

מדינת ישראל

משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי)

ירושלים: כ"ג טבת תשפ"ב
27 דצמבר 2022

לכבוד
משתתפי הישיבה
DocLegTo

שלום רב,

הנדון: סיכום דיון בנושא חיפוש בענן – ישיבת הכרעות

ביום 12.12.21 התקיימה ישיבה במשרד המשפטים, בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), עו"ד עמית מררי, בנושא שבנדון.

משתתפים: גבי פיסמן- ראש אשכול סמכויות שלטוניות, שמרית וולף, איילת מובשוביץ – (ייעוץ וחקיקה (פלילי)); סדריק צבע, טל ורנר-קלינג, תמיר גור – ייעוץ וחקיקה (מחלקה בינלאומית); חיים ויסמונסקי- מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה; שרית משגב – פרקליטות המדינה; גיל שפירא – סנגוריה ציבורית; גלעד בהט- רמ"ד אח"מ וטכנולוגיות ביועמ"ש, דפנה יפרח- קמ"ד אח"מ וטכנולוגיות ביועמ"ש, גלעד בנט- נציג חטיבת הסייבר, מורן ניסים בייביץ'- יועמ"ש חטיבת סיגנט- סייבר, סהר מיסק, ליאת לב- יועמ"ש, טל ויתקון גאיה פלג, שרון סוויסה – משטרת ישראל; חיים ארביב – רשות התחרות.

הרקע לדיון:

1. הישיבה נקבעה במטרה לבחון האם יש לעגן בחוק החיפוש סמכות חדירה לחומר מחשב האגור בשרתים מרוחקים בחו"ל, וככל שכן, מה הוא המודל המתאים. לצורך

הדיון הוצגו בפני משתתפי הישיבה שלושה מודלים שונים כמצע לדיון בנושא זה, כמפורט להלן בתמצית:

נוסח החוק האוסטרלי – דרישת הסכמה של המדינה הזרה, אלא אם במאמץ סביר אין יכולת לאתר את המדינה הזרה וכן הגבלה לעבירות חמורות מרף מסוים.

נוסח החוק המוצע על ידי המשטרה – דרישה לידוע המדינה הזרה אלא אם יש הסכמה של החשוד, מחשב תפוס/הרשאת גישה, אם מיקום המדינה לא ידוע ולא ניתן לאתרה במאמץ סביר או אם החומר נמצא ביותר ממדינה אחת.

נוסח חוק התואם לנוהל הקיים – דרישה לקיומו של מחשב קצה תפוס, אך אין חובה לעמוד בסטנדרט של הסכמה/ידוע המדינה הזרה.

עיקרי הדיון:

2. לעמדת נציגות ייעוץ וחקיקה (מחלקה פלילית), יש לעגן בחקיקה ראשית, במסגרת חוק החיפוש, את סמכות החיפוש בחומרי מחשב האגורים בחו"ל. זאת מהטעם כי כיום נעשה שימוש בנוהל חיפוש בענן, כאשר השימוש בו צפוי לגבור בעקבות ההתקדמות הטכנולוגית, וכן מהטעם של עקרון השקיפות.

3. הקושי העיקרי בחיפוש בענן נובע מעצם ביצוע פעולה אקסטרה טריטוריאלית. עם זאת, מדובר בפעולה אקסטרה טריטוריאלית שאינה רגילה, שכן חיפוש בענן מתבצע מתוך ישראל ומכוון כלפי חשוד ספציפי ולא כלפי מדינה.

4. קושי משני הוא העיגון בחקיקה שכן לרוב החקיקה אינה מעגנת פעולות מסוג זה. הגם שקיימות מדינות ספורות אשר עיגנו סמכות זו בחקיקה ההנחה היא שכלל המדינות עושות שימוש תדיר באופן חיפוש האמור מבלי שקיים עיגון חוקי.

5. נציגות ייעוץ וחקיקה הציגו את ההבחנות בין המודלים השונים.

האם לעגן את סמכות החיפוש בחומרי מחשב מרוחקים בחו"ל בחקיקה

6. עמדת מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה – אומנם באישור הנוהל הוסכם

שיש לעגן בחקיקה את ההסדר, אך יש לחשוב על כך מחדש, מהטעמים הבאים:

1. ככל שהחיפוש בענן יעוגן, הדבר יגיע לדיון פומבי בכנסת ויעורר שאלות

רגישות על פעולות שיכולות להיתפס כפעולות אקסטרה טריטוריאליות בעיני

מדינות רבות והדבר יכול ליצור פגיעה במישור הבין מדינתי.

2. כמו כן, ככל שיחל הליך חקיקה ובעקבות שיקולים שאינם משפטיים יוחלט

למשוך את החוק, יכולה להתעורר השאלה האם אפשר להמשיך ביישום

הנוהל הקיים.

3. בנוסף, קיים חשש כי חקיקה עלולה ליצור הסדר שלילי ביחס לפעולות כמו

האזנות סתר וחוקים אחרים, או לכל הפחות שמדינות זרות יראו את העיגון

בחוק כיוצר הסדר שלילי.

4. בנוסף, הנוהל הקיים מרחיק לכת יותר מרוב המדינות ברמה ההצהרתית, ולכן

בכל מקרה אין לעגן מודל רחב יותר מהנוהל הקיים. כמו כן, בעיגון הנוהל

הקיים אין תועלת שכן הדבר עלול להזיק ולכן אין הצדקה לעיגון בחוק.

5. בנוסף, קיימת האפשרות כי לא ניתן יהיה להעביר את החוק בעקבות מסרים

מרוסיה ומסין.

7. לאור האמור, יש להישאר עם הנוהל הקיים והתפיסה כי מדובר בחוק פנימי, כאשר

רואים את האחיזה הטריטוריאלית דרך המכשיר שתפוס כדין בישראל. ככל שהצורך

המשטירתי יגבר, ניתן יהיה לחשוב על כך מחדש בהיבט האקסטרה טריטוריאלי. עוד

צוין על ידי מנהל מחלקת הסייבר כי יש צורך לערב את גורמי הקהילה ואת משרד החוץ

בדיונים בנושא.

8. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), ציינה כי גם אם הדבר יגיע לבית המשפט הדברים יהיו שקופים ופומביים, וייתכן כי עדיף להיות שקופים לכתחילה. לעמדת מנהל מחלקת הסייבר דיון בבית המשפט שונה מדיון בכנסת בכך שהוא פחות פומבי ואינו יוצר חשש לפרשנות של הסדר שלילי.

9. ראש אשכול סמכויות שלטוניות ביעוץ וחקיקה (מחלקה פלילית) ציינה כי המניעים של מדינות שונות כגון רוסיה וסין לא צריכים להנחות את משרד המשפטים, אלא הצורך לאפשר לגופי האכיפה בישראל לפעול באופן שגרתי כך שפעילותם לא תהיה חשופה לביקורת שיפוטית.

10. לעמדת נציג המחלקה הבינלאומית ביעוץ וחקיקה צריך להתחשב בעמדת רוסיה וסין, משום שהדבר עלול להביא לעימות משפטי. יש לערב בכך את משרד החוץ ומערך הסייבר הלאומי, שכן הם הגורמים המדינתיים הרלוונטיים. מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה הצטרף לנציג המחלקה הבינלאומית, והוסיף כי כל פעולה שנעגן תשמע כפעולה שאנו מסכימים שתבוצע כלפינו.

11. לעמדת נציג יועמ"ש המשטרה, יש לעגן את הסמכות האמורה בחקיקה משום שאם יעבור חוק חיפוש חדש שאינו מזכיר חיפוש בשרתים מרוחקים הדבר יתפרש כהסדר שלילי. לעמדתו אין צורך להיות פורצי דרך בבחירת המודל הראוי, אך יש צורך במודל שיאפשר לתפקד בצורה סבירה. עם זאת, ציין כי לא ניתן לנתק בין שאלת הצורך בעיגון לבין שאלת המודל שיעוגן, וככל שיוחלט על מודל הדורש הסכמה של המדינה – המשטרה אינה מעוניינת בעיגון בחקיקה ומעדיפה להישאר במצב הקיים.

12. לעמדת מנהל מחלקת חקירות ומודיעין ברשות התחרות, יש נכון יהיה לעגן את הסמכות בחוק החיפוש. על אף הסיכון הקיים בחקיקה, עדיף להגיע עם עמדה מבוססת ומיושמת בשטח. הנוהל הנוכחי שם את המוקד על העניין הטריטוריאלי וצריך להיזהר מכך. לעמדתו יש צורך בדרך פעולה שתבוצע על ידי המשטרה ולא דרך הפרקליטות.

13. לעמדת המשטרה (אשר הוצגה על ידי גלעד בנט) השאלה האם לעגן את הסמכות בחוק תלויה במוכנות משרד המשפטים להרחיב את המתווה הקיים כיום. לעמדת המשטרה, המתווה הקיים אשר דורש מחשב תפוס אינו רלוונטי יותר וכן כי סוגיית הריבונות אינה נפתרת ככל שקיים מחשב תפוס. העמדה לפיה מדובר "במסדרון" שמתחיל אצלנו ונגמר במדינה מרוחקת אינה מדויקת ויש לתת את הדעת לסוג המידע שנחשף. ככל שמדובר במידע רגיש ונפיץ, המדינה בה יושב השרת לא תכיר בסמכות ותטען לפגיעה בריבונות.

14. לעמדת נציג הסגוריה הציבורית, המצב כיום בלתי חוקי, שכן נוהל לא יכול להקנות סמכות שלא קיימת, ולכן קיימת חובה לעגן את הסמכות בחוק. לעמדתו חוק החיפוש מסדיר עשרות פעולות חיפוש, ואם הסמכות לא תוכלל בחוק הדבר יתפרש כהסדר שלילי. עוד ציין כי הנושא נדון בפרשת "טלגרס", ונראה כי בית המשפט מכון לחקיקה בנושא. לעמדתו, הטענה שמדינות אחרות לא הסדירו את הסמכות בחקיקה לא תתקבל בבית המשפט. עוד ציין כי לעמדתו מדובר בפעולה אקסטרה טריטוריאלית ולא ניתן להתייחס לזה אחרת.

15. לעמדת נציג המחלקה הבינלאומית בייעוץ וחקיקה, ככל שיש רצון לעשות פעולה חוץ טריטוריאלית, יש צורך בבהירות של המחוקק. לעמדתו אין תשובה חד משמעית האם מדובר בפעולה אקסטרה טריטוריאלית. עם זאת, ככל שעושים פעולות במחשב ולא רק מסתכלים על המחשב, הפעולה נוטה לכיוון החוץ טריטוריאלית. יחד עם זאת, הדבר לא אומר שהפעולה בהכרח לא אפשרית, שכן יש פעולות חוץ טריטוריאליות המותרות לפי החוק הבינלאומי.

16. לעמדתו, השאלה האם לעגן את הסמכות בחקיקה קשורה לבחירת המודל. ככל שהולכים על קרקע בטוחה – נכון לעגן. ככל שמעוניינים לעגן מודל פורץ דרך – ככל שהוא שנוי במחלוקת ייתכן כי המודל יהיה מנוגד לדין הבינלאומי ולכן לא בהכרח נרצה לעגנו בחקיקה. לעמדתו מדובר בשאלת מדיניות וכי יש לנקוט בגישה מאוזנת בהקשר זה. גם אם ייבחר המודל האוסטרלי יהיה צורך לבחון אותו לעומקו תוך הבנה של הסיכונים הקיימים כיום ביחס להסדר זה באוסטרליה.

17. לעמדת נציגת המחלקה הבינלאומית, מכיוון שאנו מצויים בתחום אפור במשפט הבינלאומי, מדובר בהזדמנות של מדינת ישראל להשפיע על היווצרות המשפט הבינלאומי. עם זאת, לא צריך להיות קיצוניים ולעמדתה יש לשקול את המודל האוסטרלי/הולנדי. בהקשר זה ציינה כי ישנה חשיבות כי ההחלטה תתקבל על בסיס חוקי ושיח ציבורי שהתנהל בצורה דמוקרטית. למרות האמור, הוסיפה כי ברמה המעשית למצב עמום יש יתרון.

בחירת מודל

18. נציג יועמ"ש המשטרה הציג את מודל המשטרה. בנוסח שהוצע על ידי המשטרה מוצע כי הגורם המבצע את החדירה יידע את המדינה בה נמצא חומר החשב, אלא אם מתקיים תנאי אחד מבין שלושה:

(1) **קיימת הסכמה של בעל הרשאת הגישה** – סעיף זה מאפשר חדירה משום

שהמשטרה באה בנעלי הנחפש ולשיטת המשטרה אינו מעורר קושי.

(2) **החדירה מבוצעת כשלעורך החיפוש יש מכשיר תפוס ממנו קיימת גישה**

כדין לחומר המחשב, או שיש בידיו הרשאת גישה – הסעיף כולל 2

אפשרויות: מחשב תפוס שבהתקיימו ניתן לבוא בנעליו של הנחפש (כפי שיש בנולה הקיים כיום), או "הרשאת גישה". לעמדת המשטרה הרשאת גישה היא "המחשב התפוס של היום". המשמעות של מחשב פיזי תפוס פחתה משמעותית משהייתה לפני 5-10 שנים. כיום אחסון מידע לא מתחבר למחשב ספציפי אחד, ואדם אינו זקוק למחשב משל עצמו אלא יכול להיכנס למידע ממקומות וממחשבים שונים.

לשאלת ייעוץ וחקיקה הובהר על ידי המשטרה כי "הרשאת גישה" כוללת כניסה גם לא באמצעות סיסמה אלא כניסה באמצעות חולשה. משום כך לעמדת המשטרה, הנוסח האוסטרלי עדיף בהקשר הזה משום שהוא שותק לגבי דרך הכניסה למחשב. עם זאת, המשטרה מתנגדת לחלק של ההסכמה בנוסח האוסטרלי, ומבקשת להוסיף את הרשאת גישה שתייתר את הצורך בהסכמה.

(3) **מבצע החדירה נמצא בישראל, וזהות המדינה בה נמצא החומר לא ניתנת**

לאיתור במאמץ סביר או שהחומר נמצא ביותר ממדינה אחת

עמוד 6 מתוך 8

19. לעמדת נציג המחלקה הבינלאומית ביעוץ וחקיקה, כאשר מיקום השרת אינו ידוע ניתן לטעון שאין מדינה ריבונות ולכן אין פגיעה בריבונות. לדידו אין המדובר באמירה חד משמעית, אך יש לה מקום בספרות.

20. נציג המשטרה ציין כי באירועי "פשינג" דרך הודעות SMS אין דרך לדעת היכן המידע ואין מחשב תפוס. במצבים אלו המשטרה פורצת למחשב מבלי לדעת למי הוא שייך, כך שיתכן מצב בו מדובר במחשב של אזרח אירופאי שפושעים פרצו והתלבשו על מחשבו ללא ידיעתו. לפעמים לאחר הפריצה ניתן לגלות את המיקום, ואז ניתן לפנות למדינה וליידע אותה. בנוסף, הדבר נעשה רק במצב של עבירות חמורות, ולא לשם פגיעה בפרטיות, ובשל כך הפעולה סבירה. עוד הוסיף נציג המשטרה כי לעמדתו חשוב שהחקיקה תתייחס למנגנוני פיקוח ובקרה.

21. נציג המחלקה הבינלאומית הוסיף כי בהקשר השיח מה הוא "מאמץ הסביר" ליידוע המדינה, קיים מאמר של חוקרת אמריקאית המציע לצאת מהקונסטרוקציה של פגיעה בריבונות הקשורה למקום השרת. השרת משרת אינטרס של החברה, ולא של המדינה. החוקרת מציעה מבחן זיקה של אינטרס. קרי, לאיזו עוד מדינות יש אינטרס ביחס לחיפוש האמור.

22. מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה חידד כי גם בחברות הגדולות ביותר יש שרתים שמיקום אינו ידוע. כך בסעיף 3(ג) למודל המשטרתי למעשה מאפשרת פריצה לכל האתרים הגדולים ביותר כדוגמת "גוגל". בנוסף, מנהל מחלקת הסייבר הביע את עמדתו כי הוא מתנגד למודל של "מאמץ סביר" משום שיש אפליקציות שמטרתן להסוות את המיקום והן אף מצהירות על כך שהן אנטי משטרה מתוך מודל עסקי. כמו כן, לעמדתו קיים קושי רב בפעולות פיצוח בהיבט הבינלאומי. יחד עם זאת, כאשר מדובר בחומר שפתוח לכלל הציבור, יש הסכמת נחפש או יידוע והסכמת המידע – הדבר אפשרי. כמו כן הביע מנהל מחלקת הסייבר את עמדתו כי הינו מתנגד לאמירה שקיים שינוי טכנולוגי בשנים האחרונות בנוגע לאופן אחסון המידע.

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), עו"ד עמית מררי סיכמה:

23. הדיון טרם מוצה ולכן לא התקבלו החלטות סופיות. עם זאת, נראה כי יש לעגן את סמכות החדירה לחומר מחשב מרוחק בחקיקה. העדר הכנסת הסמכות לחוק עלולה להשמיע הסדר שלילי. כמו כן, ככל שעוסקים בחוק חיפוש חדש, בעייתי לומר שאנו לא בשלב של בשלות ושמדינות אחרות גם פועלות ללא הסדרה. כמו כן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) סבורה כי יש להישאר בספרה הטריטוריאלית.

24. משום שלנסיגה מהפצת תזכיר יש משמעויות, יש לערוך את הבדיקות עוד בטרם הפצתו. כמו כן, נדרשת השלמה ממערך הסייבר וממשרד החוץ, ויש לזמנם לישיבות הבאות.

בברכה,

איילת מובשוביץ, מתמחה