

## הסדרה חקיקתית ומשפטית של השימוש בכלים לביצוע האזנות סתר ולשימוש בנתוני תקשורת

### רקע

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".

בעשור האחרון המשטרה רכשה ופיתחה בעבודתה שורה ארוכה של כלים טכנולוגיים בעלי יכולות חדשניות ומתפתחות ובעלי פוטנציאל פגיעה דרמטי בזכויות הפרט ובזכות הפרטיות.

ההסדרה של השימוש בכלים טכנולוגיים לביצוע האזנות סתר ולשימוש בנתוני תקשורת על ידי המשטרה מחייבת מתן מענה לשני נדבכים עיקריים:

האחד, הסדרה חקיקתית של סמכויות המשטרה לשימוש בכלים טכנולוגיים. הסדרה זו מצריכה עבודת מטה של המשטרה, בשיתוף הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים. על עבודת מטה זו לכלול איסוף נתונים וגיבוש תשתית עובדתית בנוגע להצעת החוק ולהשלכותיה, ובכלל זה יש לבחון אם הסדרה זו עלולה להביא לפגיעה בזכויות אדם מוגנות. הנחת הצעת חוק על שולחן ועדת השרים לענייני חקיקה בנושא השימוש שעושה המשטרה בכלי האזנות סתר ונתוני תקשורת תלויה, בין היתר, בסדרי העדיפויות של השר הממונה על חוק האזנות סתר והיא נעשית לאחר תיעודף הנושאים העומדים להחלטתו ולאישורו.

השני, הסדרה משפטית בדרך של חוות דעת משפטית לשימוש בכלי טכנולוגי או לביצוע פעולה בכפוף להסדרה החוקית הקיימת מחייבת מתן חוות דעת משפטית שבמסגרתה התקיימו הליכי בחינה ואישור מפורטים של השימוש בכלים אלו בידי גורם משפטי בכיר. את האישורים האלו נותן הייעוץ המשפטי למשטרה.

עם זאת, בהתאם להנחיית היועצת המשפטית לממשלה<sup>8</sup> ולעמדת מבקר המדינה, בכלים טכנולוגיים שיש להם יכולות בהן יש פוטנציאל לחריגה מסמכות; או שהם מעוררים שאלות מהותיות בנושאים בעלי רגישות מיוחדת (ציבורית או אחרת); או שאלות רחב משמעותיות בנוגע למשרדים נוספים; או מגלמים סוגיות עקרוניות וסבוכות שנוגעות לכמה תחומים משפטיים (כגון, האזנות סתר וסמכויות החיפוש) שלהם השלכות מהמעלה הראשונה בתחומי העונשין - ראוי כי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה יובילו את הליכי הבחינה והאישור של השימוש בכלים אלו.

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

## נתוני מפתח

## 3 כלים

להאזנת סתר ולקבלת נתוני תקשורת אושרו לשימוש על ידי חטיבת הסייבר במשטרה בלא שאישורים אלו נשענו על חוות דעת משפטיות של הייעוץ המשפטי למשטרה ושל גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה

## 4 כלים

להאזנת סתר וקבלת נתוני תקשורת וחמש פעולות להאזנת סתר אושרו לשימוש על ידי הייעוץ המשפטי של המשטרה ללא יידוע גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה

## 2 כלים

להאזנת סתר ושתי פעולות בתחום האזנת סתר שאושרו לשימוש על ידי הייעוץ המשפטי למשטרה בלבד נמצאו על ידי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה (צוות מררי) כחורגים מסמכות המשטרה

## כלי 1

להאזנת סתר ושתי פעולות בתחום האזנת סתר אושרו על ידי הפרקליטות בלא שאישורים אלו נשענו על חוות דעת של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה

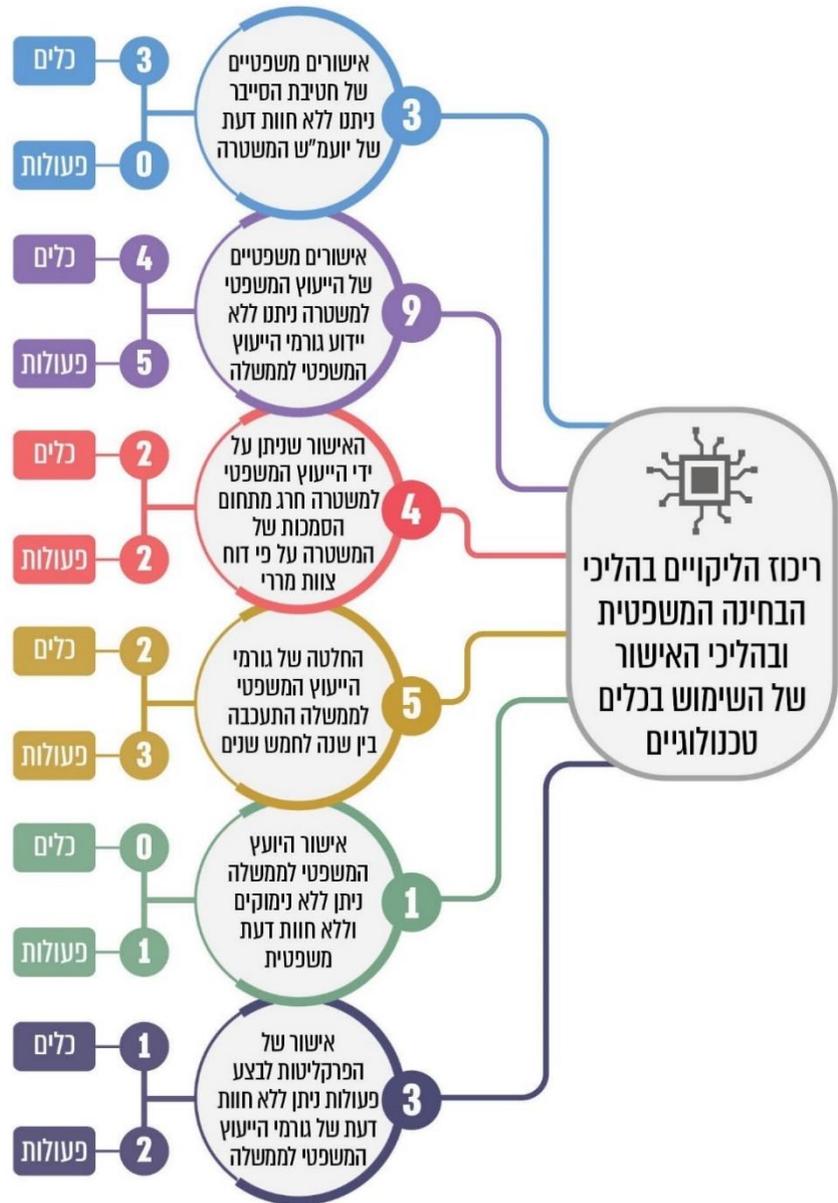
## 1 - 5 שנים

משך העיכוב במתן ההחלטה של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה בנוגע לשימוש בשני כלים טכנולוגיים וביצוע שלושה מתווי פעולות בתחומי האזנות הסתר. המשטרה נמנעה מלהשתמש בשני הכלים נוכח העיכוב במתן ההחלטה אף שהם נדרשו לעבודתה

## פעולה 1

להאזנת סתר אושרה לשימוש על ידי היועץ המשפטי לממשלה ללא נימוקים וללא חוות דעת משפטית מתוך הכלים והפעולות שהובאו לאישורו

**סיכום הליקויים שעלו מהבחינה המשפטית ובהליך קבלת האישורים המשפטיים**



הוכן בידי משרד מבקר המדינה.

## תמונת המצב העולה מן הביקורת



**ההסדרה המשפטית של השימוש בכלים טכנולוגיים** - בעשור האחרון המשטרה רכשה ופיתחה בעבודתה שורה ארוכה של כלים טכנולוגיים בעלי יכולות חדשניות ומהפכניות ובעלי פוטנציאל פגיעה בזכויות הפרט ובזכות לפרטיות. השימוש בכלים אלו במשך השנים נשען על תשתית חקיקתית ישנה ובלתי מתאימה. המציאות שבה המשטרה השתמשה בכלים טכנולוגיים וזו כפופה להסדרה החקיקתית הקיימת, חייבה מתן מענה בדרך של חוות דעת משפטית שבמסגרתה התקיימו הליכי בחינה ואישור מפורטים של השימוש בכלים טכנולוגיים חדשים בידי גורם משפטי בכיר. לעמדת משרד מבקר המדינה הגם שליועמ"ש המשטרה הסמכות להכריע במכלול נרחב של החלטות הנוגעות לענייני המשטרה, הרי שלפי הנחיית היועמ"ש לממשלה<sup>9</sup> כאשר עולות סוגיות בעלות רגישות מיוחדת כמו פגיעה בזכויות שעלולה להביא לחריגה מסמכות המשטרה, יש מקום להביא את הנושא לאישור גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.



**יזום קיום דיון על ידי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לבחינת היכולות וההשלכות של השימוש בכלים טכנולוגיים** - 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, ראוי היה כי הייעוץ המשפטי לממשלה יזום מצידו קיום דיון שבמסגרתו יבחנו 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.



**שימוש המשטרה בכלי טכנולוגי להאזנת סתר לתקשורת בין מחשבים ללא בחינה ואישור משפטי** - המדובר על כלי טכנולוגי לביצוע האזנות סתר בתצורת תקשורת בין מחשבים שבו השתמשה המשטרה מאות פעמים ואשר לגביו הועלו הממצאים הנוגעים לפעולת המשטרה ולפעולת הייעוץ המשפטי לממשלה.



- בשנת 2012 גורם בחטיבת הסייבר שאינו גורם משפטי מוסמך התייחס במסמך פנים-משטרה להיבטים משפטיים הנוגעים לכלי ואישר כי מהבחינה המשפטית המשטרה מוסמכת להשתמש בו. מסמך זה הופץ גם לייעוץ המשפטי למשטרה.
- משנת 2016 השתמשה המשטרה בכלי טכנולוגי מסוים מאות פעמים בלי שהשימוש בו הוסדר בחקיקה; בלי שהוא נבחן ואושר על ידי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה; בלי שהמשטרה קיימה דיון משפטי עקרוני בנושא עם גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה. בין היתר, 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.
- 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 אחת של הכלי. כמו כן ביקש הייעוץ המשפטי לממשלה מהמשטרה להציג את הנוהל המשטרה בנוגע לאותה יכולת של כלי האזנה האמור שהוגדרה חריגה ואת התיקונים שהוטמעו בו. כתוצאה מכך, במשך שנים הפעילה המשטרה כלי טכנולוגי מסוים להאזנת סתר לתקשורת בין מחשבים שהיועמ"שית לממשלה קבעה בדיעבד, ולאחר שהוצגו בפניה מלוא יכולות הכלי, לאחר פרוץ

<sup>9</sup> הנחיית היועמ"ש לממשלה 9.1000 בנושא "היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה", עדכון אחרון מאי 2015.

"פרשת פגסוס", כי יכולות מסוימות שלו חורגות מסמכות המשטרה לפי חוק האזנת סתר ולכן אסור למשטרה להשתמש בו עד לניוון אותן יכולות.

**הטיפול המשפטי של המשטרה בפעולות וכלים טכנולוגיים** - הייעוץ המשפטי של המשטרה נתן אישורים לארבעה כלים טכנולוגיים ולחמש פעולות המבוצעות בתחומי האזנות הסתר ונתוני תקשורת בלא יידוע גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה ובלא שאלו נשענו על חוות דעת מפורטות המנתחות את ההיבטים המשפטיים והטכנולוגיים הגלומים בשימוש בכלים אלו. שני כלים טכנולוגיים ושני מתווי פעולה שאושרו על ידי הייעוץ המשפטי למשטרה בלבד, נמצאו בדיעבד על ידי צוות מררי כחורגים מתחום סמכות המשטרה, זאת לאחר שכבר נעשה בהם שימוש במשך שנים מספר.



**הטיפול של הייעוץ המשפטי לממשלה בפעולות וכלים 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. בחלק מהמקרים שבהם הוצגו בפני גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה כלים טכנולוגיים ומתווי פעולה, ההכרעה בעניינם התעכבה זמן ממושך. להלן הפרטים:



- במהלך השנים לא התקיים בייעוץ המשפטי לממשלה דיון משפטי עקרוני בנוגע לעצם הטמעת כלים אלו בעבודתה של המשטרה.
- נמצאו שני כלים ושלוש פעולות שהוצגו על ידי המשטרה לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה שההכרעה בעניינם התעכבה (בין שנה לחמש שנים), אף שהם נדרשו לעבודת המשטרה.
- במקרה אחד החליט היועמ"ש לממשלה להגביל את השימוש במתווה הפעולה ללא פירוט של הנימוקים העומדים בבסיס החלטה זו.

**הסדרה חקיקתית של השימוש בכלים לביצוע האזנות סתר ושימוש בנתוני תקשורת** - העמדה המשפטית של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה היא כי יש מקרים בהם ראוי להסדיר את השימוש בכמה כלים בתחומים שונים המפורטים בדוח זה באמצעות חקיקה ראשית. חרף זאת, נמצא כי הטיפול בהסדרה החקיקתית לא קודם שנים רבות ממספר סיבות: היעדר דיון מעמיק בקרב גורמי הייעוץ המשפטי למשטרה וגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה בנוגע ליכולות הטכנולוגיות של כלים אלו אל מול הפגיעה בזכויות; היעדר דיון בשאלה אם התשתית החקיקתית הקיימת מאפשרת שימוש באותם כלים; מחלוקת שהתגלעה בין עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה לבין עמדת הדרג המדיני, בין היתר, בנוגע לעבירות שלגביהן תינתן למשטרה סמכות בנושאים אלו. בעניין זה נמצא כי:



- חקיקה בנושא צילום סתר חזותי לא קודמה משנת 2012;
- סמכות המשטרה לבצע חיפוש סמוי לצורך האזנת סתר לא קודמה משנת 2018, המועד שבו ועדת חוקה חוק ומשפט סיימה את דיוניה בנושא;
- חקיקה בנושא איסוף מודיעין וניטור מידע במרשתת לא קודמה ממאי 2021;
- תיקון החקיקה המקיף שנדרש לחוק האזנת סתר לא קודם מינואר 2023;
- תיקון החקיקה הנדרש להסדרת פעולות מסוימות בכלי טכנולוגי לא קודם מאפריל 2023.

אי-ההסדרה החקיקתית הובילה לשתי תוצאות: האחת, שימוש בכלים הפוגעים באופן ניכר ביותר בפרטיות בלי שהוסדרה בחקיקה ראשית הסמכות להשתמש בהם כמתבקש. השנייה, צמצום היכולת של המשטרה למצות את פעולות האכיפה באמצעות כלים אלו לצורך מאבק בפשיעה הגם שלא מן הנמנע שהסדרה חקיקתית לא תאפשר את מיצוי מלוא יכולות הכלים.

**זהות הגורם המאשר כלים להאזנות סתר במשרד המשפטים (פרקליטות המדינה וגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה)** - 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 לאישור האזנת 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. 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 ולביסוסם הראייתי, נדרשת הקפדה כי הליכי התיקוף הראייתי המתבצעים אגב התייעצויות המתקיימות בקשר לתיקים מתנהלים, ייעשו לאחר שמתקבל אישור משפטי לשימוש בכלי.

## עיקרי המלצות הביקורת

כדי שהמשטרה תוכל להשתמש בכלים טכנולוגיים מתקדמים לצורך מאבק בפשיעה, ובכלל זה כלים המגלמים 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 היועמ"ש 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.

נוכח פוטנציאל הפגיעה של כלים אלה בזכויות הפרט, נדרש שהמשטרה תקיים בנוגע להם בחינה משפטית מקדימה באופן מעמיק, מקיף ומפורט שבמסגרתה תינתן הדעת על כל 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.

לאור 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 ותיעודף הטיפול בפניות המשטרה בנושא 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 בעניינן 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.

במקרים שבהם הייעוץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים קבע כי ראוי היה שההסדרה של השימוש בכלים טכנולוגיים חדשניים מסוימים המאפשרים סוגי פגיעה מיוחדים בזכויות הפרט, בדגש על הזכות לפרטיות, תיעשה באמצעות חקיקה, על המשטרה וגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה והמשרד לביטחון לאומי להשלים באופן מהיר ותכליתי את מכלול הפעולות הדרושות לצורך ההסדרה החקיקתית של השימוש בכלים אלו בתחום האכיפה, עד לשלב הצגת טיוטות הצעות החוק לשר הרלוונטי. בעניין זה מוצע כי ייקבעו תזכורות ומעקבים אצל גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה בשיתוף המשרד לביטחון לאומי או השר הממונה (בתיקוני חקיקה הנדרשים לחוק האזנת סתר) לשם השלמת הטיפול בנושא.

## סיכום

ביסודו של פרק זה עומד ליקוי מערכתי ויסודי בהליכי הבחינה והאישור שהתקיימו קודם השימוש בשורה ארוכה של כלים טכנולוגיים ומתווי פעולה בעלי יכולות עוצמתיות ופוטנציאל פגיעה נרחב בזכויות הפרט. הליכי הבחינה המשפטית של הכלים הטכנולוגיים והליכי אישור השימוש שהתקיימו בשנים האחרונות היו לקויים, חסרים ובלתי סדורים. ככלל, לאורך השנים, בחלק מהמקרים המשטרה לא עירבה את הייעוץ המשפטי לממשלה בנוגע לכך. **הטיפול הלקוי בנושא התקיים בשני מישורים:**

**המישור האחד** נוגע למשטרה אשר 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 ובלי לקבל את אישורו של היועמ"ש לממשלה.

בהקשר זה המשטרה 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.

**המישור השני** נוגע לייעוץ המשפטי לממשלה. במהלך השנים עמד בפני הייעוץ המשפטי לממשלה מידע שעלול להעיד כי המשטרה השתמשה בכלים טכנולוגיים שונים. ראוי היה כי הייעוץ המשפטי לממשלה יזום מצידו קיום דיון שבמסגרתו ייבחנו היכולות וההשלכות של השימוש בכלים. פעולה כזו אף עולה בקנה אחד עם הנחיית היועמ"ש לממשלה שקבעה כי בנושאים בעלי רגישות מיוחדת או בעלי השלכות בתחומי העונשין תיעשה פנייה של היועצים המשפטיים לרשויות השלטון לקבלת אישור משפטי מהיועמ"ש לממשלה, מהמשנים לו או מהייעוץ המשפטי לממשלה - מחלקת ייעוץ וחקיקה. יצוין כי דוח צוות מררי קבע גם הוא כי במקרה של שימוש בכלי טכנולוגי נדרש היה להביא את הכלי על כלל מאפייניו לאישור גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה.

לדעת משרד מבקר המדינה על גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לבדוק ביוזמתם את השימוש בכלים טכנולוגיים בכלל ולצורך האזנת סתר בפרט, המצויים בליבת ההליך הפלילי, שיש בהם משום חשש לחריגה מסמכות, ומגלמים פוטנציאל לפגיעה יסודית בזכויות הפרט. זאת לאור קיומה של הנחיית היועמ"ש לממשלה; נוכח אינדיקציות שהיה בהן כדי לעורר שאלות בנוגע לסמכות המשטרה להשתמש באותם כלים; ולאור המעורבות המהותית שיש ליועמ"ש לממשלה, בכובעו כממונה על מערך התביעה, בהליכי פיקוח ובקרה על האזנות סתר ונתוני תקשורת, בהליכי האכיפה בכלל ובליוי חקירות רגישות שבהן נעשה שימוש בכלים הטכנולוגיים בפרט.