

העותרת: האגודה לזכויות האזרח בישראל

על ידי ב"כ דורי ספיבק ו/או הישאם שבאיטה
ו/או גדיר ניקולא ו/או נטע זיו ו/או אחי
התכנית לזכויות אדם
התוכנית לחינוך משפטי קליני
אוניברסיטת תל אביב
קרית האוניברסיטה, רמת-אביב, תל-אביב 69978
טל': 03-6408361 ; פקס : 6407422

- נגד -

המשיבים:

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**
כולם ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
8. **הכנסת**
ע"י היועצת המשפטית לכנסת
משכן הכנסת, ירושלים
9. **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**
רח' מנחם בגין 132, הבנין המשולש, תל אביב, 61620
10. **פלאפון תקשורת בע"מ**
רח' יצחק רבין 33 גבעתיים
11. **סלקום ישראל בע"מ**
רח' הגביש נתניה ת.ד. 4060
12. **פרטנר תקשורת בע"מ**
רח' עמל 8, פארק תעשיות אפק, ראש העין
13. **מירס תקשורת בע"מ**
רח' תוצרת הארץ 3, תל אביב
14. **הוט טלקום שותפות מוגבלת**
יורו פארק, אזור התעשייה יקום, קבוץ יקום 60972

15. נטוויז'ן 013 ברק בע"מ
רח' המלאכה 15, פארק אפק, ראש העין 48091

16. 012 סמייל לתקשורת בע"מ
רח' אלכסנדר ינאי 1, פתח-תקוה 49277

17. בזק בינלאומי בע"מ
רח' השחם 40, קרית מטלון, פתח תקוה 49170

עתירה למתן צווים על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי, המכוון אל המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

א. מדוע לא תבוטל תחולת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007 (להלן: "חוק נתוני תקשורת" או "החוק") על עבירות מסוג עוון, ותוגבל הפעלת הסמכויות השונות לפיו לעבירות מסוג פשע בלבד?

ב. מדוע לא יקראו לתוך (Reading In):

1. סעיף 3(2) לחוק תנאי לפיו לא יוצא צו נתוני תקשורת ע"י שופט, אלא אם מצא כי יש יסוד סביר להניח שבאמצעות הצו האמור תוכל הרשות החוקרת לגלות עבירה מסויימת הנזכרת בבקשה לצו, לחקור אותה או למנוע אותה, להבדיל ממצבים בהם תכלית הבקשה לצו היא פעילות מודיעינית כללית לגילוי עבירות?

2. סעיף 3(3) לחוק תנאי דומה, לפיו יוצא צו נתוני תקשורת ע"י שופט רק אם מטרתו גילוי מי שעברו עבירות ספציפיות, להבדיל מצו שמטרתו פעילות מודיעינית כללית כלפי "עבריינים"?

3. סעיף 4 לחוק תנאי דומה, לפיו לא ניתן יהיה להוציא היתר מנהלי לקבלת נתוני תקשורת בדחיפות ללא צו שופט, אלא אם תכלית הצו הינה גילוי, חקירה או מניעת עבירה מסוימת, להבדיל מהיתר שתכליתו פעילות מודיעינית כללית לגילוי עבירות?

ג. מדוע לא תבוטל תחולת סעיף 4 לחוק, המאפשר קבלת נתוני תקשורת בהיתר מנהלי וללא פניה מוקדמת לקבלת אישור שיפוטי, לגבי מקרים בהם ידוע לרשות החוקרת שהמנוי הינו מי שחל לגביו חיסיון מקצועי לפי כל דין?

ד. מדוע לא יוגבל היקפו של מאגר המידע הממוחשב שיועבר לרשויות חקירה על פי הוראת סעיף 6, כך שלא יכלול מספרי טלפון חסויים?

בקשה לקיום דיון דחוף

עניינה של עתירה זו בחוקתיות חלק מן ההסדרים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007 (להלן: "חוק נתוני תקשורת" או "החוק"), שפורסם ברשומות ביום 27.12.07, ואמור להכנס לתוקפו בתוך שישה חודשים ממועד פרסומו, דהיינו ביום 27.6.08.

כמוסבר בהמשך עתירה זו, חלק מהוראות החוק פוגעות באופן עמוק ומובהק בזכות החוקתית לפרטיות, ועשויות להביא למצב שבו מידע אינטימי ואישי ביותר אודות חלק לא מבוטל מאזרחי ישראל, מידע השמור הן במחשבי חברות הטלפונים והן אצל ספקיות האינטרנט, יעבור אל מחשבי המשטרה ורשויות חוקרות אחרות, אף במקרים שבהם הפגיעה אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מאחר שהחוק טרם נכנס לתוקפו, לא מוגשת בד בבד עם חוק זה בקשה לצו ביניים.

יחד עם זאת, מתבקש בית-המשפט הנכבד לקבוע את הדיון הראשון בעתירה זו בדחיפות, עוד קודם למועד בו יכנס החוק לתוקף, בעוד חודשיים ימים.

תוכן עניינים

- א. תמצית העתירה
 - ב. הצדדים
 - ג. הזכות החוקתית לפרטיות
 - ד. חוק נתוני תקשורת פוגע בזכות החוקתית לפרטיות
 - ה. פירוט הטענות החוקתיות
- טענה ראשונה:** החלת החוק גם על עבירות מסוג עוון אינה מידתית.
- טענה שנייה:** שימוש בחוק למטרות מודיעיניות כלליות, להבדיל מחקירות ספציפיות, אינו מידתי.
- טענה שלישית:** פגיעה בחסיון מקצועי באמצעות היתר מנהלי, ללא אישור שופט, אינה מידתית.
- טענה רביעית:** העברת קובץ הכולל את כל מספרי הטלפון החסויים במדינה לרשויות החקירה השונות אינה חוקתית.
- ו. הערות לפני סיום

ואלה נימוקי העתירה:

א. תמצית העתירה

“בעידן דיגיטלי שמציע טכנולוגיות של מעקב, בתוספת לחץ בטחוני עצום מצד המדינה, במיוחד אחרי ארועי ה- 11 בספטמבר 2001, ובתוספת לחצי השוק התובע יתר יעילות – הזכות לפרטיות נאבדת על מקומה, ונדמה לפעמים שהמאבק להגנתה הוא מלחמת-מאסף” (מיכאל בירנהק, שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות משפט וממשל, כרך י”א (1), נובמבר 2007, 9, 10).

1. נקודת המוצא לעתירה זו הינה שהצורך בפרטיות, וחובתו של בית-המשפט להגן על זכות האדם לפרטיות, אינם פחותים בימינו אנו. להיפך. הטכנולוגיה העכשווית, המאפשרת מעקב צמוד ובלתי-פוסק אחרי כל אדם, קבלת מידע עצום, וכן עיבוד והצלבת המידע באמצעות תוכנות מחשב מתוחכמות, מחייבת להקפיד שבעתיים על כך שסמכויות לפגוע בפרטיותו של אדם ייקבעו בחוק שתכליתו ראויה, ושההסדרים הקבועים בו אינם פוגעים במידה העולה על הנדרש לצורך השגת תכלית זו. שכן, “חזונו האפוקליפטי של ג'ורג' אורוול בדבר “האח הגדול”, עלול על נקלה להפוך למציאות חיים אם לא יושמו הגבולות לנגישות למאגרים ולשימוש בהם... (הנשיאה ביניש בעש”מ 6843/01 בן דוד נ’ נציב שירות המדינה, פ”ד נו(2) 918, 924).
2. ביום 27.12.07 פורסם ברשומות חוק נתוני תקשורת (העתקו מצ”ב לנוחיות בית-המשפט ומסומן נספח א’). תחילתו של החוק בתוך שישה חודשים ממועד פרסומו, דהיינו ביום 27.6.08.
3. בשיח הציבורי שקדם לחקיקת החוק, רבים כינו אותו “חוק האח הגדול”. ולא בכדי. החוק מקנה סמכויות נרחבות לרשויות חקירה בישראל לבלוש ולקבל מידע פרטי אודות כל אחד מאיתנו, בחלק מהמקרים לאחר קבלת צו שיפוטי חסוי שינתן במעמד צד אחד, ובמקרים אחרים אף ללא צורך בקבלת צו שכזה.
4. בדיון שלפני הקריאה השניה והשלישית של החוק, שבשאלת חוקתיות חלק מן ההוראות הכלולות בו עוסקת עתירה זו, נאמרו בין היתר הדברים הבאים:
“החוק שבו אנחנו דנים משתמש באמצעים פולשניים מאוד בכל הקשור לפרטיות. הייתי אומר שזה נשק בלתי קונבציונאלי בכל מה שקשור להתערבות בפרטיות של אדם” (ח”כ מיכאל איתן, לשעבר יו”ר ועדת חוק, חוקה ומשפט).

“אין ספק שבחוק הזה יש משום סיוע למשטרת לישראל להילחם בפשיעה. עם זאת, יש בחוק פגיעה בזכויות האזרח ובזכויות האדם, וקיים חשש שבשלב כלשהו ייעשה שימוש לרעה על-ידי תפוח רקוב אחד במערכת בכלים שאנחנו נותנים להם” (ח”כ דוד רותם, סיעת ישראל ביתנו).

“במקום לנהוג בקמצנות במקרים חריגים ומחויבי המציאות, החוק בא ומרחיב בצורה שפותחת פתח לשימוש לרעה בחוק זה” (ח”כ ג’מאל זחאלקה, סיעת בל”ד).

“הצעת החוק היא מאוד בעייתית. כולנו רוצים לתת ולעזור ושלמשטרת ישראל יהיו הכלים להילחם בפשיעה, אבל הגלישה והשימוש שיכולים לעשות באותם אמצעים ובאותם כלים יכולים לפגוע בכבוד האדם וחירותו” (ח”כ נסים זאב, ש”ס).

“זה חוק האח הגדול... ההצעה הזאת שמונחת כאן לפניכם... היא גורפת היא פולשנית, והיא ודאי לא מבטאת את האיזון הראוי” (ח”כ זהבה גלאון, מר”ץ).

“ההצעה הזו שמונחת לפנינו... היא הצעה קיצונית, בלתי-מאוזנת, דורסנית בנוגע לזכויות הפרט, ולא מחפשת את אותם בלמים ואיזונים שאנחנו רוצים לאזן בין זכויות של אזרחים בחברה מתוקנת לבין מתן סמכויות לרשויות השלטון” (ח”כ גדעון סער, סיעת הליכוד).

5. סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן את זכותו החוקתית של כל אדם לפרטיות ולצנעת חייו. בין היתר קובע הסעיף מפורשות שאין לפגוע בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו. בעידן הטכנולוגי בו אנו חיים, מעקב אחר הפעולות אותן אנו מבצעים באמצעות המחשב האישי והטלפון הנייד האישי, עליהם אנו מנהלים חלק גדול משיחותינו והתכתבויותינו, שקולה, מבחינת פגיעתה בזכות לפרטיות, לעיון ביומנו האישי של אדם בימים עברו, בלי ידיעתו ובלי קבלת הסכמתו. היא מהווה חדירה מובהקת לסוד שיחו של אדם.

6. כפי שיובהר בהמשך עתירה זו, נתוני התקשורת בהם עוסק חוק זה מספקים מידע שהוא במידה רבה “תוכני”, ומבחינה זו אין בסיס לנסיגה של המדינה לטעון שהחוק מאפשר קבלת מידע “טכני” בלבד.

7. יאמר כבר בראשית דברינו, כי על אף הפגיעה המשמעותית בזכות החוקתית לפרטיות, אין מחלוקת על חשיבותו של החוק ונחיצותו. החוק, כולל שלושה הסדרים מרכזיים, שכולם דרושים וחיוניים:

הראשון: אפשרות לפנות לבית משפט, בדרך של דיון חסוי המתקיים במעמד צד אחד, לצורך קבלת צו אשר יתיר בנסיבות מסוימות קבלת נתוני התקשורת;

השני מאפשר מתן היתר מנהלי לקבלת נתוני תקשורת במקרים דחופים ובנסיבות מסוימות אף בלא פניה לערכאות;

והשלישי קובע כי לרשויות החקירה יועבר מאגר מידע המכיל מספרי טלפון ונתונים נוספים שיועברו לרשויות החקירה לשימושם השוטף, וללא בקרה שיפוטית מראש או בדיעבד (למעט באותם מקרים מעטים בהם תוצג ראייה מהמגזר הזה בבית משפט ואם תועלה טענת פסלות כנגדה).

8. יחד עם זאת, בכל אחד משלושת ההסדרים שלעיל, חסרות ערובות מספקות למניעת פגיעה מיותרת וקשה מדי בזכות החוקתית לפרטיות. הסמכויות לקבלת מידע אודות פרטים במצבים השונים הן רחבות מדי, המצבים בהם ניתן לעשות בהן שימוש רבים מדי, ההגנות מפני ניצול לרעה של הסמכות אינן מספקות, וככלל, על מנת לעמוד בדרישת המידתיות החוקתית, קיים הכרח לצמצמן, בדרך של הוצאת הצווים המפורטים בכותרת עתירה זו.

ב. הצדדים

9. **העותרת, האגודה לזכויות האזרח בישראל**, הינה ארגון חברים הפועל מזה למעלה מ- 35 שנים במטרה להגן על זכויות האדם בישראל. האגודה הינה כיום ארגון זכויות האדם הגדול בישראל, ועיסוקה מתפרש על כלל קשת הזכויות.

10. **המשיבים 1 עד 6** הינם משטרת ישראל ו"רשויות חוקרות" אחרות כהגדרתן בחוק, שבסמכויות השונות שמקנה להם החוק לקבלת נתוני תקשורת תוך פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות עוסקת עתירה זו.

11. **המשיב 7** הינו שר המשפטים, שכפי שמורה סעיף 13 לחוק הוא הממונה על ביצועו.

12. **המשיבה 8** היא כנסת ישראל. צירופה של הכנסת כמשיבה בעתירה זו נעשה בהתאם להוראות סעיף 1ג17 לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994, שהוסף בתיקון לחוק בפברואר שנה זו (2008) (ס"ח תשס"ח מס' 2134 מיום 18.2.08 עמ' 205), ולפיו: **"ראה בית משפט בהליך שלפניו, כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו"**.

13. המשיבות 9 עד 17 הן חברות התקשורת המרכזיות והגדולות בישראל, המספקות את רוב רובם של שירותי הבזק הפנים ארציים בישראל, באמצעות טלפונים ניידים, טלפונים ניידים ורשת האינטרנט. משיבות אלה הן כולן בעלות רשיונות כלליים להספקת שירותי תקשורת שניתנו ע"י שר התקשורת לפי סעיף 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982.

14. להשלמת התמונה, יצויין כי פועלות בישראל כמה עשרות חברות טלפוניה ואינטרנט נוספות, קטנות בהרבה, שאף הן יידרשו לפי החוק למסור נתוני תקשורת תוך פגיעה בפרטיות הלוקחות שלהן. ההחלטה שלא לצרפן כמשיבות נוספות כעתירה זו נובעת מהרצון לייעל את הדיון, ומתוך הנחה שעמדתן לא צפויה להיות שונה באופן מהותי מעמדת החברות המרכזיות, שצורפו כולן כמשיבות.

ג. הזכות החוקתית לפרטיות

15. "הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם. היא מהחשובה שבזכויות האדם" (ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353א). "זכות זו מהווה את אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו" (ע"פ 2963/98 גלעם נ' מדינת ישראל, לא פורסם, ניתן ב-13.6.99).

"לאחרונה נפסק כי הזכות לפרטיות מגלמת את אינטרס היחיד שלא להיות מוטרד בצניעת חייו על ידי אחרים" (ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הבטחון...). "במקרה אחר התייחס השופט א' גרוניס לאמירה... לפיה הזכות לפרטיות משתרעת על "זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ". נאמר כי אין להגביל אמירה זו להיבט הפיזי של הבית. "יש להבינה בצורה רחבה יותר, באופן מטאפורי, ברוח הביטוי שטבעו וורן וברנדייס "the right to be left alone" [במאמרם: S.D. Warren – 1891 – ע' פ'] (בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, 856). " (ע"א 4963/07 ידיעות אחרונות נ' עו"ד פלוני, טרם פורסם, ניתן ב-27.2.08).

16. הזכות לפרטיות הינה זכות מוכרת במשפט הבינלאומי, ובין היתר היא מוכרת במפורש בהכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם מ-1948 (סעיף 12), באמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 (סעיף 17) ובאמנה האירופאית על זכות האדם וחירויות היסוד (סעיף 8).

לסקירה מקיפה של ההגנה על הזכות לפרטיות במשפט הבינלאומי ובמשפט המשווה, ראו יעל און ואחי פרטיות בסביבה הדיגיטלית (המרכז למשפט וטכנולוגיה, עורכים: ניבה אלקין-קורן, מיכאל בירנהק, 2005). ניתן לעיין באינטרנט בכתובת: <http://techlaw.haifa.ac.il/papers/privacy.pdf>.

17. במשפט הישראלי, הזכות לפרטיות מוגנת במפורש עוד משנת 1981, בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, חוק שנחקק בהמלצות הועדה הממשלתית בראשות השופט יצחק כהן. הזכות הועלתה בשנת 1992 למעמד חוקתי, על-חוקי, ועוגנה במפורש ובמפורט בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כך:

7. פרטיות וצניעת הפרט

(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצניעת 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.

לפרשנות סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולתאור השינוי המהותי שחל במשפט הישראלי בהקשר זה, עם עיגונה של זכות חוקתית לפרטיות שהיקפה נרחב באופן משמעותי מזה המוגן לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ראו פסק-דין של הנשיא ברק בבג"צ 6650/04 פלונית נ' בית-הדין הרבני האזורי (טרם פורסם, ניתן ב- 14.5.06), וכן האסמכתאות הרבות המובאות שם, בפסקאות 8 עד 12.

18. הפרשנות שניתנה ע"י שופטי בית-משפט זה להוראות סעיף 7 הינה מרחיבה, וכוללת במפורש אף תקשורת מחשבים, תקשורת טלפונים, לרבות זהות בני-השיח של אדם, זהות האתרים אליהם הוא גולש באינטרנט, ואלו הן כמובן רק דוגמאות:

"בגדרי סעיף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחירתו של אדם במה יעיין, היכן יגלוש ועם מי יתקשר היא "רשות יחיד" ו"סוד שיח" (סעיף 7(ב) וסעיף 7(ד) לחוק היסוד)".
(בש"פ 6640/06 קרוכמל נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, ניתן ב- 7.9.06).

"החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החבויה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעיתים כמוס. החדירה אל המחשב האישי כמוה כחיטוט בחפציו האינטימיים. המגירה האישית אינה רק זו המצויה בשולחן העבודה של האדם. היה אפילו מי שראה בשקיות האשפה שמשליך אדם מאגר אישי ופרטי לא פחות מזה המצוי במגירת השולחן, או לענייננו, במחשב האישי" (בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, ניתן ב- 4.9.05).

ד. חוק נתוני תקשורת פוגע בזכות החוקתית לפרטיות

19. בטכנולוגיה הקיימת דהיום (ובודאי זו שתהיה נגישה לכל ממש בשנים הקרובות) אין מקום להבחנה בין תקשורת טלפונית לתקשורת מחשבים. רוב רובם של הטלפונים הסלולריים בהם נעשה שימוש כיום מאפשרים משלוח מסרונים (הודעות SMS) וכן גלישה באינטרנט, ורבים מן הטלפונים כבר מאפשרים תקשורת בדואר אלקטרוני (אימיילים). הטלפון הנייד של היום היה למחשב האישי של לפני שנים ספורות. חדירה אליו חושפת מידע רב אודות אדם (ובין היתר ספר טלפונים אישי, יומן פגישות ועוד), ובאמצעות נתוני התקשורת המצויים אצל חברות הסלולר ניתן גם לגלות את מיקומו המדויק של אדם בכל רגע נתון. זאת ועוד. הוראות החוק מאפשרות לקבל נתוני תקשורת גם מחברות אינטרנט, ולא רק מחברות טלפון,

ובכך מרחיבות עוד יותר, הרבה יותר, את האפשרות לקבל מידע פרטי ביותר אודות כל אדם המשתמש בשירותי תקשורת.

20. בפתח הדיון בחוק בו עסקינן בוועדת החוקה, חוק ומשפט, ניסתה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רחל גוטליב, להמעיט ככל הניתן במידת הפגיעה של החוק בזכות הפרטיות. היא הדגישה שלשיטתה: **"צריך למתוח קו ברור וחד משמעי... בין הצעת החוק הזו והסמכויות שקיימות בה לבין חוק האזנת סתר. חוק האזנת סתר עוסק בתוכנן של שיחות, בתוכנו של מסר בזק, והחוק הזה עוסק בנתוני תקשורת, שהם המעטפת של תקשורת בזק".** יו"ר הוועדה, ח"כ מנחם בן-ששון, הגיב בהתנגדות מידית באומרו: **"הפילוסופיה הקלאסית תמיד התלבטה בזיקה ובדיאלוג בין חומר לצורה. המתח הוא כל כך בוטה וכשאתה עוקב אחרי שיחות ברמה הטכנית, אתה ודאי יכול להגיע לתובנות הנוגעות לתכנים** (הציטוט מפרוטוקול ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט שהתקיימה ב-3.7.07).

21. אכן כך. ההבחנה בין הפגיעה בפרטיות הנגרמת כתוצאה מהאזנת סתר, לבין הפגיעה הנגרמת כתוצאה מקבלת נתוני תקשורת, היא הבחנה מלאכותית. טלו כדוגמא נתוני תקשורת לפיהם עיתונאי התקשר למקורות מסוימים. האין ניתן ללמוד הרבה על התוכן מעצם השיחה? או טלו לדוגמא נתוני תקשורת לפיהם מיקומו של אדם פלוני במהלך לילה מסוים הינו בביתה של גברת פלמונית או בביתו של גבר פלוני. האם מדובר במידע טכני בלבד, או במידע תוכני-מהותי, שפגיעתו בפרטיות אותו אדם מובהקת? והאם רשימת אתרי האינטרנט בהם גולש אדם, באמצעות מחשבו או באמצעות הטלפון שלו, או רשימת האנשים אליהם שלח הודעות דואר אלקטרוני, יכולה להיחשב לרשימה "טכנית"? והדברים ברורים מאליהם.

22. היטיב להסביר זאת המלומד ד"ר בירנהק במאמרו "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" (שם, בעמודים 34 - 36):

"כאן יש הבחנה מקובלת שיש לה השלכות משפטיות, בין תוכן השיחה לנתוני התקשורת, כלומר, מי שוחח עם מי ומתי, כמה זמן נמשכה השיחה, ובהקשר של שיחות אינטרנט – סוג השיחה ונפחה, וכל זה בנפרד מתוכנה של השיחה. הבחנה זו מועלית כטעם להגנה פחותה של הדין על נתוני התקשורת, שהם כלי חשוב בחקירות של גורמי אכיפת החוק. גישה כזו אינה ראויה. בעידן שבו יכולות עיבוד מידע ממוחשבות אינן בדיוניות, אלא כלי יומיומי זמין וקל לשימוש, ניתן ללמוד מנתוני התקשורת על תוכן השיחה ועל המשוחחים. למשל, שיחות טלפון יומיומיות בין אדם לבין מוקד תמיכה נפשית מעידות על תוכן השיחה; גלישה באתר באינטרנט שעוסק בבעייה רפואית מסוימת מלמד רבות על הגולש; נתוני שיחה של עיתונאית חושפים את מקורותיה; מנתוני התקשורת של אדם אפשר ללמוד על

קשריו החברתיים, העסקיים והאחרים, ומהם ללמוד על האדם עצמו. במילים אחרות, טכנולוגיות של כריית מידע (Data mining) מאפשרות פעמים רבות להפוך מידע לא מזוהה למזוהה, ולהסיק מנתונים טריוויאליים דברים משמעותיים הרבה יותר. לפיכך, איסוף נתוני תקשורת, גם אם תכליתו ראוייה, חייב להעשות בדרך שפגיעתה בפרטיות אינה עולה על הנדרש....

הגבול שבין תוכן השיחה לבין נתוני התקשורת מיטשטש במיוחד בסביבה טכנולוגית דינמית. לצד הטלפון הנייד אנו משתמשים בטלפונים ניידים, ולצד המכתב אנו משתמשים בדואר אלקטרוני, בתוכנות למסרים מיידיים... ובטלפוניית רשת... לכל אחת מהטכנולוגיות האלה מאפיינים שונים, וכתוצאה מכך יש להן נקודות-תורפה שונות בקשר לפרטיות. למשל, לטלפון הנייד יש מימד של איכון גיאורפי: רשת הטלפון בנויה כך שהמכשיר שבידי המתקשרת יוצר קשר לתא קליטה הנמצא בקרבתה הגיאוגרפית... משום כך, הארכיטקטורה של הרשת היא למעשה רשת גיאוגרפית, ולכן ניתן לעשות גם את הפעולה ההפוכה – זיהוי מיקומו של אדם..."

(לאנכרוניסטיות ההבחנה בין האזנת סתר לבין קבלת נתוני תקשורת, ראו גם את פסק-הדין המקיף שניתן ע"י כבוד השופט כבוב בת"פ 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (טרם פורסם, ניתן ב- 5.2.07). כן ראו את שני המכתבים שנשלחו ע"י המועצה הציבורית להגנת הפרטיות לחברי ועדת החוקה, ביום 8.11.07 וביום 24.1.08, שבין היתר מפרטים בנקודה זו, מצ"ב ומסומנים נספח ב' ונספח

ג').

23. כפי שצוין כבר בפתח דברינו, אין העותרת חולקת על תכליתו הראויה של חוק נתוני תקשורת, ועל חוקתיותו ככלל. את חיצי ביקורתה החוקתית היא תפנה אך אל חלק מן ההסדרים הקבועים בו, הפוגעים במידה העולה על הנדרש בזכות לפרטיות.

24. ברם, בטרם נפנה לפירוט הטענות, נבקש בכל זאת להתייחס באופן כללי אל האופן הלא מספק שבו בחר המחוקק להתמודד, בגדר חוק זה, עם סוגיית ההגנה על הזכות לפרטיות.

25. כידוע, זכויות האדם אינן מותנות אך "...במבנה נורמטיבי המכיר בהן, אלא גם במציאות פרקטית המאפשרת לו להגן על פגיעה בהן" (ע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי פ"ד נב(1) 697, 715, שם מצטט הנשיא ברק את אמרתו

המפורסמת של השופט פרנקפורטר לגבי ההיסטוריה של החירות כבנויה בעיקרה על אמצעי הגנה דיוניים).

26. כמפורט בהמשך עתירה זו, החוק מקנה לרשויות החקירה שורה של סמכויות שיקול-דעתיות, שניתן להפעילן במקרים רבים אף ללא צורך באישור מערכאה שיפוטית. היקף הפיקוח על השימוש בנתונים שהתקבלו מצומצם, ולעתים אף לא קיים. אף במקרים בהם נדרש אישור שיפוטי, ההליך כולו יתנהל בפני דן יחיד בבית-משפט שלום, בסודיות מוחלטת ובמעמד צד אחד, באופן שימנע ממי שזכותו לפרטיות נפגעה כל אפשרות לערער, או אפילו לדעת על דבר הפגיעה בפרטיותו.

27. כדי ליצור את אותה "מציאות פרקטית" שתגן בצורה אפקטיבית על הזכות לפרטיות, אין די בקביעות כלליות לפיהן הסמכויות הרחבות שניתנו לרשויות החקירה על פי החוק יופעלו בשיקול-דעת, תוך התחשבות בזכות לפרטיות (ראו למשל בסעיף 3 לחוק). על אף שניתן לסמוך וצריך לסמוך על רוב רובם של העושים במלאכת החקירה, שלא יתרשלו ויעשו כמיטב יכולתם להמנע מפגיעות מיותרות בפרטיות, אין די בכך. שעה שעסקינן בהסדר חוקי הפוגע פגיעה מהותית בזכות אדם המעוגנת בחוק יסוד, חובה חוקתית היא לקבוע בגדרו הגבלות ברורות ומפורטות על הסמכות (להבדיל מהגבלות על שיקול-הדעת) לפגוע בזכות. נקודת המוצא בהגנה על הזכות לפרטיות חייבת להיות החשש התמידי, שמרגע שהופרה הזכות לפרטיות, אין לדעת עד לאן יגיע המידע החסוי. בצדק ציין השופט רובינשטיין באחת הפרשות, שבה ביקש סניגור לקבל לידי מידע פרטי תוך התחייבות לשומרו אך ורק אצלו:

"אכן, הסניגור המלומד הציע כי מסירת החומר תהא לעיונו שלו, תוך התחייבות ותנאים; ואולם, פשיטא כי מה שיימסר לחזקתו של סניגור אחד יימסר לאחרים, מבלי לפגוע חלילה ביושרו או ביושרתו של איש מהם, שקפול כהנה וכהנה פותח, מטבע המציאות האנושית, סיכוי כהנה וכהנה להעתקה ולהפצה, אף בכל הרצון הטוב של פלוני או אלמוני, וכדברי חכמים "חברך, חברא אית ליה; וחברא דחברך, חברא אית ליה" (בבלי כתובות קט ב'), (לחברין יש חבר ולחבר חברך יש חבר). (בש"פ 6640/06 קרוכמל נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, ניתן ב- 7.9.06, פסקה טו(2))."

והדברים נכונים אף בענייננו, שבו מידע פרטי רב יזרום אל מחשבי המשטרה ו"רשויות חוקרות אחרות כהגדרתן בחוק (דהיינו גם אל מחשבי רשות המסים, הרשות לניירות ערך, הרשות להגבלים עסקיים, המשטרה הצבאית החוקרת), ומאותה עת סביר שיהיה זמין לרבים רבים מאלה שיש להם נגישות וזכות גישה למחשבי המחברים לאותה הרשת, חרף קיומן של סנקציות בחוק על עובדי ציבור שיעשו שימוש במידע שלא לצורך מילוי תפקידיהם (ראו סעיף 11 לחוק).

28. להלן נפרט אחד לאחד את כל הסעיפים שבחוק החסרים את הערובות המינימליות הנדרשות על מנת להבטיח את הגנה אפקטיבית על הזכות החוקתית לפרטיות. יצוין, שבחוק קיימים סעיפים נוספים שחוקתיותם מוטלת בספק, ושיתכן שעוד יהיה צורך לבררן בפני בית-משפט זה בעתיד. ברם, הצורך במיקוד ויעילות הדיון מחייב שלא להעלות את כולן במסגרת עתירה

זו. למען הסר ספק, אין ללמוד שהסדרים וסעיפים מסויימים שבחוק לא יפורטו להלן, על כן שעמדת האגודה לזכויות האזרח הינה שסעיפים אלה הינם חוקתיים.

29. במאמר מוסגר, נציין כי בשנת 2003 פורסמה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לענין "מסירת מידע מחברות הטלפון לגופים בעלי סמכות חקירה". הנחייה זו מפרטת את פרשנות היועץ המשפטי לממשלה לענין הסמכות והפרוצדורה לקבל נתוני תקשורת על פי החקיקה הקיימת עד לכניסת החוק החדש לתוקף. ההנחייה, שמספרה 4.2101 (90.013) מצ"ב ומסומנת **נספח ד'** (להלן: "הנחיית היועמ"ש"). בחלק מן העניינים אותם נפרט להלן, החוק החדש משפר את ההגנה על הזכות החוקתית לפרטיות לעומת מצב הדברים על פי הנחיית היועמ"ש, אך כמובן שאין די בכך, ככל שמדובר בהסדרים שאינם עומדים במבחני פסקה ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ה. פירוט הטענות החוקתיות

טענה ראשונה: החלת החוק גם על עבירות מסוג עוון אינה מידתית

30. סעיף 1 לחוק נתוני תקשורת (סעיף ההגדרות), מגדיר את המונח "עבירה":

בחוק זה -

"עבירה" – עבירה מסוג פשע או עוון;

31. "עוון" מוגדר בסעיף 24 לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"):

"עוון" – "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."

32. במהלך הדיונים על החוק בכנסת, התעורר ויכוח בנקודה זו. היו מבין חברי-הכנסת שטענו שקביעה לפיה יחול החוק על מרבית העבירות הפליליות מנויות בחוק העונשין, לרבות ולרבות עבירות רשלנות, הינה קביעה מרחיבה הרבה מעל הנדרש. עמד על כך ח"כ גדעון סער בהסתייגות שהעלה את הדיון במליאה:

"המשטרה מבקשת את הסמכויות לצורך קבלת נתוני התקשורת לגבי עבירות פשע ועוון. לגבי פשע זה בוודאי לא שנוי במחלוקת, אבל לגבי עוון זאת נקודה שצריך לשקול היטב. אני הגשתי הסתייגות חלופית, כי צריך להבין: עבירות מסוג עוון זה כמעט כל העבירות בחוק. יש עבירות מסוג חטא שאלה באמת דברים אוטוריים שחבל בכלל לדבר עליהם; אבל עבירת

עוון זאת עבירת לשון הרע, זאת עבירה של תקלה ציבורית שהכנסת אישרה לפני שבוע לבטל אותה בקריאה טרומית; זאת עבירה של העלבת עובד ציבור או עבירות תנועה. האם אנחנו מסכימים שבכל עבירות העוון ניתן יהיה לקבל נתוני תקשורת..." (הציטוט מפרוטוקול הישיבה ה- 181 של הכנסת ה- 17, שהתקיימה ב- 17.12.07).

33. צודק ח"כ סער. עבירות מסוג עוון "זה כמעט כל העבירות בחוק", לרבות עבירות רכוש קלות ביותר, עבירות תנועה, עבירות רשלנות, לשון הרע וכיו"ב, שכן עבירות מסוג חטא הן אכן "דברים אזוטריים שחבל בכלל לדבר עליהם". מכאן, שבאמצעות חוק נתוני תקשורת, כל עבירה ולו הקלה שבקלות מאפשרת למשטרה לחדור לפרטיותו של מי שבאמצעותו תוכל לכאורה לקדם חקירה פלילית.

34. חשוב לזכור, שהמשמעות של מסירת נתוני התקשורת הינה פגיעה לא רק בפרטיותו של חשוד בעבירה, אלא גם פגיעה בפרטיותם של בעלי טלפון ובעלי מחשבים נוספים שנתוני התקשורת שהצטברו אצלם עשויים לדעת המשטרה לקדם את החקירה, גם אם אינם חשודים. וכמוכן שנפגעת פרטיות של כל אותם אנשים עימם התקשר או יצר קשר בדואר אלקטרוני למשל. המדובר בעשרות ואף מאות אנשים, אשר פרטיותם נפגעת שלא במודע בשל חשד לעבירה אשר פעמים רבות אף לא יוגש בגינה כתב אישום, ודאי לא כתב אישום בעבירות כבדות משקל.

35. מכאן, שהכללת כלל עבירות העוון בגדר החוק אינה מידתית. ודוקו - גם אם צודקת המדינה, ואכן קיימים סוגי עוונות מסויימים שחיוני שהוראות החוק יחולו לגביהם (כפי שנטען באחד הדיונים בוועדת החוקה), אין להצדיק החלה גורפת של החוק על העוונות כולם.

36. נחזור ונדגיש שאין מקום לסמוך על שיקול הדעת השיפוטי בענין זה. לא מדובר במקרה שבו ניתן יהיה לפתח כללים מחייבים להפעלת החוק מתקדים לתקדים, במהלך הפעלת החוק. הצווים השיפוטיים יינתנו במעמד צד אחד, ואיסור פרסום יחול על עצם הינתנם. רוב רובו של הציבור שפרטיותו תפגע כלל לא ידע שכך קרה. גם אם חלק משופטי בתי משפט השלום שידונו בבקשות מסוג זה יתנו את המשקל הראוי לזכות לפרטיות, ויסרבו להוציא צווים במקרים של עבירות של מה-בכך, אין לשלול את האפשרות ששופטים אחרים ינקטו גישה אחרת. בהעדר כל אפשרות מעשית של מי שפרטיותם תפגע לערער על ההחלטות, מספר הגישות לענין זה עשוי להיות כמספר השופטים שידונו בבקשות השונות. מכאן, שהדרך היחידה להגן בצורה אפקטיבית על הזכות לפרטיות – להבדיל ממראית עין של הגנה על הזכות – הינה באמצעות הגבלת הסמכות לפנות ולבקש לפגוע בפרטיותו של אדם בגין עבירות קלות משקל.

37. דוגמא יפה לעניין זה ניתן למצוא בפסק הדין שניתן לאחרונה בבית-הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת Association for European Integration and, [2007] ECHR 62540/00, (פסק הדין מצ"ב ומסומן נספח ה'). באותו הפרשה, דן בית-הדין האירופי בהוראות חוק בולגרי, שהסמיכו רשויות

חקירה לקבל (בין היתר) נתוני תקשורת. לפי החוק הבולגרי, נדרש כי העבירה הנחקרת, שבעטיה מתבקשת הרשות לפגוע בפרטיות, תהא עבירה שעונש המאסר הניתן עליה הוא 5 שנים ויותר. לעומת זאת, לגבי חוק נתוני תקשורת שבו עסקינן, גם אם יוגבלו הוראות החוק לעבירות מסוג פשע בלבד, כמבוקש בעתירה זו (ולא גם על עוונות, כפי שקבע המחוקק), עדיין ניתן יהיה לקבל נתוני תקשורת בישראל לגבי עבירות שעונשן מעל 3 שנות מאסר.

38. ועוד. גם בחוק האזנות סתר, תשל"ט-1979, נקבע במפורש שניתן לאשר האזנות סתר לצרכים משטריים, להבדיל מהאזנות סתר להגנה על בטחון המדינה, אך רק כשהעבירה בעטיה מתבקשת הצו הינה עבירה מסוג פשע (ראו סעיף 6 לחוק).

39. להשלמת התמונה, יצויין כי ח"כ גדעון סער ונסים זאב הציעו הסתייגות לפיה תחולת החוק תוגבל לעבירות מסוג פשע, בצירוף עבירות עוון על פי רשימה שיקבעו המשיבים 1 ו-2 באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט. לו הייתה מתקבלת הסתייגות זו, ניתן היה לבחון חוקתית את מידתיות החלת החוק על עבירות עוון ספציפיות.

40. לסיכום הטענה החוקתית הראשונה: החלת הוראות החוק על עבירות מסוג עוון הינה גורפת ובלתי מידתית. בית-המשפט מתבקש לבטל את תחולתו על עבירות מסוג זה, ולהגביל את תחולתו לעבירות מסוג פשע בלבד.

טענה שניה - שימוש בחוק למטרות מודיעיניות כלליות, להבדיל מחקירות ספציפיות, אינו מידתי

41. המבחן המקובל בחוק ובפסיקה לסינון המצבים בהם הפגיעה בזכויות אדם בגדר חקירה פלילית היא אכן הכרחית, הינו מבחן היסוד הסביר או החשד הסביר. לעניין זה השוו לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) בסעיף 25, המאפשר למשטרה לבצע חיפוש ללא צו בית-משפט:

25. חיפוש שלא על פי צו חיפוש

שוטר רשאי, בלא צו-חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם -

(1) יש לשוטר יסוד סביר להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;

(2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

(3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;

(4) השוטר רוּדף אחרי אדם המתחמק ממצערו או נמלט ממשמורת חוקית.

ראו עוד בחוק המעצרים, בסעיף 23 המאפשר את מעצרו של אדם ללא צו שופט:

סמכות שוטר לעצור בלא צו (תיקון: תשנ"ז)

(א) שוטר מוסמך לעצור אדם אם יש לו יסוד סביר לחשד שאותו אדם עבר עבירה בת מעצר והתקיים אחד מאלה:

(1) האדם עובר בפניו או עבר זה מקרוב עבירה בת מעצר, והוא סבור, בשל כך, שהוא עלול לסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;

(2) יש לו יסוד סביר לחשש שהחשוד לא יופיע להליכי חקירה;

(3) יש לו יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לידי שיבוש הליכי משפט ובכלל זה העלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות בדרך אחרת;

(4) יש לו יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;

[ההדגשות אינן במקור].

42. עיון בלשון סעיף 3(א) לחוק נתוני תקשורת, הקובע את המצבים שבהם רשויות חקירה תוכלנה לפנות ולבקש צו שיפוטי לקבלת נתוני תקשורת, מלמד שמשום מה התיבה "יסוד סביר" או מקבילותיה חסרה ואיננה:

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:

עיון בלשון סעיף 4(א) לחוק, לפיו יוכלו "קצינים מוסמכים" ליתן במצבים מסוימים היתרים מנהליים לקבלת נתוני תקשורת אף ללא קבלת צו שיפוטי, מגלה שגם כאן חסרה תיבת ה"יסוד הסביר". וזה נוסח הסעיף:

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.

[ההדגשות אינן במקור].

43. בהיעדרו של מבחן החשד הסביר, נראה כי רשויות החקירה השונות – משטרת ישראל, רשות ניירות ערך, רשות המסים ורשות ההגבלים העסקיים – תוכלנה לעשות שימוש בסמכויות שהוענקו להן בחוק (חלקן בכפוף לאישור בית-משפט במעמד צד אחד, וחלקן אף ללא אישור שכזה) כדי לאסוף נתוני תקשורת על קבוצות גדולות של בעלי-מחשבים או בעלי-טלפונים סלולריים. למשל, ניתן יהיה לקבל נתונים עבור תושבי שכונה מסוימת, אזור מסוים, חתך אוכלוסיה מסוים, כל הגולשים לאתר מסוים ועוד. זאת, ללא קשר הכרחי בין בעלי המחשבים או הטלפונים שפרטיותם תפגע לבין עבירה מסוימת שמנסים לסכל או לחשוף את מבצעה, אלא מתוך כוונה כללית למנוע עבירות.

44. חשוב להדגיש, כי הטכנולוגיה כיום כבר מאפשרת לקבל נתוני תקשורת אודות מאות מנויים, אלפי מנויים ואף למעלה מזה. בניגוד לעבר, האפשרות לקבל כמויות אדירות של מידע אודות אוכלוסיות, לנתחו ולנסות ל"כרות" ממנו מידע על פלוני או פלמוני (פעולה הנקראת בלעז: Data Mining) איננה עוד בגדר מדע בדיוני, אלא היא חלק ממצואות חנינו. בהעדרו על המבחן הבסיסי של "יסוד סביר" או "חשד סביר" לביצוע עבירה קונקרטי, ברור לגמרי שרשויות החקירה השונות יעשו שימוש בחוק החדש לבלוש ואיסוף מודיעין אחרי חלקים גדולים באוכלוסיה, תוך הותרת כל המידע שקיבלו במחשבי המשטרה, לשימוש במקרה הצורך.

45. משמעותו האופרטיבית של מבחן החשד הסביר, שהינו כה הכרחי בעניינו, הוא חיוב רשויות החקירה להצביע על קצה חוט, תחילתה של תשתית ראייתית לכאורית לפעולה משטרתית הנוגעת לחקירה קונקרטי (להבדיל מאיסוף מודיעין) ושיש בה כדי להצדיק את הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. סטנדרט זה מקובל בשיטות משפט רבות ושונות (ידוע בלעז כ: Probable Cause) כמבחן אלמנטרי למצבים שבהם מותר לרשות חקירה לפעול ולבצע מעצר, חיפוש, האזנות סתר ועוד.

46. מבחן זה מסייע להבניית שיקול דעתה של המשטרה, והינו כמובן הכרחי גם בעניינו. שהרי, חוק מסמך שנעדר מבחנים המסייעים להבניית שיקול דעת הרשות, מהווה חקיקה עמומה הפוגעת בהפרדת הרשויות, ובעיקרון שלטון החוק. וכך נקבע בענין זה בבג"ץ 2557/05, מטה הרוב נ' משטרת ישראל (טרם פורסם, ניתן ב- 12.12.06):

"ההסמכה ... הינה כללית ועמומה. הסעיף איננו מפרט, ולו בקווים כלליים, מהם התנאים אותם רשאי מפקד המשטרה לקבוע, ובשל אילו שיקולים רשאי הוא לקבוע תנאים כאמור. אין בו הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי.

זוהי חקיקה סתומה (vague). חקיקה סתומה איננה רצויה. יש בה כדי לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק... בעקרון הפרדת הרשויות כיצד? עקרון זה מחייב כי הכנסת, ולא הרשות המבצעת, תקבע את אמות המידה הכלליות להפעלתה של סמכות מנהלית. הסמכה רחבה וסתומה פוגעת בסמכות החקיקה של הכנסת. בעקרון שלטון החוק כיצד? שלטון החוק המהותי מחייב שהחוק יהיה "ברור ודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם. הסמכה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם."

47. גם בפסק-דינו של בית-הדין האירופי בענין חוק המעקב הבולגרי, אותו הזכרנו קודם לכן (נספח ה') נקבע כי חקיקה הפוגעת, לצרכי המדינה, בזכות הפרטיות, חייבת להיות ברורה ולא עמומה, וכך נאמר שם בפסקה 75:

"In the Context of covert measures of surveillance, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication of the conditions and circumstances in which the authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence... In view of the risk of abuse intrinsic to any system of secret surveillance, such measures must be based on a law that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated".

כן ראו האסמכתאות הנוספות המפורטות שם.

48. לאור כל שאמרנו עד כה, ברור כי חסרות בחוק אותן ערובות שיבטיחו שרשויות החקירה לא יעשו שימוש בחוק לאיסוף כללי של מודיעין, להבדיל מחקירות ספציפיות, לא באמצעות פניה לקבלת צו שיפוטי בדיון שיתקיים במעמד צד אחד (לפי סעיף 3) ועל אחת כמה וכמה לא באמצעות היתר מנהלי (לפי סעיף 4). מכאן הצורך בשלושת הצווים המסומנים ב' עד ד' בכותרת עתירה זו, לפיהם נשאלים המשיבים כדלקמן:

א. מדוע לא יקרא לתוך (Reading In) סעיף 3(2) לחוק תנאי לפיו לא יוצא צו נתוני תקשורת ע"י שופט, אלא אם מצא כי יש יסוד סביר להניח שבאמצעות הצו האמור תוכל הרשות החוקרת לגלות עבירה מסויימת הנזכרת בבקשה לצו, לחקור אותה או למנוע אותה, להבדיל ממצבים בהם תכלית הבקשה להוצאת הצו היא פעילות מודיעינית כללית לגילוי עבירות?

ב. מדוע לא יקראו לתוך סעיף 3(3) תנאי דומה, לפיו לא ניתן יהיה להוציא צו נתוני תקשורת שיאפשר פעילות מודיעינית כללית כלפי "עבריינים", להבדיל מגילוי מי שעברו עבירות ספציפיות?

ג. ומדוע לא יקראו לתוך סעיף 4 תנאי דומה, לפיו היתר מנהלי לקבלת נתוני תקשורת במקרים דחופים לא יינתן באם תכליתו צרכים מודיעיניים כלליים לגילוי עבירות?

49. **לסיכום הטענה החוקתית השניה**: שימוש בחוק לאיסוף מודיעין כללי, להבדיל מחקירות או צרכים ספציפיים אחרים, פוגע בזכות החוקתית לפרטיות באופן שאינו עומד בתנאי המידתיות הקבוע בפסקה ההגבלה. מכאן הבקשה למתן הצווים שפורטו לעיל.

טענה שלישית – אין לפגוע בחסיון מקצועי ללא אישור שופט

50. בשיטת המשפט הישראלית, ניתנת הגנה מיוחדת לשיחות שנעשות עם בעלי מקצוע. בפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1971 נקבע במפורש חסיון על שיחות עם שורה של בעלי-מקצוע שיחסי האמון עם הנזקקים לשירותיהם, לרבות הגנה מקסימלית על סודיות השיחה עימם, שהינה מרכיב אינהרנטי בעצם יכולתם למלא את תפקידם החברתי. המדובר בחסיון עורך דין (סעיף 48 לפקודה), חסיון רופא (סעיף 49), חסיון פסיכולוג (סעיף 50), חסיון עובד סוציאלי (סעיף 50א) וחסיון כהן דת (סעיף 51) וכן בחסיון העיתונאי (בש 298/06 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין פ"ד מא(2) 337).

51. לגבי בעלי חסיונות מקצועיים, קובע סעיף 3(ב) לחוק נתוני תקשורת כך:

(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.

סעיף 3(ד)(7) מוסיף ומגדיר בעל מקצוע לענין החוק כ"מי שחל לגביו חיסיון מקצועי לפי כל דין... לרבות הלכה פסוקה".

52. ואולם, סעיף 4 לחוק, המקנה סמכות לכל "קצין מוסמך" (כהגדרתו בחוק) ליתן היתר נתוני תקשורת במקרים דחופים (כהגדרתם בחוק) ללא כל צורך באישור בית-משפט, אינו מסייג את סמכותו של "הקצין המוסמך" ליתן היתרים שכאלה גם לגבי בעלי-מקצוע.

53. משמעות הסדר זה הינה, שבשורה של מצבים המנויים בסעיף 4 בחוק, תוכלנה רשויות החקירה השונות לפגוע בחסיון בעל-המקצוע, בלי שהאינטרס הציבורי הנוגד המצדיק פגיעה שכזו נבחן ע"י בית-משפט בלתי-תלוי.

54. כך לדוגמא, המשטרה תוכל בדרך זו לקבל מידע אודות השיחות שהתקיימו (ומתקיימות) אל וממשרדו של עורך-דין המייצג למי מן הנחקרים והחשודים. המשטרה תוכל בדרך זו לקבל מידע אודות פנייה של מאן דהו הקשור לחקירה אל רופא, לקבלת סיוע רפואי. והמשטרה תוכל גם לקבל מידע אודות שיחות שנעשו אל עיתונאים ע"י מקורותיהם.

55. ח"כ שלי יחימוביץ', שהסתייגה בדיונים בכנסת מהעדר ההגנה המספקת שניתנה בגדר החוק לחסיונות עיתונאיים, הסבירה את התוצאה ההרסנית של החוק כך :

"אחד הכלים החשובים ביותר של עיתונאי בעבודתו הוא החיסיון שהוא נותן למקורות שלו. בלי חסיון מקורות אין עבודת עיתונאות אמיתית. עיתונאי לא יקבל שום טלפון משום מקור, משום חושף שחיתות, משום אדם שמבקש להתריע על עוול במקום שהוא נמצא בו, אם אותו אדם ידע שקו הטלפון של העיתונאי חשוף להאזנה, ואם הוא ידע שהעיתונאי הזה אינו נהנה מחסיון יתר על קו הטלפון שלו, שלא כאזרח רגיל. אני לא מתכוונת חלילה לומר שעיתונאים צריכים להיות מורמים מעם, ואם, חלילה, עיתונאי נחשד בעבירה פלילית, כשלעצמו, ודאי שלא חל עליו דין אחר מאשר על אזרח שאינו עיתונאי. אבל אני מאוד חוששת מזליגה, ומהנחת עבודה של המשטרה שלאותו עיתונאי יגיעו מן הסתם שיחות - אם הוא כתב פלילי - מעבריינים, אז למה לא לצותת לקו הטלפון שלו וכך ליירט אולי עברייני כזה או אחר, 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." (הציטוט מפרוטוקול הישיבה ה-181 של הכנסת ה-17 שהתקיימה ב-17.12.07).

56. כפי שפורט בהרחבה לעיל, מקום בו מתבקשים נתוני תקשורת, אין הדבר פוגע אך בפרטיותו של החשוד בביצוע העבירה, אלא נפגעת פרטיותם של כל אלה המתקשרים עימו. לפיכך, מקום בו חודרים לפרטיותו של עיתונאי המתקשר עם מקורותיו, עורך דין המתקשר עם לקוחותיו, אדם המתקשר אל הרב או הכומר שלו, יש לנקוט משנה זהירות. אין להסתפק בהגנות הרגילות על הזכות לפרטיות שנקבעו בחוק.

מכאן הטיעון החוקתי, לפיו הסמכתם של גורמים בתוך של הרשות המבצעת ליתן היתרים להפר את החסיון המקצועי של בעלי-מקצוע, בלי לפנות לערכאה שיפוטית תחילה, פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכות החוקתית לפרטיות (ובחופש העיתונות), אם בעל החסיון הוא עיתונאי, ודינה בטלות. הגנה ראויה על הזכות לפרטיות (ועל חופש העתונות, במקרה של

עיתונאים) מחייבת שבמקרים כאלה תעשה פנייה מוקדמת לקבלת אישור שיפוטי, שניתן לקבלו (במקרים תכופים) משופט תורן, ואפילו באישון לילה.

על חשיבותה של הביקורת השיפוטית לשמירה על זכויות יסוד, בפרשות שעסקו בעיקר בביקורת החוקתית על זכות האדם לחירות ראו: עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97, 105; רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי-תל אביב, פ"ד נב(1) 697, 715; בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, 350, 355 (1998); בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 819 (1988).

57. בעוד שניתן להניח (בדוחק) שהסמכתם של "קצינים מוסמכים" ליתן היתרים מנהליים לקבלת נתוני תקשורת במקרים בהם אין מעורב בעל חסיון עומדת במבחני פסקת ההגבלה, הרי שהסמכת גורמים מנהליים במקרים שכאלה, בהם אינטרסים חברתיים כבדי משקל מצטרפים ומחזקים את הצורך להגן על פרטיות בעלי חסיון מקצועי ועל פרטיות לקוחותיהם או מקורותיהם ובני שיחם בכלל, וללא מינימום של ביקורת שיפוטית, פוגעת במובהק במידה העולה על הנדרש בזכות לפרטיות, שכן **"מעורבות שיפוטית היא המחסום בפני השרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק"** (בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נד(2) 349, 364).

58. בשולי הדברים יצויין, כי בניגוד לאמור בסעיף 3 לחוק, סעיף 4 אינו מתיר מפורשות קבלת נתוני תקשורת ממנויים בעלי חסיון מקצועי, ולכאורה ניתן לפרשו כהסדר שלילי, דהיינו, שרשויות חקירה לא יהיו מוסמכות ליתן היתרים לקבלת נתונים מבעלי החסיונות, ללא פניה מוקדמת לבית-משפט. ככל שכך אכן יפורש כך הסעיף, ייתר הדבר את הצורך בקביעת שיפוטית לענין חוקתיות תחולת הסעיף על בעלי חסיונות (ראו דוגמא לפרשנות חוק באופן ליברלי ומכבדת זכויות אדם, באופן שייתר את הצורך בהתערבות חוקתית, בבג"צ 1911/03 האגודה לזכויות האזרח נ' שר האוצר, לא פורסם, ניתן ב- 12.12.03).

59. **לסיכום הטענה החוקתית השלישית**: פגיעה בחסיון בעלי מקצוע ללא צו שיפוטי, אף במקרים דחופים, פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכות לפרטיות של מי שנזקקים לשירותים של אותם בעלי מקצוע, וכאשר מדובר בעיתונאים, גם פגיעה בחופש העיתונות. לפיכך מתבקש בית-המשפט הנכבד לבטל את תחולת סעיף 4 לחוק על קבלת נתוני תקשורת במקרים בהם ידוע לרשות החוקרת שהמנוי הינו מי שחל לגביו חסיון מקצועי לפי כל דין.

טענה רביעית: העברת קובץ מספרי הטלפון החסויים במדינה לידי המשטרה אינה חוקתית

60. סעיפים 6 עד 9 לחוק עוסקים בהעברה אוטומטית של קבצי מידע מחברות הבזק לידי משטרת ישראל, לצורך יצירת מאגר מידע שיכלול בין היתר את מספרי הטלפון ונתונים נוספים אודות כלל ציבור מנויי הטלפון בישראל.

61. נדגיש, כי האגודה לזכויות האזרח, היא העותרת, אינה מתנגדת להעברת מספרי הטלפון של מי שמספרם גלוי לידי משטרת ישראל, ושאר גורמי משטרה נוספים, שכן העברה שכזו אינה מעוררת כל בעיה של פגיעה בפרטיות (מספרים אלה נגישים לכל ממילא הן באמצעות שירותי 144 למיניהם, והן באמצעות שירותים הפוכים של 441, המאפשרים לאתר מנוי על פי מספר הטלפון שלו). לעומת זו, האגודה מתנגדת להעברה אוטומטית של נתונים אודות כל מי שביקש, וסיבותיו עימו, שמספר הטלפון שלו יהיה חסוי.

62. ההסדר שבחוק, לפיו לא ניתנת הגנת פרטיות כלשהי לבעלי מספרי טלפון חסויים, מבוסס על הנחיית היועמ"ש משנת 2003 (נספח ד'), שבה נאמר, בין היתר: "המנוי החסוי גילה דעתו במפורש כי אין הוא מסכים להפצת מספר הטלפון שלו (אין חברות הטלפון רשאיות להעביר את נתוני שמו, מענו ומספר הטלפון שלו לציבור הרחב). אולם מדובר בהפצת מספר הטלפון ברבים. לא יהיה זה נכון לומר שציפייתו של המנוי החסוי היא כי המידע לא יימסר לגורמים המוסמכים על-פי דין לקבלם. ה"חסיון" שהוא מטיל על פרטיו כנגד הפצתם ברבים, אינו מעניק לו עדיפות על המנוי הלא חסוי כאשר מדובר במסירת הפרטים על-פי דין לגורמים מוסמכים, ודאי שאינו גורע מסמכויות גורמי החקירה. מכאן, שאף כי פרטי המנויים החסויים הם בגדר פרטיות, לעניין זה דין אחר למנויים שביקשו שלא לפרסם את שמם ומספר הטלפון שלהם, ולמנויים שלא ביקשו זאת. לאור האמור לעיל, חברות הטלפון מחויבות להעביר לגופי החקירה, על פי דרישתם, שם מען ומספר טלפון של מנוייהם, וזאת ללא צו שיפוטי".

63. בכל הכבוד, הנימוק בהנחייתה היועמ"ש – לפיו אין זה נכון שציפייתו של המנוי החסוי היא כי מספרו לא ימסר לגורמים המוסמכים לקבלם – הוא נימוק טאוטולוגי. לא ניתן להשיב על השאלה האם מוסמכים גורמי חקירה לקבל את רשימת המספרים החסויים, בכך שאין זו ציפייתם של המנויים שמספריהם לא ימסרו למי שמוסמכים לקבלם!

64. עמדת העותרת הינה, כי במסגרת הזכות החוקתית ל"סוד שיח", עומדת לכל אדם גם הזכות לפרטיות מספר הטלפון שלו. הזכות שעובדי ציבור לא יתקשרו אליו, או אפילו ידעו על כך שיש לו מספר טלפון חסוי.

65. בית משפט נכבד זה כבר קבע כי הפצת מספר הטלפון, מקום בו המנוי החזיק במספר חסוי יכולה להוות פגיעה בפרטיות:

“כתובת ומספר הטלפון של אדם נכללים, לשיטתי, בין ענייניו הפרטיים. אך אם הוא מוסר פרטים אלה לחברת הטלפונים לצורכי פירסום, או מסכים הוא בשתיקה לפירסומם בספר הטלפונים, הרי הוא ללא ספק נותן את הסכמתו, לפחות מכללא, לשימוש החופשי בפרטים אלה על-ידי כולי עלמא, ועל-כן אין בשימוש בפרטים אלה ובהפצתם משום פגיעה אסורה בפרטיות. לעומת זאת, אם עומד אדם על החזקת טלפון “במספר חסוי”, אזי נשללת הסכמתו להפצת המספר ברבים, ובמקרה כזה פירסום המספר לגורם בלתי מוסמך עלול להוות פגיעה בפרטיות, אם הוא תואם את אחת הקטיגוריות המנויות בסעיף 2 לחוק.” (ע”א 439/88, רשם מאגרי מידע נ’ משה ונטורה, פ”ד מח (3) 808, עמוד 822).

66. קיימות אינספור סיבות להחזקת מספר חסוי, ובחלק לא מבוטל ממקרים אלה, לא רק פרסום המספר ברבים עשוי לפגוע בפרטיות אותו אדם, אלא שגם עצם הידיעה על קיומו של מספר שכזה, ע”י צדדים שלישיים, תפגע פגיעה מהותית באינטרס ההסתמכות של בעל-הקו על חסיונו.

67. נמהר להבהיר, שאין להתעלם מכך שמספרים חסויים יכולים ומשמשים בפועל למטרות בלתי-חוקיות בעליל, לרבות ביצוען של עבירות פליליות חמורות. אלא, שבכל מקרה שלאחת מרשויות החקירה יש “קצה חוט” המחייב אותה לבדוק את פרטי הבעלים/מחזיק בקו טלפון מסוים, היא כמובן תוכל לעשות זאת (באמצעות שימוש בסעיפים 3 ו-4 לחוק – פניה לשופט או במקרים דחופים אף ללא צורך בפניה לשופט). אלא שכאן צעד המחוקק צעד מובהק אל מחוץ למתחם החוקיות, וקבע כי כל המספרים יועברו אוטומטית אל מחשבי משטרת ישראל, וכך הזכות הבסיסית לפרטיות – ובמקרה הזה, הזכות להחזיק קו חסוי בלי שאיש יידע על דבר קיומו – נשללת בלא כל הסבר או צידוק מספק.

68. במדינה דמוקרטית כשלנו, שבה חירות האדם אמורה להיות ערך עליון, אין להשלים עם מצב שבו למספר גדול של פקידים מטעם הציבור, תהיה אפשרות לקבל את מספר הטלפון החסוי והפרטי של כל אדם, שהרי מלבד העובדה שעצם קיומן של המספר יכול להיות דבר פרטי ביותר, הרי שבאמצעות אותו מספר ניתן ליצור קשר מיידית עם האדם, על אף שהביע את רצונו במובהק (באמצעות הבקשה לקו חסוי) שלא להיות בקשר עם אחרים שלא קיבלו את מספרו ישירות ממנו, או ע”י מי מטעמו.

69. ההסדר הקבוע בסעיף 6 מהוה, אם כך, פגיעה קשה הזכות לפרטיות בכל הקשור לזכות האדם היסודית לאנונימיות בקשריו עם אחרים. אין להסכין עם מצב שבו נתן המחוקק “כרטיס פתוח” לכל שוטר וכל אדם אחר העובד ברשות חוקרת, להכנס למאגר מידע, ולגלות את מספרי הטלפון החסויים של כל אזרחי ישראל. הסמכה גורפת זו תיצור, במובהק “פתח

לפעפוע מידע שראוי להשתדל למנעו" (ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הבטחון, טרם פורסם, ניתן ב- 11.4.08).

70. כפי שציין בית משפט זה בעבר, דרישת המידתיות מחייבת צמצום נגישות למאגר המידע, ולהיקף המידע שימסר ממנו, גם במקרים בהם קיימת תכלית ראויה להעברת המידע הפרטי לצדדים שלישיים, או למדינה:

"דעת לנכון נקל כי הפרקטיקה המתוארת בתשובות המדינה והבנקים אינה עומדת במבחן הפגיעה הפחותה, שכן העברת המידע לגופים ציבוריים אינה מוגבלת אך לאותם עובדים הזקוקים למידע לצורכי עבודתם. אף מאמצים הנעשים להבטיח כי מידע יגיע רק לעובדי הציבור הזקוקים לו אינם יכולים לבוא במקום הוראות בתקנות או למצער בהנחיות מינהליות. דרישת המידתיות מחייבת למזער את הפגיעה בזכות הפרטיות על-ידי צמצום מספר עובדי הציבור הנגישים למידע; על-ידי צמצום היקף המידע שנמסר כך שיועבר רק המידע הדרוש; על-ידי קביעת היקף המידע בהתחשב בחשיבות התכלית שלשמה הוא נדרש." (בג"צ 8070/98, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח (4) 842, עמוד 849).

71. **לסיכום הטענה החוקתית הרביעית:** העברת קובץ ובו רשימת כל מספרי הטלפון החסויים אל משטרת ישראל ורשויות חוקרות ישראל, לשימוש השוטף, פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכות הפרטיות, ולפיכך דינה בטלות.

ו. הערות לפני סיום

72. בעידן הטכנולוגי בו אנו חיים, עידן בו מחשבים רבי עוצמה אוספים מידע, מצליבים ומעבדים אותו, איסוף מידע באופן ממוחשב ע"י המדינה – על שיחות הטלפון שלנו (זהות בני-השיח, עיתוי השיחות), על המסרים המיידים שלנו (SMS), על גלישה באינטרנט, לרבות מסרים מידיים, על צ'אטים, על הודעות בפורומים, על אימיילים – הוא פגיעה **עמוקה ומובהקת** בגרעין הקשה של הזכות לפרטיות של כל אזרח ואזרח. נתוני התקשורת חושפים את חיינו לא פחות, ואולי יותר, מאשר תוכן התקשורת. במצב דברים זה, יש להבטיח שפגיעה בזכות לפרטיות תעשה רק במשורה, במידה שאינה עולה על הנדרש, ובשים לב לעובדה שרוב רובם של כשלי אבטחת המידע לא נעשים ע"י האקרים חיצוניים, אלא מגורמים פנימיים שיש להם גישה למידע. החוק אמנם אוסר על הדלפת המידע שהושג באמצעותו, אך משעה שתינתן לכל שוטר בישראל האפשרות לגשת למידע שכזה, הסיכוי לאכזף איסור זה יהיה נמוך עד מאד.

73. אסור להגיע למצב שבו כל אזרח בישראל יחוש עצמו כמי שנתון במעקב מתמיד. כמי ש"האח הגדול" יוכל לדעת בכל רגע ורגע אודותיו. ההיסטוריה מלמדת אותנו שזהו מרשם בטוח לאובדן חירות האדם. הגבלות חוקתיות חמורות יותר מאלה שהטיל המחוקק על קבלת נתוני תקשורת, כפי שמתבקש בית-משפט נכבד זה בגדר עתירה זו, יאפשרו לשמור על זכותנו החוקתיות לפרטיות, והכל מבלי לפגוע ביכולתן של רשויות החקירה השונות למלא את תפקידיהן.

74. בפרשת **עדאלה** אמר הנשיא ברק את הדברים החשובים הבאים, היפים בשינויים המחוביים לענייננו, שבו מתבקש בית-המשפט הנכבד להביא תחת שבט ביקורתו החוקתית חוק שאין מחלוקת שתכליתו ראויה, כשבמרכז טענות העותרת הטענה לפיה **לא כל האמצעים כשרים להגשמת המטרה הראויה**. וכך אמר ברק, בהתייחסו למבחני המשנה על פיהם נבחנת מידתיותו של חוק:

"קיים שוני מהותי בין מבחן המשנה הראשון והשני לבין מבחן המשנה השלישי. שני מבחני המשנה הראשונים - קשר רציונלי והפגיעה הפחותה - מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה. אם מתברר, על-פיהם, כי קיים קשר רציונלי בין הגשמת המטרה לאמצעי החקיקתי שנבחר, וכי אין אמצעי חקיקתי שפגיעתו פחותה, הפגיעה בזכות האדם - יהא שיעורה אשר יהא - מקיימת את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים - בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה - מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה." (בג"צ 8276/05 עדאלה נ' שר הבטחון, טרם פורסם, ניתן ב- 12.12.06, ההדגשות לא במקור)

75. בטרם סיום, נציין שוב שהמדינה תוכל לצמצם חלק ניכר מן הפגיעות בפרטיות שעליהן הצבענו בעתירה זו באמצעות פרשנות זהירה ומצמצמת של הסמכויות שניתנו לרשויות השונות בחוק נתוני תקשורת. הלכה פסוקה היא ש"יש לפרש הוראות חוק פרשנות שאין עמה פגיעה בזכויות יסוד, אלא אם לשון החוק בדבר פגיעה כזו היא מפורשת וחד-משמעית" (ע"א 3155/93 ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה פ"ד (4) 549, 559, והאסמכתאות המובאות שם, לאופן שבו השפיע חוק יסוד: האדם וחירותו על פרשנות חוקים, ולחזקות כי יש לפרש דינים באופן התואם את

הוראות חוק היסוד, ראו גם בש"פ 537/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל פ"ד מט(3)355, בג"צ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך פ"ד נו(5) 834, 846, והשוו: בג"צ 1911/03 האגודה לזכויות האזרח נ' שר האוצר, שם).

76. כך לדוגמא, יתכן שיסתבר שהיועץ המשפטי לממשלה יפרש את חוק נתוני תקשורת באופן שאינו מאפשר לעשות שימוש בסמכויות על פי החוק למטרות מודיעיניות כלליות. אם כך יהיה, לא יהיה צורך בהכרעה שיפוטית, כמבוקש בגדר עתירה זו (ראה לעיל בסעיפים 30 עד 40), בשאלה האם שימוש שכזה הינו חוקתי. בדומה, אם יפורש החוק באופן שאינו מאפשר הוצאת היתרים מנהליים לקבלת נתוני תקשורת ממנויים שהם בעלי חסיון מקצועי, ללא קבלת צו שיפוטי, כמבוקש בגדר עתירה זו, (ראו לעיל בסעיפים 50 עד 57) לא יהיה צורך בהכרעה בשאלת חוקתיותם של היתרים מנהליים כאלה. ואם יקבע שאין להעביר מספרי טלפון חסויים בקובץ הממוחשב שיועבר למחשבי המשטרה, יתייתר הצורך להכריע האם העברה שכזו חוקתית (ראו לעיל בסעיפים 60 עד 71).

77. אלא שלאור העובדה שחלק גדול מהפעלת הסמכויות על פי חוק זה תעשה באופן סמוי, הרחק מידיעת הציבור, בלא שאלה שזכותם החוקתית לפרטיות נפגעה בכלל ידעו על דבר הפגיעה (וזה בדיוק אותו מצב אפוקליפטי המכונה "האח הגדול") לא ניתן יהיה לברר סוגיות משפטיות אלה בהמשך הדרך, לאחר שהחוק יופעל, ולא ניתן להמתין לפרשנות ליברלית ומצמצמת פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות (אם תהיה כזו) ע"י הרשויות השונות וע"י בתי-המשפט שידונו בבקשות לצווים לפי החוק במעמד צד אחד. מכאן ההכרח בבחינה חוקתית של הוראותיו מראש, ובשים לב למרכזיותה וחשיבותה של הזכות החוקתית לפרטיות.

78. האגודה לזכויות האזרח, היא העותרת, מבקשת להדגיש שעתירה זו התמקדה בחוקתיותם של חמישה בלבד מתוך ההסדרים הקבועים בחוק נתוני תקשורת, שהם ההסדרים שאי-חוקתיותם הינה הברורה והמובהקת ביותר. החוק בו עסקינן מעורר שאלות חוקתיות נוספות, שיתכן שעוד יהיה צורך לבררן בפני בית-משפט זה בעתיד, אך הצורך במיקוד ויעילות הדיון מחייב שלא להעלותן כולן במסגרת עתירה זו. אין ללמוד מכך שהסדרים וסעיפים מסויימים, שחוקתיותם מוטלת בספק, לא נכללו בגדר העתירה, על כך שעמדת האגודה הינה שסעיפים אלה הינם חוקתיים.

79. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צוים על תנאי, כמפורט ברישת עתירה זו, ולאחר דיון בעתירה לגופה, יתבקש להפוך את הצו על תנאי למוחלט, או ליתן כל סעד אחר בהתאם לשיקול דעתו, וכן לחייב את המשיבים 1 עד 7 בהוצאות העתירה.

דורי ספיבק, עו"ד
ב"כ העותרות

נחתם היום ה- 27.4.08

העתירה נכתבה בסיוען ע"י הסטודנטיות הילה אזולאי וקארן מיכלסון