



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3809/08

בג"ץ 9995/08

לפני :

כבוד הנשיאה (בדימ') ד' ביניש  
כבוד הנשיא א' גרוניס  
כבוד המשנה לנשיא א' ריבלין  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ח' מלצר

העותרת בבג"ץ 3809/08 : האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרת בבג"ץ 9995/08 : לשכת עורכי הדין בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 3809/08 :

1. משטרת ישראל
2. המשטרה הצבאית החוקרת
3. המחלקה לחקירת שוטרים במשרד המשפטים
4. רשות ניירות ערך
5. רשות ההגבלים העסקיים
6. רשות המסים בישראל
7. שר המשפטים
8. הכנסת
9. בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ
10. פלאפון תקשורת בע"מ
11. סלקום ישראל בע"מ
12. פרטנר תקשורת בע"מ
13. מירס תקשורת בע"מ
14. הוט טלקום שותפות מוגבלת
15. נטוויזין 013 ברק בע"מ
16. 012 סמייל לתקשורת בע"מ
17. בזק בינלאומי בע"מ

המשיבים בבג"ץ 9995/08 :

1. שר המשפטים
2. משטרת ישראל
3. משטרה צבאית חוקרת
4. היחידה לחקירות פנים של חיל המשטרה הצבאית בצה"ל
5. רשות ניירות ערך
6. רשות ההגבלים העסקיים

7. רשות המיסים בישראל

8. הכנסת

ידיד בית המשפט

בבג"ץ: 3809/08

מועצת העיתונות

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבות: כ"ח בשבט התשס"ט (22.2.2009)  
כ"ג בחשוון התש"ע (10.11.2009)

בשם העותרת בבג"ץ 3809/08 : עו"ד דורי ספיבק

בשם העותרת בבג"ץ 9995/08 : עו"ד דן חי ; עו"ד קובי שדה

בשם המשיבים 7-1 בבג"ץ 3809/08 ובבג"ץ 9995/08 : עו"ד דנה בריסקמן

בשם המשיבה 8 בבג"ץ 3809/08 ובבג"ץ 9995/08 : עו"ד רוקסנה שרמן-למדן

בשם המשיבה 10 בבג"ץ 3809/08 : עו"ד גיא פלנטר ; עו"ד אבינש טסמה

בשם המשיבה 11 בבג"ץ 3809/08 : עו"ד יונתן חמו ; עו"ד אשר דוגה

בשם המשיבה 12 בבג"ץ 3809/08 : עו"ד אמיר ונג

בשם המשיבים 9, ו-13-17 בבג"ץ 3809/08 : אין התייצבות

בשם מועצת העיתונות (ידיד בית המשפט): עו"ד ארנה לין ; עו"ד ורד כינר

## פסק-דין

הנשיאה (בדימ') ד' ביניש:

עניינן של העתירות שלפנינו, שהדיון בהן אוחד, בחוקתיות חלק מן ההסדרים שנקבעו במסגרת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח - 2007, שפורסם ברשומות ביום 27.12.2007 ונכנס לתוקף ביום 27.6.2008 (להלן: חוק נתוני תקשורת או החוק), המאפשר לרשויות החקירה בישראל לקבל לרשותן נתוני

תקשורת של כלל מנויי בזק, כפי הגדרתם בחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת).

### בללי

1. נהוג לומר כי אנו חיים היום במה שמכונה "עידן המידע". עידן בו המציאות הטכנולוגית המתקדמת מאפשרת העברה מיידית של נתונים בהיקפים גדולים ביחס לעולם הסובב אותנו. מידע בלתי פוסק זורם באמצעי התקשורת השונים - ובעיקרם רשת האינטרנט והתקשורת הסלולרית השלובה בה - תוך מתן מענה מהיר למכלול סוגיות המעסיקות אותנו בחיינו. הציבור כולו נוטל חלק פעיל ואינטנסיבי בשטף המידע, ומזרים לשוק המידע נתונים המשפיעים על רבדים שונים במארג חיינו.

כידוע לכל, העידן הטכנולוגי לא עצר התפתחותו אך ביצירת תשתית להעברת מידע בלתי פוסק, ובמהלך השנים נוצרו גם טכנולוגיות מודרניות המאפשרות לאסוף את המידע הזורם בעולם הווירטואלי, לעבדו ולנתחו בהתאם לצרכים השונים של בעלי היכולת לעשות כן. השילוב בין יכולת העברת המידע במהירות והיכולת לאוספו העניקה לגורמים שונים - החל מרשויות המדינה, דרך תאגידים פרטיים וכלה בארגוני פשיעה - מגוון רחב של כלים ואפשרויות פעולה שלא היו בידיהם בעבר.

זהו אף הרקע לחקיקת חוק נתוני תקשורת נשוא העתירות, שבא לעולם בניסיון להסדיר את אופן הפעלת סמכויות רשויות המדינה השונות בקבלת נתוני תקשורת של תושבי ישראל לצורך ביצוע התפקידים הציבוריים המוטלים עליהן, כמו גם להסדיר את האופן בו ישמרו נתונים אלה בידי הרשויות. עניין זה רלוונטי במיוחד לצורך אכיפת החוק בידי גורמי האכיפה לשם מילוי תפקידם, ומחייב איזון בין תכלית האכיפה לפגיעה בחירות הפרט.

2. חוק נתוני תקשורת קובע הסדרים, שיפורטו להלן, המאפשרים לרשויות חקירה – משטרת ישראל, משטרה צבאית חוקרת, היחידה לחקירות פנים של חיל המשטרה הצבאית, המחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים, הרשות לניירות ערך, רשות ההגבלים העסקיים ורשות המיסים בישראל – לקבל לרשותן נתוני תקשורת של כלל מנויי בזק. מנויי בזק, על פי החוק, הוא כל מי שמקבל שירות בזק - המוגדר בחוק התקשורת כ"שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות". כפי שעולה מהגדרה זו, מנויי בזק הוא כל מי שעושה שימוש בטלפון, טלפון נייד או

מחשב, לשם העברת מסרים מכל הסוגים (שיחות, מסרונים, דואר אלקטרוני, וכדומה). משמעות הדברים הינה כי החוק מאפשר קבלת נתוני תקשורת מכל חברות התקשורת - חברות הסלולר, הטלפוניה הקווית וספקי האינטרנט השונים. נתוני התקשורת הנדונים בחוק כוללים נתוני מנוי, הכוללים פרטים מזהים של המנוי, פרטי אמצעי התשלום שלו על השירות, הכתובת שבה הותקן מתקן הבזק בו הוא משתמש ועוד; נתוני מיקום, הכוללים איכון של ציוד הקצה הנמצא ברשותו של המנוי; ונתוני תעבורה, הכוללים פרטים לגבי סוג המסר המועבר, משכו והיקפו, נתונים מזהים של המנוי שהוא מקור המסר וכן של המנוי שהוא יעדו, מועד שידור המסר ועוד. החוק מבהיר כי קבלת נתונים אלה אינה כוללת את קבלת תוכנם של המסרים המועברים. האפשרות לקבלת תוכנם של מסרי התקשורת מוגבלת, ומוסדרת באמצעות חוק האזנת סתר, התשל"ט - 1979 (להלן: חוק האזנת סתר), שאינו עומד לביקורתנו החוקתית.

בתמצית ניתן לומר כי החוק שלפנינו מסדיר שלושה היבטים מרכזיים. הראשון, עניינו בהענקת סמכות לרשויות הרלוונטיות לפנות לבית המשפט במעמד צד אחד לשם קבלת צו שיתיר את קבלת נתוני התקשורת. השני, מתן היתר מינהלי, בלא פנייה לבית המשפט, לקבלת נתוני תקשורת במקרים המפורטים בחוק. השלישי, הקמת מאגר נתונים במשטרת ישראל שיכלול מספר נתונים כפי שנקבעו בחוק.

3. נגד החוק הוגשו שתי עתירות, שעניינן דומה, ואשר מיקדו את מבטן לטענות הנוגעות לשלושה הסדרים אלה (להלן: העתירות). ביום 28.4.2008 הוגשה עתירה מטעם האגודה לזכויות האזרח, הגורסת, בקליפת אגוז, כי ההסדרים שייסד החוק להשגת נתוני התקשורת פוגעים בזכות לפרטיות באופן שאינו מידתי, ולפיכך החוק כפי שהוא אינו חוקתי. ביום 26.11.2008 הוגשה עתירה על ידי לשכת עורכי הדין, שעתירתה, בקליפת אגוז, היא לצמצם את תחולת החוק בנוגע לבעלי חסיונות (להלן: בעלי מקצוע), כגון עורכי דין ולקוחותיהם וכן להגביל את היכולת להשתמש במידע שייאסף מכוח החוק כראיות במסגרת הליכים בבתי המשפט. בשלב מאוחר יותר הצטרפה לעתירה הראשונה, במעמד של "ידיד בית משפט", מועצת העיתונות, שביקשה לשים דגש על הפגיעה הצפויה מיישום החוק בעיתונאים ובעבודתם, משום האפשרות המגולמת בחלק מההסדרים הקבועים בחוק לחשיפת מקורות עיתונאיים. בהסכמת המדינה, שניתנה בעל-פה במהלך הדיון בפנינו ביום 22.2.2009, התקיים הדיון בעתירות אלה כאילו ניתן בהן צו על תנאי.

4. טענות העותרות בעתירות שלפנינו נטועות בשדה המשפט החוקתי, ועל בסיסן מתבקש ביטול החוק. לפיכך, נבחן טענותיהן בהתאם להליך הבחינה החוקתית המקובל בפסיקתנו; בשלב ראשון נבחן האם אמנם פוגע החוק בזכות חוקתית מוגנת. בשלב השני נבחן האם עומד החוק בדרישות פסקת ההגבלה - האם הוא לתכלית ראויה והאם הוא עומד במבחני המידתיות המקובלים בפסיקתנו. בהיבט אחרון זה נמקד את הדיון בשלושת ההסדרים העיקריים המרכיבים את החוק ואשר עיקר טענות העותרים הופנו כלפיהם. לצד זאת, נבחן אף האם החוק בכללותו, בשים לב למכלול ההסדרים הכלולים בו, עומד במבחני המידתיות. לאחר כל זאת ניתן דעתנו למספר טענות נוספות שמעלות העותרות.

האם החוק פוגע בזכות אדם מוגנת?

#### הזכות לפרטיות בעידן המידע

5. טענתן המרכזית של העותרות הינה כי חוק נתוני תקשורת פוגע בזכות החוקתית לפרטיות. הזכות לפרטיות מעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו "פרטיות וצנעת הפרט", ואשר קובע כי:

- "(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.  
 (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.  
 (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.  
 (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו."

דומה כי נוכח לשונו הבהירה והמפורשת של חוק היסוד, אין אנו נדרשים לצורכי העתירות שלפנינו להעמיק בפסיקה הענפה שהצטרפה לאמירות מפורשות אלה, ודי לנו כי נסתפק בהגדרה הקלאסית של הזכות לפרטיות, כפי שעוצבה על-ידי וורן וברנדייס עוד בשנת 1890, "זכותו של אדם להיותו לנפשו" (The right to be let alone) S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (alone (1890)). כפי שנקבע בעבר, הזכות לפרטיות "משרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח ה"אני" שלו, בלא מעורבות הזולת" (וראו בג"ץ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח(2) 456, 471 (1994) (וההפניות שם), וככזו ראויה היא להגנה חוקתית.

עם זאת, במציאות הנוכחית נתקשה לדון בזכות לפרטיות, מבלי לתת משקל למורכבות הכרוכה בהגנה עליה בעידן המודרני, נוכח האתגרים שמציבה המציאות הטכנולוגית המודרנית בהגנה הראויה על הזכות (וראו, מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין המשפט לטכנולוגיה, עמ' 35-36, 44-55, 57-88 (תשע"א) (להלן: בירנהק), DAVID BRIN, THE TRANSPARENT SOCIETY – WILL TECHNOLOGY FORCE US (TO CHOOSE BETWEEN PRIVACY AND FREEDOM? 3-26 (1998)).

מן הצד האחד, נראה ברור לכל כי האמצעים הטכנולוגיים המודרניים נותנים בידי בעלי הגישה אליהם – בין אם המדינה ובין אם אנשים פרטיים – כלים רבים ומתוחכמים יותר לחדור למחוזות פרטיות של אדם שנחשבו בעבר כמעט בלתי נגישים; אמצעי מעקב וזיהוי, שיטות חיפוש ממוחשבות ואיסוף נתונים מסודר במאגרים אלקטרוניים. מן העבר השני, ובמקביל, מעניקה הטכנולוגיה גם כלים המאפשרים הגנה גדולה יותר על הפרטיות, תוך אפשרות לטשטוש הזהות במרחב הוירטואלי וביצוע פעולות בעולם שבעבר חייבו חשיפה מלאה; מאינטראקציות כלכליות ועד יצירת קשרים בינ-אישיים וירטואליים. מורכבות זו משמיעה לנו יחס אמביוולנטי כלפי אימוצן של הטכנולוגיות האמורות ומקומן בהגנה על הזכות החוקתית לפרטיות. זאת ועוד, אין זה נדיר לשמוע היום טענות לפיהן ניתן לראות בהתנהלותם של פרטים בעידן המידע ויתור משתמע מטעמם על זכותם לפרטיות. זאת, נוכח בחירה מודעת לכאורה של פרטים בחברה לניהול אינטראקציות חברתיות, פוליטיות וכלכליות על-פני רשת האינטרנט והתקשורת הסלולרית, תוך ידיעה ברורה באשר לפוטנציאל חשיפתו של מידע זה (להרחבה ראו גם בירנהק, עמ' 267). יצוין, כי אך לאחרונה התעוררה סוגיית משמעותו של ויתור משתמע זה בפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי שניתן ביום 23.1.2012 (*United States v. Jones*), להלן: עניין *Jones*. ניתן לצפייה באתר האינטרנט של בית המשפט העליון האמריקאי בכתובת <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf>. מכלול היבטים אלה מלמדים אותנו על המורכבות שבהצבת איזונים חוקתיים ותחימת גבולותיה של הזכות לפרטיות בעידן הנוכחי, מורכבות שעמדה לנגד עינינו במסגרת הכרעתנו בעתירות.

המורכבות שבהצבת הגבולות להגנה על הפרטיות באה לידי ביטוי מיוחד על רקע ה"חשש מפני כוחה העודף של המדינה, שתרכז בידה מידע רב לגבי אזרחים ותושבים ותעשה שימוש לרעה באותו מידע" (השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, 856 (2004)), חשש אשר הולך וגובר ככל שבידי השלטון אמצעים מתוחכמים יותר המאפשרים

פגיעה רבה יותר בזכות. מן העבר השני, ברור גם כי הטכנולוגיה המודרנית הינה כלי חשוב והכרחי בידי השלטון, המסייע לו באופן משמעותי בביצוע תפקידיו. למעשה, מניעת הרשויות מלעשות שימוש מאוזן וסביר בכלים הטכנולוגיים העומדים לרשותן עלולה לפגוע בצורה משמעותית ביכולתן לבצע את חובתן באכיפת החוק. זאת, נוכח העובדה כי הקידמה הטכנולוגית והכלים שהיא מאפשרת אינם מצויים רק בידי הרשויות, אלא נעשה בהם שימוש נרחב על-ידי קבוצות עברייניות, קטנות כגדולות, אשר הפנימו לפני זמן רב כי היתרונות הטמונים בהם מקדמים היטב את מטרותיהן (ראו עוד בירנהק, עמ' 175-176). בקרב טכנולוגי זה, שאנו מצויים עדיין בעיצומו, ידו של הנותן מאחור צפויה להיות על התחתונה. לפיכך, ניתן לומר כי הרשויות כמעט חייבות להישאר עם היד על הדופק הטכנולוגי ולאמץ במהירות גדולה כלים ושיטות מתקדמים שיסייעו להן בביצוע מלאכתן.

עמדנו על מורכבות זו בעבר, במסגרת דיון ממוקד בשאלת ההסדרה הראויה של דיני החיפוש ביחס לחדירה למחשבו של אדם:

”למותר לציין, כי עקב פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת ביצוע חדירה לחומר מחשב, הסדרה כזאת הינה חיונית, ומשכך ראוי לה שתסתיים בקרוב. בעידן הנוכחי הפכו המחשבים לכלי עבודה ותקשורת ראשון במעלה ולארכיב כמעט אינסופי המאכסן בתוכו את זיכרונותיו, פרי עמלו, ומשאו ומתנו של האדם (על פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת חדירה לחומר מחשב ראו: שרון אהרוני-גולדנברג ”חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה” ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 429 (2009) (להלן: אהרוני-גולדנברג). לצד זאת, השימוש האינטנסיבי במחשבים הופך אותם גם לאוצר בלום של ראיות מפלילות ומידע רלוונטי אשר יכול וצריך לשמש את רשויות החקירה במאבקן במפרי חוק ועוברי עבירה. מורכבותו של הנושא ורגישותו מחייבות כי התאמתו של הדין לחידושי הטכנולוגיה ולפוטנציאל הפגיעה שהטכנולוגיה גוררת בעקבותיה תעשה לא רק ברצינות ובאחריות אלא גם במהירות ראויה” (רע”פ 8873/07 היינץ ישראל בע”מ נ’ מדינת ישראל (טרם פורסם, 2.1.2011), בפסקה 17 לפסק דיני).

והדברים יפים לענייננו, בהתאמה.

האיזון בין קצוות אלה - חששות מפני חדירת יתר של השלטון לחיי הפרט מזה בעקבות התגברות היכולות הטכנולוגיות, והחשיבות שבהכרה ביתרונות שמעניקים האמצעים הטכנולוגיים ככלי להבטחת הביטחון והסדר הציבורי מזה - הוא העומד בלב

העתירות שלפנינו. מלאכת איזונים זו הינה לכל הדעות מורכבת. בפסק דינו נבחן האם האיזון אותו בחר המחוקק במסגרת ההסדרים שבחוק עומד באמות המידה החוקתיות המוכרות בשיטתנו.

בהקשר זה נציין, כי מורכבות זאת הנוגעת לזכות לפרטיות בעידן המודרני בוודאי אינה מייחדת את ישראל, ומדינות רבות בעולם מבקשות להתמודד עימה. כאמור, אך ביום 23.1.2012 ניתן בבית המשפט העליון האמריקאי פסק הדין בעניין *Jones*, שהינו בעל חשיבות לסוגיה שלפנינו. במסגרת פסק הדין התעוררה השאלה האם הצמדת מתקן איתור מסוג GPS לרכבו הפרטי של אדם עולה כדי חיפוש, המוגן בתיקון הרביעי לחוקה האמריקאית. פה אחד נקבע על-ידי בית המשפט האמריקאי כי עסקינן בחיפוש המהווה פגיעה חוקתית, ולפיכך מחייב צו שיפוטי מתאים. עם זאת, דעות השופטים בפסק הדין נחלקו בשאלת המבחן הראוי להחלת התיקון הרביעי לחוקה – האם במסגרת עקרון השגת הגבול המוכר במשפט המקובל (דעת הרוב) או שמא במסגרת המבחן שאומץ בפסק הדין *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, היינו "reasonable expectation of privacy" (דעת המיעוט). בבסיס מחלוקת זו ניצבה, בין היתר, יכולתם של המבחנים השונים להתאים עצמם לסביבה הטכנולוגית המשתנה, ההופכת את המימד הפיזי שביסוד החיפוש לרלוונטי פחות ביחס ליכולות המעקב הטכנולוגיות הקיימות היום בידי הרשויות.

6. נזכיר עוד, כי את חשיבות ההגנה על הזכות לפרטיות משמיע לנו גם חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, שקדם לחוק היסוד, ואשר אוסר על הפגיעה בפרטיותו של אדם. אמנם, חוק הגנת הפרטיות קובע במפורש כי רשות בטחון אינה נושאת באחריות על פי חוק זה, אך גם פטור זה מוגבל ל"פגיעה שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי" (סעיף 19(ב) לחוק).

#### הפגיעה בזכות

7. החוק נשוא העתירות שלפנינו מאפשר, כאמור, השגת נתוני תקשורת הנוגעים לשיחותיו של מנוי ונמעניהן, סוג המסרים שהוא מעביר, היקפם, משכם ועוד. למעשה, וכך אף עולה מלשונו, מאפשר החוק השגת כלל המידע הנוגע למסר המועבר, למעט תוכנו. בנוסף מאפשר החוק להשיג מידע רב על המנוי, בלא קשר למסר שהעביר; מיקומו הנוכחי של המנוי ומיקומו (במבט צופה פני עבר ועתיד), כתובתו, אמצעי התשלום שבו השתמש לרכישת המכשיר שברשותו ועוד. בנוסחו הכללי מאפשר החוק להשיג נתוני תקשורת על כל אדם המעורב בעבירה, בין אם הוא הקרבן, החשוד, או



גורם אחר היכול להוביל את גורמי החקירה אל קצה חוט. מעבר לכך, וגם אם כתוצר לוואי שלו, במסגרת הסמכויות שמקנה החוק מקבלות הרשויות נתוני תקשורת נוספים הנוגעים לפרטים נוספים, שאינם מעורבים בהכרח בעבירה כלשהיא, ושעימם יצר האדם המעורב בעבירה קשר.

לכאורה די בסקירת הסמכויות שמקנה החוק בכדי להגיע למסקנה, שגם המדינה אינה חולקת עליה, כי החוק אכן גורם לפגיעה חוקתית בזכות לפרטיות. והדברים ברורים; במסגרת המעקב אחר מנוי, יכולה רשות החקירה לצפות בהרגלי השימוש שלו בטלפון הנייד, במחשב ובאינטרנט, וכך לאתר את הרשת החברתית שלו, ואת פעילותו הן בשעות עבודתו והן בשעות הפנאי. אף אם נניח כי ישנה הצדקה לקיום המעקב, וגם ככל שמנוי זה מעורב באופן כלשהוא בעבירה שיש למנועה, אין ספק כי פרטיותו נפגעת כאשר צעדיו נבחנים באופן כזה. ברי, כי מעקב אחר אדם, גם אם הוא לצורך חקירה פלילית, יכול שיעלה פרטים אחרים, שידיעתם מהווה פגיעה בפרטיותו ובצנעת הפרט של האדם, כגון בעיות בריאותיות, הרגלי צריכה, העדפותיו המיניות, וכיוצא באלה. בכל אלה יש כדי לפגוע בפרטיות האדם מעצם היוודעם לאחר המקבל את הנתונים, ובוודאי יש בהם פוטנציאל לפגיעה בפרטיותו כאשר יכול שיעשה בהם שימוש לצרכי חקירה. כך הם הדברים גם ביחס לצדדים שלישיים עימם מנהל הפרט המעורב בעבירה קשר כלשהוא. בעתירתן מציירות העותרות תרחיש הדומה למתואר בספרו של ג'ורג' אורוול "1984". גם אם לא נקבע כי כבר הגענו לתרחיש בלהות שכזה, אין ספק כי לתחושת המעקב - הידיעה כי עיניהן של רשויות החקירה פקוחות ויכולות לבחון כל אדם בכל מקום ובכל שעה - השפעה "ממשמעת" על התנהלותו של האדם, גם במרחב הפרטי (MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON, 195-228 (1977) Bart Simon, *The Return of Panopticism: OF THE PRISON, 195-228* (1977) *Supervision, Subjection and the New Surveillance*, 3(1) *Surveillance and Society* 1-20 (2005)). במצב דברים זה, נראה כי נוכל להניח כי חוק נתוני תקשורת אכן פוגע בזכות החוקתית לפרטיות.

8. בכל הנוגע להיקף הפגיעה בזכות לפרטיות הנגרמת מן החוק, עורכות העותרות השוואה בין הפגיעה בפרטיות הנגרמת מחוק זה לבין הפגיעה הנגרמת מחוק האזנת סתר. לשיטתן, עסקינן בפגיעה דומה בהיקפה, המחייבת במקרים המתאימים את השוואת ההסדרים השונים שבחוק האזנת סתר לחוק נשוא העתירות שלפנינו. המדינה שבה והדגישה בפנינו כי לשיטתה השוואה זו אינה במקומה, וכי הפגיעה הנגרמת מחוק נתוני תקשורת אינה שווה לפגיעה הנגרמת בעקבות חוק האזנת סתר. כך הובהר למשל כי חוק נתוני תקשורת אינו מאפשר האזנה ממש לשיחות או קריאה של המסרים

הכתובים המועברים, בעוד שחוק האזנת סתר מאפשר חשיפה עמוקה בהרבה של פרטיות אדם. לשיטת המדינה, הפגיעה הנגרמת בעקבות חוק נתוני תקשורת קרובה לפגיעה הנגרמת מצווי חיפוש או צווי המצאה מסוגים שונים.

נראה כי עמדתה זו של המדינה מקובלת בשיטות משפט נוספות. כך למשל, הדין האמריקאי מבחין בחקיקה בין ארבע קטגוריות עיקריות של מעקב אלקטרוני (ראו The Electronic Communications Privacy Act 1986 (ECPA), שעוגן במסגרת פרק 18 ל- United States Code (בקיצור ולהלן: U.S.C)), כאשר הקטגוריה הראשונה, והפוגענית ביותר, היא קטגוריית האזנות הסתר (מוסדרת בפרק הראשון של ה-ECPA). יתר הקטגוריות נתפסות כפוגעניות פחות בפרטיות; מכשירי איתור אלקטרוניים (שבהיבטים מסוימים מספקים מידע הדומה לנתוני מיקום בחוק הישראלי) נתפסים כפוגעים בפרטיות פחות מהאזנות סתר; קבלת נתונים מספקי שירותי תקשורת (הקרובים בחלקם לנתוני מנוי בישראל) מהווים קטגוריה שפגיעתה פחותה עוד יותר (סוגיית קבלתם מוסדרת במסגרת ה- Stored Communications Act, שהינו חלק מה- ECPA), ולבסוף, מה שמוכר במשפט האמריקאי כ-Pen/trap taps (מכשירי מעקב אלקטרוני המאפשרים קבלת נתונים בזמן אמת אודות מספרי טלפון שחוייגו והתקבלו במכשיר טלפון מסוים) מוגדרים כקטגורית המעקב בעלת הפגיעה הפחותה ביותר. בהקשר זה נציין ראשית, כי במסגרת ה- USA Patriot Act (2001) הורחבה ההגדרה כך שתכלול גם נתונים אודות כתובות ברשת האינטרנט. שנית, כי קיימת מחלוקת בין בתי משפט אמריקאים האם התרת השימוש במכשירי מעקב אלה כוללת גם היתר לקבלת נתוני מיקום של מכשירים סלולריים - ולהרחבה: Deborah F. Buckman, *Allowable Use of Federal Pen Register and Trap and Trace Device to Trace Cell Phones and Internet Use*, 15 A.L.R. Fed. 2d 537 (2006). שוני זה בהיקף הפגיעה בא לידי ביטוי בהסדרים שונים שגובשו בדין האמריקאי להפעלת הקטגוריות השונות, הכוללים דרישות מופחתות ככל שמדובר באמצעים שפגיעתם פחותה. כך הם הדברים ביחס לנתונים שונים שניתן לקבל מספקי תקשורת בהתאם ל- Stored Communications Act הנזכר, הקובע הסדרים שונים בהתאם לסוג הנתונים המבוקשים, ומבחין למשל בין נתוני זיהוי - אותם ניתן לקבל גם בצו מינהלי (Administrative Subpoena) (סעיף (2)(c) 2703), לפרק 18 ל-U.S.C), לבין תוכנם של המסרים המועברים - המחייבים צו חיפוש באישור שיפוטי (סעיף (a), (b) 2703 לחוק זה). כך, נוכח הפגיעה המצומצמת יחסית הנגרמת לתפיסת הדין האמריקאי מקבלת נתונים באמצעות מכשירי המעקב מסוג Pen/trap taps, נקבע בפסק הדין *Smith V. Maryland* 442 U.S. 735, 745 (1979) כי לפרטים אין ציפייה מוקנית לפרטיות במספרי הטלפון שהם מחייגים אליהם מרצונם.

לפיכך, נקבע שם כי אין לראות בבקשה לקבלת נתונים אלה משום "חיפוש" המוגן תחת התיקון הרביעי לחוקה ולפיכך אין רשויות החקירה נדרשות לעמוד בדרישות המחייבות להשגת צו חיפוש. עם זאת, כאמור לעיל, ביום 23.1.2012, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Jones*, בו נקבע, פה אחד, כי התקנת מתקן איתור מסוג GPS על מכוניתו הפרטית של אדם ומעקב אחר תנועותיו במשך 28 ימים מהווה "חיפוש" המוגן תחת התיקון הרביעי לחוקה, ולפיכך מחייב הוצאת צו שיפוטי מתאים. גם הדין האנגלי עורך הבחנה דומה בהגנה המוענקת לנתוני תוכן מול נתוני תקשורת (וראו למשל סעיף 1 ל-Regulations of Investigatory Powers Act, 2000, c. 23 (Eng.)), המחייב צו לצורך השגת תוכנה של תקשורת, למול סעיפים 21-25 לאותו חוק המקנים סמכויות לרשויות רבות להשגת נתוני תקשורת אחרים).

לא למותר לציין, כי עמדות הצדדים באשר להיקף הפגיעה הנגרמת בזכות לפרטיות בעקבות חוק נתוני תקשורת, השליכו על עמדותיהם ביחס להסדרים שבחוק ומידתיותם. נתנו דעתנו להיבטים אלה, ובאנו לכלל מסקנה כי לצורכי העתירה שלפנינו איננו נדרשים להכריע האם הפגיעה בזכות לפרטיות בחוק שלפנינו עולה על הפגיעה בפרטיות הנגרמת בעקבות חוק האזנת סתר או פחותה ממנה. אמנם, אין להתעלם מכך כי במציאות הטכנולוגית המודרנית עמדתה של המדינה יוצרת מידה מסוימת של ניתוק מלאכותי בכל הנוגע לזיקה שבין נתוני תוכן לנתונים שהחוק מאפשר קבלתם, שכן נראה כי ההבחנות ביניהם אינן כה מובהקות (להרחבה: ראו עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים ואחת" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע 287 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011). ברם, לצורכי העתירות שלפנינו די אם נסתפק בקביעה לפיה חוק נתוני תקשורת פוגע בזכות החוקתית לפרטיות, ואיננו מוצאים הכרח לקבוע מסמרות בשאלת היחס בין הנתונים המתקבלים בחוק האזנת סתר לנתונים המתקבלים בחוק שלפנינו.

בכל מקרה, ברור הוא, שבעצם קיומה של פגיעה כאמור אין די כדי להביא לפסילתו של החוק. סמכויות החקירה, כמו סמכויות הענישה, פוגעות לרוב באופן אינהרנטי בזכויות אדם מוגנות. לפיכך, עלינו לבחון בהתאם לשיטה החוקתית המקובלת אצלנו האם הפגיעה בזכות החוקתית הנגרמת כתוצאה מהשימוש בהוראות החוק עומדת בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היה ויתברר כי הפגיעה הנגרמת עומדת בדרישות אלה, לא קמה עילה חוקתית לביטולו של החוק.

9. ברם, קודם שנעבור לבחינת תנאיה של פסקת ההגבלה, ונוכח טענות העותרות בהקשר זה, נבחן עוד האם לצד הזכות לפרטיות פוגע החוק בזכויות מוגנות נוספות. לשיטת לשכת עורכי הדין, לצד הפגיעה בפרטיות פוגע החוק בזכויות נוספות, הן הזכויות המגולמות בבסיס החסיונות המקצועיים שהוכרו בחוק ובפסיקה, ביניהן זכות הייצוג על-ידי סניגור, חופש העיתונות, זכות ההתאגדות, חופש הביטוי, חופש העיסוק, חופש הדת ועוד. מטבע הדברים, הקדישה לשכת עורכי הדין את מרבית טיעוניה לפגיעה הנגרמת לשיטתה כתוצאה מהחלת החוק בחיסיון עורך-דין לקוח ובזכותו של הלקוח להיעזר בעורך דינו, גם כאשר עורך הדין אינו מעורב כלל בעבירה.

אכן, על דרך הכלל ניתן לומר כי פגיעה בחיסיון שנקבע על פי דין עלולה לפגוע בזכויות מוגנות הנגזרות ממנו. בין היתר, וזאת מציינת אף המדינה בתגובתה מיום 11.1.2009, פגיעה בחיסיון עורך-דין-לקוח עלולה לפגוע בזכותו של הלקוח להליך הוגן, ופגיעה בחיסיון למקור עיתונאי עלולה להוביל לפגיעה בחופש הביטוי של העיתונאי. כמו כן, נראה כי ניתן להניח כי פגיעה בחיסיון בעלי מקצוע אחרים פוגעת - ולו במידת מה - בפעילותם המקצועית. בכך לכאורה נפגע אף חופש העיסוק של בעלי המקצוע, משום שפגיעה כאמור מכרסמת ביכולתם להבטיח ללקוחותיהם סודיות מוחלטת על עצם ההתקשרות עימם - עניין חשוב בעיני לקוחות רבים, ובמיוחד כאשר עצם ההיזקקות לבעל המקצוע עשויה להיות עניין שהלקוח שואף להסתיר, כגון בעת היזקקות לטיפול נפשי או לתמיכת גורמי רווחה.

עם זאת, לשיטת המדינה, חוק נתוני תקשורת - שאינו מאפשר כאמור העברת תוכנם של מסרים - אינו פוגע בחסיונות המקצועיים השונים (פרט לעניינם של עיתונאים כפי שנעמור בהמשך). זאת, בשל כך שקבלת נתונים הנוגעים לעצם ההתקשרות בין בעל החיסיון לאיש המקצוע אינה חוסה תחת הגנת החסיונות כפי שהוכרו בשיטת המשפט הישראלית.

10. בתי המשפט נדרשו בעבר פעמים מספר לבחינת היקפם של חסיונות מקצועיים שונים, ונקבע כי החסיונות המקצועיים משתרעים בעיקרם על תוכן השיחות המתקיימות בין בעל המקצוע לבעל החיסיון אך לא על עצם קיומו של קשר עם בעל המקצוע, ותכליתם לאפשר לבעל החיסיון מרחב תקשורת חופשי בינו לבין בעל המקצוע. בשים לב לאמור, נראה כי יש ממש בעמדת המדינה לפיה ככלל משאין החוק מאפשר קבלת תכניה של השיחה שהתקיימה, אין הוא פוגע בהגנה שמעניק החיסיון לבעל החיסיון. (וראו: ביחס לחיסיון רפואי: בג"ץ 447/72 ד"ר ברנרדו ישמחוביץ נ'

אהרון ברוך, פקיד שומה לחקירות, תל-אביב והמרכז פ"ד כז(2) 253, 259 (1973) (השופט י' זוסמן); ביחס לחיסיון עורך דין לקוח: ב"ש 227/83 אליהו מירון ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד תשמה(1) 62, 79 (1983) (השופט צ' כהן), ב"ש (ת"א) 1529/83 ישראלי, ירושלמי, כהן ושות' נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ו(3) 265 (1985) אשר אושר במסגרת בג"ץ 301/85 יעקב ישראלי נ' ישראל לוי, סגן מזכיר ראשי בית המשפט המחוזי תל אביב יפו, פ"ד מ(1) 159 (1986)). כן ראו גבריאל קלינג אתיקה בעריכת דין 418 (2001). ראו עוד בדין האמריקאי: (Baird v. Koerner, 279 F.2d 623 (9th Cir. 1960)).

כאן המקום להדגיש את העובדה, כי חיסיון בעלי המקצוע, ובהם גם חיסיון עורך-דין - לקוח, לטובת הלקוח הוא ולא לטובת בעל המקצוע, כפי שכבר נקבע, כדלקמן:

"החיסיון של סעיף 90 הנ"ל חסיונו של הלקוח הוא, והוא בא להבטיח בראש ובראשונה יחסים של כנות ופתיחות בינו לבין עורך הדין בבואו להיזקק לשירותיו המקצועיים של האחרון. בלי שיהא עליו חשש או מורא כי דברים או מסמכים, שהוא מגלה במהלך ההתייעצות או הטיפול בעניינו, ישמשו אי פעם נגדו ללא הסכמתו" (על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770, 778 (1987), השופט מ' בייסקי).

בעניינם של עיתונאים מצב הדברים שונה במקצת. על חשיבותה של העיתונות החופשית עמדנו כבר בפסקי דין רבים בבית משפט זה, וכך גם על ההבדל בין מקצוע העיתונאי לבעלי מקצועות אחרים. כך, בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות ואח' נ' קראוט ואח', פ"ד נב(3) 1, 53 (1998), ציין השופט י' זמיר כי:

"עיתונות חופשית היא לא רק תוצאה הכרחית של דמוקרטיה, אלא היא גם תנאי הכרחי לדמוקרטיה. היא תנאי הכרחי למשטר ייצוגי, לממשל תקין והוגן, לחירויות האדם. בפועל היא יכולה לשמש נייר לקמוס של הדמוקרטיה: יש עיתונות חופשית - יש דמוקרטיה; אין עיתונות חופשית - אין דמוקרטיה. אחד התפקידים העיקריים של העיתונות בדמוקרטיה הוא לבקר באופן שוטף ויעיל את כל המוסדות במדינה, בראש ובראשונה את הממשלה. כדי שהעיתונות תוכל למלא תפקיד זה כראוי, היא צריכה להיות פטורה מפיקוח או ממעורבות אחרת של הממשלה."

כפי שאף הסכימה המדינה, בעניינם של עיתונאים עצם זהותו של האדם אשר יוצר קשר עם עיתונאי, יכולה להוות חלק מן החיסיון העיתונאי, שכן יש בו כדי לחשוף מקור עיתונאי על אף ההגנה שיש ליתן למקור כזה. על ההגנה שיש למקור עיתונאי עמד בית משפט זה, מפי הנשיא מ' שמגר בפרשת ציטרין (ב"ש 298/86 בן ציון ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב פ"ד מא(2) 337 (1987)), וכך נאמר באותו עניין: "ההגנה על מקורות המידע, הדרושה לצורך ביצוע התפקיד העיתונאי, לרבות ההגנה על כיבוד יחסי האמון אשר על יסודם נמסר מידע תמורת הבטחה שהמקור לא יתגלה, היא איפוא בגדר אינטרס של הציבור ולא עניינו הפרטיקולארי של העיתון או של העיתונאי הנוגעים בדבר" (שם, עמ' 358). להבחנה רלוונטית זו נשוב בהמשך לכשנדון במשמעויותיה ביחס להסדרים השונים הנוגעים לבעלי חסיון.

נסכם ונאמר, כי בשים לב לתפיסת החסיונות בשיטתנו המשפטית, הרי שפרט לעניינם של עיתונאים, לא עלה בידי העותרות להצביע על כך שחוק נתוני תקשורת כשלעצמו פוגע בחסיונות מקצועיים שונים, יצירי החוק והפסיקה; ככל שיש פגיעה היא בשוליה של הזכות המוגנת ולא בגרעינה הנהנה מהגנה רחבה. לפיכך, אף לא מצאנו כי ניתן להצביע על פגיעות הנגרמות בזכויות נוספות עליהם כאמור בא החיסיון להגן.

עם זאת, ולצורכי הדיון שלפנינו, נהיה מוכנים להניח כי אפשרות קבלת נתוני התקשורת בעניינם של בעלי מקצוע, מהווה אף היא פגיעה נגזרת של הזכות לפרטיות. לפיכך, מן הראוי לבחון את הפגיעה בזכות לפרטיות - על נגזרותיה - הנגרמת כתוצאה מהחלת חוק נתוני תקשורת, במסגרת בחינת הפגיעה כפי שפורטה לעיל, ובמשקפי פסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה

#### תכלית ראויה

11. תכליתו של החוק, כפי שהציגה אותה בפנינו המדינה, היא ליתן בידי המשטרה ורשויות החקירה האחרות כלים אפקטיביים למאבק בפשיעה, בעולם המודרני המתפתח. לטענת המדינה, ההתפתחות הדרמטית של עולם התקשורת המודרני לא פסחה על עבריינים ועבריינות, ואמצעי התקשורת הפכו פלטפורמה נוחה המשפרת את דרכי ההתקשורת והפעילות לביצוע עבירות. לפיכך, נדרשים בהתאמה גורמי האכיפה להתמודד עם יכולות אלה ולשפר במקביל את יכולותיהם שלהם. אשר על כן נטען בפנינו כי העדר אפשרות לקבלת נתוני תקשורת תציב את רשויות אכיפת החוק בפני

חיסרון משמעותי אל מול העבריינים, הן במישור השיפוט והן במישור איסוף הראיות לשם העמדתם לדין. בנוסף, טוענת המדינה כי תכליתו של החוק לאפשר התמודדות מהירה עם מצבים דחופים, למשל כאשר חיי אדם מונחים על הכף או כאשר נדרש איתור מיידי של עבריינים בעבירות שבוצעו זה מכבר. לעמדת המדינה, נתוני תקשורת - ובעיקר איכון מכשיר הטלפון - עשויים להציל חיים ולסייע באופן משמעותי להעמדתם לדין של עבריינים. נראה כי במישור זה אין מחלוקת בין הצדדים, שכן כפי העולה מן העתירות, אף העותרות מסכימות כי תכליתו של החוק ראוייה היא, ולמעשה טוענות הן אך כנגד חלק מההסדרים הכלולים בו (וראו, סעיף 23 לעתירת האגודה לזכויות האזרח וסעיף 22 לעתירת לשכת עורכי הדין).

נציין, כי לצד תכליות אלה מציינת המדינה תכלית נוספת, והיא הסדרת קבלת נתוני התקשורת, שעד היום, לטענתה, הוסדרו באופן כללי ורחב במסגרת סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחירוף) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי) ובהנחיות פנימיות של היועץ המשפטי לממשלה. לשיטת המדינה, החוק נועד להסדיר ולהגביל את השימוש שעושות רשויות החקירה בנתוני תקשורת, על מנת להפחית ככל הניתן את הפגיעה בזכויות אדם. ברור כי גם תכלית זו לעצמה הינה תכלית ראוייה. גם העותרים אינם טוענים אחרת, ואף מסכימים כי קיימת הצדקה ביצירת הסדר משפטי שלם לקבלת נתוני תקשורת על-ידי רשויות האכיפה (ראו סעיף 22 לעתירת לשכת עורכי הדין). ואכן, וכפי שכבר ציינו לעיל, קשה להלום בימינו אלה אכיפת חוק בלא מעקב אחר נתוני תקשורת - החל מאיתור מקומם של עבריינים בעת ביצוע עבירות, מעקב אחריהם והערכות מיידית למניעת עבירה מתבצעת (ראו עוד, בירנהק בעמ' 53). לפיכך, ניתן לסכם ולומר כי חוק נתוני תקשורת נחקק לתכלית ראוייה. כן ברור הוא כי החוק אינו עומד בסתירה לערכיה של מדינת ישראל.

במצב דברים זה, יעסוק עיקר דיוננו במידתיות החוק וההסדרים שגובשו במסגרתו. העותרות עצמן מיקדו את טענותיהן החוקתיות בשלושת ההסדרים העיקריים שגובשו בחוק הנוגעים לאפשרות קבלת צו שיפוטי על-פי סעיף 3; אפשרות קבלת צו מינהלי על-פי סעיף 4 והקמת מאגר נתונים על-פי סעיף 6. עם זאת, טענות העותרים לא ביקשו להביא לביטול החוק כמכלול, ובעתירת האגודה לזכויות האזרח אף הודגש כי אין היא חולקת על "חוקתיותו ככלל". לפיכך, יתמקד דיוננו תחילה בבחינה פרטנית של ההסדרים הנתקפים בעתירה. לאחר מכן, נדון אף בקצרה במידתיות החוק כמכלול, בשים לב למנגנונים והאיזונים הפנימיים שגובשו במסגרתו.

ואלה ההסדרים הפרטניים שקבע החוק, שעל מידתיותם נעמוד להלן:

(א) ההסדרים הקבועים בחוק

סעיף 3 - צו שיפוטי

12. סעיף 3 קובע הסדר המאפשר לרשות החוקרת, כהגדרתה בחוק, קבלת נתוני תקשורת באמצעות פנייה לבית משפט השלום שבאזור שיפוטו נמצאת היחידה החוקרת, או נעברה העבירה שבקשר אליה מתבקשים הנתונים. מפאת חשיבותו של הסעיף, נביא אותו כלשונו:

3. (א) בית המשפט רשאי, על פי בקשה של קצין משטרה שהסמיך לעניין זה המפקח הכללי או של נציג רשות חוקרת אחרת (בסעיף זה – הבקשה), להתיר, בצו, למשטרה או לרשות החוקרת האחרת, קבלת נתוני תקשורת ממאגר מידע של בעל רישיון בזק, בדרך שיקבע בצו, אם שוכנע שהדבר נדרש למטרה מהמטרות המפורטות להלן, ובלבד שאין בקבלת נתוני התקשורת כאמור כדי לפגוע, במידה העולה על הנדרש, בפרטיותו של אדם:

צו לקבלת נתוני תקשורת ממאגר מידע של בעל רישיון בזק

(1) הצלת חיי אדם או הגנה עליהם;

(2) גילוי עבירות, חקירתן או מניעתן;

(3) גילוי עבריינים והעמדתם לדין;

(4) חילוט רכוש על פי דין.

(ב) היה המנוי שלגביו הוגשה הבקשה בעל מקצוע, לא יתיר בית המשפט קבלת נתוני תקשורת כאמור בסעיף קטן (א), אלא אם כן שוכנע בהסתמך על פירוט ברור לכך במסגרת הבקשה, שיש יסוד לחשד שבעל המקצוע מעורב בעבירה שבקשר אליה הוגשה הבקשה.

(ג) הבקשה תוגש בכתב ותיתמך בהצהרה שלאחר אזהרה או בתצהיר.

(ד) בבקשה יצוינו, בין השאר, כל אלה:

(1) העובדות המקנות סמכות לבית המשפט;

(2) פרטי זהותו ותיאור תפקידו של מגיש הבקשה ומקור סמכותו לבקש צו לפי סעיף זה;

(3) תמצית העובדות והמידע שעליהם מבסס המבקש את הבקשה;

(4) המטרות שלשמן נדרשים נתוני התקשורת;

(5) נתוני התקשורת המבוקשים;

(6) פרק הזמן שלגביו מתבקשים נתוני התקשורת, בהתייחס לתקופה שלפני מתן הצו, וכן בכפוף



להוראות הסיפה של סעיף קטן (ז) בהתייחס לתקופה שלאחר מתן הצו (בסעיף זה – נתוני תקשורת עתידיים);

(7) פרטי הזיהוי של המנוי או מיתקן הבזק שנתוני התקשורת מתבקשים לגביהם, אם הם ידועים מראש, לרבות היות המנוי האמור מי שחל לגביו חיסיון מקצועי לפי כל דין (בחוק זה – בעל מקצוע); בפסקה זו, "דין" – לרבות הלכה פסוקה;

(8) פרטים בדבר בקשות לקבלת נתוני תקשורת שהתבקשו בעבר בקשר לאותו אדם באותו תיק חקירה (בסעיף זה – בקשות קודמות).

(ה) חומר חסוי, שעליו מבוסס המידע המפורט בסעיף קטן (ד)(3) ו-(4), יועמד לעיון בית המשפט בלבד; החומר יסומן ויוחזר למבקש לאחר העיון.

(1)(1) לבקשה יצורפו –

(א) החלטות בית המשפט שדן בבקשות קודמות;

(ב) העתקים מבקשות קודמות ופרוטוקולים של דיוני בית המשפט בבקשות הקודמות, ככל שאלה נדונו לפני בית משפט אחר.

(2) על אף הוראות פסקה (1), בית המשפט רשאי לדון בבקשה דחופה גם בלא המסמכים שבאותה פסקה, אם נחה דעתו שיש ברשותו המידע הנדרש למתן ההחלטה בבקשה, ומטעמים מיוחדים שיירשמו.

(ז) בהחלטה בבקשה ובקביעת פרק הזמן שלגביו יועברו נתוני תקשורת, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בצורך למימוש המטרות המנויות בסעיף קטן (א), במידת הפגיעה בפרטיותו של אדם, בחומרת העבירה, בהיות המנוי בעל מקצוע ובסוג נתוני התקשורת שהתיר לקבלם על פי הצו; בית המשפט רשאי לקבוע תקופות שונות לפרק הזמן לקבלת נתוני תקשורת לפי סוגי נתוני התקשורת שהתיר לקבלם, ובלבד שהתקופה המרבית לקבלת נתוני תקשורת עתידיים לא תעלה על שלושים ימים מיום מתן הצו.

(ח) בצו לפי סעיף זה יפורטו כל אלה:

(1) הנימוקים למתן הצו, ולעניין צו המתייחס למנוי שהוא בעל מקצוע – נימוקים מפורטים בדבר מתן צו בנסיבות אלה;

(2) נתוני התקשורת שמותר לקבלם על פי הצו;

(3) פרטי הזיהוי של המנוי או מיתקן הבזק שנתוני התקשורת התבקשו לגביהם, אם הם ידועים מראש;

(4) פרק הזמן שלגביו ניתן לקבל נתוני תקשורת על פי הצו;

(5) מועד מתן הצו ומועד תום תוקפו.

(ט) הנימוקים למתן הצו כאמור בסעיף קטן (ח)(1), לא יועברו לבעל רישיון בזק שהצו נוגע אליו.

(י) צו שניתן לפי סעיף זה יהיה בתוקף שלושים ימים מיום

## שניתן.

(יא) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לתת צווים נוספים לגבי אותה חקירה.

כפי שניתן לראות, הסדר מקיף זה עוגן בחקיקה ראשית ותוחם בצורה מפורטת את הפרוצדורה הנוגעת להוצאת צו שיפוטי המאפשר קבלת נתוני תקשורת. בהתאם להסדר, רשאים נציגי הרשויות המוסמכות לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו נתוני תקשורת, במקרים המנויים בסעיף. פרטי הבקשה, כמו גם השיקולים שמוטל על בית המשפט הדן בבקשה לשקול, מפורטים וכוללים התייחסות למניעת פגיעה מיותרת בזכות לפרטיות של האדם שלגביו מתבקש הצו, כמו גם של אחרים.

13. טענות העותרות ביחס להסדר זה הן בעיקר שתיים: ראשית, נטען כי המטרות המוגדרות בסעיף 3(א)(2) ו-3(א)(3) הינן רחבות מידי. העותרות מבקשות שנקרא לתוך סעיפים אלה את ההגבלה, לפיה מטרת צו שיפוטי לפי החוק תוכל להיות חקירת עבירה נקודתית מסוימת, או גילוי עבריינין שעבר עבירה מסוימת. זאת, להבדיל מפעילות מודיעינית כללית שתשמש את רשויות החקירה בעבודתן השוטפת לגילוי עבירות ועבריינים. שנית, טוענות העותרות כי החלת ההסדר על עבירות מסוג עוון מפרה את האיזון הראוי בין הפגיעה בזכות לפרטיות והאינטרס הציבורי הראוי של מניעת עבירות מסוכנות, ולפיכך יש להחיל את הסעיף על עבירות מסוג פשע בלבד.

בתגובתה לטענות העותרות טענה המדינה באופן כללי בפנינו, כי החוק, ובכללו ההסדר הנדון כעת, הינו מאוזן, מפורט, ראוי וענייני, וכי הוא משפר את ההגנה על הפרטיות ולא פוגע בה. זאת, בעיקר נוכח המצב ששרר טרם כניסת החוק לתוקף, ושעל פיו יכולות היו רשויות החקירה לפנות לחברות התקשורת לקבלת נתוני תקשורת על פי צו להמצאת מסמכים שהוצא על ידי בית משפט לבקשת גורמי החקירה, בהתאם להוראות סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי. המדינה מבהירה כי המחוקק היה מודע לאפשרות הפגיעה בזכות לפרטיות אך לטענתה, נכללו במסגרת החוק הנוכחי מנגנונים שנועדו להעניק לאזרח את ההגנות המתאימות מפני פגיעה בלתי מידתית בזכויותיו. בהתייחס באופן ממוקד יותר לטענתן הראשונה של העותרות, טענה המדינה כי אינה רואה הצדקה להוספת תנאים לסעיף החוק. זאת, שכן לשיטתה ממילא סעיפי החוק מעידים על צורך בהתהוותו של חשד קונקרטי לשם הגשת הבקשה, כך שנשלל חששן של העותרות לבקשה כללית שאינה כרוכה בחשד כלשהוא. גם הדיווחים המתחייבים לכנסת מצמצמים את חששן של העותרות. נדון בטענות העותרות על-פי סדרן.

רוחב העילות להוצאת צו שיפוטי בהתאם לסעיף 3

14. אכן, סעיפים 3(א)(2)-(3) על-פי לשונם, מאפשרים לכאורה לרשויות החקירה לפעול בנסיבות מרחיבות ביותר. בהתאם לסעיפים אלה, יכול בית המשפט לשקול בעת הוצאת הצו המבוקש מטרות כלליות כגון גילוי עבירות או גילוי עבריינים. הפעולות הנקובות בסעיפים קטנים (1) עד (4) מגדירות, למעשה, את כלל פעילותן של הרשויות החוקרות, ולפיכך - על פי לשון החוק - יכול בית משפט לצוות להוציא צו להשגת נתוני תקשורת ביחס לכל פעילות המבוצעת על-ידן. הסדר זה מקיים את המבחן הראשון של המידתיות - שכן הוא מקיים קשר רציונאלי בין המטרה של מניעת פשעים וגילוי וענישה של עבריינים. עם זאת, מעורר ההסדר מספר קשיים בכל הנוגע למבחן המידתיות השני - ובמילים אחרות, עולה השאלה האם אכן ההסדר המופיע בסעיף 3 לחוק מהווה את האמצעי הפוגעני פחות מבין אלה העומדים לרשותה של הרשות החוקרת. לטענת העותרות, ניתן לקיים את תכלית החוק תוך שימוש באמצעי פוגעני פחות; הפעלת הסמכות הקבועה בסעיפים 3(א)(2) ו-3(א)(3) רק ביחס למקרים בהם נתוני התקשורת מתבקשים לשם גילוי עבירה מסוימת או גילוי עבריין ספציפי, להבדיל מפעילות מודיעינית כללית לגילוי עבירות או עבריינים.

15. לשיטת העותרות, ניתן לקרוא לתוך החוק דרישה מצמצמת כאמור באמצעות הדוקטרינה המוכרת (בעיקר במשפט הקנדי) כ-Reading in ("קריאה לתוך החוק"). דוקטרינה זו מבקשת לקרוא לתוך החוק העומד לביקורת שיפוטית הוראות אשר ישללו את אי-החוקתיות שבו (לעניין Reading in ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט חלק שלישי - פרשנות חוקתית 763 (תשנ"ד), להלן: פרשנות במשפט, בג"ץ 8300/02 גדבאן נסר נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 22.5.2012) (להלן: עניין נסר) בפסקאות 55-60 לפסק הדין). יאמר תחילה, כי השימוש בכלי זה אינו הדרך המתאימה לצמצום ההסדרים בחוק כמבוקש על-ידי העותרות. השימוש שנעשה בדרך כלל בדוקטרינה זו ביקש להחיל, בשם עקרון השוויון, את דבר החקיקה נשוא הביקורת גם על קבוצות שהמחוקק השמיט ממנו, תוך קריאת קבוצות חדשות לתוך החוק, והכל במסגרת התכלית החקיקתית. כך נעשה, למשל, בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ), כאשר הוכנסה בגדרי ההסדר הקיבוצי המיטיב קבוצה נוספת - זוגות חד מיניים (וראו, עניין דנילוביץ, בעמ' 767-764 והאסמכתאות שם; פרשנות במשפט, שם; כן ראו עניין נסר, בפסקה 60 לפסק הדין). המקרה שלפנינו שונה. בנסיבותיו של החוק, אין עומדת בפנינו שאלה של העדפת קבוצות מסוימות על-פני קבוצות שהחוק אינו חל עליהן על פי לשונו, ואין לנו

עניין בפגיעה בשוויון. אף העותרות לא מצביעות על פגיעה כאמור. איננו רואים, אפוא, כי בנסיבות העניין יש לעשות שימוש בדוקטרינת ה-Reading in, על כל משמעויותיה. בשלב הנוכחי, כשהחוק בא לראשונה לפנינו, עלינו לעשות שימוש בכלי העבודה האינהרנטי שבידי בית המשפט – פרשנות החוק מתוכו ומלשונו. כך עלינו לעמוד על פרשנות ההסדר המופיע בסעיף 3 לחוק, שכן כפי שקבענו בעבר, כל עוד ניתן לצמצם את הפגיעה הפוטנציאלית שבהוראת החוק על דרך הפרשנות, יש להקדים את המהלך הפרשני, ולהשפיע בכך על הבחינה החוקתית בהתאם לפסקת ההגבלה (וראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.6.2008) להלן: עניין לוחמים בלתי חוקיים, פסקה 7).

כידוע, מלאכת הפרשנות של בית המשפט נעשית בהתאם למגבלות המתבקשות מלשונו של דבר החקיקה ותכליתו, שלצידן יש בידי הפרשן לעשות שימוש בחזקות פרשניות המקובלות בשיטתנו המשפטית (עניין לוחמים בלתי חוקיים; בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004) (להלן: עניין גניס)). כנקודת מוצא למלאכה הפרשנית יבקש בית המשפט להימנע ככל האפשר מביטול חוק שחוקקה הכנסת, מתוך כבוד למחוקק ומתוך עקרון הפרדת הרשויות העומד במרכז שיטת המשפט הישראלית. לפיכך, פעמים רבות יעדיף בית המשפט להשאיר את החוק על כנו תוך שימוש בפרשנות המאפשרת התאמתו למערכת החוקתית ולערכי היסוד. בהתאם לכך, נבקש לאמץ את פרשנותו של הטקסט המביאה לפגיעה הפחותה ביותר בזכויות אדם. כך אמרנו, למשל, בעניין לוחמים בלתי חוקיים:

בשיטתנו המשפטית קיימת חזקה לפיה יש לייחס למחוקק מודעות לתוכנם ולהשלכותיהם של חוקי היסוד על כל חוק הנחקק לאחריהם. בהתאם לחזקה זו, נבחנת הוראת חוק תוך ניסיון לפרשה כך שתהלוך את ההגנה שפורש חוק-היסוד על זכויות אדם. בכך מוגשמת חזקת ההרמוניה הנורמטיבית, לפיה "אין מניחים קיום סתירה בין נורמות משפטיות, ונעשה כל ניסיון אפשרי לקיים 'אחדות במשפט' והרמוניה בין הנורמות השונות" (א' ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית (1992), 155). ... יש לעשות מאמץ פרשני על-מנת לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכות לחירות כך שתהא מידתית לצורך השגת התכלית הביטחונית ולא מעבר לכך. פרשנות כאמור תהא תואמת את תפיסת-היסוד הנוהגת בשיטתנו המשפטית לפיה ראוי לקיים חוק באמצעים פרשניים, ולהימנע ככל שהדבר ניתן, מביטול תוקפו מטעמים חוקתיים" (שם, פסקה 7).

ובכג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 812 (1996) ציין

הנשיא א' ברק כי:

"עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק-יסוד...עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו".

בהתאם לתפיסתנו זו, בהישען על החזקה לפיה בכוונת המחוקק לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכויות האדם, קל וחומר בזכויות האדם המוגנות ומעוגנות בחוקי היסוד, יתכנו מצבים בהם על מנת להגשים את תכליתו של הטקסט ולמנוע את ביטולו קמה הצדקה לפרשו באופן צר יותר, כך שלא יחול, למשל, על קטיגוריה מסוימת של נסיבות.

יפים לעניין זה דבריו של הנשיא א' ברק:

"האם רשאי הפרשן לצמצם את לשונו הרחבה של הטקסט כדי להגשים את תכליתו של הטקסט? כאשר הטקסט קובע הסדר משפטי החל על "כל אדם", לעניין "כל חפץ" ב"כל הנסיבות", האם רשאי הפרשן – המבקש להגשים את התכלית המונחת ביסוד הטקסט – לפרש את הטקסט באופן שהוא לא יחול על קטיגוריה מסוימת של בני אדם (לא "כל" אדם) ולא יחול על קטיגוריה מסוימת של חפצים (לא "כל" חפץ) ולא יחול על קטיגוריה מסוימת של נסיבות (לא "כל" הנסיבות)? התשובה הניתנת לשאלה זו בישראל ובמשפט המשווה היא חיובית. עמדתי על כך בפרשת זנדברג בצייני: "כאשר לשון החוק היא רחבה, רשאי ומוסמך השופט ליתן לה מובן צר יותר, המשתרע אך על חלק מהאופציות הטמונות בלשון, ובלבד שבכך הוא מגשים את תכליתה של החקיקה. כך הדבר בישראל. כך הדבר במשפט המשווה..."

...אכן, כדי להגשים את התכלית המונחת ביסוד החוק - בין תכלית ספציפית ובין תכלית כללית - מוסמך הפרשן לתת ללשון הרחבה של החוק מובן צר יותר" (עניין גניס, עמ' 37).

מן הכלל אל הפרט - פרשנות סעיף 3

16. הנה כי כן, נראה כי בנסיבות העניין ניתן להשקיף על בקשת העותרות במשקפי הכלי הפרשני, כך שמבקשות הן מאיתנו כי בדרך של פרשנות מצמצמת נגביל את

יכולתן של רשויות החקירה להסתמך על מטרות כלליות לשם הוצאת צווים להשגת נתוני תקשורת. לצורך כך, יהיה עלינו, כפי דימויו של השופט מ' חשין "לקלוף את החוק כקלוף גילדי הבצל: גלדים בריאים נותרים וגלדים חולים נשלח לאשפה" (עניין גניס, עמ' 268). ה"גלדים החולים" הינם אותם מקרים שבהם עשויה הייתה הרשות החוקרת לפנות לבית המשפט ולבקש צו להשגת נתוני תקשורת לשם השגת מטרות כלליות. אמנם, על פי לשון החוק - ולשונו בלבד - אין לכאורה מניעה לעשות כן. עם זאת, נראה כי על פי הפרשנות החוקתית, המתיישבת עם לשון החוק ותכליותיו, אין הרשות החוקרת מוסמכת לפעול כך, ועליה לפנות ולבקש צווים רק במקרים שבהם הצו נדרש לשם גילוי עברייני מסוים, או חקירה או מניעה של עבירה מסוימת צפויה או מתבצעת. מסקנה זו מתיישבת עם תכליתו הפרטיקולרית המוצהרת של החוק שעניינה לחימה בפשיעה וגילוי וענישה של עבריינים לצד צמצום השימוש בכלי הרחב המעוגן בסעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי. מסקנה זו מתיישבת גם עם תכליתו הכללית של החוק, הקוראת לצמצום הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות כך שתהא מידתית לצורך השגת המטרה שבסיס החוק (וראו עניין גניס, עמ' 293-291, עניין לוחמים בלתי חוקיים, פסקה 8). פרשנות זו מתיישבת עם תפיסות היסוד של שיטתנו המשפטית, ומביאה לאיזון ראוי בין הותרת החוק על כנו לבין הגשמת הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כאמור לעיל, זו גם הלכה למעשה עמדת המדינה, אשר מסרה בהודעתה מיום 22.5.2008, כי היא מסכימה לפרשנות מצמצמת זו. לטענת המדינה, לשון החוק מעלה בבירור, כי מנסחיו התכוונו לאפשר הוצאת צווים לצורך השגת נתוני תקשורת רק במקרים שבהם הם נדרשים לבירור חשד קונקרטי, ולא לצרכי איסוף מודיעין כללי. המדינה מבהירה כי גם לדעתה, במסגרת הבקשה למתן צו כאמור על רשויות החקירה יהיה לפחות "להצביע על קצה חוט, תחילתה של תשתית ראייתית לכאורית לפעולה משטרתית הנוגעת לחקירה קונקרטית", וזאת בהתאם לסעד שביקשה האגודה לזכויות האזרח בעתירתה (פסקה 52 להודעת המדינה). עמדה דומה הועלתה אף על-ידי יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת דאז (להלן: ועדת חוקה), במסגרת הדיונים שנתכנסו לשם התקנת תקנות הפעלת החוק. כך נאמר שם לעניין זה על-ידי יו"ר ועדת החוקה דאז, פרופ' מנחם בן-ששון, בדיון שהתקיים ביום 13.8.2008: "החוק הזה חייב להתבהר בסוד הצמצום. זאת אומרת, אם יש ספק - התשובה היא "לא". אני לא אומר את זה כפרשן של החוק, אלא אי-אפשר לפרש אותו אחרת ומי שישב בדיונים יודע את זה..." (פרוטוקול ישיבה מס' 639 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 5 (13.8.2008)). הגבלה זו של שיקול הדעת של רשויות החקירה, המקובלת על המדינה, מוצאת ביטוי גם בנוהל המשטרה המסדיר את פעילות המשטרה בגדרי החוק, הלא הוא

נוהל 03.344.306 שגובש לאחר כניסתו לתוקף של החוק ובזמן שהעתירות היו תלויות ועומדות (להלן: הנוהל). לעניין סעיף 3, אין הנוהל מוסיף מידע רב על הנדרש בחוק, נוכח היותו של ההסדר בסעיף 3 מפורט ביותר. כך, מציין הנוהל, הישר מלשון החוק, את הפרטים שעל הבקשה להוצאת צו לכלול, ואת השיקולים שעל הקצין המבקש את הצו להפעיל. שיקולים אלה הם, בין היתר, חומרת העבירה ועוצמת החשד והתשתית הראייתית ביחס לנשוא הבקשה. בכך אכן מתאימה המשטרה את פעילותה בנוגע לצווים לפרשנות הראויה כפי שקבענו אותה לעיל.

ויודגש, כי פרשנותנו להוראות סעיף 3 הנ"ל אינה מבוססת על הסכמתה זו של המדינה באשר לפרשנות הראויה שיש להעניק לסעיף ולסעיפים שתקפו העותרים, ואף לא על קיומו של הנוהל המשטרתי. הסכמתה או פעולותיה של המדינה יכול וישתנו ככל שהן פרי מדיניותה בלבד. עם זאת, בנסיבות העניין שלפנינו, הסכמה זו משקפת אף את הפרשנות הראויה שיש לדעתנו ליתן לאופן הפעלתה של הסמכות שניתנה בידי הרשויות. פרשנות זו, מתיישבת עם לשון הטקסט ועם תכליתו (הפרטיקולארית והכללית), והיא מאפשרת את עמידתו של ההסדר הקבוע בסעיף 3 כהסדר מידתי שאינו פוגע יתר על המידה בזכות החוקתית לפרטיות. אכן, אפשר שעדיפה הייתה דרך תיקונו של החוק עצמו, באופן שיעגן את התפיסה - המשותפת למדינה, לעותרות ולבית המשפט - באשר לאופן הפעלתם בצמצום של הסעיפים הרחבים המצויים בסעיף 3. עם זאת, הפרשנות היא כלי המצוי בידי בית המשפט והוא מאפשר לנו להבהיר את גבולותיו של החוק, אף אם לא תשונה לשון החוק עצמה. נשלים עוד ונאמר, כי במסגרת פעילותנו הפרשנית, יש בידינו להסתייע במידע המצוי בידי הרשות המבצעת על מנת לאתר את תכלית החקיקה (ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט חלק שני - פרשנות החקיקה 346 (תשנ"ג) (להלן: פרשנות החקיקה)). כך, יש בנוהל כדי ללמד כי תכלית החוק בעיני הרשות המבצעת והפרשנות שאומצה על-ידה מתיישבת עם הפרשנות שקבענו לעיל. נתון זה מצטרף לשאר הנתונים המביאים אותנו למסקנה כי אכן זוהי הפרשנות הראויה לחוק העומד לבחינתנו.

אשר על כן, באנו לכלל מסקנה כי הפרשנות החוקתית הראויה לסעיפים 3(א)(2) ו-3(א)(3) לחוק נתוני תקשורת הינה כי רשויות החקירה מוסמכות לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו על-פי החוק אך לצורך גילוי עבירות או עבריינים קונקרטיים, ולא לצורכי פעילות מודיעינית כללית ביחס לעבירות או עבריינים. פרשנות זו מגשימה את תנאי המידתיות השני, שכן לשיטתנו היא מהווה משום אמצעי שפגיעתו בזכות לפרטיות פחותה, תוך הגשמת תכלית החוק באופן זהה. מסקנה זו מתחייבת גם

מהסכמתה של המדינה לפרשנות המצמצמת, המעידה על כך שלשיטתה לא תגרם פגיעה במטרות לשמן נחקק החוק בעקבות פרשנות מצמצמת זאת.

בהינתן פרשנות זאת, באנו לכלול מסקנה כי ההסדר הקבוע בסעיף 3 עומד גם בתנאי המידתיות השלישי, שכן חומרת הפגיעה בזכות לפרטיות – באופן המתואר – עומדת ביחס ראוי לתועלת הצומחת מהחלת החוק והסדריו, תועלת עליה לא חלקו אף העותרות.

17. תפיסה דומה, המתייחסת לאיזון הנדרש שבין מידת הפגיעה בזכות והתועלת לאינטרס הציבורי, מאפיינת חקיקה מאותו סוג בשיטות משפט הקרובות לנו, בהן הוגדרו עילות שונות לקבלת נתוני תקשורת, חלקן רחבות מן העילות שבדין הישראלי וחלקן קרובות יותר לעילות שנכללו בו. חלק מן המדינות הבהירו את דרישת הקונקרטיזציה של העבירה או העבריינות להבדיל מהיבטים כלליים של אכיפת חוק, ואחרות לא עשו כן. דברים אלה מחזקים את מסקנתנו כי בהיבט הנוגע לעילות בגינן ניתן לעשות שימוש בסמכויות שמקנה החוק, ובשים לב לפרשנות הראויה להפעלתן כפי שנקבעה על-ידינו לעיל, עומד היבט זה של הדין הישראלי בדרישת המידתיות, ומתיישב עם התפיסות החוקתיות הרווחות בשיטות משפט הקרובות לנו.

בדין האנגלי, למשל, הוסדרו במסגרת חוק ה-RIPA סמכויות קבלת נתוני תקשורת בהסדר המעגן את מכלול סמכויות המעקב הנתונות בידי רשויות המדינה, הן בהשגת תוכנו של מידע והן בהשגת נתוני תקשורת בלא תוכן. לענייננו, רלוונטי הפרק העוסק בעילות שבגינן ניתן לבקש נתוני תקשורת, המוסדר בסעיף 22(2) לחוק הנ"ל, ואשר פורש רשימת עילות רחבה ביותר על-בסיסה ניתן לקבל נתוני תקשורת. לא כל העילות מאפשרות לקבל את כל סוגי הנתונים, ובכל מקרה קבלתם כפופה לעקרון המידתיות (Proportionality). וכך הוגדרו העילות בחוק האנגלי:

- “(a) in the interests of national security;
- (b) for the purpose of preventing or detecting crime or of preventing disorder;
- (c) in the interests of the economic well-being of the United Kingdom;
- (d) in the interests of public safety;
- (e) for the purpose of protecting public health;
- (f) for the purpose of assessing or collecting any tax, duty, levy or other imposition, contribution or charge payable to a government department;
- (g) for the purpose, in an emergency, of preventing death or injury or any damage to a person’s



physical or mental health, or of mitigating any injury or damage to a person's physical or mental health; or (h) for any purpose (not falling within paragraphs (a) to (g)) which is specified for the purposes of this subsection by an order made by the Secretary of State"

מן הפירוט האמור עולה בבחירות כי רשימת העילות שבדין האנגלי רחבה בהרבה מן העילות שהוכרו בחוק נשוא העתירה שלפנינו. גם בדין האמריקאי, המבחן המקובל לצורך הצבת אמצעי המעקב מסוג Pen/Trap Devices - ואשר מחייבים צו שיפוטי - הינו מבחן רחב יחסית הבוחן האם הנתונים הנדרשים רלוונטיים לצורך "חקירה פלילית מתנהלת" ("Relevant to an ongoing criminal investigation"; ראו סעיף 3123(a)(1) בפרק 18 ל-U.S.C, המעגן כאמור את ECPA המוזכר לעיל). מעיון בסעיף 2703(d) בפרק 18 ל-U.S.C, שעניינו בתנאים הנדרשים לצורך הענקת צו שיפוטי לקבלת נתוני תקשורת (הקרובים לנתוני מנוי ולחלק מנתוני התעבורה בחוק הישראלי), ואף מסדיר אפשרות קבלת תוכנם של המסרים, עולה מבחן מחמיר יותר, אליו מתווסף התנאי כי מבקש ההיתר צריך להצביע על "Specific and articulate facts showing that there are reasonable grounds to believe that the contents of a wire or electronic communication, or the records or other information sought, are relevant and material to an ongoing criminal investigation". על-פניו אין המבחן האמריקאי מגביל את טיב החקירה וחומרתה, אך נראה כי בדומה לדין הישראלי כפי שפורש על-ידינו לעיל, נדרש כי המידע יתבקש עבור חקירה קונקרטית. הדין הקנדי, לעומת זאת, מאפשר הענקת צו שיפוטי כאשר מתקיימות שתי דרישות בלבד - לא ניתן היה להשתמש באמצעי חקירה אחרים (או שאלה נוסו וכשלו); והענקת הצו "would be in the best interests of the administration of justice" (ראו Criminal Code of Canada בסעיף 186(a)(1)), היינו בנסיבות בהן הענקת הצו תשרת בצורה הטובה ביותר את עשיית הצדק.

החלת ההסדר שבסעיף 3 על עבירות מסוג עוון

18. כאמור לעיל, טענתן השנייה של העותרות היא כי יש להחיל את החוק כולו - ואת סעיף 3 בפרט - על עבירות המוגדרות בדין העונשין הישראלי כ"פשע" ולא על עבירות המוגדרות כ"עוון". על-פי הטענה, החוזרת בשתי העתירות ואף בעמדת מועצת העיתונות, עבירות מסוג "עוון" משתרעות על פני היקף נרחב של עבירות, שחלק ניכר מהן אינן חמורות מספיק על מנת להצדיק את נקיטת הצעדים הפוגעניים המגולמים בחוק. לפיכך, על-פי הטענה, הענקת סמכות גורפת בחוק לקבלת צו שיפוטי עבור כל

עבירות העוון, בלי לערוך אבחנה פנימית בשים לב לחומרת העבירה, הינה גורפת ובלתי מידתית. כתימוכין לטענתן זו פנו העותרות לחוק האזנת סתר, המגביל את השימוש בסמכות הקבועה בו לעבירות מסוג פשע.

המדינה מצידה אינה סבורה כי טענות העותרות במישור זה מצדיקות את תיקונו של החוק, לא כל שכן את ביטולו. בפתח דבריה מבהירה המדינה כי רבות מן העבירות מסוג עוון הינן עבירות קשות, שכיחות ביותר הפוגעות באיכות החיים במדינה ובתקינותם. כך למשל ציינה המדינה כי עם עבירות אלה נמנות עבירות התקיפה, מרמה, זיוף, הפרת אמונים, חדירה למחשב שלא כדין, הטרדה מינית, הטרדה באמצעות מתקן בזק, שיבוש מהלכי משפט, הטרדת עד, מסירת ידיעה לאויב, איומים, גרימת מוות ברשלנות ועוד. כך גם נקבעו עבירות עוון חמורות בחוק השיפוט הצבאי. לפיכך נטען, כי הענות לסעד המבוקש ומניעת אפשרות מרשויות החקירה לקבלת נתוני תקשורת בגין עבירות מסוג עוון תפגע בצורה משמעותית ביכולת תפקודן של רשויות החקירה. לצד זאת, מבהירה המדינה כי קיימות עבירות מסוג עוון שלא ניתן לחוקרן בהעדר נתוני תקשורת, למשל עבירות כדוגמת הטרדה מינית במחשב או בטלפון. כן חזרה המדינה על עמדתה לפיה הפגיעה הנגרמת מקבלת נתוני התקשורת קלה בהרבה מהפגיעה הנגרמת מאמצעי חקירה אחרים, ביניהם האזנות סתר. נוכח זאת, על-פי טענת המדינה, אין הצדקה להטיל מגבלה הנוגעת לחומרת העבירה כשם שנקבע בחוק האזנת סתר. לאחר כל זאת, שבה המדינה והדגישה כי החוק קובע מנגנונים רבים שנועדו למנוע מקרים בהם יעשה שימוש לא ראוי בחוק, בכלל זה במסגרת עבירות עוון שאינן מצדיקות זאת - החל ממנגנון מפורט להגשת בקשות דרך מעורבותו של בית המשפט בהליך האישור, ועד למנגנוני הביקורת על השימוש שנעשה בחוק באמצעות הדיווחים לכנסת וליועץ המשפטי לממשלה.

19. חוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: חוק העונשין) קובע בסעיף ההגדרות שלו כי עבירה מסוג עוון הינה:

“עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים; ואם העונש הוא קנס בלבד – קנס העולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום”

הגדרה זו חלה על רבות מן העבירות שבספר החוקים הישראלי, ומשמעות הדברים הינה כי הסמכויות המוקנות לרשויות החקירה השונות בחוק נתוני תקשורת משתרעות על מתחם רחב של עבירות, שמידת חומרתן אינה אחידה. לפיכך, ניתן להבין את טענת העותרות לפיה החלה גורפת של ההסדר הקבוע בסעיף 3 בלא שנדרשות הרשויות לתת את הדעת לחומרת העבירה עלולה להצביע על פגיעה בלתי מידתית בזכות לפרטיות. נוכח האמור, התלבטנו לא מעט האם אכן קמה הצדקה להותיר את ההחלה הגורפת של עבירות העוון על ההסדר הקבוע בסעיף 3, או שמא מן הראוי גם במקרה זה להעניק לו פרשנות מצמצמת כך שרק במקרים בהם מדובר בעבירות עוון בעלות חומרה מיוחדת או כאלה שנתוני התקשורת הינן רכיב אינהרנטי בהן (למשל, חדירה למחשב) ניתן יהיה לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו כאמור.

בסופו של יום, באנו לכלל מסקנה כי היבט זה אינו מקים עילה להתערבותנו, וכי גם הסדר זה עומד במבחני המידתיות. ונפרט. בכל הנוגע למבחן המידתיות הראשון - אין מחלוקת כי קיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה - שכן הכללת עבירות העוון תסייע באופן משמעותי למשטרה להגשים את תכלית החוק, ונראה כי השמטתן באופן גורף מן ההסדר עתידה לפגוע ביכולת זאת. עם זאת כאמור לעיל, גם כאן מעורר מבחן המידתיות השני קשיים, שכן על-פניו יכול וצמצום סוגי העוונות עליהם יחול ההסדר יגשים את המטרה באופן דומה, ועם זאת יקטין את הפגיעה בזכות לפרטיות. עמדת המדינה בהקשר זה נשענת על מהות הבקשות על-פי סעיף 3. לשיטתה, אין הצדקה לעריכת הבחנה פורמלית בין סוגי עוונות שונים לצורך החלת החוק, ויש להתמקד בצורך העומד ביסוד הבקשה. לשם כך, לטענת המדינה, נקבעו בחוק מנגנוני איזונים ובלמים שאינם מתייחסים לקבלת נתוני תקשורת כעניין של מה בכך, אלא מציגים מנגנון מפורט להגשת הבקשה. מעבר לכך, בקשות אלה כאמור מועברות לאישור בית המשפט, המונחה לבחון את מכלול ההיבטים הצריכים לעניין, ובכלל זה את השאלה האם קבלת הנתונים לצורכי חשיפת העבירה הקונקרטיית אינם פוגעים במידה העולה על הנדרש בזכות לפרטיות. גם מערך הדיווחים לכנסת וליועץ המשפטי לממשלה אמור להבטיח כי השימוש בהסדר יעשה רק במקרים המתאימים.

בנסיבות העניין, נראה לנו כי המנגנונים הקיימים בחוק - ובעיקרם הליך הביקורת השיפוטית על הבקשה - יכולים, בוודאי בעת הזאת, ליתן מענה מספק לחששן של העותרות מפני שימוש לא ראוי בהסדר. לכך יש להוסיף כי מן הדיווחים שהוגשו בשנים 2009 - 2010 לכנסת באשר לשימוש שנעשה, עולה כי 60%-70% מן הבקשות

לקבלת צו שיפוטי הוגשו ואושרו בעבירות מסוג פשע. בכל הנוגע לעבירות מסוג עוון בעטיין התבקש צו שיפוטי, עולה כי בכל הנוגע לתקופה שבין חודש יולי 2009 לחודש יוני 2010, חלק ניכר מן העבירות הינן מסוג העבירות אשר נראה כי גם העותרות יראו כ"עבירות חמורות", בכלל זה עבירות איומים, גניבה, גרימת מוות ברשלנות, הטרדה, הצתה, הריגה, השחתת רכוש, גרימת נזק ועוד. נתונים אלה מצביעים על-פניהם כי אכן השימוש בהסדר שבסעיף 3 בכל הנוגע לעבירות עוון אינו נעשה כלאחר יד, ובוודאי שאין בנתונים אלה כדי ללמד על העדר המידתיות הנטען, הנובע מעצם הכללת עבירות העוון בגדרי הסעיף. בנסיבות אלה, ועל רקע הריסון שאנו נוקטים בכל הנוגע להתערבות בדבר חקיקה, לא מצאנו כי קמה הצדקה להתערבותנו בקביעתו זו של המחוקק. עם זאת, אין כל ספק כי על בתי המשפט אשר מאשרים את הבקשות השונות מוטלת מלאכה נכבדה - לשמור על כך שהשימוש בחוק נתוני תקשורת יעשה אך במקרים המחייבים זאת, ובהתאם לפרשנות אותה אימצנו לעיל. בהיבט זה ברי כי יהיה עליהם לבחון האם העבירות שבגינן התבקשו הצווים מחייבות על-פי טיבן ומהותן שימוש בסמכויות שמקנה החוק, נוכח הפגיעה בפרטיות הנגרמת ממנו. כן יהיה עליהם לתת את הדעת לכך שיכול והיקף הפגיעה מסוג מסוים של נתונים יכול להיות גבוה מסוג אחר.

יפים בהקשר זה דברים שנאמרו בבית המשפט העליון הקנדי בעניין R. V. *Araujo* [2000] 2 S.C.R 992, Par. 29, אשר ראוי כי ישמשו גם לבתי המשפט שלנו כנקודת מוצא לבחינת בקשות שונות לקבלת נתונים על-פי החוק:

"The authorizing judge stands as the guardian of the law and of the constitutional principles protecting privacy interests.

The judge should not view himself or herself as a mere rubber stamp... The authorizing judge should grant the authorization only as far as need is demonstrated by the material submitted by the applicant. The judge should remember that the citizens of his country must be protected against unwanted fishing expeditions by the state and its law enforcement agencies"

וכפי שנאמר שם, השופט הוא המופקד על שמירת החוק ועל הגנת הפרטיות ועליו לזכור שאזרחי המדינה צריכים להיות מוגנים מפני מסע דייג הנערך בידי רשויות אכיפת החוק.

בהינתן ההנחה כי אכן יעשה בסמכות זו שימוש במקרים המתאימים בלבד, סבורים אנו כי ההסדר הכולל את עבירות העוון עומד אף במבחן המידתיות השלישי, שכן הפגיעה הנגרמת בפרטיות מהחלתו עומדת ביחס ראוי לתועלת הצומחת מהשימוש בסמכויות שמקנה החוק.

20. נראה כי גם בהיבט הנוגע לסוגי העבירות המצדיקות קבלת נתוני תקשורת, אימצו שיטות משפט שונות הסדרים שונים, אשר בעיקרם מבוססים על אותם עקרונות. כך, למשל, נראה כי המחוקק האמריקאי כלל לא מצא להגביל את סמכות קבלת הנתונים בהתאם למסלול "הרגיל" - באמצעות צו שיפוטי כמפורט בפרק 18 ל-U.S.C - לסוג מסוים של עבירות. גם בדין האנגלי לא הוטלה מגבלה מסוג זה, כאשר העילות המתירות קבלת נתוני תקשורת הינן כאמור רחבות ביותר. עם זאת יצוין, כי ניתן למצוא בדין האנגלי הגדרה למושג "פשע חמור", וזאת אך בהתייחס לקבלת נתוני תוכן. בהתאם להגדרה זו, הוגדר פשע חמור כפשע שעליו ניתן לצפות כי על אדם בגיר ללא הרשעות קודמות רלוונטיות ייגזר בגינו עונש של 3 שנים ומעלה וכן פשע שבוצע בצוותא, פשע שביצעו היה כרוך שימוש באלימות או שכתוצאה ממנו נתקבל רווח כלכלי גבוה. מכך נראה כי גם המחוקק האנגלי קבע רף להגדרת "פשע חמור" שאינו מסתפק בהגדרת העבירה על-פי העונש הצפוי בגינה, אלא מביא בחשבון גם את נסיבות ביצועה. ראייה מהותית זו באשר לעבירה וחומרתה קרובה לעמדה שהציגה המדינה באשר למקרים בהם יכול ויהיה מקום לפעול בהתאם להסדר שבסעיף 3. לעומת זאת, הדין הקנדי, המסדיר את הסוגיה במסגרת ה-Criminal Code הקנדי, מצא לקבוע רשימה ענפה ביותר של עבירות מסוגים שונים, שהוגדרו כחמורות. הרשימה בקנדה כוללת למעלה ממאה עבירות (ראו סעיף 183 ל-Criminal Code). הנה כי כן, גם כאן רואים אנו כי מדינות שונות קבעו הסדרים שונים ביחס לסוגי העבירות בעטיין ניתן לבקש נתוני תקשורת. מכאן נוכל ללמוד כי למצער ניתן להצביע על מספר אמצעים להשגת המטרה, המגשימים את תכליתה באופן זהה, וברי כי לא ניתן לומר כי ההסדר שנקבע בישראל הינו הסדר החורג מההסדרים שהונהגו במדינות בעלות משטר חוקתי דומה. ההסדר אינו חורג, אפוא, ממתחם המידתיות באופן המצדיק את התערבותו של בית המשפט.

21. לפיכך, ובכל הנוגע להסדר הקבוע בסעיף 3, באנו לכלל מסקנה כי בכפוף לפרשנות שאומצה על-ידינו ולהערותינו לעיל, עומד ההסדר הקבוע בסעיף 3 בדרישת המידתיות, ולפיכך לא מצאנו כי קמה עילה חוקתית להתערבותנו.

סעיף 4 – צו מנהלי

22. סעיף 4 לחוק קובע הסדר שונה, שאינו מתלה את קבלת נתוני התקשורת בצו שיפוטי, אלא מאפשר לרשויות החקירה לקבל את נתוני התקשורת במקרים דחופים באמצעות צו של גורם מקצועי (להלן: ההסדר המנהלי). וזו לשון הסעיף:

<p>4. (א) קצין מוסמך רשאי, על פי בקשה של שוטר או של שוטר צבאי, לפי העניין, להתיר קבלת נתוני תקשורת ממאגר מידע של בעל רישיון בזק, בלא צו של בית המשפט לפי סעיף 3, אם שוכנע כי לשם מניעת עבירה מסוג פשע או גילוי מבצעה או לשם הצלת חיי אדם יש צורך, שאינו סובל דיחוי, בקבלת נתוני תקשורת כאמור, וכי לא ניתן לקבל בעוד מועד צו לפי סעיף 3.</p>	<p>היתר לקבלת נתוני תקשורת במקרים דחופים</p>
---	--

לטענת העותרות, ההסדר המופיע בסעיף 4 אינו מידתי, שכן הוא מאפשר לגורם מנהלי - שאינו גורם שיפוטי - להוציא צו המאפשר פגיעה חמורה בפרטיות, בלא ההגבלות המוטלות על בית המשפט בסעיף 3 - בעיקר בהתייחס לעניינם של בעלי מקצוע. את טענותיהן ביחס להסדר זה ממקדות העותרות, אליהן הצטרפה אף מועצת העיתונות, בשניים: טענתן הראשונה הינה כי הסמכות המוענקת לרשויות החקירה לקבל באמצעות צו מינהלי את נתוני התקשורת של בעלי מקצוע, ובהם בעיקר עיתונאים ועורכי דין, אינה מידתית. זאת, בעיקר בשל כך שלא הוטלו על סמכות זו מגבלות דומות למגבלות שהטיל החוק על הוצאת צו נתוני תקשורת בעניינם של בעלי מקצוע, שכן סעיף 4 - בשונה מסעיף 3 - כלל אינו מתייחס להיבטים הנוגעים לקבלת צו במקרים דחופים כאשר מדובר בבעלי מקצוע. בהתאם לטענה, מתן אפשרות לגורם מינהלי לפגוע בחסיון על-פי דין או יציר פסיקה בלא צו שיפוטי הינו בלתי מידתי. את טענותיהם של האחרונים שטחו בפנינו הגופים המייצגים את בעלי המקצוע המוזכרים; לשכת עורכי הדין הגישה, כאמור, עתירה העוסקת בפגיעה הנטענת בעיסוקם של עורכי הדין בשל הפגיעה בחסיון עורך דין לקוח. מועצת העיתונות הצטרפה לעתירה הכללית כ"ידידת בית המשפט", ושטחה את טענותיה בדבר הפגיעה הצפויה בעיסוקם של

עיתונאים בשל ההסדר המופיע בסעיף 4, נוכח חשיפתם הפוטנציאלית של מקורות עיתונאיים. מועצת העיתונות ביקשה מבית המשפט כסעד עיקרי כי יורה על בטלות הוראות סעיף 4 בכל הנוגע לעיתונאים, באופן שבקשה לקבלת נתוני תקשורת לגבי עיתונאים תתקבל אך בהתאם למנגנון שבסעיף 3(ב) לחוק, היינו בצו שופט בלבד, ורק אם יש יסוד לחשד שהעיתונאי מעורב בעבירה. הטענה השנייה כנגד ההסדר המופיע בסעיף 4, שהועלתה אגב התנהלותם של ההליכים, עסקה באופן הפעלתו של ההסדר, והשימוש הרחב יתר על המידה שנעשה בו, על-פי הטענה. בהקשר לכך גם נטען, כי הביקורת השיפוטית והמנהלית על הפעלת סמכויות רשויות החקירה מכוח ההסדר לוקה בחסר.

23. המדינה טענה בתגובותיה לטענות אלה, כי התועלת המושגת באמצעות הסדר זה עולה על הפגיעה בזכות לפרטיות הנגרמת בשל השגת נתוני התקשורת באופן דחוף ללא צו שיפוטי. לטענתה, הצורך בהצלת חיים או בגילוי מידי של עבריינים בזירות פשע מצדיק במקרים דחופים את הוויתור על הביקורת השיפוטית המגולמת בפנייה לבית המשפט כאמור בסעיף 3, בהתייחס לכלל האוכלוסייה, בלא צורך בהבחנה ייחודית בעניינם של בעלי מקצוע. כפי העולה מתגובת המדינה "המקרים הדחופים אליהם מתייחס סעיף 4 הינם מקרים קיצוניים... (ב) מקרים של הצלת חיים, (ב) מקרים דחופים של פענוח עבירה בהם בעל המקצוע הוא קורבן עבירה מסוג פשע או נעדר שיש דחיפות באיתורו, במקרים בהם יש צורך לקבל נתוני תקשורת של בעל המקצוע כדי למנוע עבירה מסוג פשע שבה הוא חשוד, וכיוצ"ב מקרים דחופים" (ראו סעיף 61 לתגובת המדינה מיום 22.5.2008). יתרה מכך נטען, כי השימוש בהסדר הדחוף נעשה במשורה, ובאופן מצומצם, על פי נוהלי המשטרה בעניין. כאמור לעיל, ביום 16.2.2009 העבירה המדינה לעיוננו את הנוהל המשטרתי המסדיר את השימוש בחוק כפי שגובש בעקבות כניסת החוק לתוקפו. הנוהל מבוסס על הוראת סעיף 4(ו) לחוק הקובע כי "המפקח הכללי... יקבע הוראות לעניין סעיף זה, לרבות אופן מתן ההיתר... ורשאי הוא לקבוע הוראות שונות בהתאם לנימוקים למתן ההיתר ולנסיבות שבהן ניתן". הנוהל מוסיף על החוק דגשים והבהרות, ובשתי נקודות משמעותיות הוא מצמצם את שיקול הדעת המוענק בחוק לקצין המוסמך. כך, בעניין השיקולים שעל הקצין המוסמך לבחון בטרם יאשר קבלת נתוני תקשורת ללא צו שיפוטי, משווה הנוהל בין אלה ובין השיקולים שעל הקצין לבחון בטרם יפנה לקבלת צו שיפוטי ומוסיף בכך שיקולים נוספים על קיומו של הצורך הדחוף למנוע עבירה, לגלות את מבצעה או להציל חיי אדם. בין שיקולים אלה מצויים גם סוג נתון התקשורת המבוקש, חומרת העבירה ומידת הפגיעה במי שאינם חשודים.

לעניין בעלי מקצוע, מבחין הנוהל בין עיתונאים לבעלי מקצוע אחרים, המוגדרים בנוהל: עורך דין, רופא, עובד סוציאלי, כהן דת, פסיכולוג, שר בממשלה וחבר כנסת. בנוגע לקבלת נתוני תקשורת באופן דחוף לגבי בעלי מקצוע, קובע הנוהל כי: "אם המנוי הוא בעל מקצוע, יש לקחת זאת בחשבון באופן מיוחד ולערוך את האיזון הנדרש בין אפשרות הפגיעה בחיסיון של בעל המקצוע לעומת התועלת שעשוי (כך במקור – ד' ב') להיות לנתוני התקשורת באותו תיק חקירה בשים לב לחומרת העבירה, נסיבות ביצועה, האפשרות שנתוני התקשורת אכן יביאו לגילוי האמת וחשיפת העבריינים" (סעיף 7ב(4) לנוהל). לעניין עיתונאים נקבע בנוהל הסדר מצמצם יותר הקובע כי "ככל שידוע כי המנוי הוא עיתונאי, שאינו החשוד בעבירה ואינו הקורבן, לא יאשר הקצין המוסמך קבלת נתוני תקשורת מסוג נתוני תעבורה (רשימת שיחות יוצאות ונכנסות) לגביו". הבחנה זו נשענת בין היתר על עמדת המדינה, כפי שפורטה לעיל, לפיה פרט לעניינם של עיתונאים, אין חוק נתוני תקשורת פוגע בחסיונות השונים של בעלי המקצוע, בהעדר סמכות לקבלת תוכן של שיחות. עם זאת, מסכימה המדינה כי יש לתת את הדעת לסוגיית החסיונות השונים במסגרת קבלת החלטה על הענקת צו מינהלי, והדבר מסור לשיקול דעתו של הקצין המוסמך. בהתאם למערכת איזונים זו, סבורה המדינה כי ההסדר שגובש על-ידה בנסיבות העניין הינו ראוי ומידתי.

(א) האם ההסדר הקבוע בסעיף 4 הוא מידתי?

24. על פניו, ברי כי ההסדר הקבוע בסעיף 4 מצומצם יותר מההסדר הקבוע בסעיף 3. כך, נקבע כי הוא חל על עבירות מסוג פשע בלבד, ומובהר בלשונו - ואף המדינה הבהירה זאת בתגובתה - כי הוא חל במקרים קונקרטיים שבהם ישנו צורך דחוף במניעת עבירה, בגילוי מבצעה או בהצלת חיי אדם. בכך למעשה מוחלת גם בעניינו של סעיף 4 קביעתנו הפרשנית, לפיה אין הוראות החוק מקנות סמכות לקבלת צו בנסיבות בהן הצו מבוקש לצורכי פעילות מודיעינית כללית לגילוי עבירות. זוהי אכן פרשנותו הראויה של הסעיף. כמו כן, סעיף 4 מאפשר את קבלת נתוני התקשורת באופן דחוף רק למשטרה או למשטרה הצבאית החוקרת, ולא לרשויות החקירה האחרות; והוא תקף רק ל-24 שעות.

עם זאת, ההסדר מרחיב את סמכות רשויות החקירה לקבל נתוני תקשורת ללא צו שיפוטי. כך למשל, עד מועד כניסתו לתוקף של החוק פעלו רשויות החקירה בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה (90.013) 4.210 (מסירת מידע מחברות הטלפון לגופים בעלי סמכות חקירה), הקובעת כי לא ניתן יהיה להשיג נתוני תקשורת (שאינם שמו, כתובתו או מספר הטלפון של המנוי) ללא צו שיפוטי, אלא אם חלה במקרה הנדון



הגנת הצורך. רף זה, המחייב סכנה דחופה ומיידית המצדיקה קבלת נתוני תקשורת, הונמך בהסדר הנוכחי. כמו כן, ההסדר חסר את ההגבלות על שיקול הדעת המופיעות בסעיף 3, ובפרט הגבלת העברת נתוני התקשורת של בעלי מקצוע. על פי הסדר זה, כפי שהוא מופיע בחוק, ניתן לכאורה להעביר את נתוני התקשורת של בעל מקצוע ללא כל הגבלה באישור קצין מוסמך, כאשר הוא סבור שיש בכך צורך דחוף. הגבלות אלה, גם אם לא במלואן, מופיעות בנוהל המשטרה, המסדיר הן את שיקול הדעת של הקצין המוסמך לאשר היתר מנהלי והן את קבלתם של נתוני תקשורת של בעלי מקצוע.

טענות העותרות בהקשר זה משקפות שני היבטים. הראשון, ההיבט הנוגע למישור שיקול הדעת המינהלי. בהקשר זה נטען על-ידי העותרות כי יש להטיל על אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי מגבלות נוספות מעבר לאלה שצוינו מפורשות בסעיף 4. ההיבט השני נוגע לגוף הפגיעה הנגרמת בהתאם לטענה בחסיונות השונים בעקבות החוק.

25. נקודת המוצא המחייבת לבחינת מידתיותו של ההסדר נשענת על קביעתנו הנזכרת לעיל לפיה ככלל - למעט בעניינם של עיתונאים - אין בחוק נתוני תקשורת כדי לפגוע בחסיונות מקצועיים שונים. זאת, בשים לב להיקפם של חסיונות אלה כפי שהוכרו במשפט הישראלי אל מול הנתונים שניתן לקבל תוך שימוש בהסדרי החוק. בהעדר פגיעה כאמור, לכאורה אין לומר כי העדר התייחסות לעניינם של בעלי מקצוע במסגרת סעיף 4 מקימה לעצמה עילה חוקתית לביטול החוק. דברים אלה מקבלים משנה תוקף במיוחד נוכח העובדה כי תכליות הסעיפים 3 ו-4 אינן זהות; בעוד שהוראות סעיף 3 נועדו לאפשר קבלת נתוני תקשורת במקרים המפורטים בסעיף, ואשר על-פי טיבם ומהותם נותנים בידי הרשויות זמן מספיק לשם פנייה לבית המשפט, הרי שסעיף 4 נועד ליתן בידי משטרת ישראל והמשטרה הצבאית החוקרת כלי לשימוש במקרים בהם קיים צורך דחוף שאינו טובל דיחוי המחייב קבלת נתונים אלה ללא פנייה לבית המשפט. הבחנה זו בין תכליות הסעיפים יכולה על-פניה להצדיק אף הבחנה בעניינם של בעלי מקצוע, כך שבנסיבות בהן מדובר בצורך דחוף, למשל במקרים של הצלת חיים או בשל חומרת העניין, המשקל שיש לתת להגנה על פרטיותם יפחת. במצב דברים זה, נתקשה לומר כי אך בהעדרו של סעיף מפורש בחוק המתייחס לבעלי מקצוע יש כדי להוות פגם חוקתי המצדיק את התערבותנו.

26. עם זאת, וחרף השונות בתכליתם של ההסדרים, לא יכולנו שלא לתמוה מדוע מצא המחוקק להציג במסגרת סעיף 3 הסדר כה מפורט - התוחם את אופן הפעלת שיקול דעתן של הרשויות המינהליות ושל בתי המשפט הדנים בבקשות לקבלת נתונים

- ואילו במסגרת סעיף 4, שעניינו באופן הפעלת שיקול דעתה של הרשות המינהלית בלבד, לא הוצג פירוט דומה, ולו בקירוב. גם לא שוכנענו - ולא נטען בפנינו - כי קיים קושי מיוחד בקביעת אמות מידה מנחות מפורטות יותר גם במסגרת ההסדר שבסעיף 4, שיתנו משקל ראוי לתכליתו השונה. כך למשל, בעניינם של בעלי מקצוע קובע סעיף 3 כי "לא יתיר בית המשפט קבלת נתוני תקשורת... אלא אם כן שוכנע בהסתמך על פירוט ברור לכך במסגרת הבקשה, שיש יסוד לחשד שבעל המקצוע מעורב בעבירה שבקשר אליה הוגשה הבקשה". כאמור, נוכח השוני בין ההסדרים, לא מצאנו כי קמה חובה על המחוקק בקביעת הסדר זהה. עם זאת, וברוח קביעת המחוקק בסעיף 3, ראוי הוא כי גם במסגרת הפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 4 לחוק, למצער תיתן הרשות דעתה לעובדת היותו של המנוי בעל מקצוע, ותקבל החלטתה האם יש מקום לקבלת נתוני תקשורת בעניינו בשים לב לאיזון הראוי בין הפגיעה בפרטיות לבין הצורך הדחוף המחייב את קבלתם; כן יובאו בגדר השיקולים גם הסייגים המתחייבים מהעובדה שהפרטים המבוקשים מערבים בעלי מקצוע שיש להם עניין מיוחד שלא לחשוף את הנתונים. ברי כי במסגרת זו תוכל גם הרשות לשקול האם יש מקום להורות על קבלת הנתונים גם בנסיבות בהן בעל המקצוע עצמו אינו מעורב בעבירה.

לשונו של החוק בוודאי אינה מגבילה פרשנות כזו בדבר אופן הפעלתה של הסמכות הקבועה בסעיף 4 לחוק. היא גם מתיישבת עם תכליתו הפרטיקולרית של ההסדר - שכן אינה מונעת הוצאת צו מתאים במצבים דחופים בעניינו של כל אדם, בהתאם לצורכי הרשויות המוסמכות. כן יש בה כדי ליצור הרמוניה פנימית בין סעיפי החוק, בהעניקה משקל רב יותר לחובת שקילתה של הזכות לפרטיות עת עסקינן בבעלי מקצוע, ברוח קביעתו של המחוקק עצמו בסעיף 3. בנוסף, מגשימה פרשנות זו את תכליתו הכללית של דבר החקיקה, שכן היא נותנת משקל רב יותר לזכות החוקתית לפרטיות. בכך מהווה פרשנות זאת את האמצעי שפגיעתו פחותה, תוך הגשמת תכליתו של ההסדר באופן דומה. לפיכך, נראה לנו כי פרשנות זו היא הפרשנות הראויה לאופן בו על הרשות להפעיל את הסמכות שהוענקה לה בסעיף 4.

יצוין, כי דברים אלה יפים הלכה למעשה לא רק להיבטים הנוגעים לבעלי המקצוע, כי אם למכלול ההיבטים העולים מסעיף 3 ולהגבלות על שיקול הדעת השיפוטי שנקבעו בו על-ידי המחוקק, אשר מן הראוי כי ינחו כמובן גם את הרשות המינהלית בהפעלת סמכותה על-פי ההסדר שבסעיף 4. למעשה, ניתן לראות במגבלות שהטיל סעיף 3 חלק ממכלול שיקולים רלוונטיים שיש לבוחנם במסגרת הפעלת הסמכויות הקבועות בחוק, בשים לב לשוני בתכלית ההסדרים. היבט זה הוא למעשה שיקוף של עקרון היסוד במשפט המינהלי, לפיו מחויבת רשות להפעיל את סמכותה

תוך שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים והימנעות משקילת שיקולים זרים (דפנה ברק ארז משפט מנהלי – כרך ב 642 (התש"ע); בג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו פ"ד מב(2) 309, 324 (1988)). כך למשל, לצד ההתייחסות המיוחדת לבעלי מקצוע אליה נדרשנו בהרחבה, נראה כי קודם קבלת החלטה להתיר קבלת נתוני תקשורת מן הראוי כי תינתן הדעת, בין היתר, גם לסוג נתון התקשורת המבוקש, מידת הפגיעה במי שאינם חשודים, חומרת העבירה, מידת הדחיפות והיכולת לפנות למסלול השיפוטי הקבוע בסעיף 3, אפשרות שיש לה לתת לה עדיפות ראשונה. יצוין, ולמען הסר ספק, כי נוכח ההבדלים בנסיבות הפעלתם של ההסדרים, אין הרשות מחויבת ליתן משקל דומה לכל אחד מן השיקולים האמורים, וההחלטה תתקבל בשים לב לנסיבות העניין הפרטניות. עם זאת, נראה כי הפעלתה של הסמכות הקבועה בסעיף 4 מחייבת כאמור בחינה קפדנית במיוחד של מכלול השיקולים כאמור.

27. נראה כי תפיסה זו באשר לאופן הפעלתה של הסמכות שבסעיף 4, ביחס לבעלי מקצוע - ובכלל - מקובלת גם על המדינה. כך, נטען בתגובה שהוגשה מטעמה כי ההסדר המינהלי שבסעיף 4 נועד לשימוש בעיקר במקרים קיצוניים בהם בעל המקצוע הוא קורבן עבירה או חשוד בעבירת פשע או כאשר מדובר במקרים קיצוניים של הצלת חיים. בהינתן האמור, נראה כי ממילא אף המדינה סבורה כי הפער בין המגבלות שמטיל ההסדר שבסעיף 3 לאלה המחייבות את מבקש הנתונים על-פי סעיף 4 אינו כה גדול. כזכור, עיקר טענת העותרות הינה כי ההסדר בסעיף 4 אינו מידתי משאינו קובע תנאים דומים לתנאים שנקבעו בסעיף 3 לחוק. לפיכך, בשים לב לפרשנות הראויה המחייבת הפעלת שיקול דעת המביא בחשבון את מכלול נתוני הצורך בקבלת נתוני התקשורת, ונוכח עמדת המדינה ביחס ליישום כלל זה, נראה כי טענת העדר המידתיות בעניינו של ההסדר הקבוע בסעיף 4 נשמטת.

כזכור, מטרת ההסדר המנהלי - הצלת חיי אדם, מניעת עבירות חמורות מסוג פשע או גילוי מהיר של עברייני שביצע עבירת פשע - מושגת באמצעות השימוש בכלי זה, המונע את הצורך בפנייה לבית המשפט והמתנה להוצאת צו שיפוטי. לכלי זה יש כמובן מגבלות וסייגים, וברור כי השימוש בו צריך להיעשות רק במקרים בהם לא ניתן לעשות שימוש ב"דרך הראשית" - בקשה לקבלה צו שיפוטי בהתאם לסעיף 3. כך נראה, כי יתקיים קשר רציונלי בין המטרה לאמצעי, וכי ההסדר יופעל רק כאשר מטרה זו לא תוכל להיות מושגת באמצעים אחרים; זאת בנסיבות שעצם הפנייה לבית המשפט תימנע מהמטרה את היכולת להשיג נתוני תקשורת "בזמן אמת", במקרים דחופים ביותר המחייבים זאת. גם אם הליך פנייה לבית המשפט יכול להיעשות במהירות האפשרית, הרי שברי כי אינו יכול להתרחש באותה המהירות שבה מתרחשת פניה

לקצין המוסמך שהוא נגיש תמיד, וניתן להשיג לאלתר את אישורו לקבלת נתוני התקשורת. על כך יעידו למשל הדוגמאות שהציגה המדינה באשר למקרים בהם נעשה שימוש בפרוצדורה זאת. לצד זאת, נראה גם כי המשטרה מכירה בפוטנציאל הפגיעה בפרטיות המגולם בהליך המנהלי, ולפיכך הפרשנות הראויה לשימוש בסמכות כפי שנקבעה על-ידינו, ואשר נראה כי היא מקובלת על המדינה, מטילה מגבלה נוספת על שיקול הדעת של הקצין המוסמך. הגבלות אלה, וההקפדה על שימוש בהליך המנהלי במקרים דחופים וחמורים בלבד, משקפות לשיטתנו איזון ראוי בין הפגיעה בזכות לפרטיות לבין הצורך המתעורר לפעולה מיידית של המשטרה.

תפיסה זו, באשר לדרך בה יש להפעיל את הסמכות הקבועה בסעיף 4 מצאה את ביטוייה גם בנוהל המשטרה, המבטא לשיטת המשטרה את האיזון הראוי בין הפגיעה בפרטיות לתכלית שבהשגת הצו על-פי סעיף 4. בנוגע לבעלי מקצוע, ובדומה לאופן בו גם לשיטתנו ראוי להפעיל את הסמכות, מדגיש הנוהל את חשיבות השמירה על פרטיותם ופרטיות לקוחותיהם, ומחייב את הקצין המוסמך לבחון ביתר תשומת לב את הצורך בצו מנהלי בעניינם, בשים לב לחומרת העבירה, נסיבות ביצועה, האפשרות שנתוני התקשורת אכן יביאו לגילוי האמת ולחשיפת עבריינים. עם זאת, הנוהל אינו מחיל את מלוא המגבלות שקובע סעיף 3, ואינו מגביל את השימוש בצו המנהלי לעניין בעלי מקצוע רק למקרים שבהם הם מעורבים בעבירה - למעט במקרים של עיתונאים. כאמור, לשיטתנו, תכלית ההסדר העומדת ביסוד סעיף 4 אינה זהה לתכלית לשמה נועד סעיף 3, ולפיכך היא אינה מחייבת יצירת זהות בין ההסדרים. שוני זה מתבטא כאמור גם בצמצום ההסדר שבסעיף 4 בהיבטים מסוימים לעומת ההסדר שבסעיף 3. כאמור, בעצם שיבוצן של המגבלות בנוהל אין כדי ללמד על היותן הפרשנות הראויה לאופן הפעלתה של הסמכות שבסעיף 4. ברם, הנוהל מבטא את עמדתה של הרשות בעניין זה, ונתון זה מצטרף למכלול הנתונים המובילים למסקנה כי הפרשנות שהוצגה על-ידינו לעיל היא הפרשנות הראויה.

נוכח האמור, בשים לב לתכלית לה נועד סעיף 4, ההכרה בחשיבותם של מקרים בהם צורך דחוף יכול להצדיק פגיעה בחסיונות בעלי מקצוע, והפגיעה המצומצמת ממילא הנגרמת בחסיונות אלה מקבלת הנתונים שמתיר החוק, נראה לנו כי ההסדר המופיע בסעיף 4 כפי נוסחו, בשים לב לפרשנותו הראויה, המחייבת לתת את הדעת לסוגיית חסיונותיהם של בעלי מקצוע ולהיבטים נוספים כאמור לעיל, אינו מחייב הגבלה חקיקתית נוספת של סמכות הרשות בהקשר זה. הסדר זה, שבא לידי ביטוי גם בנוהל המשטרה, מבטא איפוא לשיטתנו את נקודת האיזון הראויה שבין

הגנה על הזכות לפרטיות לבין הצורך הדחוף העולה לעיתים בהשגת נתוני תקשורת, וככזה מצאנו כי הוא מקיים את מבחני המידתיות.

28. כפי שהזכרנו לעיל, וכאמור המדינה מסכימה לגישה זו, יש מקום ליחס שונה לחיסיון העיתונאי. לפיכך, נכון עשתה המדינה עת קבעה תנאים מיוחדים בעניינם של העיתונאים במסגרת הנוהל. כאמור, בהתאם לנוהל, אם המנוי הוא עיתונאי שאינו חשוד בעבירה או הקורבן, לא יאשר הקצין המוסמך קבלת נתוני תקשורת מסוג נתוני תעבורה. בכך זוכה החיסיון העיתונאי להגנה מיוחדת בנוהל. עם זאת, במקרים שבהם מצוי העיתונאי בסכנה לחייו, או שבהם העיתונאי עצמו חשוד בעבירות – ונזכיר, המדובר בעבירות מסוג פשע בלבד – ובנסיבות חריגות ויוצאות דופן כאשר לא ניתן, בשל הדחיפות הנובעת מהן, לפנות לבית המשפט לצורך קבלת צו שיפוטי, יש אכן מקום לאפשר קבלת נתוני ההתקשרות של עיתונאים, גם אם יכול ויהיה לכך מחיר של פגיעה בחיסיון מקורותיו. בנסיבות כגון דא, לשיטתנו אין בסיס לטענה כי הפגיעה הנגרמת בחיסיון העיתונאי אינה מידתית. גם כאן נזכור, כי הנוהל משקף את האופן בו מפרשת הרשות את החוק ביחס לעניינם של עיתונאים. כאמור, במסגרת פעילותנו הפרשנית, רשאי הפרשן לפנות - בין שאר המקורות המסייעים לו בהבנת תכלית החקיקה ופרשנותה הראויה - אל המידע המצוי אצל הרשות המבצעת, כפי שהתגלה בחקיקת המשנה שיצאה מתחת ידה (ראו פרשנות החקיקה 346, 800-802). מידע זה אינו מחייב כמובן את בית המשפט, ככל שהוא סבור כי ישנו פירוש ראוי יותר לחוק, אך הוא יכול לסייע במהלך הפרשני ובאיתור תכלית החקיקה (ראו בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 550 (1990)). בענייננו נדמה, כי אף אם אין מדובר בחקיקת משנה אלא בנוהל מדרג נורמטיבי נמוך יותר, יש בנוהל כדי ללמד כי תכליתו של החוק בעיני הרשות המבצעת והפרשנות שאומצה על-ידה במסגרתו מתיישבת עם הפרשנות שקבענו לעיל. בנסיבות העניין, נראה כי הפרשנות הראויה היא זו בה נוהגת המדינה, ואף בשל כך מן הראוי לאמצה.

29. להשלמת התמונה נציין, כי הסדר דומה להסדר העולה מן הנוהל הישראלי מצוי בדין האנגלי, שגם בו מוסדר היחס השונה לבעלי מקצוע בנוגע לאיסוף נתוני תקשורת בנוהל ולא בחוק (Interception of Communications: Code of Practice (London, 2002)). גם שם, קובעות הוראות סעיף 3.2 ו-3.9 לנוהל כי יש לנקוט זהירות מרבית בעת התרת גישה לנתוני תקשורת בעניינם של מי שאינם בעלי זיקה ישירה לנתונים המבוקשים ובמיוחד בנסיבות בהן המידע פוגע בחסיונות המוכרים בדין, או נתונים אישיים שעל-פי טבעם נשמרים בדרך כלל בצנעה או בסודיות. וכך לשון הוראות סעיף 3.2 לנוהל:

### "Confidential Information

3.2 Particular consideration should also be given in cases where the subject of the interception might reasonably assume a high degree of privacy, or where confidential information is involved. Confidential information consists of matters subject to legal privilege, confidential personal information or confidential journalistic material...

For example, extra consideration should be given where interception might involve communications between a minister of religion and an individual relating to the latter's spiritual welfare, or where matters of medical or journalistic confidentiality or legal privilege may be involved".

עם זאת, החוק והנוהל שם אינם אוסרים העברת נתונים חרף החסיונות האמורים (אף בעניין חסיונות עיתונאים). העברת נתונים כאמור כפופה לעקרון המידתיות, המשתרע כעקרון-על להפעלת מכלול ההסדרים בחוק (ראו סעיף 3.5 לנוהל). לעניין זה ראוי לציין, כי הנוהל האנגלי אושר על ידי הפרלמנט. גם הדין הקנדי, בו מוסדר הטיפול בנתוני תקשורת באמצעות ה-Criminal Code, מאפשר נגישות לנתוני תקשורת של עורכי דין באמצעות צו שיפוטי, אך זאת רק בנסיבות בהן עורך הדין עצמו מעורב בעבירה הנחקרת, או עתיד להיות קורבן שלה (סעיף 186 לחוק הפלילי הקנדי). בכך דומה ההסדר הקנדי להסדר הקבוע בסעיף 3 לחוק הישראלי, ובמידה רבה, כפי הפרשנות שאומצה על-ידינו, אף לאופן בו מיושם ההסדר שבסעיף 4 בעניינם של בעלי מקצוע.

30. כאמור, מלכתחילה לא שוכנענו כי בשים לב לתכליתו הייחודית של סעיף 4 ופוטנציאל הפגיעה המצומצם בחסיונות רוב בעלי מקצוע בעקבות קבלת הנתונים שמתיר החוק, אין בהעדר התייחסות מיוחדת בסעיף לעניינם של בעלי מקצוע כדי להצביע על העדר מידתיות. מקל וחומר שכך הם הדברים נוכח פרשנותו הראויה של הסעיף באשר למקרים בהם יש לעשות שימוש בהסדר הקבוע בסעיף 4, המקובלת גם על המדינה. כאמור, את עניינם של העיתונאים ראינו באור שונה במקצת, אך נראה לנו כי ההתייחסות המיוחדת שניתנה לעיתונאים במסגרת הנוהל מבטאת הלכה למעשה פרשנות ראויה של ההסדר שבסעיף 4 ביחס אליהם. נוכח כל האמור לעיל, באנו לכלל

מסקנה כי עסקינן בהסדר מידתי, המאזן באופן ראוי בין תכליות החוק לבין הפגיעה בזכות לפרטיות. גם כאן, ובדומה להליך הפרשני שנערך על-ידינו בעניינו של סעיף 3, רואים אנו את הנוהל המשטרתי והמגבלות שהוטלו במסגרתו כמשקפים את פרשנותו הראויה של החוק. פרשנות זו מתיישבת כאמור עם לשון החוק, ומגשימה את תכליותיו. פרשנות זו מתיישבת גם עם חובתנו לריסון שיפוטי בהתערבות בחקיקת הכנסת, ועם תפיסות היסוד של שיטתנו המשפטית. לפיכך, מצאנו לאמצה (והשוו: בג"ץ 1911/03 האגודה לזכויות האזרח נ' שר האוצר (טרם פורסם, 12.11.2003)).

נציין, כי לא נעלמה מעינינו טענת העותרות לפיה יש בידי המדינה לפעול לשינוי הנוהל או אף לבטלו כליל. כן נתנו דעתנו לטענת העותרות לפיה אין בכוחו של הנוהל "לרפא" פגם חוקתי שנפל בחוק, ככל שקיים כזה. עם זאת, נוכח קביעתנו באשר לפרשנות הראויה לסעיף 4 לחוק, והשתקפותה המפורטת בנוהל שהציגה המדינה, איננו סבורים כי קמה עילה להתערבות מטעמנו בהסדר החוקי כפי נוסחו. מטבע הדברים, יכול ושינוי בהתנהלות הרשות יביא אף לשינוי מהותי בנקודת האיזון שמציב החוק. שינוי זה יכול ויקים עילה חדשה נגד החוק, בוודאי במישור המינהלי ויתכן ואף במישור החוקתי. אך אל לנו להקדים את המאוחר, ואין לנו אלא להניח כי השימוש בהסדר המנהלי יעשה בהתאם לפרשנות הראויה - שימוש במשורה, במקרים קיצוניים, לצורך טיפול בעבירות המחייבות זאת ורק במקרים בהם מחמת הדחיפות התברר כי לא ניתן לקבל צו מבית המשפט בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 3. זאת, כאשר המניעה מפנייה לבית המשפט נובעת מנסיבות הקשורות בהצלת חיים או נסיבות קשות אחרות, והכל תוך התחשבות במגוון שיקולים ביניהם היות המנוי בעל מקצוע, מידת מעורבותו בעבירה, סוג הנתונים המתבקשים וכיו"ב.

יצוין עם זאת, ולהשלמת התמונה, כי יתר הרשויות המוסמכות על-פי דין לא הניחו בפנינו נוהלים דומים לנוהל המשטרתי, ואשר נוגעים לאופן הפעלת הסמכויות על-ידן. חובה לקביעת נהלים כאמור הוטלה על מצ"ח במסגרת סעיף 4(ו) לחוק. בשים לב לקביעותינו הנוגעות לפרשנות הראויה לאופן הפעלת הסמכויות בחוק, והלימתה עם העקרונות שהותוו אף בנוהל המשטרתי, אנו מניחים כי גם יתר הרשויות הפועלות בהתאם לחוק לא יעשו שימוש בסמכויותיהן על-פי החוק מבלי שיחילו על פעולותיהן אמות מידה דומות להפעלת הסמכויות שבחוק, ויגבשו נוהלים מתאימים שיסדירו היבטים אלה.

(ב) יישום החוק הלכה למעשה

31. במהלך התקופה בה היו העתירות תלויות ועומדות, הוסיפו העותרות למערך טיעוניהן טענה נוספת, הנוגעת בעיקרה ליישומן של החוק בשנים שחלפו מאז נכנס לתוקף. בליבו של קו טיעון זה ניצב חששן של העותרות כי הסמכויות שמעניק החוק ינוצלו על-ידי רשויות החקירה גם במקרים בהם יתכנו פתרונות אחרים, פוגעניים פחות, בהם יוכלו הרשויות לעשות שימוש. כתמיכה לטיעוניהם אלה, ניתחו העותרות את הנתונים שהציגה המדינה באשר להיקף השימוש שנעשה בחוק, המלמדים לשיטתן על שימוש היתר שנעשה בסמכויות שמקנה החוק. העותרות אמנם ביקשו לבסס באמצעות טיעון זה עילה חוקתית לביטול החוק, אך נראה כי בסופו של דבר רגליה של טענה זו נטועות במישור המשפט המינהלי, ומופנות כלפי אופן הפעלת הסמכויות שמקנה החוק. העותרות מבקשות אם כן להצביע על פגם בשיקול דעתן של הרשויות באופן הפעלת החוק, ולמצער להביע חשש עתידי באשר לאופן בו יופעל שיקול דעת זה.

32. מן החומר שהונח לפנינו, נראה אכן כי העותרות אינן היחידות שחוששות מהיקף השימוש שיעשה בסמכויות שמקנה החוק. גם ועדת חוקה, אשר דנה בשנת 2008 בבקשה לאישור תקנות שנועדו להסדיר את מאגר הנתונים על-פי סעיף 6 לחוק, הביעה באזני המשטרה חששות דומים. כך עולה למשל מעיון בפרוטוקולי הדיון בוועדת חוק חוקה ומשפט שהתקיימו ביום 13.8.2008 וביום 9.11.2008, במסגרתם שב והביע יו"ר הוועדה דאז, פרופ' מנחם בן ששון, עמדתו לפיה יש לפרש את החוק בצמצום. כן הובע חשש שמא המשטרה עושה שימוש נרחב יתר על המידה בסמכויות שהוקנו לה בחוק. גם ועדת החוקה בכנסת הנוכחית, בראשות ח"כ דוד רותם, אשר התכנסה ביום 2.2.2010 לצורך מעקב אחר הפעלת החוק, חזרה והדגישה את החשיבות שבשימוש נכון וזהיר בכלים שמקנה החוק.

העותרות מצידן ביקשו לעשות שימוש בחששות שהביעה ועדת חוקה בדיוניה ביום 13.8.2008 כתימוכין לעמדתן באשר לשימוש שנעשה בסמכויות שבחוק, וטענו כי אלה מלמדים על כי הוראות החוק הופרו על-ידי משטרת ישראל. המדינה בתגובותיה לטענות אלה הבהירה כי ככל שהדברים נוגעים להיבטים שעלו במסגרת ועדת החוקה בדיוניה בשנת 2008, דובר בעיקרם של דברים בתקלות שמקורן בעובדה כי יישום החוק נמצא בתחילת דרכו. לצד זאת דחתה המדינה בתוקף את טענות העותרות לפיהן מפרה המשטרה את הוראות החוק.



בכל הנוגע לנתוני השימוש עצמם, הניחה בפנינו המדינה נתונים מועטים ביותר, המתייחסים רק לשימוש שנעשה בהסדר המופיע בסעיף 4 לחוק (צו מינהלי) החל ממועד כניסתו לתוקף (יוני 2008) ועד לסוף שנת 2008. מנתונים אלה עלה כי סך הכל התבקשו 546 היתרים הנוגעים למקרים של הצלת חיים, 85 הנוגעים למניעת עבירות פשע עתידיות ו-124 היתרים לגילוי מבצעי פשע שכבר בוצע.

עם זאת, מעיון בפורטל ועדת החוקה באתר האינטרנט של הכנסת התחוויר כי עד כה הוגשו לוועדה על-ידי הרשויות השונות שני דו"חות שנתיים בהתאם לחוק (ניתנים לצפייה בכתובת [http://www.knesset.gov.il/huka/FollowUpLaw\\_2.asp](http://www.knesset.gov.il/huka/FollowUpLaw_2.asp)). מן הדיווח הראשון שהגישה משטרת ישראל, הרלוונטי לתקופה שמיום 27.6.2008 - 30.6.2009, עולה כי בהתאם לסעיף 3 לחוק (צו שיפוטי) הוגשו ואושרו 9,603 בקשות. מתוכן 9,227 בקשות למטרת גילוי עבריינים וחקירת עבירות, 252 למטרת הצלת חיי אדם ו-124 למטרת חילוט רכוש. החלוקה הפנימית בין עבירות פשע ועוון אינה ברורה. עם זאת, מהשלמה שהוגשה ליו"ר ועדת החוקה ביום 1.2.2010 עולה כי בכל הנוגע לשנת 2009, למעלה מ-60% מסך העבירות בעטין התבקש הצו היו עבירות מסוג פשע. לעומת זאת, מן הדיווח השני שהגישה המשטרה, הרלוונטי לתקופה שבין 1.7.2009 - 30.6.2010, עולה כי בהתאם לסעיף 3 הוגשו ואושרו 14,133 בקשות, היינו עלייה של כ-4,500 בקשות (עלייה של כ-50%). מתוך הבקשות שהוגשו בתקופה זאת, 13,946 הוגשו למטרת גילוי עבריינים וחקירת עבירות, 185 למטרת הצלת חיי אדם ו-2 למטרת חילוט רכוש. מכלל העבירות בעטין התבקש הצו, 71% הינן עבירות פשע.

בהתאם לסעיף 4 לחוק (צו מינהלי) עולה מן הדיווח הראשון כי התבקשו 2,031 היתרים דחופים. 1,513 לצורך הצלת חיי אדם ו-518 לצורך מניעת עבירה מסוג פשע וגילוי מבצעה של עבירה. מן הדיווח השני עולה כי בהתאם לסעיף זה התבקשו 3,039 בקשות, היינו עלייה של כ-1,000 בקשות (עלייה של כ-50%). 2,192 לצורך הצלת חיי אדם ו-847 לצורך מניעת עבירה מסוג פשע וגילוי מבצעה. לא הוצגו נתונים באשר לצווים שהתבקשו בעניינם של בעלי מקצוע. הנה כי כן, עולה כי חלה עלייה משמעותית בשימוש שנעשה על-ידי משטרת ישראל בחוק.

בכל הנוגע למצ"ח, עולה מן הדיווח הראשון כי נכון לתקופה שבין 1.11.2008 - 3.11.2009 הוגשו 1,381 בקשות לקבלת צווים על-פי הוראות סעיף 3, מרביתם לשם גילוי עבירות ומניעתן, ניהול חקירות, גילוי עבריינים והעמדתם לדין. הדיווח השני שהועבר על-ידי מצ"ח מתייחס לתקופה קצרה יותר שבין 1.1.2010 -

1.7.2010, וממנו עולה כי הוגשו 703 בקשות לקבלת צווים על-פי הוראות סעיף 3; 38 בקשות לצורך הצלת חיי אדם או הגנה עליהם, 340 לצורך גילוי עבירות, חקירתן או מניעתן, 325 לצורך גילוי עבריינים והעמדתם לדין ו-0 בקשות לצורך חילוט רכוש. נראה כי בממוצע לא חל שינוי בהיקף הבקשות שהגישה מצ"ח על-פי סעיף 3.

ביחס לבקשות על-פי ההסדר שבסעיף 4, נראה כי בממוצע חלה עלייה מסוימת במספר הבקשות. בעוד שבדיווח הראשון נמסר כי אושרו 58 בקשות מנהליות, ב-6 מקרים לצורכי שיטור דחופים, 4 מקרים לצורכי חקירה דחופים למניעת עבירה וב-48 מקרים לצורך הצלת חיי אדם, הרי שבדיווח השני (המתייחס כאמור לשבעה חודשים בלבד) נמסר כי התבקשו 44 בקשות, ב-6 מקרים לצורכי חקירה דחופים למניעת עבירה, 37 מקרים להצלת חיי אדם ו-1 לצורכי שיטור דחופים.

כן התקבלו דיווחים מיתר הרשויות, המוסמכות לפעול בהתאם להוראות סעיף 3 לחוק בלבד: מנתוני רשות המיסים עולה כי בתקופה שבין יולי 2008-יולי 2009 התבקשו 146 בקשות לפי סעיף 3, מתוכן אושרו 145. בתקופה שבין יולי 2009 – יוני 2010 הוכפל מספר הבקשות, כך שהוגשו 318. המחלקה לחקירות שוטרים הגישה בתקופה שבין יוני 2008-יוני 2009 388 בקשות. בתקופה שבין 31.5.2010-1.6.2009 הגישה המחלקה לחקירת שוטרים 406 בקשות. 44% מהבקשות היו בגין עבירות פשע, ו-56% בגין עבירות עוון. רשות ההגבלים העסקיים הגישה בקשות ל-4 צווים לתקופה שמיום 27.6.2008 - 16.6.2010. עד לחודש יוני 2009 הוציאה הרשות לניירות ערך 13 צווים, בין החודשים יולי 2009 - יוני 2010 הוציאה 12 צווים, ביניהם שלושה לבעלי חיסיון מקצועי. בין החודשים יוני 2010 - יוני 2011 הוצאו 19 צווים, ביניהם שניים לבעלי חיסיון מקצועי.

33. מכלול הנתונים האמורים מציג בפנינו תמונה חלקית בלבד. מן הצד האחד, נראה לכאורה כי חלק מן הרשויות, ומשטרת ישראל במיוחד, הגדילו בצורה משמעותית את השימוש שנעשה על-ידן בסמכויות שמעניק החוק – הן בהתאם לסעיף 3 והן בהתאם לסעיף 4. מן הצד האחר, אין בפנינו הסברים באשר לשינוי שנעשה בהיקף השימוש בסמכויות החוק, אשר יכול שהוא מוצדק לגופו. בכל מקרה, איננו מוצאים בנסיבות העת הזאת צורך להמשיך ולבחון היבטים אלה. זאת, ראשית, בשל כך שהלכה למעשה נוגעות כל טענות העותרים במישור זה להיבטים הנוגעים ליישום החוק, שאינן מצויות, בוודאי לא באופן ישיר, במישור חוקתיותו. אמנם, כבר קבענו בעבר במספר הקשרים כי יכול ויישומו של המעשה המינהלי יהיה כרוך בשאלת מידתיותו (בג"ץ 9593/04 ראשד מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (טרם

פורסם, 26.6.2006); בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 5.4.2011). אף קבענו כי יכול ושאלת יישומו של חוק תהא בעלת השפעה לצורך קביעה האם הוא מקיים את מבחני המידתיות (בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת פ"ד סא(1) 619 (2006), בג"ץ 6298/07 יהודה רסלר נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, 21.2.2012) פסקאות 19-22 לפסק דיני). עם זאת, נראה לנו כי בעת הזאת טרם קמה הצדקה להתערבותנו בהקשר זה. עמדתנו זאת נשענת בעיקר על העובדה כי מלאכת הביקורת על יישומו של החוק הוטלה בחקיקה על היועץ המשפטי לממשלה ועל כנסת ישראל. מלאכתם בהקשרים אלה מצויה אך בתחילת הדרך. יחד עם זאת, מן החומר שהוצג בפנינו והעמדה שהציגה כנסת ישראל בטיעוניה, נראה על-פניו כי הכנסת פועלת בהתאם למוטל עליה והחשש מפני שימוש יתר או הרחבת הסמכויות שבחוק למקרים שאינם ראויים אינו זר לה. במצב דברים זה, אנו סבורים כי בעת הזאת יש מקום לאפשר לרשויות השונות לבצע את מלאכתן בכלים המצויים ברשותן. לכך יש להוסיף את העובדה כי קביעות פסק דיננו והפרשנות הראויה להפעלתו של החוק בוודאי יסייעו לשמירה על מידתיות פעולתן של הרשויות במסגרת החוק, ואף מן הטעם הזה ראוי לאפשר לרשויות כולן - הן הרשויות הפועלות בהתאם לחוק והן אלה האמונות על הליכי הביקורת על הפעלתו - לייצר שגרת פעילות מקובלת בהתאם לגדרים ולמגבלות עליהם הצבענו. בנסיבות אלה, אין לעת הזאת מקום להתערבות מטעמנו בהיבטים הנוגעים ליישומו של החוק, ויש לקוות כי אף לא נאלץ להידרש אליהם בעתיד. עם זאת, לא נעלמה מעיננו העובדה כי חובת הדיווח לכנסת הקבועה בחוק נקבעה כהוראת שעה שתוקפה לארבע שנים בלבד מיום כניסתו לתוקף של החוק (ראו סעיף 14(ג) לחוק). נראה לנו, כי נוכח הקשיים המלווים את הליכי לידתו של החוק שאף המדינה לא חלקה עליהם, משך הזמן הנדרש להטמעת העקרונות המחייבים את פעולות הרשות, והחשיבות עליה עמדנו שבביקורת עקבית של הכנסת, יש מקום לפעול להארכת תוקפו של סעיף זה. יכול וראוי אף להופכו לקבוע. כמו כן, נזכיר שוב כי אין להתעלם מכך שהיבטים הנוגעים ליישומו של חוק יכול וישפיעו אף על בחינת מידתיותו, והחשש מפני שימוש יתר בכלים שמקנה החוק, במיוחד נוכח הגידול המשמעותי במספר הבקשות המוגשות, אינו קלוט מן האוויר. לפיכך, ככל שבעתיד יחול שינוי בנקודת האיזון באשר לשימוש שיעשה בחוק, איננו שוללים את האפשרות כי יהיה בידי העותרות או שכמותן לשוב ולפנות לבית המשפט בבקשת סעד.

34. טענה נוספת של העותרות מופנית כלפי ההסדר שגובש בסעיפים 6-7 לחוק, שעניינו בהקמת מאגר נתונים אצל רשויות החקירה (להלן: מאגר הנתונים). וכך קובעים סעיפים אלה:

- |  |  |
|--|--|
| <p>6. (א) ראש אגף החקירות והמודיעין רשאי לדרוש מבעל רישיון בזק למתן שירותי בזק פנים-ארציים נייחים או שירותי רדיו טלפון נייד, להעביר לידיו באופן ממוחשב, קובץ מידע עדכני כמפורט בפסקאות (1) ו-(2) להלן, אשר מצוי במאגר מידע של בעל הרישיון:</p> <p>(1) נתוני זיהוי של מנוי שלו, וכן מספר מזהה של מכשירי טלפון או רכיב מרכיביהם;</p> <p>(2) מידע בדבר מיפוי אנטנות המשמשות את בעל הרישיון למתן שירותי בזק באמצעות רדיו טלפון נייד, לרבות נתונים מזהים של כל אנטנה ואזורי הכיסוי שלה.</p>           | <p>דרישה להעברת קובץ מידע ממאגר מידע של בעל רישיון בזק</p> |
| <p>7. (א) קובץ מידע שהועבר כאמור בסעיף 6 יישמר במשטרה במאגר חסוי (בחוק זה – מאגר נתוני זיהוי (תקשורת)).</p> <p>(ב) מאגר נתוני זיהוי (תקשורת) יישמר בדרך שתבטיח הגנה עליו ותמנע שימוש בלתי מורשה בו, לרבות עיון, העברה, העתקה או שינוי המידע בלא רשות כדין, ותמנע שימוש בו בניגוד להוראות חוק זה; פעולות המבוצעות במאגר נתוני זיהוי (תקשורת) יתועדו באופן שיאפשר פיקוח ובקרה.</p> <p>(ג) לא ייעשה שימוש במאגר נתוני זיהוי (תקשורת) אלא למטרה מהמטרות המפורטות בפסקאות (1) עד (4) שבסעיף 3(א).</p> | <p>שמירת מידע חסוי קובצי במאגר</p>                         |

מן האמור לעיל עולה כי החוק מאפשר למשטרת ישראל לדרוש מבעל רישיון בזק כפי הגדרתו, להעביר אליה באופן ממוחשב נתוני זיהוי של מנויים ומספר מזהה של מכשירי טלפון (או רכיב מרכיביהם). כן מאפשר החוק לדרוש קבלת מידע בדבר אנטנות המשמשות את בעל הרישיון למתן שירותי בזק. למעשה, מאפשר החוק למשטרה להקים מאגר נתונים המקשר בין שמו של אדם למספר הטלפון שברשותו, ומייתר את הצורך לפנות לשירות 144 (המספק מספר טלפון של אדם לפי שמו או כתובתו) או לשירות 441 (המספק את שמו של אדם וכתובתו לפי מספר הטלפון שלו). המידע האמור נשמר במאגר חסוי, והשימוש בנתונים שבמאגר זה מוגבל, על פי האמור

בסעיף 7(ג) שלעיל, למטרות שלגביהן ניתן להוציא גם צו שיפוטי, היינו הצלת חיי אדם או הגנה עליהם, גילוי עבירות חקירתן ומניעתן, גילוי עבריינים והעמדתם לדין וכן חילוט רכוש על-פי דין. יושם אל לב כי המאגר אינו מאפשר שמירת כל סוגי הנתונים אותם מוסמכת משטרת ישראל לקבל על-פי החוק, היינו אין בידה לשמור נתוני מיקום ונתוני תעבורה.

נשלים ונאמר כי ביום 19.12.2008, מתוקף הסמכות הנתונה לו בסעיף 7(ד) לחוק, ובאישור ועדת חוקה, התקין השר לביטחון פנים את תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת) (מאגר נתוני זיהוי תקשורת), תשס"ט - 2008 (להלן: התקנות). תקנות אלה נועדו להסדיר את השימוש במאגר, הגדרת מורשי הגישה אליו הגדרת תפקיד מנהל המאגר, והיבטים נוספים הנוגעים לאופן תפעולו, תחזוקו ואבטחת המידע האצור בו.

35. העותרות, ובעיקר האגודה לזכויות האזרח, אינם מתנגדים להעברת מספרי טלפון של מי שמספרם גלוי לידי משטרת ישראל וגורמי משטרה נוספים. טענתן בהיבט הנוגע למאגר הזיהוי ממוקדת יותר, ובקשתן היא כי נורה על הגבלת האפשרות להעביר נתוני זיהוי למאגר הנתונים של מי שמספר הטלפון שלו חסוי. על-פי הטענה, במסגרת הזכות החוקתית לפרטיות, הכוללת את הזכות לשמירה על "סוד שיחו" של האדם, כלולה גם הזכות לבעלות על מספר טלפון שיהא חסוי מעיני כל, כולל מעיני רשויות החקירה. אף שהעותרות אינן שוללות את האפשרות כי פעילות פלילית תתנהל "בחסות" המספרים החסויים, הרי שלטענתן ניתן תמיד לפנות למסלול ההסדר השיפוטי, ואין צורך להקים מאגר שיהא נגיש תמיד לרשויות החקירה, ללא צורך בפניה ואישור של בית המשפט ככל שהדברים נוגעים כאמור למספרים חסויים. למעשה מתמקדת טענת העותרות בסכנה הכרוכה בהקמת מאגר הכולל מספרים חסויים הנגישים לכל שוטר או אדם אחר העובד ברשות החוקרת, והחשש מפני "פעפוע" מידע מהמאגר לידי גורמים אחרים - בתוך רשות החקירה או מחוצה לה - שיעשו במידע זה שימוש שאינו ראוי.

36. במענה לטענה זו גרסה המדינה ראשית כי הזכות ל"סוד שיח" כלל אינה כוללת את הזכות למספר טלפון חסוי, וכי המדובר אך באפשרות טכנית שאותה מספקות חברות הטלפון, כעניין חוזי שבינן לבין הלקוחות. יתרה מכך טוענת המדינה, כי גם אם תוכר זכות למספר טלפון חסוי, הרי שזכות זו אינה קמה למול רשויות החקירה ואכיפת החוק, ונראה כי אף לאדם סביר אין ציפייה של ממש כי כך יהיה. במישור המעשי מצהירה המדינה כי כבר כיום אין השיחות המתבצעות מטלפונים חסויים למוקדי

המשטרה חסויות בפני מוקדים אלה. המדינה מוסיפה ומזהירה, כי החרגת המספרים החסויים ממאגר הנתונים הנגיש לגורמי החקירה תוביל ליצירת פתח לגורמים עבריינים, שיבקשו לעשות שימוש במספרים חסויים לצורך פעילות פלילית שתיעלם מעיני המשטרה. לעניין תכלית הקמת מאגר הנתונים מסבירה המדינה, כי מדובר בהסדר שנועד לצמצם את הזמן הנדרש לאיתור בעליו של מספר טלפון מסוים, כאשר ללא ההסדר המעוגן בחוק על הרשות החוקרת לפנות לגבי כל מספר לחברות התקשורת על מנת לקבל את פרטי הזיהוי של המנוי.

37. לא מצאנו לקבל את טענת העותרות ולהגביל את השימוש במאגר הנתונים כמבוקש. מקובלת עלינו טענת המדינה כי אין במחויבות חברת התקשורת כלפי הלקוח לספק לו מספר חסוי כדי להקים חיסיון ללקוח מפני רשויות אכיפת החוק. מעבר לכך, זאת יש לזכור, פרשנות השימוש במאגר - כמו השימוש בהסדר השיפוטי - הינה מצומצמת, ומגבילה את פעילות רשויות החקירה למקרים נקודתיים בלבד, כאשר יש לה צורך בנתונים המצויים במאגר לצורך מניעת עבירה מסוימת, איתור עברייני מסוים, הצלת חיי אדם או הגנה עליהם וחילוט רכוש על-פי דין בנסיבות קונקרטיות (וראו סעיף 7(ג) לחוק המפנה לסעיפים 3(א)-(1)-(4)). כפי שניתחנו לעיל, נראה כי לא ראוי, בהינתן המערכת החוקתית הישראלית, לפרש את החוק באופן המאפשר לעשות שימוש במאגר לצורך פעילות משטרתית מודיעינית כללית או תשתיתית. תחת הנחה זו, לא מצאנו הצדקה להגביל את עצם העברת מספרים מסוימים למאגר הנתונים, באופן שיאפשר לאנשים שיבחרו בכך להסתתר מעינם של גורמי אכיפת החוק. אשר על כן, דין טענתן זו של העותרות להדחות.

בשולי הדברים, נבקש להתייחס בקצרה לטענה חדשה שהעלתה האגודה לזכויות האזרח (להלן: האגודה) בהשלמת הטיעון מטעמה מיום 16.11.2008, שלא עלתה בעתירה עצמה. על-פי הטענה, סבורה האגודה כי הפגיעה המגולמת בחוק מוחמרת בשל האפשרות העומדת בפני המשטרה לקבל את נתוני התקשורת באופן אוטומאטי וללא צורך באישור חברות התקשורת, וזאת באמצעות חיבור מקוון אל מחשבי חברות הסלולר וחברות האינטרנט. אפשרות זו נשמעת, כך האגודה, מסעיף 13(ב) בחוק התקשורת, המאפשר לראש הממשלה לקבוע הסדרים ביטחוניים להעברת נתונים בין כוחות הביטחון - ובכלל זה משטרת ישראל - לבין חברות התקשורת. האגודה תומכת את טענתה בכך ששירות הביטחון הכללי כבר עושה שימוש באפשרות זו, ומציגה כתימוכין את תשובת המשיבים בעת"מ 890/07 התנועה לחופש המידע נ' משרד התקשורת (לא פורסם, 5.11.2007). שם הבהירו המשיבים, כי אכן ישנם נספחים ביטחוניים סודיים המסדירים העברת נתוני תקשורת מחברות התקשורת לשירות

הביטחון הכללי. עם זאת מבהירים המשיבים שם, כי נספחים אלו אינם מסדירים את סמכויות שירות הביטחון הכללי לקבל את נתוני התקשורת אלא רק את האמצעים הטכניים לקבלתם, וכי הסמכויות לקבלת הנתונים כפופות לדין המהותי המסדיר אותן. בתגובה לטענה זו הבהירה המדינה כאן כי ללא תלות באופן שבו יעברו הנתונים - בין אם באופן מקוון בזמן אמת ובין אם על ידי בקשה פרטנית - הרי שהנתונים שתתאפשר הגישה אליהם יהיו רק אלו המותרים על פי החוק, על ההסדרים המעוגנים בו. כן הובהר כי בכל מקרה אין לשאלה באשר לדרך הטכנולוגית בה יועברו הנתונים משמעות חוקתית כלשהיא. לא מצאנו כי טיעון זה של האגודה, שנטען באופן חלקי ולא מספק, מקים עילה חוקתית לביטול החוק. ממילא, החשש שמעלה האגודה בטענתה נוגע לשימוש לא ראוי בגישה לנתונים, המתאפשר בקלות יתרה בשל הגישה המקוונת לנתונים, ולא לעצם התרת הגישה, המוגבלת כאמור בסמכויות שמקנה החוק - על הפרשנות המצמצמת שהוענקה להם בפסק דיננו. ברור הוא כי ככל שיתברר לעותרות כי אופן העברת הנתונים הלכה למעשה מעיד על הפעלת החוק אל מעבר לאמות המידה הראויות שנקבעו, או ככל שימצאו העותרות עדויות לשימוש לא ראוי הנעשה באמצעים שהוענקו לרשויות החקירה, פתוחה בפניהן הדרך לפעול בדרכים המתאימות לכך.

#### (ב) מידתיות החוק כמכלול

38. באנו אפוא למסקנה כי ההסדרים הקבועים בחוק, ובהם ההסדר השיפוטי, ההסדר המינהלי ושמירת מספרים חסויים במאגר הנתונים עומדים בדרישות פסקת ההגבלה ואינם מבססים עילת התערבות חוקתית. לצד זאת, נבקש להוסיף ולומר כי גם בחינה כוללת של החוק על מכלול הסדריו והאיזונים הפנימיים הקבועים בו, מובילה למסקנה כי לא בוססה עילה להתערבותנו.

ראשית, כאמור בפסקה 25 לפסק דיננו, ההסדר המנהלי הקבוע בסעיף 4 נוגע למקרים דחופים וחמורים בלבד. בהתאם לכך, הותיר המחוקק את מרבית פעילותו של רשויות החקירה בהתאם לחוק לטיפול על ידי בית המשפט, באמצעות ההסדר השיפוטי. איזון כזה, ככל שייושם בפועל בהתאם לאמות המידה המחייבות, מבטיח ביקורת שיפוטית על מרבית המקרים שבהם פוגעות רשויות החקירה בפרטיות בהפעלתן סמכות על-פי החוק. כאמור לעיל, על הרשות השופטת מוטלת אחריות כבדה בהקפדה על שימוש מוגבל ומתאים בסמכויות שמקנה החוק. אך כאמור, בעצם קיומה של ביקורת שיפוטית על ההליך המרכזי לקבלת נתונים על-פי החוק, יש כדי להעיד על מידתיותו.

יצוין, כי התפיסה לפיה "דרך המלך" הינה הדרך העוברת דרך בתי המשפט, וכי רק במקרים חריגים ודחופים ייעשה שימוש במסלול המנהלי אינה מובנת מאליה. כך למשל, בדין האנגלי העוסק בקבלת נתוני תקשורת חסרה הבחנה זו בין מקרי החירום והמסלול הרגיל, ורשויות החקירה רשאיות לפעול באמצעות המסלול המנהלי ללא צורך בצו שיפוטי בכל המקרים (RIPA, סעיפים 25(1)-(2)). במקרי החירום החמורים במיוחד רשאית הרשות לפעול אף ללא אישור בכתב כלל - גם לא מנהלי - והיא יכולה להסתפק באישור בעל פה (כפי שנקבע בתקנות - סעיף 3.56). לעומת זאת, הדין האמריקאי קרוב יותר בתפיסתו לדין שהונהג בישראל, והוא קובע מסלול מינהלי לצד מסלול שיפוטי. כפי שפרטנו לעיל, המסלול המינהלי, המוסדר ב- 18 U.S.C (2)(C)2703, מאפשר לרשות החוקרת קבלת סוגים שונים של נתוני תקשורת בלא מעורבות שיפוטית. בכלל זה ניתן לקבל באמצעות הצו המינהלי את שם המנוי, כתובתו, תיעוד שיחותיו, אמצעי תשלום ועוד. מעבר לנתונים שמאפשר סעיף זה לקבל, נדרש הליך שיפוטי (הדין האמריקאי מבחין בין שני סוגי צווים). עם זאת יצוין, כי ככל שהעלתה בדיקתנו, נראה כי לעיתים מכיר הדין האמריקאי באפשרות לחרוג מן החובה הראשונית לפנות לבית המשפט ומאפשר הוצאת צו מינהלי במקרים דחופים. כך, עת מבקשת רשות חקירה להטיל אמצעי מעקב המאפשר קבלת נתונים בזמן אמת ביחס לשיחות יוצאות ונכנסות ממקור תקשורת אינטרנטי או טלפוני (Pen Registers/Trap and Trace Devices) מכיר הדין האמריקאי במקרים חריגים שבהם ניתן לחרוג ממסלול הצו השיפוטי ולהסתפק בצו מנהלי, ובהם סכנת חיים או פגיעה חמורה לאדם; פעולות החשודות כפשע מאורגן; איום מידי לאינטרס בטחוני לאומי; או התקפה על מחשב מוגן. צו מנהלי שמוצא בהתאם להסדר זה תקף ל-48 שעות בלבד, ולאחר מכן על הרשות החוקרת לפנות לשופט לצורך אישורו מחדש, או להפסיק לעשות בו שימוש (18 U.S.C, סעיף 3125(a)). גם הדין הקנדי נוקט גישה דומה לזו המצויה בדין הישראלי וקובע, כי המסלול המרכזי להשגת נתוני תקשורת הינו באמצעות פניה לשופט (סעיף 184-186 ל-Criminal Code הקנדי), בעוד שהמסלול המנהלי מוגדר בדינים אלו כאפשרות העומדת לרשויות החקירה לשימוש במקרי חירום נדירים בלבד.

שנית, החוק מקנה סמכויות שונות לרשויות החקירה השונות ותוחם את השימוש בהן, באופן התורם למידתיותו. כך, בעוד שכל רשויות החקירה הקבועות בחוק - משטרת ישראל, משטרה צבאית חוקרת, היחידה לחקירות פנים של חיל המשטרה הצבאית, המחלקה לחקירת שוטרים במשרד המשפטים, רשות ניירות ערך, רשות ההגבלים ורשות המסים בישראל - מוסמכות לעשות שימוש בהסדר השיפוטי ולפנות לבית המשפט בבקשה לקבל צו להשגת נתוני תקשורת, הרי שרק המשטרה



והמשטרה הצבאית החוקרת הוסמכו לעשות שימוש בהסדר המנהלי. הבחנה זו מכירה בכך שלצד חשיבות מתן אפשרות לרשויות החקירה האחרות לביצוע תפקידן על הצד הטוב ביותר, יש להעניק את הסמכויות הפוגעניות יותר לקבוצה מצומצמת של רשויות, המורגלות בטיפול במקרים דחופים ואשר פוטנציאל הידרשותן לשימוש בסמכויות אלה גדול יותר. בכך לשיטתנו צומצמה באופן ניכר הפגיעה הפוטנציאלית בזכות הפרטיות.

גם בעניין זה ניתן ללמוד באשר למידתיותו של החוק באמצעות בחינת הסדרים דומים בשיטות משפט מקבילות. כך, הדין האנגלי אינו מגדיר רשימה סגורה של רשויות המוסמכות לעשות שימוש בהסדרי הגישה לנתוני תקשורת. במקום זאת, נמנים כמה גופי חקירה בשמם - כגון המשטרה, השירות הלאומי למודיעין פלילי, היחידה הפלילית הלאומית, רשות המכס, רשות ה-Inland revenue, וכן כלל גופי המודיעין - וכן מוסמך שר הפנים להוסיף ולקבוע רשויות נוספות לצרכי החוק (ראו סעיף 25 ל-RIPA). נראה כי הסמכויות המוקנות בדין האנגלי לרשויות השונות רחבות מאלה שהוכרו בחוק נתוני תקשורת, במיוחד נוכח האפשרות לפיה כל הרשויות המנויות רשאיות לקבל לידיהם נתוני תקשורת תוך שימוש במסלול המינהלי בלבד, בלא צורך בצו שיפוטי.

שלישית, מידתיות החוק תלויה גם בביקורת שהוא מאפשר על יישומו הראוי והמצומצם. פיקוח זה נקבע בסעיף 14 לעניין השימוש הכללי בחוק, ובסעיף 4(ד) ו-4(ה) לעניין השימוש בצו המנהלי. סעיף 14 קובע כי השר האחראי על רשות החקירה הרלוונטית מחויב בדיווח לוועדת החוקה של הכנסת באשר לשימוש שעשתה רשות החקירה שבאחריותו בהסדרים הקבועים בחוק, ובהם במאגר הנתונים. סעיפים 4(ד) ו-4(ה) קובעים בהתאמה כי על הקצין המוסמך שאישר את ההסדר המנהלי לדווח, בכתב, על הצו שאישר; וכן כי על ראש אגף החקירות והמודיעין במשטרת ישראל ומפקד המשטרה הצבאית החוקרת להגיש אחת לשלושה חודשים את הנתונים שיאספו מהקצינים המוסמכים לידי היועץ המשפטי לממשלה או הפרקליט הצבאי הראשי, לפי העניין. ביקורת זו תכופה בהרבה אף מן הביקורת שעורכת הכנסת. נעיר עוד, כי יש להניח שבמסגרת הביקורת העתית המבוצעת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, תינתן הדעת בין היתר לבחינת הנסיבות בהן נתקבלו נתוני תקשורת מכוח הוראות סעיף 4 ולשאלה האם לא ניתן היה באותן נסיבות לפעול במתווה סעיף 3 תוך קבלת צו שיפוטי מתאים.

מנגנוני ביקורת אלה, לצד פעילותו של בית המשפט באישור בקשות על-פי סעיף 3, מאפשרים לפקח על יישומו של החוק הלכה למעשה ולהבטיח את השימוש המצומצם שעושות רשויות החקירה בכלים שמספק להם החוק, בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסק דינו. קיומם מאפשר להניח כי יישומו של החוק ישוב וייבחן לפרקים וכי בעיות שעלו בתחום זה, כפי שעולה מהדיון בסעיפים 31-33 יטופלו באופן המיטבי. יש לוודא, כי פיקוח זה נשמר, וכי הגופים המפקחים - היועץ המשפטי לממשלה וועדת חוקה – בוחנים באופן פרטני את הדיווחים המתקבלים ואת התאמת פעילות הרשויות לקווים המנחים הנובעים מפרשנותו של החוק כפי שביטאנו אותה לעיל. ונזכיר בהקשר זה כי ליועץ המשפטי לממשלה תפקיד מיוחד בהקפדה על כך כי רשויות השלטון יפעילו את הסמכויות שמוקנות להם בחוק אך במידה המתחייבת לצורך הגשמת תכליותיו ולא מעבר לכך, בהתאם לפרשנותנו בפסק הדין ואמות המידה שהותוו בו.

39. כידוע, החוק הנבחן אינו נבחן בחלל הריק. כפי שהראינו, קיומו של נוהל משטרתי, שיש לקוראו בצמוד לחוק, משפיע על תפישתנו את יישומו ועל ההשקפה כי רשויות החקירה יעשו בו שימוש מושכל וראוי בלבד. כך, מכלול ההסדרים הכלולים בו מציגים תמונה מאוזנת ומידתית של השימוש בסמכויות אותן הוא מקנה. בנוסף, יש לאמצעים האחרים העומדים בפני הרשויות - הפוגעים אף הם בפרטיות - השפעה על תפישתנו את החוק. כיום, כאמור לעיל, אמצעים אלה כוללים את היכולת להאזין לשיחותיו של אדם, המוסדרת ומוגבלת בהתאם לחוק האזנת סתר, ואת האפשרות להשיג מידע תוך שימוש בסעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי. משמעות הדברים הינה כי לרשות המשטרה בבואה להיאבק בפשיעה אמצעים שונים הפוגעים במידות שונות בפרטיות האדם. החוק שלפנינו משתלב באמצעים אלה, ונראה כי דווקא במסגרתו צעדה המדינה כברת דרך לטובת השמירה על הזכות החוקתית לפרטיות. בהגבלות המפורטות לעיל ראינו בו אמצעי שאינו מפר את האיזון המערכתי בין הצורך במאבק יעיל בפשיעה ובשמירה על הסדר הציבורי ובין הזכות לפרטיות ולכבוד שכל אדם זכאי לה. יש לצפות מהמחוקק כי בהוספתו כלים נוספים בעתיד שיעמדו לרשות גופי החקירה, ישמור על האיזון הפנימי בכל כלי, כמו גם על האיזון המערכתי בהתחשב במכלול האמצעים הקיימים המוכרים בדין.

בהקשר זה נעיר עוד, כי גם את ההשוואה להסדרים השונים שאימצו מדינות העולם אין לבצע בחלל הריק אלא לבחון כיצד האמצעים להשגת נתוני התקשורת משתלבים במערכת המשפטית הכללית. כך למשל, מדינות שבהם מוגבלת היכולת

לאסוף נתוני תקשורת ביחס לעבירות מסויימות - כגון קנדה או אנגליה (באופן חלקי), המגבילות את רשימת העבירות באמצעים שונים - מאפשרות לצד זאת נגישות רחבת היקף לנתוני התקשורת. כך, הדין האנגלי אינו דורש אישור של שופט לשם איסוף נתוני תקשורת, והדין הקנדי מאפשר קבלת נתוני תקשורת בהתקיים עילה כללית ועמומה. ההשוואה לשיטות השונות ויחסן לאמצעי איסוף נתוני התקשורת, כפי שהובאה לעיל בהקשרים הרלוונטיים מובילה למסקנה כי גם אם מדינות שונות בוחרות נקודות איזון שונות, הרי שהאיזון שנבחר בחוק העומד לבחינתנו אינו בלתי סביר ביחס לאיזונים הננקטים במדינות בעלות שיטות משפט קרובות לשיטה הישראלית, המתמודדות עם אתגרים דומים בתחום הטכנולוגיה, המאבק בפשיעה וההגנה על הפרטיות.

נוכח כל האמור לעיל, באנו לכלל מסקנה כי החוק - על הסדריו והפרשנות שהוענקה להם בפסק דיננו - אינו פוגע בזכות החוקתית לפרטיות במידה העולה על הנדרש.

פסלות ראיות

40. טרם סיום, ראינו להתייחס לסוגיה נוספת שהעלו העותרות, והיא שאלת קבילות הראיות הנאספות מכוח ההסדרים הקבועים בחוק בהליכים משפטיים. לשכת עורכי הדין בישראל, היא העותרת בבג"ץ 9995/08, מבקשת כי ייקבע בחוק, כי השגת נתוני תקשורת שלא בהתאם לחוק לא תוכל להעמיד ראיות שתהיינה קבילות בהליך משפטי. בנוסף היא מבקשת כי נוסף תנאי לשם שימוש בראיות שהושגו באמצעות ההליך המנהלי המוסדר בסעיף 4 לחוק, והוא אישור ההיתר שהוצא על ידי הקצין המוסמך בבית משפט בדיעבד, טרם יוכלו נתוני התקשורת שהושגו באמצעות הצו המנהלי לשמש כראיות במשפט.

41. נאמר כבר כעת: לא מצאנו ממש בטענות העותרות לעניין זה, ולא ראינו להיעתר לסעדים המבוקשים בנושא וזאת מכמה טעמים. ראשית, נזכיר כנקודת מוצא כי בשיטתנו המשפטית מרבית ההסדרים החוקיים אינם מעגנים בצידם כללי פסילה ייחודיים (וראו ע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי פ"ד סא(1) 461, עמ' 524-525 (2006) (להלן: עניין יששכרוב), והשוו גם ע"פ 115/82 האיל מועדי נ' מדינת ישראל, לח(1) 197, 262 (1984)). לפיכך, בהעדרו של כלל פסילה במסגרת חוק נתוני תקשורת אין כדי להעיד לכשעצמו על פגם כלשהוא בחוקתיות החוק. מעבר לכך נזכיר כי חריגים לעקרון בדבר העדרו של כלל פסילה בדין הישראלי מצויים במספר

מצומצם של דברי חקיקה: סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, סעיף 13 לחוק האזנת סתר וסעיפים 10א ו-12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א - 1971.

ככל שהדברים נוגעים לחוק הגנת הפרטיות, הרי שסעיף 32 בחוק קובע ממילא כי חומרים שהושגו תוך פגיעה בפרטיות באופן שאינו חוקי פסולים מלשמש כראיה. וכלשונו:

<p>32. חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה.</p>	<p>חומר פסול לראיה</p>
--	--------------------------------

לפיכך, ומבלי שנכריע בשאלת היחס בין סעיף הפסלות שבחוק הגנת הפרטיות לפעולות בהתאם לחוק נתוני תקשורת – יתכן כי על חומר שיושג שלא בהתאם לאמות המידה הנוגעות לחוק נתוני תקשורת יוחלו הוראות הפסילה שבחוק הגנת הפרטיות. ככל שהדברים נוגעים לכלל הפסילה הקבוע בחוק האזנת סתר, הרי שכפי שכבר קבענו לעיל לא מצאנו כי ניתן לגזור גזירה שווה משני דברי חקיקה אלה, ואין בעובדה כי בחוק האזנת סתר נקבע כלל פסילה ייחודי כדי לחייב אימוץ כלל פסילה ייחודי גם במסגרת חוק נתוני תקשורת.

מעבר לכך, וכפי שכבר נקבע על-ידינו פעמים רבות בעבר, בשיטתנו המשפטית הסתמנה החל משנות השמונים מגמה של מעבר מכללי קבילות נוקשים להערכה מהותית של ראיות. תפיסה זו כידוע מבכרת בחינה מהותית של הראיות על-ידי הערכאות השיפוטיות על-פני פסילתן. עם זאת, גם במגמה זו חל ריכוך בשנים האחרונות, ונוכח ההכרה ההולכת וגדולה בזכויות היסוד של הנאשם במשפט הפלילי, אומצה במסגרת פסק הדין בעניין יששכרוב דוקטרינת פסילה יחסית המעניקה בידי בית המשפט שיקול דעת להכריע לעניין קבילות ראיה שהושגה שלא כדין על-פי נסיבותיו של כל מקרה. וכך סוכמה ההלכה בעניין יששכרוב:

”אם בעבר נהגה בשיטתנו ההלכה הפסוקה לפיה שאלת קבילותה של ראיה אינה נבחנת לפי דרך השגתה שכן כובד המשקל הפרשני בהקשר זה הושם על התכלית של חקר האמת ולחימה בעבריינות; הרי כיום מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת

בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו. האיזון הראוי בין מכלול הערכים והאינטרסים המתחרים בסוגיה הנדונה, מוביל לאימוצה של דוקטרינת פסילה יחסית, במסגרתה יהא מסור לבית-המשפט שיקול-דעת להכריע בנוגע לקבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ועל-פי אמות-מידה עליהן נעמוד להלן" (שם, עמ' 546).

במציאות נורמטיבית זו, לא מצאנו כאמור להיענות לבקשות העותרות, ובוודאי שלא מצאנו כי בהעדר כלל פסילה ייחודי בחוק יש כדי להקים עילה להתערבות חוקתית. ברור הוא כי ככל שאכן יבקש נאשם לטעון כי חומר שהושג באמצעות החוק פסול מלשמש כראיה, תהא פתוחה בפניו הדרך לטעון כן במסגרת ההליך השיפוטי המתנהל, ובקשתו תבחן על-ידי בית המשפט הדין בתיק. לא מצאנו כי יש להוסיף על הסדר זה קביעה נקודתית הנוגעת לראיות שהושגו באמצעות החוק, בניגוד לראיות אחרות שנטען שהושגו שלא כדין. לעניין הצורך בקבלת אישור בדיעבד לגבי צווים מנהליים שהוצאו כדין מכוח החוק, הרי שככל שנקבע כי החוק והנהלים שנקבעו מכוחו חוקתיים הם, אין מקום לקבוע כי יש להוסיף להם תנאים על מנת שיוכלו לשמש את רשויות החקירה במסגרת ההליכים המשפטיים שהן מנהלות.

#### סיכום

42. המציאות המודרנית בה אנו חיים והחידושים הטכנולוגיים הנלווים לה נותנים בידי אזרחי העולם - אשר ידם משגת - אמצעי תקשורת שמידת שכלולם הולכת וגדלה ואשר מאפשרים העברת מידע בקלות, במהירות ועל-פני שטחים נרחבים. מן הצד האחד הפכה מציאות זו את עולמנו למקום בו מידע פרטי רב הנוגע לאדם נע בחופשיות ופעמים רבות בהסכמת אותו פרט - בספירה הציבורית. מן הצד האחר הפכה מציאות זאת פלטפורמה נוחה לגורמים שליליים ועבריינים המבקשים לעשות שימוש ביכולות שמקנה הטכנולוגיה לצורכיהם. מדינות העולם, וישראל ביניהן, הבינו אף הן כי ניתן לרתום שינויים אלה לטובת שיפור יכולות האכיפה שלהן, תוך שיפור איכות חיי תושביהן. החוק שנתקף בעתירות שלפנינו מדגים הסדרה בדין הישראלי של השימוש בטכנולוגיות מתקדמות לטובת אכיפת החוק. כפי שדנו בהרחבה לעיל, אכן ראוי ליתן בידי רשויות האכיפה כלים מתאימים שיסייעו להן באכיפת החוק במציאות המשתנה. לצד זאת, אין גם כל ספק כי מהלכים אלה הינם בעלי פוטנציאל פגיעה רב בפרטיותם של התושבים. מציאות זו מחייבת יצירת הסדרים מורכבים שנותנים משקל ראוי למכלול האינטרסים העומדים על הפרק. לאחר שבחנו בקפידה את מכלול ההסדרים

שגובשו בחוק נתוני תקשורת ובנהליו, באנו לכלל מסקנה כי בשים לב לפרשנות הראויה להפעלת הסמכויות הקבועות בו - הקוראת בעיקרה להפעילו בצמצום ובנסיבות המתחייבות בלבד - לא נמצאה בפנינו עילה להתערבות חוקתית. עם זאת, והעניין הודגש על-ידינו פעם אחר פעם, על רשויות האכיפה מוטלת מלאכה נכבדה של שימוש ראוי בסמכויות שהוענקו להם, תוך הפעלת שיקול דעת זהיר והקפדה יתרה על כי ההסדרים הפוגעניים שבחוק יופעלו רק בהיקף ובמידה המתחייבת. כן מוטלת בהקשר זה אחריות רבה על הכנסת ועל היועץ המשפטי לממשלה, האמונים על-פי חוק על קיום ביקורת שוטפת בעניין היקף השימוש שנעשה בחוק. כך הם הדברים ביחס לבתי המשפט בפניהם יונחו בקשות להתיר קבלת נתוני תקשורת בהתאם לחוק. אנו מניחים, ומקווים, כי כל הרשויות המעורבות בהפעלתו של החוק יקפידו על קלה כעל חמורה כי הסמכויות שהקנה המחוקק לא יופעלו שלא לצורך, ובהתאם לאמות המידה המצמצמות אותן התוונו בפסק דיננו.

למען הבהירות, נסכם איפוא את קביעותינו הפרשניות ביחס לחוק נתוני תקשורת: ראשית, בכל הנוגע להפעלת הסמכות הקבועה הן בסעיף 3 והן בסעיף 4 קבענו כי יש לפרשן כך שקבלת הנתונים על-פי החוק תעשה רק במקרים בהם הדבר נדרש לצורך ממוקד וקונקרטי, כדוגמת חקירה הנסובה על אירוע ממוקד בעניינו של חשוד או קורבן ספציפיים. זאת, להבדיל משימוש בהסדרי החוק למטרות כלליות של גילוי עבריינים ומניעת פשע. שנית, ובכל הנוגע להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 4 לחוק, קבענו כי יש לפרשה כך שהיתר לקבלת נתוני תקשורת מכח סמכות זו יעשה במשורה, במקרים קיצוניים, לצורך טיפול בעבירות המחייבות זאת ורק במקרים בהם מחמת הדחיפות התברר כי לא ניתן לקבל צו מבית המשפט בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 3. זאת, כאשר המניעה מפנייה לבית המשפט נובעת מנסיבות הקשורות בהצלת חיים או נסיבות קשות אחרות, והכל תוך התחשבות במגוון שיקולים ביניהם היות המנוי בעל מקצוע, מידת מעורבותו בעבירה, סוג הנתונים המתבקשים, מידת הדחיפות והחומרה שבעבירה וכיו"ב שיקולים. ככל שהדברים נוגעים לעיתונאים, מצאנו כי ההגבלות על שימוש בצווים כפי שבוטאו בנוהל לעניין סעיף 4, מתחייבות על-פי תכלית החוק והאיזונים הנדרשים בהליכי יישומו. בהתאם לכך, כאשר המנוי הוא עיתונאי שאינו החשוד בעבירה או הקורבן, לא תאושר בקשה בהתאם לסעיף 4 לקבלת נתוני תקשורת מסוג נתוני תעבורה לגביו.

43. בהינתן דברינו אלה, ובכפוף לגדרים והמגבלות שהותוו בפסק הדין באשר לשימוש הראוי בסמכויות שמקנה החוק, אין אנו מוצאים כי קמה עילה חוקתית להתערבותנו. לפיכך, העתירות נדחות. בנסיבות העניין, לא יעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה (בדימ')

השופטת ע' ארבל:

1. במוקד העתירה שאלת גבולותיה של הזכות לפרטיות כזכות חוקתית. חידושי הטכנולוגיה יוצרים חשש שהמדינה תרכז בידיה מידע רב לגבי אזרחים ותושבים ותעשה בו שימוש, והדבר מחייב התאמתו והתייחסותו של הדין לפגיעה האפשרית בהם. בפסק דינה בוחנת הנשיאה בהיקף רחב ובפירוט רב האם האיזון שנבחר על ידי המחוקק במסגרת ההסדרים שבחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (להלן: החוק) עומד באמות המידה החוקתיות על פי שיטתנו. אני מסכימה עם מסקנתה החד משמעית שהחוק אכן גורם לפגיעה בזכות לפרטיות. עם זאת, כפי שצוין, החוק אינו מאפשר האזנה של ממש לשיחות או קריאת מסרים, ואין הוא מאפשר חשיפת תוכנם של שיחותיו של אדם. עוד מסכימה אני כי החוק עומד במבחני המידתיות המקובלים בפסיקתנו, ואינו פוגע בזכות החוקתית לפרטיות במידה העולה על הנדרש, ומכאן שלא קמה עילה חוקתית להתערבות בית משפט זה. אני סבורה כי העדר אפשרות לקבלת נתוני תקשורת תציב את רשויות האכיפה אל מול העבריינים כשידן על התחטונה. מסכימה אני עם קביעותיה הפרשניות של חברתי הנשיאה בכל הנוגע להפעלת הסמכויות הקבועות בסעיפים 3 ו-4 לחוק, ומטעמיה. עם זאת, מצאתי להוסיף נקודת התייחסות אחת.

2. אוסיף את שנראה לכאורה מובן בנוגע לסעיף 4 לחוק, המאפשר לקצין מוסמך ליתן היתר לקבלת נתוני תקשורת בלי צו של בית משפט, וזאת במקרים דחופים לשם מניעת עבירה מסוג פשע, לגילוי מבצעה, או לשם הצלת חיי אדם, כאשר לא ניתן בנסיבות העניין לקבל בעוד מועד צו בית משפט לפי סעיף 3 לחוק. סעיף 4(ב) לחוק מגביל את מתן ההיתר האמור לתקופה שלא תעלה על 24 שעות. עם זאת, לשון החוק לא מונעת במפורש את חידוש מתן ההיתר בידי קצין מוסמך בתום התקופה האמורה, או זמן מה לאחריה. לטעמי, יש לפרש את סעיף 4(ב) כמונע אפשרות זו, וכמחייב את הקצין המוסמך לפנות לבית המשפט לשם מתן צו לפי סעיף 3 לחוק, ככל שיש צורך

בכך לאחר חלוף התקופה הראשונה כאמור – דהיינו בתום 24 שעות. פרשנות זו מתבקשת על מנת שהפגיעה בזכות לפרטיות לא תעלה על הנדרש. עוד אעיר כי היה ראוי לשקול לטעמי להקיש מהוראת סעיף 5(ד) בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 בדבר אישור למפרע של בית המשפט להיתרים שניתנו במקרים דחופים שלא בהיתר מבית המשפט. אמנם סעיף 4 לחוק קובע הסדרים אשר יאפשרו ביקורת על הפעלתו של סעיף זה על ידי היועץ המשפטי לממשלה ועל ידי הפרקליט הצבאי הראשי, אך לטעמי אין די בכך ויש לחייב גם את פיקוחו של בית המשפט על הפעלתו של סעיף זה, באמצעות אישור בדיעבד של ההיתר שניתן.

כאמור, אני מצטרפת לפסק דינה המקיף של הנשיאה, ומטעמיה.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' גרוניט:

אני מסכים כי דין העתירות להידחות כפי שמוצע על ידי חברתי הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

ה נ ש י א

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה לפסק דינה המקיף של חברתי הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת לפסק-דינה של חברתי הנשיאה ולמסקנתה כי בכפוף לסייגים שפורטו בחוות דעתה באשר לשימוש הראוי בסמכויות אותן מקנה חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007, החוק עומד במבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה ואין בו כדי לפגוע באופן בלתי חוקתי בזכות לפרטיות.

ש ו פ ט ת



השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף לאמור בחוות דעתה המקיפה של הנשיאה (בדימ'), השופטת ד' ביניש (להלן: הנשיאה) ביחס לפרשנות החוקתית הראויה לסעיפים: 3, 6 ו-7 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007 (להלן: חוק איסוף נתוני תקשורת, או החוק). יחד עם זאת, אני מוצא עצמי חלוק על הנשיאה בשני נושאים:

(א) ההגנה שצריכה להינתן בהקשר לחוק – למי שחל לגביו חסיון מקצועי לפי כל דין, לרבות הלכה פסוקה (להלן: חסיון בעל מקצוע).

(ב) הפרשנות החוקתית הראויה לסעיף 4 לחוק ולמגבלות התפרסותו.

עמדתי בשתי הסוגיות הנ"ל תוצג להלן. אקדים ואומר כי תפיסתי מובילה למסקנה חוקתית-פרשנית שעל פיה קצין מוסמך, כמשמעו בסעיף 1 לחוק – איננו רשאי לפעול בהתאם לסעיף 4 לחוק במצבים שבהם חל לכאורה חסיון בעל מקצוע. הדרך היחידה לנסות ולהשיג נתוני תקשורת בסיטואציות כאלו מצריכה פניה לבית המשפט וקבלת אישור שלו לדבר – בהתאם למתווה הקבוע בסעיף 3 לחוק (ובמיוחד סעיף 3 (ב) לו), והכל בכפוף להוראת הדין (כולל: ההלכה הפסוקה).

עתה אציג את ההנמקה לגישתי האמורה, ואפרט ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

היקף החסיון של בעל מקצוע בהקשר לחוק איסוף נתוני תקשורת והזכויות החוקתיות הכרוכות בו, שעליהן מתבסס החיסיון

2. הנשיאה מציינת (ברישא לפיסקה 10 לחוות-דעתה) כי בעבר נקבע שהחסיונות המקצועיים: "משתרעים בעיקרם על תוכן השיחות המתקיימות בין בעל המקצוע לבעל החסיון, אך לא על עצם קיומו של קשר עם בעל המקצוע, ותכליתם לאפשר לבעל החסיון מרחב תקשורת חופשי בינו לבין בעל המקצוע". בשים לב לכך, הנשיאה סבורה כי חוק איסוף נתוני תקשורת איננו פוגע למעשה בחסיונות, פרט לחסיון העיתונאי, שכן החוק האמור ממילא איננו מאפשר קבלה של נתונים מהותיים, שהחסיון חל עליהם, לתפיסתה.

3. עינינו הרואות כי לשיטה זו – הבחנה בין תוכן השיחה (החסוי) לבין המידע הנוגע לעצם דבר קיום השיחה ולזהות הצדדים לה (שאיננו חסוי, כנטען) יש נפקות משמעותית בהקשר לתוצאות בחינת המכלול, שכן ההבדלה משפיעה על הקביעה המקדימה בנוגע להיקף הזכויות החוקתיות הנפגעות מחוק איסוף נתוני תקשורת. ואכן, מטבע הדברים, המסקנה בשלב הראשון של הניתוח החוקתי, הנוגעת לזיהוי ההיקף והעוצמה של הזכות החוקתית וגבולותיה – משליכה בצורה משמעותית על השלב השני של הניתוח הנ"ל, העוסק בבחינה תוקפה של הפגיעה בזכות החוקתית, או בהגבלות המוטלות עליה (ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט 48-43 (2010)).

אתחיל איפוא את בירורי בשאלת המפתח המקדימה בדבר החסיונות הרלבנטיים והזכויות החוקתיות המעורבות במכלול – סוגיה שבה דעתי שונה מהעמדה אותה הציגה הנשיאה.

4. מסכים אני כי כנקודת מוצא – יש לכבד את ההבחנה בין "צורה" לבין "מהות", כך שגרעין החסיון יחול בצורה ראשונית על המידע הנוגע לתוכן השיחה בין בעל החסיון לאיש המקצוע. אולם קיימים מקרים – וההתפתחויות הטכנולוגיות הנוכחיות מלמדות כי הדבר הופך נפוץ יותר ויותר – שבהם גרעין החסיון, כפי שהוגדר לעיל, מקדין החוצה ואמור להגן גם על אינפורמציה, אשר כשלעצמה מהווה אמנם רק "צורה" של התקשרות בלבד, אך בהקשר הדברים הרלבנטי היא מעניקה כלים לחשיפה אסורה של מידע חסוי. במצב שכזה – אותו נתון "טכני", שנראה כי אין הוא חסוי מלכתחילה – בא בגדר החסיון מחמת העובדה שגילוי נותן גישה למידע מוגן. החשוב לענייננו הוא שבמקרים שכאלה (שכאמור אינם כה מעטים לאחרונה) – קבלת נתוני תקשורת עלולה לפגוע בחסיונות בעלי המקצוע.

מכאן שיש לבחון פה את חוקתיות הוראותיו של חוק איסוף נתוני תקשורת, שלגביהן הוצא צו-על תנאי, לא רק ביחס לחסיון העיתונאי, אלא גם בזיקה לחסיון של בעלי מקצוע אחרים, כמשמעם בסעיף 3(ד)(7) לחוק. אדגים עתה את עמדתי ביחס לשני חסיונות: חסיון עורך-דין-לקוח וחסיון רופא-מטופל. אחר כך אצביע על הייחוד שבחסיון העיתונאי ואתיחס לזכויות החוקתיות הכרוכות בכל אלה, ולהשלכותיהן על פירוש החוק.

חסיון עורך-דין-לקוח והזכויות החוקתיות שעליהן הוא נשען

5. מקובל לסבור כי צורת תשלום מסוימת של לקוח לעורך-דין – במזומן, או בשיק וכדומה – נופלת ברגיל לקטגוריה של מידע שאיננו חסוי. בארצות-הברית עוררה הבחנה זו קושי מסוים, שיש לו השלכה לעניין שלפנינו: רשויות האכיפה שם גילו כי עבריינים העוסקים בהברחת סמים מסוכנים נוהגים לשלם לרוב על שירותים שהם צורכים (קרי: שירותים חוקיים, לרבות שירותים משפטיים) – במזומן. רשויות האכיפה ניסו איפוא לעשות שימוש בעובדה זו וביקשו לעיין בדו"חות מס של עורכי-דין, במטרה למצוא תשלומים גבוהים של שכר-טירחה במזומן ואת זהות המשלמים. עורכי-הדין טענו כי מדובר במידע חסוי, שאין לגלות אותו. המסקנה שהתגבשה בנושא זה בארצות-הברית היא, שככלל מידע בנוגע לצורת התשלום של לקוח מסוים וכן זהותו אינם חסויים, ואולם מידע שכזה יכול ליהנות מחסיון, במקרים שבהם המידע האמור:

"reveals the motive of the client in seeking representation, litigation strategy, or the specific nature of the service provided" (Chaudhry v. Gallerizzo, 174 F. 3d 394, 402 (4<sup>th</sup> Cir. 1999); Diversified Group, Inc. v. Daugerdas, 304 F. Supp. 2d 507, 514 (S.D.N.Y. 2003)).

זוהי, איפוא, דרך אופיינית אחת שבה יכול החסיון להקרין מגרעינו – החוצה על מידע שלכאורה איננו נתון לחסיון, ואמנם כך פורשו הדברים גם בספרות המשפטית

שם:

"The privilege protects an unknown client's identity where its disclosure would reveal a client's motive for seeking legal advice. Here extending the privilege to the client's statement of identity is a means to the end of protecting the confidentiality of the client's more substantive communications with the attorney".

(Edward J. Imwinkelried THE NEW WIGMORE: EVIDENTIARY PRIVILEGES 746 (2<sup>nd</sup> Ed., 2009); Thomas E. Spahn THE עיינו גם: ה"ח – ה"ח; THE ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE AND THE WORK PRODUCT DOCTRINE vol. 1 93 (2007)).

בישראל, אף שמקובל לחשוב כי החסיון איננו חל על שמו של הלקוח, יש מי שגורס שעמדה זו איננה חפה מקשיים הדומים לאלה שתוארו לעיל (ראו: ד"ר גבריאל קלינג אתיקה בעריכת דין 418-419 (2001)). עוד יצוין כי לאחרונה נפסק בהקשר זה כי החיוב שהושת על עורכי דין מסוימים אצלנו – לכלול בדו"ח התקופתי שלהם למע"מ גם את שמות הלקוחות – אין בו "משום פגיעה בלתי מידתית בחסיון של הלקוח לגבי יחסיו עם עורך הדין". יחד עם זאת קביעה זו סויגה בכך: "שאם תתעורר בעיה קונקרטיית בכל הנוגע לחסיון – שמורה ללקוח הזכות להעלות את טענתו לחסיון" (בג"צ 115/11 ע"ד קסטור נ' רשות המסים (טרם פורסם; 30.4.2012)).

6. זה המקום לציין כי חסיון עו"ד-לקוח המוסדר אצלנו בסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 ובסעיף 48 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), קדם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואולם מעת שזה בא לעולם דומה שיש לחסיון האמור אף בסיס חוקתי. חסיון עו"ד-לקוח נגזר מעתה ברמה הקונסטיטוציונית מהזכות החוקתית לכבוד (סעיפים 2, 4 ו-11 לחוק היסוד הנ"ל), מהזכות החוקתית לחירות (סעיפים 5 ו-11 לחוק היסוד הנ"ל) ומהזכות להליך הוגן, שהוכרה בפסיקה כזכות חוקתית (דריבטיבית). עיינו והשוו דברי השופט (כתארה אז) ד' ביניש ב-ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 560-561 (2006); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל מפי המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, שם בפסקה 16 (טרם פורסם; 11.02.2010).

7. ראוי להזכיר פה עוד כי לאחרונה בית המשפט הקונסטיטוציוני בגרמניה דן בעתירה דומה לעתירות העומדות בפנינו כאן (עתירה שאותה הגישו שם לשכת עורכי הדין ואיגוד העיתונאים בגרמניה נגד חוק מקביל שנחקק באותה מדינה, המסדיר את נושא איסוף נתוני תקשורת). בית המשפט החוקתי הגרמני קבע – בפסק דין שניתן בתאריך 12.10.2011 – כי ראוי להעניק חסיון מוחלט ביחס לליקוט נתוני תקשורת מעו"ד, בהתבסס על חסיון עו"ד-לקוח (הנשען שם על הזכות החוקתית לכבוד), והכיר גם בחסיון חלקי (שניתן להסרה בצו שיפוטי) לגבי איסוף נתוני תקשורת מעיתונאים. ראו: BVerfG, 2. Senat, Az: 2 BvR 236/08, 2 BvR 422/08.

גישה חוקתית דומה ננקטה בבריטניה בפרשת R (on the application of Morgan Grenfell & Co Ltd) v Special Commissioner of Income Tax [2003] 1 A.C. 563 (להלן: פרשת MG). עיינו גם: PHIPSON, ON EVIDENCE 658 (17th ed., 2010). השוו לפסק הדין בבית הדין האירופאי לזכויות האדם: Kopp v. Switzerland [1998] 27

91 E.HRR. ראו כנגד זאת: In Re McE [2009] UKHL 15 וביקורת על פסק דין זה בספרו של Simon McKay, COVERT POLICING – LAW AND PRACTICE, עמ' 277-279 (2011).

חסיון רופא-מטופל

8. כאשר רופא עוסק בצורה אקסקלוסיבית בתחום רפואה מסוים, עשוי להתעורר מצב שבו עצם דבר הפנייה לאותו הרופא – אפילו לא יתגלה התוכן של הפניה, או הטיפול – יאפשר לצד שלישי להסיק מידע בנוגע לתכלית שעמדה ביסוד הפניה לרופא ולפגוע בחסיון החל על מערכת היחסים שבין הרופא לבין המטופל. כך, לדוגמה, נקבע לעניין זה ב-בג"ץ 447/72 ישמחוביץ' נ' פקיד שומה לחקירות, פ"ד כז(2) 253, 260 (1973) (להלן: פרשת ישמחוביץ'), הנזכר גם בחוות-דעתה של הנשיאה – כדלקמן:

“... כאן אומר העותר שמפאת עיסוקו המיוחד בתחום העקרות והאימפוטנציה, גילוי שמות החולים ואחרים שביקרו אצלו, כגון תורמי זרע לצרכי הזרעה מלאכותית, ראוי לחסיון, שכן הנוגעים בדבר לא יפנו כלל אל רופא, אם נשקפת להם הסכנה שהדבר ייודע. [...] מוכן אני להניח כי ייתכנו מקרים מיוחדים, בהם תהא גם זהותו של חולה בגדר סוד חסוי על-פי סעיף 49 לפקודה, אם כי אני מעז להטיל ספק בדבר אם אמנם מחייב עיסוקו של העותר הרחבה שכזאת של הגנת החסיון.”

כאמור, בנסיבות המקרה של פרשת ישמחוביץ' נקבע כי זהותו של הפונה לרופא איננה מוגנת, בין השאר מאחר שהעותר שם עסק במספר תחומים (וכן מטעמים משפטיים נוספים). ברם מסקנה זו איננה גורעת מן התובנה הכללית יותר, לפיה ההבחנה הנוקשה בין עצם הפנייה לתוכן הפנייה – היא בעייתית במקרים לא מעטים, ובפרט בתחומים הקשורים בטלקומוניקציה. עיינו: CONSTITUTIONAL RIGHTS AND NEW TECHNOLOGIES – A COMPARATIVE STUDY 277-278 (Ronald Leenes, Bert-Jaap Koops, Paul De Hert, Ed., 2008).

יתר על כן, משנחקק חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (ובמיוחד אם נפרש אותו על רקע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שקדם לו) – זכותו של החולה לפרטיות קיבלה מעמד-יתר, ואף היא הועלתה עתה לרמה חוקתית. סעיף 19(א) לחוק הנ"ל קובע בהקשר שלנו כדלקמן: “מטפל או עובד מוסד רפואי, ישמרו בסוד כל מידע הנוגע למטופל, שהגיע אליהם תוך כדי מילוי תפקידם, או במהלך עבודתם” (ההדגשה שלי – ח"מ).

עם זאת יש עדיין שוני מסוים לענייננו בין חסיונות בעלי המקצוע המוסדרים, למשל, בפקודת הראיות (שלכולם ניתן למצוא הצדקות חוקתיות כאלה או אחרות) לבין החסיון העיתונאי (שהוא, כידוע, יציר הפסיקה, ואפיוניו מיוחדים). הבדל זה הובלט גם בעתירות שלפנינו, ואף הנשיאה הכירה בו. בכך נעסוק ביתר הרחבה מיד בסמוך.

החסיון העיתונאי והזכויות החוקתיות שעליהן הוא נשען

9. הנשיאה כותבת בפסקה 10 לחוות דעתה כדלקמן:

“כפי שאף הסכימה המדינה, בעניינם של עיתונאים – עצם זהותו של האדם, אשר יוצר קשר עם עיתונאי, יכולה להוות חלק מן החיסיון העיתונאי, שכן יש בו כדי לחשוף מקור עיתונאי על אף ההגנה שיש ליתן למקור כזה”.

על ההגנה שיש למקור עיתונאי עמד בית משפט זה, מפי הנשיא מ' שמגר בפרשת ציטרין (ב"ש 298/86 בן ציון ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב פ"ד מא (2) 337 (1987) (להלן: ענין ציטרין)), וכך נאמר באותו ענין:

“ההגנה על מקורות המידע, הדרושה לצורך ביצוע התפקיד העיתונאי, לרבות ההגנה על כיבוד יחסי האמון, אשר על בסיסם נמסר מידע תמורת הבטחה שהמקור לא יתגלה, היא איפוא בגדר של אינטרס של הציבור ולא עניינו הפרטיקולארי של העיתון או של העיתונאי הנוגעים בדבר” (שם, עמ' 358).

תפיסה זו היא, מאז ענין ציטרין, בבחינת נכסי צאן ברזל של המשפט החוקתי הישראלי. עם זאת החסיון העיתונאי יש בו מספר מרכיבים יחודיים, בהשוואה לחסיונות בעלי המקצוע האחרים ואלה יפורטו להלן:

(א) הוא, כאמור, יציר הפסיקה, בעוד האחרים הם סטטוטוריים.

(ב) הוא יחסי (בדומה לחלק מהחסיונות הסטטוטוריים), זאת בשונה, למשל, מהחסיון לגבי מסירת ראיה הנוגעת ליחסי עו"ד-לקוח (סעיף 48 לפקודת הראיות), או לגבי מסירת ראיה על ידי כהן דת (סעיף 51 לפקודת הראיות), שהם מוחלטים ובנוגע אליהם לא נקבעה בפקודת הראיות נוסחת איזון ולא הוקנתה לבית המשפט סמכות

להורות על הסרת החסיון. ראו: רע"א 5806/06 עזבון המנוח נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' שימקו מפי המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, בפסקאות 6-7 (טרם פורסם; 13.06.2007); בג"צ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' פרופ' אברהם עוז מפי השופטת א' חיות בפסקה 11 לפסק דינה (טרם פורסם; 14.05.2008) (להלן: ענין אוניברסיטת חיפה).

(ג) הוא חוסם ביטוי ראייתי בהליך משפטי, או חקירתי – מתוך מטרה לגרום לפרסום מידע עיתונאי לציבור. החסיונות האחרים החלים, למשל, לגבי בעלי מקצוע טיפוליים, כמו: עו"ד, רופא, פסיכולוג, או עובד סוציאלי מונעים הזרמת מידע (לבית המשפט) על מנת לאפשר לפרט להביא בצנעה בפני בעל המקצוע את כל האינפורמציה הנדרשת לשם הטיפול בו. לעומת זאת חסיון עיתונאי חוסם ביטוי ראייתי בהליך משפטי, או חקירתי דווקא מתוך כוונה לתת פומבי לדברים ולקיים את זכות הציבור לדעת. ראו: עמ' VIII ו-IX לחיבורו של ישגב נקדימון: "למנוע ביטוי על מנת לאפשר ביטוי – הצעה להליך חשיבה לעיצוב גדרי היקפו ומידת הגנתו של חסיון עיתונאי בעידן החוקתי" (עבודת דוקטור בכתובים, בהדרכת פרופ' אריאל בנדור, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה 2012 (להלן: נקדימון)).

(ד) הוא – בשונה מהחסיונות האחרים – עלול להיות מופר מניה וביה עם גילוי נתוני התקשורת של העיתונאי, מה שצפוי לחשוף את זהותם של מקורות המידע שלו, ופה הדבר הוא בליבת החסיון ולא בפריפריה של הזכות בלבד. מכאן צריכה לנבוע ההכרה כי בגדר החסיון העיתונאי יבואו לא רק שמו של המקור, אלא גם כל פרט, או מידע שיכולים להביא לזיהויו. עיינו: נקדימון, שם בעמ' 153-154, 276-277.

10. החסיון העיתונאי הוא איפוא אחד מהאמצעים המבטיחים את חופש העיתונות ומבחינה חוקתית, זה כמו זה, יונקים מחירות הביטוי, שהיא זכות קונסטיטוציונית עצמאית בבחינת "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968)). גישות אחרות גורסות כי חופש הביטוי עצמו תלוי במידה מסוימת של פרטיות, המאפשרת התפתחות אוטונומית ומקורית של האדם. עיינו: Stephen Breyer ACTIVE LIBERTY 62-63 (2008); Ruth Gavison "Privacy and the Limits of Law" (YALE L.J 475 (1980)). לסיכום ההשקפות השונות בנושא זה – ראו עוד: ע"א 751/10 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אורבך בפסקאות 61-66 לפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין (טרם פורסם; 8.2.2012) (להלן: פרשת דיין).

11. התפיסה האחרת איננה גוזרת את החסיון העיתונאי מעקרון חופש הביטוי, אלא תולה אותו במישרין ברציונל הפרטיות ובסוד שיחו של אדם, שהם עתה ערכים חוקתיים מוגנים מכח סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ודוק: סוד השיח נראה ככולל גם את סוד הצדדים לשיח, ולא רק את תוכן השיח). הנה כי כן על פי תפיסה זו – חסיון עיתונאי מאפשר למקור שמסר מידע לעיתונאי לשמור על האנונימיות שלו בעולם שמחוץ ל"מתחם הסודיות" בין השניים (עיינו: מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס הרעיוני של הזכות לפרטיות משפט וממשל י"א 63-64 (2007) (להלן: בירנהק, שליטה והסכמה); מיכאל בירנהק מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 121-122 (2011) (להלן: בירנהק, מרחב פרטי); נקדימון, בעמ' 141-143). האנונימיות נתפסת במסגרת זו כחלק מן הזכות לפרטיות, שכן "היא מאפשרת לאדם לפעול לנפשו ולהימנע מחשיפה אישית וממסירת מידע אודותיו שאינו מעונין שימסר... האנונימיות מקנה לאדם שליטה על מידע אודותיו... ומונעת נעיצת מבט לצנעת חייו". (ראו: דברי המשנה לנשיאה א' ריבלין ב-רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, בפסקה 13 לפסק הדין (טרם פורסם; 25.3.2010); עיינו גם: נקדימון, בעמ' 141).

12. מכל האמור לעיל עולה, כי ניתן לבסס את חסיון המקור של העיתונאי גם על ערך כבודו של האדם, המוצא ביטוי בסעיפים 2, 4 ו-11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן – החסיון האמור תורם לשמירה על חופש הביטוי, שבתורו מעוגן בעקרון כבוד האדם (ראו: ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993); בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (152-153) (1996)).

ודוק: מסלול חוקתי אחר, שגם לו יש תומכים מסוימים, מוצא את עיגונו החוקתי של חופש הביטוי דווקא בזכות לחירות, המוגנת מכוח סעיפים 5 ו-11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו, לדוגמה, כתיבתו של ד"ר גיא כרמי: Guy E. Carmi "Dignity – The Enemy From Within: A Theoretical and Comparative Analysis of Human Dignity as a Free Speech Justification", 9 UNIV. PENN. J. CONSTITUT. LAW 957 (2007) (להלן: כרמי I); Guy E. Carmi, "Dignitizing" Free Speech in Israel: The Impact of the Constitutional Revolution on Free Speech Protection", 57 MCGILL LAW JOURNAL (forthcoming 2012) (להלן: כרמי II). ברם אפשרות זו – שלא השתרשה עדיין בשיטת המשפט הישראלית – איננה משליכה במישרין על הניתוח שנעשה כאן,



ולכן אין צורך להתייחס אליה בהרחבה. זאת ועוד, כפי שצוין ב-רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (טרם פורסם, 12.11.2006), ממילא קיימת קירבה טבעית מסוימת בין עקרון החירות לבין עקרון הכבוד, שבא לידי ביטוי, בין היתר, גם בהגנה על חופש הביטוי: "חרות הביטוי היא אם החרויות. היא גם השברירה שבהן. היא הראשונה להיפגע, אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה. עמה יחד נופלות החירויות כולן. נפילתה מסמלת את קץ קיומו של כבוד האדם. חרות האדם – כבודו. כבודו של אדם – חרותו" (ההדגשה לא במקור – ח"מ; וראו בעניין זה גם במאמרו של כרמי I, עמודים 966-967; פרשת דיין, פסקה 66).

#### סיכום ביניים

13. הניתוח עד הנה מלמד כי הפגיעה האפשרית של חוק איסוף נתוני תקשורת בחסיונות המוגנים איננה מוגבלת לחסיון העיתונאי בלבד, וזו עלולה להשתרע גם על יתר החסיונות המעוגנים בפקודת הראיות ובהוראות דין אחרות, או כאלה שהוכרו, או יוכרו בפסיקה (ראו: סעיף 3(ד)(7) לחוק. עיינו גם: עניין אוניברסיטת חיפה, בפסקה 19 סיפא לפסק דינה של השופטת א' חיות (טרם פורסם; 14.5.2008); בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, בפסקה 11-14 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (טרם פורסם; 31.1.2011)).

חסיון בעל המקצוע מאפשר איפוא לקדם את עניינו של האדם בו מדובר במגוון התחומים הרלבנטיים (דת, רפואה, משפט וכיוצא בזאת), מבלי לחשוש כי המידע הפרטי והרגיש שלו – יתגלה (עיינו: בירנהק, שליטה והסכמה, בעמ' 34; יצחק עמית "קבילות, סודיות, חסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" בתוך ספר אורי קיטאי 247 (בועז סנג'רו עורך, 2007)).

תובנה זו משליכה כאמור על המשך הבחינה החוקתית, שכן הפרת החסיונות, מהווה לתפיסתי למצער פגיעה עקיפה בזכויות החוקתיות לכבוד, לחירות ולפרטיות.

14. נוכח כל האמור לעיל, ובשים לב לפגיעה המצרפית בזכויות החוקתיות של בעלי החסיונות, שעומדת כאן על כף המאזניים, נראה כי נכון לדופף את ההבחנה החדה שבין "מהות" לבין "צורה" בהקשר לחסיונות ולתקשורת הכוללת, או אופפת אותם. אכן: "הלכידות בין אמצעי התקשורת וקריסת ההבחנה בין תוכן לבין נתוני תקשורת מחייבות מסגרת חוקית חדשה להגנת הפרטיות, מסגרת שלא תבוסס על דיכוטומיה כקודמתה, אלא על רצף של מצבים שיסווגו בהתאם למידת הסכנה שהם מציבים

לפרטיות" (ראו: עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בתוכו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים ואחת", בתוך: רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע 287, 313 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011)).

אעבור איפוא עתה לבחינת תוקפן החוקתי של הוראות חוק איסוף נתוני תקשורת העומדות לביקורת בפנינו, בשים לב למסקנותי הנ"ל. מאחר שהנני מסכים כאמור לגישתה של הנשיאה בכל הקשור לחוקתיותם של סעיפים 3, 6 ו-7 לחוק איסוף נתוני תקשורת – ניתוחי בהמשך יתמקד בשאלת חוקתיותו של ה"מסלול המנהלי" שנקבע בחוק ולגדרות, שיש לקבוע, לדעתי, לגביו.

בחינה תמציתית של חוקתיות סעיף 4 לחוק איסוף נתוני תקשורת

15. בגדרי סעיף 4 לחוק איסוף נתוני תקשורת הותווה "מסלול" לקבלת היתר על פי החוק, השמור ל"מקרים דחופים". המאפיין הבולט ב"מסלול" זה הוא כי הגוף המאשר את הוצאת ההיתר איננו בית המשפט, אלא "קצין מוסמך", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק איסוף נתוני תקשורת. הדעת נותנת – ואף הנשיאה מסכימה לכך – כי "מסלול מנהלי" שכזה כרוך בפגיעה גדולה יותר בזכויות חוקתיות מאשר ה"מסלול המשפטי", שכן ההיתר לקבלת נתוני תקשורת ניתן כאן על-ידי גוף מנהלי – הקצין המוסמך – המתבקש לעשות כן על-ידי גוף מנהלי אחר (לעתים באותו ארגון עצמו של הקצין המוסמך), מבלי צורך להצדיק את הטעמים למתן ההיתר בפני הרשות השופטת.

אכן, לרשות המנהלית עומדת חזקת התקינות, ויש להניח כי השימוש בסעיף 4 לחוק איסוף נתוני תקשורת יעשה רק במקרים שבהם הרשות המוסמכת תסבור – בתום לב – כי הדבר הוא הכרחי. ואולם גם בשים לב לכך דומני כי שומה עלינו, כחברה, לצמצם עד כמה שניתן מצבים מסוג זה, שהרי: "ללא ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת מתערערת הפרדת הרשויות. עמה נפגעת חירות האדם, ונפגמים היסודות של משטר חופשי" (ראו: בג"צ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970, פ"ד מה(5) 445, 450 (1991); עיינו: אמנון רובינשטיין, ברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א' 174 (2005)). השוו להחלטה של המועצה הקונסטיטוציונית בצרפת מס' DC 2005-532 מתאריך 19.1.2006.

16. בעייתיות מובנית זו בסעיף 4 נפתרת במידת-מה בשל העובדה כי ה"מסלול המנהלי" שמותווה בו – הוא מצומצם יותר, בחלק ממרכיביו, מן ה"מסלול השיפוטי" המוסדר בסעיף 3 לחוק, וכן מאחר שהוא מונע על-ידי הדחיפות שבסיטואציה. עם זאת, לשיטתי – אין "המסלול המנהלי" מתאים להתמודדות עם חסיון בעלי המקצוע. אבאר להלן את הטעמים לגישה זו, הנבדלת מעמדתם של חברי.

17. הנשיאה קובעת בפיסקה 25 לחוות-דעתה כך: "בהעדר פגיעה [במידתיות] כאמור [של חוק איסוף נתוני תקשורת – בחסיונות, פרט לחסיון העיתונאי; התוספות בסוגריים מרובעים שלי – ח"מ], לכאורה אין לומר כי העדר התייחסות לעניינם של בעלי מקצוע במסגרת סעיף 4 מקימה לעצמה עילה חוקתית לביטול החוק". הנשיאה סבורה גם כי השוני שבין התכליות של ה"מסלולים" הנפרדים שבחוק איסוף נתוני תקשורת, והעובדה כי סעיף 4 לחוק הנ"ל שמור למקרים דחופים בלבד – כל אלה יכולים להצדיק את הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות (פרטיותם) של בעלי המקצוע, לרבות העיתונאים (אם כי בסייגים נרחבים יותר לגבי האחרונים).

אני הולך בעניין זה בנתיב אחר כאמור, ולשיטתי גם במקרים דחופים יש ליתן משקל מוגבר (אך לא מוחלט) לזכויותיהם החוקתיות של הנהנים מהחסיונות של בעלי המקצוע ובאלו ניתן לפגוע, אם בכלל, רק באמצעות צו שיפוטי לפי סעיף 3 לחוק, שיעמוד, בין השאר, בתנאי פסקת ההגבלה (השוו לפסק דיני ב-ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (טרם פורסם; 13.5.2012)). למסקנה זו אני מגיע אגב מתן פרשנות חוקתית מגבילה להוראת סעיף 4 לחוק איסוף נתוני תקשורת ולמבנה החוק בכללותו, ולא על דרך של ביטול הסעיף, כפי רצונם של העותרים. הנימוק המרכזי לכך שאני נוקט בדרך זו של פרשנות הוא כפול:

(א) ביטולה של הוראת חוק הוא אכן אמצעי אחרון, וקודם לנקיטתו יש לנסות ולפתור את הפירוכות, באם אפשרי הדבר – על דרך של פרשנות.

(ב) ביטולו של סעיף החוק מותיר אפשרות שלעתיד לבוא – יוצר הסדר נורמטיבי בלתי-מספק אחר, ולעומת זאת פרשנות הסעיף האמור על אתר פותרת את הקושי החוקתי "אחת ולתמיד".

עיינו: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004) – בפסקי הדין של הנשיא א' ברק והשופטים (כתוארם דאז): מ' חשין וד' ביניש שם.

בנכונותי לצעוד בנתיב הפרשני ולא בנתיב הביטול הנני מסכים איפוא עם שיטתה של הנשיאה כאן. עם זאת, בנוגע לאופן הפרשנות הראויה – חולק אני על עמדתה של חברתי, הכל כמבואר מיד בסמוך.

18. הנשיאה סבורה כי ההסדרים המצומצמים שנקבעו בסעיף 3 לחוק איסוף נתוני תקשורת יכולים לבוא לידי ביטוי גם בהפעלתו של סעיף 4 לחוק האמור, וזאת כשיקולים רלוונטיים שיש לבחנם בעת הפעלת שיקול הדעת (ראו: פסקה 26 לחוות-דעתה). עוד היא מציינת (שם בפסקאות 27-28 לחוות דעתה) כנתון התומך בעמדתה, כי המדינה מקבלת הלכה למעשה עמדה זו וכי היא משתקפת בנוהל המשטרתי המסדיר את השימוש בחוק (להלן: הנוהל).

כשלעצמי הנני סבור כי הן להסכמת המדינה והן לנוהל האמור – אין ליתן בהקשר זה משקל מכריע. אף שכיום המדינה מביעה את הסכמתה לדרך הפעלתו של סעיף 4 לחוק בדרך מצמצמת משהו – לא לעולם חוסן, ועל כל פנים הסכמה זו (והנוהל המבוסס עליה) איננה מהווה נתון חוקתי בעל משמעות, אלא יש בה, לכל היותר, כדי לשנות את המצב הנורמטיבי המנהלי. היא אף לוקה בחסר בכך שיש בה מעין חקיקת סתר אסורה. השוו: ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז פ"ד טו 2193, 2204-2205 (1961); רע"ב 1127/03 מדינת ישראל נ' קליין פ"ד מח(3) 485, 515 (2005).

מכאן שאף עמדתה של הנשיאה כי: "מטבע הדברים, יכול ושינוי בהתנהלות הרשות יביא אף לשינוי מהותי בנקודת האיזון שמציב החוק. שינוי זה יכול ויקים עילה חדשה נגד החוק, בוודאי במישור המנהלי ויתכן ואף במישור החוקתי" (ראו: פסקה 30 לחוות-דעתה) – איננה מקובלת עלי. הפגיעה בבעלי החסיונות מתרחשת לגישתי בהווה ועל כן אין טעם לדחות את מועד הבחינה החוקתית רק למועד שבו תסטה הרשות המינהלית מגישתה המצמצמת, מה גם שבגישה זו – אין די להבנתי. הנה כי כן לתפיסתי, בהתחשב בתרומתם הרבה של החסיונות לשמירה על הזכויות החוקתיות שפורטו לעיל, יש מקום לקבוע כי מבחינה פרשנית ה"מסלול" לטיפול בבקשות שנוגעות לבעלי מקצוע מצוי רק בסעיף 3 לחוק איסוף נתוני תקשורת והוא מהווה דין ספציפי לעניין זה. על כן לא ניתן להשתמש בסעיף 4 לחוק איסוף נתוני תקשורת על מנת לבקש "היתר מנהלי" בנוגע לחסיון בעלי מקצוע.

אבאר מסקנה זו להלן, ואת הרצאת הדברים אפתח בפירוט הנתונים החוקתיים הרלבנטיים.

19. ב-ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 265 (1995) קבע הנשיא (בדימ') מ' שמגר כדלקמן (ההדגשה לא במקור – ח"מ):

"נקודת המוצא העיונית היא, כי המחוקק, ברצותו לשנות או לפגוע בזכות מוגנת, עושה זאת בהוראה מפורשת או על-ידי קביעה סותרת ברורה בנוסח ההוראות החדשות, שאינה מתיישבת עם זו הקודמת לה. בכל מקרה יש לנסות ולקיים חוקים הדנים באותה סוגיה על-ידי ניסיון ליישב ביניהם. לפיכך, החזקה הפרשנית הינה כי אין שינוי או פגיעה בזכות מוגנת בחוק רגיל, באמצעות חקיקה רגילה מאוחרת, אלא אם נאמר או משתמע אחרת".

במקרה שלפנינו הוכחה לסברתי הטענה כי סעיף 4 לחוק איסוף נתוני תקשורת – אם יופעל נגד חסיונות בעלי המקצוע – יגרום לפגיעה בזכויותיהם החוקתיות. פגיעה זו נעשית בלשון לא מפורשת, אלא מכללא, והיא איננה מהווה: "קביעה סותרת ברורה" כלשונו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר. גישה דומה נקטו הנשיאה ד' ביניש והשופטת א' חיות ב-בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועמ"ש (טרם פורסם; 20.8.2008). יצוין עוד כי על בסיס תפיסה קרובה נפסק בבריטניה בפרשת MG – כך:

"Legal professional privilege is a fundamental human right long established in the common law...The courts would ordinarily construe general words in a statute, although literally capable of having some startling or unreasonable consequence, such as overriding fundamental human rights, as not having been intended to do so. An intention to override such rights must be expressly stated or appear by necessary implication... Section 20(1) contained no express reference to legal professional privilege and the question is therefore whether its exclusion must necessarily be implied."  
(שם, בפסקאות 7-8 לפסק הדין; ההדגשה שלי – ח"מ).

בהקשר זה יש להוסיף ולהדגיש שכולי עלמא לא פליגי שסעיף 3 לחוק איסוף נתוני תקשורת מציע הסדר מאוזן יותר לעניננו זה, הן ברובד המהותי (הכללתם של הסדרים מפורטים) והן ברובד הסמכות (הדרישה כי הפנייה לקבלת ההיתר תהיה לבית המשפט, ולא לרשות המנהלית). השאלה הנשאלת היא לפיכך – האם נוכח הפגיעה בזכויות החוקתיות שביסוד חסיון בעלי המקצועות, נוכל להסתפק בהנחייה כי הוראות סעיף 3 לחוק איסוף נתוני תקשורת יהיו שיקולים (ותו לא) בעת הפעלת הסמכות על פי

סעיף 4 לחוק הנ"ל? התשובה לשאלה זו היא שלילית, לדעתי. התוצאה הקונסטיטוציונית הראויה במכלול היא איפוא כי ההסדר שב"מסלול" המשפטי יהווה מסלול מחייב ובלעדי במקרה של בקשה לקבלת נתוני תקשורת הנוגעים לבעלי מקצוע. הטעמים לדבר יוסברו להלן.

אין לפגוע בחסיון בעל מקצוע ללא צו שיפוטי

20. סעיף 3 לחוק איסוף נתוני תקשורת מעיד על עצמו כי הוא מאפשר התחשבות גם במקרים דחופים (ראו: סעיף 3(ו)(2) לחוק איסוף נתוני תקשורת, ובידוע הוא שמערכת בתי המשפט מאורגנת ליתן מענה לסיטואציות שכאלו 24 שעות ביממה); ה"מסלול" שנקבע בגדרו הוא מאוזן ומידתי יותר מזה שמותווה ב"מסלול המנהלי"; פגיעתו בזכויות החוקתיות האמורות – קטנה יותר, באשר הוא מחייב התחשבות במגוון גדול של שיקולים, ומעבר לכך, הוא מצריך את הרשות המנהלית להעמיד את הצדקותיה במבחן הביקורת השיפוטית. בשים לב לנתונים אלה, הרי שמתן אפשרות לרשות המנהלית "לעקוף" את ה"מסלול" המשפטי המאוזן שנקבע בסעיף 3 לחוק איסוף נתוני תקשורת בעניינם של בעלי מקצוע – איננה ראויה. שורה של נימוקים תומכים כאמור במסקנה זו, ואלה יפורטו מיד.

21. תכליתם של החסיונות המקצועיים הוא להגן על הערכים החוקתיים המצדיקים אותם. לכן אין לפגוע בהם ללא הצדקה מתאימה, כאמור בפיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הצדקה שכזו תתאפשר, על דרך הכלל, רק על דרך של שימוש בצו שיפוטי ולא באמצעים מנהליים (מה גם שלעיתים החסיונות הם אפילו בחזקת חסיונות מוחלטים). תפיסה זו היא שהביאה בשעתו את חברי הכנסת גדעון סער ושלי יחימוביץ להציע במסגרת הקריאה השניה, בגדר הסתייגות להצעת החוק, שהולידה את החוק הנוכחי – את נוסח סעיף 3(ב) לחוק שהתקבל, וקובע כדלקמן:

"היה המנוי שלגביו הוגשה הבקשה בעל מקצוע, לא יתיר בית המשפט קבלת נתוני תקשורת כאמור בסעיף קטן (א), אלא אם כן שוכנע בהסתמך על פירוט ברור לכך במסגרת הבקשה, שיש יסוד לחשד שבעל המקצוע מעורב בעבירה שבקשר אליה הוגשה הבקשה".

עיינו: דברי הכנסת בישיבה ה-181 של הכנסת ה-17 מתאריך 17.12.2007, שם בעמ'

תנאים אלה באים בנוסף לדרישות המוצבות בפני בית המשפט טרם שהוא מוציא צו לקבלת נתוני תקשורת ממאגר מידע של בעל רשיון בזק, המנויות בסעיף 3(א) לחוק, והמחייבות אותו להשתכנע "שהדבר נדרש" למטרות המפורטות בסעיף האמור "ובלבד שאין בקבלת נתוני התקשורת כאמור כדי לפגוע, במידה העולה על הנדרש, בפרטיותו של האדם". הנה איפוא לנו ביטוי ל"פיסקת ההגבלה", האמורה להיות מופעלת בכל בקשה פרטנית ולהבחין ע"י הרשות השופטת. אם לא יעשה כן, יוצר מצב קשה, כדברי חה"כ (כתארו אז) גדעון סער:

"... כל מי שמבין מה המשמעות ביחסים של חסיון עו"ד-לקוח, או של עיתונאי, או כל סוגי החסיונות האלה – מבין שזה יכול להיות מכשיר לרמיסה של כל החסיונות המקצועיים" (שם, בעמ' 12,895).

חה"כ שלי יחמוביץ' חידדה עוד את הדברים בהקשר לחסיונות עיתונאיים והתבטאה כך:

"...ואפשר להמשיך את זה הלאה, למחוזות קצת יותר אפלים, וסכנת הזליגה להאזנה שלא לצורך לקווי הטלפון של עיתונאי עלולה לפגוע קשות ביכולת התפקוד שלו, באמון שהמקורות שלו נותנים בו, ביכולת שלו לחשוף עוולות ופרשיות של שחיתות, ולפיכך גם בעקיפין, ואף במישרין, לפגוע בחופש העיתונות, שהוא אבן יסוד מרכזית ביותר בדמוקרטיה שלנו" (שם, בעמ' 12,901).

22. נוכח האמור לעיל נראה לי כי הגישה המתנה את האפשרות לפגוע בחסיון בעל מקצוע רק על דרך של קבלת צו שיפוטי היא "התבנית הקונסטיטוציונית" הראויה ובלעדיה הדבר איננו אפשרי. הדבר נתמך גם בלשון הוראת סעיף 52 לפקודת הראיות, הקובע כדלקמן:

"הוראות פרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות; ובמקום שמדובר בפרק זה ב"בית משפט" - גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע".

המלומד יעקב קדמי אומר בהקשר זה בספרו על הראיות חלק שלישי (2009)

כך:

"גישה רווחת היא, לראות את המושג "רשות" כמבטא את הגורמים המוסכמים לקיים חקירה במשמעות של איסוף ראיות (להבדיל מגורמים אחרים המוסכמים "לגבות ראיות" בדרך המאפיינת מסירת עדות בבית משפט); ובדרך זו לפרש את הוראת הרישא – להבדיל מהוראות הסיפא, שאינה כוללת את המושג "רשות" – כחלות גם על הגורמים המוסכמים על-פי דין "לאסוף ראיות", כגון: משטרת ישראל, חוקרי מס הכנסה, חוקי המכס וכיוצא"ב" (שם בעמ' 1012) (ההדגשות במקור – ח"מ).

עמדה זו אומצה למעשה ב-רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' גלעד שרון פ"ד

נח(1) 748 (2003), שם נפסק, בהרכב מורחב, מפי המשנה לנשיא ת' אור כדלקמן:

"לכאורה היה ניתן להגיע אל המסקנה שיש לראות גם במשטרה הגובה ראיות "בית משפט"... תוצאה זו איננה מניחה את הדעת. אין זה סביר שהמשטרה אשר מעוניינת בקבלת מסמכים מסוימים ואשר בפניה טוען החשוד לחסיון – היא זו שתכריע אם אמנם עומד לו החסיון... אשר על כן בשעה שחשוד אשר נחקר במשטרה טוען לתחולתו של החסיון – לא תהיה לחוקר המשטרה הסמכות להחליט אם המסמכים חוסים תחת החסיון. כדי לקבל את המסמכים יאלץ החוקר לפנות אל בית המשפט בבקשה שיוצא צו" (שם בעמ' 766).

זה המקום לציין כי בפרשת MG בבריטניה, ננקטה דרך פרשנות קרובה וגישה דומה.

לא למותר לציין עוד כי סעיף 12 שבחוק איסוף נתוני תקשורת, המסדיר

שמירת דינים, נותן תוקף לעמדה זו, בקבעו כדלקמן:

"אין בהוראות חוק זה כדי לפגוע בסמכויות הנתונות על פי כל דין, בהתייחס לקבלת מידע ומסמכים, לרבות נתוני תקשורת, והכל למעט סמכות בית המשפט לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, לצוות על הצגה או המצאה של נתוני תקשורת, לבקשת רשויות החקירה והתביעה".

23. מסקנותי הנ"ל מקבלות חיזוק נוסף ביחס לחיסיון העיתונאי בשל אפיונו המיוחדים, עליהם עמדנו לעיל, זאת מאחר שהפרשנות שגובשה בנוהל המשטרתי ואומצה על-ידי הנשיאה – איננה נוגדת לכאורה גם את האפשרות שעתונאי שנחשד בביצוע עבירה מסוג פשע (למשל: החזקת "מידע סודי", כמשמעו בסעיף 113(ג) לחוק



העונשין, התשל"ז-1977) – הרשויות יבקשו לפעול לגביו על פי סעיף 4 לחוק, או בדרך מינהלית אחרת, וכבר היו דברים מעולם (עיינו: נקדימון 274-276).

זאת ועוד – אחרת. במסגרת הניתוח עד כה התעלמתי מן העובדה שהתייחסותו של הנוהל המשטרתי למקרה של קבלת "היתר מנהלי" לאיסוף נתוני תקשורת הנוגעים לעיתונאי, מוגבלת רק לנתוני תעבורה (רשימת שיחות יוצאות ונכנסות) בלבד (ראו: סעיף 7(ב)(4) לנוהל האמור). הווה אומר על פני הדברים: אין כל מניעה לבקש נתוני תקשורת אחרים, גם כאשר העיתונאי איננו חשוד בעבירה מסוג "פשע", ברם עובדה זו לא מקבלת ביטוי בחוות דעתה של הנשיאה. נתון זה מצטרף לבעייתיות הראשונית, שעליה עמדתי לעיל, והוא אף מחריף אותה, שהרי גם נתוני תקשורת אחרים יכולים לפגוע בחסיון העיתונאי במידה שווה לנתוני תעבורה. לדוגמה, גם נתוני מיקום של ציוד תקשורת שנמצא בידי עיתונאי יכולים לחשוף, או לעזור לחשוף את המקור שממנו הגיע המידע החסוי (להבחנה בין נתוני מיקום לנתוני תעבורה, ראו: סעיף 1 לחוק איסוף נתוני תקשורת). בנושא זה מציין נקדימון כדלקמן:

"נראה לי, כי מצב דברים זה, בו החסיון העיתונאי בהקשר של נתוני תקשורת מוסדר בחלקו על-ידי הנחיות פנימיות של המשטרה – העשויות להשתנות מעת לעת שלא במסגרת תהליך ציבורי, והרשות עשויה לסטות מהן – ולא בחקיקה ראשית, אינו ראוי. לא זו אף זו, גם תוכן ההסדר שנקבע בהנחיות אינו מספק, שכן הוא מותיר פתח לעקיפת חסיון עיתונאי, ללא ביקורת שיפוטית שתאפשר להגן עליו, בנסיבות שבהן נטען כי העיתונאי הינו חשוד בעבירה נשוא החקירה, או קורבן לה, או כאשר נתוני התקשורת המבוקשים אינם נתוני תעבורה, אלא למשל נתוני מיקום המאפשרים לדעת היכן בדיוק נמצאים הצדדים לתקשורת בין עיתונאי לבין מקור המידע" (ראו: שס, עמוד 277; ההדגשה לא במקור – ח"מ).

דברים נכוחים אלה יפים לענייננו ודומני כי הם מסכמים בצורה נאותה גם את עמדתי במלול. הגיעה לפיכך השעה לחתום את הדברים.

109 דבר

24. לסיכום: נוכח הפגיעה המשמעותית הפוטנציאלית של חוק איסוף נתוני תקשורת בחסיונות בעלי מקצוע ובזכויות החוקתיות המוגנות שלהם – יש להצר, לתפיסתי, את גבולות החוק האמור על ידי קביעה פרשנית, שלפיה לא ניתן יהיה

להשתמש ב"מסלול המנהלי" לקבלת היתר, במקרה שבו ההיתר הנ"ל מתבקש בנוגע לחסיון בעל מקצוע. במקרה שכזה – ה"מסלול המשפטי" יהווה, לשיטתי, הסדר ממצה, ואין בילתו. יתר על כן – אף במסגרתו – צו גילוי יינתן על ידי בית המשפט רק בהתקיים תנאיה של "פסקת ההגבלה", ובאם בית המשפט ישתכנע לגבי "חסיון בעל מקצוע", שהאינטרס באיסוף הנתונים – עדיף על הערכים החוקתיים המצדיקים את החיסיון הספציפי.

25. בחינת ההיסטוריה שהכירה בחסיונות בעלי המקצוע – בארץ ובעולם – מלמדת כי זכויות הפרט התפתחו ונבנו, בין השאר, בהתבסס על תחום משפטי מיוחד זה. כך היה בעבר, ואף שההווה מורכב מעט כאמור – אני תקווה שכך יהיה גם בעתיד נוכח הצורך להתמודד עם אתגרים שהטכנולוגיה החדשה, החוק והפסיקה מציבים בפנינו.

#### ש ו פ ט

#### המשנה לנשיא א' ריבלין:

מצטרף אני לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה ד' ביניש, לפיה דין העתירות להידחות – בנתון ובכפוף לגדרים ולמגבלות שהותוו בפסק הדין.

חברי השופט ח' מלצר עומד, בצדק, על הצורך בהגנה מיוחדת שצריכה להינתן, בהקשר לחוק, למי שחל לגביו חסיון מקצועי על פי דין או לאור ההלכה הפסוקה. הוא סבור כי אין להתיר לקצין מוסמך לפעול בהתאם לסעיף 4 לחוק במצבים שבהם חל לכאורה חסיון בשל מקצוע וכי הדרך היחידה להשגת נתוני תקשורת במצבים אלה ראוי שתצריך פניה לבית המשפט.

כשלעצמי, לא ארחיק לכת עד כדי איון המסלול המנהלי באותם מקרים. עם זאת, מסכים אני כי יש לנקוט זהירות משנה במקרים אלה – והדברים עולים גם מפסק דינה של חברתי הנשיאה ומפסק דינה של חברתי השופטת ע' ארבל. ראשית, כפי שקובעת הנשיאה ד' ביניש, בכל הנוגע להפעלת הסמכות הקבועה הן בסעיף 3 והן בסעיף 4 לחוק, יש לפרשה כך שקבלת הנתונים תיעשה רק במקרים בהם הדבר נדרש לצורך ממוקד וקונקרטי. שנית, בכל הנוגע להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 4 לחוק, יש לפרשה, כמוצע על ידה, באופן שהשימוש בה ייעשה במשורה, במקרים קיצוניים, לצורך טיפול בעבירות המחייבות זאת, ורק במקרים בהם לא ניתן, מחמת הדחיפות, לקבל צו מבית המשפט; זאת כשהמניעה לפנייה לבית המשפט נובעת מנסיבות

הקשורות בסיכון חיי אדם או מנסיבות קשות אחרות. עובדת היותו של המנוי בעל מקצוע תובא גם היא בחשבון הפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 4 או הימנעות מהפעלתה.

כפי שסבורה חברתי השופטת ע' ארבל, גם אני סבור כי הוראת סעיף 4 לחוק צריך שתפורש כמונעת אפשרות חידוש ההיתר בידי הקצין המוסמך. לאחר מתן ההיתר הראשוני שלא יעלה על 24 שעות ייעשה חידוש ההיתר, כך יש לפרש את הוראת סעיף 4, רק בדרך של פנייה לבית המשפט.

#### המשנה לנשיא

הוחלט פה אחד לדחות את העתירות.

בכל הנוגע לפרשנות סעיפים 3 ו-6 לחוק, הוחלט על דעת כל חברי ההרכב כאמור בפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

בכל הנוגע לפרשנות סעיף 4 לחוק, הוחלט בדעת רוב חברי ההרכב כאמור בפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש, כי ניתן להפעיל את הסמכות הקבועה בסעיף זה גם בנסיבות בהן נתוני התקשורת מתבקשים מ"בעל מקצוע", והכל בכפוף למגבלות וסייגים שפורטו בפסק הדין. זאת, בניגוד לדעתו החולקת של השופט ח' מלצר שסבר כי לא ניתן להשתמש בסמכות הקבועה בסעיף 4 לצורך קבלת היתר לפי החוק בעניינו של "בעל מקצוע".

ניתן היום, ז' בסיון התשע"ב (28.05.2012).

המשנה לנשיא

ה נ ש י א

ה נ ש י א ה (בדימ')

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת