

בפנייתך ביקשת לבדוק האם מידע של נספחויות כלכליות שפועלות לרוב במתחמים של שגרירויות או קונסוליות (להלן: "הנציגויות"), נהנה מחסינות מפגיעה כאשר הוא נמצא בשרתים של חברה פרטית.

נציין כי בחינתנו מתבססת על ההנחה כי המידע של הנספחויות הכלכליות הינו מידע הנהנה מחסינות דיפלומטית ולא בחנו את הסוגיה של מעמד המידע של נספחויות כלכליות. עוד יצוין כי ניתן לחלק את המידע על השרתים לסוגים שונים של "דאטה". הסוג הראשון הינו התוכן שהעובדים יזינו לאפליקציה, למשל לוח הזמנים שלהם, פרטים על פגישות וקבצים שיצרפו. הסוג השני הינו דאטה אודות התוכן, למשל שמות התחברות, סיסמאות העובדים באפליקציה, שעות התחברות וכדומה. הסוג השלישי הינו דאטה שהחברה משתמשת בה כדי ליצור מידע משלה ולשפר את ביצועיה. למשל, החברה יכולה "לקרוא" נושאי שיחות (לשיפור אלגוריתם ליצירת תשובות מוכנות) או שעות התחברות ומיקום העובדים (למדידת היקף השימוש בשרתים). מפאת מיעוט החומר בסוגיה, ערכתנו הכללית הינה כי קיים בסיס משפטי מוצק לטיעון לפיו המידע מסוג תוכן מהווה מסמך דיפלומטי, אך הטיעון לפיו המידע שנוצר מעיבוד נתונים של שימוש הנספחויות הכלכליות באפליקציה על ידי החברה יהיה חלש יותר.

כפי שיפורט להלן, בדיקתנו העלתה כי מדובר בסוגיה מורכבת שאין לה תשובה חד משמעית, בין היתר, מאחר וההסדרים במשפט הבין-לאומי בנושא עוגנו לפני מספר עשורים. העמדה המקובלת הינה כי שרת מהווה "ארכיון" אך התשובה לשאלה האם המידע של נציגות על שרת של חברה פרטית מהווה מסמכים וארכיון של נציגות סבוכה יותר. אף על פי שיש בנמצא פסיקה מדינית שלפיה התשובה לשאלה זו יכולה להיות שלילית, להערכתנו קיים בסיס משפטי לטיעון לפיו המידע נהנה מחסינות מפגיעה משום שהחברה הפרטית פועלת מטעם הנספחות או הנציגות.

לצד זאת, מציעים להקטין את החשיפה הקיימת בהוספת הוראה להסכם עם החברה הפרטית לפיה למען הסר ספק, המידע שייך לנציגות הדיפלומטית או קונסולרית, שאין להפיץ אותו וכי הוא מוגן לפי סעיף 24 לאמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים – 1961 וסעיף 33 לאמנה בדבר יחסים קונסולריים – 1963.

בנוסף, כפי שמסרנו לכם כבר, חשוב יהיה לקבל גם את עמדת המחלקה למשפט דיפלומטי באגף משפט במשרד החוץ ולבחינה מולם האם מוכרים להם מקרים דומים. כמו כן מומלץ להתייעץ עם משרדי עורכי דין מקומיים במדינות היעד, מאחר ויש רלוונטיות רבה לדינים המקומיים.

#### להלן פירוט:

1. ישראל הינה צד לאמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים – 1961 (כ"א 749, 22) (להלן: "האמנה בדבר יחסים דיפלומטיים"), לצד ארה"ב ו-189 מדינות נוספות. אמנה זו רלוונטית בכל הנוגע ליחסים דיפלומטיים בין מדינות ולזכויות וחסינויות המשלחת הדיפלומטית והוראותיה אף מהוות משפט בינלאומי מנהגי.

2. במקביל, האמנה בדבר יחסים קונסולריים – 1963 (להלן: "האמנה בדבר יחסים קונסולריים") מסדירה את היחסים הקונסולריים בין מדינות ואת זכויות וחסינויות המשלחת הקונסולרית.

בעוד שארה"ב הינה צד לאמנה, ישראל אינה צד לה זו אך רואה בהוראותיה כמהוות משפט בין-לאומי מנהגי.

3. סעיף 24 לאמנה בדבר יחסים דיפלומטיים קובע כי "הארכיון והמסמכים של הנציגות יהיו מחוסנים מפגיעה בכל עת ובכל מקום שיהיו."

4. כמו כן, סעיף 27(2) לאמנה בדבר יחסים דיפלומטיים קובע כי "התכתובת הרשמית של הנציגות תהיה אסורה בפגיעה. תכתובת רשמית משמעותה כל תכתובת הנוגעת לנציגות ולתפקידיה."

5. בדומה, סעיף 33 לאמנה בדבר יחסים קונסולריים קובע מעמד זהה עבור הארכיון והמסמכים של קונסוליה:

The consular archives and documents shall be inviolable at all times and wherever they may be.

6. המונח "ארכיון" אינו מוגדר באמנה בדבר יחסים דיפלומטיים אך מוגדר בצורה רחבה בסעיף k (1) באמנה בדבר יחסים קונסולריים:

"consular archives" includes all the papers, documents, correspondence, books, films, tapes and registers of the consular post, together with the ciphers and codes, the card-indexes and any article of furniture intended for their protection or safe keeping.

7. בפרקטיקה, ההגדרה הרחבה באמנה בדבר יחסים קונסולריים חלה על המונח "ארכיון" באמנה בדבר יחסים דיפלומטיים.<sup>1</sup>

8. כמו כן, החלטת העצרת הכללית של האו"ם 69/121, מיום 10 לדצמבר 2014 לבחינת דרכים יעילות להגברת הגנה, בטחון ובטיחות של נציגויות דיפלומטיות וקונסולריות ונציגיה (Resolution 69/121 on the consideration of effective measures to enhance the protection, security and safety of diplomatic and consular missions and representatives) מציינת כי נציגויות יכולות להחזיק בארכיון ומסמכים בצורות שונות:

Noting the diplomatic and consular missions may maintain archives and documents in various forms, that official correspondence may take a variety of forms and that diplomatic and consular missions may use a variety of means of communication.

9. בהתאם לאמור לעיל, נראה כי שרתים נופלים תחת ההגדרה של "ארכיון" באמנה בדבר יחסים דיפלומטיים ובאמנה בדבר יחסים קונסולריים. תימוכין נוספים לכך ניתן למצוא בספרות

---

<sup>1</sup> Eileen Denza, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations (4th. Ed.) (2016), p.160; Restat 3d of the Foreign Relations Law of the U.S., § 466, Comment e.

המקצועית. זו, למשל, עמדתה של לוק טי לי וג'ון קוויגלי, מלומדים מובילים בעולם בתחום החסינות הקונסולרית. הם כותבים בספרם כי לשון סעיף 1(k) לאמנה בדבר יחסים קונסולריים רחבה דיה כדי לכלול מידע מאוחסן באופן אלקטרוני ( Luke T Lee and John Quigley, ) (2008) Consular Law and Practices (3rd Ed.) עמ' 392):

VCCR Art.1(k) was drafted before the era of electronically stored data, but its terms are sufficiently broad to include such data. The Italy-Argentina Convention on Consular Functions of 1987 (Art. 24(b) gives a definition of 'consular archives' that tracks VCCR Art.1(k), but which adds the phrase 'including data inserted in electronic'. By using the term 'including', rather than simply adding a phrase about electronically stored data, the 1987 Convention strongly suggests the understanding of Italy and Argentina that VCCR Art.1(k) covers electronically stored data.

10. כמו כן, זאת העמדה של איילין דנזה, המלומדת המובילה בעולם בתחום החסינות הדיפלומטית. דנזה כותבת בספרה כי המונח "ארכיון ומסמכים" כולל שיטות אחסון מודרניות כגון מחשבים שנמצאים מחוץ לשגרירות (נראה שאפשר להחיל זאת גם על שרתים):<sup>2</sup>

It therefore remains possible to maintain that the words 'wherever that may be' in Article 24 must be construed to include cyberspace as well as computer storage facilities outside the receiving State if the protection of confidentiality required by Article 24 is to be effective under modern methods of recording and transmitting information. It seems clear that this is required in order to give proper effect to Article 24 as was intended by the original Parties.

11. לאור האמור, לעמדתה של דנזה, המידע המאוחסן על שרתים מהווה ארכיון ומסמכים של הנציגות והם חסינים מפגיעה. מאחר ודנזה לא התייחסה לנסיבות אלו באופן מפורש, עולה השאלה האם המידע חסין מגילוי כאשר הוא הועבר לידי חברה פרטית ונמצא על שרתיה מחוץ לנציגות הדיפלומטית (או הקונסולרית).

12. מהבדיקה שערכנו בפסיקה מדינתית רלוונטית עולה כי אין תשובה חד-משמעית לשאלה זו.

13. כך, יש דוגמה מאמצע שנות ה-80 במאה הקודמת לפסיקה בה נקבע כי כאשר המידע עובר לצד שלישי, הוא כבר לא נהנה מחסינות דיפלומטית. בעניין Shearson Lehman Brothers Inc v Maclaine Watson & Co Ltd and International Tin Council (Intervener) (No. 2): HL 1988 עלתה שאלה לגבי הפרות חוזה שנגרמו בעקבות קריסת מועצת הפח הבינלאומית בשנת 1985. במסגרת ההליך ביקשו התובעים להציג חומרים שמקורם בארכיונים של מועצת הפח שלפי חקיקה בריטית נהנו מחסינות וזה לחסינות מפגיעה של ארכיונים של נציגות דיפלומטית ("the like inviolability of official archives as was")

---

<sup>2</sup> דנזה, עמ' 167 - 168.

מועצת הפח התערבה בהליך ("accorded in respect of those of a diplomatic mission"). בטענה שמסמכים אלה חסינים מפני הגשה לבית המשפט.

בית הלורדים קבע כי מכתבים או מסמכים שהועברו בסמכות לצד שלישי על ידי מועצת הפח אינם שייכים עוד למועצה ובכך מאבדים את החסינות מפגיעה כחלק מארכיון המועצה.<sup>3</sup> בית הלורדים הסביר כי אין להרחיב את מושג החסינות מעבר למה שנדרש כדי להגן על חסינותן של מדינות זרות וכי מניעת גילוי מסמכים בתביעות צד שלישי בשל חסינות זו תהווה תוצאה בעייתית למדי.<sup>4</sup>

14. בעניין *R (on the application of Bancoult No. 3) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2018] UKSC 3, 8 February 2018 הוגשה עתירה נגד צו אזור ימי מוגן שפורסם על-ידי הממשלה הבריטית אשר מנע מילידים של האי צ'אגוס ליישב מחדש את האי. במסגרת ההליך ביקשו העותרים להציג מברק של רשויות אמריקאיות שדלף בפרשת וויקיליקס ופורסם בתקשורת בטענה כי בכוחו להוכיח שהטלת הצו נבעה ממניע סמוי ופסול. מנגד, הממשלה הבריטית טענה כי לא ניתן להציג את המברק הדיפלומטי שכן יהיה בדברים כדי להוות הפרה של סעיפים 24 ו-27(2) לאמנה בדבר יחסים דיפלומטיים.

בית המשפט העליון הבריטי קבע כי אף על פי שהארכיון של נציגות חסין מפגיעה, החסינות מפגיעה כפופה לשני תנאים. ראשית, על המסמך להוות או להישאר חלק מארכיון הנציגות, ושנית, אסור שתכניו יופצו בצורה כה רחבה לנחלת הכלל עד כדי "השמדת" כל סודיות או חסינות מפגיעה של המסמך (סעיף 20 לפסק הדין).

ביחס לתנאי הראשון, בית המשפט קבע כי אין אינדיקציה לכך שהמברקים נשלחו משגרירות ארה"ב בלונדון, אלא ככל הנראה הוצאו ממחמ"ד בווינגטון די.סי. או באתר אחר. כמו כן, בית המשפט הוסיף כי לא הייתה אינדיקציה ששגרירות ארה"ב בלונדון ציינה כי יש מגבלות על השימוש ועל ההפצה של המברק על ידי מחמ"ד או רשויות נוספות אליהן נשלח המברק, אלא סווגה את המברק כ"סודי" בלבד. לכן, בית המשפט קבע כי המברק לא היה חלק מארכיון השגרירות האמריקאית בלונדון וניתן לחשוף אותו (סעיף 20 לפסק הדין). ביחס לתנאי השני,

<sup>3</sup> "Accordingly I have no difficulty, in the light of the concessions to which I have referred, in concluding that a document in categories 2(a) or (b) of the assumed facts, sc. a document communicated to a third party by an officer or employee of the I.T.C. with actual authority, express or implied, or with ostensible authority, no longer belongs to the I.T.C. and hence no longer enjoys inviolability as part of the official archives (*Lord Bridge*)."  
*Shearson Inc. v. Maclaine Ltd.* (No. 2) (H.L.(E.), 1988. [1988] 1 W.L.R. 16, 28.

<sup>4</sup> *Id.*, 30. "It is one thing for the courts to decline jurisdiction to adjudicate upon a claim by a plaintiff to recover from a defendant H property to which a foreign sovereign asserts a title which he is able to support by prima facie evidence. It would be an entirely different thing for the court to decline jurisdiction to adjudicate on a claim by a foreign sovereign or any other organisation entitled to invoke the inviolability of diplomatic documents to prevent the court from receiving otherwise relevant and available evidence in proceedings to which the sovereign is not a party."

בית המשפט קבע כי עקב פרסומו של המברק בעיתון, המברק איבד את חסינותו מגילוי או פגיעה (סעיף 21 לפסק הדין).

15. בדעה נפרדת הבהיר השופט סומפציון (Sumption) שלא מיקום הארכיונים – שכן ההגנה חלה גם על קבצים אלקטרוניים ("retrievable electronic files") – ולא תוכן המסמך הוא המבחן הרלוונטי אלא מבחן השליטה. השאלה היא אם הארכיונים נמצאים בשליטתם של אנשי הנציגות, בניגוד לשליטתן של רשויות אחרות של המדינה (סעיף 68 לפסק הדין). השופטת הייל (Hale) הצטרפה למבחן השליטה והוסיפה כי הוא צריך לכלול את ההגבלות שהטילה הנציגות על הפצת התכתובת, כשאינן די בסיווגה כ"סודי" (סעיף 127 לפסק הדין).

16. בשנת 2002 סוגית מעמד הארכיונים והמסמכים של נציגות דיפלומטית שמוחזקים בידי צד שלישי עלתה בוועדת הנבחרים האמריקאית בנושא רפורמה ממשלתית (US House of Representatives Committee on Government Reform) במסגרת חקירת חטיפת ילדים בעלי אזרחות כפולה של ארה"ב ושל ערב הסעודית.

באותו הליך נטען כי שגרירות ערב הסעודית הייתה שותפה לחטיפות. ועדת הנבחרים הוציאה זימונים לבקשת מסמכים משלוש חברות אמריקאיות ששימשו כלוביסטים או יועצות יחסי ציבור של השגרירות. הוועדה נקטה בעמדה כי התכתובות או המסמכים שנמסרו לצד שלישי שאינו חבר בנציגות הדיפלומטית או בתפקיד אחר של המדינה השולחת הופך בדרך כלל לנחלת המקבל ולכן אינו מהווה חלק מארכיוני ומסמכי הנציגות. ועדת הנבחרים ביקשה את עמדת מחלקת המדינה האמריקאית (מחמ"ד) בנושא. מחמ"ד השיבה כי אין לה עמדה נחרצת לגבי הפרשנות הנכונה של האמנה הדיפלומטית בעניין.

לצד האמור, מחמ"ד ציינה באותה העמדה בכתב כי ממשלת ארה"ב מתקשרת בחו"ל עם אזרחים מקומיים למילוי תפקידים מסוימים בנציגויות שלה וכי במספר מקרים מחמ"ד טענה כי המידע שבידי האזרחים המקומיים מהווה מידע 'ארכיוני' על פי האמנה בדבר יחסים דיפלומטיים ובכך חסין מפגיעה. כך למשל ציינה מחמ"ד כי היא מתקשרת עם קבלנים זרים לבניית שגרירויות במדינות זרות והיא תרצה לטעון כי המידע שנמסר לקבלנים חסין מפגיעה. עוד צוין כי לורד ברידג' בפרשת Shearson Lehman ציין את היעדרו באותו מקרה של "כל קשר של מלווה ולווה, בעל חוב ובעלי ערבות או מנהל וסוכן" (ולכן, המקרה בענייננו שונה שכן החברה הפרטית הינה קבלן של השגרירות).<sup>5</sup>

17. עמדה דומה ניתן למצוא בדו"ח שנערך במשותף על-ידי משרד הכלכלה האסטוני וחברת מיקרוסופט, משנת 2015 על יישום הפתרון על מידע וירטואלי של שגרירות. הדו"ח מציין כי סעיף 24 לאמנה בדבר יחסים דיפלומטיים חל על שיטות אחסון מודרניות, כולל כאלה ששומרות נתונים ממשלתיים מחוץ לשטחי השגרירות. כמו כן, הדו"ח מציין כי קיים בסיס משפטי מוצק

<sup>5</sup> דנוה, עמ' 163 – 164.

לטיעון לפיו הנתונים הקשורים לנציגות דיפלומטית חסינים מפגיעה, גם כאשר הם מוחזקים על ידי ספק ענן של צד שלישי.<sup>6</sup>

18. בנוסף, עורכי מדריך טאלין על המשפט הבינלאומי הישים ללוחמת סייבר – המדריך אינו מסמך משפטי מחייב וחלק מקביעות שאינן בהקשר זה בעייתיות – סברו כי החסינות מפגיעה של הארכיונים הדיפלומטיים חלה אם החומר מאוחסן בתשתית סייבר פרטית, כמו שרת דוא"ל פרטי או תשתית ענן פרטית, ככל שהמדינה השולחת מתכוונת שהחומר יישאר חסוי ולא מסרה אותו לצד שלישי בהסכמה.<sup>7</sup>

19. ולבסוף, באמרת אגב, יצוין כי נראה שכפיפות החוזה של השגרירות עם החברה הפרטית לדין האמריקאי ולסמכות השיפוט לבתי המשפט האמריקאים אינה מהווה ויתור על חסינות הארכיונים ומסמכים מפגיעה מכוח האמנה בדבר יחסים דיפלומטיים והאמנה בדבר יחסים קונסולריים, משום שהויתור צריך להיות מפורש.<sup>8</sup>

## סיכום

20. לאור האמור, נראה שיהיה ניתן לטעון כי שרת מהווה "ארכיון" אך התשובה לשאלה האם המידע של נציגות על שרת של חברה פרטית מהווה מסמכים וארכיון של נציגות מורכבת יותר.

21. אף על פי שקיימת פסיקה שלפיה התשובה לשאלה זו יכולה להיות שלילית, להערכתנו קיים בסיס משפטי המאפשר טענה לפיה המידע נהנה מחסינות מפגיעה משום שהחברה הפרטית הינה קבלן של הנציגות.

22. כמו כן, ראוי להקטין את החשיפה הקיימת בהוספת הוראה להסכם עם החברה הפרטית לפיה למען הסר ספק, המידע שייך לנציגות הדיפלומטית או קונסולרית, שאין להפיץ אותו וכי הוא מוגן לפי סעיף 24 לאמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים – 1961 וסעיף 33 לאמנה בדבר יחסים קונסולריים – 1963.

23. כאמור, מומלץ להתייעץ עם משרדי עורכי דין מקומיים במדינות היעד, מאחר ויש רלוונטיות רבה לדינים המקומיים.

---

<sup>6</sup> 'Implementation of the Virtual Data Embassy Solution'. Summary Report of the Research Project on Public Cloud Usage for Government, Conducted by Estonian Ministry of Economic Affairs and Communications and Microsoft Corporation', p.14 at <[https://www.mkm.ee/sites/default/files/implementation\\_of\\_the\\_virtual\\_data\\_embassy\\_solution\\_summary\\_report.pdf](https://www.mkm.ee/sites/default/files/implementation_of_the_virtual_data_embassy_solution_summary_report.pdf)>.

<sup>7</sup> TALLinn Manual on International Law Applicable to Cyber Warfare (Michael N. Schmitt ed., 2017), p. 221.

<sup>8</sup> *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828, p. 4-5.