

ה' באדר א' התשפ"ב
6 בפברואר, 2022

לכבוד:
מחלקת ייעוץ וחקיקה (חקיקה)
משרד המשפטים

שלום רב,

הנדון: התייחסות לתזכיר חוק-יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי

איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר) ("איגוד האינטרנט")¹, מתכבד להגיש את התייחסותו לתזכיר חוק-יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי, שפורסם להערות הציבור ביום 17.1.2022 ("התזכיר" או "תזכיר חוק-היסוד"). כגוף של החברה האזרחית העוסק, בין היתר, בזכויות אזרח במרחב האינטרנט איגוד האינטרנט מברך על יוזמת שר המשפטים להשלים את מפעל חוקי היסוד וההגנה על זכויות האדם בישראל, ובפרט בנוגע לממשקים שבין הפרט לבין רשויות אכיפת החוק. מטבע הדברים, זויות ההסתכלות ותחום התמחותו של האיגוד הוא בממשקים המתרחשים במרחב הדיגיטלי.

על כן, התייחסות זו אינה מבקשת למצות את כלל הנושאים וההסדרים השונים בתזכיר חוק-היסוד, אלא מתמקדת בסעיף 9 לתזכיר חוק-היסוד – "זכויות בהליכי חקירה" – ומצביעה על הצורך בתיקונים הבאים:

- יש לעגן מפורשות את החובה להגן על הזכויות החוקתיות לפרטיות ולהליך הוגן בהליך חקירה. זאת, בשים לב לכך שנוסחו הנוכחי של סעיף 9(א) מונה מפורשות רק את הזכויות החוקתיות לכבוד האדם ולשלמות הגוף בהקשר של "זכויות בהליכי חקירה".
- אין להגביל את ההגנה החוקתית על זכויות בהליכי חקירה רק ל-"חקירת עבירה" ספציפית כפי שעולה מנוסחו הנוכחי של התזכיר. נדרש לקבוע כי החובה לשמור על זכויות יסוד בהליכי חקירה חלה גם על פעולות משטרתיות של איסוף מידע העשוי לשמש בעתיד לחקירת עבירה (למשל, פעולות חקירה המסווגות כחומר מודיעיני ויצירת מאגרי מידע שאינם חלק מחקירת עבירה ספציפית, כפי נעשה לכאורה במידע שהתקבל מכלי פגסוס של חברת NSO).
- יש לעדכן את תזכיר החוק כך שישפך הגנה ראויה לזכויות בחקירה ובמשפט הפלילי אשר מתקיימים בנוגע לאזרח ללא ידיעתו. מהפכת הרשת והמידע של המאה ה-21 העבירה נפח נכבד מהליכי החקירה למרחב המקוון, בו לרשויות החקירה יש יכולות מעקב וחקירה חסרות תקדים שאינן מחייבות כל אינטראקציה מול נושא החקירה. על רקע זה, התזכיר אינו מספק הגנה ראויה על זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי מקום בו היא נדרשת יותר מכל: שלב החקירה הסמויה. למשל, באמצעות החובה את האזרח כי נעשתה חקירה בעניינו לאחר השלמת שלב איסוף הראיות בחקירה, וגם אם זו נסגרה.

¹ איגוד האינטרנט הישראלי הוא עמותה בלתי תלויה וללא כוונת רווח, המנהלת שתי תשתיות אינטרנט חיוניות בישראל - מרשמי שמות המתחם המדינתיים ("il" ו-"ישראל") והפצת המידע על אודותם ל-DNS, ומחלף האינטרנט הפנים-מדינתי (IIX). האיגוד הוכרז בשנת 2018 כמפעיל "מערכת ממוחשבת חיונית" על פי חוק הסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998 והוא מונחה על ידי מערך הסייבר הלאומי לענייני הגנת הסייבר של מערכת זו. במקביל לפעולתו התשתיתית, פועל האיגוד לקידום ושמירה על עקרונות דמוקרטיים בפעולתה של האינטרנט כתשתית טכנולוגית, מחקרית, חינוכית, תרבותית ועסקית בישראל. למידע נוסף, ראו <https://www.isoc.org.il>.

1. כידוע, בעוד טכנולוגיות המחשבים וכלי החקירה שלהם מתפתחים בקצב מעריכי – החקיקה המרכיבה את דיני המחשבים והסדרי החיפוש והחקירה שלהם בישראל נשארה מאחור. **עיקר הבעייתיות של המצב המשפטי הקיים בנוגע לממשקים שבין הפרט למערכת אכיפת החוק נוגעת להיעדרן של הגנות חקיקתיות או חוקתיות בכל הקשר לתפיסה, חדירה וחיפוש במחשבים ובחומר מחשב (לרבות טלפונים ניידים, מכשירים חכמים אחרים ותקשורת נתונים ביניהם).**

2. בית המשפט העליון הכיר לא אחת בכך שהיקף המידע האישי האצור בטלפונים חכמים הופך את החדירה או החיפוש בהם לאיום חסר תקדים בעוצמתו על זכויות יסוד. ראו למשל דבריו של כב' השופט עמית בעניין דביר עוד בשנת 2015:

"לא תהא זו הפרזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזכרונות משמעותיים מחייו של אדם, לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו היומיומי... **הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי**...²

בעניין פישר משנת 2017:

"מאפיין נוסף של חומר מחשב, לרבות הטלפון הנייד, הוא שניתן לדלות ממנו חומרים אובייקטיביים מזמן אמת... **מדובר בחומר רב שדרכו ניתן ללמוד גם על "סיפור חייו" של המשתמש. למעשה לא מדובר רק בסיפור חיים המשורטט בקווים כלליים, אלא בפרטי הפרטים של חיי היומיום של האדם** – מקומו בבוקר ועד לכתו לישון דרך המקומות בהם שהה, האנשים עימם שוחח ותכני השיחה ("סוד השיח"), רעיונות, הגיגים, תחביבים, חברים, ידידים, מידע אינטימי ומידע עסקי, תחומי עניין וסקרנות (האתרים אליהם גולש המשתמש) ועוד... **היסטוריית הגלישה יכולה לספר לא רק על תחומי העניין של המשתמש אלא גם על הנעשה במוחו. המשתמש עצמו אינו מודע לעיתים לכך שהמחשב או הטלפון הנייד משרטטים את סיפור חייו**...³

וראו גם קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין אוריך הראשון משנת 2019:

"המידע הרב הנאגר במחשבים האישיים ובמכשירי הטלפון הניידים חושף את בעליהם לפגיעה חמורה בפרטיותם כשמכשירם מגיע לידי של אדם אחר. לא אחת מכשירי הטלפון הניידים כוללים תיעוד מדויק של המקומות שבהם שהה בעל המכשיר, התכתבויות אישיות ואינטימיות, ומידע על חבריו ועל טיב הקשר עימם, לצד מידע עסקי רגיש... **השימוש הרווח במכשירי הטלפון הנייד כאמצעי גישה לאינטרנט (מרשתת) פותח צוהר נוסף לעיון בנסתרות ליבו של בעל המכשיר, בעמדותיו הפוליטיות, בתחביביו ובתוכניותיו לעתיד**...⁴

² ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (14.7.2015).

³ בשי"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר (27.8.2017).

⁴ בשי"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל (25.12.2019).

כמו גם קביעותיהם של כב' השופטים אלרון וברון בעניין אוריך השני שניתן בשנת 2021:

"הטלפון הנייד הפך זה מכבר לעולם ומלואו המוחזק בכף היד – ומכאן החשש הכבד מפני חדירה לפרטיות כתוצאה מחיפוש בו..."⁵

"חדירה למחשב או למכשיר הטלפון הנייד החכם של אדם עלולה אפוא לחשוף את נבכי אישיותו ואת פרטי חייו שנשמרים בצנעה ואינם אמורים להיות נגישים לאנשים אחרים... החיפוש במחשבו ובמכשיר הטלפון הנייד החכם שברשותו עשוי לחשוף מידע כמעט אינסופי באשר למעשיו ומחשבותיו על פני תקופה ממושכת. המידע נאגר ונצבר במחשבו מבלי משים, ואף לאחר מחיקת פריט מידע זה או אחר הוא עלול, במקרים מסוימים, להיות זמין ונגיש במסגרת החיפוש. יתירה מזו, החיפוש במחשב ובמכשיר הטלפון חוצה אף מעבר לפגיעה בזכותו האישית לפרטיות של בעליו או של המחזיק בו, וכרוך לרוב גם בפגיעה ניכרת בפרטיותם של צדדים שלישיים."⁶

3. למרות שהפסיקה הישראלית חזרה והכירה בעוצמת הפגיעה הייחודית של חדירה מדינתית לטלפונים ניידים ולמידע האצור בהם, ההקשר החוקתי של הדברים התמקד בזכות לפרטיות. על רקע זה, מתחדדת חשיבותו של חוק-היסוד המוצע כהגנה משלימה והכרחית גם על הזכות החוקתית להליך הוגן בשלב החקירה.

4. אמנם, הערוץ המרכזי בו יש לנקוט לשם להגנה על זכויות יסוד מפני פעולות חדירה וחקירה במחשבים ובחומרי מחשב הוא במישור התת-חוקתי (כלומר, עדכון ההסדרים המעוגנים כיום בפקודת סדר הדין הפלילי, חוק האזנות סתר וחוק הגנת הפרטיות כך שייקבעו הסדרים מהותיים ופרוצדורליים להגנת זכויות האזרח במקרה של חיפושים במחשבים, רשתות תקשורת ומכשירים חכמים).

5. עם זאת, אנו סבורים כי טיפול בבעיותיו של המצב המשפטי הקיים בכל הנוגע להבטחת הליך הוגן וזכויות חוקתיות נוספות אל מול פעילויות חקירה (בפרט בעולמות המחשבים והמידע האישי) מחייב גם מענה ברמה החוקתית, אשר נעדר מנוסחו הנוכחי של תזכיר חוק היסוד. כל שקובע התזכיר לעניין זכויות בהליכי חקירה הוא כי "חקירת עבירה תיעשה בדרך שתבטיח שמירה על כבודו של אדם, על גופו ועל זכויותיו לפי כל דין".

6. על כן, אנו סבורים כי נדרש לעדכן את סעיף 9 לתזכיר חוק היסוד ("זכויות בהליכי חקירה") באופן הבא:

- עיגון מפורש של הזכויות החוקתיות לפרטיות ולהליך הוגן במסגרת סעיף 9(א), אשר בנוסחו הנוכחי מונה מפורשות רק את הזכויות החוקתיות לכבוד האדם ולשלמות הגוף בהקשר של "זכויות בהליכי חקירה".
- תיקון הסעיף כך שזכויות בהליכי חקירה לא יוגלו רק ל-"חקירת עבירה" ספציפית, כך שהוראת הסעיף לפיה חקירות ייעשו באופן שיבטיח שמירה על זכויות תחול גם על פעולות משטרתיות לאיסוף מידע שעשוי לשמש בעתיד לחקירת עבירה (למשל, פעולות חקירה המסווגות כחומר מודיעיני ויצירת מאגרי מידע שאינם חלק מחקירת עבירה ספציפית).

⁵ פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ברון בעניין אוריך השני, שם.

⁶ פסקאות 25-26 לפסק דינו של השופט אלרון בבש"פ 1758/20 אוריך נ' מדינת ישראל (26.1.2021).

- יש לעדכן את תזכיר החוק כך שישפך הגנה ראויה לזכויות בחקירה ומשפט הפלילי אשר מתקיימים כלפי אזרח ללא ידיעתו. ההצדקה הבסיסית להגנה חוקתית ממוקדת על זכויות יסוד של חשודים ונחקרים נובעת מפערי הכוח והיכולות האדירים שבינם לבין רשויות החקירה. זאת, בעידן היסטורי בו הפרת זכויות יסוד של חשודים ונחקרים נעשתה בעיקר "בתוך חדר החקירות" אל מול הפרט. עם זאת, מהפכת הרשת והמידע של המאה ה-21 העבירה נפח נכבד מהליכי החקירה למרחב המקוון, בו לרשויות החקירה יש יכולות מעקב וחקירה חסרות תקדים שאינן מחייבות כל אינטראקציה מול נושא החקירה. על רקע זה, תזכיר החוק בנוסחו הנוכחי אינו מספק הגנה ראויה על זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי מקום בו היא נדרשת יותר מכל: שלב החקירה הסמויה.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה שתידרש. ניתן לפנות אלינו באמצעות הדוא"ל: policy@isoc.org.il

בברכה ובכבוד רב,

עו"ד יורם הכהן
מנכ"ל
איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

ד"ר אסף וינר
סמנכ"ל רגולציה ומדיניות
איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

העתקים:

הוועד המנהל, איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר).