

מדינת ישראל

משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי)

ירושלים: א' סיוון תשע"ט

04 יוני 2019

סימוכין: 803-99-2019-039357

לכבוד

משתתפי הישיבה

שלום רב,

הנדון: סיכום דיון - חיפוש בשרתים מרוחקים



תעד תווך - הרידח doc הרידחל עגונב....pdf קחורמ סתרשב.doc
א. בשחמ רמוחל. doc הרידחל עגונב....pdf קחורמ סתרשב.doc
שופיח ויד סוכיס רבדב סינכדע

בתאריך 5.12.19, התקיימה ישיבה בנושא הנדון בראשות גבי פיסמן, מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) במשרד המשפטים.

בישיבה השתתפו: איה גורצקי (ייעוץ משפטי, מדור אח"מ, משטרה), טל ויתקון (יועמ"ש סייבר, משטרה), דפנה יפרח (יועמ"ש חטיבת סיגנט, משטרה), נריה מאור (ייעוץ משפטי, חטיבת הסיגנט, משטרה), גלעד בהט (רמ"ט חקירות, משטרה), נורית ענבל, סדריק צבע (ייעוץ וחקיקה (משפט בינלאומי)), קרן דהרי (ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מנהלי)), אפי טפליץ וטל סירקוביצי (ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי)).

הרקע לדיון:

במסגרת קידום הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, תפיסה וחיפוש) (להלן: **הצעת חוק החיפוש**) התעוררה השאלה האם וכיצד יש לעגן בחקיקה את סמכות המשטרה לבצע חדירה לחומר מחשב האגור בשרת מרוחק הנמצא מחוץ לגבולות ישראל. זאת בשם לב לנוהל המשטרה לחיפוש בענן הממתין לדיון אצל היועץ המשפטי לממשלה.

בהמשך לישיבה שהתקיימה בתאריך 11.11.19 בה הוצגה סקירה נרחבת של המשטרה לעניין מושגי היסוד הנוגעים לשרתים מרוחקים וכן הוצגה עמדתם הראשונית בנושא, בדיון זה הוצג המצב המשפטי בהיבט המשפט הבינלאומי.

להלן עיקרי הדיון:

גבולות המשפט הבינלאומי

1. נקודת הפתיחה לדיון היא פס"ד משנת 1927 בעניין לוטוס,¹ השאלה שעמדה במרכז הפרשה היא האם למדינה מסוימת קיימת סמכות העמדה לדין פלילי של אזרחים ממדינה אחרת. בפס"ד נקבע כי ריבונות מאפשרת לאכוף חקיקה פנימית של מדינה גם מחוץ לגבולותיה, כל עוד הדבר לא נאסר בנורמה בינלאומית אחרת. כלומר, לא ניתן להניח כי קיימת מגבלה על עצמאותה של מדינה אלא אם כן קיים כלל מפורש המסדיר זאת, שעליהן המדינות הסכימו. אך מצד שני אכיפה של מדינה בשטחה של מדינה אחרת דורש את הסכמתה של האחרונה.

באשר לסוגיית החיפוש בשרתים מרוחקים, השאלה המתבקשת היא האם פעולת חיפוש מסוג זה עשויה להיחשב כפעולה בשטחה של מדינה אחרת. לכאורה, מובן כי לא ניתן להחיל את הכלל שנקבע בפס"ד לוטוס במובנו הקלאסי לעניין גישה למידע המאוחסן בשרתים מרוחקים והאתגר הוא למצוא את הדרך ליישם את הכלל שנקבע לתוך המציאות הטכנולוגית החדשה. למעלה מכך בהקשר זה יכולה לעלות השאלה האם מלכתחילה פסק הדין רלוונטי לסוגיה הנדונה.

2. נציגי ייעוץ וחקיקה (משפט בינלאומי) הבהירו כי המצב המשפטי הבינלאומי והשאלה באשר לסמכות החוץ טריטוריאלית הוא אפור, לא קיימות תשובות חד משמעיות, שכן מדובר בדין שעדיין נמצא בהתהוות. לעניין השאלה האם ובאילו מקרים אכן מדובר באכיפה אקסטרטוריאלית, ניתן לראות ספקטרום רחב של גישות במדינות השונות, ביניהן כאלו שעדיין נותנות משקל לסוגיית האקסטרטוריאליות ולכלל שנקבע בפס"ד לוטוס, ומן העבר השני מדינות שלא רואות עצמן מוגבלות בהקשר זה (גם אם לא מדובר במדינות מוצהרות ומפורשת).

3. הוער כי כעת יש ניסיון במסגרת גיבוש הפרוטוקול לאמנת בודפשט² להסדיר את הנושא, אך הדבר לא יוביל בהכרח לנורמה בינלאומית משום שיש מדינות שפועלות גם שלא על פיו, וכן משום שלא כל המדינות הן צד לאמנה.

4. לעניין הפרקטיקה הנוהגת כיום, ניתן ללמוד ממספר מדינות:

בארה"ב החוק קובע כי כל עוד לא ידוע היכן השרת בו מאוחסן חומר המחשב ממוקם, ניתן לבצע חדירה אל הענן או השרתים המרוחקים.

אוסטרליה העבירה לאחרונה תיקון חקיקה המתייחס לחדירה לחומר מחשב האגור מחוץ לגבולות המדינה.³ החוק קובע כי לא ניתן לתת צו חדירה לחומר מחשב האגור בחו"ל ללא הסכמת המדינה בה הוא אגור. ואולם במקרים בהם לא ניתן לגלות במאמץ סביר את המיקום של

¹ (S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7

² אמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב (Council of Europe Convention on Cybercrime, Budapest 2019) section 43A of the Surveillance Devices Act ³

חומר המחשב, ועורך החיפוש נמצא בתוך גבולות אוסטרליה – ניתן לבצע חיפוש כאמור. כמו כן, הסמכות מוגבלת לעבירות מסוג פשע.

נציגי המשטרה ציינו כי פרקטיקה דומה קיימת בסינגפור. כמו כן, הוער כי בפרקטיקה הנוהגת בנורבגיה קיימת הבחנה בין חזירה לצורך איתור מיקום השרת לבין חזירה לצורך גישה אל התוכן.

לעומת זאת, משיחות עם גורמים רלוונטיים בברזיל נראה כי הפרקטיקה הנוהגת לא מחייבת רף מסוים לפעולה וכי החזירה והחיפוש מרחוק נעשים ללא כל התייחסות לשאלת הסמכות החוץ טריטוריאלית ופגיעה אפשרית בריבונות המדינות בהן נמצאים השרתים.

נציגי מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט בינלאומי) הוסיפו כי קיימת טיוטת חקיקה של האיחוד האירופי אשר מנסה לקבוע מבחן המבוסס על מושא החקירה, המבחן קובע כי כל עוד קיימת למדינה סמכות על החשוד אז קיימת לה גם סמכות על המידע שלו.

5. בשנים האחרונות קיימת כתיבה בנושא המנסה להגדיר מבחנים שונים שיתוו את דרכי הפעולה תוך התייחסות לסוגיית הסמכות החוץ טריטוריאלית. כך למשל נכתב במדריך טאלין לסייבר⁴ כי המבחן הראוי הוא נגישות המידע. במאמרה של ג'ניפר דסקל⁵ היא קובעת מבחן של זיקה טריטוריאלית, לפיו אין רלוונטיות למיקום השרתים אלא רק למיקומו של מושא החקירה, מבחן זה שוקל בעיקר את האינטרס הלגיטימי של המדינות לבצע פעולות אכיפה. כאמור לעיל, עדיין לא קיים מבחן אחד ברור לסוגיה מושא ענייננו.

6. הוער על ידי נציגי ייעוץ וחקיקה (משפט בינלאומי) כי בשלב זה טרם ניתן לתחום את גבולות המשפט הבינלאומי לעניין הסדרה של חזירה לחומר מחשב האגור בשרת מחוץ לגבולות ישראל. מדובר בתחום שהוא עדיין בהתהוות, וכאמור לעיל יש פרקטיקות שונות אשר מבטאות את תפיסתן השונה של המדינות את גבולות המשפט הבינלאומי.

הסדרה בהצעת חוק החיפוש

7. בישיבה הובהר כי נדרש להסדיר את הסמכות באופן מפורש בהצעת חוק החיפוש. בשונה מפקודת סדר הדין הפלילי, הצעת חוק החיפוש קובעת הסדרים מאד מפורטים לעניין חיפוש במחשב, על כן לא ניתן יהיה לפרש את חוק החיפוש במעניק סמכות כאמור ללא הסדרה מפורשת. בנוסף לכך, נציגי מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט בינלאומי) ציינו כי קיים כלל במשפט הבינלאומי הקובע כי חקיקה חלה בצורה טריטוריאלית בלבד, מכאן שהסמכויות המעוגנות בחוק אף הן טריטוריאליות. על מנת להתייחס לחקיקה גם כחלה באופן חוץ טריטוריאלי יש לקבוע זאת במפורש שכן אחר יש אפשרות שהחוק יפורש כחל בצורה טריטוריאלית בלבד.

⁴ Tallinn manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations
⁵ Borders and Bites, Jennifer Daskal

נוכח האמור לעיל ותוך שימת דגש על העובדה כי המצב במשפט הבינלאומי עוד מתגבש, הוסכם על ידי כלל המשתתפים כי יש להסדיר את הנושא בחקיקה ראשית, אולם מובן כי יש לבחון מהי מידת הרזולוציה המתאימה לפירוט הסמכות בחקיקה. קידום חקיקה בנושא יאפשר להוביל מתווה חלוצי בעולם וכן ישדר לעולם כי קיימת שקיפות מלאה בעניין הזה ואף יחדד מה רשויות האכיפה בישראל לא עושות.

סוגיות רלוונטיות לקביעת ההסדר שיש להמשיך לדון בהן:

8. **חדירה לצורך איתור מיקום השרת אל מול חדירה להשגת המידע המאוחסן בשרתים** – צוין כי הגישה המחמירה אומרת כי חדירה תבצע רק למטרת גילוי מיקום של השרת וכשיש צורך בהשגת ראיות אז נדרש להגיש בקשה למדינה בה השרת ממוקם לסיוע משפטי. מידת הפגיעה בפרטיות במסגרת חדירה לצורך איתור מיקום השרת בלבד פחותה מאשר חדירה לצורך השגת התוכן ולכן דומה כי יש לתת לה יותר לגיטימציה. כמו כן ניתן לטעון כי חדירה שמטרתה איתור מיקום השרת בלבד לא עולה כדי פגיעה בריבונות.
 9. **חדירה לצורך העתקה אל מול חדירה שיש בה כדי לשנות את חומר המחשב** – יש לבחון האם הבחנה זו רלוונטית בעת קביעת ההסדר.
 10. **יידוע המדינה בה אגור חומר המחשב** – יש לבחון האם יש לקבוע חובת יידוע למדינה הזרה. בהקשר זה האם יש לעגן חובת יידוע וכן תנאי הדורש את הסכמתה של המדינה; יידוע בלבד; יידוע מראש או בדיעבד; או לחלופין שיידוע המדינה הזרה לא נדרש כלל.
 11. **שאלת הסיכון והגנה על החוקר** – הועלתה הטענה כי יש להתייחס גם למידת החשיפה והסיכון של החוקר המסוים לכללי הדין הבינלאומי, והעמדתו לדין בעת הפעלת סמכויות. לעניין זה הוער כי קודם יש להסדיר את השאלה המשפטית, לקבוע את הסמכות ואת גבולותיה ולאחר מכן ניתן יהיה לדון בסוגיית ניהול הסיכונים כחלק ממדיניות האכיפה.
 12. **בשולי הדברים יצוין כי במהלך הישיבה הועלו סוגיות שקשורות לסמכות למתן צו המצאה לחברה הממוקמת מחוץ לישראל, אך הוחלט שבשלב זה יש להתמקד רק בחדירה לחומר מחשב.**
- סוכם כי יש לקדם את הסדרת הסוגיה בהצעת חוק החיפוש, לשם כך על המשטרה למפות את כל התרחישים האפשריים ואת הצרכים שלה על מנת שנוכל לדון בהם בדיון הבא.**

סיכמה: טל סירקוביצי, מתמחה

אשכול סמכויות שלטוניות