים, ואף מהשופטים מהם ביקשה המשטרה לאשר צווי האזנת סתר. לאור גישה רכה זו אף ממליצה הוועדה לאפשר למשטרה לחזור ולעשות שימוש במערכת הסייפן בכפוף למספר הגבלות, שייקבעו בנהלים פנימיים, ואפילו ללא צורך בתיקון החקיקה.

חוות הדעת המשפטית שמכשירה את המשך השימוש ברוגלות על בסיס החקיקה הקיימת

15. יש לדחות את העמדה שניתן לאשר למשטרה להמשיך להשתמש ברוגלות, ויש לאסור באופן גורף את השימוש במערכת סייפן ובמערכת הנוספת, המוזכרת בדוח. אין מחלוקת כי פריצה של המשטרה למכשיר הטלפון החכם באמצעות רוגלה, ללא ידיעתו והסכמתו של בעליו, מהווה פגיעה קשה ביותר בפרטיותו. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 7(א) לחוק כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". סעיף 7(ד) לחוק היסוד קובע: "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו". על חשיבותה של הזכות לפרטיות עמד בית המשפט העליון כשקבע כי "זכות זו מהווה את אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו" (ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (13.6.1999)).

16. ניתן לחלוק על כך שחקיקה יכולה להכשיר פגיעה כה חמורה בזכות לפרטיות. ואפילו אם ניתן הדבר ברור שרק חקיקה מפורשת העונה על כל הדרישות של פיסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עשויה להסמיך את המשטרה להדביק טלפונים ברוגלה.

17. כידוע, חוק האזנת סתר נחקק בשנת 1979 ותוקן בפעם האחרונה בשנת 1995 כדי לאפשר גם האזנה לשיחה שמתבצעת בדרך של "תקשורת בין מחשבים", אולם חברי הכנסת לא התייחסו לאפשרות שהאמצעי לביצוע האזנת סתר יהיה פריצה לטלפון חכם והשתלטות עליו, טכנולוגיה שלא הייתה קיימת בשעתו. החוק וההסדרים שבו עוצבו בהתאם לטכנולוגיה שהייתה קיימת לביצוע האזנות סתר בעת חקיקתו, והם אינם כוללים התייחסות לביצוע האזנות סתר באמצעות רוגלה ולהשלכות של הטכנולוגיה שלה.

18. גם אם המחוקק איפשר האזנות סתר באמצעות הצמדת מכשיר האזנה או מכשיר אחר שמיירט תקשורת בין מחשבים כשהיא בתנועה, היה ועדיין צריך להיות ברור לכל הנוגעים בדבר שמתן הרשאה למשטרה לפרוץ באמצעות רוגלות לטלפונים חכמים ולהשתלט עליהם, אינה "עוד מאותו דבר", אלא היא שינוי פרדיגמה דרמטי ואירוע משמעותי המחייב הסמכה מפורשת בחוק. זאת הן מבחינת הפגיעה בפרטיות (רוגלה חושפת את כל תכולת הטלפון הנייד), הן מבחינת פוטנציאל השימוש לרעה (רוגלה מאפשרת למשל למחוק או להטמין פרטי מידע במכשיר הקצה) והן מבחינת הנזק הכולל מול התועלת (למשל, הפיתוי לעשות שימוש ברוגלה לריגול אחר עיתונאים ומתנגדי משטר, כפי שאירע במדינות רבות).

19. ועדת מררי עצמה אומרת ש"יש משמעות קרדינלית לעצם החדירה למכשיר קצה ופוטנציאל היכולת לאיסוף מידע על ידי כך, אשר עשוי להיות זמין, ודי לעניין זה בפעולה פשוטה" (עמ' 26 לדוח). בנוסף, מבקרת ועדת מררי את המשטרה על כך ש"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" (עמ' 6 לדוח). אולם במקום להסיק את המסקנה המתבקשת - שעל החטא הקדמון יש לכפר בדרישה להסמכה מפורשת בחוק - קבעה הוועדה שאין חובה להסדיר את השימוש ברוגלה בחקיקה מפורשת.

20. למעשה גם במשרד המשפטים העמדה הייתה שנדרשת הסמכה מפורשת, ולכן הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה) משנת 2014 כללה הצעה לתיקון של סעיף סמכות העזר בחוק האזנת סתר כך שיכלול גם סמכות חדירה לחומר מחשב. אלא שהצעת החוק לא הבשילה לחוק, והפתרון שנבחר הוא לעקוף את המחוקק באמצעות פרשנות מרחיבה.

21. ואכן, את הקושי המשפטי מבקשת הוועדה לפתור באמצעות קונסטרוקציה כפולה ורעועה במיוחד. החלק הראשון שבה הוא פרשנות מרחיבה לסעיף 10(א) לחוק האזנת סתר, המאפשרת חדירה מרחוק לטלפון הנייד כסמכות עזר לביצוע האזנת סתר. החלק השני שבה הוא קביעה כי את סוגיית המידתיות ניתן להסדיר בנהלים פנימיים והחלטות פנימיות על ניוון הטכנולוגיה. שני החלקים אינם עומדים ולו גם בקירוב בדרישות החוקתיות שנובעות מפסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

פרשנות של סמכויות אכיפה חייבת להיות דווקנית

22. הפרשנות שאימצה ועדת מררי היא שניתן לראות בסעיף 10(א) לחוק האזנת סתר, כמתיר פריצה מרחוק למכשיר והדבקתו ברוגלה, כסמכות עזר לביצוע האזנת סתרה. הסעיף קובע כי "מי שמוסמך להתיר האזנת סתר לפי חוק זה, רשאי להתיר גם כניסה למקום לצורך התקנת אמצעים הנדרשים להאזנה, פירוקם או סילוקם". הוועדה סבורה שניתן לפרש את המונח "כניסה למקום" גם כהדבקת מכשיר הטלפון באמצעות רוגלה.

23. העמדה המשפטית הנ"ל מרחיקת לכת, שגויה ולא משכנעת. הסמכת המשטרה לשימוש במערכות פולשניות האוגרות מידע רגיש חייבת להיות מפורשת ודווקנית. אסור להכשיר השימוש במערכת פוגענית באמצעות פרשנות מרחיבה ויצירתית של הסמכות. נזכיר, כי בית המשפט קבע כי סמכויות עזר אינן יכולות להיות עוגן מסמך מספק: ראי, למשל, בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נג(4) 673, 687 (1999).

24. הטענה שעמדה זו עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה בעניין עע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל-אביב יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי** (24.3.2013)) אינה נכונה. בעניין **איגוד האינטרנט דווקא נקבע שנדרשת הסמכה מפורשת בחוק כדי שהמשטרה תוכל להורות לספקיות האינטרנט לחסום גישה לאתר אינטרנט**. כלומר – דווקא מדובר בפסיקה המדגישה את הצורך בהסמכה מפורשת כדי להקנות סמכויות אכיפה, בניגוד להקשרים אחרים שבהם הפרשנות התכליתית מאפשרת הכרה במונח "מקום" גם כמקום וירטואלי (כמו, למשל, בדיני איסור הפליה במקום ציבורי). השופט (כתארו אז) פוגלמן אף הדגיש כי מתן סמכות אכיפה לסגירת אתרים מחייבת ליבון ברשות המחוקקת, שכן יכולים להיות הסדרים שונים, יכול שיוטלו סוגי פיקוח מחמירים יותר או פחות, יש לבחון גם את הנזק שעלול להיגרם לאתרים תמימים וכדומה.

25. אכן, אין כלל סימטרי בנושא זה. פרשנות חקיקה נדרשת לעיתים כדי להתאים את החוק למציאות המתפתחת, לרבות לחידושי הטכנולוגיה, וכשהיא נדרשת כדי להגן על זכויות אדם ועל המיעוט, יש לנקוט אותה כדי להגשים את הזכויות החוקתיות. לעיתים פרשנות עדכנית גם נדרשת לצורך מתן מענה לאירועים לא צפויים, כדי לאפשר את שגרת החיים של האזרחים. אולם, כאשר מדובר במתן סמכויות אכיפה שפוגעות בזכויות החוקתיות, יש לנקוט פרשנות דווקנית לחוק ולא להרחיבו בדרך של פרשנות מרחיבה, רק כדי לחסוך לרשות המבצעת את הצורך לפנות למחוקק.

26. בית המשפט העליון עמד שוב ושוב על החשיבות בהקפדה על עקרון חוקיות המינהל כאשר פעולותיה של הרשות עלולות להביא לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט. במקרים כאלו נקבע שאין די בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה (למשל, בג"ץ 1550/18 **עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות** (מיום 30.4.2020)), בפסיקה 30 לפסק דינו של השופט פוגלמן). ברע"א 2558/16 **פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון** (5.11.2017), ניסחה השופטת ברק-ארז את הדברים בצורה בהירה: "צורך אינו מקור הסמכה" (שם, בפסקה 58).

27. הסמכות לבצע האזנת סתר לשיחה או למידע בתנועה בין מחשבים אינה יכולה להיות מקור הסמכה לשימוש ברוגלות. הפגיעה הנובעת מפריצה זדונית לטלפון נייד של אדם, והשתלטות על תוכנו מרחוק, היא פגיעה עוצמתית וקשה בזכויות חוקתיות. לכן מוקשה הטענה של ועדת מררי כי מבחינה תכליתית העובדה שהמחוקק התיר בשנת 1995 כניסה למקום כדי להתקין מכשיר המסייע להאזין או להעתיק תעבורה בתווך בין מחשבים, שקולה לפריצה לטלפון נייד של אדם והשתלטות עליו על כל תכולתו. מדובר בהכנסה מהדלת האחורית של טכנולוגיה שנתפסת גם בעיני רשויות הביטחון כאמצעי סייבר התקפי, על בסיס סמכות עזר שהוענקה למשטרה לצורך טכנולוגי שונה לחלוטין.

חוק אינו הופך למידתי על בסיס הנחיות ונהלים פנימיים

28. החלק השני של הקונסטרוקציה של דוח מררי להכשרת השימוש ברוגלה הוא שניתן להפוך את השימוש ברוגלה למידתי אם הנחיות ונהלים פנימיים יובילו לניווט חלק מהיכולות, ואם ייאסר השימוש במידע עודף שמתקבל. כלומר – ועדת מררי תומכת במצב חוקתי קלוקל שבו מוכרת הסמכות של המשטרה לעשות שימוש ברוגלות, סמכות שפגיעתה בזכויות הפרט היא קיצונית, על בסיס השאיפה שהנחיות ונהלים פנימיים יאזנו את הסמכות וימתנו אותה. אי אפשר להכשיר חוקתיות של חוק תוך הסתמכות על נוהל משטרתי פנימי. המשקל החוקתי כבד בהרבה ממידותיו של הוו הזה.

29. טענות דומות עלו גם בעניין העברת המידע ממרשם האוכלוסין אל הבנקים ומספר רשויות ציבוריות (בג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים** 10.5.2004). המשיבים באותה פרשה טענו, שיש לפרש חקיקה קיימת - חקיקה שמורה לבנקים לאמת את זהות הלקוח באמצעות תעודות זהות - כמקור סמכות להעביר לבנקים מידע ממרשם האוכלוסין. עוד הם טענו, שהשימוש שעושים הבנקים במאגר המידע בפועל אינו חורג מהמותר על פי כל דיני הגנת הפרטיות וכללי אבטחת מידע, וכי הוא מתבצע בהתאם להנחיות רשמת מאגרי המידע. בג"ץ דחה טענות אלו. הוא לא הסתפק בהסדרי הפרטיות הוולונטריים של רשמת מאגרי המידע ושל הבנקים, ועמד על כך שהסדרים מעין אלה ייקבעו בחקיקה מסמיכה.

30. יתר על כן, פערי המידע בין היועצים המשפטיים השונים רק ממחישים עד כמה קלוקלת ההתבססות על נהלים פנימיים לשם הכשרת השימוש ברוגלה. כך, למשל, מצוין בעמ' 56 לדוח כי "לא ניתן לקבוע" אם הייעוץ המשפטי למשטרה הכיר את נהלי חטיבת הסייבר שעוסקים בהליך ביצוע האזנת סתר וכן מצוין כי סוגיות עקרוניות לא הובאו לאישור הייעוץ המשפטי לממשלה (עמ' 53 לדוח). כמו כן עולה שהונחו הנחות שונות שבאופן נוח מעמעמות את עוצמת היעדר החוקיות: ההנחה כי היכולות החורגות של המערכת נוונו (עמ' 56 לדוח), אף שכידוע לא כך היה הדבר, או ההנחה כי קיומו של נוהל האוסר על הפקת מידע ושימוש בו מהווה תנאי מספק בכדי להתאים את חריגות המערכת לסמכות המשטרה לפי חוק האזנת סתר (עמ' 35 לדוח).

31. מה שמוצע עתה על ידי ועדת מררי הוא לפרש את החוק המסמיך בהרחבה יתרה, בידיעה שהמשמעות היא חוק המתיר פגיעה לא מיידית, וניסיון להפיכתו למידתי בהחלטות וולונטריות של המשטרה לנוון יכולות, או להגביל שימוש בנהלים פנימיים, שגם הם יהיו חשאיים. נוהל משטרתי אינו יכול לייצר חוקתיות יש מאין, במיוחד לאור הקלות בה ניתן לקבוע אותו, לשנותו ולבטלו, תוך "פטור" משיתוף הציבור ודין ודברים דמוקרטי, המאפיינים הליכי חקיקה של חוק.

הכרסום בעקרון החוקתיות – מסר בעייתי לרשויות האכיפה

32. ההמלצה להכשיר את השימוש ברוגלה על בסיס פרשנות יצירתית לחקיקה ישנה מעבירה מסר בעייתי לכל גורמי האכיפה, מסר שיש בו לתמרץ הכנסה לשימוש של מערכות מעקב חדשות בחשאויות וללא הבאת העניין קודם להכרעת נבחרי הציבור. זה בדיוק הדפוס הבעייתי שיש לשרש, במקום לתמרץ. ודוקי, הקביעה כי ניתן להשתמש ברוגלה לצד "המלצות לתיקוני חקיקה" (פרק 11 לדוח) רק מעמיקה את הדפוס הזה, שכן אין בה כל תמרץ אמיתי לביצוע תיקוני חקיקה אלא להיפך. משכך, כאמור, עמדתנו הינה כי אין כל מקום להשבת המערכת לשימוש, ודרך המלך היחידה – אם בכלל - הינה הליכי חקיקה.

33. יתר על כן, אין זו הפעם הראשונה שהמשטרה מכניסה לשימוש - ניסיוני (פיילוט) או קבוע - טכנולוגיות מעקב פולשניות מבלי לעדכן את היועץ המשפטי לממשלה, וממילא גם מבלי לקבל את אישורו, ורק כאשר הדבר נחשף היא פונה אל היועמ"ש כדי שזה יכשיר עבורה את השרץ. המאמץ הפרשני, ובכל הכבוד השגוי, שנעשה בדיעבד כדי לשוות נופך חוקי למעשה העשוי רק מתמרץ את המשטרה, ורשויות שלטון רבות אחרות שנוהגות כמוה, להמשיך ולקבוע עובדות בשטח ללא ידיעת היועמ"ש או בניגוד לעמדתו, מתוך ידיעה שביום פקודה הוא ייאלץ להגן על מה שלא היה מאשר מלכתחילה.

34. נזכיר כי הדרישה להסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכויות חוקתיות אינה דרישה טכנית אלא דרישה מהותית. היא נועדה בראש ובראשונה לאפשר לנבחרי הציבור לקבל את ההכרעה הערכית

ביחס לאמצעי המבוקש, לדון בתכליות שלו, בהצדקות לשימוש בו ובמידתיותו. העובדה שהמחוקק מצא לנכון להתיר למשטרה לבצע האזנות סתר באמצעים טכנולוגיים המתירים האזנה, אין משמעותה הסמך את המשטרה לפרוץ לטלפונים של אזרחים באמצעות רוגלות, שמאפשרות למשטרה להיחשף לתוכן עצום של חשוד.

35. הדיון הציבורי מתקיים כעת במדינות רבות המתמודדות עם ההשלכות של הטכנולוגיה של חברת NSO ודומיה. בין היתר קיימות טענות לפיהן הנזק משימוש ברוגלות עולה על התועלת, וכי מדובר באמצעי אשר פוטנציאל השימוש בו לרעה גבוה, ויכול לשמש לריגול אחר אזרחים ללא הצדקה. דוח מררי עצמו הצביע על חריגות רבות בפרקטיקה ממושכת מהנהלים. בנוסף לכך חריגות אלה הן הפרה של החוק ושל חוק היסוד. מתן הכשר למשטרה לעשות שימוש במערכת סייפן מאפשרת להחניק את הדיון הציבורי ולקבוע עובדות בשטח.

36. הצורך בהסמכה מפורשת בחוק נובע גם מהחשש שהחלטות אלו, כאשר הן מתקבלות במחשכים, בפורומים מצומצמים, יובילו לאי חוקיות. כך בדיוק אירע בענייננו. לו סוגיית השימוש במערכת סייפן הייתה נעשית בהליך חקיקה פומבי, לא היה נוצר מצב שבו במשך שנים על גבי שנים פועלת המשטרה באופן לא חוקי ואיש לא שם לכך לב. פומביות הליכי החקיקה מצמצמת את הסיכון לפגיעה בזכויות החוקתיות, שכן אור השמש הוא המחטא הטוב ביותר.

37. אנו ערים לטענה כי השינויים הטכנולוגיים המהירים מחייבים את רשויות האכיפה להקדים ולהפעיל כלים וכי המציאות מקדימה את החקיקה. אנו לא מקבלים את התזה הזאת כבסיס לערעור עקרון חוקתיות המנהל ולשנמוך של פסקת ההגבלה והדרישה להסמכה מפורשת בחוק. המציאות גם מראה שהמשטרה נמנעת מלקדם חקיקה שנים על גבי שנים. כך היה בעניין מערכת עין הנץ (וראי עתירתנו בעניין, בג"ץ 641/21 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל); וכך בעניין השימוש ברוגלות. דוח ועדת מררי מראה בצורה ברורה כיצד הגורמים הרלוונטיים **בחרו** לפעול ללא חקיקה במשך שנים רבות. נראה שהגישה הכללית במשטרה היא שנוח יותר לפעול במחשכים, מחוץ לעין הביקורת הציבורית. לעיתים הדבר אף מוסבר כצורך, על מנת להסתיר מהפושעים את היכולות הטכנולוגיות.

סיכום

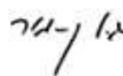
לאור כל האמור יש לדחות את הדרישה לשוב ולהפעיל את הרוגלות בהעדר סמכות לכך בחוק האזנת סתר. **לכן נבקשך להורות למשטרה על איסור השימוש ברוגלות.**

נודה לקבלת עמדתך בהקדם האפשרי ובהתאם לה נשקול המשך צעדינו המשפטיים.

בכבוד רב,



נועה דיאמונד, עו"ד
הקליניקה לפרטיות



גיל גן-מור, עו"ד
האגודה לזכויות האזרח

העתקים:

ח"כ עומר בר לב, השר לביטחון הפנים
עו"ד עמית מררי, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פילי)
תנ"ץ עו"ד אלעזר כהנא, היועץ המשפטי, משטרת ישראל
עו"ד גלעד סממה, ראש הרשות להגנת הפרטיות