



**משרד המשפטים
פרקליטות המדינה
מחלקת הסייבר**

א' בשבט התשע"ח
17 בינואר 2018

לכבוד
פרקליטת מחוז תל-אביב (פלילי)

הנדון: האזנות סתר אגב אורחא לבעל חסיון

בהמשך להתייעצות שהתקיימה בין פרקליטי תיק 342 לבין פרקליטי מחלקתנו, בנוגע לפתיחת שיחות אגב-אורחא שהתנהלו בין יעד ההאזנה, ובהמשך להיתר פ.מ. שניתן בעניין זה ביום 14.1.2018, הריני מפרט בכתב את ההצדקות שבבסיס נוהל העבודה, אשר אושר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות דיון שהתקיים בלשכתו ביום 29.10.2012), ביחס להאזנת סתר לשיחות עם בעל חסיון אשר נקלטו אגב אורחא, תוך ביצוע האזנת סתר ליעד שאינו בעל חסיון:

הוראות החוק הרלוונטיות:

א. סעיף 9 לחוק האזנת סתר, התשל"ט – 1979 (להלן – "חוק האזנת סתר"), קובע כי אין להאזין האזנת סתר לשיחה שהעדות עליה חסויה לפי סעיפים 48-51 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1979.

ב. פעולת "האזנת סתר", כהגדרתה בסעיף 1 לחוק האזנת סתר, כוללת האזנה, קליטה או העתקה של שיחה (מונחים אלה כלולים בהגדרת "האזנה" בסעיף 1 לחוק). במלים אחרות, הפעולה של "האזנת סתר" כוללת גם הקלטה של שיחה וגם הקשבה לה.

ג. סעיף 9א לחוק האזנת סתר מתנה על סעיף 9, וקובע תנאים שבהם ניתן לבצע "האזנת סתר" לעורך-דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי וכחן דת (חמשת בעלי המקצועות המנויים בסעיפים 48-51 לפקודת הראיות). התנאים, בכל הנוגע להאזנה במסגרת חקירה פלילית, הם:

1) קיומו של יסוד לחשד בדבר מעורבותו של בעל המקצוע החסוי בעבירה.

- (2) העבירה בה מדובר היא עבירת רצח, הריגה, עבירה שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, או "עסקת סמים" לפי פקודת הסמים המסוכנים, או קשר לעבור אחת מעבירות אלה (סעיף 9א(א)(2) לחוק האזנת סתר).
- (3) האזנת הסתר חיונית למניעתה או לחקירתה של העבירה.
- (4) הגשת בקשה לנשיא בית-המשפט המחוזי או לסגן-הנשיא המוסמך לפי חוק זה באישור של היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה.
- (5) ההאזנה תהא על דרך של הקלטה, אלא אם כן הורה השופט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, על דרך אחרת.
- (6) השופט המוסמך רשאי להאזין להקלטה או להורות על עריכת תמליל ולעיין בו.
- (7) חומר הקלטה, שיימצא כי נוגע לעבירה שבבסיס החשד, לעבירה אחרת של בעל המקצוע החסוי או לכל עבירה אחרת מסוג פשע של אדם אחר – יועבר למבקש ההיתר. לגבי חומר אחר, יורה בית-המשפט כיצד לנהוג בו.

ההבחנה הערכית והמעשית בין בעל מקצוע חסוי כיעד האזנה לבין בעל מקצוע חסוי כמאזן אגב-אורחא:

ד. סעיפים 9 ו-9א לחוק האזנת סתר מתייחסים לבעל המקצוע החסוי כיעד ההאזנה. קיימת הבחנה כפולה – הן ערכית והן מעשית – בין האזנה לבעל מקצוע חסוי כיעד האזנה לבין האזנה לבעל מקצוע חסוי אגב אורחא.

ה. ההבחנה הערכית נעוצה ב**פוטנציאל הפגיעה בחיסיון** כאשר בעל המקצוע החסוי הינו יעד האזנה להבדיל ממקרים בהם הוא אינו יעד ההאזנה. כאשר בעל המקצוע החסוי הינו יעד האזנה, ובהינתן שמדובר בבעל מקצוע חסוי פעיל (לדוגמה, עורך-דין העובדה בפועל במקצוע עריכת-הדין), הרי שהקלטה רציפה, הקשבה והפקה של כלל שיחותיו משמעה קליטה של הדברים שהוחלפו בינו לבין כלל לקוחותיו במסגרת אמצעי ההאזנה. לעומת זאת, ככל שההאזנה היא ליעד חשוד, שאינו בעל המקצוע החסוי, ממילא יכולות להיקלט אך ורק שיחותיו של בעל המקצוע החסוי עם יעד ההאזנה, ומראש מצומצמת הפגיעה הפוטנציאלית באופן ניכר.

ו. כאשר בעל המקצוע החסוי הוא יעד ההאזנה, ופוטנציאל הפגיעה בחיסיון המקצועי גבוה יותר, מצא לנכון המחוקק להציב **חסמי כניסה מהותיים** גבוהים יותר, בדמות צמצום האפשרות לבקש, וממילא גם לקבל, היתר האזנת סתר, וזאת אך ורק בעבירות המנויות בסעיף 9א(א)(2) לחוק האזנת סתר. בכך מגולמת הכרעה ערכית, א-פריורית, של המחוקק בין הפגיעה הפוטנציאלית המוגברת בחיסיון לבין האינטרס הציבורי המצדיק האזנת סתר לחשיפת עבירות ומניעתן וגילוי עבריינים.

ז. כאשר בעל המקצוע החסוי אינו יעד ההאזנה, ושיחותיו נקלטות אגב-אורחא עם יעד ההאזנה, הרי שפוטנציאל הפגיעה בחיסיון נמוך יותר, ובמקרה כזה אין מקום להצבת חסמי הכניסה האמורים, אלא יש מקום בעריכת **איזון עובדתי**, בידי בית-המשפט, על דרך של מיון השיחות החסיוניות בפועל והשיחות שאינן חסיוניות ואשר רלוונטיות לחקירה.

ח. חשוב להדגיש כי **במישור המעשי-הטכני**, אין אפשרות לצפות מראש את השיחות שתיקלטנה בין יעד האזנה "רגיל" לבין בעל מקצוע חסוי. כיוון שכאמור לעיל, האזנת סתר כוללת גם את שלב ההקלטה, לא רק את שלב ההקשבה, הרי שבפועל אין מנוס מביצוע "האזנת סתר" לבעל מקצוע חסוי לגבי כל עבירת פשע, שבגינה ניתן היתר ההאזנה.

מקורות נוספים לשימור האבחנה בין האזנת סתר לבעלי מקצועות חסויים כיעדי האזנה לבין האזנת סתר אגב אורחא לבעלי המקצועות החסויים

ט. הצעת חוק האזנת סתר (תיקון מס' 6), התש"ע – 2009, ה"ח הממשלה 455, ביקשה לעגן את ההבחנה בין האזנה ישירה לבעלי המקצועות החסויים לבין האזנה אגב אורחא לבעלי המקצועות החסויים, וזאת על-ידי הוספת סעיף 7 לחוק האזנת סתר. על פי הצעת החוק, אשר עברה קריאה ראשונה בכנסת ה-19 אך הליכי החקיקה לא קודמו עד לפיזור הכנסת, האזנת סתר אגב אורחא לבעלי מקצועות חסויים תחייב פנייה חוזרת לבית-המשפט, כפי שנקט בפועל במקרה דנן, ובקשה למיון בין השיחות החסיוניות לבין אלה שאינן חסיוניות. לא נקבעה בהצעת החוק מגבלה מצמצמת ביחס לעבירות שבגינן תותר הקשבה לשיחות אגב אורחא עם בעלי המקצועות החסויים.

י. בהקשר זה, הצעת החוק מעגנת את מסקנות צוות הבדיקה בנושא האזנות סתר מאפריל 2005 בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) דאז, גב' לבנת משיח ("צוות לבנת משיח"). צוות לבנת משיח המליץ לאבחן בין בעל מקצוע חסוי כיעד האזנה לבין בעל מקצוע חסוי המוקלט אגב אורחא, כאשר האזנה אגב אורחא תטופל באופן שאינו מצריך להחיל את מגבלות סעיף 9א(א)(2) לחוק האזנת סתר לעניין העבירות בהן תותר ההאזנה. ראו בעמ' 20-16, 20-28 לדו"ח צוות לבנת משיח.

יא. ניתן להקיש לענייננו מן ההסדר, הקבוע כיום בחקיקה, לגבי האזנת סתר לחברי כנסת. סעיף 2א לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א – 1951, קובע כי האזנה לח"כ – במסלול הפלילי – תותר על ידי שופט של בית-המשפט העליון במספר תנאים, ובהם חשד כי חבר הכנסת חשוד בעבירה של רצח, הריגה, עבירה שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה או "עסקת סמים" כהגדרתה בפקודת הסמים, או קשר לעבור אחת מעבירות אלה (אותה מגבלה הקבועה לגבי בעלי מקצועות חסויים כיעדי האזנה).

לעומת זה, סעיף 7א לחוק האזנת סתר, שכותרתו "שיחות חסויות שנקלטו בדרך אגב", קובע כי אם נקלטה, במסגרת האזנת סתר, שיחה עם ח"כ, תופסק ההקשבה לה או תמלולה. החומר יועבר לשופט המוסמך לפי חוק האזנת סתר, אשר יערוך איזון (בין "הצורך בגילוי החומר" לבין "החשש לפגיעה ביכולתו של חבר הכנסת למלא את תפקידו") ויחליט האם להעבירו לידי הרשות החוקרת.

עינינו הרואות, כי בהקשר של חברי כנסת, מקיים המחוקק הבחנה ברורה בין חבר כנסת כיעד האזנה לבין חבר כנסת כמואזן אגב-אורחא. בכל הנוגע לחבר כנסת כיעד האזנה מוצבים חסמי כניסה גבוהים יותר, המגלמים איזון ערכי שונה בין האינטרס החקירתי לבין הפגיעה העודפת בעבודת חבר הכנסת ובחסינותו.

הבחנה זו ראויה גם בהקשרנו, היא מוצדקת במישור הערכי, ומתחייבת במישור המעשי.

סיכום

יב. קיימת הבחנה מהותית בין האזנה לבעל מקצוע חסוי כיעד האזנה לבין האזנה אגב אורחא לשיחה של יעד האזנה עם בעל מקצוע חסוי. במקרה הראשון, ראוי להציב חסמים גבוהים יותר לאישור האזנת הסתר, בשל העובדה שלצד הפגיעה בפרטיות ניכרת פגיעה פוטנציאלית משמעותית בחיסיון המקצועי. לעומת זה, במקרה של האזנה אגב אורחא לבעל מקצוע חסוי, פוטנציאל הפגיעה בחיסיון נמוך יותר, וכן ממילא בוצעה כבר הקלטה המהווה "האזנה". על כן, לצורך שימוש בתכנים המוקלטים, נדרשת פנייה לבית-המשפט לצורך מיון השיחות, ועל פנייה זו לעבור תחילה אישור מקדים של היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה (כך על פי נוהל העבודה הפנימי שאושר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה).

אין כל הצדקה, לטעמנו, להציב דרישה א-פריוורית למיון השיחות במקרה של חשד לביצוע עבירות של רצח, הריגה, פגיעה בביטחון המדינה ו"עסקת סמים", כמצוין בסעיף 9א(א)(2) לחוק האזנת סתר. דרישה כזאת אף אינה מתיישבת עם ההסדר החקיקתי הקיים כיום ביחס להאזנת סתר לחברי כנסת ועם ההסדר המוצע בתיקון מס' 6 לחוק האזנת סתר.

בכבוד רב,

ד"ר חיים ויסמונסקי
מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה

