

1. ההסדרה המשפטית של השימוש בכלים טכנולוגיים בתחום האזנות הסתר ונתוני התקשורת

1.1 מבוא

על המשטרה מוטלת האחריות להבטחת הביטחון והסדר הציבורי, ולצורך מילוי תפקידה היא נאלצת להפעיל כוח ולעיתים לפגוע, מתוקף סמכותה, בזכויות הפרט ובהן הזכות לפרטיות. עם זאת, הפעלת הכוח השלטוני באמצעות המשטרה והפגיעה בזכויות הפרט אינן בלתי מוגבלות, והן כפופות לדינים ולנורמות החלים עליה, ויש בכך כדי להפחית משמעותית את הסכנה כי הכוח הרב הנתון בידה ינוצל לרעה ויופעל באופן שרירותי או לקידום מטרות זרות³⁰.

כדי למלא את ייעודה ותפקידה המשטרה משתמשת בכלים שונים ומגוונים לצורך האזנה לשיחות ולהפקת נתוני תקשורת. עם זאת, לנוכח הפגיעה החריפה בפרטיותו של האדם³¹, אשר קיימת כבר בעצם האיסוף והאגירה של מידע הנוגע לו³², עליה לקבל אישור משפטי שהשימוש שהיא עושה בכלים אלו הוא בגדרי סמכותה כפי שנקבעו בחוק. את האישורים האלו נותן הייעוץ המשפטי למשטרה ובנושאים מסוימים - נותנים אותם גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, כפי שיפורט בהמשך.

המשטרה היא זרוע ביטחונית של המדינה, וחלים עליה חוקי המדינה וכללי המשפט המינהלי. אחד מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הוא עקרון חוקיות המינהל ולפיו לרשות מינהלית "אין לה סמכות אלא אותה סמכות שהוענקה לה לפי חוק"³³. עיקרון זה נובע מעיקרון רחב יותר - עקרון שלטון החוק, קרי - כולם חייבים לפעול בהתאם לחוק. בהתאם לעיקרון זה, המשטרה, ככל רשות מינהלית, היא גוף משפטי שנוצר על ידי החוק, אין לו קיום אלא על פי החוק, היקף סמכויותיו מוגדר על פי החוק, וכל פעולה שהוא מבצע החורגת מדי אמותיו של החוק בטלה ומבוטלת³⁴. עיקרון זה של שלטון החוק גובר על אינטרסים ציבוריים אחרים ואף גובר על האינטרס הביטחוני³⁵. עקרון שלטון החוק ועקרון חוקיות המינהל מחייבים להסדיר בחקיקה את סמכויות המשטרה להשתמש בכלים הטכנולוגיים המגלמים את רמת הפגיעה המשמעותית והעמוקה ביותר בזכויות האדם, בדגש על הזכות לפרטיות.

חוק האזנות סתר נועד להגן על האדם מפני פגיעה בפרטיותו באמצעות האזנה לשיחותיו ללא ידיעתו. לצד זאת החוק קובע חריגים לאיסור המתירים למשטרה לבצע האזנות סתר ולקבל נתוני תקשורת בנסיבות שבהן הפגיעה בזכות לפרטיות מוצדקת לשם הגנה על הציבור או על ביטחון המדינה. החוק תוקן בשנת 1995 לעניין תחום התקשורת בין מחשבים אולם הוא אינו נותן מענה לכלל ההיבטים הייחודיים הנובעים מהשינויים הטכנולוגיים המהירים המתרחשים בתחום זה. על הפער שבין המצב החקיקתי לבין קצב התפתחות הטכנולוגיה עמד בית המשפט העליון: "המשפט משתרך - הולך לו בעקבות חידושי המדע והטכנולוגיה. כך היה בעבר, כך הוא בימינו, וכך יהיה בימים יבואו. פיגור זה שבזמן טבוע במהותם של דברים"³⁶. בפרק שיובא בסוף הדוח

³⁰ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר פ"ד סג(2) 542 (2009).
³¹ "האזנות סתר היא התערבות חריפה בזכותו של אדם להיות עם עצמו. היא מהווה חדירה קשה לפרטיותו של האדם. היא שוללת מהאדם את מנוחת נפשו, את ביטחונו בחופש רצונו. היא הופכת את מבצרו לכלאו... עם זאת, הזכות לפרטיות אינה מוחלטת. ניתן לפגוע בה לשם מניעת עבירות, אשר סופן הגנה על הפרטיות של אחרים, ועל כבודם וחירותם". ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס פ"ד מט(3) 309 (1995).
³² בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (פורסם במאגר ממוחשב, 1.3.21), פסקה 12 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז.

³³ יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, הוצאת נבו, מהדורה שנייה, כרך א' (2010), עמ' 73.
³⁴ שם, זמיר, **הסמכות המינהלית**, עמ' 75.

³⁵ "דין וחשבון של ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת" (ועדת לנדוי) (1987). שם הועלתה הטענה כי השירות עושה עבודת קודש בהגנה על חיי אדם מפני מעשי טרור. הוועדה קבעה כי "צמרת השירות נכשלה בכך שלא הבינה ששום עשייה ביטחונית, חשובה ככל שתהיה, איננה יכולה להעמיד את עושייה מעל לחוק" (הציטוט של דברי הוועדה מספרו של יצחק זמיר, עמ' 76, הערת שוליים 11).
³⁶ בג"ץ 5785/03 גדבאן נ' מדינת ישראל (פורסם במאגר משפטי 29.10.03).

בנושא הסדרה חקיקתית נעמוד על התמשכות הליכי החקיקה בנושא האזנות סתר ונתוני תקשורת.

בעשור האחרון המשטרה רכשה ופיתחה בעבודתה שורה ארוכה של כלים טכנולוגיים בעלי יכולות חדשניות ומהפכניות ובעלי פוטנציאל פגיעה דרמטי בזכויות הפרט ובזכות לפרטיות. השימוש בכלים אלו התאפשר בהתאם לתשתית חקיקתית קיימת, ישנה ובלתי מתאימה.

המשטרה כתבה בתשובתה כי היא פועלת לקידום חקיקה שתיתן מענה לעולם הטכנולוגי המתחדש אולם בו-זמנית היא נאלצת לפעול במסגרת הנורמטיבית הקיימת. עוד כתבה המשטרה כי כאשר היו חריגות בהפעלת הכלים הטכנולוגיים, היא עשתה ככל יכולתה והבנתה באותה העת לפעול במסגרת הסמכות החוקית הקיימת.

המציאות כאמור בכל הנוגע לשימוש בכלים טכנולוגיים שעושה המשטרה בכפוף להסדרה החוקית הקיימת חייבה מתן מענה בדרך של חוות דעת משפטית שבמסגרתה התקיימו הליכי בחינה ואישור מפורטים של השימוש בכלים טכנולוגיים חדשים בידי גורם משפטי בכיר. בחינה ואישור כאמור אמורים להבטיח בין היתר ניתוח והתעמקות לגבי ההיבטים שלהלן: (א) ההיבט הטכנולוגי³⁷ (כיצד פועל הכלי שבו המשטרה משתמשת); (ב) ניתוח מהות התוצרים שמקורם בכלי; (ג) הבנת הצרכים האכיפתיים והמבצעיים; (ד) ניתוח משפטי של הפגיעה בזכויות האדם הנובעת משימוש בכלי הטכנולוגי לרבות זכויות נאשמים; (ה) סיכום האיזון המשפטי בין הצרכים האכיפתיים והמבצעיים לבין פגיעה בזכויות האדם הנובעת משימוש בכלי הטכנולוגי.

ככלל, ייעוץ משפטי לרשות שלטונית יינתן על ידי הייעוץ המשפטי של הרשות, ובמקרים מסוימים על הייעוץ המשפטי של הרשות לפנות לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לקבלת הכוונה והנחיה, וזאת כדי לשמור על אחידות וקוהרנטיות משפטית של הרשות המבצעת. העקרונות הכלליים לחלוקת העבודה בין הייעוץ המשפטי של רשות שלטונית לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה נקבעו בהנחיית היועמ"ש לממשלה³⁸.

הנחיית היועמ"ש לממשלה קובעת כי, ככלל, יש לשאוף לפעילות עצמאית של היועצים המשפטיים בענייני משרדיהם. עם זאת, ההנחיה קובעת אמות מידה עקרוניות למקרים שבהם יש או ניתן על היועצים המשפטיים לרשויות השלטון לפנות לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, המשמשים מנחים מקצועיים של היועצים המשפטיים. הפנייה לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה נעשית לצורך קבלת אישור בנוגע לבעיות ולנושאים בעלי רגישות מיוחדת, ציבורית או אחרת, או לצורך מענה על שאלות רחב משמעותיות בנוגע למשרדים נוספים או שאלות בעלות השלכות בתחומי העונשין³⁹.

מנוסח ההנחיה האמורה של היועמ"שית לממשלה ניתן ללמוד כי במקרים של כלים טכנולוגיים שלשימוש בהם יש פוטנציאל לחריגה מסמכות או שהם מעוררים שאלות מהותיות של פגיעה בזכויות חוקתיות, ובהינתן האתגרים שמציבות ההתפתחויות הטכנולוגיות החדשות אל מול החקיקה הקיימת⁴⁰, היה מקום שהייעוץ המשפטי לממשלה יפנה לייעוץ המשפטי לממשלה לשם קבלת אישור מהייעוץ המשפטי לממשלה. מסקנה זו נשענת על שני עוגנים:

א. השימוש של המשטרה בכלים טכנולוגיים במסגרת הליכי אכיפה, ובעיקר בכלים שיש להם יכולות שעלולות להוות חריגה מסמכות, הוא נושא שבמהותו הוא בעל רגישות מיוחדת, והוא מגלם סוגיות משפטיות עקרוניות וסבוכות שנוגעות לכמה תחומים משפטיים ובהם המפגש בין האזנות סתר, סמכויות חיפוש ופגיעה בזכויות יסוד.

³⁷ לשם כך נדרש המאשר המשפטי להכיר ולהבין את אופני הפעולה השונים של האמצעי ואת דרכי השימוש שהותוו בו במגוון שלבים ובכלל זה כיצד האמצעי מותקן, כיצד הוא פועל, מה התוצרים המופקים באמצעותו ואיזה שימוש נעשה באותם תוצרים.

³⁸ הנחיית היועמ"ש לממשלה 9.1000 בנושא "היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה", עדכון אחרון מאי 2015.

³⁹ כן מגדירה ההנחיה שיש לפנות להנחיה בעת הצורך בהכרעה במחלוקת בין גורמים שונים ולשם התייעצות.

⁴⁰ העמדה המשפטית של היועמ"שית לממשלה בעניין סמכות המשטרה להתקין כלי טכנולוגי לצורך האזנת סתר בהיעדרה של הסדרה נורמטיבית הייתה שבמקרה זה נדרשת התייחסות זהירה במיוחד בבחינה המשפטית בדבר מידת התאמת אמצעי ההאזנה (דוח צוות מררי, נספח ב' - עמדה משפטית, סעיפים 15 ואילך).

ב. להפעלת הכלים הטכנולוגיים הללו עלולות להיות השלכות מהמעלה הראשונה בתחומי העונשין.

בתשובת המשטרה נכתב כי הציפייה העולה מהביקורת שכל פעולה תובא לאישור גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה מרוקנת מתוכן את תפקידם של היועצים המשפטיים בתוך המשטרה ואינה עולה בקנה אחד עם הנחיית היועמ"ש לממשלה. לשיטתה אין היא צריכה לפנות לאישור גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה בכל כלי טכנולוגי ובכל פעולה. הציפייה שכך ייעשה - אין לה בסיס, היא בלתי סבירה ואינה ישימה, וכאשר היא נוקטת פעולה מכוח החוק, לא דרוש לדעתה אישור מהייעוץ המשפטי לממשלה אלא אם כן סבר הייעוץ המשפטי לממשלה אחרת.

עוד כתבה המשטרה בתשובתה כי הביקורת בוחנת פעולות שנעשו לפני שנים רבות, משנת מיסודה של חטיבת הסיגינט בשנת 2008, במשקפיים של שנת 2024 ובהתאם לידוע היום בנוגע להיקף המידע והטכנולוגיות שלא היה ידוע בשעתו בעת מתן האישורים המשפטיים. לתפיסתה, המשטרה פעלה מתוך מחשבה שהאישורים שניתנו עולים בקנה אחד עם החוק ובמסגרת המותר בחוק האזנת סתר, ולכן אינם מעוררים סוגיות משפטיות בעלות רגישות מיוחדת המצדיקות את אישורי היועמ"ש לממשלה מבעוד מועד. לאורך שנים היא פעלה בשקיפות מלאה מול משרד המשפטים והפרקליטות כאשר עלו סוגיות מורכבות, והייעוץ המשפטי לממשלה פעל מול משרד המשפטים לקבלת אישורם.

בתשובות משרד המשפטים נכתב כי נוסח ההנחיה אינו מוביל למסקנה הגורפת כי בהיעדר הסדרה חקיקתית מפורשת נדרש היה להביא לאישור הייעוץ המשפטי לממשלה כל כלי טכנולוגי ששימש להאזנת סתר ולאיסוף נתוני תקשורת. אימוץ תפיסה כללית וגורפת של "אקטיביזם ייעוצי" ולפיה האחריות השוטפת לאישור כלים טכנולוגיים מוטלת מלכתחילה על הייעוץ המשפטי לממשלה חסרה כל בסיס בדין, לרבות בחוק האזנת סתר. אימוצה משמעו החלפת היועצים המשפטיים של משרד המשפטים לממשלה דה פקטו והטלת תפקיד בעל היבטים ניהוליים ביצועיים על הייעוץ המשפטי לממשלה. משמעות הדבר בנוגע למשטרת ישראל היא התעלמות משרשרת הפיקוד ובעלי התפקידים במשטרה. הדבר אינו תואם את הפרקטיקה הנוהגת של הייעוץ המשפטי לממשלה, ולפיה הוא פועל בהתאם לחוות דעת מקצועיות ועל פי פניות מגורמי הממשלה הרלוונטיים. לפיכך, לעמדת משרד המשפטים, אימוץ התפיסה של "אקטיביזם ייעוצי" אינו תואם את המבנה הארגוני שלו, את המשאבים העומדים לרשותו ואת הדין.

עם זאת, משרד המשפטים הפנה בתשובתו למסקנות צוות מררי אשר מצא קושי ניכר בהיעדר כפיפות ישירה מקצועית ופיקודית של היועצים המשפטיים במשטרה ליועץ המשפטי לממשלה והמליץ כי נושא זה ייבחן בעבודת מטה במשטרה; כמו כן הצוות קבע שנדרש ליווי משפטי הדוק לאחר הטמעת כלים חדשים; שנדרשת מעורבות הייעוץ המשפטי לממשלה בהנחיית חטיבת הסייבר; וכן שנדרש לקיים דיון בשאלות עקרוניות הנוגעות לפרשנות החוק למול הייעוץ המשפטי לממשלה.

בנוגע לתשובות הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים והמשטרה, יודגש כי אין בעמדת משרד מבקר המדינה כדי לגרוע מסמכויות הייעוץ המשפטי לממשלה להכריע במכלול נרחב של החלטות הנוגעות לענייני המשטרה, אלא להדגיש ולהבהיר כי לפי הנחיית היועמ"ש לממשלה: כאשר עולות סוגיות בעלות רגישות מיוחדת כמו פגיעה בזכויות שעלולה להביא לחריגה מסמכות המשטרה, יש מקום להביא את הנושא לאישור גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

כך גם עולה מהמלצת צוות מררי ולפיה "על המשטרה לוודא כי כל מערכת טכנולוגית שלה יכולת חדשה מבחינת איסוף או עיבוד המידע, ושהיא בעלת פוטנציאל לחריגה מהסמכות הקבועה בחוק, תועבר לאישור הייעוץ המשפטי לממשלה טרם השימוש בה. זאת, תוך פירוט כלל מאפייני המערכת והתנאים להפעלתה, בצירוף עמדה משפטית בדבר מקור הסמכות" (הדגשה במקור)⁴¹. יתרה

מזאת, בפועל, כפי שעולה מהדוגמאות שיוצגו בהמשך, בכמה מקרים שבהם המשטרה השתמשה בכלים שלאחר מכן הוצגו בפני גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לצורך קבלת אישור בדיעבד, היועמ"שית לממשלה קבעה כי לא היה בסמכותה של המשטרה לעשות שימוש בכלים אלו או בחלק מיכולותיהם.

יוצא אפוא כי על המשטרה להביא לידיעה ולאישור של הייעוץ המשפטי לממשלה כל כלי חדש שיש לו פוטנציאל לחריגה מהסמכות הקבועה בחוק; כמו כן מן הראוי ששאלות שעולות לגבי כלים חדשים, לגבי היכולות הטכנולוגיות שלהם ולגבי הקשיים המשפטיים שנובעים מנושנות החקיקה, יידונו בין גורמי המשטרה לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

משרד המשפטים עצמו (הדרג הבכיר בפרקליטות המדינה וכן היועמ"ש לממשלה בכובעו כראש מערך התביעה) נחשף לעיתים במסגרת עבודתו השוטפת לקיומם של כלים טכנולוגיים בתחום האזנות סתר ונתוני תקשורת.

ואומנם את הצורך של המשטרה לפנות למשרד המשפטים ולקבל ממנו אישור להפעלת כלים להאזנות סתר העלו כבר לפני כעשור גורמים מקצועיים ומשפטיים בתוך המשטרה:

בינואר 2013 כתבה נציגת חטיבת הסייבר לגורמים נוספים בחטיבה, ולגורמים בייעוץ המשפטי של המשטרה, בקשר ליכולות מערכת שבכוונת המשטרה לרכוש ושיש לה יכולות יירוט אשר אינן כלולות בחוק האזנת סתר, שאם יוחלט על רכישתה יידרש אישור משרד המשפטים.

גם בדיון שהתקיים ביום 22.1.15 בחטיבת הסייבר בנוגע להיבטים המשפטיים שבשימוש בכלי טכנולוגי מסוים, אמר נציג יועמ"ש המשטרה כי נדרש שיתוף הפרקליטות ומשרד המשפטים בנוגע לאישור השימוש ביכולות הכלי.

ואכן, כפי שיפורט בפרקים שלהלן, במהלך השנים יזמה המשטרה במקרים שונים פנייה לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לצורך קיום בחינה משפטית וקבלת אישור לשימוש בכלים טכנולוגיים או להפעלת יכולות מסוימות באמצעות הכלי.

צוות מררי כתב כי "במבט לאחור... המשמעות הדרמטית של הכנסת מערכת בעלת יכולות טכנולוגיות פוטנציאליות רחבות היקף המהווה נקודת מפנה מבחינת עולם האזנות הסתר לתקשורת בין מחשבים לא הובנה לאשורה על ידי הגורמים הבכירים במשטרה. לאורך השנים לא יוחסה מלוא המשמעות המתבקשת להיקף היכולות הפוטנציאליות של המערכת ולעצם הכנסת חומרים אסורים אל מערכות המשטרה ומשמעות החריגה מסמכות, אף אם לא ייעשה בהם שימוש בפועל. בכל השלבים... סוגיות עקרוניות אלה לא הובאו לאישור הייעוץ המשפטי לממשלה".

עוד ציין הצוות כי "...לא הועברו לידי משרד המשפטים... כלל מאפייני המערכת, ובאופן ספציפי מידע ביחס ליכולות הטכנולוגיות של המערכת אשר חורגות מהסמכות לפי חוק האזנת סתר. משלא הובאה המערכת לאישור הייעוץ המשפטי לממשלה, על כלל מאפייניה, **כפי שהיה נדרש**, ממילא לא התקיים דיון עקרוני בנושא בייעוץ המשפטי לממשלה... אף סוגיות עקרוניות שהתעוררו במהלך הפעלת הכלי, ואושרו על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה, לא הובאו לידיעת הייעוץ המשפטי לממשלה" (הדגשה אינה במקור). נוסף על כך, בעמדה המשפטית של היועמ"שית לממשלה בקשר לשימוש שעשתה המשטרה בכלי טכנולוגי מסוים נכתב כי "מאחר שהחוק לא נדרש במפורש לשאלה של חדירה למחשב לשם התקנת אמצעי להאזנת סתר, נדרשת התייחסות זיהרה במיוחד בבחינה המשפטית בדבר התאמת אמצעי האזנה".

במהלך השנים בחן הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים כלים טכנולוגיים מסוימים. בחלק מהמקרים הוא סבר כי נדרש תיקון חקיקה לשם מתן הסמכה למשטרה להשתמש בכלי (או ביכולת מסוימת שלו) בהיעדר סמכות בדין. במקרים אחרים, כאשר אפשר היה לקבוע כי ניתן להשתמש באותם כלים בהסתמך על פרשנות תכליתית של הדין הקיים - אישר זאת הייעוץ

המשפטי לממשלה, בתנאי השימוש נעשה תוך עמידה בכללי המשפטי המינהלי ובתנאים של סבירות ומידתיות⁴².

בהקשר זה יש לציין שמשרד המשפטים כתב בתשובתו למשרד מבקר המדינה כי "באיזון שבין צרכי המשטרה לצורך מילוי תפקידה לבין הצורך למנוע פגיעה עודפת בזכויות אדם לא תמיד מוצדק לעגן סמכויות פוגעניות בחקיקה".

לפי עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, במקרים בהם יש סמכות בחוק להשתמש בטכנולוגיות חדשות, ומדובר בטכנולוגיות שעלולות להביא לפגיעה בזכויות הפרט, ומתעוררת שאלה פרשנית בנוגע לסמכות המשטרה לעשות כן - ראוי שההסדרה המשפטית של השימוש תיעשה תוך עמידה בכללי המשפט המנהלי ובתנאים של סבירות ומידתיות. לדעת משרד מבקר המדינה בהיעדרה של הסדרה חקיקתית או משפטית מפורשת כזו, ראוי היה כי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה יובילו את הליכי הבחינה והאישור של השימוש בכלים אלו.

השימוש של המשטרה בכלים טכנולוגיים בתחום האזנות הסתר ונתוני התקשורת מצוי בליבת ההליך הפלילי ומגלם פוטנציאל לפגיעה יסודית בזכויות הפרט. במהלך השנים עמד בפני הייעוץ המשפטי לממשלה מידע שעלול להעיד כי המשטרה השתמשה בכלים טכנולוגיים שונים (ראו להלן), ראוי היה כי הייעוץ המשפטי לממשלה ייזום מצידו קיום דיון שבמסגרתו ייבחנו היכולות וההשלכות של השימוש בכלים אלו. בכך ניתן היה להבטיח את המענה האסדרתי הדרוש לנושא רגיש במיוחד מהבחינה הציבורית ולתת מענה על שאלות בעלות השלכות בתחומי העונשין.

1.2 הטיפול המשפטי של המשטרה בפעולות וכלים טכנולוגיים

א. רכישת כלי טכנולוגי במשטרה ללא בחינה ואישור משפטי של השימוש בו

המשטרה מחזיקה בכלי טכנולוגי מסוים, בעל יכולות שונות ומגוונות, המשמש אותה לצורך ביצוע האזנות סתר.

בנובמבר 2012, במסגרת פגישות עבודה בין החברה המפתחת לבין גורמי המשטרה הוצג הכלי הטכנולוגי. לאחר מכן, התייחס גורם ביחידה מקצועית בחטיבת הסייבר שאינו גורם משפטי מוסמך במסמך פנים-משטרה להיבטים משפטיים הנוגעים לכלי ואשר כי מהבחינה המשפטית המשטרה מוסמכת להשתמש בו. מסמך זה הופץ גם לייעוץ המשפטי למשטרה. בהתאם לאישור נקבע כי "בנימוק הבקשה שמוגשת לבית המשפט להוצאת צו להאזנת סתר תפורט הדרך בה מבוצעת האזנת סתר באמצעות חדירה מרחוק למכשיר...".

בשנת 2013 סיפקה החברה המפתחת למשטרה את הכלי, והיא החלה לבצע בו ניסויי הפעלה: הוא הותקן על שרת ועל מחשב של המשטרה והופעל על כמה אמצעים שלה. ניסויים אלו נמשכו כשנתיים.

בשנת 2014 התנהל הליך של הצגת דרישות המשטרה לחברה המפתחת; בינואר 2015 רכשה המשטרה את הכלי, וביוני 2015 נחתם מסמך תכולות עבודה⁴³.

⁴² תשובת המדינה בבג"ץ 641/21 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל ("עין הנץ" - תגובה מ-20.5.21). עמדת המדינה כפי שהובאה בתשובה על העתירה בנוגע להסדרת סמכות המשטרה להשתמש במערכת "עין הנץ" על פי חוק היא כי "אף על פי שהמערכת מופעלת בסמכות, למצער היבטים מסוימים של השימוש בה ראוי להם להיות מוסדרים בחקיקה ראשית"; ובהמשך: "הסמכות קיימת כבר בדין הקיים. אולם המדינה מבקשת לקדם חקיקה במטרה לקבוע ברמה נורמטיבית גבוהה יותר את הכללים המסדירים את גבולות השימוש במערכת, המבטיחים כי הפגיעה בפרטיות תהיה מצומצמת ככל שניתן, מוגבלת, סבירה ומידתית".

⁴³ מסמך תכולות עבודה הוא המסמך בו פורטו הפעולות והעבודה שעל החברה המפתחת לבצע במסגרת ההתקשרות עם המשטרה לרכישת הכלי.

בינואר 2015 נערך דיון בחטיבת הסייבר בהשתתפות נציגי יועמ"ש המשטרה וגורמים נוספים שמטרתו "הכרת מדיניות הפעלת הכלי ובחינת הרחבה לשימושים נוספים". בדיון קבע רח"ט סיגינט כי נדרשת בחינה מעמיקה למיפוי המותר והאסור בשימוש בכלי, ושיש לבחון כיצד להרחיב את השימוש בכלי זה תחת "כנפי החוק". ביוני 2015 נקבע כי יש לנטרל יכולות מסוימות שיש בכלי שאסורות משפטית לשימוש אך לא נקבע לוח זמנים לנטרולן.

בינואר 2016 פירט גורם מקצועי בחטיבת הסייבר במסמך פנימי את כל סוגי התוצרים המתקבלים בכלי זה במטרה לקבל אישור משפטי לקבלתם. בפירוט נכללו כעשרה תוצרים ויכולות אסורים, אולם אלו לא נוטרלו.

בשנת 2016 החלה המשטרה לעשות שימוש מבצעי בכלי טכנולוגי זה.

יש לציין כי לטענת המשטרה השימוש בכלי אושר על ידי היועמ"ש למשטרה אולם פרט לנוכחותו של נציג יועמ"ש המשטרה בדיון בחטיבת הסייבר על כלי וכיתובו למסמך של החטיבה משנת 2012, אין חוות דעת של גורם משפטי מוסמך כלשהו המאשרת את השימוש בכלי בטרם החלה המשטרה לעשות בו שימוש מבצעי.

עוד יצוין כי במהלך השנים אישר הייעוץ המשפטי למשטרה שימושים בכלי הטכנולוגי לצורך יכולות מסוימות שלו, ואולם אין מדובר באישור של הכלי בשלב הפעלתו המבצעית ולגבי כלל יכולותיו ומתווי ההפעלה שלו.

בתשובתה כתבה המשטרה כי הכלי פותח על ידי החברה עבור השוק הפרטי ולכן אינו מותאם באופן מלא לחקיקה בישראל; הליך הרכש של הכלי נעשה תוך התאמת השימוש בו לגבולות של חוק האזנות סתר, לרבות ניוון חלק מהיכולות שלו באופן טכנולוגי. נוסף על כך, המשטרה הסדירה בנוהלי עבודתה את האיסור להפיק ממנו תוצרים מסוימים (גידור מתודולוגי).

המשטרה הוסיפה כי לאורך שנים אופן הפעלתה את הכלי הובא בפני בתי המשפט, והם אישרו את הצווים. במקרים אחדים הושפטים ביקשו לקבל חוות דעת משפטיות מיועמ"ש המשטרה ומהפרקליטות בנושא סמכות המשטרה להשתמש בכלי. עם זאת, כתבה המשטרה, במרבית המקרים בתי המשפט אישרו את הבקשות לצווים ללא התעמקות בפן הטכני או בסוגי החומרים שנתפסו באמצעות הכלי, ועל בסיס ההנחה שמדובר בכלי אשר מבצע אך ורק האזנה לתקשורת בין מחשבים. עוד הוסיפה המשטרה כי במהלך השנים התברר ליועמ"ש הממשלה במסגרת הדיווחים העיתיים על צווי האזנות סתר על השימוש שהמשטרה עשתה בכלי. עוד ציינה המשטרה בתשובתה כי לאור מסקנות דוח צוות מררי נכתבו הנחיות רכש ופיתוח חדשות בתחום הסייבר והנחיות עדכניות למפעילי הכלי.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי בהתאם לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, כפי שנכתב בנספח המשפטי לדוח צוות מררי, ניתן לפרש את חוק האזנות סתר כמתיר חדירה למחשב לצורך התקנת אמצעי להאזנת סתר. עוד נכתב בתשובת משרד המשפטים כי "הפגם המרכזי בהפעלת המערכת נבע מאיסוף מידע שאינו נכנס לגדרי 'שיחה' באמצעות 'תקשורת בין מחשבים' ולא לעצם השימוש בכלי הטכנולוגי לשם ביצוע האזנת סתר, לכך הייתה סמכות". באשר לדיווחים העיתיים, נמסר ממשרד המשפטים כי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לא ידעו אם נעשה שימוש בכלים טכנולוגיים בהיעדר פירוט על אודות שימוש בכלים טכנולוגיים בדיווחים אלו.

עולה אם כן כי משנת 2016 השתמשה המשטרה בכלי טכנולוגי מסוים מאות פעמים בלי שהוא נבחן ואושר על ידי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה עד להקמת צוות מררי; ובלי שהמשטרה קיימה דיון משפטי עקרוני בנושא עם גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה. ההתייחסות המשפטית בנוגע להפעלתו של כלי זה ניתנה במסגרת הקשרים שקיימה המשטרה עם גורמי החברה המפתחת. אומנם בעת רכישת הכלי ניוונה המשטרה כמה מהיכולות שיש בו

מטעמים של גבולות סמכותה, ואולם בפועל נותרו בכלי יכולות איסוף מידע שחרגו מגדרי סמכותה ולכן אסור היה לה להשתמש בו, כפי שקבעה היועמ"שית לממשלה בדיעבד בדוח צוות מררי.

נוסף על כך, ההתייחסות המשפטית בנוגע לכלי לא ניתנה על ידי גורם משפטי מוסמך אלא על ידי גורם ביחידה מקצועית בחטיבת הסייבר. יש לציין בהקשר זה כי צוות מררי מצא קושי משמעותי בהיעדר כפיפות ישירה מקצועית ופיקודית של היועמ"ש לחטיבת הסייבר ליועמ"ש למשטרה והמליץ על שינוי ארגוני של מערך הייעוץ המשפטי למשטרה, זאת כדי להבטיח כי הייעוץ המשפטי למשטרה יהיה מעורב ויתווה את התפיסה המשפטית ביחידת הסייבר.

כמו כן במשך השנים המשטרה לא הסדירה בנהלים את עצם הצורך בקבלת אישור משפטי לשימוש בכלים טכנולוגיים ולדרכי השימוש בהם ואת הליך הבחינה הדרוש לצורך קבלת אישור כאמור.

מדוח צוות מררי עולה כי במשך שנים היה ידוע לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה כי המשטרה השתמשה בכלי להאזנות סתר לתקשורת בין מחשבים. ואולם, עצם השימוש בכלי לא הובא לבחינה ולאישור הייעוץ המשפטי לממשלה.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי אופן פעולת הכלי, היקף פוטנציאל היכולות שלו מבחינת החריגה מהסמכויות הנתונות למשטרה על פי דין וסוגיות עקרוניות שהתעוררו במהלך הפעלתו ואושרו על ידי הייעוץ המשפטי למשטרה לאורך שנים לא הועברו לידיעת הייעוץ המשפטי לממשלה ולא היו מוכרות לו. עוד כתב משרד המשפטים כי בהתאם להנחיית היועמ"ש לממשלה יש לפנות אל היועמ"שית לממשלה ולערבה במקרים הדורשים זאת.

עולה כי הדיון משנת 2019 כלל התייחסויות שעשויות היו ללמד את גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה על קיומו של פוטנציאל יכולות חורגות של כלי טכנולוגי ועל השימוש שעושה המשטרה בו (ראו להלן בפרק הבא). לכן לדעת משרד מבקר המדינה, היה עליהם ליזום פנייה למשטרה לצורך קבלת מידע מפורט ומלא בנוגע לכלל יכולות הכלי ולאופן השימוש בו, כדי לבחון את הצורך בקיום בחינות משפטיות. זאת, במיוחד לנוכח השימוש הנרחב שנעשה בכלי משמעותי זה.

ב. תהליכי אישור והסדרה של השימוש בכלי טכנולוגי מסוים

שיבות בנושא בקשות היתרי האזנות סתר התקיימו בייעוץ המשפטי לממשלה⁴⁴ ב-16.12.18 וב-30.1.19⁴⁵. בסיכום הפגישה מ-20.12.18 כתב נציג הייעוץ המשפטי לממשלה: "במסגרת הישיבה המשטרה הציגה אמצעי האזנה של תקשורת בין מחשבים במקרים של טלפונים חכמים. על מנת להציג את אמצעי ההאזנה ליועץ המשפטי לממשלה וכן לקיים דיון עקרוני בנושא נבקש כי לקראת הישיבה יובא צו הכולל אמצעי האזנה מסוג זה וכן את הנוהל המשטרתי בנושא".

משורה של מסמכים נוספים שגובשו בשנים 2018 - 2021 עולה כי משרד המשפטים המשיך וביקש לקדם את הטיפול בנוגע לאמצעי האזנה לתקשורת בין מחשבים במקרים של טלפונים חכמים, ועלו לדיון היכולות הספציפיות של הכלי.

44 על פי חוק, על המפכ"ל להגיש ליועמ"ש לממשלה אחת לחודש דיווח על צווים להאזנות סתר שניתנו למטרות מניעת פשיעה וגילוי עבריינים מכוח סעיף 6 לחוק האזנת סתר וכן דיווח על היתרים שניתנו להאזנה לשיחות חסויות ובהתאם לחוק חסינות חברי כנסת. על פי סעיף 4(ה)1 לחוק נתוני תקשורת, ראש אח"ם יגיש דוח כזה אחת לשלושה חודשים. ככלל, אחת לחודש מתקיימת פגישה בין נציגי המשטרה לצוותו של היועמ"ש לממשלה שבה מוצג דיווח על הבקשות שהוגשו. בפגישה מנהלים הנציגים והצוות דיון כללי בסוגיות רחב וכן דיון פרטני בתיקים ספציפיים.

45 הפגישות מתקיימות בנוגע לדיווחים הנעשים כמפורט בהערת השוליים לעיל.

(1) ב-2.6.19 נערכה ישיבה עיתית על צווי האזנת סתר שניתנו ביולי עד דצמבר 2018 בראשותו של היועמ"ש לממשלה דאז ובהשתתפות נציגי משרד המשפטים והמשטרה. בישיבה ציינה המשטרה שמדובר ב"אמצעי האזנה ייחודיים". נציג משרד המשפטים ציין כי מדובר בהתקנה של כלי מסוים במכשיר הטלפון עצמו, ונציג נוסף התייחס אף הוא לכלי. לאחר מכן, נציג המשטרה התייחס ליכולת מסוימת של הכלי והסביר כי המשטרה אינה מנצלת את מלוא היכולות של הטלפונים וכי האזנת הסתר מבוצעת מכאן והלאה. בהקשר זה הוער כי מדובר בניצול מרבי של הסמכויות בחוק, וכי אין בסמכות המשטרה לבצע היבט מסוים הנוגע לאותה יכולת; ואילו נציג משרד המשפטים התייחס לאמירה זו ואמר שבכל הנוגע ליכולת הנוספת אין סמכות בחוק.

יצוין כי מדובר בתרשומת שנשמרה בכספת בלשכת היועמ"שית לממשלה כתיעוד לפגישה. עם זאת, בהתייחסות משרד המשפטים לטיטוט דוח זה נמסר כי מדובר בטיטוט תרשומת שנכתבה על ידי מתמחה שלא הופצה ולא אושרה על פי נוהל העבודה, והתוכן שלה עוות. משרד מבקר המדינה סבר כי ההתייחסות לשתי היכולות בדיון ברורה ומפורשת.

(2) בהודעת דוא"ל מ-12.7.21 נכתב כי בהמשך לדיונים שהתקיימו בינואר 2019 ובמסגרת ישיבות דיווח על האזנות סתר אצל הייעוץ המשפטי לממשלה, התבקשה המשטרה להציג את ההתקדמות בתיקון הנוהל בנוגע לכלי ההאזנה החריג הספציפי שנדון. כמו כן התבקשה המשטרה להציג את אמות המידה שלפיהן היא מבקשת להשתמש באמצעי האזנה זה.

(3) באוגוסט 2021, התבקשה המשטרה לתקן את הנוהל המשטרתי העוסק בנושא תקשורת בין מחשבים כך שיכלול התייחסות למידת הפגיעה בפרטיות הנובעת מהפעלת יכולת מסוימת. בשיחה מ-21.10.21 אישר נציג הייעוץ המשפטי לחטיבת הסייבר לייעוץ המשפטי לממשלה כי הנוהל האמור יתוקן, ותתווסף בו התייחסות בעניין הפגיעה בפרטיות.

(4) בהודעת דוא"ל מ-1.11.21, ולקראת ישיבה בראשות היועמ"ש לממשלה, התבקשה המשטרה בין היתר להציג את נוהל תקשורת בין מחשבים "ואופן השימוש באמצעי זה, על כלל מרכיביו".

המשטרה כתבה בתשובתה לדוח זה כי משרד המשפטים ביקש הבהרות בנוגע לשימוש שעשתה המשטרה ביכולת מסוימת באמצעות הכלי ובנוגע לאופן הוצאת צו האזנת סתר לתקשורת בין מחשבים לטלפון סלולרי בקשר לאותה היכולת.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי המסמכים אינם מצביעים על היכרות של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה עם הכלי ויכולותיו. מסמכים אלו משקפים את הדיון שנערך בייעוץ המשפטי לממשלה משנודע לו במסגרת ישיבת דיווחים עיתית על אודות יכולת מסוימת. בעקבותיו, ביקש הייעוץ המשפטי לממשלה כי המשטרה תעביר מידע נוסף על אודות הצווים שעל בסיסם נעשה שימוש ביכולת הספציפית שעלתה בדיון וכן את הנוהל שעל בסיסו הוצאו צווים לעניין זה. זאת, לאור הבנת הייעוץ המשפטי לממשלה כי היכולת עצמה דורשת בחינה של הנוהל והצו המוגש לבית המשפט.

עולה כי במהלך השנים הובאו בפני גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה התייחסויות אשר עשויות ללמד על קיומו של כלי האזנה לתקשורת בין מחשבים, החל מסוף שנת 2018 הובאו התייחסויות העלולות ללמד על פוטנציאל יכולת מסוימת שדרשה בחינה. בשנת 2019 הובאו התייחסויות אשר עשויות ללמד על פוטנציאל הקושר בין יכולת מסוימת לבין כלי מסוים. גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה ביקשו כי המשטרה תציג את הנוהל והצווים הרלוונטיים בפני היועמ"ש לממשלה ותקיים עימם דיון עקרוני בנושא. עוד

התברר כי בין השנים 2019 - 2021 משרד המשפטים ביקש בבקשות חוזרות ונשנות מהמשטרה להעביר מידע בנוגע ליכולת מסוימת של הכלי. כמו כן ביקש הייעוץ המשפטי לממשלה מהמשטרה להציג את הנוהל המשטרתי בנוגע לאותה יכולת של כלי ההאזנה האמור שהוגדר חריג ואת התיקונים שהוטמעו בו.

ואולם, למרות שהתקיים בין הגופים שיח פעיל על יכולת מסוימת של הכלי, וחרף פניות משרד המשפטים לקבל מידע, המשטרה לא העבירה את פירוט מלוא היכולות הטכנולוגיות שלו לידיעת משרד המשפטים. כמו כן, גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לא ביקשו לקבל הסברים בנוגע למלוא יכולותיו, שלאחת מהן הם נחשפו כבר ביוני 2019, ולא דרשו מהמשטרה חוות דעת טכנולוגיות ומשפטיות המאשרות שהשימוש בכלי חדשני זה אינו חורג מסמכות המשטרה.

במשך שנים הפעילה המשטרה כלי טכנולוגי ההאזנת סתר לתקשורת בין מחשבים שהיועמ"שית לממשלה קבעה כפי שפורסם בדוח צוות מררי בדיעבד, ולאחר שהוצגו בפניה מלוא יכולות הכלי לאחר פרוץ "פרשת פגסוס", כי יכולות מסוימות שלו חורגות מסמכות המשטרה לפי חוק האזנת סתר ולכן אסור למשטרה להשתמש בו עד לניוון אותן יכולות.

העובדות המובאות בפרק זה בנוגע לכלי טכנולוגי מסוים, היו אמורות להוביל לייזום דיון עקרוני ומעשי, על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה, כדי לבחון את חוקיות פעולות המשטרה בהפעלת כלים טכנולוגיים במסגרת מילוי תפקידה, באופן כללי. בדיון כזה ניתן היה לבחון את מפת היכולות של כלים שונים שבהם עשתה המשטרה שימוש ולחוות עמדה משפטית, עקרונית ומעשית בנוגע לגבולות השימוש בכלים ובנוגע לאסדרה הנדרשת לצורך מיצוי יכולות נוספות של הכלים. בפועל דיון עקרוני ומהותי כזה לא התקיים במהלך השנים עד לפרוץ "פרשת פגסוס". לדעת מבקר המדינה מדובר בליקוי מהותי. בקיום הדיון האמור היה כדי לממש את תפקיד הייעוץ המשפטי לממשלה כאחראי למערך התביעה ולפיקוח על פעילות המשטרה בתחום האזנות סתר בהתאם לחוק האזנת סתר.

1.3 הממשק עם הייעוץ המשפטי לממשלה בנוגע לפעולות וכלים טכנולוגיים

במקרים רבים השתמשה המשטרה בכלים טכנולוגיים ובמתווים של התקנה באמצעות אותם כלים בלא שהועברו לבחינה ולאישור של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

המשטרה כתבה בתשובתה כי יועמ"ש המשטרה איננו "צינור" להעברת מידע למשרד המשפטים ויש לו שיקול דעת עצמאי, ועל פי שיקול דעתו הוא פונה למשרד המשפטים לצורך קבלת אישור, היוועצות או עדכון. לתפיסתה, כלים המופעלים בהתאם לסמכות החוקית שניתנה למשטרה ובמסגרת החוק, ואינם מעוררים שאלה משפטיות מורכבת, לא דורשים אישורו של משרד המשפטים.

להלן מקרים שבהם לפי הביקורת קיים פוטנציאל לחריגה מסמכות ועל כן היה על הייעוץ המשפטי למשטרה לפנות בעניינם לבחינה ולאישור של הייעוץ המשפטי לממשלה, אך האישור המשפטי בעניינם ניתן על ידי הייעוץ המשפטי למשטרה בלבד:

א. אישור ההפעלה של שני כלים והשימוש בהם

בשנת 2011 פיתחה המשטרה כלי טכנולוגי מסוים אשר שימש אותה במסגרת פעילותה המבצעית עד שנת 2021. מדובר בכלי ההאזנת סתר לתקשורת בין מחשבים באמצעות התקנה של קוד במחשב שנועד לתת מענה להאזנה לתקשורת בין מחשבים, והיה לו פוטנציאל פגיעה בפרטיות ויכולת נוספת המעוררת מורכבות משפטית שאינה בסמכות המשטרה להשתמש בה

לפי חוק האזנת סתר. כלי טכנולוגי נוסף הוא כלי להאזנת סתר לתקשורת בין מחשבים באמצעות התקנה של קוד מחשב בטלפון סלולרי. הוא פותח במשטרה בשנת 2014, ושימש אותה במסגרת פעילותה המבצעית בשנים 2014 - 2017 לביצוע האזנות לתקשורת בין מחשבים.

המשטרה כתבה בתשובתה כי שני הכלים הופעלו במסגרת חוק האזנת סתר ולכן לא נדרש אישור של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לשימוש בהם. עוד כתבה המשטרה כי השימוש בכלים נעשה בכפוף לצו שיפוטי, בידיעת הפרקליטות ומשרד המשפטים קיבל על כך דיווח במסגרת דיווחי האזנות סתר.

האישור המשפטי להפעלת מערכות להאזנות סתר, על יכולותיהן החדשניות לזמן, אשר עוררו בזמנו מורכבות משפטית בקשר לסמכות המשטרה לעשות בהן שימוש לפי חוק האזנת סתר, ניתן על ידי הייעוץ המשפטי של המשטרה, ללא עירוב של הייעוץ המשפטי לממשלה בהליך הבחינה והאישור שלהן. יצוין כי במסגרת דיווחי האזנות סתר שהעבירה המשטרה לייעוץ המשפטי לממשלה באותה העת לא נרשמו הכלים בהם השתמשה המשטרה.

ב. מערכת להצלבת נתונים

במהלך שנת 2018 החלה המשטרה לפתח מערכת ממוחשבת להצלבת נתוני תקשורת עם נתונים נוספים. בשנת 2019 החלה המשטרה להפעיל את המערכת.

בנובמבר 2018 הכינה חטיבת הסייבר טיוטת הנחיה בנושא שימוש במערכת המפרטת את יכולותיה. בנובמבר 2019 אישרה לשכת היועמ"ש למשטרה את הטיוטה.

בתשובתה כתבה המשטרה כי הפגיעה בפרטיות בשימוש במערכת, היא מצומצמת, והמידע שנשמר הינו לפרק זמן מוגבל. עוד כתבה המשטרה כי השימוש במערכת אינו מעורר קושי משפטי ולכן לא היה צורך להעביר מערכת זו לבחינה ולאישור של הייעוץ המשפטי לממשלה.

חרף תשובת המשטרה שעל פיה השימוש בכלי אינו מעורר קושי משפטי, משרד מבקר המדינה מדגיש כי הפגיעה בזכות לפרטיות המגולמת בשימוש במערכת להצלבת נתונים מצריכה חוות דעת משפטית בנושא. אולם לא אותרה חוות דעת משפטית של היועמ"ש למשטרה בנושא סמכות השימוש במערכת זו.

ג. קבלת מידע אגור באמצעות כלי מסוים

כאמור, אחד מהכלים הטכנולוגיים בהם המשטרה עשתה שימוש הוא כלי טקטי מרכזי בתוך האינטרנטי לביצוע האזנות סתר למכשירי טלפון סלולריים. ביולי 2018 אישר הייעוץ המשפטי למשטרה לבצע פעולה בכלי זה.

על פי עמדת היועמ"שית לממשלה הנשענת על המלצות צוות מררי, פעולה זו אינה מהווה פעולה מסוג האזנת סתר ועל כן היא אינה מותרת. נמצא כי המשטרה השתמשה בשיטת פעולה זו לצרכים מבצעיים משנת 2016, אף שהאישור המשפטי לכך ניתן שנתיים מאוחר יותר על ידי הייעוץ המשפטי למשטרה. שיטת פעולה זו לא הובאה לבחינה ולאישור של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה עד להקמת צוות מררי.

בתשובתה כתבה המשטרה כי לאורך שנים שיטת פעולה זו אושרה על ידי היועמ"ש למשטרה שכן הוא סבר שפעולה זו עולה בקנה אחד עם הגדרת "האזנה" בחוק. משהיועמ"שית לממשלה קבעה פרשנות מחייבת בנוגע לפעולה היא תפעל בהתאם לפרשנותה המחייבת, ולא ייעשה שימוש בפעולה זו.

ד. שיטת פעולה מסוימת

כבר בשנת 2013 אישר נציג יועמ"ש המשטרה לחטיבת הסייבר להשתמש בשיטת פעולה מסוימת. שיטת פעולה זו אושרה שוב בשנת 2016 על ידי הייעוץ המשפטי של חטיבת הסייבר לאחר דיון בהשתתפות נציגי החטיבה, יועמ"ש המשטרה וגורמים נוספים במשטרה, ובו נקבע כי ניתן ליישמה מכוח סעיף 10א לחוק האזנות סתר במסגרת סמכויות עזר להאזנה ובלבד שבנימוקי הבקשה יירשמו פרטים על אודות שיטת פעולה זו. באוגוסט 2023 דחו גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה את הפרשנות של הייעוץ המשפטי למשטרה בנוגע לשיטת הפעולה, והיא לא אושרה.

בתשובתה כתבה המשטרה כי אף שהתקיימו במשטרה דיונים בנושא, וניתן אישור משפטי על ידי נציג יועמ"ש המשטרה למתווה פעולה מסוים, דרך הפעולה מעולם לא יושמה. עוד כתבה המשטרה כי באוגוסט 2023 גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לא קיבלו את פרשנות הייעוץ המשפטי למשטרה בנוגע לשיטת הפעולה, אולם משהתברר שדרך הפעולה לא מיושמת, לא נעשתה פנייה חוזרת למשרד המשפטים בבקשה לדון בנושא בשנית.

בשנת 2013 אישר נציג יועמ"ש המשטרה לחטיבת הסייבר במשטרה ליישם שיטת פעולה מסוימת הנוגעת לצרכיה המבצעיים. מדובר בפעולה אקטיבית, בעלת פוטנציאל פגיעה ניכר. מהבחינה המשפטית הפעולה משלבת סמכויות מורכבות, ובכלל זה שימוש בהאזנות סתר בשילוב צו חיפוש, והיא מחייבת התייחסות והסבר מפורש של המשטרה לבית המשפט כאשר היא מגישה בקשה לקבלת צו בית משפט שנועד במעמד צד אחד. נמצא כי האישור המשפטי לפעולה זו ניתן על ידי הייעוץ המשפטי של המשטרה בלי ששיטת פעולה ייחודית זו נבחנה ואושרה על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה. רק עשר שנים מאוחר יותר, בשנת 2023, הביע הייעוץ המשפטי לממשלה את עמדתו ולפיה הוא אינו מקבל את הפרשנות של הייעוץ המשפטי למשטרה בנוגע לסמכות המשטרה לבצע את שיטת הפעולה.

ה. הסמכות להוצאת צווים לפעולת התקנה מסוימת

משנת 2018 לערך המשטרה אוספת נתונים על אודות מכשירי קצה במתווה התקנה מסוים⁴⁶.

ב-19.10.10 התקיים דיון משפטי בהשתתפות גורמים במשרד המשפטים, וגורמים נוספים במשטרה ובייעוץ המשפטי למשטרה בנוגע לאופן ביצוע שיטת הפעולה הזו. בסיום הדיון קבע יועמ"ש חטיבת הסייבר כי ניתן להשתמש בשיטת הפעולה להאזנת סתר בכפוף להגשת בקשות מתאימות בבית המשפט.

ב-20.3.16 יועמ"ש המשטרה פירט את עמדת הייעוץ המשפטי למשטרה בנוגע לסמכויות האכיפה של המשטרה לביצוע שיטת הפעולה.

ב-21.1.5 אישר הייעוץ המשפטי של המשטרה פעולה נוספת הנוגעת למתווה ההתקנה האמור.

המשטרה כתבה בתשובתה כי הפעולה מורכבת מהבחינה הטכנולוגית ומבחינת הצורך להצטייד בכמה צווים שונים מבית המשפט אולם מהבחינה המשפטית, בנוגע לכל אחד מהשלבים בשרשרת, יש מענה חוקי שניתן על ידי היועמ"ש למשטרה והם נעשים בידיעת הגורמים הרלוונטיים בפרקליטות המדינה.

במסגרת פעילותה המבצעית המשטרה מבצעת זה שנים פעולות להגשת מכשירי קצה. יודגש כי ביצוע פעולה זו מחייבת בחינה ואישור משפטי למול מקורות משפטיים שונים

עוד לעניין מתווה התקנה זה ראו להלן בפרק "התקנת כלים טכנולוגיים לצורכי האזנת סתר".

לנוכח מורכבות הפעולה. בפועל, האישור לפעולות האמורות ניתן על ידי הייעוץ המשפטי למשטרה, בידיעת המשנה ליועמ"ש למשטרה וגורמים בפרקליטות המדינה, ולא נדון עם הייעוץ המשפטי לממשלה. יתרה מזאת, מורכבות הפעולה מחייבת הוצאה של כמה צווים משפטיים אשר עלולה לגרום לאי-בהירות משפטית בנוגע לאופי הפעולה הנדרשת ולמידע המתקבל.

1. פעולה מסוימת הנעשית באמצעות כלי טכנולוגי

משנת 2019 המשטרה השתמשה לצרכיה המבצעיים בתחום המאבק בעבירות מסוימות בכלי טכנולוגי המאפשר ביצוע פעולה מסוימת.

ממסמכי המשטרה עולה שבעבר הייעוץ המשפטי למשטרה לא אישר את הפעולה משום שהוא סבר כי מדובר בפעולה גבולית מהבחינה החוקית. עם זאת הוא סבר כי ניתן למצוא בסיס חוקי לפעולה כזו במסגרת האזנת סתר ועל פי צו בית משפט. מאוחר יותר, ב-23.10.19, אישר הייעוץ המשפטי למשטרה לבצע את הפעולה לצורך המאבק של המשטרה בעבירות מסוימות בלבד, ולאחר קבלת צו האזנת סתר מבית המשפט וציון פרט מסוים בבקשה. ב-25.5.20 אישרה יועמ"ש חטיבת הסייבר את ביצוע הפעולה באמצעות כלי נוסף בעבירות מסוימות בלבד, זאת בדומה לאישור שניתן להאזנת סתר תוך שימוש בכלי הראשון. בסופו של דבר פעולה זו לא מומשה בכלי הנוסף מפני שלא הייתה לו יכולת טכנולוגית כזאת.

בתשובתה כתבה המשטרה כי עקב רגישות הכלי ועקב העובדה כי היכולת הטכנולוגית המיוחדת שלו הייתה נתונה במחלוקת, המשטרה השתמשה בו במהלך השנים באופן מצומצם. הייעוץ המשפטי למשטרה אישר לה להשתמש ביכולת הטכנולוגית הזאת באופן מוגבל באירועים מסוימים זאת לנוכח סיכון החיים המובהק בעבירות אלו, והצורך של המשטרה לנקוט בכל סמכות חוקית לצמצמן. המשטרה הוסיפה בתשובתה כי מתווה פעולה זה שאושר ממחיש את הזהירות ואת שיקול הדעת שהופעל בהקשרים אלה, בשל רגישותם מחד גיסא, והצורך האקוטי שעיימו מתמודדת המשטרה מאידך גיסא, המחייב מציאת פתרונות טכנולוגיים במסגרת החוק. עוד כתבה המשטרה כי האישור שנתן הייעוץ המשפטי למשטרה בנוגע לפעילות בתחום המסוים צוין באופן ברור בבקשה לקבלת צו מבית המשפט, והמשטרה התבקשה לעדכן את הייעוץ המשפטי למשטרה בנוגע לצווים מסוג זה שהוצאו, לתוצאות ההליך המשפטי וללקחים מהפעילות המבצעית.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי היועמ"שית לממשלה קיבלה את המלצת צוות מררי, והשימוש ביכולת הטכנולוגית המיוחדת לא אושרה.

סמכות המשטרה לבצע פעולה מסוימת באמצעות כלי טכנולוגי מעוררת קשיים משפטיים, גם לעמדת המשטרה, מפני שפעולה זו אינה שייכת לתחום התקשורת בין מחשבים⁴⁷. בשנת 2019 אישר הייעוץ המשפטי של המשטרה את הפעולה לאחר שקודם לכן לא אושר השימוש במתווה זה, תוך הגבלתו למאבק בעבירות מסוימות. נמצא כי הייעוץ המשפטי לממשלה לא היה מעורב בבחינה ובאישור של מתווה פעולה זה. הצורך בפנייה לייעוץ המשפטי לממשלה כדי לקיים בחינה משפטית ולקבל אישור לשימוש במתווה כאמור, מקבל במקרה זה משנה תוקף לנוכח הקשיים המשפטיים שזיהתה המשטרה בנושא.

לאחר פרסום דוח צוות מררי, לדרישת הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים, וכתנאי למתן אישור משפטי של היועמ"שית לממשלה להשתמש בכלי הטכנולוגי, ניוונה המשטרה את היכולת לבצע פעולה זו באמצעות הכלי.

ראו הרחבה להלן בפרק "התקנת כלים טכנולוגיים לצורכי האזנת סתר".

ז. פעולה מסוימת הנועשת באמצעות כלי טכנולוגי

על פי ממצאי צוות מררי קבעה היועמ"שית לממשלה כי פעולה מסוימת המבוצעת בשיטה מסוימת באמצעות כלי טכנולוגי מסוים אינה מצויה בסמכות המשטרה על פי חוק האזנת סתר.

נמצא כי המשטרה מבצעת לצרכיה המבצעיים פעולה מסוימת משנת 2016 על סמך אישור משפטי של הייעוץ המשפטי למשטרה ובתנאי שיירשם בבקשה להיתר ההאזנה פרט מסוים הנוגע לעניין זה. עוד נמצא כי במסמך תכולות עבודה של הכלי מפורטת הדרישה המבצעית של המשטרה הכוללת את ביצוע הפעולה תוך שימוש בשתי שיטות, לרבות שיטה שאינה בסמכות המשטרה.

בתשובתה כתבה המשטרה כי קיימות שתי דרכי פעולה להשגת אותה מטרה המבוצעות באמצעות הכלי הטכנולוגי: אחת מותרת ואחת שאינה בסמכות המשטרה. היכולת שאושרה על ידי יועמ"ש המשטרה הינה זו המותרת.

עולה שהמשטרה רכשה כלי טכנולוגי בעל יכולת שאינה מותרת בהתאם לחוק האזנת סתר. בשנת 2016 נתן הייעוץ המשפטי למשטרה אישור לשימוש בכלי טכנולוגי לביצוע פעולה מסוימת בלא שהתקיימה התייעצות עם גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

שנים מספר מאוחר יותר, ועל בסיס ממצאי צוות מררי, עמדת היועמ"שית לממשלה הייתה כי דרך פעולה זו חורגת מסמכות המשטרה על פי חוק האזנת סתר.



כדי שהמשטרה תוכל להשתמש בכלים טכנולוגיים מתקדמים לצורך מאבק בפשיעה, ובכלל זה כלים שהשימוש בהם מעלה סוגיות משפטיות סבוכות הנוגעות לתחום האזנות סתר, לסמכויות חיפוש ולפגיעה בזכויות יסוד, ושיש בהם פוטנציאל לחריגה מהסמכות הקבועה בחוק, עליה לוודא שאין היא חורגת מתחומי סמכותה בשימוש שהיא עושה בהם. לצורך כך, על היועץ המשפטי למשטרה לפנות מבעוד מועד לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, להציג בפניהם את המפרט הטכני ואת היכולות של כלים אלו ולקבל את האישור המשפטי להפעלתם מהיועצת המשפטית לממשלה.

המשטרה מסרה ביוני 2024 כי מאז פרסום דוח צוות מררי היא פועלת לפיתוח מתודולוגיה בנוגע לאישור כלים טכנולוגיים והשימוש בהם המחייבת, בין היתר, קבלת אישור יועמ"ש המשטרה וגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, הן בעניין רכש הכלים והן בעניין הפעלתם. כך בשנים 2022 - 2023 היא הגישה בקשה לאישור גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לאישור הפעלה בנוגע לשני כלים אשר גובתה בכלל המסמכים הנוספים הדרושים.

1.4 הימשכות הטיפול של הייעוץ המשפטי לממשלה בבחינת מתווי התקנה וכלים טכנולוגיים

במקרים מסוימים החליט היועמ"ש למשטרה לפנות לייעוץ המשפטי לממשלה לצורך בחינה של ההיבטים המשפטיים הכרוכים בהפעלת כלים טכנולוגיים ושל מתווי הפעולה ואישורם. במקרים אלו נודעת חשיבות לקיום הליך בחינה והחלטה יעילים, מהירים ותכליתיים כדי לאפשר את המשך פעולתה של המשטרה בכל הנוגע למאבק בפשיעה ולהבטחת הסדר הציבורי.

בביקורת עלו מקרים שבהם המשטרה העבירה לבחינת הייעוץ המשפטי לממשלה נושאים הנוגעים לשימוש בכלים טכנולוגיים אולם ההכרעה בעניינים אלו התעכבה או שהתקבלה החלטה ללא

פירוט של נימוקים שעומדים ביסודה. במקרים מסוימים התברר כי המשטרה השתמשה בכלים ללא אישור הייעוץ המשפטי לממשלה, ובמקרים אחרים היא חדלה משימוש בכלים בשל אי-מתן הכרעה בדבר סמכות המשטרה להשתמש באמצעים אלו.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי לא ניתן להצדיק שימוש ללא סמכות בשל עיכוב באישור, ועם זאת לא ניתן לזקוף לחובת גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה שימוש משטרתי בכלים טכנולוגיים בלי להמתין לאישור הייעוץ המשפטי לממשלה. העיכובים נבעו מצורך במידע נוסף או מהצורך בבירורים אם קיימים תנאים או מתווים אפשריים לאישור.

א. אישור פעולה מסוימת באמצעות כלי טכנולוגי

פעולה מסוימת המבוצעת באמצעות כלי טכנולוגי אושרה על ידי גורם בחטיבת הסייבר ובשנת 2014 אישר יועמ"ש חטיבת הסייבר לבצע את הפעולה, והכלי הטכנולוגי שבאמצעותו ניתן לבצע את הפעולה נרכש והופעל מבצעית בשנת 2016. בהנחיות ובהוראות משנת 2017 בנוגע לכלי טכנולוגי מסוים נכתב כי ניתן להפיק ממנו תוצר זה.

בשנת 2019, במסגרת דיווחי האזנות סתר של המשטרה לייעוץ המשפטי לממשלה, נודע להם לראשונה על הפעולה האמורה. עקב כך, גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה ביקשו מחטיבת הסייבר להציג בישיבת הדיווח העיתית את הכלי ואת הנוהל המסדיר את השימוש בו. בתגובה הסביר הייעוץ המשפטי לחטיבת הסייבר לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה כי אין נוהל ייעודי המסדיר את הסוגיה, וכי הוא יגובש בהמשך ויועבר לעיון הייעוץ המשפטי לממשלה. נציג הייעוץ המשפטי לממשלה קבע כי מותר למשטרה לבצע את הפעולה בכפוף למתן צו בית משפט בהגבלה מסוימת על מספר הפעמים שבהן ניתן להשתמש בפעולה זו. בשנת 2020 ניתנה הנחיה מקצועית בנושא, והיועמ"ש לחטיבה אישרה את השימוש בפעולה זו גם בכלי טכנולוגי נוסף.

בשנת 2021, אגב הדיונים העיתיים שהתנהלו אצל היועמ"ש לממשלה דאז בנושא האזנות סתר, נדונה בפניו סוגיה זו ביוזמת הייעוץ המשפטי לממשלה. המשטרה הציגה בדיון את היכולת של אחד מהכלים הטכנולוגיים לבצע את הפעולה. היועמ"ש לממשלה אישר באותו הדיון את הפעולה ואת ההגבלה שקבע נציג הייעוץ המשפטי לממשלה.

המשטרה כתבה בתשובתה כי הפעולה האמורה עולה בקנה אחד עם פרשנות חוק האזנות סתר; כי גורמים בפרקליטות חיוו דעתם בנושא ואישרו את דרך האזנה; וכי דרך פעולה זו הובאה לידיעת בתי המשפט בבקשות למתן צו להאזנת סתר.

מהביקורת עלה כי בשנים 2016 - 2018 ובמשך שנתיים נהגה המשטרה לבצע פעולה באישור היועמ"ש לחטיבת הסייבר במשטרה ולאחר קבלת צו האזנה מתאים מבית המשפט. האישור המשפטי לכך שפעולה זו היא בגדר סמכות המשטרה, בהגבלה מסוימת, ניתן על ידי נציג הייעוץ המשפטי לממשלה בשנת 2019. אישור היועמ"ש לממשלה לביצוע הפעולה בהגבלה מסוימת ניתן בשנת 2021, שלוש שנים לאחר היוודע לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה על הפעולה האמורה.

עוד נמצא כי אישור היועמ"ש לממשלה לכך שהמשטרה תוכל לעשות שימוש בפעולה מסוימת תחת הגבלה משנת 2021 נכתב על ידי גורמים בייעוץ המשפטי לממשלה בכתב יד, באופן תמציתי, ללא נימוקים וללא חוות דעת משפטית שביססה את ההחלטה. כמו כן, במהלך הדיון שבו התקבל אישור זה לא נכתב פרוטוקול שממנו ניתן ללמוד על השיקולים שנשקלו ועל המידע שהובא בפני היועמ"ש לממשלה בבואו לתת למשטרה את האישור המשפטי לשימוש באותה פעולה וליידע אותה בדבר המגבלות שהוטלו עליה.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי המזכר הפנימי נכתב אומנם בכתב יד וללא נימוקים אך הדבר נובע מכך שהתנאים לביצוע הפעולה היו ידועים למשטרה כבר בשנת 2019 בהתאם להתייחסות נציג הייעוץ המשפטי לממשלה. עוד כתב משרד המשפטים בתגובתו כי משנודע לו

על הפרקטיקה הנוהגת במשטרה של הגשת בקשות אלו ללא ההגבלה המסוימת, הורה הנציג על הפסקת הפרקטיקה הנהוגה. במשך שנתיים התקיים שיח בין הייעוץ המשפטי למשטרה לבין הייעוץ המשפטי לממשלה על אודות הנהל המשטרתי הרלוונטי; הערות הועברו בין שני הצדדים, והמשטרה הכירה את עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה בדבר ההגבלה הנדרשת.

משרד מבקר המדינה מעיר כי אינו מקבל את עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים ולפיה ניתן לראות בסיכום של "שיח משפטי" שנמשך שנים בין הייעוץ המשפטי למשטרה לבין גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה "אישור" הנוגע לסמכות המשטרה לבצע פעולה באמצעות כלים טכנולוגיים רגישים במיוחד ובעלי השלכות משמעותיות על תחומי העונשין ועל זכויות האדם. כמו כן, מזכר פנימי תמציתי אינו יכול להחליף הליכי בחינה מפורטים ומתועדים לרבות סיכום עמדות הצדדים, חוות דעת משפטיות והחלטות מנומקות של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה שהובעו בדיון. מתווה בחינה סדור ומקצועי כזה יאפשר הן קיום בקורות פנימיות וביקורות חיצוניות על הליכי קבלת ההחלטות בייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים, בהקשרים אלו, והן ביקורת שיפוטית ככל שתידרש.

בשנת 2022, בעמדה המשפטית שבדוח צוות מררי, נקבע כי המשטרה מוסמכת לבצע את הפעולה המסוימת. עם זאת, היות והפגיעה הנגרמת עקב ביצוע הפעולה גדולה יותר מפעולות דומות אחרות, יש לבצע את הפעולה במקרים חריגים בלבד.

חרף העמדה המשפטית שניתנה בשנת 2019 כי יש להפסיק את הפרקטיקה של הגשת הבקשות לביצוע פעולה מסוימת באופן גורף, וחרף החזרה על העמדה בדוח צוות מררי משנת 2022, ולפיה הפעולה תתבצע במקרים חריגים, הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים והמשטרה לא קבעו תבחינים למקרים החריגים המצדיקים את ביצוע פעולה זו.

נמצא כי אף שלא נקבעו תבחינים אשר יביאו לכך שהפעולה תתבצע במקרים חריגים בלבד, מתחילת שנת 2018 ועד תחילת שנת 2022 השתמשה המשטרה בכלי טכנולוגי מסוים לצורך ביצוע פעולה מסוימת ב-19% מהמטרות.

מומלץ כי המשטרה תקבע תבחינים ברורים לעניין המקרים החריגים המצדיקים את ביצוע פעולה חריגה זו, וכי היא תאשר את התבחינים האלה מול גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה. עוד מומלץ כי המשטרה תקבע מדרג אישורים לביצוע הפעולה ומדד כמותי ברור לגבי מספר המטרות והתוצרים הנאספים בדרך זו כדי לוודא כי הפעולה תתבצע במקרים חריגים בלבד. מוצע כי התבחינים ומדרג האישורים לביצוע הפעולה יוגדרו בצמצום לנוכח הקביעה בעמדה המשפטית שבדוח צוות מררי כי ביצוע פעולה זו יאושר במקרים חריגים בלבד.

ב. שיטת העבודה לביצוע האזנת סתר

(1) היעדר חוות דעת משפטית המסדירה את סמכות המשטרה: זה שנים מספר המשטרה פועלת בשיטת עבודה מסוימת לצורך האזנת סתר למכשירי קצה. במרץ 2018 התקיימה ישיבת דיווחים עיתיים בראשות היועמ"ש לממשלה, ובמהלכה הוא ביקש שתוכן חוות דעת בנושא זה. ביולי 2018 התקיים דיון בהשתתפות נציגי משרד המשפטים והמשטרה ובו הציגה המשטרה את שיטת העבודה, המיושמת מכוח צו שיפוטי ובידיעת הפרקליטות. במהלך הישיבה מסרה המשטרה כי נכון למועד הדיון היא קיבלה 40 - 50 צווים בשנה, ועל בסיסם מומשה שיטת העבודה האמורה. בסיכום הדיון נכתבה פסקה שכותרתה "אבני דרך ראשוניות לקראת חוות-דעת משפטית".

המשטרה כתבה בתשובתה כי בנושא זה ביצעה המשטרה פעולות שונות במסגרת חוק האזנת סתר, ופעולות אלו המבוצעות על פי צווי בית משפט אינן מעוררות לעמדתה קושי משפטי.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי בשום שלב לא התבקש אישור לשיטת העבודה; גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לא ראו מניעה משפטית בשימוש בפרקטיקה; ובשום שלב לא התבקשה המשטרה להפסיק את השימוש בה.

באוגוסט 2018 הכין הייעוץ המשפטי לממשלה טיוטת חוות דעת משפטית בעניין סמכות המשטרה לבצע האזנת סתר בדרך מסוימת, וזאת לבקשת היועמ"ש לממשלה. גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה גיבשו מתווה לחוות הדעת והמשטרה לא נדרשה במהלך השנים שלאחר מכן להפסיק שיטת עבודה זו. אולם עד מועד סיום הביקורת, שש שנים לאחר מועד הכנתה, טרם אושרה חוות הדעת על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה, והיא לא הופצה למשטרה כחוות דעת מנחה בנושא.

משרד המשפטים אישר בתשובתו כי הפצת חוות הדעת מתעכבת בגלל עניין פנימי-ניהולי בתוך הייעוץ המשפטי לממשלה. עוד נכתב בתשובת משרד המשפטים כי לחוות הזמנים לגיבוש חוות דעת משפטיות נקבעים בכל מקרה בהתאם לנסיבות הפרטניות של המקרה.

(2) שימוש בכלי קודם קבלת אישור משפטי והיעדר חוות דעת משפטית: באוגוסט 2022, בישיבה עם נציגי משרד המשפטים, הציגה המשטרה כלי טכנולוגי לביצוע האזנות סתר. ביום 12.12.22 דנו נציגי הייעוץ המשפטי לממשלה בכלי הטכנולוגי ובחוות דעת משפטית מטעם המשטרה בנוגע לסמכותה להשתמש בה.

בדיון הייעוץ המשפטי לממשלה אושרה רכישה של הכלי אך לא את הפעלתו. נקבע כי במסגרת ההתקשרות עם החברה על המשטרה לבקש ממנה ניוון יכולות מסוימות. נציג הייעוץ המשפטי לממשלה הורה למשטרה להכין חוות דעת משפטית עדכנית בנושא הכלי לשם אישורו הסופי.

ב-3.4.23 העבירה המשטרה חוות דעת משפטית מטעם הייעוץ המשפטי של המשטרה לייעוץ המשפטי לממשלה. חוות הדעת כללה מסמכים נוספים ובכלל זה מסמך טכנולוגי והנחיות עבודה נוספות. בחוות הדעת נכתב בין היתר כי במערכת נוונו יכולות בהתאם לדרישת הייעוץ המשפטי לממשלה. בספטמבר 2023 התקיים מפגש בחטיבת הסייבר של המשטרה עם נציגות הייעוץ המשפטי לממשלה, והמשטרה הדגימה את יכולותיו הטכנולוגיות של הכלי ואת כלל השינויים וההתאמות שנערכו בו. בספטמבר 2023 העבירה המשטרה חוות דעת משפטית מעודכנת, ובאוקטובר 2023, לבקשת גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, העבירה המשטרה למשרד המשפטים מסמכים נוספים לבקשתם.

נמצא כי מסוף שנת 2022 עוסק הייעוץ המשפטי לממשלה בבחינה ובאישור של רכש והפעלה של כלי טכנולוגי המיועד לסייע בביצוע האזנות סתר, זאת אף שכשנתיים קודם לכן כבר החלה המשטרה בביצוע הליך הרכש של הכלי הטכנולוגי. כמו כן, בשנת 2021, עוד טרם הוצגו הכלי ויכולותיו בפני הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים, הופעל הכלי במסגרת פעילות מבצעית של המשטרה. כך שבפועל המשטרה השתמשה בכלי ללא קבלת אישור משפטי בנוגע לסמכותה לעשות שימוש בו.

המשטרה כתבה בתשובתה כי אמנם הגורמים הטכנולוגיים במשטרה הפעילו את הכלי בטרם ניתן אישור משפטי להשתמש בו, אך הדבר נעשה בכפוף לצו שיפוטי שאישר את הפעולה. עוד כתבה המשטרה כי "מבלי להקל ראש באמור, אין בכך כדי לגרוע מההליך הסדור שהתקיים ביחס להליכי הרכש ואישור המערכת כשנה לאחר מכן. בנוסף, לאור הנהלים שנכתבו ומיסוד הליכי הרכש, הסיכוי להישנות האמור, הינו קלוש עד אפסי". בהקשר זה הבהירה המשטרה כי בהליך ההסדרה המשפטית הנוסף ביחס לכלי זה, שהתקיים באוקטובר 2023, הופקו לקחים בנושא העברת מידע ומסמכים למשרד המשפטים ואופן ניהול הדיונים עימם.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי נוכח השתלשלות האירועים מאוגוסט 2022, אין לראות בהליכי האישור של הכלי עיכוב שיש לזקוף לחובת הייעוץ המשפטי לממשלה. עוד כתב משרד המשפטים בתשובתו כי השימוש בכלי ללא אישור משפטי אינו מוכר לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

יצוין כי גם לאחר הצגת הכלי בפני הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים, מספטמבר 2023 עד ספטמבר 2024 לא נתנה היועמ"שית לממשלה אישור משפטי להשתמש בכלי האמור.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי בנובמבר 2023 הוצגה חוות דעת משפטית של הייעוץ המשפטי לממשלה בפני היועמ"שית לממשלה, אך היא החליטה להמתין לדוח סופי זה של מבקר המדינה, ורק לאחר שהוא יילמד היא תקבל החלטה בעניין.

בספטמבר 2024 כתב נציג הייעוץ המשפטי למשטרה לייעוץ המשפטי לממשלה כי הכלי תואם את דרישות משרד המשפטים ואת סמכויות המשטרה לביצוע פעולה מסוימת של האזנת סתר, ושאינן מניעה משפטית להפעלתו. נוכח העובדה שחלף זמן רב מאז המשטרה ביקשה ממשרד המשפטים אישור להפעלתו ושטרם ניתן האישור לכך, הייעוץ המשפטי למשטרה עומד לאשר "באופן הדרגתי, הפעלה של המערכת לצרכים מבצעיים". עוד כתבה המשטרה למשרד המשפטים כי בסיום ההפעלה הראשונה יתקיים תחקיר, ועיקרי ממצאיו יועברו למשרד המשפטים כחלק מהליך הדיווח לגבי האזנות סתר.

בישיבה העיתית לבחינת דיווחי האזנות סתר מ-23.9.24 הסכימו גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה כי בנסיבות אלו שבהן נוונו יכולות בכלי בהתאם לדרישות הייעוץ המשפטי לממשלה ולעמדת הייעוץ המשפטי למשטרה, הכלי אינו בעל פוטנציאל לחריגה מהסמכות החוקית של המשטרה ועומד בדרישות החוק; לא נדרש להביא את הכלי לאישור הייעוץ המשפטי לממשלה; ואישור הכלי על ידי הייעוץ המשפטי למשטרה הובא לצורך יידוע משרד המשפטים בלבד.

מהנתונים עולה כי המשטרה השתמשה בעבר וכן הודיעה לייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים כי בכוונתה לחזור ולהשתמש בכלי מסוים להאזנת סתר החל בספטמבר 2024 בלא קבלת אישור משפטי מהיועמ"שית לממשלה בנוגע לסמכות המשטרה להפעלתו. השיהוי בקבלת האישור מהייעוץ המשפטי לממשלה, אף לאחר ניוון היכולות שאין בסמכות המשטרה להשתמש בהן, עיכב את הפעלת הכלי בחודשים ארוכים ועלול היה לפגוע ביכולת המשטרה להילחם בפשיעה החמורה ולמנוע עבירות.

משרד מבקר המדינה מעיר כי מן הראוי שהאישור המשתמע של הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים מספטמבר 2024 לשימוש המשטרה ביכולות שיש בהן פגיעה בזכויות אדם יינתן בפירוש ובכתב, תוך ביסוסו על נימוקים רלוונטיים.

ג. אישור השימוש בכלי לאיסוף מידע

כלי זה משמש את המשטרה משנת 2017.

בשנת 2017 קבע היועמ"ש למשטרה כי ניתן להשתמש בכלי לצרכים מבצעיים, באזור נקודתי, אף ללא קבלת צו שיפוטי. כמו כן הוא הורה לחטיבת הסייבר לכתוב נוהל עבודה לשימוש בכלי ולהעבירו לאישורו.

המשטרה כתבה בתשובתה כי הכלי עומד לבדו ואינו מחובר לשאר מערכות המשטרה. כפועל יוצא מכך וכיוון שהוא הופעל רק באזורים נקודתיים, הפעלתו באותם אזורים אינה מחייבת

הוצאת צווים שיפוטיים ואינה מעלה שאלה בעלת רגישות משפטית מיוחדת המצדיקה פנייה למשרד המשפטים.

במסגרת פעילותה המבצעית המשטרה השתמשה כשש שנים בכלי האוסף נתונים על סמך אישור של הייעוץ המשפטי למשטרה משנת 2017 אשר פטר את המשטרה מהצורך לקבל צו שיפוטי לצורך השימוש בו. נמצא כי במשך כארבע שנים, עד לשנת 2021, האישור המשפטי לשימוש בכלי ניתן על ידי היועמ"ש למשטרה בלבד, בלי שהייעוץ המשפטי לממשלה קיבל מידע על קיומו ובלי שהונחה חוות דעת משפטית המנמקת את העמדה המתירה לעשות שימוש בכלי וכן את העמדה ולפיה שימוש זה יכול שיעשה ללא צו שיפוטי.

כתוצאה מצורך מבצעי להצבת הכלי, אישר היועמ"ש למשטרה בשנת 2020 ביצוע מחקר חלוץ (להלן - פיילוט) לכך. ביולי 2021 התקיים דיון לבקשת המשטרה בפני הייעוץ המשפטי לממשלה לקבלת אישור מבצעי לשימוש בכלי זה. בדיון התברר כי הכלי הופעל בנקודה אחרת כפיילוט למשך חצי שנה עוד קודם הפנייה למשרד המשפטים. בעקבות המידע על הפעלת הכלי התבקשה המשטרה להפסיק את הפיילוט מאחר שנדרש אישור הייעוץ המשפטי לממשלה לשימוש בו. במהלך הדיון הוסבר כי לא ניתן להסתמך על הוראות בפקודת המשטרה⁴⁸ כמקור סמכות מפורש לצורך הפעלת הכלי בנקודה זו, כפי שסברה המשטרה, גם לא לצורך הפיילוט, זאת לנוכח מידת הפגיעה בפרטיות הגלומה בהפעלתו.

עם זאת, במסגרת הדיון הני"ל נתן נציג הייעוץ המשפטי לממשלה אישור מצומצם להפעלת הכלי למשך שלושה חודשים, ובתנאי שיש צו שיפוטי בתוקף. עוד סוכם כי לאחר שלושה חודשים, ואם יימצא שיש צורך ואפקטיביות בשימוש בכלי, יתקיים בייעוץ המשפטי לממשלה דיון עקרוני על בסיס ממצאי הפיילוט. ביום 2.11.21 התקיימה ישיבה בראשות היועמ"ש לממשלה דאז שבה הוצג בפניו הכלי, והוא אישר את ביצוע הפיילוט בתנאים שקבעה המשנה.

במרץ 2022 התקיימה ישיבה בחטיבת הסייבר, ובכלל זה יועמ"ש החטיבה, כדי לסכם את ממצאי הפיילוט ולהיערך לקראת הדיון המתוכנן בנושא בייעוץ המשפטי לממשלה. בישיבה נמסר כי הפעלת הכלי הייתה בהתאם למתווה שקבע הייעוץ המשפטי לממשלה. עוד נמסר כי הפעלת הכלי תרמה מידע מודיעיני לפעילות מבצעית לסיכול עבירות ולמניעתן. הוחלט להציג לייעוץ המשפטי לממשלה את התרומה הגדולה של הכלי הזה למיגור הפשיעה אל מול הפגיעה הפחותה בפרטיות.

ב-12.9.22, כעשרה חודשים לאחר הדיון הקודם שקיים היועמ"ש לממשלה דאז בנושא הפעלת הכלי, התקיימה ישיבה בראשות היועמ"ש לממשלה, בהשתתפות נציגי המשטרה, ובה הוצג הכלי ויכולותיו אך לא התקבלה החלטה לעניין אישורו. ב-25.10.22 התקיימה ישיבה בראשות היועמ"ש לממשלה בהשתתפות נציגי הייעוץ המשפטי לממשלה ובה ביקשה היועמ"ש לממשלה כי תגובש הנחיית עבודה משטרתית להפעלת הכלי, והיא תיבחן על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה קודם קבלת ההחלטה בדבר אישורה. בהמשך לישיבה נכתבה בייעוץ המשפטי לממשלה חוות דעת משפטית ולפיה המשטרה רשאית להשתמש בכלי למניעת עבירות מסוג מסוים, וזאת בכפוף להוצאת צו שיפוטי תוך יידוע בית המשפט בדבר השימוש בו. חוות הדעת הוצגה ליועמ"ש לממשלה ב-26.3.23, וב-3.4.23 היא אישרה את השימוש בכלי בכפוף לתנאים שפורטו בחוות הדעת.

המשטרה כתבה בתשובתה כי בשנת 2017 אישר היועמ"ש למשטרה את הצבת הכלי ואת הפעלתו בנקודות ספציפיות, במיקומים שאינם מחייבים קבלת צווים שיפוטיים. עוד כתבה המשטרה כי הפעלת הכלי במיקומים אלו אינה מעלה שאלה בעלת רגישות משפטית מיוחדת המצדיקה פנייה למשרד המשפטים. כתוצאה מצורך מבצעי להצבת הכלי בנקודות נוספות,

⁴⁸ הייעוץ המשפטי למשטרה הסתמך על סעיפים 3 ו-5 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, כמקור סמכות להפעלת המערכת. סעיף 3 לפקודת המשטרה קובע בין היתר כי המשטרה תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין. סעיף 5 לפקודת המשטרה קובע את תפקידיו של השוטר.

אישר היועמ"ש למשטרה בשנת 2020 ביצוע פיילוט שלאחריו הוא פנה ביוזמתו לקבלת אישור ממושרד המשפטים. האישור להפעלת הכלי באותן נקודות ניתן על ידי היועמ"שית לממשלה בשנת 2023.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי העיכוב למתן האישור של היועמ"שית לממשלה נגרם עקב התמשכות תקופת הפיילוט ועקב הזמן שחלף בין הצגת הדרישה של הייעוץ המשפטי לממשלה לקבלת הנחיית העבודה המשטרתית ובין מועד קבלתה אצל גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

הליך אישור הכלי הטכנולוגי לאיסוף מידע ראוי להפקת לקחים בשני היבטים עיקריים: (א) שימוש המשטרה בכלי החל לכל הפחות בשנת 2020, בעוד הבחינה המשפטית של משמעויות השימוש בו והתנאים להפעלתו על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה בוצעה ביולי 2021. (ב) הליכי הבחינה של הכלי בידי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה נמשכים זמן רב מדי (חלפה כשנה מהשלמת הפיילוט במרץ 2022 ועד אישור השימוש בכלי על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה באפריל 2023), והתמשכותם דוחה את ההפעלה של הכלי הנדרש לצורך המאבק בפשיעה.

1.5 זהות הגורם במשרד המשפטים המאשר את סמכות המשטרה להשתמש בכלים להאזנות סתר

שימוש המשטרה בכלים טכנולוגיים כרוך בקבלת אישור משפטי שבסמכותה להפעיל את אותם הכלים ולקבל את תוצריהם. תוצרי הכלים הטכנולוגיים - נתוני תקשורת או תוצרי האזנת סתר - יכולים לשמש לצרכים מודיעיניים בלבד או לשמש בהמשך ראייה בהליך פלילי. אם המשטרה מבקשת להשתמש בכלי טכנולוגי לשם הפקת ראייה פלילית קבילה, נדרש לבצע "תיקוף ראייתי"⁴⁹ של הכלי הטכנולוגי שבו השתמשה ושל התוצר שהופק ממנו. על פי רוב, התיקוף הראייתי מתבצע על ידי מומחים בתחום המשפטי והטכנולוגי בפרקליטות.

הגורם המשפטי במשרד המשפטים המוסמך לאשר כי בסמכות המשטרה להשתמש בכלי טכנולוגי מסוים הוא גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, ואילו הגורם שבסמכותו לבצע תיקוף ראייתי הוא הפרקליטות.

מטרת התיקוף הראייתי היא לאשר כי רשויות התביעה יכולות להתבסס על תוצר של כלי טכנולוגי כראיה במסגרת הליך פלילי, וכי אין פגם בהגשת אותה ראייה לבית המשפט. על גורמי התביעה בפרקליטות להשתכנע כי הכלים הטכנולוגיים מספקים תוצרים מהימנים, וכי התוצרים שנאספו ונקלטו בכלים אלה נשמרים כראוי, וכי הפקת הנתונים על ידי כלים אלה לא גרמה לשינוי שלהם, לעיוותם, לגריעה מהם או להוספת נתונים חדשים באופן העלול לפגוע בחקר האמת ובהגנת הנאשמים.

ההחלטה אם יתבצע תיקוף ראייתי של כלי נתונה לשיקול דעתה של המשטרה, והיא האחראית לדווח לרשויות התביעה כי נעשה שימוש בכלי טכנולוגי לצורך הפקת ראייה פלילית. חטיבת הסייבר במשטרה אחראית להכנת מסמך תכולות⁵⁰ לכלי המשמש להאזנת סתר, וזאת לצורך תיקופו הראייתי⁵¹.

⁴⁹ **תיקוף ראייתי** - חוות דעת משפטית של יועמ"ש המתירה את השימוש בתוצר שמקורו בכלי טכנולוגי כראיה בהליך הפלילי.

⁵⁰ ככלל, במסמך התכולות מפורטים הנתונים האלה: (א) עקרונות ההפעלה של הכלי, כלומר כיצד מתקבלים תוצרי האזנה ותקשורת בין מחשבים. (ב) סיווג של התוצרים והסבר על מהותם (סוג תוכן התוצר, מקור התוצר כגון אפליקציה וזמן יצירת התוצר). (ג) התייחסות למידת הדיוק של התוצר ולאפשרות להסיק מסקנות ממנו.

⁵¹ לצורך תיקוף ראייתי של תוצר מערכת טכנולוגית בתחום האזנות סתר ונתוני תקשורת נדרשת הפרקליטות להכין חוות דעת משפטית הכוללת ניתוח של תהליך האזנת סתר לשמע ולנתוני תקשורת; אופן פעולתם של הכלים והאמצעים הטכנולוגיים שבשימוש המשטרה; מידת תקינותם ומידת קבילותם. לצורך כך נסמכת הפרקליטות על חוות דעת של מומחים טכנולוגיים בענייני סיגינט מטעם המשטרה, ועל מפגשי עבודה עם גורמי המשטרה

הפרקליטות, כרשות תביעה, רשאית לפעול רק בהתאם לסמכויות שהוקנו לה במפורש על פי דין, ובכלל זה הסמכות להגיש כתב אישום⁵² כאשר הראיות מספיקות לאישום⁵³ והסמכות לסגור תיקי חקירה בלי להעמיד את החשודים לדין⁵⁴. לנוכח העובדה שהפרקליטות מוסמכת להגיש כתבי אישום וראיות לבית המשפט, היא הגורם שבסמכותו לבצע תיקוף ראייתי. הדין אינו מקנה לפרקליטות את הסמכות לאשר או לשלול את סמכות המשטרה להשתמש בכלי טכנולוגי. אישור כאמור ניתן על ידי גורמים משפטיים, ובכלל זה גורמי הייעוץ המשפטי למשטרה, ובמקרה הצורך על ידי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

למשל, בסמוך להפעלת כלי טכנולוגי מסוים השלימה הפרקליטות בשיתוף המשטרה את תהליך התיקוף הראייתי של הכלי, שכלל בדיקת מהימנות של תוצרים והנפקת תעודת עובד ציבור - תעודה ערוכה בידי איש משטרה שאותה המשטרה מחויבת להציג לבית המשפט אם ברצונה להגיש לו תוצרים שהופקו באמצעות הכלי כדי שישתמש בתוצרים אלה במסגרת הליכים פליליים. יצוין כי כלים טכנולוגיים מסוימים המשמשים להאזנת סתר לא עברו תיקוף ראייתי, ולעמדת חוקרים בתחום, ביצוע התיקוף הראייתי לתוצריהם עשוי להיתקל בקשיים⁵⁵.

משרד מבקר המדינה בחן שני מקרים שבהם פעולות וכלים בתחומי האזנות הסתר הובאו לבחינת הפרקליטות, בטרם אושרו על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה.

א. אישור לשימוש בכלי טכנולוגי מסוים: באוגוסט 2011 התבקשה פרקליטות המדינה על ידי נציג המשטרה לבדוק כלי טכנולוגי מסוים - כלי לקבלת תוצרי האזנת הסתר, שאותו רכשה זה מקרוב ואשר היה בכוונתה להשתמש בו לצורך איסוף מידע במסגרת חקירות פליליות. בספטמבר 2011 העביר נציג פרקליטות בקשה לאשר את התיקוף הראייתי של הכלי, ובאפריל 2012 אישר נציג פרקליטות נוסף למשטרה את הפעלתו לצורך הפקת ראיות קבילות בתיקי חקירה.

נציג הפרקליטות קבע באפריל 2012 כי בשנה הראשונה לפעילותו המבצעית של הכלי לצורך הפקת ראיות בתיקי חקירה יבוצע ניתוח תוצרי האזנה, וכי הוצאת תעודות החיסיון והעברת החומרים לפרקליטים המטפלים יתבצעו על ידי הממונה בשיתוף הפרקליט המטפל בתיק ופרקליט המחוז או מנהל המחלקה. המשטרה התבקשה לדווח לממונה על כל תיק חקירה שבו מופעל הכלי - משלב החקירה הסמויה עד לשלב החקירה הגלויה. עוד קבע נציג הפרקליטות כי בתום השנה הראשונה לפעילות המבצעית של הכלי תתבצע הערכת מצב משותפת של הפרקליטות עם המשטרה בדבר אופן הטמעת הכלי וגיבוש נוהל האזנת סתר לתקשורת בין מחשבים.

ב-15.4.12 כתב נציג פרקליטות לפרקליטי המחוז ולמנהלי המחלקות בפרקליטות כי הוא מאשר את קבילותו המשפטית⁵⁶ (כך במקור) של הכלי האמור.

המקצועיים המפעילים את המערכות ועם גורמים משפטיים מחטיבת הסייבר והייעוץ המשפטי למשטרה. חוות הדעת המשפטית של הפרקליטות מועברת לידיעתו או לאישורו של הממונה לפרקליט המדינה. סעיף 11, סעיף 12 (א)(1)(א) וסעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

52

סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

53

בהתאם לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, החלטת הפרקליט אם להעמיד את החשוד לדין תלויה בקיומן של ראיות מספיקות לאישום בתיק; בעניין הציבורי שבהגשת כתב אישום; ובסיכויו, בהתאם לראיות המצויות בתיק, שאם יוגש כתב האישום, ההליך יסתיים בהרשעה. יש לציין כי לעיתים ההחלטה על סגירת תיק טעונה אישור של גורם בכיר יותר כמו פרקליט המחוז או פרקליט בכיר. ככלל, בעל הסמכות להגיש כתב אישום הוא גם בעל הסמכות להורות על סגירת התיק בלי להגיש כתב האישום.

54

להרחבה ראו מאמרם של ד"ר אסף וינר ועו"ד הדס תמס בן-אברהם, איגוד האינטרנט הישראלי, סקירה מקצועית מיוחדת בנושא: "טכנולוגיות חדירה וחיפוש במכשירים חכמים ונכסים דיגיטליים על ידי רשויות האכיפה בישראל", ינואר 2023.

55

"קבילות משפטית" של מערכת להאזנת סתר הוא מונח שגוי שמשמשים בו במסמכי המשטרה והפרקליטות, שמשמעותו "תיקוף ראייתי" או "קבילות ראייתי". עם זאת, מעיון בתוכן המסמכים עולה כי נוסף על "התיקוף

56

ב-15.8.12 העביר הייעוץ המשפטי לממשלה מזכר פנימי ובו צוין, בין היתר, כי אישורו של נציג פרקליטות לנהל המשטרתי וכן לעצם מתן הסמכות לשימוש בכלי הוא "תקלה המחייבת מיסוד (תהליכי) עבודה של אישור נהלי האזנת סתר", שכן הסמכות לאישור זה נתונה רק בידי היועמ"ש לממשלה ולא בידי גורמי הפרקליטות. נציג הייעוץ המשפטי לממשלה השיב כי הוא שוחח על כך עם נציג הפרקליטות.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי ככלל, מערך הייעוץ המשפטי לממשלה הוא שאחראי לתקף מהבחינה המשפטית כלים שמעוררים שאלת סמכות לפי הדין הקיים, ואילו באחריותה של הפרקליטות לבחון את התיקוף הראייתי של הכלים הטכנולוגיים. לגבי הכלי הטכנולוגי להאזנת סתר, ככל הנראה לא התעוררה שאלת סמכות, ומהלך התיקוף שנעשה בפרקליטות היה תיקוף ראייתי שנעשה לבקשת המשטרה ובשל הצורך לחסות חלק מהשיטה והאמצעים.

בהתייחס לתשובת משרד המשפטים, משרד מבקר המדינה מעיר כי מעיון במסמכים שהועברו מהמשטרה עולה שאישור מגורמי הפרקליטות לעשות שימוש בכלי מסוים ניתן מבלי שנשען על אישור משפטי של הייעוץ המשפטי לממשלה כנדרש.

ב. **אישור לביצוע פעולות בכלי טכנולוגי מסוים:** ב-23.8.17 התבקש נציג הפרקליטות להתייחס לשתי פעולות ספציפיות בכלי טכנולוגי אגב דיון בתיקים המתנהלים בבית משפט לאור בקשת הבהרות מבית המשפט ובקשת התייעצות שהועברה מהמשטרה בעניין זה. עקב כך, כתב נציג פרקליטות לייעוץ המשפטי למשטרה כי לדעתו השימוש בכלי טכנולוגי מסוים מאפשר ביצוע שתי פעולות ספציפיות על פי הדין. יצוין כי המשטרה העבירה את התייחסות הפרקליטות לידי משרד מבקר המדינה כחלק ממסמכי האישורים המשפטיים של הכלי. מנגד, משרד המשפטים מסר למבקר המדינה כי מדובר היה במסמך שנכתב לצורך הליך ספציפי בלבד.

במרץ 2018 פנתה המשטרה לפרקליטות בנוגע לדיון בצו האזנת הסתר ובמסגרתו נתבקשה עמדה משפטית להגשה לבית המשפט. זאת, משום שבדיון במעמד צד אחד העלה בית המשפט את שאלת מקור סמכותו של בית המשפט לאשר חדירה סמויה למכשיר קצה לצורך ביצוע האזנת סתר, זאת לנוכח העובדה שחוק האזנת סתר מתייחס לסמכות חדירה ל"מקום" לצורך התקנה, פירוק או סילוק של ציוד האזנת סתר, ואינו מתייחס לסמכות החדירה הסמויה למחשב או לטלפון סלולרי. בעקבות זאת, הכין נציג הפרקליטות נייר עמדה משפטי שלפיו יש למשטרה סמכות, מכוח חוק האזנת סתר, לבצע האזנת סתר באמצעות רכיב טכנולוגי המוחדר לטלפון הסלולרי. עוד צוין כי במצב החוקי הקיים אין בסמכות המשטרה לבצע חיפוש סמוי. נייר העמדה הוגש לבית המשפט, והוא אישר את הבקשה לחדירה סמויה למכשיר קצה.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי בכל הנוגע לביצוע הפעולות בכלי הטכנולוגי, הפרקליטות העבירה התייחסויות שנדרשו אגב תיקים ספציפיים. אילו היה ידוע לפרקליטות, שהאמצעי בו מדובר מבצע פעולה העלולה לעלות כדי חיפוש סמוי, הייתה מתעוררת שאלת הסמכות והדבר היה מופנה לליבון מידי מול המשטרה ומול מערך ייעוץ וחקיקה.

בביקורת עלה כי אגב פנייה של המשטרה בנוגע לתיקים מתנהלים ביחס לשתי פעולות המבוצעות באמצעות כלי טכנולוגי, ולשם הבהרה כי המשטרה רשאית לבצע פעולות אלו במסגרת בקשה להאזנת סתר, התייחס נציג פרקליטות לכך שפעולות אלו מותרות לעמדתו על פי החוק. זאת, הגם שהכלי הטכנולוגי טרם הובא על ידי המשטרה לאישור משפטי של הייעוץ המשפטי לממשלה.

הראייתי" שנתן הגורם בפרקליטות, קרי השימוש בתוצרי הכלי כראייה במשפט, אישרה הפרקליטות למשטרה כי בסמכותה להשתמש בכלי.

גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה הם הגורם המוסמך במשרד המשפטים לבחון ולאשר שימוש בכלים להאזנות סתר מתוך ראייה רחבה וכוללת, וטרם דיון בשאלת התיקוף הראייתי ואפשרות הגשת בקשות מסוג זה. לדעת משרד מבקר המדינה ההקפדה על כך שגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה הם שיקיימו הליכי בחינה ואישור של כלים טכנולוגיים להאזנות סתר היא מהותית. באשר לגורמי התביעה הפועלים להגשת כתבי אישום בבתי משפט ולביסוס הראייתי, נדרשת הקפדה כי הליכי תיקוף ראייתי המתבצעים אגב התייעצויות המתקיימות בקשר לתיקים מתנהלים, ייעשו לאחר שמתקבל אישור משפטי לשימוש בכלי.

על משרד המשפטים להקפיד על תהליכי אישור סדורים של הגורמים המוסמכים ולמסד הליכי עבודה כדי להבהיר כי המענה על שאלת סמכות המשטרה להשתמש בכלי טכנולוגי יהיה באחריות גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה. זאת, בעוד הפרקליטות נדרשת לבחון את תיקופם הראייתי של הכלים.



בשני העשורים האחרונים המשטרה רכשה ופיתחה בעבודתה שורה ארוכה של כלים טכנולוגיים בעלי יכולות נרחבות בתחום האזנות סתר ונתוני תקשורת. הפעלת כלים אלו נחוצה למשטרה לצורך מילוי תפקידה בעיקר למול המאבק בפשיעה החמורה, ואולם להפעלתם פוטנציאל פגיעה ניכר בזכות פרטיות וכן בזכויות חשודים. החקיקה והאסדרה הקיימות בכל הנוגע לשימוש בכלים אלו אינן מניחות את התשתית הנורמטיבית המספקת לשימוש בכלל האמצעים ובכלל המתווים שבידי המשטרה.

המשטרה כתבה בתשובתה כי אין חולק שנדרש לעדכן את החקיקה ולהתאימה למציאות הטכנולוגית, אולם כל עוד החקיקה לא עודכנה, המשטרה רשאית ואף מחויבת להשתמש במסגרת סמכויותיה התואמות את הדין היום, וכך היא פעלה "באופן עקבי, בזהירות, באופן סדור, תוך הפעלת שיקול דעת, ועל בסיס אישורים מטעם הייעוץ המשפטי למשטרה, הפרקליטות או היועמ"ש לממשלה".

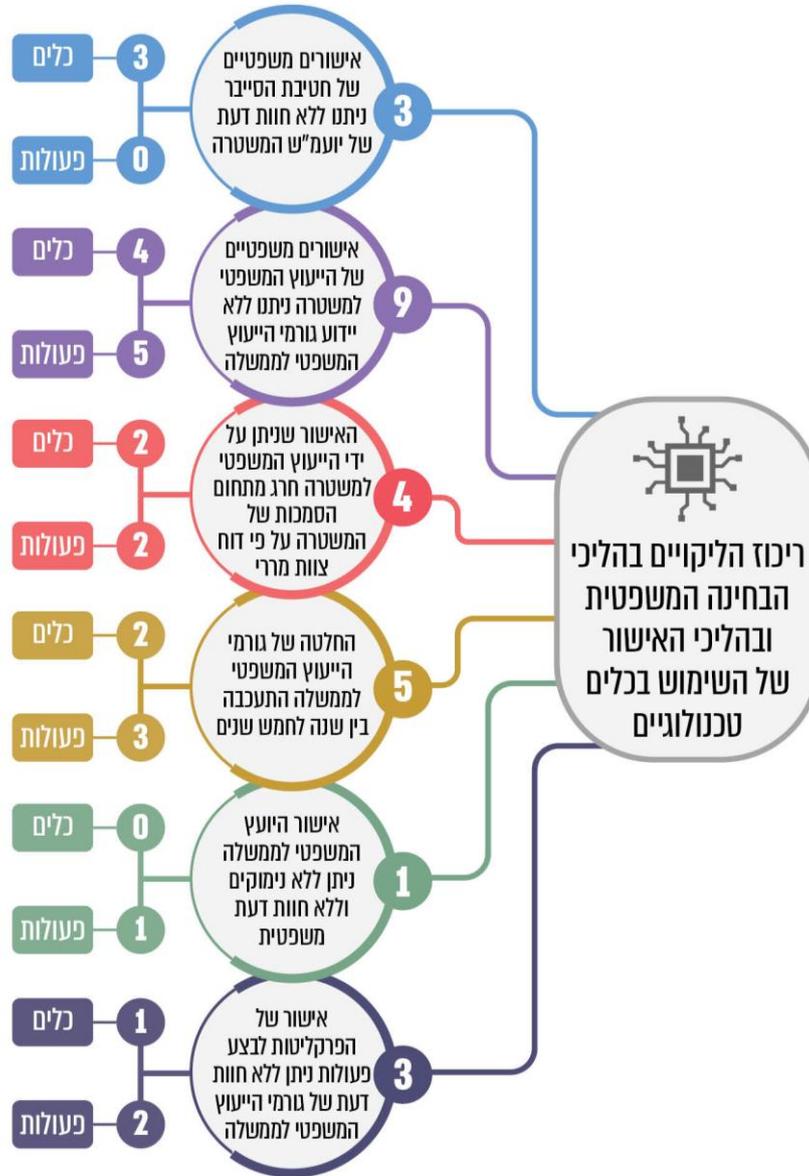
משרד המשפטים כתב בתשובתו כי לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה יש להבחין בין המקרים שבהם נדרש תיקון חקיקה (כגון הסמכות לביצוע חיפוש סמוי) לבין מקרים שבהם הייעוץ המשפטי לממשלה מצביע על הצורך בהסדרה חקיקתית לשם טיוב ההסדר החוקי, הבהרתו ועיגונו.

מהדוגמאות המוצגות בפרק זה, ובהיעדרה של הסדרה חקיקתית, עולה כי נדרש שהאישור המשפטי לשימוש בכלים ייעשה באופן מוקפד, תוך בחינה מפורטת ומעמיקה וניתוח מפורט של המתווים להפעלת הכלים למול המישור המשפטי, וכל זאת כדי להבטיח פעולה במסגרת הוראות הדין וקיום האיזונים המשפטיים הרגילים בין הצרכים המבצעיים לבין זכויות האזרח.

הנחיית היועץ המשפטי לממשלה קבעה כי בנושאים בעלי רגישות מיוחדת או בעלי השלכות בתחומי העונשין תיעשה פנייה של היועצים המשפטיים לרשויות השלטון לקבלת אישור משפטי מהיועץ המשפטי לממשלה, המשנים לו או מהייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים. דוח צוות מררי אף קבע בדיעבד כי במקרה של שימוש בכלי טכנולוגי נדרש היה להביא את הכלי על כלל מאפייניו לאישור גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

ממצאיו של פרק זה מלמדים כי הליכי הבחינה המשפטית של כלים הטכנולוגיים והליכי אישור השימוש שהתקיימו בשנים האחרונות היו לקויים, חסרים ובלתי סדורים כמפורט בתרשים שלהלן:

תרשים 4: סיכום הליקויים בהליכי הבחינה והאישור המשפטי של כלים טכנולוגיים ומתווי ההתקנה באמצעות כלים אלה



על פי ממצאי הביקורת, בעיבוד משרד מבקר המדינה.

מהממצאים בפרק זה עולה כי:

- א. ככלל, לאורך השנים, בחלק מהמקרים המשטרה לא עירבה את הייעוץ המשפטי לממשלה בהליכי הבחינה המשפטית ובהליכי האישור של השימוש בכלים טכנולוגיים. בחלק מהמקרים שבהם הוצגו בפני גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה כלים טכנולוגיים, ועל אף המשמעויות המשפטיות המורכבות, הסבוכות והרגישות הנוגעות להפעלתם, גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לא גילו מעורבות בבחינתם, ולעיתים לא היה בידם מידע טכנולוגי שרלוונטי לכלים אלו ופירוט היכולות של כל אחד מהם.
 - ב. במשך שנים השתמשה המשטרה בכלים טכנולוגיים שהותקנו על טלפונים סלולריים או מחשבים בלי שאלו הועברו לידיעת גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה. כמו כן אף לא התקיים דיון משפטי עקרוני בנוגע לעצם הטמעת כלים אלו בעבודתה של המשטרה.
 - ג. נמצאו שלושה כלים שחטיבת הסייבר אישרה בלא שנשענה על חוות דעת מפורטות של היועמ"ש למשטרה המנתחות את מתווי ההפעלה ואת היכולות הטכנולוגיות בראי ההיבטים המשפטיים תוך הבהרת השיקולים שנשקלו והאיזונים המשפטיים שיושמו.
 - ד. הייעוץ המשפטי של המשטרה נתן אישורים לארבעה כלים טכנולוגיים ולחמש פעולות המבוצעות בתחומי האזנות סתר ונתוני תקשורת בלא יידוע גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה ובלא שאלו נשענו על חוות דעת מפורטות המנתחות את ההיבטים המשפטיים והטכנולוגיים הגלומים בשימוש בכלים אלו.
 - ה. שני כלים טכנולוגיים ושני מתווי פעולה שאושרו על ידי הייעוץ המשפטי למשטרה בלבד נמצאו בדיעבד על ידי צוות מררי חורגים מתחום סמכות המשטרה, זאת לאחר שכבר נעשה בהם שימוש במשך שנים מספר.
- להלן לוח המרכז את הממצאים בעניין התמשכות הליכי הבחינה המשפטית והליכי האישור של השימוש בכלים טכנולוגיים במשטרה ואצל גורמי הייעוץ המשפטי:

לוח 1: משך הליכי הבחינה המשפטית והליכי האישור של השימוש בכלים טכנולוגיים,
2023 - 2012

הכלי הטכנולוגי	האישור המשפטי של חטיבת הסייבר	יידוע יועמ"ש המשטרה	אישור יועמ"ש המשטרה	יידוע הפרקליטות	יידוע היועמ"ש לממשלה	אישור היועמ"ש לממשלה
א	נובמבר 2012	נובמבר 2012	איך ⁽²⁾	אוגוסט 2017	דצמבר 2018	מאי 2023 ⁽⁴⁾
ב ⁽³⁾	דצמבר 2020	דצמבר 2020	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾	ינואר 2022	מאי 2023 ⁽⁴⁾
ג	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾	אוגוסט 2011	איך ⁽²⁾	ינואר 2022	אוגוסט 2022 ⁽¹⁾
ד	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾	ספטמבר 2014	איך ⁽²⁾	ינואר 2022	אוגוסט 2022 ⁽¹⁾
ה ⁽⁵⁾	אוקטובר 2020	אוקטובר 2020	יש	איך ⁽²⁾	ספטמבר 2022	דצמבר 2022 ⁽⁴⁾
ו ⁽³⁾	פברואר 2012	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾	אוגוסט 2011	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾
ז ⁽³⁾	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾	יוני 2022	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾
ח	יולי 2017	איך ⁽²⁾	אוגוסט 2017	איך ⁽²⁾	יולי 2021	אפריל 2023
ט	מאי 2018	יולי 2018	נובמבר 2019	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾	איך ⁽²⁾

על פי מידע שנאסף בביקורת, בעיבוד משרד מבקר המדינה.

⁽¹⁾ הכלי לא אושר על ידי צוות מררי, הכלי אינו עוד בשימוש

⁽²⁾ אין תיעוד לאישור

⁽³⁾ כלים אלו לא נדונו במסגרת הדוגמאות שהובאו בפרק זה. התייחסות מפורטת בעניינם מובאת בהמשך הדוח.

⁽⁴⁾ אישור התקשורת בכפוף לביצוע ניוונים.

⁽⁵⁾ מדובר בכלי שבמועד הביקורת היה מצוי בשלב פיילוט.

ביסודו של פרק זה עומד אפוא ליקוי מערכתי ויסודי בהליכי הבחינה והאישור שהתקיימו קודם השימוש בשורה ארוכה של כלים טכנולוגיים ומתווי פעולה בעלי יכולות עוצמתיות ופוטנציאל פגיעה נרחב בזכויות הפרט. הטיפול הלקוי בנושא זה נבע ביסודו מדרכי הטיפול של המשטרה בנושא ומהדפוס ולפיו היא בחרה להסתפק באישור השימוש בכלים לאחר בחינה משפטית פנימית, לרוב שלא על סמך חוות דעת מפורטות ותוך הימנעות מהעלאת שאלות משפטיות בדבר העמידה בגדרי הסמכות הקבועה בדין לבחינה עקרונית ופרטנית של הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים ובלי לקבל את אישורו של היועמ"ש לממשלה.

התנהלות זו התמשכה לאורך שנים. עקב כך נמצאו חמישה מקרים של שימוש בכלים טכנולוגיים ובמתווים שהמשטרה הציגה לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה: בנוגע לשני כלים ולשלוש פעולות ההכרעה בעניינם התעכבה (בין שנה לחמש שנים) אף שהם נדרשו לעבודת המשטרה. במקרה אחד החליט היועמ"ש לממשלה להגביל את השימוש במתווה הפעולה ללא פירוט הנימוקים העומדים בבסיס החלטה זו.

משטרת ישראל מסרה כי בנוגע להליכי הרכש ואישור השימוש בכלים טכנולוגיים, החל משנת 2022 היא פועלת להפיק לקחים בתחום, ובין היתר היא פועלת לעיגון נהלים בנושא, טיוב הליכי העברת המידע והמסמכים למשרד המשפטים ואופן ניהול הדיונים עימם.

משרד המשפטים כתב בתשובתו שאין בסיס לטענה בדבר קיומה של חובה של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה ליזום בדיקה של כלים טכנולוגיים, שאינה מבוססת על תשתית עובדתית, וכן אין בסיס לטענה זו גם מעצם המעורבות שיש ליועמ"ש לממשלה בהליכי פיקוח ובקרה של האזנות סתר.

תשובת משרד המשפטים משקפת עמדה פסיבית של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה בסוגיית חובת הפיקוח והבקרה של גורמי הייעוץ המשפטי על המשטרה המשתמשת בכלים טכנולוגיים בכלל ולצורך האזנת סתר בפרט, המצויים בליבת ההליך הפלילי, שיש בהם משום חשש לחריגה מסמכות, ומגלמים פוטנציאל לפגיעה יסודית בזכויות הפרט. עמדה זו אינה מתיישבת עם האמור בהנחיית היועמ"ש לממשלה, ואין לה הצדקה נוכח אינדיקציות שהיה בהן כדי לעורר שאלות בנוגע לסמכות המשטרה לעשות כן; כמו כן עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם המעורבות המהותית שיש ליועמ"ש לממשלה, בכובעו כממונה על מערך התביעה, בהליכי הפיקוח והבקרה על האזנות סתר ונתוני תקשורת, ואינה מתיישבת עם הליכי האכיפה בכלל ובנוגע לליווי חקירות רגישות שבהן נעשה שימוש בכלים הטכנולוגיים בפרט - אשר צריכים לעורר את הייעוץ המשפטי לממשלה לבדוק ביוזמתו שימוש בכלים שונים.

נוכח פוטנציאל הפגיעה של כלים אלה בזכויות הפרט, נדרש שהמשטרה תקיים בנוגע להם בחינה משפטית מקדימה באופן מעמיק, מקיף ומפורט שבמסגרתה תינתן הדעת לכל ההיבטים והשאלות המשפטיות. כמו כן נדרש כי המשטרה תעביר כלים שבעניינם עולה שאלה בדבר עמידתם בגדרי הסמכות הקבועה בדין או שהם מגלמים סוגיות משפטיות עקרוניות וסבוכות והשלכות בתחומי העונשין לבחינה עקרונית ופרטנית ולאישור של הייעוץ המשפטי לממשלה.

כמו כן, ולאור חשיבותם של הכלים הטכנולוגיים המשמשים את המשטרה במאבק בפשיעה החמורה הפוגעת ברקמת החיים במדינה, על גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה להכין תוכנית עבודה לצורך ניהול, ייעול ותיעדוף הטיפול בפניות המשטרה בנושא זה.

משרד המשפטים כתב בתשובתו כי הייעוץ המשפטי לממשלה פועל על פי תוכנית עבודה סדורה, והוא מפנה משאבים לפניות דחופות. עוד הוא כתב כי הבקשות מהמשטרה מגיעות ללא התרעה מוקדמת ולכן תוכנית העבודה ולוחות הזמנים בהקשר זה אינם יכולים להיקבע מראש.

עוד ביקש משרד המשפטים להתייחס לגישה לפיה חובה על גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה ליזום בדיקה של כלים טכנולוגיים שיש בהם משום חשש לחריגה מסמכות ומגלמים פוטנציאל לפגיעה בזכויות פרט. לעמדתו, גישה זו המחייבת נקיטת פעולה יזומה אינה תואמת את המשאבים הארגוניים העומדים לרשות הייעוץ המשפטי לממשלה בתחום זה.

מוצע כי תוכנית העבודה של הייעוץ המשפטי לממשלה תכלול מספר היבטים: (א) בחינת השינויים הנדרשים בהקצאת המשאבים הארגוניים לצורך מתן ייעוץ משפטי יזום המגלם גם מומחיות טכנולוגית לטיפול בשימוש בכלים טכנולוגיים; (ב) הצבת יעדים ולוחות זמנים קצובים לסיום הטיפול בבקשות למתן אישורים משפטיים; (ג) סיום הטיפול בבקשות לאישורים משפטיים אשר הונחו על שולחן גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה זה מכבר ושניתן להצביע בעניינם על מקור סמכות בדין הקיים, באופן שיבטיח כי המשטרה תשתמש בכלים טכנולוגיים חדשניים ועדכניים בהתאם לסמכותה. כמו כן יש להקפיד שהגורם המוסמך לכך במשרד המשפטים יאשר למשטרה את השימוש בכלים אלו.