

פיקוח על מעקב מקוון בישראל

מדוע יש לפקח על רשויות המדינה כשאלה בולשות אחרי הפעילות המקוונת שלנו; כיצד ניתן לפקח על מעקב מקוון של גופי מודיעין ואכיפת חוק; מיהם האחראים בישראל על פיקוח זה; האם המצב הקיים נותן מענה ראוי למאפיינים הייחודיים של פעילות סיגינטית; האם ישנם מודלים עדכניים בדין הזר שרצוי להכיר וללמוד מהם?

עמיר כהנא בשיתוף עם יובל שני

מחקר
מדיניות
149


המכון הישראלי
לדמוקרטיה


מרכז המחקר
להגנת הסייבר
CYBER SECURITY
RESEARCH CENTER

**פיקוח על מעקב מקוון
בישראל**

עמיר כהנא
בשיתוף עם יובל שני

מחקר מדיניות 149

יולי 2020

Oversight of Online Surveillance in Israel

Amir Cahane

with Yuval Shany

עריכת הטקסט: חמוטל לרנר

עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין

ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים

הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 1-309-519-965-978

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר) ולמרכז פדרמן לחקר הסייבר,

הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2020

נדפס בישראל, תש"ף/2020

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

מרכז פדרמן לחקר הסייבר – תוכנית משפט וסייבר, האוניברסיטה העברית בירושלים

הפקולטה למשפטים, קמפוס הר הצופים

תא 80, 9190501

דוא"ל: hcsrcl@mail.huji.ac.il

אתר האינטרנט: <https://csrcl.huji.ac.il/>

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

הדברים המובאים במחקר מדיניות זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה או את עמדת מרכז פדרמן לחקר הסייבר.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

מרכז פדרמן לחקר הסייבר - תוכנית משפט וסייבר

תוכנית משפט וסייבר פועלת כחלק ממרכז פדרמן לחקר הסייבר באוניברסיטה העברית בירושלים ומתמקדת ב־cyber security (ביטחון המרחב הקיברנטי) מפרספקטיבה משפטית וקרימינולוגית. החוקרים בתוכנית עוסקים במגוון נושאים ותחומים, בהם: רגולציה, אחריות משפטית, מניעת פשיעה, זכויות אדם ודיני מלחמה. התוכנית פועלת לייצר ידע ולכונן שיתופי פעולה בין חוקרים, ארגונים העוסקים בזכויות אדם, גופי ממשל ותעשייה. יתר על כן, כיוון שאנו מצויים בעידן של פיתוח רגולציות ומיסוד קודים להתנהגות במרחב הסייבר ואף שותפים לעיצוב הנורמות והפרקטיקות הנוהגות הללו, חוקרי התוכנית והמרכז רואים חשיבות בתרומה להתפתחותו של שיח ציבורי בנושא ביטחון המרחב הקיברנטי בצד השיח האקדמי.

תוכן העניינים

7	תקציר
13	פרק 1. מבוא
19	פרק 2. פיקוח על מעקב מקוון: מסגרת תאורטית
21	2.1 הצורך בפיקוח על סוכנויות מודיעין ואכיפת חוק
36	2.2 הצורך בפיקוח על פעילות סיגינטית
44	2.3 מנגנוני הפיקוח: מאפיינים ודילמות
58	פרק 3. מנגנוני פיקוח ובקרה על פעילות סיגינטית
60	3.1 מנגנוני פיקוח פנים-ארגוניים
70	3.2 מנגנוני פיקוח חיצוניים
107	3.3 מנגנוני פיקוח חיצוניים למחצה: פיקוח אקזקוטיבי
112	פרק 4. פיקוח על מעקב מקוון: דין השוואתי
113	4.1 דיני האיחוד האירופי ומועצת אירופה
120	4.2 בריטניה
137	4.3 ארצות הברית
162	4.4 הולנד
172	4.5 גרמניה
181	פרק 5. פיקוח על מעקב מקוון בישראל
181	5.1 מעקב מקוון בישראל: סמכויות
190	5.2 הפיקוח על מעקב מקוון בישראל: תמונת מצב
212	5.3 סיכום ביניים

213	פרק 6. פיקוח על מעקב מקוון בישראל: הצעת מדיניות
213	6.1 עקרונות לפיקוח מיטבי על פעילות סיגינטית
228	6.2 מערך הפיקוח הישראלי על מעקב מקוון: בחינה חוזרת
	6.3 מתווה למודל רצוי של פיקוח על פעילות סיגינטית:
248	נציבות סיגינט ישראלית
258	6.4 מודל "רזה" חלופי: הצעות לשיפור הקיים

ת ק צ י ר

מעקב מקוון (online surveillance) הוא פעילות מודיעינית שנועדה לאסוף מידע דיגיטלי שמקורו ברשתות תקשורת אלקטרונית, לשמור אותו, לעבדו ולנתחו – בין שהמידע מועבר באמצעות רשת טלפוניה קווית, בין בתקשורת סלולרית ובין בתקשורת מחשבים. המעקב יכול להתבצע במגוון דרכים, לרבות "יירוט" או "שליפה" של מידע מהרשת או ממכשירי קצה, איסוף נתוני תקשורת מספקי התקשורת ועיבוד מידע גלוי וסמוי, כולל טכניקות של כריית מידע או למידת מכונה. בתקופה שבה חלק ניכר מהתקשורת האנושית נעשה בתווך האלקטרוני, רתימת הטכנולוגיה המודרנית לאיסוף רחב היקף, לאגירה ולניתוח סטטיסטי רב-עוצמה של נתוני תקשורת יכולה להניב מודיעין עשיר ומפורט על מושאי המעקב יותר מאי פעם.

אלא שלצד יתרונותיו של מודיעין שמקורו במעקב מקוון ברשתות תקשורת יש להביא בחשבון גם את הפגיעה הניכרת בפרטיותם של מושאי המעקב. במעגל הנפגעים נמצאים לא רק היעדים המודיעיניים שפרטיותם מופרת אלא גם אותם אנשים הבאים עימם במגע. יתר על כן, כאשר מופעלות שיטות של איסוף חסר הבחנה (bulk collection), השואבות כמות עצומה של נתוני תקשורת ותוכן מעורק תקשורת מרכזי בלי לצמצם את האיסוף ליעד מודיעיני מסוים, מעגל הנפגעים גדל דרמטית. הפגיעה בפרט בשל מעקב מקוון אינה מוגבלת לפגיעה בזכות לפרטיות: גם תחושת החירות הכללית וחופש הביטוי

עלולים להיפגע בשל האפקט המצנן שמעקב שכזה מייצר. כאשר פלוני יודע שהוא במעקב, או שאפשר שיהיה במעקב, הוא צפוי לשנות את התנהלותו בהתאם.

במחקר המדיניות רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019) נסקר הדין הישראלי החל על פרקטיקות מעקב מקוון בישראל בהשוואה לדינים המקבילים מעבר לים. סקירה זו העלתה, בין השאר, כי הפיקוח על פעילות זו בישראל הוא חלקי וטעון שיפור. מחקר המדיניות הנוכחי, פיקוח על מעקב מקוון בישראל, מתאר את עצם הצורך בפיקוח על מעקב מקוון, את המרכיבים המוסדיים השונים במערך פיקוח לאומי על סיגינט (signals intelligence; מודיעין אותות), ואת הפיקוח הקיים בישראל – בהשוואה לדוגמאות מהדין הזר.

מסקנות עיקריות

1. מערך הפיקוח הישראלי על פעילות סיגינטית אינו מלא ומקיף

מן ההיבט הטמפורלי, ביקורת חיצונית לפני מעשה (אקס אנטה) על פעילות סיגינטית בישראל היא חלקית בלבד, ואילו פיקוח חיצוני לאחר מעשה (אקס פוסט) על דרכי השימוש באמצעי המעקב המקוון ועל הטיפול במידע שנאסף על ידם כמעט חסר לחלוטין. לפי פרסומים גלויים, הגורמים שבידם הסמכות והיכולת להוביל בדיקות עומק בתחום – ועדות חקירה ומבקר המדינה – עושים זאת באופן ספורדי, ועל פי רוב בהקשרים של פיקוח על מעקב מקוון לתכליות של אכיפת חוק. מעקב מקוון בישראל אינו נתון בפיקוח חיצוני קבוע לאורך כל שלבי שרשרת ההפקה של מודיעין סיגינטי.

2. מערך הפיקוח הישראלי אפוף מעטה של חשאיות

חלק מהכללים המסדירים פרקטיקות של מעקב מקוון בישראל הם חשאיים, וכך גם הפיקוח על פרקטיקות אלה. לא ניתן פומבי לפעילות הפיקוח הפרלמנטרית (שלחלקה עיגון סטטוטורי) במסגרת ועדת המשנה לשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, או לפיקוח האקזקוטבי

של היועץ המשפטי לממשלה על פרקטיקות סייגניטיות. לנוכח הנעשה במדינות אחרות, שבהן מתפרסמים דוחות עיתיים פומביים של גורמים במערך הפיקוח הסייגניטי הלאומי, נראה כי הדבר אפשרי, בשים לב לשיקולי הגנה על סודות מדינה, פעילות מבצעית, מקורות מודיעיניים ושיטות פעולה.

3. מערך הפיקוח הישראלי על פעילות סייגניטית נעדר גוף מתמחה, ייעודי ועצמאי

נוסף על כך שהפיקוח על מעקב מקוון בישראל מכסה רק באופן חלקי פעילות סייגניטית לתכליות ביטחוניות, הוא חסר גוף חיצוני שייעודו הוא פיקוח שוטף על פעילות סייגניטית. לפי שעה הפיקוח על מעקב מקוון בישראל מתבצע בידי גורמים שאינם ייעודיים לתכלית זו. משכך הם חסרים מומחיות טכנולוגית ומודיעינית המאפשרת להם לבחון באופן עצמאי ובלתי תלוי את פרקטיקות המעקב המקוון הנהוגות בישראל, והפיקוח שלהם על פעילות סייגניטית בישראל אינו קבוע ורצוף.

המלצות

1. מודל רצוי של פיקוח על פעילות סייגניטית: נציבות סייגנט לאומית

מוצע להקים נציבות סייגנט לאומית – גוף חיצוני, עצמאי וייעודי לפיקוח על פעילות המעקב המקוון של רשויות המדינה. מטרת הפיקוח של הנציבות היא לוודא שהרשויות פועלות לפי חוק, מתוך שמירה על זכויות אדם וחירויות אזרח, וכן להיות גורם נוסף המבקר את האפקטיביות המודיעינית של פרקטיקות המעקב המקוון שהרשויות מפעילות. פיקוח זה יוחל על כל שרשרת הפקת המודיעין הסייגניטי: איסוף, אחסון ושימור, בחירה ועיון וניתוח מידע.

מוצע כי הנציבות תוסמך לשמש פונקציית בקרה לפני מעשה (אקס אנטה), בדרך של אישור מראש של צווי מעקב מקוון (בדומה למודל ה"נעילה הכפולה" הבריטי). נוסף על כך, הנציבות תפקח על אופן יישום הצווים ותבחן לאחר מעשה את פרקטיקות המעקב המקוון, לרבות באמצעות ביקורות תמטיות רוחביות על היבטים שונים בפעילות הסייגניטית של גופי הביטחון ואכיפת החוק. נדבך

שלישי בפעילותה יהיה שימוש כמען לתלונות של עובדי גופים אלה ושל אזרחים באשר לעניינים שבסמכותה.

הנציבות הסיגינטית תאויש בידי נציבים שיפוטיים, הכשירים לכהן כשופטים מחוזיים, שבכפוף לאישורם יינתן צו מעקב מקוון מיניסטריאלי או שיפוטי. לצד הנציבים השיפוטיים יכהנו בנציבות מפקחים, שאינם בהכרח משפטנים בהכשרתם, שתפקידם יהיה לפקח לאחר מעשה על הפעילות הסיגינטית. אלה ואלה ייעזרו במערך תמיכה מקצועי, שיורכב מתמהיל של מומחי מודיעין, משפט וטכנולוגיה.

הנציבות תיהנה מגישה מלאה למידע שבידי הגופים שעליהם היא מפקחת, ותפרסם דיווח עיתי פומבי, בלתי מסווג, על ממצאיה.

2. מתווה "רזה" חלופי לשיפור המצב הקיים

המחקר מציע גם קווים כלליים לשיפור המצב הקיים ולתיקון חלק מנקודות התורפה של מערך הפיקוח הישראלי על פעילות סיגינטית, במקום המודל המומלץ של הקמת נציבות סיגינט לאומית. הצעות אלו יכולות לשמש פתרונות ביניים בהיעדר גוף פיקוח ייעודי ועצמאי על פעילות סיגינטית.

- **הרחבת הכיסוי השיפוטי.** החלת ביקורת שיפוטית מראש (אקס אנטה) על האזנות סתר ועל השגת נתוני תקשורת לתכליות של ביטחון לאומי.
- **חיזוק המומחיות של מערך הפיקוח הסיגינטי הקיים.** מוצע לערוך הכשרות ייעודיות לשופטים הדנים בצווי מעקב מקוון, וכן להקצות רפרנט ייעודי לנושאי סיגינט במשרד היועץ המשפטי לממשלה.
- **חיזוק היסוד האדוורטרי בהליכי אקס אנטה.** מוצע להסתייע במומחים חיצוניים כדידיי בית משפט, בדומה למודל האמריקאי.
- **הגברת השקיפות.** מוצע לתת פומבי לדיווחים הסטטוטוריים השנתיים על היקף היתרי המעקב המקוון שניתנו לשב"כ. כן מוצע להפוך לקבועה את הוראת השעה הזמנית בחוק נתוני תקשורת, שפג תוקפה, ולהורות על פרסום דוחות שנתיים המפרטים את הפעלת הסמכויות שבחוק. יש להרחיב את רמת הפירוט בדיווחים השנתיים הקיימים והמוצעים, ולתת פומבי לכללים החשאיים הנוגעים

לפעילות הסיגינטית של גופי הביטחון הישראליים. כן מומלץ לקיים בחינה עיתית של רמת הסיווג של החלטות שיפוטיות ומיניסטריאליות הנוגעות לצווי מעקב מקוון, ולתת פומבי לאלו שיש בהן עניין ציבורי, בכפוף לאילוצים של סיווג ביטחוני.

מבוא

בחודש יוני 2018 הודיעה הסוכנות האמריקאית לביטחון לאומי (NSA) כי היא מחקה את כל רישומי שיחות הטלפון (CDR)¹ שהשיגה מספקי שירותי תקשורת מאז 2015 במסגרת פעילות מודיעינית בשם "תוכנית 215". לפי ההודעה, אנליסטים של הסוכנות זיהו אי־סדירויות בחלק מהנתונים שהועברו לסוכנות מספקי שירותי התקשורת, והתברר כי הם כוללים חומר שהסוכנות אינה מוסמכת להשיג.² בהיעדר יכולת טכנית לברור את החומר האסור מתוך כלל הנתונים שהועברו לסוכנות הוחלט על ביעור כלל הנתונים שהועברו בתקופה זו, שהיקפם מוערך במאות מיליוני נתוני שיחות.³ בהודעה נאמר שהמחיקה דווחה לגופי פיקוח פרלמנטריים, שיפוטניים ואחרים.⁴

בחודש מאי 2019 הודיע בכתב סאג'יד ג'אויד, שר הפנים הבריטי, לשני בתי הפרלמנט הבריטי כי השירות החשאי (MI5) זיהה "סיכוני צינות" (compliance risks) הנוגעים לאחת המערכות הטכנולוגיות שבהן השירות שומר ומנתח נתונים, ודיווח עליהם.⁵ סיכונים אלו נוגעים לצינות להוראות חוק סמכויות חקירה

1 רישומי שיחות טלפון מוגדרים בחוק איסוף מודיעין זר: Foreign Intelligence Surveillance Act, 50 U.S.C. §§1801–1885c (2018) (להלן: חוק איסוף מודיעין זר (FISA)). לפי ס' 1861(k)(3) לחוק, רישומי שיחות טלפון, או Call Detail Records (CDR), הם פרטים על השיחה שאינם כוללים את תוכנה (metadata).

2 בהתאם להוראות ס' 1861(b)(2)(C) בחוק איסוף מודיעין זר (FISA). להרחבה על משטר איסוף המודיעין הזר בארצות הברית ראו עמיר כהנא ויובל שני רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה 85–94 (2019) (להלן: כהנא ושני רגולציה).

3 לפי דוחות השקיפות של משרד ראש המודיעין הלאומי (ODNI), בשנים 2016–2017 בלבד נאספו 680 מיליון נתוני CDR. Office of the Director of National Intelligence, *Statistical Transparency Report Regarding Use of Intelligence, National Security Authorities Calendar Year 2017*, 33–35 (2018) (להלן: ODNI 2018).

4 ראו להלן בסעיף 4.3.

5 HC Deb 9 May 2019 1552WS

2016 (IPA),⁶ באשר לעיבוד ושימור מידע שהושג או יורט לפי צו, לרבות צווי איסוף גורף.⁷ נציב סמכויות החקירה, המפקח על הפעלת הסמכויות לפי חוק זה,⁸ פרסם הודעה רשמית שלפיה בעקבות חקירת הנציבות את הנושא במהלך חודש מרץ 2019 נקט השירות החשאי שורת צעדים מידיים לתיקון ההפרות, אשר לצד אמצעים נוספים שיישמו בעתיד יש בהם כדי להבטיח שהטיפול של השירות החשאי בחומר שהושג או יורט לפי צו נעשה כחוק.⁹ ואולם מסמכים שנחשפו מאוחר יותר, במסגרת הליך משפטי הנוגע לחוק סמכויות חקירה, מגלים שהנהלת השירות החשאי הייתה מודעת להפרות בתחילת 2018 (דרגים זוטרים יותר בשירות היו מודעים לבעייתיות התופעה כבר בתחילת 2016, עוד טרם חקיקת חוק סמכויות חקירה),¹⁰ ורק כעבור שנה הובא הדבר לידיעת נציבות סמכויות החקירה.¹¹

באמצעות שתי דוגמאות אלו מהעת האחרונה של פעולתם של מערכי פיקוח לאומיים על פרקטיקות מעקב מקוון¹² של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק, ניתן לראות כי על מנת לזהות היבטים בלתי חוקיים בפעילות זו יש להסדיר

6 Investigatory Powers Act, 2016, c. 25 (Eng.) (להלן: חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA)).

7 כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 162-176.

8 ראו להלן בסעיף 4.2.1; כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 176-178.

9 Investigatory Powers Commissioner Office, *Written Ministerial Statement on Retention and Disclosure of Material* (9.5.2019). ראו גם R (On the Application of National Council for Civil Liberties (Liberty) v. Secretary of State for the Home Department & Anor [2019] EWHC 2057 (Admin), בפס' 392-353 (להלן: עניין *Liberty*).

10 שם, בפס' 362, מצוין כי צוות פנימי של השירות החשאי ציין בינואר 2016 כי "ייתכן שמידע מוחזק במקומות לא מפקחים (ungoverned spaces) בניגוד למדיניות שלנו".

11 *MI5 "Unlawfully" Handled Bulk Surveillance Data, Liberty Litigation Reveals*, LIBERTY (11.6.2019).

12 מעקב מקוון (online surveillance) הוא פעילות מודיעינית שנועדה לאסוף מידע דיגיטלי שמקורו ברשתות תקשורת אלקטרונית, לשומרו, לעבדו ולנתחו - בין שהמידע מועבר באמצעות רשת טלפוניה קווית, בתקשורת סלולרית או בתקשורת מחשבים. המעקב יכול להתבצע במגוון דרכים, לרבות "יירוט" או "שליפה" של מידע מהרשת או

אותה בחקיקה. ואכן, הסוכנות לביטחון לאומי הוסמכה להפעיל את תוכנית 215, שבמסגרתה נאספו רישומי CDR, מכוח חוק איסוף מודיעין זר (FISA),¹³ והפעילות הסיגינטית¹⁴ של השירות החשאי הבריטי, שבמסגרתה הושג המידע שלאחר השגתו נשמר או עובד שלא כחוק, נעשתה לפי הוראות חוק סמכויות חקירה (IPA) 2016.

גילוי התקלות ואופן הטיפול בהן מלמדים על רמתן של הבקורות הפנים־ארגוניות על חוקיות השלבים השונים בתהליך הפקת המודיעין הסיגינטי.¹⁵ אפשר שהאפקטיביות של הפיקוח הפנים־ארגוני (בייחוד פעולת המחיקה לאחר שזוהתה התקלה) נובעת מחשש רציני מתגובה חריפה יותר עקב גילוי עצמאי של התקלה על ידי בקורות חיצוניות, או משיקולים אחרים. כך למשל, ההכרה בשחיקת התועלת המודיעינית של תוכנית 215¹⁶ יכלה להקל על קברניטי הסוכנות לביטחון לאומי בהחלטתם למחוק את הנתונים.

ממכשירי קצה, איסוף נחוני תקשורת מספקי התקשורת ועיבוד מידע גלוי וסמוי, כולל טכניקות של כריית מידע או למידת מכונה.

13 להרחבה ראו להלן בסעיף 3.3; כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 81-94.

14 סיגינט (Signals Intelligence, SIGINT; מודיעין אותות) הוא מודיעין שמופק באמצעות יירוט אותות - אותות תקשורת (Communications Intelligence, COMINT) או אותות אלקטרוניים לא תקשורתיים (Electronic Intelligence, ELINT). להרחבה ראו Jeffrey T. Richelson, *The Technical Collection of Intelligence*, in HANDBOOK OF INTELLIGENCE STUDIES 105, 108-111 (Loch K. Johnson ed., 2007) (הספר להלן: Johnson, HANDBOOK OF INTELLIGENCE); Julian Richards, *Signals Intelligence*, in ROUTLEDGE COMPANION TO INTELLIGENCE STUDIES 85, 84-93 (Robert Dover, Michael S. Goodman, & Claudia Dover, Goodman, & Hillebrand eds., 2014) (הספר להלן: Hillebrand, Goodman, & Dover, ROUTLEDGE COMPANION).

15 ראו להלן בסעיף 3.1.

16 לוק מורי, היועץ לביטחון לאומי של ראש סיעת המיעוט הרפובליקנית בבית הנבחרים האמריקאי, חשף כי מחודש ספטמבר 2018 הסוכנות לביטחון לאומי אינה עושה שימוש בתוכנית 215. "ה-NSA הפסיק להאזין לשיחות הטלפון של האמריקאים" הארץ 5.3.2019; לידיעה המקורית שתורגמה בהארץ ראו Charlie Savage, *Disputed N.S.A. Phone Program Is Shut Down, Aide Says*, THE NEW YORK TIMES (4.3.2019) (להלן: *Savage, Disputed Program*). הדין והחשבון של ועדת הפיקוח לענייני פרטיות וחירויות אזרח (PCLOB); ראו להלן בסעיף 4.3.7) מצא כבר ב־2015

בשני המקרים עדיין רב הנסתר על הגלוי. לא ברור אם מניעי הסוכנות לביטחון לאומי בדיווח על תקרית המחיקה נבעו משיקולי שקיפות טהורים, או מהרצון לחזק את אמון הציבור במחיר סביר של ויתור על מידע בעל ערך מודיעיני מוגבל. הדיווח חיזק את הדימוי של סוכנות המקפידה על חוקיות הפעילות שלה, תוך שימוש בבקורות פנימיות ונכונות לתקן כשלים שנתגלו גם לנוכח הפגיעה במודיעין שאספה. כך גם לא ברור אם הודעתו של שר הפנים הבריטי על גילוי התקלות בשירות החשאי נובעת מסיום פעולות החקירה שלהן על ידי נציב סמכויות החקירה, או מניסיון להקדים תרופה למכה לנוכח גילוי המסמכים שנעשה חודש לאחר מכן במסגרת הליך משפטי.

אך גם אם חרף הספקות הגרסאות של משרד הפנים הבריטי ושל הסוכנות לביטחון לאומי מתארות את מצב הדברים לאשורו, יש לתת את הדעת על משך הזמן שנדרש לגורמי הפיקוח הפנימיים לעמוד על קיומן של התקלות – ובמקרה הבריטי, גם לדווח עליהן לגורמי הפיקוח החיצוניים. התקופה הארוכה שבה התקלה בסוכנות לביטחון לאומי לא נתגלתה עשויה ללמד על המאמץ הרב ורמת המומחיות הגבוהה הנדרשים על מנת לפקח באופן אפקטיבי על איסוף ופעילות סיגינטיים, המתבצעים מכוח דינים מורכבים תוך שימוש בטכנולוגיה

כי תוכנית 215 לא תרמה במישרין לגילוי ולסיכול של מחקפות טרור. Privacy and Civil Liberties Oversight Board, *Report on the Telephone Records Program Conducted Under Section 215 of the USA PATRIOT ACT and on the Operations of the Foreign Intelligence Surveillance Court*, 11, 144–155 (2014) (להלן: PCL0B 2014). לפי הדוח, פוטנציאל האיסוף היומי של תוכנית 215 היה מאות מיליוני נחוני CDR, שכמעט כולם חסרי חשיבות מבחינה מודיעינית (שם, בעמ' 73). דיווחים מאוחרים יותר (ODNI 2018), לעיל ה"ש 3, בעמ' 35), המתייחסים לתקופה שלאחר שינוי נוהל האיסוף בתוכנית 215 כדי להתאימו לרפורמה בדיני המעקב המקוון האמריקאיים (David Kris, *The NSA and the USA*) (2.7.2018), *Freedom Act*, LAWFARE (2.7.2018), ראו גם להלן בסעיף 4.3.7: כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 85–89), מתארים איסוף שנתי של מאות מיליוני רשומות. אפשר לייחס ירידה דרסטית זו להיעדר האפקטיביות המודיעינית של התוכנית, או לחסמים סטטוטוריים לאיסוף אפקטיבי שהתווספו בעקבות הרפורמה בחוק איסוף מודיעין זר (FISA) מ-2015. לנדאו ולובין סבורים כי התפתחויות טכנולוגיות המשפיעות על ייקף השימוש ודפוסי השימוש בתקשורת סלולרית, לצד שינויים במאפייני היעדים המודיעיניים, הפכו את תוכנית 215 למיותרת. Susan Landau & Asaf Lubin, *Is Section 215 No Longer Worth the Effort?* LAWFARE (11.3.2019)

מתקדמת.¹⁷ האם איגילוי התקלות על ידי מערכי הפיקוח החיצוניים, לרבות חברי הוועדות המיוחדות של הקונגרס, מצביע על חולשתו של הפיקוח הקיים? במקרה האמריקאי אפשר שהיעדרם של מומחיות או של משאבים הדרושים לשם עריכת ביקורות עומק, גישה מוגבלת למידע או חסרונם של גוף ייעודי המפקח על פעילות ארגוני הביטחון, המודיעין ואכיפת החוק יכולים לתמוך באפשרות זאת.¹⁸ במקרה הבריטי קשה להעריך – בהיעדר מידע נוסף – אם היה סביר לצפות מנציבות סמכויות החקירה, במהלך השנה הראשונה לפעולתה, לגלות באופן עצמאי את ההפרות של השירות החשאי.¹⁹

אפשר שעצם קיומם של מנגנוני פיקוח על פעילות סגינטית די בו כדי לתמרץ את ארגוני הביטחון ואכיפת החוק לפעול לאיתורן ולתיקונן של הפרות חוק, ולתת לכך פומבי.²⁰ השקיפות של ארגוני הביטחון ואכיפת החוק ושל מערך הפיקוח על פעילותם משפיעות על היכולת לפתוח בדיון ציבורי, לרבות כזה המטיל ספק בטוהר המניעים שמאחורי הדיווחים הפומביים שלהם. האם אפשר להעלות על הדעת את התרחשותם של מקרים דומים בישראל?

מחקר זה עוסק במנגנוני הפיקוח על הפעילות הסגינטית (כלומר הפיקוח על פרקטיקות השימוש באמצעי מעקב מקוון) של ארגוני הביטחון, המודיעין ואכיפת החוק. הפרק השני יתאר את המסגרת התאורטית לצורך בפיקוח על מעקב מקוון. הפרק השלישי ימנה סוגים שונים של מנגנוני פיקוח ובקרה על

17 ראו למשל תגובתו של היועץ המשפטי של הסוכנות לביטחון לאומי, ג'ון גרסטל, לפרשת המחיקה. *Savage, Disputed Program*, לעיל ה"ש 16.

18 ראו להלן בסעיף 4.3.

19 לפי ביח המשפט העליון הבריטי, העובדה שהחקלה הוצפה והובאה לידיעת הנציבות מעידה כי המערכת אכן יכולה למנוע שימוש לרעה בסמכויות סטטוטוריות. ראו עניין *Liberty* (EWHC), לעיל ה"ש 9, בפס' 389.

Ashley Deeks, *The Observer Effect: National Security Litigation, Executive Policy Changes, and Judicial Deference*, 82 *FORDHAM L. REV.* 828 (2013) (להלן: *The Observer*). כך למשל, חברי פרלמנט בריטים סבורים כי ייתרון החשוב ביותר של ועדת המודיעין והביטחון של הפרלמנט (ISC), להלן בסעיף 4.2.1 הוא עצם קיומה. HUGH BOCHEL, ANDREW DEFTY, & JANE KIRKPATRICK, *WATCHING THE WATCHERS* (2014) 165 (להלן: *THE WATCHERS: PARLIAMENT AND THE INTELLIGENCE SERVICES*). (Bochel, Defty, & Kirkpatrick, *WATCHING THE WATCHERS*).

פעילות סיגינטית בכתיבה התאורטית, על יתרונותיהם וחולשותיהם. הפרק הרביעי יסקור דרכי התמודדות של מדינות אחרות עם האתגר שבעיצוב מערך פיקוח על פעילות זו. הפרק החמישי יבחן את המצב הקיים בישראל. הפרק השישי ימנה את אמות המידה להערכת מערך פיקוח סיגינטי לנוכח הכתיבה התאורטית וההשוואתית, יעריך לפיהן את מערך הפיקוח הישראלי על פעילות סיגינט ויציע את המודל שרצוי להחיל תחתיו.

מחקר זה הושלם טרם התפרצות מגפת הקורונה ומובא לדפוס שעה ששירות הביטחון הכללי מוסמך מכוח החלטת ממשלה לאכן ולזהות את מי שבאו במגע קרוב עם נשאי הנגיף.²¹ רתימת היכולות הסיגינטיות של שירותי הביטחון לתכליות אזרחיות, כמו גם החשיפה העיתונאית המאששת את קיומו של "הכלי", מאגר המידע הסיגינטי של השב"כ,²² שפורסמה במקביל, מדגישות את הצורך בבחינה מחודשת של מערך הפיקוח על הפעילות הסיגינטית בישראל.

21 החלטה 4950 של הממשלה ה-34 "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וביטול החלטת ממשלה" (31.3.2020).

22 רונן ברגמן ועידו שברצטוך "הכלי", מאגר המידע הסודי של השב"כ, אוסף נתונים על כל אזרחי מדינת ישראל ויודע: איפה הייתם, עם מי דיברתם, ומתי עשיתם את זה" **ידיעות אחרונות** 25.3.2020. להרחבה ראו גם עמיר כהנא "הרגע הסנודני (המוחמץ) של ישראל? בעקבות הגילויים האחרונים על איסוף מטא־דאטה על ידי השב"כ" **אתר משפט ועסקים** 13.4.2020.

פיקוח על מעקב מקוון: מסגרת תאורטית

סוגיית הפיקוח על הפעלת סמכויות מדינה לשם מעקב מקוון נדונה במסגרת הספרות העוסקת בחקר הפיקוח על סוכנויות המודיעין ורשויות אכיפת החוק.²³

23 אריה רוטר "על ייעודם ותפיסת תפקידם של שומרי הסף בארגוני המודיעין, המקרה של שירות הביטחון הכללי" 6 עיונים בביטחון לאומי 2008 (להלן: רוטר "על ייעודם ותפיסת תפקידם"); הנ"ל חוק שירות הביטחון הכללי: אנטומיה של חקיקה 89-86 (2010) (להלן: רוטר חוק שירות הביטחון הכללי); אלי בכר ייעוץ משפטי בארגון ביטחוני (מחקר מדיניות 101, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013); Hans Born, *Towards Effective Democratic Oversight of Intelligence Services: Lessons Learned from Comparing National Practices*, 3 (4) CONNECTIONS 1 (2004) (להלן: Born, *Effective Oversight*); HANS BORN & IAN LEIGH, MAKING INTELLIGENCE ACCOUNTABLE: LEGAL STANDARDS AND BEST PRACTICE FOR OVERSIGHT OF INTELLIGENCE AGENCIES (2005); WHO'S WATCHING THE SPIES? ESTABLISHING INTELLIGENCE SERVICE ACCOUNTABILITY (Hans Born, Loch K. Johnson, & Ian Leigh eds., 2005); Laura K. Donohue, *Anglo-American Privacy and Surveillance*, 96 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1059, 1171 (2005-2006) (להלן: Loch K. Johnson, *A Shock Theory of Congressional Accountability for Intelligence*); Johnson, HANDBOOK OF INTELLIGENCE OF INTELLIGENCE, בעמ' 343 (להלן: Johnson, *A Shock Theory of Democratic Control of Intelligence Services: Containing Rogue Elements* (Hans Born & Marina Caparini eds., 2007); Aidan Wills, *GUIDEBOOK: UNDERSTANDING INTELLIGENCE OVERSIGHT* (2010) (להלן: Wills, *GUIDEBOOK*); Amy Zegart & Julie Quinn, *Congressional Intelligence Oversight: The Electoral Disconnection*, 25 INTELLIGENCE AND NATIONAL SECURITY 744 (2010); AMY ZEGART, EYE ON SPIES: CONGRESS AND THE UNITED STATES INTELLIGENCE COMMUNITY (2011); INTERNATIONAL INTELLIGENCE COOPERATION AND ACCOUNTABILITY (Hans Born, Ian Leigh & Aidan Wills eds., 2011); OVERSEEING INTELLIGENCE SERVICES: A TOOLKIT (Hans Born & Aidan Wills eds., 2012) (הספר להלן: Born & Wills, *OVERSEEING INTELLIGENCE SERVICES and Accountability*); Claudia Hillebrand, *INTELLIGENCE SERVICES and Accountability*, בתוך: Goodman, & Hillebrand, ROUTLEDGE, DOVER, GENEVIEVE LESTER, WHEN SHOULD STATE SECRETS STAY SECRET? ACCOUNTABILITY, DEMOCRATIC GOVERNANCE, AND INTELLIGENCE (2015); Sudha Sety, *Surveillance, Secrecy, and the Search for Meaningful Accountability*, 51 STAN. J. INT'L L 69 (2015); Sarah Eskens, Ot van Daalen, & Nico van Eijk, *Ten Standards for Oversight and Transparency of National Intelligence Services* (Institute for Information Law, 2015); PETER GILL, INTELLIGENCE GOVERNANCE AND DEMOCRATISATION: A COMPARATIVE ANALYSIS

מנגנוני בקרה ופיקוח על פעילות רשויות המדינה נחוצים על מנת להבטיח שהפעלת הסמכויות המוקנות להן נעשית לפי דין וביעילות, וכאשר עסקינן בפעילות הפוגעת בזכויות אדם – באופן המתנה את עצם הפעילות בנחיצותה ושומר על פגיעה מידתית לאור התכליות שלה. פיקוח ובקרה נאותים מחזקים את האחריותיות (accountability) של הרשויות ובעלי התפקידים בהן, ומבטיחים מנגנוני פיקוח ובקרה מעטים וחלשים עשויים לשמש ליצירת מראית עין בלבד, על מנת להקנות אצטלה של לגיטימיות לפעולות הגופים המפוקחים ולאפשר פריצת גדרות.²⁵

-
- GLOBAL ;(GILL, INTELLIGENCE GOVERNANCE :להלן:) OF THE LIMITS OF REFORM (2016)
 INTELLIGENCE OVERSIGHT: GOVERNING SECURITY IN THE 21ST CENTURY (Zachary Goldman & Samuel J. Rascoff eds., 2016 (הספר להלן); K. Goldman & Samuel J. Rascoff eds., 2016
 Felix Bieker, *Can Courts Provide Effective Remedies Against Violations of Fundamental Rights by Mass Surveillance? The Case of the United Kingdom*, in PRIVACY AND IDENTITY MANAGEMENT: TIME FOR A REVOLUTION? 296 (David Aspinall et al. eds., 2016);
 SOPHIE RICHARDSON & NICHOLAS GILMOUR, INTELLIGENCE AND SECURITY OVERSIGHT: AN ANNOTATED BIBLIOGRAPHY AND COMPARATIVE ANALYSIS (2016); Eleni Braat & Floribert Baudet, *Intelligence Accountability in a Globalizing World: Towards an Instrument of Measuring Effectiveness*, in PERSPECTIVES ON MILITARY INTELLIGENCE FROM THE FIRST WORLD WAR TO MALI: BETWEEN LEARNING AND LAW 224 (Floribert Baudet et al. eds., 2017); LOCH K. JOHNSON, SPY WATCHING: JOHNSON, SPY :להלן;) INTELLIGENCE ACCOUNTABILITY IN THE UNITED STATES (2018)
 .20 BOCHÉL, DEFTY, & KIRKPATRICK, WATCHING THE WATCHERS : (WATCHING Born & Wills, בתוך: Monica den Boer, *Conducting Oversight* 24 .83
 .83 OVERSEEING INTELLIGENCE SERVICES , לעיל ה"ש 23, 69-85, בעמ' 83
 Neal Kumar Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branches from Within*, 115 YALE L.J. 2314, 2321 (2006)

2.1 הצורך בפיקוח על סוכנויות מודיעין ואכיפת חוק

רציונל זה תקף ביתר שאת כאשר הגופים המפוקחים הם גופי מודיעין ואכיפת חוק. הפעילות המודיעינית נמצאת במתח עם ערכים דמוקרטיים בסיסיים. עקרונות של שקיפות שלטונית ויידוע הציבור מתנגשים עם אינטרסים של שמירת החשאיות סביב ארגונים אלה, הנחוצה כדי להבטיח את האפקטיביות של פעולתם. ארגוני מודיעין זקוקים לעיתים להחרגות (לרבות סטטוטוריות) מהדינים הכלליים, המסמיכות אותם לפגוע בזכויות אדם ולשמור על חשאיות פעילותם. האקלים המקצועי שבו ארגונים אלה פועלים הוא אקלים של חוסר אמון (ביעדים המודיעיניים אך גם בחלק מהעמיתים, מחשש לריגול נגדי), בעוד משטר דמוקרטי נשען בבסיסו על אמון בין האזרחים לממשלה ובין האזרחים לבין עצמם.²⁶

סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק מפעילות את כוח המרות הממסדי של המדינה. הפעלת מרות זו מחייבת הגדרה קפדנית של גבולות השימוש בכוח השלטוני,²⁷ ובייחוד כאשר מרות זו נועדה לשרת את המונופולין של המדינה על השימוש באלימות.²⁸ שכן על מנת לממש את התכליות שבאיסוף מודיעין (אכיפת חוק או ביטחון לאומי), רשויות אכיפת החוק והביטחון אינן מסתפקות בהשגת המידע,

26 Marvin C. Ott, *Partisanship and the Decline of Intelligence Oversight*, 16 INT'L J. OF INTELLIGENCE AND COUNTERINTELLIGENCE 69, 71–73 (2003). ראו גם Hillebrand, לעיל ה"ש 23.

27 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג (2) 545, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2009).

28 להפיסת המדינה כבעלת מונופולין על האלימות ראו Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* 54–55 (1978); Markus Jachtenfuchs, *The Monopoly of Legitimate Force: Denationalization, or Business As Usual*, 13 (S1) EUROPEAN REVIEW 37 (2005) ראו גם עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 27, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופס' 2

אלא עשויות אף להסתמך עליו על מנת להשתמש באלימות כדי לסכל איומים ביטחוניים או למנוע פשיעה. עצם הפעילות המודיעינית עשוי לגרום לפגיעה בזכויות אדם – אם באמצעות השפלה ופגיעה בכבודם של נחקרים, כחלק מטכניקת חקירה²⁹ או אגב חיפוש בגופם,³⁰ הגבלת חופש התנועה,³¹ פגיעה בזכויות קניין³² או חדירה לפרטיות.³³

פגיעה בזכויות אדם, כאמור לעיל, היא חלק אינהרנטי מפעילותם של ארגוני מודיעין.³⁴ פעילות זו, לפיכך, צריכה שתהא נחוצה, מידתית ולפי דין מדינת המקור

לפסק דינה של השופטת ארבל; חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 45-46 (2015).

29 ראו לדוגמה חלק מטענות העותרות בבג"ץ 8899/13 פלנית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 24.1.2016) באשר לניצול לרעה של מגדרן של נחקרות תוך ניצול פגיעותן והמחסומים התרבותיים הדתיים המונעים מהן להתלונן.

30 ראו ס' 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), התשכ"ט-1969, נ"ח התשי"ט 284 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)); להרחבה ראו רע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.3.2012).

31 דוגמה שימוש במעצר לצורך חקירת חשודים. להרחבה ראו רינת קיטאי סג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 172-204 (2011).

32 לדוגמה, תפיסת חפצים שבהם נעברה עבירה או שעשויים לשמש כראיה בהליך משפטי בשל עבירה. ראו ס' 32 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש); ס' 9 (א) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ס"ח 179 (להלן: חוק השב"כ); ס' 23-24 לתזכיר חוק הגנת הסייבר ומערך הסייבר הלאומי, התשע"ח-2018 (להלן: תזכיר חוק הסייבר). כן ראו רע"פ 9420/16 שמואל נ' מדינת ישראל: המחלקה לחקירת שוטרים (פורסם באר"ש, 16.1.2017).

33 נוסף לפגיעה בזכות הפרטיות הכרוכה במעקב מקוון, איסוף מודיעין עשוי לפגוע בה באמצעות מעקב ובילוש פיזיים מסורתיים (ראו ס' 2) לחוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981, ס"ח 128 או פעולות חיפוש (ראו ס' 10 לחוק השב"כ; ס' 23-26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) וה"ש 30 לעיל).

34 ראו AIDAN WILLS, UNDERSTANDING INTELLIGENCE OVERSIGHT 31 (2007); European Parliament's Committee on Civil Liberties, *Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union* 85 (2011) (להלן: EPCCCL); European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Democratic Oversight of the Security Services*, 4 (2015) (להלן: דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון);

(המפעילה את סוכנות המודיעין),³⁵ לרבות הוראותיו באשר לשימוש באמצעים מודיעיניים שהפעלתם מהווה עבירה על דיני מדינת היעד. לאור פוטנציאל הפגיעה, הן באזרחים זרים הן באזרחי המדינה, נדרש פיקוח על סוכנויות המודיעין שנועד להבטיח שפגיעה זו תיעשה רק כאשר היא הכרחית ובהלימה עם הוראות החוק. מנגנוני הפיקוח נדרשים גם להפעיל שיקול דעת פרשני באשר להפרות אפשריות של זכויות אדם בעת יישום פרקטיקות מודיעיניות שטרם זכו להתייחסות החוק.³⁶

כאשר האיסוף המודיעיני מכוון כלפי יעדים אקסטרטוריאליים הוא כרוך לרוב בעבירות על דיני מדינת היעד. פרקטיקות יומינטיות מסוגים מסוימים,³⁷ למשל כאלה הכרוכות במעקב פיזי אחר יעד מודיעיני במדינה זרה, חיפוש בדירתו והתחזות, נעשות תוך הפרה של החוק המקומי, אשר עשוי לאסור על התחקות אחר אדם, על פריצה או על קבלת דבר במרמה. הגם שדין מדינת המקור יכול להסמיך פעולות אלו, במתן הרשאה לעבור על החוק (של מדינת היעד) יש כדי לבסס תרבות ארגונית המורגלת בהפרות חוק ומשלימה עימן,³⁸ גם כאשר אין

Europe Commissioner for Human Rights, *Democratic and Effective Oversight of National Security Services* 23–27 (2015) (להלן: COEHR).

35 ראו לדוגמה ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

MARIA HELEN MURPHY, *SURVEILLANCE AND THE LAW: LANGUAGE, POWER AND PRIVACY* 76–80 (2018) 36

37 יומינט (Human Intelligence, HUMINT), או מודיעין אנושי, הוא איסוף מידע ממקורות אנושיים. איסוף כאמור יכול להתבצע באופן גלוי – למשל על ידי תשאול עדים או חשודים; והוא יכול להתבצע בחשאי (ריגול). ראו ברדלי א' לואיס "קצו של המודיעין האנושי: כיצד צומצם העיסוק ביומינט מאז שנות השישים של המאה העשרים" **צבא ואסטרטגיה** 8, 67 (2016); Frederick P. Hitz, *Human Source Intelligence*; בתוך: Jhonson, *HANDBOOK OF INTELLIGENCE*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 118–128; Len Scott, *Human Intelligence*, בתוך: Dover, Goodman, & Hillebrand, *ROUTLEDGE COMPANION*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 96.

38 ראו ההערה של סימס בנוגע לתרבות הארגונית בסוכנות הביון המרכזית (CIA), שעיקר עיסוקה הוא בהכשרת "גנבים ונהגים", לעומת הבולשט הפדרלית (FBI), המכשירה אנשי חוק: Jennifer Sims, *The Future of Counter-Intelligence: The Twenty-First-Century Challenge, in THE FUTURE OF INTELLIGENCE: CHALLENGES IN THE 21ST CENTURY* 58, 66 (Isabelle Duyvesteyn, Ben de Jong, & Joop van Reijn eds., 2014)

לכך הצדקה מבצעית. לעיתים תרבות זו של הפרת חוק יכולה "לזלוג" להפרות לא הכרחיות או לא מוצדקות של חוקי מדינת המקור.³⁹ יתר על כן, ארגונים שחלק ממשיותיהם הוא מניפולציה של גורמים פוליטיים מעבר לים, עשויים לייבא את המתודולוגיות המבצעיות שלהם ולהפעילן על גורמי הפיקוח בתוך שטחה של מדינת האם.⁴⁰ אשר על כן יש להבטיח כי על פעולות איסוף מודיעיניות יחול משטר פיקוח קפדני, המבטיח כי הן עולות בקנה אחד עם הוראות חוקי המדינה (הן אלו המסדירות איסוף מודיעיני בתחום השיפוט של המדינה והן אלו המסדירות איסוף של "מודיעין זר" מחוץ לתחום השיפוט).

ארגוני מודיעין מטבעם מטפחים תרבות של חשאיות. רבים מהם מכונים "השירות החשאי", ופעילותם נשמרת סודית.⁴¹ עיקר התועלת האסטרטגית או הטקטית

39 ראו LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 41-42. כן ראו דברי השופטת בן פורח בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 579 (1986) (להלן: עניין ברזילי): ככל שהסטייה מהנורמה החוקית קלה יותר, כן ייטב, ורצוי היה להגיע למצב האופטימאלי, בו החוק והשמירה על הביטחון ידורו בכפיפה אחת. אך אל לנו כשופטים, שבחור עמנו אנו יושבים, לשגות באשליות, והמקרה הנוכחי יוכיח! מצב כזה מביך ובלתי רצוי הוא. יש, מן הסתם, מקרים, בהם קברניטי המדינה, הנושאים באחריות לקיומה ולביטחונה, רואים בסטיות מסוימות מהחוק לשם שמירה על ביטחון המדינה הכרחי-בל-יגונה.

גם במסגרת הנימוקים נגד חקיקת חוק השב"כ נטען כי מודיעין מסכל מחייב גמישות מבצעית שעשויה לעיתים לחרוג מהוראות הדין. ראו רוטר חוק שירות הביטחון הכללי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 27.

40 ראו Michael M. Andregg & Peter Gill, *Comparing the Democratization of Intelligence*, 29 INTELLIGENCE AND NAT'L SECURITY 487, 489-490 (2014)

41 ראו ABRAM N. SHULSKY & GARY J. SCHMITT, SILENT WARFARE: UNDERSTANDING THE WORLD OF INTELLIGENCE 171 (2002); Peter Gill, *Theories of Intelligence: Where Are We, Where Should We Go and How Might We Proceed?* in INTELLIGENCE THEORY: KEY QUESTIONS AND DEBATES 214 (Peter Gill, Stephen Gill, Marrin, & Phythian, eds., 2008) (הספר להלן: (Marrin, & Mark Phythian eds., 2008 John Sawers, *Sir John Sawyer's Speech: Full Text*, THE ;(INTELLIGENCE THEORY GUARDIAN (28.10.2010); לעמדה שלפיה מודיעין אינו רק סודות ראו, Laurie Nathan, *Intelligence Transparency, Secrecy, and Oversight in a Democracy*, בתוך: Born & Wills, *OVERSEEING INTELLIGENCE SERVICES: לעיל ה"ש 23, 49-65*, בעמ' 51; Jennifer Sims, *The Theory and Philosophy of Intelligence*; בתוך: Dover, Goodman, & Hillebrand, ROUTLEDGE COMPANION, לעיל ה"ש 14,

של תוצרי האיסוף והעיבוד המודיעיניים תלוי בדרך כלל בכך שהיעד המודיעיני אינו מודע להימצאות המידע בידי סוכנות המודיעין ומקבלי ההחלטות.⁴² מהצורך בחשאיות נגזרת השמירה על סודיות אמצעי האיסוף ועיבוד המודיעין. המידע המושג, על פי רוב, הוא מידע שחשאיותו נשמרת על ידי היעד, ואינו גלוי. הסודיות האופפת את אמצעי האיסוף היא אפוא מחויבת המציאות כדי להבטיח שהיעד המודיעיני לא יגביל את דרכי הגישה של סוכנות המודיעין למידע המבוקש, כדי לאפשר מרווח תמרון מבצעי ודיפלומטי באמצעות מדיניות של הכחשה או עמימות (NCND – neither confirm nor deny)⁴³ או כדי למנוע תגובה במישור הדיפלומטי כאשר המידע הושג תוך הפרת חוקי מדינה זרה או הסכמים עימה. חיוניותה של הסודיות באה לידי ביטוי בהחלטות המיוחדות של סוכנויות המודיעין מדברי חוק הנוגעים לחופש המידע⁴⁴ או מחוקי הגנת הפרטיות,⁴⁵ או בהבדלים בין חובת הדיווח הפרלמנטרית החלה עליהן לבין החובה החלה על ארגוני אכיפת חוק אזרחיים.⁴⁶

בעמ' 42; ראו גם בכר, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 52. על תרבות החשאיות במוסדות צבאיים ראו Tamir Magal, *Self-Censorship in Military Institutions*, in SELF-CENSORSHIP IN CONTEXTS OF CONFLICT 139, 141-143 (Daniel Bar-Tal, Rafi Netz-Zehngut, & Keren Sharvit eds., 2017)

42 על אלמנט ההפתעה ראו James J. Wirtz, *Theory of Surprise*, בתוך: Gill, Marrin, & Phythian, *INTELLIGENCE THEORY*, **לעיל** ה"ש 41, בעמ' 73; ובהרחבה ראו James J. Wirtz, *UNDERSTANDING INTELLIGENCE FAILURE: WARNING, RESPONSE AND DETERRENCE* (2017)

43 NCND מכונה לעיתים גם plausible deniability – היכולת הטבירה להכחיש. ראו לדוגמה Born & Leigh, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 65-66.

44 ראו ס' 14 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ס"ח 226, המונה את רשימת הגופים המוחרגים מתחולתו, שרובם רשויות ביטחון, מודיעין ואכיפת חוק. ראו בהקשר זה גם דנ"מ 8020/15 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד ראש הממשלה (פורסם בנבו, 8.6.2015), שבו דחה בית המשפט העליון את הבקשה לדיון נוסף בעתירת האגודה לזכויות אזרח לקבלת נתונים על היקף השימוש בסמכות להתיר ביצוע האזנות סתר למטרות ביטחוניות. השו"ג עם Jonathan Klaaren, *The Judicial Role in Defining National Security and Access to Information in South Africa*, 11 DEMOCRACY AND SECURITY 275 (2015)

45 ראו לדוגמה ס' 13, 19 ו-23(ב) לחוק הגנת הפרטיות.

46 ראו למשל הוראות ס' 4(ה) לעומת ס' 6(ז) בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118.

נוסף על כך, אחד מהיסודות הארגוניים המרכזיים בשמירה על חשאיות הוא מידור, כלומר הגבלת הגישה של גורמי פנים בארגון למידע על בסיס של צורך.⁴⁷ המידור הפנים-ארגוני מעמיד קשיים מיוחדים בפני הפיקוח הפנימי על פעילות האיסוף, ועשוי לייצר "שטחים מתים" של פעילויות שנעשות בידעית מעגל מצומצם של שותפי סוד, אשר עלולות בהיעדר פיקוח מספיק לאפשר ניצול לרעה של סמכויות או למצער חוסר יעילות בלתי מבוקר.⁴⁸

פעילותם של ארגוני מודיעין ואכיפת חוק צריכה לא רק להלום את הדין, אלא בדומה לכל רשות שלטונית, על שירותי המודיעין לחתור לשימוש יעיל ואפקטיבי במשאבים המוקצים להם. המדד לאפקטיביות של ארגון המודיעין הוא עמידה במטרות הקונקרטיות שהוצבו לו (במסגרת הצי"ח),⁴⁹ תוך שמירה על התכליות שהוא נועד להגשים.⁵⁰ לנוכח תקציבי העתק של ארגוני המודיעין,⁵¹

47 ראו בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 42.

48 ראו החייחסות כללית אצל יהושפט הרכבי המודיעין כמוסד ממלכתי 75 (2015); Kent Roach, *Review and Oversight of Intelligence in Canada*, בתוך: Goldman & Rascoff, GLOBAL INTELLIGENCE OVERSIGHT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 182 (להלן: Roach, *Review and Oversight*).

49 צי"ח - ציון ידיעות חשובות או ציון יעדים חשובים: הנחיות הנוגעות לנושאי התעניינות ואיסוף מודיעיניים, לפי סדר עדיפויות. מכונה לעיחים Essential Elements of Information (EEI) או Intelligence Requirements (IR). במודל "מעגל המודיעין" הצי"ח הוא נקודת ההתחלה. ראו David Omand, *The Cycle of Intelligence*, בתוך: Dover, Goodman, & Hillebrand, ROUTLEDGE COMPANION, לעיל ה"ש 14, בעמ' 59. ראו גם John A. Gentry, *Assessing Intelligence Performance, in THE OXFORD HANDBOOK OF NATIONAL SECURITY INTELLIGENCE* 87 (Loch K. Johnson ed., 2010) (הספר להלן: Johnson, THE OXFORD HANDBOOK).

50 ראו למשל EPCCCL, לעיל ה"ש 34, בעמ' 86; Samuel James Rascoff, *Domesticating Intelligence*, 83 S. CAL. L. REV. 575 (2010); Hans Born & Gabriel Geisler Mesevage, *Introducing Intelligence Oversight*, בתוך: Born & Wills, OVERSEEING INTELLIGENCE SERVICES, לעיל ה"ש 23, בעמ' 18; Daphna Renan, *The FISC's Stealth Administrative Law*, בתוך: Goldman & Rascoff, GLOBAL INTELLIGENCE OVERSIGHT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 121, 138 (להלן: Renan, *The FISC's Law*).

51 חיים לוינסון "תקציב שב"כ והמוסד הכפיל את עצמו תוך 12 שנים, ויזנק ל-8.6 מיליארד בשנת 2018" הארץ 5.5.2018. ב-2016 הודיע בן ואלאס, שר הביטחון הבריטי, שהרחבת נפח הפעילות של שירותי המודיעין הבריטיים חיה כרוכה בהגדלת תקציבם

וביתר שאת לאור פעילותם החשאית, יש להבטיח כי אפקטיביות זו תושג באופן יעיל, ולהימנע מבזבז כספי ציבור.⁵²

תפקידי ארגוני המודיעין מוגדרים באופן רחב,⁵³ ועשויים לקבל פרשנות מרחיבה עוד יותר.⁵⁴ התכלית הרחבה של שמירה על הביטחון הלאומי משרה הילה של קדושה על פעילותם,⁵⁵ ומשמשת הצדקה פנימית וחיצונית

הכולל לשנים 2016–2021 ב-2.5 מיליארד ליש"ט; 17. col. (2016) 618 Parl Deb HC (UK). האומדן המצרפי של כלל המקורות החקייביים עבור פעילות סוכנות החקשורת הממשלתית (GCHQ), המרכזת את רוב פעילות הסיגינט בבריטניה, היה כבר בשנות השישים זהה לתקציב הכולל של משרד החוץ. Richard J. Aldrich, *Counting the Cost of Intelligence: The Treasury, National Service and GCHQ*, 128 ENGLISH HISTORICAL REV. 596, 613 (2013). ראו גם MARK M. LOWENTHAL, *THE FUTURE OF INTELLIGENCE*, ch. 4 (2017).

52 ראו למשל BORN & LEIGH, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 113–115.

53 ראו ס' 7 לחוק השב"כ; רוטר חוק שירות הביטחון הכללי, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 37–40; בכר, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 54; אריאל צימרמן הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה 18–28 (1997); דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, *לעיל* ה"ש 34, בפס' 51.

54 ראו למשל בג"ץ 5277/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שירות הביטחון הכללי, פס' כח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 7.2.2017). הפרשנות החשאית המרחיבה של ארגוני מודיעין וביטחון למושגים משפטיים שונים בהקשרים של ביטחון לאומי, שעליה מבוססת הפעילות המודיעינית שלהם, שנויה במחלוקת אך עשויה לייצר מראית עין של שלטון חוק. ראו בהקשר זה, Shirin Sinnar, *Rule of Law Tropes in National Security*, 129 HARV. L. REV. 1566 (2016); ראו גם Walter Mondale, Robert Stein, & Caitlinrose Fisher, *No Longer a Neutral Magistrate: The Foreign Intelligence Surveillance Court in the Wake of the War on Terror*, 100 MIN. L. REV. 2251, 2261 (2016).

55 ראו הודעת הנשיא בעניין החנינה לאנשי השירות בפרשת קו 300, המובאת בעניין ברזילי, *לעיל* ה"ש 39, בעמ' 517: "כנשיא המדינה, אני חש חובה להתייצב לצידם של אנשי השב"כ, בידועי את מלאכת הקודש המסורה, המפרכת והחשאית שהם עושים יום יום ושעה שעה". פנינה להב "חבית ללא חישוקים: השפעת הלחימה בטרור על התרבות המשפטית בישראל" מדינה, *ממשל ויחסים בינלאומיים* 19, 33 (1990); כן ראו תיאורו של סטיבן קאפט, בכיר לשעבר בסוכנות הביון המרכזית (CIA), את התרבות הארגונית של הסוכנות כ"ישועית במהותה", ואת דבריו של הגנרל מייקל היידן, שכיהן כראש הסוכנות, שתיאר את העבודה בה כ"שליחות מיוחדת. ואני מתכוון לכך במונח הדתי של המילה", המובאים אצל LESTER, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 44. ראו גם דבריו של יור"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, ח"כ ניסן סלומינסקי, המתייחסים להרחבת ההגדרה של "טרור" כהצדקה להעניק לרשויות האכיפה סמכויות שיש בהן משום פגיעה בזכויות אדם: "אם

לה.⁵⁶ אכן, "ללא ביטחון אין קיום למדינה [...] אין קיום לחירויות היחיד שהמדינה נועדה להגשימן".⁵⁷ מכך אין משתמע שזכויות אדם לעולם ייסוגו בפני האינטרס הביטחוני;⁵⁸ אולם בפועל, כאשר על כף המאזניים מונחים שני אינטרסים בלתי מוחשיים – ביטחון ופרטיות – מרפי טוענת כי נדמה שלא רק שהפרט יהיה מוכן לוותר על פרטיותו כל עוד אינו נוכח בתוצאותיו של ויתור זה, אלא גם שטבעו הלא נודע של האיום הביטחוני מרחף ברקע ומטיל צל מאיים.⁵⁹

פער זה בין הערכים המתנגשים גדול עוד יותר בחברות שמאיים עליהן איום ביטחוני משמעותי. כאשר האיום העיקרי על הביטחון הלאומי הוא אינטנסיבי ונוכח תדיר בתודעה, כמו איום הטרור, החברה – ואיתה מנגנוני הביטחון שלה – נוטה לעבור מפרדיגמה של שלטון החוק לפרדיגמה של מלחמה, שבה החשודים בפעילות טרור נחשבים ליריבים שאינם נהנים מהגנת החוק.⁶⁰ זאת אף ביתר שאת כאשר קבוצת הייחוס שהחשודים האלה שייכים אליה היא מיעוט אתני או

נשכיל למצוא שינויים מספיק דרמטיים בחוק החוק הזה שיסיטו ממילת הקודש: טרור, אני אומר אסור, אני שומר שלא לחלל אותה כי אם נחלל אותה אחר כך בדברים אמיתיים לא נוכל להשתמש בה. יגידו, אתם רואים? טרור זה טרור. נקודה. ואני לא רוצה לחלל אותה"; פרוטוקול ישיבה מס' 532 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 19 (2018.1.24). לסקירה תאורטית של השימוש ב"ביטחון" בשיח המדיניות ראו IPEK DEMIRSU, COUNTER-TERRORISM AND THE PROSPECTS OF HUMAN RIGHTS 9–39 (2017)

56 ראו דברי ראש השב"כ לשעבר אבי דיכטר: "חשמע, העילה של ביטחון המדינה והעבודה הקדושה שעושים עובדת על כולם, חוץ מהפרקליטות. כולם מבינים שאתה מתעסק פה במטרייה שונה קצת. זה לא הגנב מהשכונה"; דרור מורה שומרי הסף 85 (2014). ראו גם דברי השופט חיים כהן על תקופת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה: "בשנים הראשונות ההן עמדתי – וכמוני כל אנשי משרד המשפטים וכל אנשי הממשל – למעשה, אם כי לא להלכה, תחת מרותן של רשויות הביטחון. לא זו בלבד שהיינו שרויים בסכנת קיום מן האויבים מבחוץ, אלא הוזהרנו השכם והערב מפני סכנות החתירה המאיימות עלינו מבפנים"; חיים כהן מבוא אישי 211 (2005).

57 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד (מב) 4, 617, פס' 13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1989) (להלן: עניין שניצר). כן ראו דוח ונציה בעניין שירוהי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 54.

58 ראו עניין שניצר, לעיל ה"ש 57, פס' 15 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק.

59 ראו Murphy, לעיל ה"ש 36, בעמ' 30: DAVID RUDENSTINE, THE AGE OF DEFERENCE: THE SUPREME COURT, NATIONAL SECURITY, AND THE CONSTITUTIONAL ORDER 284 (2016)

60 מרדכי קרמניצר ונמרוד רוזלר "ההשלכות חברתיות והפסיכולוגיות של הטרור על

דתי, המייצג את ה"אחר",⁶¹ ובייחוד בחברות שבהן באופן מסורתי ניתן משקל רב לאינטרסים קבוצתיים על חשבון אינטרסים של הפרט (לרבות זכותו לפרטיות).

תכלית רחבה זו של הגנה על הביטחון הלאומי לנוכח איום קיומי היא חלק מהאתוס המדריך את המשרתים בארגוני הביטחון,⁶² לצד ערכים של דבקות במטרה ומשימתיות גבוהה.⁶³ אותה קנאות למטרה מבססת "תרבות של קריצה", העשויה להצדיק או אף לעודד בעיני עובדי ארגונים אלו חריגות מסמכות, מהכללים ואף מהחוק.⁶⁴ יש בכוחו של פיקוח חיצוני עצמאי כדי לרענן את נקודת המבט הפנים-ארגונית ולהציב לה גבולות ברורים יותר.

החברה המותקפת" על חבל דק: המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם 23, 35 (מרדכי קרמניצר ואחרים עורכים, 2017).

61 שם. כמו כן ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 110; Joshua Skcozylis, *Counterterrorism and Society: The Contradiction of the Surveillance State – Understanding the Relationships Among Communities, State Authorities and Society*, in THE PALGRAVE HANDBOOK OF GLOBAL COUNTERTERRORISM POLICY 117, 119–122 (Scott Nicholas Romaniuk et al. eds., 2017); ניל מזכיר כי הנכונות לוותר על חירויות וזכויות דמוקרטיות לנוכח שיקולי ביטחון מתעצמת לאור העובדה שמדובר בחירויות וזכויות של אותו אחר: It is not "our" liberties that are being exceptionally compromised or suspended, but the liberties of particular target individuals or groups. When "we" are asked to accept "necessary compromises" of our liberty for security, it does not mean that "we" are asked to accept some degree of liberty loss, but that "we" are asked to accept the exceptional abuse of the liberties of a small minority. It is not a public choice problem, but a legitimization problem.

ANDREW W. NEAL, EXCEPTIONALISM AND THE POLITICS OF COUNTER-TERRORISM: LIBERTY, SECURITY AND THE WAR ON TERROR 98 (2010)

62 ראו בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 42, 78.

63 שם, בעמ' 40; LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 44; ZEGART, לעיל ה"ש 23, בעמ' 2–3. כן ראו את דברי ראש השב"כ לשעבר עמי איילון, המתייחסים ל"לחץ פנימי על השירות [...] אני רואה בכל פיגוע כישלון של השירות". מורה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 91.

64 בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 78–79. כן ראו התייחסות לדברי ראש השב"כ אברהם שלום בהופעתו מול ועדה לנדו"י: "כשאני חושב על מלחמה במחבלים, כך אמר לנו, אני לא חושב בקונטקסט של בית המשפט הישראלי. לי חשוב שהמחבל האשם יבוא על עונשו"

התוצר המודיעיני מאפשר למקבלי ההחלטות לצמצם אי־ודאות ולהקטין סיכונים.⁶⁵ עבודת המודיעין כשלעצמה כרוכה באי־ודאות ובסיכונים רבים. ארגון המודיעין מצוי בסביבה של אי־ודאות באשר לשלמות ולדיוק של התמונה המודיעינית המופקת, ובסיכון של חשיפת פעילותו (ובכך ריקון המידע שהושג מיתרונותיו האסטרטגיים או שרפת מקורות). לנוכח ההשלכות הביטחוניות המשמעותיות של הפעילות המודיעינית, יש שמתפתחת בארגוני מודיעין נטייה לשנאת סיכונים.⁶⁶ נטייה זו יכולה לבוא לידי ביטוי בצמצום הנכונות להעז להשיג מידע בדרכים יצירתיות,⁶⁷ ברתיעה מחשיפת מידע כלשהו לציבור או באיסוף של כל פריט מידע זמין (שעשוי להיות שימושי בעתיד) מבלי לבצע ביעור תקופתי של חומר עודף.⁶⁸ בקרב ארגוני מודיעין ואכיפת חוק שמשימתם סיכול איומים (או מניעת פשע), שנאת הסיכון עשויה לעודד הערכת יתר של תמונת האיומים – ריבוי של התראות שווא (false positives) – שעלולה לשמש להצדקת פגיעת יתר בזכויות.⁶⁹

וועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דוח הוועדה 32 (1987) (להלן: דוח ועדת לנדוי); ודברי ראש השירות אבי דיכטר על פרשת קו 300, שלפיהם "זה לא רק ראש שירות, זה סט שלם של מנהלים שחשבו שניתן להתנהל בחחום האפור" (מורה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 85). על היעדר מסורת של כפיפות לחוק בשירות הביטחון הכללי ראו רוטר חוק שירות הביטחון הכללי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 11-10.

Gill, Marrin, Michael Warner, *Intelligence as Risk Shifting* 65
 Claudia Hillebrand, & Phythian, INTELLIGENCE THEORY
 & R. Gerald Hughes, *The Quest for a Theory of Intelligence, in THE
 PALGRAVE HANDBOOK OF SECURITY, RISK AND INTELLIGENCE* 1, 8-9 (Robert Dover,
 Dover, Dylan, & Michael S. Goodman eds., 2017) (הספר להלן: Huw Dylan, & Michael S. Goodman eds., 2017).
 (Goodman, THE PALGRAVE HANDBOOK OF SECURITY

66 ראו בהקשר זה קרמניצר ורוזלר, לעיל ה"ש 60.

Michael A. Turner, *A Distinctive U.S. Intelligence Identity*, 17 (1) 67
 INT'L J. INTELLIGENCE AND COUNTERINTELLIGENCE 42, 55-56 (2004)

68 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 4.

69 ראו לדוגמה מרדכי קרמניצר ויובל שני "האיסור המוחלט של עיניים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל: ההיית או חלמתי חלום? עמדתו של המשפט הישראלי בסוגיית שיטות החקירה המיוחדות" משפט ועסקים כה (בהכנה), בטקסט המפנה לה"ש 76-77.

כאמור, ארגוני מודיעין ושיטור מסמיכים את בעלי התפקידים בהם לנקוט פעולות שיש בהן משום הפרת זכויות אדם. לצד חששות ממדיניות ארגונית העושה שימוש בסמכויות אלו באופן לא ראוי – במסגרת התעמרות שלטונית, פוליטיזציה או חריגה מסמכות⁷⁰ – עולה גם חשש מניצול לרעה של סמכויות אלו על ידי בעלי תפקיד בארגון למטרות פרטיות, תוך הפרת החוק,⁷¹ או על ידי יחידים וארגונים פרטיים הנותנים שירותים לסוכנויות המודיעין.⁷² ניצול לרעה של סמכויות יכול לא רק להביא לפגיעה בזכויות אדם שלא כדין, בשרירותיות ובחריגה בסמכות, אלא להסב נזק לארגון עצמו, אם בעל התפקיד מעביר או מפרסם מידע חשאי שיש בו כדי לחשוף יכולות מבצעיות סודיות; או אף להזיק למדינה, המעוניינת לשמור בסוד את המודיעין שברשותה.⁷³

70 ראו צימרמן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 40-41; על הפוליטיזציה של השב"כ בראשית דרכו ראו בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 49, 52-54; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס" 5, 61.

71 לאחרונה דווח על שוטר צרפתי שמכר מידע מסווג ב־darknet Catalin – Cimpanu, *French Police Officer Caught Selling Confidential Police Data on the Dark Web*, ZDNET (3.10.2018). לדוגמאות הנוגעות למשטרת ישראל ראו שי לוי "מאגר ביומטרי? השוטרים יכולים להפיץ מידע אישי על כל אחד מאיתנו" מאקו 21.10.13. ת"פ (בש) 16908-06-11 מדינת ישראל – המחלקה לחקירות שוטרים נ' רצאבי (פורסם בנבו, 16.10.2013); ת"פ (חי') 18599-03-17 מדינת ישראל נ' פארס, 3 (פורסם בנבו, 10.12.2017); ת"פ (י-ם) 44139-07-15 מדינת ישראל נ' מלכה (פורסם בנבו, 20.9.2015); לדוגמאות הנוגעות למאגרי מידע של רשויות אחרות ראו ע"פ (חי') 616/05 מדינת ישראל נ' שווגר (פורסם בנבו, 25.6.2006); ת"פ (ה"א) 2928-06 מדינת ישראל פרקליטות מחוז ת"א (פלילי) נ' משעול (פורסם בנבו, 10.05.2012); ת"פ (מרכז) 36669-07-14 מדינת ישראל נ' גרנביץ (פורסם בנבו, 5.11.2018).

72 ראו לדוגמה פרשת ניסיון המכירה של כלי הסייבר של חברת NSO ב־darknet – גור מגידו ואמיתי זיו "חשש לפגיעה בביטחון המדינה: גנב חוכנת ריגול וניסה למכור אותה ברשת" *TheMarker* 5.7.2018; כזכור, אדוארד סנדון לא שירת בסוכנות לביטחון לאומי (NSA) אלא הועסק על ידי קבלן משנה של הסוכנות. ראו גם עמרי וקסלר "על מיקור חוץ בקרב סוכנויות המודיעין וגופי הביטחון" סייבר, מודיעין וביטחון 3, 85 (2019).

73 עם זאת, בארגוני מודיעין בעלי תרבות של משימתיות גבוהה, ניצול לרעה של סמכות על ידי בעלי תפקיד לשם הפקת טובות הנאה פרטיות נחשב טאבו. כך למשל העיד אברהם שלום:

יש אמרה שבן גוריון אמר לנו פעם "אתם עושים את העבודות הכי מלוכלכות של המדינה מפני שאתם האנשים הכי נקיים" [...]. [זה אומר]

חשש אחר הוא החשש מזליגת מודיעין (intelligence creep) בין ארגונים ומזליגת תכליות בין ארגונים ובתוכם. על פי רוב, היקף הסמכות המוקנית לרשויות הביטחון ואכיפת החוק מבוסס על איזונים בין אינטרסים של ביטחון לאומי או ביטחון הציבור, שעליהם מופקדת הרשות הקונקרטי, לבין חירויות הפרט הנפגעות אגב הפעלת סמכויות אלו.⁷⁴ בשל השוני באינטרסים המוגנים קיים שוני בסמכויות המוקנות לכל רשות, כמו גם במידת הפיקוח על הפעלתן.⁷⁵ בתוך ארגון יכול להיווצר מצב של זליגת תכליות, שבו מידע שהושג לתכלית מסוימת,

שמוחר לעשות דברים שהם קצת ככה על הגבול של החוק, לא להרוג, אבל רק לנו מותר לעשות את זה כי אנחנו נקי כפיים – לא לוקחים שוחד, לא נהנים מזה הנאה אישית כזאת או אחרת. עד היום אומרים את זה בשירות. מורה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 53-55. ראו גם Lester, לעיל ה"ש 23, בעמ' 43, המצטט דברים דומים של בכירי ה-CIA. גם אם נביא בחשבון אילוצים של סודיות, לא בכדי הדוגמאות של ניצול סמכות לרעה שהובאו בה"ש 71 לעיל לא כללו שירותי מודיעין.

74 איזונים אלה בין סמכות לתכלית עשויים להיות עדינים עד מאוד. לאחרונה נדונה בעניין מקומיים (ת"א), חיק חנייה 72118789 מדינת ישראל נ' מזרחי (פורסם בנבו, 7.10.2018) (להלן: עניין מזרחי (ערכאה ראשונה)), סמכותה של עיריית תל אביב להשתמש במצלמות רחוב לצורך אכיפת עבירות חניה בשעה שבפקודת התעבורה יש רק עבירה אחת – נסיעה בנתיב תחבורה ציבורית – שרשות מקומית מוסמכת להשתמש במצלמות כדי לאוכפה, ובכפוף לבקורות סטטוטוריות (ראו ס' 1א27 לפקודת התעבורה). בית המשפט המחוזי, עם זאת, הפך את החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים וקבע כי לעיריית תל אביב יש סמכות להפעיל את מערך מצלמות התנועה לתכליות של אכיפת חניה. ראו עפמ"ק (ת"א) 18-11-50075 מדינת ישראל נ' מזרחי (פורסם בנבו, 21.1.2019).

75 כך למשל, סמכויות האיסוף של שירות הביטחון הכללי אינן טעונות בצו שיפוטני, אלא בהיתר מיניסטריאלי או בהיתר מראש השירות (ס' 4 ו-5 לחוק האזנת סתר, ס' 11 לחוק השב"כ), ואילו הסמכויות המקבילות של משטרת ישראל מותנות בביקורת שיפוטית (ראו ס' 6 לחוק האזנת סתר, ס' 3 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, ס"ח 72 (להלן: חוק נתוני תקשורת)). הפרדה זו ניכרת באופן רחב יותר בעקרון ה-Trennungsgebot הגרמני, המפריד בין סוכנויות אכיפת החוק לסוכנויות המודיעין. ראו בעניין זה Gert-Joachim Glaebner, *A Change of Paradigm? Law and Order, Anti-Terrorism Policies, and Civil Liberties in Germany*, 19 GERMAN POLITICS 479, 487 (2010); Russell A. Miller, *A Pantomime of Privacy: Terror and Investigative Powers in German Constitutional Law*, WASHINGTON & LEE LEGAL STUDIES PAPER No. 2017-5 fn (2017) 8 (להלן: Miller, *A Pantomime of Privacy*). ראו גם דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 95-101, לעניין הפרדה בין סוכנויות למודיעין פנימי לסוכנויות למודיעין זר.

אשר הצדיקה פגיעה בזכויות אגב השגתו, ישמש לתכלית אחרת, שאין בה כדי להצדיק את אותה הפגיעה.⁷⁶

למשל, מאחר שברוב המקרים ההסדרים החלים על מעקב מקוון למטרות של ביטחון לאומי נוטים להיות מקילים יותר מאשר אלו החלים על מעקב למטרות של אכיפת חוק, המידע שנאסף לתכליות של ביטחון לאומי עשוי להיות רב ואיכותי יותר. אין תמה אפוא כי רב הפיתוי בקרב רשויות אכיפת החוק להשיג מידע שנאסף לתכליות של ביטחון לאומי ולעשות בו שימוש למטרותיהן, מקום שבו הדין אינו מתיר להן לאסוף אותו לתכליות של אכיפת חוק או מניעת פשיעה.⁷⁷ אשר על כן, לצד עיצוב הסדרים שונים לתכליות שונות של מעקב מקוון

76 למשל, מידע שהושג אגב האזנת סתר במסגרת חקירת חשוד ספציפי עשוי לשמש למודיעין כללי על ארגוני פשיעה, מקום שבו בית המשפט לא היה מאשר האזנת סתר לתכלית זו. ראו לדוגמה מבקר המדינה דוח שנתי 54 בשנת 2003 ולחשובנות שנת הכספים 2002 286 (2004) (להלן: דוח המבקר לשנת 2003). בארצות הברית, החיקוק הרביעי לחוקה עיצב הסדרים נפרדים עבור סוכנויות מודיעין וביטחון לאומי ועבור רשויות אכיפת החוק. בהיעדר "חומות סיניות" – נהלים, כללים או חקיקה המפרידים בין סוכנויות הביון לגורמי אכיפת החוק – מודיעין שנאסף למטרות של ביטחון לאומי, תחת כללים מקלים ובקרה שיפוטית רופפת, עשוי לשמש לצורך חקירות פליליות או למטרות אחרות שחורגות ממטרת האיסוף המקורית. מבחינת מוסדית, בהחשב בכך שסוכנות אכיפת החוק הפדרלית, ה־FBI, ממלאת גם תפקידים הקשורים למטרות של ביטחון לאומי, החשש אינו בלתי מבוסס. ראו Laura K. Donohue, *The Future of Privacy and Surveillance in a Digital Age* (2016), במבוא ובפרק 1. זליגת תכליות היא תופעה שאינה מגובלת להקשרים של איסוף מודיעיני. לעיתים מזומנות רשויות עושות שימוש בסמכויות הפוגעות בחירויות הפרט, שהוקנו להן התכליות של ביטחון לאומי, למטרות אחרות. מקרה כזה, לדוגמה, הוא הוראת השעה במסגרת חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור (חיקוק מס' 5 והוראת שעה), התשע"ו–2016, ס"ח 532, אשר התירה לשוטרים בנסיבות של חשש ממשי לקיומה של פעילות טרור באזור מסוים לערוך חיפוש על גופו של אדם אף אם לא קיים נגדו חשד סביר (הוראה המוכרת כ"חוק המישוש"). בדיון בהארכת הוראת השעה בוועדת חוק, חוקה ומשפט של הכנסת (ראו לעיל ה"ש 55) התברר כי בסמכות זו נעשה שימוש לצורך הגנה על ביטחון הציבור בעיקר במצעדי גאווה, ובשל כך הוראת השעה לא הוארכה.

77 ייתכנו גם מצבים הפוכים, שבהם סוכנות תעשה שימוש באמצעי מודיעין שהיא מוסמכת להפעיל על מנת להשיג מודיעין שמקורו באמצעי מודיעין שהחוק אוסר עליה להפעיל. לדוגמה, חוק שירותי המודיעין הבלגי משנת 1998 אסר על שירות הביטחון הבלגי (VSSE) להפעיל אמצעי האזנת סתר, ואילו חוק שיטות החקירה המיוחדות של שנת 2003 התיר זאת למשטרה. שירות הביטחון, שלו הוקנתה הסמכות להפעיל אמצעי יומינט, גייס סוכנים מקרב עובדי חברות הטלפון והחקשורת כדי להשיג נתוני תקשורת. ראו

יש לתת את הדעת על הצורך לצמצם מצבים של זליגת מודיעין בין הרשויות, לתכליות שאין בהן כדי להצדיק את איסופו המקורי, באמצעות כללים ומנגנוני פיקוח.⁷⁸

במדינות מסוימות, לרבות מדינות דמוקרטיות, ארגוני מודיעין ואכיפת חוק עשויים למצוא את עצמם משרתים מטרות פוליטיות של מפלגת השלטון, החורגות מסמכותם הסטטוטורית או מבוססות על פרשנות מרחיבה שלה, לעיתים חשאית.⁷⁹ מודיעין על מפלגות וארגונים אזרחיים עשוי לשמש לתכליות פוליטיות שחורגות מהסמכות לזהות ולסכל איומים פנימיים על המדינה, וסימונם של אלה כיעדים לאיסוף מודיעיני צריך שיתבצע במשנה זהירות, בקמצנות ובאופן מבוקר.⁸⁰ כך למשל, ועדת המשנה לוועדת הפנים בעניין גילוי מכשירי האזנה ושירותים מפלגתיים חשאיים ציינה לקונית כי "היו בעבר מקרים שאפשר לראותם כאילו חורגים מתחום ביטחוני ישראלי".⁸¹ ואכן, בראשית ימי המדינה נעשה שימוש בשירותים החשאיים, בין השאר, כדי להאזין לארגוני

Kenneth Lasoen, *Belgian Intelligence SIGINT Operations*, 32 (1) INT'L J. OF INTELLIGENCE AND COUNTER INTELLIGENCE 1 (2019)

78 ראו Kent Roach, *Overseeing Information Sharing*, בתוך: Born & Wills, OVERSEEING INTELLIGENCE SERVICES, 147-129, בעמ' 142-139 (להלן: *Roach, Overseeing Information*).

79 ראו Hans Born, *Parliamentary and External Oversight of Intelligence Services*, in DEMOCRATIC CONTROL OF INTELLIGENCE SERVICES: CONTAINING ROGUE ELEMENTS 163, 166 (Hans Born & Marina Caparini eds., 2007) (להלן: *Born, Parliamentary Oversight*); Aidan Wills, *Financial Oversight of Intelligence Services*, בתוך: Born & Wills, OVERSEEING INTELLIGENCE SERVICES, 178-151, בעמ' 155 (להלן: *Wills, Financial Oversight Report of the Special*); EPCCL, *לעיל* ה"ש 34, בעמ' 86; Born & Leigh, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 32; den Boer, *לעיל* ה"ש 24, בעמ' 83; *Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, Martin Scheinin, pars. 9-20 (A/HRC/14/46, part II: Compilation of Good Practices on Legal and Institutional Frameworks for Intelligence Services and Their Oversight, 2010) (להלן: *HRC 2010*).

80 רוטר "על ייעודם ותפיסתם תפקידם", *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 18.

81 ד"כ 21, 370 (החשי"ז).

ה"פורשים" ולגורמים במערכת הפוליטית, כמו גם לארגוני אופוזיציה חוץ-פרלמנטריים,⁸² ובהקשרים החורגים מפרקטיקות סיגינטיות – אך כדי לנסות להשתיק ביקורת תקשורתית.⁸³ בארצות הברית, הפעלת שירותי הביון לשם

82 על פרשת ההאזנות לח"כ מאיר יערי ראו יוסי מלמן ודן רביב **מרגלים לא מושלמים** 51–50 (1990); בכר, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 52–53; "מכשיר האזנה סודי אלחוטי הותקן בחדרו של מאיר יערי" **חרות** 30.1.1953; "מכשיר האזנה נחגלה במשרד הקיבוץ הארצי מתחת לשולחן מאיר יערי" **הצופה** 30.1.1953; **העולם הזה** 797 7–6 5.2.1953; איטר הראל **בתחון ודמוקרטיה** 212–207 (1989); IAN BLACK & BENNY MORRIS, ISRAEL'S SECRET WARS 151–153 (1991). על ההאזנות ל"פורשים" ראו מיכאל בר-זוהר **בן גוריון** כרך ב 832 (1987). לטענות ח"כ מנחם בגין (חרות) שלפיהן אנשי השב"כ פרצו לביתו פעמיים ראו מנחם בגין "מעמדו של ש.ב. המחלה: שלטון ממושר" **חרות** 21.6.1957. באותה התקופה טען גם ח"כ חיים לנדאו (חרות) כי מאזינים לשיחותיו (ראו פרוטוקול ישיבה 14/ב של ועדת הפנים, הכנסת ה-2, 5 (10.3.1953)); ח"כ מאיר וילנר (מק"י) טען כי הוטמנו מכשירי האזנה בחדר הישיבות של סיעתו (ראו פרוטוקול ישיבה 2/א של ועדת הפנים, הכנסת ה-3, 4–5 (13.12.1955)); ושר התעשייה והמסחר מטעם מפלגת הציונים הכלליים, פרץ ברנשטיין, חשד שתכתובות ושיחות טלפון של שרים שאינם חברי מפא"י נחונים למעקב. ראו פרץ ברנשטיין "שני עמים" **הבוקר** 13.5.1955. לפי קבלו, חברי הארגון האופוזיציוני "שורת המתנדבים" היו נחונים להאזנת סתר במהלך תביעת הדיבה שניהל נגדם עמוס בן-גוריון; פולה קבלו **שורת המתנדבים: קורותיו של ארגון אזרחים** 171 (2007). ייתכן שהיה אפשר להצדיק את ההאזנה למפ"ם ולארגוני הפורשים בחשש לחתרנות או ריגול (ראו לדוגמה אצל הראל, שם). חששות אלו לא היו בלתי מבוססים – לפי מסמכי ארכיון הקג"ב, חברי הכנסת משה סנה ויעקב ריפתין (מפ"ם) העבירו חומרים מסווגים לשגרירות הסובייטית, ומאמצע שנות החמישים הפעיל הקג"ב קבוצת סוכנים בתוך מפ"ם. CHRISTOPHER ANDREW & VASIL MITROKHIN, THE WORLD WAS GOING OUR WAY: THE KGB AND THE BATTLE FOR THE THIRD WORLD, ch. 12 (2005); רונן ברגמן "בשירות אמא רוסיה" **ynet** 28.10.2017. עם זאת, יש לנקוט משנה זהירות אגב האזנה לגורמים פוליטיים, וראו לדוגמה ס' 7 לחוק האזנות סתר באשר להאזנות לתכליות של אכיפת חוק. אין הוראה מקבילה בחוק באשר להאזנה מטעמי ביטחון המדינה, לרבות הגנה מפני איומי "חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה", לפי הגדרת ייעוד השירות בס' 7(א) לחוק השב"כ.

83 לדוגמה, ראו את פרשת הקמת השבועון "רימון" על ידי שב"כ על מנת לצמצם את השפעת הקול הביקורתי של "העולם הזה". ראו בכר, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 53–54; איתן גלזר "משירות אלמוני לשירות ממלכתי: הקמת השב"כ" **מלאכת מחשבת: 60 שנה למודיעין הישראלי – מבט מבפנים** 42 (עמוס גלבוע ואפרים לפיד עורכים, 2018); BLACK & MORRIS, **לעיל** ה"ש 82, בעמ' 156. לפי קבלו, **לעיל** ה"ש 82, בעמ' 169–170, ל"רימון" היה תפקיד מרכזי במאמצים להשחיר את תדמיתו הציבורית של ארגון "שורת המתנדבים" האופוזיציוני ולתארו כבעל עמדות חתרניות.

מעקב אחר פעילי המחאה נגד מלחמת וייטנאם,⁸⁴ אחר ארגוני זכויות שחורים ואחר חברי המפלגה הקומוניסטית⁸⁵ הביאה בסופו של דבר לשערוריות שבגינן הוקמה ועדת חקירה של הקונגרס, ולהגברת הפיקוח על קהיליית המודיעין. גם בבריטניה הייתה המפלגה הקומוניסטית המקומית יעד מודיעיני של השירות החשאי (MI5),⁸⁶ שהיה מעורב גם במעקב אחר ארגוני עובדים במהלך שנות השמונים.⁸⁷ מנגנוני פיקוח שלהם מידה מסוימת של עצמאות ואי-תלות פוליטית, או שיש בהם הטרוגוניות פוליטית, יכולים לשמש בלם מפני מקרים כאלו של ניצול סמכויות לרעה.

היבטים אלה של ארגוני המודיעין רלוונטיים גם כאשר עסקינן בפיקוח על פעילות סיגינטית. חלק מהם רלוונטיים גם להיבטים של הפעילות הסיגינטית של רשויות אכיפת החוק.

2.2 הצורך בפיקוח על פעילות סיגינטית

כאמור, פעילותם של ארגוני מודיעין ואכיפת חוק, לרבות השימוש באמצעי מעקב מקוון, כרוכה לעיתים קרובות בפגיעה בזכויות אדם. בכל הנוגע לפעילות סיגינטית, זכויות האדם העיקריות שנפגעות הן הזכות לפרטיות (וזכויות משיקות לה)⁸⁸

84 טים ווינר מורשת של אפר 253 (2009).

85 רודרי ג'יפריס-ג'ונס FBI: היסטוריה של הבולשת הפדרלית בארצות-הברית 203-198 (דבי אילון מתרגמת, 2009).

86 CHRISTOPHER ANDREW, THE DEFENCE OF THE REALM: THE AUTHORIZED HISTORY OF MI5 400 (2009)

87 שם, בעמ' 757-759; BOCHTEL, DEFTY, & KIRKPATRICK, WATCHING THE WATCHERS; לעיל ה"ש 20, בעמ' 51.

88 לדוגמה הזכות ל"הגדרה עצמית מידעית" (Informational Self-Determination) והזכות לסודיות ולשלמות של מערכת מידע אלקטרונית, שפיחת בית המשפט הגרמני (ראו להלן בסעיף 4.5.1).

והזכות לחופש הביטוי.⁸⁹ נוסף על כך, מעקב מקוון עשוי להשפיע על מאפייני הפעילות המקוונת של המשתמשים,⁹⁰ ובמידת מה על פעילותם ב"עולם האמיתי", הלא מקוון.⁹¹ בעידן הרשתות החברתיות, מעקב מקוון עשוי להשפיע גם על חופש ההתאגדות.⁹² כמו כן, במציאות שבה מכשירי הקצה הסלולריים

89 מעקב מקוון עלול לפגוע ביכולת להחבטא בחופשיות בשל החשש שההחבטאות מנוטרות. ראו לדוגמה פרוטוקול ישיבה 2/א של ועדת הפנים, הכנסת ה-3, 6 (13.12.1955), שם מובאים דבריו של ח"כ לנדאו (חרוח), שלפיהם "אין אני מעיז לדבר בטלפון שלי או של המפלגה דברים לא פומביים"; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 25-26; *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye*, pars. 2-16 (A/HRC/29/32, 2015); PEN America, *Global Chilling: The Impact of Mass Surveillance on International Writers* (2015); Jonathon W. Penney, *Chilling Effects: Online Surveillance and Wikipedia Use*, 31 BERKELEY TECH. L. J. 117 (2016). לניסיון אחר של המשגת אפקט הצינון הזה כפגיעה בפרטיות אינטלקטואלית, הכוללת בתוכה גם את חירות המחשבה והחירות למחקר אינטלקטואלי, ראו Neil M. Richards, *Intellectual Privacy*, 87 TEX. L. REV. 387 (2008). לאפקט המצנן שיש לפרקטיקות כלליות של איסוף מידע, גם בידי גורמים מסחריים פרטיים, ראו Alex Hern, *Data Collection Leads to Discrimination and Self-Censorship, MPs Told*, THE GUARDIAN (19.6.2019)

90 כך למשל, החשיפות של אדוארד סנוודן השפיעו על מאפייני החיפוש בגוגל. Alex Marthews & Catherine Tucker, *The Impact of Online Surveillance on Behavior*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SURVEILLANCE LAW 437 (David Gray & Stephen E. Henderson eds., 2017) (הספר להלן: THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SURVEILLANCE LAW). בסקר שערך מכון Pew בשנת 2015 ציינו 34% מתוך המשיבים שהיו מודעים למעקב המקוון של הטכונות לביטחון לאומי (NSA) כי נקטו אמצעים על מנת להסתיר מידע מקוון. 25% מתוך המשיבים המודעים למעקב השיבו שהם שינו את אופן השימוש שלהם בפלטפורמות טכנולוגיות. Lee Rainie & Mary Madden, *Americans' Privacy Strategies Post-Snowden* (Pew Research Center, 2015) CJEU, *Joined Cases C-203/15 and C-698/15, Tele2 Sverige AB and Secretary of State for the Home Department v. Post- och telestyrelsen and Others*, Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe, ECLI:EU:C:2016:572, Para. 257-259 (19.7.2016)

91 בהקשר של פרקטיקות ניהול רושם של משתמשים ברשתות חברתיות ראו Ben Marder, Adam Joinson, Avi Shankar, & David Houghton, *The Extended "Chilling" Effect of Facebook: The Cold Reality of Ubiquitous Social Networking*, 60 COMPUTERS IN HUMAN BEHAVIOR 582 (2016)

92 ראו Margot E. Kaminski, *Intellectual and Social Freedom*, בחור:

והתקני "האינטרנט של הדברים" (IoT)⁹³ מאפשרים מעקב אחר מיקומם, לפעילות סיגינטית עשוי להיות אפקט מצנן על חופש התנועה והאוטונומיה של הפרט.⁹⁴ יובהר כי האפקט המצנן על חירויות אלו אינו מוגבל להימנעות מהתנהגות או מהתבטאות בלתי חוקיות בשל חשש לסנקציה, אלא הוא עשוי לכלול מצבים שבהם הפרט נמנע מפעילות חוקית, שעשויה להיות שנויה במחלוקת מבחינה חברתית, מתוך ידיעה שהוא מנוטר.⁹⁵

האמצעים הטכנולוגיים המאפשרים מעקב מקוון, ההולכים ומתפתחים, מעצימים את היקף הפגיעה בזכויות אלו. איסוף גורף (bulk collection) של תקשורת אלקטרונית, שנעשה ללא שימוש במילות חיפוש מוגדרות או במזהים

Gray & Henderson, *THE CAMBRIDGE HANDBOOK* לעיל ה"ש 90, בעמ' 470; כן ראו חוות דעתו של התובע הכללי 0e בעניין *Tele2 Sverige AB*, לעיל ה"ש 90.

93 הטכנולוגיה המאפשרת לחפצים פיזיים ולמוצרים לתקשר זה עם זה ועם סביבתם מכונה "האינטרנט של הדברים" (Internet of Things, או IoT). זוהי הארכיטקטורה המאפשרת חפצים "חכמים" האוספים, מעבדים ומעבירים נחונים על מנת לייצל את פעולתם. ראו לדוגמה רועי צזנה *השולטים בעתיד* 56-64 (2017); ראו גם Andrew Guthrie Ferguson, *The Internet of Things and the Fourth Amendment of Effects*, 104 CALIF. L. REV. 805 (2016); Gilad Rosner & Erin E. Kenneally, *Clearly Opaque: Privacy Risks of the Internet of Things* (IoT Privacy Forum, 2018); Amit Kumar Tyagi & M. Shamila, *Spy in the Crowd: How Users' Privacy Is Getting Affected with the Integration of Internet of Thing's Devices* (2019)

94 ראו למשל, בהקשר של מצלמות רחוב, את החשש שהביע השופט הרמלין בעניין מזרחי (ערכאה ראשונה), לעיל ה"ש 74. ראו גם Deborah Hurley, *Taking the Long Way Home: The Human Right of Privacy, in* PRIVACY IN THE MODERN AGE: THE SEARCH FOR SOLUTIONS (Marc Rotenberg, Julia Horwitz, & Jeramie Scott (eds., 2015). לאחרונה הציעו באגאריק, האנטר ולוברג מודל של מעקב אלקטרוני (המנטר באמצעים אוטומטיים קשח רחבה של התנהגויות שמקורן במערך חיישנים ייעודי - ולא באמצעי מעקב מקוון) כחלופה למאטר, מתוך הדגשת פוטנציאל ההרתעה הפנאופטיקונית של העבריינים. ראו Hunter, & Colin Miroko Bagaric, *Introducing Disruptive Technology to Criminal Sanctions: Punishment by Computer Monitoring to Enhance Sentencing Fairness and Efficiency*, 84 BROOK. L. REV 1227 (2019)

95 ראו Kaminski, לעיל ה"ש 92, בעמ' 474; Kaminski & Shane Witnov, *The Conforming Effect: First Amendment Implications of Surveillance, Beyond Chilling Speech*, 49 U. RICH. L. REV. 465 (2015)

ספציפיים, מגדיל באופן דרמטי את מעגל הגורמים המצויים תחת מעקב, ובהתאמה גם את ההסתברות לפגיעה בזכויותיהם שלא כדין. המידע שנאסף אינו רק נתוני תוכן כי אם גם נתוני תקשורת, שבעקבות השימוש רחב ההיקף במכשור קצה סולרי ולנוכח הפוטנציאל הטמון ב־IoT, יכולים לגלות מידע עשיר על מעשיו והתנהלותו של כל אדם.⁹⁶ יתר על כן, להבדיל ממידע שמקורו במעקבים פיזיים, המוגבל לחלונות זמנים צרים (בשל העלות הגבוהה של אמצעי המעקב) ולמועד שבו הוחלט על ביצוע המעקב, מודיעין שמופק מניתוח נתוני תקשורת מאפשר גם גישה לעברו של הנעקב⁹⁷ (בכפוף לאילוצים אחרים).⁹⁸

96 לדוגמה, בדוח ועדת המודיעין והביטחון הפרלמנטרית הבריטית (ISC) מחודש מרץ 2015 צוין כי סוכנות התקשורת הממשלתית (GCHQ) סבורה כי במסגרת החומר המופק מאיסוף גורף, הנחונים הנלווים לנתוני התוכן, כלומר ה־metadata, הם בעלי ערך משמעותי יותר מנתוני התוכן עצמם. Intelligence and Security Committee of Parliament, *Privacy And Security: A Modern and Transparent Legal Framework* (2015) (להלן: ISC 2015); European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on The Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies*, par. 48 (2015) (להלן: דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיג'נט); Parliamentary Joint Committee on Intelligence and Security, *Review of the Mandatory Data Retention Regime*, par. 71 (Submission 29 by the Law Council of Australia, 2019); Daragh Murray & Pete Fussey, *Bulk Surveillance in the Digital Age: Rethinking the Human Rights Law Approach to Bulk Monitoring of Communications Data*, Tyagi & Shamila 52. ISRAEL LAW REVIEW 31, 53-55 (2019). בהקשר של IoT ראו Rosner & Kenneally, *לעיל* ה"ש 93; Susan Landau, *Listening In* 15 (2017).

97 למשל, הדין האוסטרלי החל על השגת נתוני תקשורת מבחין בין הסמכויות הנוגעות להשגת נתוני תקשורת קיימים (שמקורם בעבר) לבין אלה הנוגעות להשגת נתוני תקשורת עתידיים. כנראה מתוך גישה המשווה בין השגת נתוני תקשורת עתידיים ליירוט תקשורת, הוראות החוק האוסטרלי נוטות להחמיר יותר בנוגע להשגת נתוני תקשורת עתידיים מאשר בנוגע להשגת נתוני תקשורת שמורים. ראו *Telecommunications Interception and Access Act 1979* (Cth) s 175-176, 178-180B (13) לחוק נתוני תקשורת.

98 היכולת להתחקות אחרי פעילותו של אדם לפי ניתוח נתוני תקשורת מוגבלת למאפייני השימוש שלו במכשירי הקצה, ליכולת ליירט תקשורת זו בזמן אמת על ידי סוכנויות המודיעין או לתקופה שבה נתונים אלו נשמרים על ידי ספקי שירותי התקשורת הרלוונטיים (והגישה שיש לסוכנויות המודיעין לנתונים אלה) – לצד אילוצים משפטיים שיכולים להגביל את גישת סוכנויות המודיעין לנתוני תקשורת שמורים לתקופה מוגדרת

פגיעה בזכויות אלו מוצדקת בדרך כלל באמצעות האינטרס של ביטחון לאומי (ובהקשרים של אכיפת חוק באמצעות אינטרסים של שמירה על הסדר הציבורי, שלום הציבור או ביטחוננו). הצדקה נוספת לפגיעה היא שהזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף והזכות לקניין עשויות להיפגע כאשר סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק חסרות את המידע הנדרש להן על מנת למלא את תפקידן.⁹⁹ יתר על כן, בנייתו מידתית, השימוש באמצעי מעקב מקוון עשוי להיות מידתי יותר בהשוואה לאמצעי חקירה אחרים ששירותי המודיעין ואכיפת החוק מפעילים, שבצידם פגיעה קשה יותר בקשת רחבה יותר של זכויות.¹⁰⁰

חרף ההצדקות האפשריות לשימוש באמצעים סיגינטיים, לאור היקף הפגיעה הפוטנציאלי בזכויות הנלווה אליהם יש להפעיל מנגנוני פיקוח נאותים, המוודאים כי הפגיעה נעשית באופן מידתי ככל האפשר ואת עצם נחיצותה. מעקב המונים מרחיב את הפתח לניצול לרעה של סמכויות בידי בעלי תפקידים יחידים, בשל

ביחס לבקשה לגישה (ראו לדוגמה ס'3(ז) לחוק נתוני תקשורת, או ההוראות המתאימות בחוק תקשורת שמורה (SCA), להלן ה"ש 560).

99 או, בלשונו של הסנטור הרפובליקני פאט רוברטסון, ראש ועדת הסנאט לענייני מודיעין (SSCI), בשימוע המינוי של גנרל מייקל היידן (Hayden) לראש סוכנות הביון המרכזית (CIA), "אין לך חירויות אזרחיות אם אתה מת". מובא אצל LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 159.

100 דוגמת הזכויות הנפגעות בשל פרקטיקות של מעצר מנהלי או של חטיפות לשם העברת היעדים המודיעיניים למדינה זרה (שדיניה אינם אוטרים שימוש בעינויים). ראו COEHR, לעיל ה"ש 34. אמצעי מעקב מקוון עשויים להיות עדיפים, בנייתו מידתית, על אמצעים יומנטיים רבים – עינויים (ראו לדוגמה קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 69), סחיטה של יעדים מודיעיניים ושל סביבתם הקרובה, מעקב אנושי אחריהם או פריצה למגורים וחיפוש בהם – שחלקם, למען הסר ספק, אינם מלכתחילה חלופה לגיטימית. עם זאת, שאלת המידתיות של מעקב מקוון היא מורכבת ולא באה על פתרונה. ניתוח מידתיות אחר יכול להציע שהיקפו הרחב של אמצעי סיגינטי מסוים לא רק מביא לפגיעה מצרפית בכלל האוכלוסייה שעולה על הפגיעה האינדיווידואלית הנלווית למעצר מנהלי בודד וחרגי, לדוגמה, אלא גם פוגע ביסודות המשטר הדמוקרטי בשל השפעותיו על חופש הביטוי וההתאגדות, באופן נפרד מהפגיעה המצרפית בפרטיותם של סך כל האינדיווידואלים הנעקבים. ראו לדוגמה, *Tonida Milaj, Privacy, Surveillance, and the Proportionality Principle: The Need for a Method of Assessing Privacy Implications of Technologies Used for Surveillance*, 30 INT'L.

REV. L. COMP. & TECH. 115 (2015)

העלות הזניחה של הפקת מידע.¹⁰¹ יתר על כן, העלות הזניחה של הפקת מידע נוסף ממקורות סיגינטיים קיימים,¹⁰² וכן הקלות של העברתו או העתקתו, עשויות להגדיל את הפיתוי לעשות בו שימוש לתכליות אחרות מאלו שלשמן נאסף מלכתחילה, ואף להעבירו לסוכנויות אחרות שיעשו בו שימוש כזה.

טכנולוגיות מעקב מקוון (אמצעי היירוט, העיבוד, השימור והניתוח) מוסיפות לחשאייות של הפעילות המודיעינית ממד נוסף של ערפול. המורכבות הטכנולוגית והארגונית הכרוכה בפעילות סיגינטית מאפשרת לארגוני מודיעין או לבעלי תפקידים בהם לחרוג מסמכות באותם מקרים שבהם למנגונוני הפיקוח יש גישה מלאה למידע, אך הם חסרי מומחיות מספקת כדי לזהות את הכשלים בפעילות המעקב. מורכבות זו עשויה להסביר את התקופה הארוכה שבה ה־NSA החזיקה רישומי שיחות טלפון בניגוד לחוק מבלי שמנגונוני הבקרה החיצוניים לסוכנות יעמדו על כך.¹⁰³

101 בהנחה שהנתונים כבר קיימים במאגרי המידע של סוכנות המודיעין, כל עובד של הסוכנות שיש לו גישה למידע עשוי לבלוש בחוסר סמכות אחר אזרחים המעניינים אותו באופן אישי, באמצעות שאילתוח לבסיס הנתונים. היסטוריית המיקום של פלוני עשויה להיות מופקת בקלות יתרה. בהיעדר בסיס נתונים שמקורו באיסוף גורף של מידע, הפקת מידע כזה אינה מקוונת, ולעיתים כרוכה במעקב פיזי, שבצידו עלות ניכרת. מובן שלדוגמה זו של ניצול לרעה של סמכות באמצעות שאילתוח אסורות אפשר לעצב פתרון ממוכן, באמצעות הגבלת הרשאות ובקרות אוטומטיות, המציפות למפקחים פנימיים בסוכנות המודיעין שאילתוח חריגות שיש בהן כדי להעלות חשד לפעולה בחוסר סמכות.

102 הכוונה לעלות זניחה של הפקת מידע מנתונים שכבר מצויים במאגרי סוכנויות המודיעין, במצבים שבהם כל עיבוד אחר שנדרש כבר בוצע או שאופן ביצועו כבר נעשה ממוכן. כלומר שימוש במאגר נתוני תקשורת להפקת נתוני מיקום נוספים הוא זניח בשלב שבו המאגר כבר מוחזק על ידי הסוכנות, ותהליך ההפקה הכללי של נתוני מיקום נעשה אוטומטי. זאת להבדיל ממצב שבו מבקשים למצוא סוג חדש של מידע מבסיס נתונים קיים.

103 ראו לעיל בפרק 1. אפשר גם שהבקרה הפנימית ב־NSA לא זיהתה את הטעות תקופה ארוכה (כפי שנטען בהודעה לעיתונות) בשל אותה מורכבות טכנולוגית. ראו בעניין זה את הערותיו של גלן גרסטל בעקבות הפרשה, המובאות אצל, Savage, *Disputed Program*, לעיל ה"ש 16.

למרות העלות הנמוכה לכאורה של השגת מידע על יעד מודיעיני באמצעות מערכות סיגינטיות קיימות ופועלות, בייחוד בהשוואה לאמצעי חקירה אחרים,¹⁰⁴ יכולות סיגינטיות אינן זולות. לפיתוח יכולות מעקב מקוון לתכליות מודיעיניות יש עלויות הקמה גבוהות,¹⁰⁵ ותחזוקתן השוטפת, כמו גם הפעלתן, דורשות כוח אדם מיומן. יש לבדוק פרמטרים של יעילות ואפקטיביות של אמצעים סיגינטיים גם במסגרת בקרה תקציבית, כמו גם כדי לבחון את מדיניות השימוש באמצעים אלה.¹⁰⁶

כך למשל, ועדת הפיקוח לענייני פרטיות וחירויות אזרח של הרשות המבצעת האמריקאית (PCLOB)¹⁰⁷ דיווחה כי לא מצאה שתוכנית האיסוף הגורף של נתוני תקשורת שהפעילה ה־NSA תרמה תרומה ישירה לגילוי ולסיכול של מתקפות טרור.¹⁰⁸ מנגד, דוח ועדת המודיעין והביטחון הפרלמנטרית של בריטניה (ISC), שבחן את פעילות המעקב המקוון של שירותי המודיעין הבריטיים, העריך שפרקטיקות האיסוף הגורף שלהם אפקטיביות.¹⁰⁹

הסתמכות יתר על האמצעים הסיגינטיים עשויה לנוון יכולות מודיעיניות אחרות של גופי אכיפת חוק ומודיעין¹¹⁰ ולהקשות על מציאת פתרונות איסוף

104 ראו לדוגמה Murray & Fussey, לעיל ה"ש 96, בעמ' 39-40.

105 ראו לדוגמה את החוספת התקציבית לשירותי המודיעין הבריטיים המוזכרת בה"ש 51 לעיל.

106 ראו למשל Aldrich, לעיל ה"ש 51.

107 ראו להלן בסעיף 4.3.7.

108 PCLOB 2014, לעיל ה"ש 16, בעמ' 11.

109 ראו ISC 2015, לעיל ה"ש 96, בפס' 79-90. עם זאת, לא ברור מלשון הדוח אם הערכה זו מבוססת על ניתוח אמפירי מדויק של יעילות האמצעים הסיגינטיים בהשוואה למטרותיהם, או שהוועדה הסתפקה ברושם שהותירו שלוש מקרי המבחן (החסיים) שהוצגו לה.

110 ראו למשל ועדת החקירה הממלכתית לחקר נסיבות פריצתה של מלחמת יום הכיפורים דוח הוועדה (1975) (להלן: דוח ועדת אגרנט), שם מתוארים כשלים שנבעו מהסתמכות כמעט בלעדית על הכיסוי הסיגינטי הטקטי; לואיס, לעיל ה"ש 37; בחוך: James J. Wirtz, *The American Approach to Intelligence Studies*, Johnson, HANDBOOK OF INTELLIGENCE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 28, 35-36; David V.

"מחוץ לקופסה". לדוגמה, ועדת החקירה לאירועי 11 בספטמבר הצביעה על הסתמכות היתר של קהילת המודיעין האמריקאית על אמצעי איסוף טכנולוגיים כגורם שהוביל לשיתוף פעולה רחב עם סוכנויות מודיעין זרות לשם השגת מידע ממקורות יומינטיים, דבר שהיה אחד מהגורמים לכישלון המודיעיני.¹¹¹ היבט נוסף של ההסתמכות ההולכת וגדלה על אמצעים טכנולוגיים הוא התמריצים ההולכים וגדלים להסתייעות בפיתוחם על ידי המגזר הפרטי, שעשוי בתורו להדליף סודות מדינה ורמת הפיקוח עליו רופפת עוד יותר.¹¹²

Dover, Gioe, "The More Things Change:" HUMINT in the Cyber Age בתוך: , Dylan, & Goodman, THE PALGRAVE HANDBOOK OF SECURITY לעיל ה"ש 65, בעמ' Jenna K. McGrath, *Exploring the Contributing Factors Associated with Intelligence Failures During the Cold War*, in TECHNOLOGY AND THE INTELLIGENCE COMMUNITY: CHALLENGES AND ADVANCES FOR THE 21ST CENTURY 69 (Margaret E. Kosal ed., 2018). יובהר כי הדומיננטיות של הסיגינט כדיסציפלינה מודיעינית אינה מעידה על זניחה מוחלטת של דיסציפלינות אחרות, אלא על ירידת קרנן ועל הצורך שלהן להסתגל לנסיבות החדשות.

111 כבר בשנות השבעים הצביעה ועדת החקירה המיוחדת של הסנאט לענייני פעילות מודיעין (ועדת צ'רץ'), שהוקמה בעקבות שורה של שערוריות שנקשרו בפעילות ה-CIA, על הסתמכות יתר על אמצעי איסוף טכנולוגיים והזנחה של האמצעים היומינטיים. Select Committee to Study Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities, *Final Report, Book I, Foreign and Military Intelligence* (S. Rep. No. 94-755, 1976). הגם שההתפתחות הטכנולוגית מאז ועדת צ'רץ' הייתה עשויה להשפיע על עמדה זו, גם ועדת החקירה לאירועי 11 בספטמבר חזרה על הדברים כעבור שלושה עשורים. *The 9/11 Commission, Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, 34 (להלן: דוח ועדת החקירה 9/11). (2004)

112 ראו Damien Van Puyvelde, *Privatisation*, בתוך: , Dylan, & Goodman, THE PALGRAVE HANDBOOK OF SECURITY לעיל ה"ש 65, בעמ' 297. ראו לדוגמה גם יניב קובוביץ "צה"ל פעל להקמת מערכת מעקב אחר הודעות פרטיות ברשתות חברתיות" הארץ 4.12.2018 (להלן: קובוביץ "מעקב אחר הודעות פרטיות").

2.3

מנגנוני הפיקוח: מאפיינים ודילמות

ארגוני מודיעין ואכיפת חוק אחראים לא רק לאיכות התוצר שהם מפיקים (מודיעין, סיכול איומים לביטחון הלאומי או אכיפת חוק ומניעת פשיעה, בהתאם לסוג הארגון), אלא גם לדרך שבה הם פועלים כדי להשיג את מטרותיהם.¹¹³ עצם קיומו של מנגנון פיקוח מייצר את "אפקט הצופה" (observer effect), המשפיע על מקבלי ההחלטות בבואם לעצב את מדיניות הפעלת שירותי המודיעין ואכיפת החוק.¹¹⁴ בטרם נתאר סוגים שונים של מנגנוני פיקוח, נתייחס להלן לכמה ממדים של פיקוח שלפיהם אפשר לאפיין את המנגנונים שיתוארו בהמשך.

2.3.1 ממד הזמן: פיקוח מראש או פיקוח בדיעבד

פיקוח על פרקטיקות של מעקב מקוון יכול להתבצע לאחר מעשה או לפני מעשה.¹¹⁵ פיקוח מראש (אקס אנטה, ex ante) מגולם בבקורות החלות על פעילות סיגינטית בטרם תצא לפועל. לרוב, פיקוח אקס אנטה יהיה בדמות של גוף שיפוטי או מעין-שיפוטי, הבוחן בקשות של שירותי המודיעין או אכיפת החוק לצווי מעקב מקוון. במודלים של פיקוח אקס אנטה, הגוף המפקח יכול להיות מוסמך לתת את הצו (ואז הפעילות הסיגינטית מותנית באישורו של הגוף המפקח), להסכים לו,¹¹⁶ או לבטל אותו.¹¹⁷

113 Glenn Hastedt, *The Politics of Intelligence Accountability*, 6 בחור: Johnson, THE OXFORD HANDBOOK, לעיל ה"ש 49, בעמ' 719, 727-729.

114 ראו לעיל ה"ש 20.

115 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 75-76; Eskens, van Daalen, & van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 7.

116 ראו הביקורת על מודל ה־double lock הבריטי, להלן בסעיף 4.2.1 ובפרט בה"ש 502, שלפיה הביקורת המעין-שיפוטית של נציב סמכויות החקירה הבריטי (IPCO) אינה אישור מלא של הבקשות לצווי יירוט, אלא בחינה מנהלית או הליך של "מתן הסכמה" של הנציב להחלטה המיניסטריאלית לתת את הצו (בהתבססו אך ורק על החומר שהוצג לשר).

117 הסמכות לביטול צווי מעקב מקוון יכולה להיחשב כפיקוח אקס אנטה במקרים

פיקוח אקס אנטה מאפשר בקרה בזמן אמת על הפעילות הסיגינטית השוטפת. עם זאת, בשל קבועי הזמן הקצרים שבהם פועלות סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק, ייתכן שהגוף המוסמך לאשר פעילות זו יתקשה לבחון לעומקה כל בקשה ובקשה. לעיתים מוקנות למנגנוני פיקוח אקס אנטה סמכויות בקרה על הפעלת הצווים באמצעות הגבלת תוקפו של צו בזמן והארכתו בכפוף לאישור מחדש. כאשר אין הוראות בחוק המורות על בחינה עיתית של צווים אלו, למנגנוני הפיקוח אין סמכות לבחון את אופן היישום בפועל של הצו, והאפקטיביות שלהם מצומצמת. מטבע הדברים, שדה הראייה של מנגנונים אלו מוגבל לבקשה הספציפית המוגשת לאישורם, והיכולת שלהם לזהות כשלים מערכתיים מוגבלת.¹¹⁸

מנגנוני פיקוח מראש הם הסטנדרט שאליו מכוון בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR),¹¹⁹ בבואו לבחון הסדרה משפטית של מעקב מקוון, והם קיימים במדינות האיחוד.¹²⁰ הדָּוָח המיוחד של האומות המאוחדות (UN Special Rapporteur) לקידום זכויות אדם ולהגנה עליהן תוך התמודדות עם טרור הזכיר את הצבתם של מנגנונים אלה כחלק מהמלצותיו למסגרות משפטיות של ארגוני מודיעין.¹²¹

ממד אחר של פיקוח הוא פיקוח לאחר מעשה, בדיעבד (אקס פוסט, ex post). להבדיל מפיקוח מראש, שהוא פיקוח נקודתי למטרת אישור צווים קונקרטיים (authorization), פיקוח בדיעבד אינו מוגבל למסגרת הצרה של הצו היחיד, אלא

שבהם היא מופעלת בסמוך למתן הצו בפועל. דברי חקיקה שונים המסדירים הליכי אישור אקס אנטה של פעילות סיגינטית לרוב מאפשרים לקיים במקרים דחופים הליך מזורז, העוקף את הגוף המפקח (ראו לדוגמה ס' 5, 7 בחוק האזנת סתר; ס' 15(6) לחוק סעיף 10 (610), להלן בה"ש 746). על פי רוב, הסדרים אלו כפופים לביקורת בדיעבד של הצו על ידי הגורם המפקח תוך ימים ספורים.

118 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 29.

119 ראו למשל Zakharov v. Russia, No. 47143/06, Eur. Ct. H.R., par. 257 (2015) (להלן: עניין Zakharov); Szabó and Vissy v. Hungary, No. 37138/14, Eur. Ct. H.R., par. 77 (2016) (להלן: עניין Szabó).

120 EU Agency for Fundamental Rights, *Surveillance by Intelligence Services: Fundamental Rights Safeguards and Remedies in the EU*, vol. I, 51-56 (2017) (להלן: FRA 2017a).

121 HRC 2010, לעיל ה"ש 79.

יש בכוחו לבחון סוגיות רחב ועומק בפעילות שירותי המודיעין ואכיפת החוק ללא אילוצי סד הזמנים שבהם נתונים גופי פיקוח מראש.

2.3.2 יוזמה: פיקוח ריאקטיבי או פיקוח אקטיבי

מאפיין נוסף של מנגנוני פיקוח הוא מידת היוזמה שביכולתם להפעיל. גופים שיפוטיים או מעין שיפוטיים, בין שהם עורכים בחינה אקס אנטה של פעילות סיגינטית במסגרת בקשות למתן צו ובין שהם עורכים בחינה בדיעבד במסגרת הליך משפטי או הליך אחר המברר תלונה או טענה בדבר פעילות בלתי חוקית, אינם יוזמים את ההליכים שבהם הם דנים, והיקף הפיקוח שלהם מוגבל לחומר המובא בפניהם.

כאשר עסקינן בפיקוח על פעילות סיגינטית, הצורך בהרחבת זווית הראייה הצרה של מנגנוני פיקוח אלה מתגבר. ההליכים בפני גופי אישור אקס אנטה נעשים לרוב במעמד צד אחד ובחשאי – ללא אפשרות של גורם אדוורסרי, לעומתי, להעלות טיעוני נגד. גם הליכים אדוורסריים במסגרת משפטית או מעין משפטית, שבמסגרתם מתבררת תלונה ספציפית של אדם שזכויותיו נפגעו בשל פעילות סיגינטית או שבמסגרתם נדונה חוקיותן הכללית של פרקטיקות מעקב מקוון, מוגבלים לסוגיות המועלות על ידי גורמים חיצוניים. האיפול המוטל על פעילות סוכנויות המודיעין מקשה על פרטים לדעת שזכויותיהם נפגעו, ומקשה על ארגוני החברה האזרחית להעלות סוגיות רחב בבתי המשפט. אם כן, בהקשר של פיקוח על פרקטיקות של מעקב מקוון יכולתם של גופים ריאקטיביים לתת מענה שלם לצורכי הפיקוח על הפעלת הסמכות מוגבלת עד מאוד.

מנגנוני פיקוח אחרים – ועדות פרלמנטריות, גופי פיקוח חיצוניים, מבקרים פנימיים – יכולים לעיתים ליזום חקירת עומק בנושא מסוים. כך אפשר לאתר "שטחים מתים" שאינם נבחנים בידי גופי פיקוח ריאקטיביים, מהטעמים שהזכרו לעיל, ומצדיקים חקירת עומק. עם זאת, מנגנוני פיקוח בעלי סמכות רחבה לחקור את הנעשה בגופי המודיעין עשויים להימנע מיוזמה, ולהפעיל את סמכותם רק בתגובה למחדל או לשערורייה ציבורית.¹²²

122 על מודל "כיבוי השרפוח" ראו בסעיף 3.2.1 להלן.

2.3.3 תכלית: יעילות, חוקיות, אתיות, בקרה תקציבית

לפיקוח על ארגוני מודיעין ואכיפת חוק, ועל פעילות סיגינטית בפרט, יש כמה תכליות, והן עשויות לסתור זו את זו. פיקוח ראוי נועד, בין השאר, לבחון את אפקטיביות הפעילות המודיעינית ולהבטיח כי שירותי המודיעין ואכיפת החוק מגשימים את מטרותיהם. כך למשל מספר ניכר של ועדות חקירה פרלמנטריות בישראל ובעולם הוקמו לבדיקת כשלים מודיעיניים.¹²³ התמקדותה של ועדת המשנה של ועדת חוץ וביטחון של הכנסת לענייני שירותי המודיעין בפיקוח על היעילות האופרטיבית של קהיליית המודיעין בישראל היא דוגמה נוספת לפיקוח בעל תכלית שהקשר בינה לבין הגנה על זכויות אדם רופף.¹²⁴

תכלית נוספת הקשורה בפיקוח על אפקטיביות היא בקרה תקציבית על שירותי המודיעין.¹²⁵ החשאיות שבמסגרתה פועלים שירותי המודיעין מחייבת קיומו של גוף המבטיח כי תקציבי העתק המוקצים לארגונים אלה¹²⁶ אינם מבוזזים לריק, וכי הם מנוצלים ביעילות.

123 ראו לדוגמה דוח ועדת אגרנט, לעיל ה"ש 110; ועדת החקירה לענייני הטבח במערת המכפלה בחברון החשנ"ד דוח הוועדה (1994) (להלן: דוח ועדת שמגר בענייני הטבח בחברון); ועדת החקירה לענייני רצח ראש הממשלה מר יצחק רבין ז"ל דוח הוועדה (1996) (להלן: דוח ועדת שמגר בענייני רצח רבין); דוח ועדת החקירה 9/11, לעיל ה"ש 111. על המלחמה בעיראק בשנת 2003 ראו הוועדה לחקירת מערך המודיעין בעקבות המלחמה בעיראק, דין וחשבון א (החלק הגלוי) (2004) (להלן: דוח הוועדה לחקירת מערך המודיעין בעקבות המלחמה בעיראק); Intelligence and Security Committee, *Iraqi Weapons of Mass Destruction* (2003); The Commons' Foreign Affairs Committee, *The Decision to go to War in Iraq* (2003); Report of a Committee of Privy Counsellors (Chairman: The Rt Hon The Lord Robin Butler), *Review of Intelligence on Weapons of Mass Destruction* (2004)

124 "מבנה, ייעוד ומשימות ועדת החוץ והביטחון: מסמך יסוד" 16-17 (2005) (להלן: מסמך היסוד של ועדת חו"ב), ראו להלן בסעיף 5.2.2.

125 שם, בעמ' 58-59, בנוגע לבקרה פרלמנטרית על תקצובה הכללי של מערכת הביטחון.

126 ראו ה"ש 51 לעיל, וכן להלן בה"ש 169.

אך לצד בחינת היעילות והאפקטיביות של שירותי המודיעין יש תכליות נוספות למנגנוני הפיקוח עליהם. לאור הסמכויות הרחבות והחריגות המוקנות לשירותי המודיעין, המאפשרות לפגוע בזכויות אדם, יש להבטיח כי פגיעה זו נעשית כדין ובאופן נחוץ ומידתי.¹²⁷ כדי לשמור על שלטון החוק, על מנגנוני פיקוח לוודא כי ארגוני המודיעין אכן מצייתים (compliance) להוראות הדין, ואינם פועלים תוך חריגה מסמכות.¹²⁸ משכך, קיומו של חוק המסדיר את הפעילות הסיגינטית הוא תנאי מקדים למנגנון המפקח על רמת הציות של ארגוני המודיעין ואכיפת החוק.¹²⁹

יובהר כי בקרה על ציות לחוק היא הכרחית, אך לא מספיקה. גולדמן מציין כי לא התגלתה כל אינדיקציה להפרת חוק שיטתית בפעילות הסיגינטית של ארצות הברית, חוקף זאת לזכות מנגנוני הפיקוח האמריקאיים, אשר הבטיחו ציות לחוק.¹³⁰ לאחר החשיפות של אדוארד סנודן, קבוצת הבדיקה הנשיאותית

127 כך למשל, ארגון זכויות האדם Privacy International מציין, בסקירה של הזכות לפרטיות במקסיקו, כי רק 8% מתוך החקירות שבהן הופעלו אמצעי מעקב הסתיימו בהליכים פליליים. האם הפגיעה בפרטיות של למעלה מ-90% מהאנשים שהושמו במעקב במסגרת חקירה פלילית מבלי שזו הניבה חוצאות היא מידתית? Privacy International, *The Right to Privacy in the United Mexican States*, par. 26 (2018) (להלן: Privacy International, *The Right to Privacy*).

128 Born & Mesevage, *לעיל* ה"ש 50, בעמ' 18.

129 ראו כהנא ושני רגולציה, *לעיל* ה"ש 2, בטעיף 5.1; Marina Caparini, *Controlling and Overseeing Intelligence Services in Democratic States*, in *DEMOCRATIC CONTROL OF INTELLIGENCE SERVICES: CONTAINING ROGUE STATES*, FRA 2017a; ELEMENTS 3, 12 (Hans Born & Marina Caparini eds., 2007) *לעיל* ה"ש 120, בעמ' 30, 57; Born & Leigh, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 17-20; HRC 2010, *לעיל* ה"ש 79, בפס' 13-14; Stuart Farson, *Establishing Effective Intelligence Oversight Systems*, Born & Wills, *OVERSEEING INTELLIGENCE SERVICES*, בחוך: Lauren Hutton, *Overseeing Intelligence*: 42-40, בעמ' 23-45, *Collection*, שם, 89-102, בעמ' 93-95; Ian Leigh, *Overseeing the Use of Personal Data*, שם, 105-125, בעמ' 107-118 (להלן: Leigh, *Overseeing the Use*).

130 Goldman, *The Emergence of Intelligence Oversight*, בחוך: Zachary K. Goldman, *GLOBAL INTELLIGENCE OVERSIGHT*, & Rascoff, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 207. קביעה זו תלויה בנכונות הקורא לראות כחוקית (למצער, כחוקית לשעתה) את הפרשנות המשפטית

למודיעין וטכנולוגיות תקשורת לא מצאה כל ראייה לכך ש"הסוכנות לביטחון לאומי (NSA) הפרה במכוון או במודע את החוק",¹³¹ אך האי-אמון האזרחי בסוכנויות המודיעין צנח, ואזרחים רבים הביעו דאגה באשר למסגרת המשפטית ולפיקוח על מעקב מקוון הקיימים.¹³² גולדמן מסיק מכך שלצד תכליות של הבטחת ציות לחוק, פיקוח על סוכנויות מודיעין נדרש לזהות ברמת הפשטה גבוהה יותר מדיניות הפעלה סיגינטית שאינה זוכה לגיטימציה ציבורית¹³³ או שאינה רצויה מבחינה אסטרטגית. נוסף על גולדמן, גם המודל של סילבר מונה במסגרת מטרות הפיקוח על פעילות מודיעינית איזון חוקתי והגנה על זכויות אזרח.¹³⁴

יתר על כן, בהיעדר ביקורת אדוורסרית, פרשנות משפטית חשאית לדיני המעקב המקוון עשויה להכשיר פרקטיקות שנויות במחלוקת, הסוטות באופן משמעותי מלשונו הפשוטה של החוק.¹³⁵ לעיתים סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק מעודדות מלכתחילה את ניסוח החוק בלשון עמומה ופתוחה לפרשנות.¹³⁶ דוח מאוחר יותר, של ועדת הפיקוח לענייני פרטיות וחירויות אזרח (PCLOB), בחן

החשאתה של הממשל האמריקאי, שבמסגרתה פעלו כמה תוכניות איסוף סיגינטיות שבדיעבד נמצא שחרגו מסמכות (ראו להלן בסעיף 4.3.7 ובה"ש 669).

131 ראו Geoffrey R. Stone, *What I Told the NSA*, HuffPost (3.31.2014)

132 ראו Goldman, *לעיל* ה"ש 130, הערה 66.

133 לדוגמה, הקונגרס ביטל את התקצוב של תוכנית כריית המידע Total Information Awareness בשל חשש ציבורי מהשפעתה על פרטיותם של אזרחים. ראו Ira S. Rubinstein, Ronald D. Lee, & Paul M. Schwartz, *Data Mining and Internet Profiling: Emerging Regulatory and Technological Approaches*, 75 U. CHI. L. REV. 261, 264 (2008)

134 Daniel B. Silver, *The Uses and Misuses of Intelligence Oversight*, 11 Hous. J. INT'L L. 7, 20 (1988)

135 ראו MURPHY, *לעיל* ה"ש 36, בעמ' 71-73, 98.

136 ראו 231 Parl Deb HC (2014) col. 89 (UK), לעדותו לפני ועדת הפנים הפרלמנטרית (Home Affairs Committee) של פרופ' דייוויד אומנד בעניין החוק להסדרת סמכויות חקירה (Regulation of Investigatory Powers Act, 2000, c.). (Eng.) 23 (להלן: חוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA)).

לעומק את הפרשנות המשפטית שהכשירה את פרקטיקות האיסוף של ה-NSA, וקבע כי היא אינה הולמת את הדין הקיים.¹³⁷

בנסיבות אלו, פיקוח על פעילות סיגינטית משרת אינטרסים אזרחיים כמו גם את האינטרסים של הארגונים המפוקחים עצמם. מערך פיקוח אפקטיבי מגן על חירויות הפרט והאזרח, בשרתו תכליות של שמירה על החוקיות והלגיטימיות של הפעילות הסיגינטית.¹³⁸ כמו כן, פיקוח על יעילות שירותי המודיעין תורם להגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, ומקדם אינטרסים של ביטחון לאומי באמצעות בחינה של אפקטיביות המדיניות והפעילות המודיעינית.

מנגונו הבקרה על הארגונים המפוקחים מציבים להם גבולות גזרה ברורים ונושאים עימם באחריות, וכך מספקים להם סביבה של ודאות לגבי חוקיות הפעילות האופרטיבית היום-יומית שלהם.¹³⁹ בקרה היא גם כלי שממסטר ארגוני מודיעין,¹⁴⁰ מעין "בדיקת נאותות" (due diligence) עיתית המתמרצת ארגונים לשמור על מסגרת עבודה סדירה תוך רפלקציה פנימית. פיתוח נوهלי ציות פנימיים, לרבות הכשרת כוח אדם בהתאם, נעשה מתוך מודעות לקיומו של פיקוח. כמו כן, מנגונו פיקוח על יעילות וציות לחוק מהווה בקרה חיצונית נוספת לזו הפנימית מפני ניצול לרעה של סמכויות על ידי גורמים בארגון פנימה, ותורם בכך ליעילות הארגון.

137 PCL0B 2014, לעיל ה"ש 16, בייחוד בעמ' 60-81. ראו גם דברי הסנאטור ווידן, שלפיהם יש "שני חוקי USA PATRIOT Act בארצות הברית. הראשון הוא לשון החוק עצמו, והשני הוא הפרשנות החשאית של הממשלה לכוונת החוק כפי שהיא מבינה אותה"; 157 Cong. Rec. S3369 (26.5.2011)

138 Jan-Hendrik Dietrich, *Of Toothless Windbags, Blind Guardians and Blunt Swords: The Ongoing Controversy About the Reform of Intelligence Services Oversight in Germany*, 31 INTELLIGENCE AND NAT. SEC. 397, 415 (2016)

139 ראו דבריו של ח"כ עופר שלח ביום העיון "מודיעין מסכל בחברה דמוקרטית" (11.9.2014), בעמ' 38 לחרשומת שנערכה על ידי ד"ר אבנר ברנע; ראו גם הצעת חוק השירותים החשאיים, התשע"ז-2017, פ/4569/20, שהוסרה מסדר היום, בעמ' 4.

140 Njord Wegge, *Intelligence Oversight and the Security of the State*, 30 INT'L. J. OF INTELLIGENCE AND COUNTERINTELLIGENCE 687, 693 (2017)

קיומו של פיקוח אפקטיבי הוא אינטרס ראשון במעלה של ארגוני המודיעין עצמם. מנגוני פיקוח הנהנים מאמון הציבור מחזקים את אמון הציבור בגופים שעליהם הם מפקחים.¹⁴¹ לא בכדי בחר היועץ העצמאי לחקיקה לענייני טרור בבריטניה לקרוא לדוח שלו על סמכויות החקירה "שאלה של אמון".¹⁴² יתר על כן, פיקוח יעיל עשוי לזהות מחדלים וכשלים בפעילות גופי המודיעין ואכיפת החוק, ולאפשר להם לתקנם בטרם ייחשפו לציבור אגב הדלפה.¹⁴³

עם זאת, פיקוח עשוי גם לעיתים להשפיע לרעה על ארגוני מודיעין. המודעות לקיומה של בקרה עשויה להביא את גופי המודיעין לפעול ברגישות ובזהירות יתר, ולהעז פחות. יתר על כן, כדי לאפשר פיקוח יעיל ארגוני המודיעין נדרשים לשרת את מנגוני הפיקוח ולהקצות לשם כך משאבים פנים-ארגוניים ניכרים,¹⁴⁴ לעיתים על חשבון פעילויות ליבה. יש גם מי שהעלו חששות מרתיעה של מקורות יומינטיים ושל סוכנויות מודיעין זרות משיתוף פעולה עם גופי מודיעין מפקחים, מחשש לדליפות ולפגיעה בביטחון המידע.¹⁴⁵

141 שם. ראו גם Reginald V. Jones, *Intelligence Ethics*, in ETHICS OF SPYING 18, 37 (Jan Goldman ed., 2006); (Jones, *Intelligence Ethics* (להלן: SPYING 18, 37); עניין ברזילי, לעיל ה"ש 39, פס' 45 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק: אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי. הביטחון מחייב מציאת כלים ראויים לחקירה. שאם לא כן, לא יוכל שירות הביטחון הכללי למלא את ייעודו. כוחו של השירות באמון הציבור בו. כוחו באמונו של בית המשפט בו. אם שיקולי ביטחון יכריעו את הכף, לא יהא האמון של הציבור, ולא יהא אמון של בתי המשפט בשירות הביטחון ובחוקיות חקירותיו. בלא אמון לא יכולות מערכות השלטון להפקד.

142 דאָוִד אַנְדֶרְסוֹן, A QUESTION OF TRUST: REPORT OF THE INVESTIGATORY POWERS REVIEW, chp. 13 (2015) (להלן: ANDERSON, A QUESTION OF TRUST); ראו גם רוטר חוק שירות הביטחון הכללי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 33.

143 ראו Wegge, לעיל ה"ש 140, בעמ' 693.

144 שם, בעמ' 692-691. המחלקה לענייני הקונגרס ב-CIA, המקשרת בין הסוכנות לפיקוח הפרלמנטרי עליה, מונה כארבעים עובדים. JOHNSON, SPY WATCHING, לעיל ה"ש 23, בפרק 1.

145 ראו Wegge, לעיל ה"ש 140; Peter Gill, *Intelligence, Threat, Risk and the Challenge of Oversight*, 27 INTELLIGENCE AND NATIONAL SECURITY 206, 219 (2012)

2.3.4 אתגרים בעיצוב מנגנוני פיקוח על פעילות סיגינטית

המאפיינים המיוחדים של סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק שתוארו לעיל מציבים אתגרים מיוחדים בכל הנוגע לפיקוח עליהם, אשר חלקם מתחדדים כשמדובר בפעילות סיגינטית.

בראש ובראשונה יש לתת את הדעת על המתח שבין הצורך של פיקוח אפקטיבי בגילוי מלא של מידע לבין החשאיות המובנית של הפעילות המודיעינית.¹⁴⁶ כשמתאפשרת אסימטריה במידע בין הגוף המפקח לגוף המפוקח נוצרים "שטחים מתים" המאפשרים להסתיר מחדלים ופעילות בלתי חוקית או בלתי ראויה.¹⁴⁷ משכך יש להבטיח שלמנגנוני הפיקוח יש גישה מלאה לכל מידע הנדרש להם כדי למלא את תכליתם. הטרמינולוגיה המקצועית והלשון המיוחדת של ארגוני המודיעין תורמת לערפל,¹⁴⁸ ודורשת לעיתים תיווך של גורמים פנים-ארגוניים כחלק מהפיקוח.¹⁴⁹

הצורך בשמירה על מסך החשאיות המגונן על הפעילות המודיעינית ומסתירה מפני גורמים עוינים מנוגד לרוב ניגוד ישיר לתפקודם האפקטיבי של מנגנוני הפיקוח.¹⁵⁰ כך למשל בשנות השישים שורה של גורמי פיקוח על פעילות סוכנות הסיגינט הבריטית, סוכנות התקשורת הממשלתית (GCHQ), עסקה במלאכה

146 ראו בה"ש 41 ולעיל בסעיף 2.1.

147 בלשון כלכלית, מצב של מידע אסימטרי עשוי להוביל לסיכון מוסרי (moral hazard) או לפעולה סמויה (hidden action). ראו JEAN-JACQUES LAFFONT & DAVID MARTIMORT, *THE THEORY OF INCENTIVES: THE PRINCIPAL-AGENT MODEL 3* (2002)

148 ראו MURPHY, *לעיל* ה"ש 36, בעמ' 38-54; FREDERICK A. O. SCHWARZ JR., *DEMOCRACY IN THE DARK: THE SEDUCTION OF GOVERNMENT SECRECY* 122-126 (2015); Diana Lee, Paulina Perlin, & Joseph Schottenfeld, *Gathering Intelligence: Drifting Meaning and the Modern Surveillance Apparatus*, 10 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 77 (2019)

149 בכר, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 82.

150 ראו Elizabeth Rindskopff Parker & Bryan Pate, *Rethinking Judicial Oversight of Intelligence*, in REFORMING INTELLIGENCE: OBSTACLES TO DEMOCRATIC CONTROL AND EFFECTIVENESS 51, 52 (Thomas C. Bruneau & Steven C. Boraz eds., 2007)

המורכבת של ההנדסה לאחור של תקציב הסיגינט הבריטי, שכן חלק מהמקורות התקציביים של הסוכנות הוסתרו בסעיפים אחרים בתקציב המדינה.¹⁵¹

בין הגופים המפוקחים – ארגוני הביטחון ואכיפת החוק – והגורמים המפקחים עליהם שוררת לרוב אסימטריה של מידע. ה"מונופול על מידע"¹⁵² שיש לארגוני ביטחון, לרבות על היכולת להעריך חלופות לפעילות או למדיניות, הופכים את הארגונים לבני סמכא בתחומם ומקשים על ביקורת חיצונית ממשית על פעילותם.¹⁵³ אשר על כן, מנגנוני פיקוח יעילים נדרשים הן לגישה מלאה למידע והן ליכולת הערכה עצמאית שלו – התלויה בראש ובראשונה במומחיות.

מתן גישה מלאה למידע מעלה שאלות של אמון הדדי בין הארגונים למנגנונים המפקחים עליהם. בניית האמון של ארגוני המודיעין בגורם המפקח עליהם היא תנאי לאפקטיביות הפיקוח.¹⁵⁴ המידור הפנימי, שתכליתו להגביל את מעגל הנחשפים למידע מסווג לאלו שצריכים לדעת, הוא מרכיב אינהרנטי בתרבות הארגונית של סוכנויות מודיעין. מתן הרשאת גישה מלאה לגוף המפקח לכל המידע שבארגון פוגע במידור ועשוי להיתקל בהתנגדות מטעמי ביטחון מידע.¹⁵⁵ עם זאת, מידה בריאה של חוסר אמון הדדי בין הגוף המפקח לסוכנות המפוקחת שומרת על ערנותם של שני הצדדים – של סוכנות המודיעין העומדת על המשמר מפני ריגול נגדי, ושל הגוף המפקח, שעליו להימנע מאמונה עיוורת בנכונות דיווחי הסוכנות שעליה הוא משגיח.

חוסר האמון במנגנוני פיקוח עשוי לנבוע גם מהאופן שבו הם נתפסים על ידי סוכנויות המודיעין: כגורם חיצוני, בירוקרטי וחסר מומחיות, שמטרתו לערוף ראשים, לחפש אשמים ולפגוע בהתנהלות המבצעית השוטפת. אפשר למתן

151 ראו Aldrich, לעיל ה"ש 51, בעמ' 621.

152 בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 105.

153 ראו Robert M. Chesney, *National Security Fact Deference*, 95 Va. L. Rev. 1361 (2009).

154 ראו למשל עמדת המובאות אצל BOCHEL, DEFTY, & KIRKPATRICK, WATCHING THE WATCHERS, לעיל ה"ש 20, בעמ' 165.

155 למשל, ארגוני מודיעין נוטים שלא לתת אמון בפיקוח פרלמנטרי, בראותם פוליטיקאים כ"כלי קיבול דולפים"; שם, בעמ' 59.

התנגדות זו באמצעות העלאת רמת המומחיות של מנגנוני הפיקוח, כמו גם הטלת מגבלות הנוגעות לסיווגם הביטחוני של המכונים בהם וכן מגבלות על פרסום מלא של ממצאי הביקורת.

נוסף על כך, יש לתת את הדעת על כך שפיקוח אינו אך ורק לעומתי. חלק ממטרות הפיקוח על ארגוני מודיעין ואכיפת חוק ועל פעילות של מעקב מקוון בפרט הן גם בחינת רמת היעילות והאפקטיביות של פעילות הארגונים, תוך יצירת מרחב לרפלקציה פנימית. בהתאמה, אפשר לנסח הוראות המבנות את שיקול הדעת של מנגנוני הפיקוח, כך שתכליות אלו יובאו בחשבון.¹⁵⁶ כמו כן, אומדן התרומה השולית של אמצעי מעקב מקוון למילוי תפקידי הארגון ולתמונת המודיעין הכללית הוא סוגיה מורכבת, הדורשת מתודולוגיה ייעודית כמו גם היכרות מעמיקה עם קהיליית המודיעין והכלים העומדים לרשותה.¹⁵⁷

ואולם סוגיית האמון אינה מוגבלת רק ליחסים שבין מנגנוני הפיקוח לבין ארגוני המודיעין ואכיפת החוק, אלא גם לאמון הציבור בשניהם.¹⁵⁸ להבדיל מגורמים המפקחים על תחומים "אזרחיים", הפיקוח על שירותי מודיעין ואכיפת חוק כרוך בשמירה על מידה של חשאיות, כדי שלא לפגוע ביכולות המבצעיות או להסגיר מקורות מודיעיניים. משכך, היכולת לתת פומבי לממצאי הבדיקות היא מוגבלת, ואמון הציבור באפקטיביות הפיקוח עשוי להיות מועט, בהיעדר ערוץ לפיקוח ציבורי על המפקחים עצמם.

הצורך בפיתוח מומחיות מקצועית בגוף המפקח, כמו גם בבניית האמון של ארגוני המודיעין בו כדי לאפשר שיתוף פעולה בין הצדדים, מתמרצים איש של מנגנונים אלה על ידי יוצאי המערכת המפוקחת או הכשרה מקצועית של בעלי התפקיד בגופים המפקחים על ידי המערכת המפוקחת,¹⁵⁹ דבר שעשוי לפגוע בתפיסה הציבורית של גופי הפיקוח כנטולי פניות, ולהעלות חששות

156 לדוגמה ראו ס' 2 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

157 ראו לדוגמה את ניתוח תוכנית איסוף ה־metadata של ה־NSA אצל PCL0B 2014, לעיל ה"ש 16, בעמ' 144-155.

158 ראו דברי השופט (כתוארו אז) ברק בעניין ברזילי, המובאים לעיל ה"ש 141.

159 ראו לדוגמה רויטל חובל "אנשי שב"כ הדריכו שופטים כיצד ליישם את חוק המאבק בטרור" הארץ 16.12.2018.

בדבר שבי רגולטורי. שבי רגולטורי הוא "מצב שבו קבוצות אינטרס פועלות בהצלחה להשגת מטרותיהן באמצעות מדיניות ממשלתית, על חשבון האינטרס הציבורי".¹⁶⁰ יובהר כי הגם שבבסיסן סוכנויות המודיעין פועלות לטובת אינטרסים ציבוריים של ביטחון לאומי, ייתכנו מצבים של קנאות יתר לאינטרסים אלו שיעצבו מדיניות שיש בה כדי לפגוע באינטרסים ציבוריים אחרים.¹⁶¹ מנגד, היעדר מומחיות מקצועית גם הוא עשוי להכשיר את הקרקע לשבי רגולטורי, אם הגורמים המפקחים תלויים במומחיות המקצועית של גופי המודיעין כדי לבצע את פעולתם.¹⁶² כך למשל, עד שנת 2004 הוגבלה תקופת הכהונה של חברי שתי ועדות הפיקוח על המודיעין של הקונגרס האמריקאי (ועדת הסנאט לענייני מודיעין וועדת בית הנבחרים לענייני מודיעין) לשמונה שנים, מתוך חשש לשבי רגולטורי, אך מגבלה זו הוסרה על מנת לאפשר לחברי הוועדה להמשיך ולפתח את מומחיותם בתחום.¹⁶³

חששות באשר לעצמאות הגוף המפקח עשויים להתעורר גם בשל ההתניה הנפוצה של הכהונה בו בהליך של סיווג ביטחוני,¹⁶⁴ המאפשר לעיתים לסוכנות המודיעין (ככל שזו מופקדת גם על הליך הסיווג) לסנן מועמדים בעיתיים בעיניה. תקופת כהונה ארוכה יתר על המידה עשויה גם היא לייצר פוטנציאל לשבי רגולטורי: המפקחים עשויים לאורך השנים להזדהות יתר על המידה עם הגוף המפוקח, ולעיתים אף "להתאהב" בהילת החשאיות והיוקרה האופיינית לנושאי מודיעין וביטחון.¹⁶⁵

Michael A. Livermore & Richard L. Revesz, *Regulatory Review*, 160 *Capture, and Agency Inaction*, 101 Geo L.J. 1337 (2013); על ארגוני מודיעין בהקשר זה ראו Caparini, *לעיל* ה"ש 129, בעמ' 19; SIMON CHESTERMAN, ONE NATION UNDER SURVEILLANCE: A NEW SOCIAL CONTRACT TO DEFEND FREEDOM WITHOUT SACRIFICING LIBERTY 79-80 (2011)

161 ראו לעיל בסעיף 2.2.

162 MURPHY, *לעיל* ה"ש 36, בעמ' 93-97.

163 LESTER, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 15; ראו להלן בסעיף 4.3.2.

164 לדוגמה ראו ס' 13(ד) בתזכיר חוק הסייבר, המתנה חברות בוועדה המפקחת בהחמאה ביטחוניית.

165 SCHWARZ, *לעיל* ה"ש 148, בעמ' 133-143.

בניית אמון ציבורי בגוף המפקח מחייבת שקיפות. על מנגנוני הפיקוח לשתף ככל האפשר את הציבור בממצאיהם – באמצעות פרסום גרסאות בלתי מסווגות של דיווחיהם, ככל שהדבר מתאפשר.¹⁶⁶ מרכיב נוסף של בניית האמון הציבורי הוא הבטחת עצמאותו של הגוף המפקח באמצעות מזעור החששות לניגוד עניינים ולשבי רגולטורי, בשים לב לזהות בעלי התפקידים בו, לזיקתם לארגוני המודיעין ואכיפת החוק שעל פיקוחם הם מופקדים ולתקופת הכהונה שלהם.

אתגר נוסף נוגע למשאבים ולכוח אדם. מנגנוני הפיקוח נדרשים לכוח אדם בעל מומחיות משפטית, מודיעינית וטכנולוגית. לעיתים יש לעצב מסלולי הכשרה והתמקצעות פנימיים כדי שבעלי התפקידים שגויסו ישלימו את ידיעותיהם בדיסציפלינות האחרות, שבהן לא התמחו. יתר על כן, יש צורך מתמיד ברענון גוף הידע הנוגע לפרקטיקות סיגינטיות, שממשיכות להתעדכן ולהשתכלל כל הזמן.¹⁶⁷

כדי שמנגנוני הפיקוח יהיו אפקטיביים, לא די בוועדה של ארבעה או חמישה מומחים. בספרות הדנה בפיקוח על שירותי מודיעין שבה ועולה הביקורת על תקצוב חסר שממנו סובלים גופים אלה ברחבי העולם.¹⁶⁸ גם נציב סמכויות החקירה הבריטי (PCO), להלן בסעיף 4.2.1), גוף פיקוח חריג מבחינת היקף המשאבים המוקצה לו,¹⁶⁹ טוען שהתקציב המוקצה לו אינו מספיק.¹⁷⁰

166 לא כך נעשה בחזכיר חוק הסייבר, שבו מוצע בסעיף 14(א) כי הדין והחשבון השנתי של הוועדה המפקחת יוגש לראש הממשלה בלבד. ראו להלן בסעיף 5.2.7.

167 ראו Farson, לעיל ה"ש 129, בעמ' 38.

168 ראו לדוגמה Roach, *Review and Oversight*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 183; Russell A. Miller, *Intelligence Oversight: Made in Germany*, בתוך: Goldman & Rascoff, *GLOBAL INTELLIGENCE OVERSIGHT*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 270 (להלן: Miller, *Intelligence Oversight*).

169 MURPHY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 66. משרד נציב סמכויות החקירה החליף שלושה גופי פיקוח ובקרה על פעילות סיגינטית והחל לפעול ברבעון האחרון של 2017. לפי הדוח השנתי של נציב סמכויות החקירה לשנה זו, תקציב המשרד לרבעון האחרון של 2017 עמד על כ-2.7 מיליון ליש"ט, בעוד תקציבם של שלושת גופי הפיקוח שקדמו לו בשלושת הרבעונים הראשונים של אותה השנה עמד על כ-1.4 מיליון ליש"ט. ראו Investigatory Powers Commissioner's Office, *Annual Report 2017*, (להלן: IPCO Annual Report) 107–108 (2019).

170 שם, בעמ' 11.

הקצאת משאבים לטובת פיקוח אינה מסתכמת בתקצוב מנגנוני הפיקוח, אלא גם במשאבים שהגופים המפוקחים נדרשים להפנות על מנת לתת מענה הולם לשאלות וחקירות: תיעוד אוטומטי במערכות המחשוב, הקצאת רפרנטים למענה על שאלות ולריכוז חומרים מבוקשים, כמו גם הקצאה של תשומות ניהוליות. בלי הקצאה כזו יש חשש שהסטת משאבים פנים־ארגוניים להתמודדות עם מנגנוני הפיקוח עשויה לסרב את הפעילות השוטפת ואולי לפגוע בה.¹⁷¹

יתר על כן, במקרה של פיקוח אקס אנטה, התניית אישור או הוצאת צו בנהלים מורכבים מדי עשויה להקשות על עמידה בלוחות זמנים אופרטיביים. הליך מעמיק יתר על המידה של בירור הבקשה עשוי לעכב את ביצוע הפעולה – או לאלץ את ארגוני המודיעין להסיט משאבי כוח אדם נוספים כדי להבטיח שהבקשה תאושר. סד הזמנים והלחץ הנלווה לפיקוח אקס אנטה מדגישים את הצורך בחיזוק המומחיות של מנגנוני הפיקוח.¹⁷² גורם מאשר שנעדר מומחיות מספקת עלול לעכב את תהליך האישור יתר על המידה או לאשר בקשות לצווים באופן אוטומטי, בלי בקרה מספקת.¹⁷³

171 ראו ZEGART, לעיל ה"ש 23, בעמ' 7.

172 ראו לדוגמה "האזנת סתר בחקירות פליליות" (חוות דעת של מבקר המדינה, 28.6.2010), בעמ' 61 (להלן: חוות דעת האזנות סתר 2010).

173 ראו בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 41; MURPHY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 13.

מנגנוני פיקוח ובקרה על פעילות סייגניטית

כפי שעולה מסעיף 2.3.4 לעיל, האתגרים בעיצוב מנגנוני פיקוח על פעילות סייגניטית אינם נפרדים זה מזה. יחסי הגומלין בין אתגרי החשאיות, המומחיות והאמון (בין המפקח למפוקחים, כמו גם בין המפקח לציבור) מחייבים מלאכה זהירה של איזונים, שנועדה לבסס אמון ציבורי בתקינותה, ביעילותה ובחוקיותה של הפעילות הסייגניטית של רשויות המדינה ובאפקטיביות של הפיקוח עליה. בהתאם לכך, בחלק מהמקרים נוטה בית הדין האירופי לזכויות אדם לבחון באופן הוליסטי את מערך הפיקוח הלאומי על פעילות סייגניטית, בהעריכו אם יש די בקרות נאותות שימנעו ניצול לרעה של סמכויות, תחת בחינה של הסדרי פיקוח ביחס לפעילות סייגניטית קונקרטית.¹⁷⁴

כפי שהוזכר לעיל, חשוב לתת את הדעת על כך שפיקוח אפקטיבי צריך להתבסס על מסגרת נורמטיבית ראויה.¹⁷⁵ בלי כללים המסדירים את הפעילות הסייגניטית יקשה על גורמי הפיקוח לבחון את מידת הציות לחוק של גופי אכיפת החוק והביטחון העוסקים במעקב מקוון. הדין האירופי מדגיש כי מעקב מקוון נדרש שיהיה על פי חוק, ובית הדין האירופי לזכויות אדם קבע מבחנים שלאורם תיבחן הסדרת פרקטיקות אלו בדין הלאומי.¹⁷⁶ יתר על כן, בית הדין האירופי הדגיש

174 ראו *Klass & Others v. Germany*, No. 5029/71, Eur. Ct. H.R., par. 56 (1978) (להלן: עניין *Klass*); *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, No. 35252.08, (להלן: עניין *Rättvisa*); *T. J. McIntyre, Judicial Oversight of Surveillance: The Case of Ireland in Comparative Perspective*, in *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights* 136, 149 (Martin Scheinin, Helle Krunke, & Marina Aksenova eds., 2016)

175 ראו לעיל ה"ש 129; *Ian Leigh, The Accountability of Security and Intelligence Agencies*, בתוך: Johnson, *Handbook of Intelligence*, The United Nations Special Rapporteur on the Right to Privacy, *Working-Draft Legal Instrument on Government-led Surveillance and Privacy*, art. 3(1)-(3) (version 0.7, (28.2.2018) (להלן: HRC 2018).

176 *Huvig v. France*, No. 11105/84, Eur. Ct. H.R. (1990) (להלן: עניין *Huvig*); ראו גם להלן בסעיף 4.1; כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 100-104.

כי אין די במנגנוני פיקוח כדי להכשיר פרקטיקות של מעקב שאינן מעוגנות בחקיקה מפורטת דייה.¹⁷⁷

עצם קיומם של כללים יש בו כדי לרסן את גופי אכיפת החוק והביטחון שעליהם הם חלים,¹⁷⁸ אך הם יכולים גם להקל את פעולתם באמצעות הקניית ודאות באשר למותר ולאסור מבחינה משפטית.¹⁷⁹ הדיון הציבורי על טיבם של כללים אלה מאפשר חלוקה של האחריות בין הארגונים, כל עוד אלו פועלים לפי הדין, לבין כלל המערכת הדמוקרטית.¹⁸⁰

להלן נבחן ערוצים שונים לפיקוח ובקרה על גופי ביטחון ואכיפת חוק, ועל פעילותם הסייגנטית בפרט. לנוכח היתרונות והחסרונות של כל אחד מהם, אין לראות בהם חלופות אלא רכיבים משלימים במערך פיקוח כללי.¹⁸¹ לדוגמה, אם ערוץ הפיקוח הפנימי אינו מקיים את תכליתו יש להבטיח כי יש ערוצים אחרים במערך הפיקוח המפעילים בקרה אפקטיבית.¹⁸²

177 ראו *Liberty & Others v. UK*, No. 58243/00, Eur. Ct. H.R., par. 67 (2008) (להלן: עניין *Liberty*).

178 דוח ונציה בעניין סוכנויות הסייגנט, *לעיל* ה"ש 96, בעמ' 16-20; FRA 2017a, *לעיל* ה"ש 120, בעמ' 30.

179 על היעדר חשתי משפטית בתחומים רחבים של הפעילות המודיעינית ראו בכר, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 41.

180 רוטר חוק שירות הביטחון הכללי, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 26.

181 ראו לדוגמה HRC 2010, *לעיל* ה"ש 79, בעמ' 8; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסייגנט, *לעיל* ה"ש 96, בעמ' 29-33; FRA 2017a, *לעיל* ה"ש 120, בעמ' 30, 57; Eskens, van Daalen, & van Eijk, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 35-36.

182 ראו *Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy*, par. 35 (A/HRC/34/60, 2017) (להלן: HRC 2017).

3.1 מנגנוני פיקוח פנים-ארגוניים

מנגנוני פיקוח על פעילות סייגנטית של ארגוני מודיעין וסוכנויות אכיפת חוק אינם יכולים להיות רק חיצוניים להם. ראשית, לסוכנויות המודיעין ואכיפת החוק יש אינטרסים משלהן להפעיל מנגנוני פיקוח פנימיים. פיקוח פנימי משרת מטרות ניהוליות פנים-ארגוניות ומאפשר בקרה (control) של ההנהלה על האפקטיביות המודיעינית כמו גם על היעילות התקציבית. הפיקוח הפנימי בסוכנויות מודיעין ואכיפת חוק מאפשר לארגונים לבקר את רמת הציות להוראות ולנהלים פנימיים, ולאתר מופעים של ניצול לרעה של סמכויות בידי עובדים יחידים או ריגול לטובת גורמים זרים.¹⁸³

ואכן, הדָּוֹח המיוחד של האו"ם לזכות לפרטיות ציין כי ראשית כול יש להטמיע מנגנוני אכיפת אחריותיות בתוך הרשויות העוסקות במעקב ולהבהיר מי אחראי על ציות (compliance).¹⁸⁴ כך גם דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון מדגיש כי בקרה פנימית של שירותי ביטחון היא הבטוחה העיקרית מפני ניצול לרעה של סמכות.¹⁸⁵ דוח ונציה בעניין סוכנויות הסייגנט מצייין כי לצד זאת אין להסתמך אך ורק על פיקוח פנימי,¹⁸⁶ וכך גם טיוטת המכשיר המשפטי למעקב ממשלתי

183 על הזיקה בין ריגול נגדי למנגנוני פיקוח פנימי ראו LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 47-51.

184 ראו HRC 2017, לעיל ה"ש 182, בפס' 35.

185 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 134.

186 דוח ונציה בעניין סוכנויות הסייגנט, לעיל ה"ש 96, בפס' 108; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 269; ראו גם את הערת קבוצת הבדיקה הנשיאוחית למודיעין וטכנולוגיות תקשורת, שלפיה "אל להם לאמריקאים לטעות ולחטא את אמונם בפקידי הממשל", המלמדת על חוסר האמון של הוועדה בכוחם של מנגנוני בקרה פנימיים; RICHARD A. CLARKE, CASS R. SUNSTEIN, GEOFFREY R. STONE, MICHAEL J. MORELL, & PETER SWIRE, THE NSA REPORT: LIBERTY AND SECURITY IN A CHANGING WORLD, ch. 3 (2014)

מקוון ופרטיות, שהציג הדָוּח המיוחד לענייני פרטיות.¹⁸⁷ חוות דעת של קבוצת העבודה האירופית שלפי סעיף 29 לדירקטיבית הגנת המידע ממליצה גם על החלת בקרות פנימית חזקות להבטחת ציות לדין הלאומי ולהגברת שקיפות ואחריותיות.¹⁸⁸

לסטר מבחינה בין מאפיינים של אחריותיות (accountability) פנימית בארגוני מודיעין לבין מאפיינים של אחריותיות חיצונית בהם.¹⁸⁹ לשיטתה, פיקוח פנים-ארגוני הוא במידה רבה היבט של ניהול או שליטה בארגון המודיעין, בהשוואה למבנה הפתוח יותר של הפיקוח החיצוני, הנסמך על הרצון הטוב והנכונות לשיתוף פעולה של הארגונים המפוקחים. פיקוח פנימי, לפי לסטר, מושפע מהיבטים כגון היררכיה, מורכבות המבנה הארגוני (בייחוד בהיבטים של מידור), בירוקרטיה, בחינה של חוקיות הפעולות המודיעיניות¹⁹⁰ ומידת האוטונומיה הפנימית המוקנית לארגון.

מנגנוני פיקוח וציות פנימיים נועדו גם להבטיח את אכיפתן של הנחיות חיצוניות – חקיקה, חקיקת משנה, כללים מיניסטריאליים או רפורמות פרלמנטריות.¹⁹¹

187 ראו HRC 2018, לעיל ה"ש 175. לצד ההוראות המוצעות שם בס' (13(1), 13(4) לבקרה ותייעוד פנימיים, ס' (7)3 מפרט את מרכיבי מערך הפיקוח החיצוני על פעילות סיגינטית.

188 Article 29 Working Party, *Opinion 04/2014 on Surveillance of Electronic Communications of Intelligence and National Security Purposes* 13 (819/14/EN, WP 215, 2014)

189 LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 9-28.

190 בשלושת שירותי המודיעין הבריטיים (מטה התקשורת הממשלתי, סוכנות הביון הבריטית והשירות החשאי), וכן בחלקים מקהיליית המודיעין האמריקאית, יש גופים המתווים מדיניות פנימית ומוודאים את אכיפתה. מדיניות זו עשויה להיות רלוונטית גם להיבטים של שמירה על זכויות אדם וחירויות הפרט שטרם הוגדרו בדברי חקיקה מפורטים. ראו לדוגמה את פרשת הטיפול הכושל של השירות החשאי הבריטי במידע אישי רגיש, לעיל ה"ש 10, שזוהתה לראשונה כבעייתית בשל אי-הלימה עם מדיניות פנימית, עוד בטרם הושלמה מלאכת החקיקה של חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

191 Iain Cameron, *Beyond the Nation State: The Influence of the European Court of Human Rights on Intelligence Accountability, in WHO'S WATCHING THE SPIES? ESTABLISHING INTELLIGENCE SERVICE ACCOUNTABILITY* 34, 41 (Hans Born, Loch K. Johnson, & Ian Leigh eds., 2005); PETER GILL &

תשתית פיקוח פנימית אפקטיבית חשובה גם כדי לתמוך בהעברת מידע למגוונני פיקוח חיצוניים, וכדי שאלה יוכלו לייחס למידע זה אמינות.¹⁹² להבדיל ממגוונני פיקוח פרלמנטריים חיצוניים, מגוונני פיקוח פנימיים מאפשרים תגובתיות מהירה החפה משיקולים פוליטיים.

כלי האיסוף, הניתוח והעיבוד של תקשורת נתונים הם מטבעם כלים ממוחשבים. משכך, שכבה ראשונה של פיקוח על פעילות סיגינטית שבה אפשר לעשות שימוש – ואפשר שכבר נעשה בה שימוש – היא תיעוד פנימי, ממוכן, של גישת המשתמשים השונים בארגון לחומר המודיעיני ושל השימוש שנעשה בו.¹⁹³

דוח; MARK PHYTHIAN, INTELLIGENCE IN AN INSECURE WORLD 161 (3rd Edition, 2018); ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 135; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 23.

192 ראו רוטר "על ייעודם ותפיסתם תפקידם", לעיל ה"ש 23, בעמ' 16. נתונים סותרים, חלקיים או חסרים עלולים לפגוע ביכולת הבקרה על פעילויות סיגינטיות. כך למשל, ארגון זכויות האדם Privacy International הצביע על אי-התאמה בין דיווחי הרשות השופטת במקסיקו לאלו של דיווחי התביעה הכללית באשר למספר הבקשות ליירוט תקשורת שהוגשו בחלק ממדינות הפדרציה. ראו Privacy International, *The Right to Privacy*, לעיל ה"ש 127, בפס' 21-26.

193 Her Majesty's Inspectorate of Constabulary, *Raising the Standard: A Thematic Inspection of Professional Standards*, 128-129 (2006); TIM PRENZLER, POLICE CORRUPTION: PREVENTING MISCONDUCT AND MAINTAINING INTEGRITY 127-128 (2009); ראו גם דברי היועץ העצמאי לחקיקה בענייני טרור, המתאר את תהליכי היירוט של מטה התקשורת הממשלתי (GCHQ): "בחירת המטרות המודיעיניות שבהן יעיינו האנליסטים של הסוכנות מבוקרת באמצעות תהליך פנימי, שבו נוצרת רשומה קבועה הניתנת לביקורת (a permanent auditable record for Fundamental Rights, *Surveillance by Intelligence Services: Fundamental Rights Safeguards and Remedies in the EU vol. II*, 86 (2017) (להלן: FRA 2017b). ראו גם ס' 7(ב) לחוק נתוני תקשורת, שלפיו "פעולות המבוצעות במאגר נתוני זיהוי (תקשורת) יתועדו באופן שיאפשר פיקוח ובקרה". הוראה דומה באשר להעברת נתוני הזיהוי מהמאגר לרשויות חוקרות אחרות מצויה בס' 8 לחוק נתוני תקשורת; כן ראו תקנה 3 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (העברת נתונים ממאגר נתוני זיהוי לרשות חוקרת אחרת), התשע"ז-2017, ק"ח 1326 (להלן: תקנות העברת נתוני תקשורת); תקנה 5 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (מאגר נתוני זיהוי תקשורת), התשס"ט-2008, ק"ח 280 (להלן: תקנות מאגר נתוני זיהוי תקשורת).

נוסף על הגבלה מראש של הרשאות הגישה למידע, מערכות בקרה אוטומטיות יכולות, בהסתמך על תיעוד הגישה למידע, לזהות שימוש חריג בו ולהתריע על מקרים של ניצול לרעה או דלף מידע. חשיבותן של מערכות כאלו עולה במקום שבו הדין מאפשר איסוף גורף של נתונים, אך מציב מגבלות על השימוש במידע (לתכליות מוגדרות בלבד ובדרכים מסוימות בלבד).¹⁹⁴ יתר על כן, ניתוח של תיעוד ממוכן כזה יכול לאפשר לאורך זמן לארגוני המודיעין להציג בפני מנגנוני פיקוח אחרים נתונים אמפיריים בדבר האפקטיביות של המודיעין שהופק בנוגע ליעדים מודיעיניים קונקרטיים.¹⁹⁵

מנגנוני פיקוח פנימיים נוספים על סוכנויות מודיעין ואכיפת חוק בכלל ועל פעילותם הסיגינטית בפרט הם שומרי סף ארגוניים קלאסיים – מוסד מבקר הפנים והייעוץ המשפטי הפנימי. דוח משנת 2017 של הסוכנות האירופית לזכויות יסוד מצטט מומחה שהעדיף להישאר בעילום שם, שהדגיש את חשיבות המחלקה המשפטית כגורם ביקורתי פנים-ארגוני.¹⁹⁶

בכר טוען שלעיתים קרובות היועץ המשפטי בארגון הוא הגורם המשמעותי ביותר – בהשוואה לבית המשפט, לפרקליטות או לגורמים חוץ-ארגוניים במערך הייעוץ המשפטי – שיכול להחליט החלטה מושכלת מבלי להיכנע ללחצים הנלווים לטעונונים ביטחוניים, בעיקר כיוון שהוא גורם פנימי המכיר את המשקל האמיתי של האינטרסים העומדים על כך המאזניים.¹⁹⁷ בכר סבור כי על היועץ

Committee on Responding to Section 5(d) of Presidential Policy Directive 28 et al., *Bulk Collection of Signals Intelligence: Technical Options*, 57 (2015) 194

Jonathan H. Marks, *9/11 + 3/11 + 7/7 = ?*, *What Counts in Counterterrorism*, 37 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 101, 154-156 (2006); Kathleen Clark, *The Architecture of Accountability: A Case Study of the Warrantless Surveillance Program*, 2010 BYU L. REV. 357, 404-405; Njord Wegge & Thorsten Wetzling, *Contemporary and Future Challenges to Effective Intelligence Oversight*, in INTELLIGENCE OVERSIGHT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY (Ian Leigh & Njord Wegge eds., 2019) (הספר להלן): Leigh & Wegge, INTELLIGENCE OVERSIGHT

196 FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 60.

197 בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 69-70.

המשפטי בארגונים ביטחוניים חלה אחריות מיוחדת, בשל היכרותו האינטימית עם המטרייה הביטחונית, להטיל את מלוא כובד משקלו על מנת להבטיח איזון ראוי בין אינטרסים ביטחוניים לבין זכויות אדם ואזרח.¹⁹⁸ ליועץ המשפטי יש תפקיד של מתווך בין התרבות הארגונית החשאית, על הנומנקלטורה המיוחדת לה, לבין המערכת המשפטית וגורמים ממלכתיים חיצוניים לה, ועליו לוודא כי המידע המוצג להם הוא מלא ורלוונטי.

לצד תפיסת התפקיד שבכר מתאר, הוא מתאר גם את הצורך בפיתוח עמידות בפני מנגנוני החלשה ארגוניים העשויים לערער אותה: "תרבות של קריצה" המצדיקה חריגה מסמכות למען האתוס הארגוני;¹⁹⁹ הציפייה מיועץ משפטי למצוא דרכים יצירתיות להכשיר משפטית פרקטיקות בלתי ראויות;²⁰⁰ טענות שלפיהן היועץ המשפטי מוגבל לבחינת חוקיותן של פעולות או מדיניות, מבלי להידרש לשאלות רחבות יותר של מוסר וצדק; ואווירה ארגונית מצמצמת, הממדרת ומדירה את הייעוץ המשפטי מהפעילות המבצעית של הארגון.²⁰¹ אכן הייעוץ המשפטי בארגונים ביטחוניים מסוימים סובל מתדמית פנימית של גורם מעכב, מכשיל וזהיר יתר על המידה, המונע מהארגון לפעול באופן אפקטיבי.²⁰²

198 שם, בעמ' 83. ראו גם רוטר "על ייעודם ותפיסת תפקידם", לעיל ה"ש 23, בעמ' 51.

199 בעיות משבר, כאשר גובר הלחץ על ארגוני המודיעין ואכיפת החוק להציג חוצאות, גדל גם הלחץ על גורמי הפיקוח הפנימיים, וכן על מנגנוני הפיקוח האקזקוטיביים שמעליהם, להפנות את מבטם הצידה על מנת לאפשר זאת. Peter Gill, *Democratic and Parliamentary Accountability of Intelligence Services After 9/11*, in *DEMOCRATIC CONTROL OF INTELLIGENCE SERVICES: CONTAINING ROGUE GILL, Democratic* (להלן: ELEMENTS 195 (Hans Born & Marina Caparini eds., 2007). (*Accountability*).

200 טענה שגורה של הגנרל מייקל היידן, שכיהן כראש ה-CIA, הייתה שחובת המוסרית היא להגיע לנקודת הקיצון הגבולית ביותר המותרת לפי חוק, על מנת להגן על המדינה מאויבה. מובא אצל LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 194.

201 בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 77-80. ראו גם רוטר "על ייעודם ותפיסת תפקידם", לעיל ה"ש 23, בעמ' 59. האשמות דומות הופנו גם אל מערך הייעוץ המשפטי והבירוקרטיה של ה-CIA, ראו לדוגמה LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 37-38.

202 שם, בעמ' 45.

שומר סף נוסף הוא מבקר הפנים של הארגון. מבקר הפנים הוא בדרך כלל זרועה הארוכה של ההנהלה, וביכולתו להסב את תשומת ליבה לתקלות ולאיסדרים שאיתר כדי שתפעל לתקנם בהקדם.²⁰³ בכל הנוגע לארגוני מודיעין ואכיפת חוק, אפשר ורצוי לחזק את האייתלות של מבקרי הפנים בהוראות סטטוטוריות.²⁰⁴ כך למשל מבקר הפנים בשב"כ חב גם בחובת דיווח לדרג המדיני והפרלמנטרי,²⁰⁵ והליכי המינוי וההשעיה שלו מחזקים את אייתלותו הארגונית.²⁰⁶ במדינות שונות מוקנות מידות שונות של עצמאות ליחידות ביקורת הפנים בסוכנויות מודיעין, בשים לב לכפיפותן הארגונית ולגורמים החיצוניים שלהם הן מדווחות.²⁰⁷

במצב דברים שבו הרשות המבצעת מתנהלת לצד פרלמנט שאינו מפעיל איזונים ובלמים נאותים, קאטיאל טוען כי יש לעבור למודל של "הפרדת רשויות פנימית" – הסתמכות על מומחיות ובירוקרטיה בתוך סוכנויות הממשל על מנת שאלו ישמשו כגורמי בקרה ואיזון. סינאר, בעקבותיו, מצביעה על מבקרי הפנים כממלאים פונקציה זו.²⁰⁸ בכובע זה סינאר רואה בביקורת הפנימית, לצד תרומתה לניהול האפקטיבי של הארגון, גורם האמון על הגנה על זכויות אדם.²⁰⁹ רוטר סבור כי אין זה ראוי שמבקר המדינה, החיצוני, יתערב בשאלות של

203 רוטר "על ייעודם וחפיסה חפידם", לעיל ה"ש 23.

204 ראו דוגמאות אצל Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 78-79.

205 ראו לדוגמה בג"ץ 5682/02 פלוני נ' ראש ממשלה ישראל, פ"ד נז(3) 84, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).

206 רוטר "על ייעודם וחפיסה חפידם", לעיל ה"ש 23; השו"ס 13(א) לחוק השב"כ עם ס' 2(ב) לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, ס"ח 198. כן ראו את הוראות ס' 13(ה) לחוק השב"כ.

207 לדוגמה, השו"ס בין הדגמים (האמריקאי, האוסטרלי והקנדי) המתוארים אצל Farson, לעיל ה"ש 129, בעמ' 34-36.

208 Katyal, לעיל ה"ש 25: *Protecting Rights from within: Inspectors General and National Security Oversight*, 65 STAN. L. REV. 1027 (2013) (להלן: Sinnar, *Protecting Rights*).

209 שם, בעמ' 1056-1058.

מדיניות, אולם מעורבות של מבקר הפנים בעניינים אלה עשויה להיות לגיטימית יותר ואף מועילה לארגון.²¹⁰

אם כן, מבקר הפנים בסוכנויות מודיעין ואכיפת חוק הוא תפקיד "מותח גבולות" (boundary spanner), בלשונה של לסטר, שאחראי לא רק כלפי הארגון פנימה אלא גם כלפי חוץ.²¹¹ מבקר הפנים יכול לשמש כ"מצפון של השר האחראי".²¹² לצד היתרונות של גורם פנים-ארגוני, אשר יכול לזהות ולהביא לתיקון כשלים בטרם יאותרו על ידי פיקוח חיצוני, הדואליות שבתפקיד עשויה להיות לו לרועץ. בספרות המחקר בתאוריה ארגונית הועלתה ההשערה שארגונים העוסקים ב"טכנולוגיה אינטנסיבית" (intensive technology)²¹³ נוטים להרחיק את היחידות הארגוניות המעורבות ב"מתיחת גבולות" מליבת הפעילות שלהם.²¹⁴ מאפיין זה של ביקורת הפנים בסוכנות הביון המרכזית (CIA), שנטתה להיות לעומתית כלפי פנים, עשוי לאשש השערה זו באשר לביקורת פנים בארגוני ביטחון ואכיפת חוק.²¹⁵

מנגנון פיקוח אפשרי נוסף הוא נציב תלונות פנימי, רשמי או לא רשמי, המשמש מען פנימי לעובדי הארגון המעוניינים להצביע על כשלים במערכת או להתמודד

210 רוטר "על ייעודם ותפיסתם תפקידם", לעיל ה"ש 23, בעמ' 31.

211 LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 60.

212 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 144.

213 תומפסון מפריד בין שלושה סוגי טכנולוגיות: טכנולוגיה מתווכת, שבה משתמשים ארגונים המקשרים בין לקוחות ובעלי עניין, דוגמת ארגוני בנקאות; טכנולוגיה משורשרת (long-linked), שבה כל שלב תלוי בהשלמת השלב הקודם לו – דוגמה טיפוסית היא פס הייצור; וטכנולוגיה אינטנסיבית, התלויה בהיזון חוזר מתמשך מהמושא של פונקציית המטרה שלה. חדר ניתוח, למשל, פועל בטכנולוגיה אינטנסיבית, ופועלת על החולה (המושא של פונקציית המטרה של החדר הניתוח) מתבססת על תגובותיו ומשתנה בהתאם להן. JAMES D. THOMPSON, ORGANIZATIONS IN ACTION 16-17 (1967).

214 Howard Aldrich & Diane Herker, *Boundary-Spanning Roles and Organization Structure*, 22 (2) ACADEMY OF MANAGEMENT REV. 217 (1977).

215 LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 70.

עם דילמות אתיות.²¹⁶ מנגנונים מעין אלה מציעים לעובדים ערוץ פורמלי פחות שדרכו אפשר להצביע על בעיות בארגון ולקדם שינוי ארגוני, כחלופה לניסיונות של עובדים לעשות "מעשה סנודן" ולהביא לשינוי של מדיניות ארגונית באמצעות הדלפות לתקשורת.²¹⁷

כמנגנון פיקוח, נציב תלונות פנימי הוא ריאקטיבי בלבד, בהתבססו על פניות פנימיות, ועשוי לשמש כמנגנון השתקה של תלונות פנימיות בארגון ולא להביאן לכדי תיקון.²¹⁸ עם זאת, עמדות המטילות ספק בכוחם של מנגנוני הפיקוח החיצוניים לחדור דרך מסך החשאיות ולקבל תמונה מלאה של הנעשה בארגוני המודיעין ואכיפת החוק גורסות כי יש לטפח את המוסריות של אנשי הארגון ולנטוע בהם חוש אתי חזק.²¹⁹ משכך מומלץ לארגונים אלה לנסח כללי אתיקה פנימיים.²²⁰

216 במטה התקשורת הממשלתי הבריטי (GCHQ) יש יועץ אתיקה, והעובדים מוזמנים לפנות אליו כדי להעלות דילמות וחששות אתיים. ראו Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, *A Democratic Licence to Operate: Report of the Independent Surveillance Review*, par. 3.42 (2015) (להלן: RUSIDSS 2015). תפקיד דומה מצוי גם בשירות החשאי הבריטי (MI5), ראו Intelligence and Security Committee, *Annual Report 2007–2008*, par. 66 (2009).

217 מובן שאין מדובר רק בפרשת סנודן. לדוגמאות נוספות ראו LESTER, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 52–55. ראו גם עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד ראש הממשלה, *לעיל* ה"ש 44, הערתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בפס' יג לפסק דינו: "עדיף עשרות מונים גילוי יזום על הידרשות מאוחרת להדלפות וסחרור". בהיעדר מען אפקטיבי לתלונות עובדים בארגוני הביטחון ואכיפת החוק גדל הסיכון להדלפה; ראו *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, par. 36 (A/70/361 73(b), 2015) (להלן: UN 2015).

218 ש.ס.

219 JONES, *Intelligence Ethics*, *לעיל* ה"ש 141, בעמ' 35–37; REGINALD V. JONES, REFLECTIONS ON INTELLIGENCE 35 (1989); Michael Skerker, *Interrogation Ethics in the Context of Intelligence Collection*, in ETHICS OF SPYING 141, 144 (Jan Goldman ed., 2006).

220 BORN & LEIGH, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 47–48.

מנגנוני פיקוח פנימיים נהנים אפוא מיתרונות מבניים של חשיפה מלאה למידע. הם חיוניים לארגון על מנת להגשים את מטרותיו שלו – באמצעות חיזוק השליטה ההיררכית הפנים־ארגונית ובאמצעות הצבת בקורות מפני דלף מידע. ואולם הם עשויים לסבול מ"שטחים מתים" – דבקות יתר באתוס הארגוני עשויה להשפיע על האופן שבו יאוזנו אינטרסים ביטחוניים למול אינטרסים של זכויות אדם ואזרח. למנגנוני פיקוח פנימיים יש גם נטייה להתמקד בהיבטים של בקרה פנים־ארגונית – לתכליות של שליטה וניהול – ובהבטחת ציות לחוק. אלא שהצבת היעד של ציות לחוק עשויה להוביל לפרשנויות משפטיות מרחיקות לכת של הדין, החורגות מתכליותיו.²²¹

מכשול נוסף הניצב לפני מנגנוני פיקוח פנימיים הוא הצנזורה העצמית המופעלת על ידי עובדי הארגון – כאשר עובדי הארגון בוחרים באופן עצמאי להסתיר מידע שיש בפרסומו כדי להזיק לארגון או לחברה כולה. זהו פן של "תרבות הקריצה" שבכר מתאר.²²² מגל²²³ מונה תמריצים לצנזור עצמי בארגונים צבאיים, שחלקם רלוונטיים גם לסוכנויות מודיעין ואכיפת חוק: חשש מענישה לא רשמית על ידי עמיתים וממונים,²²⁴ לרבות התנכרות ובידוד חברתי של העובד המתלונן; חשש מהשפעות שליליות על עתיד הקריירה בארגון;²²⁵ הצורך הפסיכולוגי בדימוי עצמי חיובי גם לנוכח השתתפות אקטיבית או פסיבית בפעילות בלתי מוסרית או בלתי חוקית; הרצון לשמור על הדימוי המוסרי של הארגון או של היחידה או על היוקרה הלאומית; וכמו כן, "אחוות לוחמים".

פיקוח פנימי נגוע מטבעו בחוסר עצמאות. מנגנוני הפיקוח הפנימיים כפופים על פי רוב להנהלת הארגון ומשכך – לפחות למראית עין – החלטותיהם עשויות להיות מוטות לטובת האינטרסים הארגוניים. אפשר לעצב נהלים ארגוניים המצמצמים חששות אלו, כך שגורם הפיקוח הפנימי יהיה מנוע מלבדוק עניינים

221 ראו לעיל בסעיף 2.3.3.

222 בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 78-79.

223 Magal, לעיל ה"ש 41.

224 ראו גם UN 2015, לעיל ה"ש 217, בפס' 26.

225 על ארגונים צבאיים בהקשר זה ראו John M. Donnelly, *Pentagon Harbors Culture of Revenge Against Whistleblowers*, ROLL CALL (25.2.2019)

שבהם הוא עצמו מעורב, אך אין בכך כדי לפוגג לחלוטין חששות של היעדר עצמאות מלאה בהפעלת שיקול דעת. חששות אלו מהיעדר עצמאות, לצד מסך החשאיות המונע מהציבור גישה לעובדות שעליהן התבססו החלטות הגורמים המפקחים, מקשים על שימור אמון הציבור באפקטיביות וביושרה של מנגנוני הפיקוח הפנימיים, כמו גם באלו של הארגונים המפקחים על ידם.²²⁶

226 לדוגמה, בחפיקד הממונה על מבקר תלונות נחקרים בשב"כ (להלן: מבח"ן), מוסד שהוקם בעקבות המלצות ועדת לנדוי, כיהן עד שנת 2013 עובד השב"כ. המבח"ן בודק תלונות נחקרים ומחליט אם יש לפתוח בחקירה או לגנוז את התלונה, ומעביר את המלצתו לגורם המוסמך להורות על כך (ראו בג"ץ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' ה-1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 6.8.2012). (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים 2012); בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 38 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם באר"ש, 12.12.2017)). ארגוני זכויות אדם מתחו ביקורת על כך שהליך הבדיקה המקדמית של תלונות על עינויים או על התעללות חוקרים נעשה על ידי איש פנים בשב"כ, בטענה שראוי להעביר תלונות כאלה ישירות למחלקה לחקירות שוטרים, במיוחד לאור החשש שמא הכפיפות הארגונית של המבח"ן עשויה לגרום לו לתת אמון עודף בגרסאות עמיתיו לשירות (ראו מרדכי קרמניצר "אמצעים להתמודדות עם הטרור: עינויים" על חבל דק: המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם 43, 64-67 (מרדכי קרמניצר ואחרים עורכים, 2017). לפי סי' 1ט49 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], החש"א-1971, נ"ח 17, 390, עבירות של עובדי שירות הביטחון נחקרות על ידי המחלקה לחקירות שוטרים. ראו גם קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 69, בסעיף ד.1. חיזוק לחששות אלו ניתן היה למצוא בעובדה שמנגנון הבדיקה המקדמית של המבח"ן לא הביא בפועל לפתיחה בחקירה פלילית של התלונות הרבות שהוגשו במסגרתו. ראו למשל עניין הוועד הציבורי נגד עינויים 2012, שם, הערתו של השופט פוגלמן בפסי' 3 לפסק דינו; יותם ברגר "מאות נחקרים התלוננו, אך משרד המשפטים לא פתח באף חקירה נגד איש שב"כ" הארץ 7.12.2016; יותם ברגר "אחרי גניזת אלף תלונות, משרד המשפטים פתח בחקירה פלילית נגד חוקר שב"כ" הארץ 25.1.2018. טענות דומות נשמעו בנוגע לטריבוונל סמכויות החקירה הבריטי (להלן בסעיף 4.2.3), שבחחילה דרכו לא הכריע לטובת המתלוננים. ראו - Donohue, *Anglo-American Privacy*, לעיל ה"ש 23. הכפיפות הארגונית של מוסד המבח"ן הועברה למשרד המשפטים בשנת 2013, ומאז הוא אינו מהווה מנגנון פיקוח פנימי.

3.2 מנגנוני פיקוח חיצוניים

בחלקים הבאים יתוארו כמה מנגנוני פיקוח חיצוניים על פרקטיקות של מעקב מקוון.²²⁷ לצד הפיקוח הפנים-ארגוני, היסודות העיקריים במערך הפיקוח על פעילות סיגינטית הם הביקורת הפרלמנטרית, הביקורת השיפוטית ונציבות התלונות (או האומבוסמן).²²⁸ נוסף לאלה נתייחס לבקרה אקזקוטיבית על ידי הרשות המבצעת. אומנם בקרה זו חיצונית לארגון, אך לעיתים היא אינה אלא בקרה מינהלית, במסגרת הפעלה של סמכות היררכית, ולא ביקורת מהותית מלאה. כמו כן נתייחס למודלים של גופי פיקוח עצמאיים, שהולכים ותופסים את מקומם כנדבך חשוב במערך הפיקוח. יוער כי במחקר לא נדון פיקוח ציבורי באמצעות ארגוני החברה האזרחית והאקדמיה, שניזון על פי רוב מדיווחי מערך הפיקוח המוסדי.²²⁹

לצד פיקוח אקזקוטיבי של הרשות המבצעת, שאותו אפשר לסווג כפיקוח חיצוני למחצה (ראו להלן בסעיף 3.3), על שתי רשויות השלטון הנותרות לפקח גם הן על פעילות סיגינטית. מאחר שהסמכות והלגיטימיות של סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק מתבססות על חקיקה פרלמנטרית, ראוי שהרשות המחוקקת

227 לטקסונומיה זו של מנגנוני פיקוח ולמשיקות לה ראו לדוגמה דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 76; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 63-72; Hillebrand, לעיל ה"ש 23, בעמ' 307-309; Gill & Phythian, לעיל ה"ש 191, בפרק 8.

228 ראו לדוגמה HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' c(7)3 (המוסיף עליהם גוף פיקוח עצמאי חיצוני).

229 אומנם לפיקוח ציבורי על פעילות סיגינטית יש אפקטיביות פוטנציאלית חלקית, אולם בהיעדר נכונות לשיח עם האקדמיה וארגוני החברה האזרחית או נכונות להגביר את מידת השקיפות של הפעילות הסיגינטית פוטנציאל זה אינו ממומש. ראו COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 59-60; FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 30; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 15.

תפקח על פעילותו.²³⁰ הצדקות דומות אפשר למצוא להחלת פיקוח שיפוטי על פעילות סייגניטיבית, וביתר שאת משום שסמכויותיה מבוססות על פרשנות מסוימת של החוק.²³¹

חסרונותיהם של מנגנוני הפיקוח הפנימיים שתוארו לעיל – נטייתם להתמקד בבקרה מינהלית על הפעילות הסייגניטיבית ובהיבטים של ציות לחוק, לעיתים תוך מתיחת גבולות הפרשנות; ההטיה של שיקול הדעת לטובת האתוס הארגוני והאינטרסים הביטחוניים; והחששות מפני צנזורה עצמית וטיוח – מחדדים את הצורך במנגנוני פיקוח חיצוניים, משלימים ועצמאיים.

כפי שצוין לעיל, עצם קיומם של מנגנוני פיקוח חיצוניים מייצר את אפקט הצופה, המרסן את סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק ומשפר את ביצועי הארגון הנבחן.²³² מנגנוני פיקוח חיצוניים, המתווים ביתר בהירות את גבולות הגזרה של המותר והאסור בפעילות הסייגניטיבית, יכולים לשמש גם כגורם מאפשר (enabler), המקטין את סביבת האיודאות הסטטוטורית שבה פועלים ארגונים אלה.²³³

נוסף על כך, מנגנוני פיקוח חיצוניים אפקטיביים יכולים לתרום לאמון הציבור וללגיטימיות של פעילות הארגונים.²³⁴ מנגד, ארגוני מודיעין עשויים לראות

230 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 155.

231 ראו ה"ש 137 לעיל.

232 Deeks, *The Observer*, לעיל ה"ש 20.

233 CHESTERMAN, לעיל ה"ש 160, בעמ' 222.

234 ראו לדוגמה את השימועים של ועדת החקירה של הקונגרס בראשות הסנאטור פרנק צ'רץ (the Church Committee), שחקרה פעילות בלתי חוקית של קהילת המודיעין האמריקאית. לפי LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 93, מטרתם הייתה "לטפק לגיטימציה סמלית למוסדות השלטון"; כן ראו לדוגמה את עמדת איגוד שופטי השלום הבריטים (Magistrates' Association), המובאת אצל ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 9.99, שלפיה התנייה בקשות של רשויות מקומיות להשגת נחוני תקשורת באישור שיפוטי מקדמת אמן בלגיטימיות ובהוגנות של ההליך. ראו גם CHESTERMAN, לעיל ה"ש 160, בעמ' 208; FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 29; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 63; Miller, *A Pantomime of Privacy*; לעיל ה"ש 75, בעמ' 2; BOCHEL, DEFTY, & KIRKPATRICK, לעיל ה"ש 175, בעמ' 71; WATCHING THE WATCHERS, לעיל ה"ש 20, בעמ' 4.

במנגנוני פיקוח חיצוניים מנגנונים המדללים את אחריותם שלהם ונושאים עימם בנטל האשמה כאשר מתגלה מחדל מודיעיני או חוקי.²³⁵ במערך שבו יש גורמים מפקחים רבים, חיצוניים ופנימיים, עשוי להתעורר מצב של ביזור אחריות. במצב זה קטנים התמריצים של כל אחד ממנגנוני הפיקוח להשקיע את מרב התשומות כדי לפעול באפקטיביות, מתוך הנחה ששאר הגורמים במערך הפיקוח יישאו בעלות הפיקוח.²³⁶ עבור חלק ממנגנוני הפיקוח החיצוניים, בקרה על פעילות סיגינטית היא משימה אחת מני רבות, ורב הפיתוי להסתמך על שאר גורמי הפיקוח שיעשו מלאכתם נאמנה.

בשעה שגורמי פיקוח פנים־ארגוניים נהנים על פי רוב מחשיפה כמעט מלאה למידע, אחד האתגרים של מנגנוני הפיקוח החיצוניים על פעילות סיגינטית הוא אסימטריה במידע. נוסף על כך, מעבר להיבטים של היקף הגישה למידע, פיקוח חיצוני אפקטיבי נדרש למומחיות טכנית, מודיעינית ומשפטית כדי לנתח את המידע כראוי, כמו גם למשאבים נאותים כדי להתמודד עם גודש המידע.

3.2.1 פיקוח פרלמנטרי

בניגוד לפיקוח פרלמנטרי על ארגוני משטרה, פיקוח פרלמנטרי על סוכנויות מודיעין הוא בגדר חידוש יחסי.²³⁷ שנים ארוכות היה הפיקוח הפרלמנטרי על

235 LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 7-8.

236 Tobias T. Gibson, *Multiple Principals and the (Lack of) Intelligence Oversight*, 5 NAT'L SEC. L.J. 239, 265 (2017); ראו גם Braat & Baudet, לעיל ה"ש 23, בעמ' 231. ראו גם בג"ץ 2581/91 סלחאת ני ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837, פס" 6 לפסק דינו של השופט ש' לוי (1993), שבו בחר בית המשפט העליון שלא לדון בהמלצות ועדת לנדוי באופן כללי, בהיעדר מקרה קונקרטי, בהסתמך על עצם קיומם של מנגנוני בקרה אחרים.

237 ZEGART, לעיל ה"ש 23, בעמ' 20-30; Born, *Parliamentary Oversight*, 170, 168, בעמ' 79, לעיל ה"ש 79, בעמ' 170; BOCHTEL, DEFTY, & KIRKPATRICK, WATCHING THE WATCHERS, לעיל ה"ש 20, בעמ' 27-36; LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 76; Loch K. Johnson, *Establishment of Modern Intelligence Accountability, in US NATIONAL SECURITY INTELLIGENCE AND DEMOCRACY: FROM THE CHURCH COMMITTEE TO THE WAR ON TERROR* 37 (Russell A. Miller ed., 2008) (להלן: Johnson, *Establishment*).

סוכנויות מודיעין רופף או שלא היה קיים כלל, בשל מסורות שלפיהן המסתורין של העיסוק במודיעין הוא נחלתם של ה"מבוגרים האחראים" (הממשלה וסוכנויות המודיעין),²³⁸ ובשל תפיסות חוקתיות המחריגות את ענייני החוץ והמודיעין מהפיקוח הפרלמנטרי.²³⁹ תהליכי הדמוקרטיזציה שעברו בשלהי המאה העשרים מדינות שהיו בעלות משטרים אוטוריטריים תרמו להחלת פיקוח פרלמנטרי על סוכנויות המודיעין.²⁴⁰

העמדה הראויה לדעתנו היא כי במשטר דמוקרטי, חרף מסורות אלו או אחרות, יש להחיל פיקוח פרלמנטרי על סוכנויות מודיעין ואכיפת חוק. במדינות אירופיות רבות סמכות זו נגזרת מהמנדט הכללי של הרשות המחוקקת לפקח על הרשות המבצעת.²⁴¹ ראוי ודרוש כי הרשות המחוקקת תפקח ותוודא כי הוראות החקיקה שניסחה מבוצעות בנאמנות,²⁴² וכי סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק עושות שימוש ראוי בסמכויות הסטטוטוריות שהוקנו להן,²⁴³ תוך שמירה על זכויות אדם.²⁴⁴ עם זאת, יש הסבורים כי מעקרון הפרדת הרשויות מתחייב כי הכרעות בנוגע לשמירת זכויות אדם במסגרת פעילות סייגניטית ייעשו על ידי הרשות השופטת, ואילו הפיקוח הפרלמנטרי ראוי שיתמקד בהיבטים של הפעילות הסייגניטית שקשורים להחלטות פוליטיות, דוגמת זהותם של יעדי המעקב ותעדופים במסגרת הצי"ח המודיעיני.²⁴⁵

238 ANDREW, לעיל ה"ש 86, בעמ' 753.

239 JOHNSON, SPY WATCHING, לעיל ה"ש 23, בפרק 1.

240 דוגמת פולין, דרום קוריאה וארגנטינה. ראו Born, *Parliamentary Oversight*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 169.

241 COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 45.

242 CONGRESS INVESTIGATES: A CRITICAL AND DOCUMENTARY HISTORY vol. I xxi (Roger A. Bruns, David L. Hostetter, & Raymond W. Smock eds., 2011)

243 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 113, Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 71.

244 Born, *Parliamentary Oversight*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 164.

245 דוח ונציה בעניין סוכנויות הסייגנט, לעיל ה"ש 96, בפס' 108-109. עמדה זו מתייחסת בעיקר להיבטים של פיקוח אקס אנטה.

כמו כן, פיקוח על ידי נציגים נבחרים נהנה מלגיטימיות דמוקרטית.²⁴⁶ בלי בקרה פרלמנטרית גובר הסיכון ליצירת "שטחים מתים" החסינים מביקורת דמוקרטית, אשר יאפשרו לארגוני המודיעין ואכיפת החוק לשרת אינטרסים פוליטיים צרים של הגורמים המיניסטריאליים שלהם הם כפופים.²⁴⁷

לחברי בית הנבחרים יש הכוח לתרגם את הממצאים העובדתיים שנתגלו אגב פיקוח לכדי רפורמה בחקיקה, או לאיים במניעת תקציבים מסוכנויות הביטחון ואכיפת החוק אם אלו לא יפעלו בהתאם לחוק. בהינתן תקציבי העתק של שירותי הביטחון ואכיפת החוק, שנתח נכבד מהם מיוחס לפיתוח ולשימור של יכולות סיגינטית,²⁴⁸ אין להחריג אותם מהביקורת הפרלמנטרית על הוצאת כספי הציבור.²⁴⁹

לרוב, המנדט של פיקוח פרלמנטרי על סוכנויות מודיעין מוגבל לתחומי מדיניות ותקצוב,²⁵⁰ אך יש גופי פיקוח פרלמנטריים המעורבים בבקרה על פעילות מבצעית.²⁵¹ יש הסוברים כי אופיו של הפיקוח הפרלמנטרי אינו מתאים לבקרה שוטפת, שיורדת לפרטי הפרטים של השימוש, השיתוף והאיסוף של מידע אגב

246 COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 45.

247 Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 71; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 77; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 155.

248 ראו לעיל ה"ש 51.

249 Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 71; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 77, 82; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 45; Born, *Parliamentary Oversight*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 164; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 155. ראו גם דבריו של ח"כ שלח המצוטטים אצל ברנע, לעיל ה"ש 139, בעמ' 45, על היעדר דיון בתקציב השירותים החשאיים.

250 HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' a(7)3, שבו מוצע שהמנדט של הפיקוח הפרלמנטרי יהיה לבחון את התקציב והאפקטיביות המבצעית של ארגוני הביטחון, המודיעין ואכיפת החוק.

251 Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 72; FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 35–37; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 82; Born, *Parliamentary Oversight*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 169.

פעילות מבצעית.²⁵² אך דוח ונציה בעניין סוכנויות הביטחון ממליץ להחיל פיקוח פרלמנטרי גם על שיתוף פעולה עם סוכנויות מודיעין זרות, לרבות על הסכמי שיתוף מידע.²⁵³

פיקוח פרלמנטרי שאינו אפקטיבי די הצורך עשוי לשמש את סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק כדי לבסס מראית עין של אמינות.²⁵⁴ ואכן, לא נס לחה של הערתו של ובר שלפיה "הבירוקרטיה נוטה לקבל בברכה בית נבחרים מיודע חלקית ומשכך, חסר כוח".²⁵⁵ אם כן, תנאי סף לפיקוח אפקטיבי על פעילות סייגנטית הוא יידוע מלא ובניית מומחיות בגוף הפרלמנטרי המפקח. לשם כך הוא נדרש לגישה מלאה למידע לצד מומחיות מקצועית המאפשרת להבין ולבקר את המידע באורח ענייני.

חברי בית המחוקקים אינם מומחי מודיעין, ביטחון לאומי או סייגנט, ולעיתים קרובות גם אינם משפטנים. כדי לבחון את חוקיות הפעילות הסייגנטית של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק יש להבין את הדין המסדיר אותה, אך זה לרוב מנוסח באופן המקשה על "אדם רגיל, או חבר פרלמנט" להבין אותו "מבלי להיעזר בעורך דין".²⁵⁶ יתר על כן, גם בהתגברם על מהמורה זו, חברי בית המחוקקים נדרשים לפתח מומחיות בנושאי ביטחון לאומי וטכנולוגיה – מטלה הדורשת הקדשת משאבים רבים, ובראשם זמן.

אלא שזמנם של החברים בוועדות ובגופי הפיקוח הפרלמנטריים על סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק אינו מוקדש אך ורק לתפקידם זה,²⁵⁷ ובשל כך תדירות

252 COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 42.

253 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 186-187.

254 L. BRITT SNIDER, THE AGENCY AND THE HILL: CIA'S RELATIONSHIP WITH CONGRESS 1946-2004, 75 (2008); VIAN BAKIR, INTELLIGENCE ELITES AND PUBLIC ACCOUNTABILITY 17 (2018)

255 Max Weber, *Bureaucracy*, in FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY 233 (H. Gerth & C. Wright Mill eds., 1946)

256 לעיל ה"ש 136.

257 COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 46; EPCCCL, לעיל ה"ש 34, בעמ' 89. בהקשר הכללי

הפגישות של ועדות פיקוח פרלמנטריות עשויה להיות נמוכה בהשוואה למנגנוני פיקוח לא פרלמנטריים ייעודיים.²⁵⁸ כך למשל בגרמניה, ועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות (PKGR, להלן בסעיף 4.5.1) מתכנסת אחת לחודש בלבד.²⁵⁹ מנגד, ועדת המודיעין והביטחון של הפרלמנט הבריטי (ISC, להלן בסעיף 4.2.1) מקיימת ישיבות פעם בשבוע לפחות.²⁶⁰ השפעת עיסוקיהם הנוספים של המחוקקים ניכרת לא רק בתדירות הישיבות של ועדות הפיקוח הפרלמנטריות, אלא גם בתשומת הלב שלהם לנושאי מודיעין וביטחון וביכולתם ללמוד אותם.

בשל הצורך בשמירה על סודיות, הפיקוח הפרלמנטרי על סוכנויות מודיעין וביטחון הוא מלאכה כפויית טובה בעיני המחוקקים שעוסקים בו. הם אינם יכולים לתת פומבי לפעילותם בוועדות המודיעין והביטחון, ומשכך לחברות בהן יש ערך אלקטורלי נמוך.²⁶¹ סודיות זו מגבילה גם את יכולתם להיעזר בלוביסטים ובארגוני החברה האזרחית, שאינם חשופים לחומר הסודי, כמקור מידע וכגורם חיזוני המתריע על בעיות שהפיקוח הפרלמנטרי נדרש לתת עליהן את דעתו.²⁶² אם כן, לחברי הפרלמנטים אין תמריצים אלקטורליים להקדשת זמן ותשומת לב

של פיקוח פרלמנטרי ראו חן פרידברג וראובן חזן **פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה** 77-78 (2009).

258 כך למשל אצל HRC 2018, **לעיל** ה"ש 175, בס' a(7)3, מוצע להסתפק לכל הפחות בפגישה אחת לרבעון.

259 Hendrik Hegemann, *Toward "Normal" Politics? Security, Parliaments and the Politicisation of Intelligence Oversight in the German Bundestag*, 20 THE BRITISH JOURNAL OF POLITICS AND INTERNATIONAL RELATIONS 175, 183 (2018).

260 Bochel, Defty, & Kirkpatrick, *Watching the Watchers*, **לעיל** ה"ש 20, בעמ' 89.

261 Hegemann, **לעיל** ה"ש 259, בעמ' 179; Zegart, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 37-38.

262 שם, בעמ' 50; Glenn Hastedt, *The CIA and Congressional Oversight: Learning and Forgetting Lessons*, 32 INTELLIGENCE AND NATIONAL SECURITY 710, 716 (2017). על פונקציית המידע של הלוביסטים בפרלמנט ראו Richard Halland & Alan Deardorff, *Lobbying as Legislative Subsidy*, 100 AM. POL. SCI. REV. 69 (2006).

למלאכת הפיקוח על סוכנויות המודיעין והביטחון, שאינה זוהרת ונעשית ברובה מאחורי הקלעים,²⁶³ ולא כל שכן תמריצים לפיתוח המומחיות הרבה הנדרשת לשם כך. בישראל, לנוכח האיום הביטחוני המתמיד,²⁶⁴ הפיקוח על שירותי המודיעין והביטחון עשוי אף להזיק מבחינה אלקטורלית. תחלופה תכופה של החברים בוועדות הפיקוח הפרלמנטריות, עקב הגבלת תקופת הכהונה בהן או בשל סיום כהונתם כחברי הפרלמנט, עשויה להקשות על איושן בפרלמנטרים בעלי מומחיות וניסיון מספיקים.²⁶⁵

היעדרם של תמריצים אלקטורליים המעודדים חברות בגופי פיקוח פרלמנטרי עשוי להגביר את החשש שמחוקקים מתוסכלים ינסו לגרוף הון פוליטי באמצעות הדלפות²⁶⁶ או האשמות קונספירטיביות של ארגוני המודיעין,²⁶⁷

Ian Leigh, *More Closely Watching the Spies: Three Decades of Experience*, in WHO'S WATCHING THE SPIES? ESTABLISHING INTELLIGENCE SERVICE ACCOUNTABILITY 3, 8 (Hans Born, Loch K. Johnson, & Ian Leigh eds., 2005) (להלן: Leigh, *More Closely*); ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 187-186; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 77; Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 71.

264 ראו דבריו של ח"כ שלח המצוטטים אצל ברנע, לעיל ה"ש 139, בעמ' 38-39.

265 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 187-186; Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 71.

266 ראו ה"ש 155 לעיל. להתייחסויות נוספות ראו Born, *Parliamentary Oversight*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 174; BOCHTEL, DEFTY & KIRKPATRICK, WATCHING THE WATCHERS, לעיל ה"ש 20, בעמ' 6. ראו גם את דבריו של דן מרידור, המצוטטים אצל ברנע, לעיל ה"ש 139, בעמ' 59, שלפיהם "אם אמה [כחבר ועדת המשנה למודיעין] בא [לשירותים החשאיים] שלא כדי להדליף או לספר שהייתי ואני גדול, או אז עומדות בפניך אפשרויות לפקח".

267 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 156. ג'ונסון מתאר ארבע גישות טיפוסיות לפרלמנטרים המפקחים על סוכנויות המודיעין, הנבדלות זו מזו במידת האחריות לשירותי המודיעין ולתפקיד הפיקוח - "בת היענה", "המעודדת", "הספקן" (בעבודות מאוחרות ג'ונסון מכנה אותו "חמוץ", או lemon sucker) ו"השומר". הגם שטיפוס "הספקן" אינו מונע מרדיפת סנסציות, הוא עשוי לגלות נטיות קונספירטיביות. Loch K. Johnson, *Ostriches, Cheerleaders, Skeptics, and Guardians: Role Selection by Congressional Intelligence Overseers*, 28 *JOHNSON, SPY WATCHING ;SAIS REV. INT'L AFFAIRS* 93 (2008), לעיל ה"ש 23, בפרק 8.

או שיפעלו משיקולי מחנאות פוליטיים שעשויים לשתק את אפקטיביות הפיקוח.²⁶⁸

הנחיתות של הפרלמנטרים בכל הנוגע למומחיות בנושאי מודיעין וביטחון לאומי, חוסר התמריצים לפתחה והיעדר מידע שמקורו בלוביסטים חיצוניים או בארגוני חברה אזרחית יוצרים אסימטריה במידע בין הפיקוח הפרלמנטרי לסוכנויות המודיעין ואכיפת החוק שעליהן הוא מופקד. הפיקוח הפרלמנטרי מבוסס כמעט באופן בלעדי על המידע המוצג לו – ועל אופן ההצגה והמסגור שלו – בידי סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק. הדבר עלול לפתוח לפני הגופים המפוקחים פתח להטעיות או למניפולציות של ועדות הפיקוח הפרלמנטריות.²⁶⁹ כאשר החוק, בשל אינטרסים של ביטחון לאומי, אינו מקנה למחוקקים גישה מלאה למידע הנדרש להם – אפקטיביות הפיקוח נחלשת.

הספרות נוטה להבחין בין שני מודלים של פיקוח פרלמנטרי – מודל השיטור ומודל כיבוי השרפות.²⁷⁰ במודל השיטור פעולות הפיקוח הפרלמנטריות נעשות באופן שוטף כדי לבדוק בשגרה שהכול כשורה – בדומה לסיורי משטרה. מודל כיבוי השרפות הוא מודל ריאקטיבי: כפי שכוחות הכיבוי וההצלה מגיבים בדיעבד לשרפות שפרצו, כך גם פיקוח במודל כיבוי השרפות מגיב לאחר שנתגלה מחדל הטעון התיקון. בהקשרי מודיעין וביטחון לאומי, מחדלים אלו לרוב מלווים בשערוריות ציבוריות שמפנות את אור הזרקורים לפעילות הפיקוח

268 COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 46; EPCCL, לעיל ה"ש 34, בעמ' 88; Ott, לעיל ה"ש 26; Tara M. Sugiyama & Marisa Perry, *The NSA Domestic Surveillance Program: An Analysis of Congressional Oversight During an Era of One-Party Rule*, 40 U. MICH. J. L. REFORM 149 (2006). להתייחסות לכך בהקשר הכללי של פיקוח פרלמנטרי ראו פרידברג וחזן, לעיל ה"ש 257, בעמ' 74.

269 Andregg & Gill, לעיל ה"ש 40, בעמ' 489. בהקשר הכללי של פיקוח פרלמנטרי ראו טענתו של אריאל ויינשטיין, שלפיה "המידע הנמסר לוועדות על ידי האדמיניסטרציה, קרי פקידי הממשלה, הוא חלקי ולפעמים שקרי", המצוטטת אצל פרידברג וחזן, לעיל ה"ש 257, בעמ' 76.

270 Mathew D. McCubbins & Thomas Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols Versus Fire Alarms*, 28 AM. J. POL. SCI. 165 (1984)

הפרלמנטרית.²⁷¹ כאשר מדובר במחדל מודיעיני, התמודדות במודל כיבוי הרפואות תיטה להרחיב את סמכויות סוכנויות המודיעין. כאשר המחדל נשוא השערוריה הוא פעילות בלתי חוקית של סוכנויות אלה – התיקון הפרלמנטרי ייטה להקשיח את המגבלות על פעילותן.

לטענת זגרט וקווין,²⁷² מודל כיבוי הרפואות/שיטור אינו ישים לתיאור הפיקוח פרלמנטרי על סוכנויות מודיעין, וחוסר ישימות זה מלמד על הקושי בפיקוח פרלמנטרי בתחום. קשה לפרלמנטרים לדעת כיצד הפתרונות שהם מציעים במתווה של כיבוי הרפואות יתקבלו בציבור, ולהבדיל מתחומים אחרים – העיסוק הפרלמנטרי במודיעין ובביטחון לאומי אינו מלווה בקבוצות אינטרסים ציבוריות חזקות, שיכולות להתריע על מחדלים הדורשים "כיבוי" פרלמנטרי. מנגד, האפקטיביות של פיקוח במתווה של שיטור נשענת על הנחה שלפיה ועדות פרלמנטריות יכולות לדגום באופן עיתי את פעילות הסוכנויות שעליהן הן מפקחות – אך במצב של אסימטריה במידע, בייחוד לאור החשאיות האופפת את ארגוני המודיעין, עשויות להתערור הן בעיית הנציג והן בעיות של חוסר אמון.

למרות זאת, הניסיון ההיסטורי של ארצות הברית, קנדה ובמידת מה גם של ישראל מלמד כי הפיקוח הפרלמנטרי על פעילות סייגניטיבית נוטה לנקוט גישה של כיבוי הרפואות, שחלקן הארי נוצר בשל הדלפות חיצוניות.²⁷³ מנגנון שאפשר להשתמש בו כדי להבטיח בקרה פרלמנטרית עיתית על השימוש שעושות סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק בסמכויותיהן הסטטוטוריות לעסוק במעקב מקוון הוא הוראת השעה.²⁷⁴ לדוגמה, חלק מהשינויים שנערכו בסמכויות המעקב המקוון של קהילת המודיעין האמריקאית בעקבות התיקונים לחוק

271 לתיאור הפיקוח של הקונגרס על קהיליית המודיעין במחווה של כיבוי הרפואות ראו למשל Johnson, *A Shock Theory*, לעיל ה"ש 23.

272 ראו Zegart & Quinn, לעיל ה"ש 23, וכן ZEGART, לעיל ה"ש 23, בפרק 4.

273 Johnson, *A Shock Theory*, לעיל ה"ש 23; Roach, *Review and Oversight*; לעיל ה"ש 48, בעמ' 187. לדוגמה הישראלית ראו ה"ש 865 להלן.

274 Antonios Kouroutakis & Sofia Ranchordas, *Snoozing Democracy: Sunset Clauses, De-Juridification, and Emergencies*, 25 MINN. J. INT'L L. 29, 51 (2016).

איסוף מודיעין זר (FISA) (כחלק מתיקוני ה־USA Patriot Act או תיקוני ה־USA Freedom Act)²⁷⁵ היו במסגרת הוראות שעה שתוקפן הוגבל לחמש שנים. כאשר סמכויות אלו נתחמו טמפורלית באמצעות הוראת שעה ופקעו בחלוף הזמן הקצוב להן, המחוקק נדרש לדון באופן אקטיבי בשאלת חידושן.²⁷⁶ מנגד, הוראות שעה הן לעיתים דרך להתמודד עם ביקורת ציבורית, פרלמנטרית ושיפוטית שהייתה מופנית כלפי דברי חקיקה שאינם מוגבלים בזמן המקנים סמכויות מרחיקות לכת לגורמי המודיעין.²⁷⁷ הוראת שעה כשלעצמה אינה מבטיחה פיקוח אפקטיבי על ידי המחוקק, והוא עשוי לחדש את החוק המסמיך באופן אוטומטי²⁷⁸ מבלי לקיים בחינה עניינית של הצורך בחידושו. בר־סימן־טוב והררי־הייט מציעים לעשות שימוש מושכל זהיר בהוראות שעה, ומזהירים מהישענות עליהן כדי לרכך התנגדויות לפגיעות חוקתיות. לידם, במקרי הקצה שבהם הפגיעה החוקתית שבהוראת השעה עשויה להיות מוצדקת בשל זמניותה, יש להבטיח כי הוראת השעה מכילה מנגנוני הערכה והארכה שימנעו את הארכתה האוטומטית.²⁷⁹ בהקשר הסיגינטי, רצוי להגביל בזמן מתן סמכויות מעקב

Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act, Pub. L. No. 107-56, §215, 115 Stat. 272, 287-288 (2001); Uniting And Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring (USA FREEDOM) Act, Pub. L. No. 114-123, 129 Stat. 268 (2015)

276 ראו גם Kouroutakis & Ranchordas, לעיל ה"ש 274, בעמ' 55-56; ראו גם מנחם הופנונג ישראל: בטחון המדינה מול שלטון החוק 263 (2001). אי־הארכת חוקפה של הוראת "חוק המישוש" יכולה לשמש דוגמה לבחינה פרלמנטרית אפקטיבית של הוראת שעה, ראו לעיל ה"ש 76.

277 איתי בר־סימן־טוב וגאיה הררי־הייט "שעתן היפה של הוראות השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" עיוני משפט מא 539 (2019).

278 שם, בסעיף 4.g; ראו גם Kouroutakis & Ranchordas, לעיל ה"ש 274, בעמ' 71, המתייחסים ל־USA Patriot Act. קול העיר כי השימוש בהוראות שעה מותנה בשקיפות ("sunsets require sunshine") – אלמלא החשיפות של סנדון היה הקונגרס ממשיך לחדש את הוראות השעה באופן אוטומטי. ראו David Cole, *Reining in the NSA*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS (2.6.2015)

279 בר־סימן־טוב והררי־הייט, לעיל ה"ש 277, בחלק ה.

מרחיקות לכת, גם בשים לב להתפתחויות הטכנולוגיות אשר עשויות להשפיע על עוצמת הפגיעה החוקתית שבצידן.

סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק עשויות להירתע מפיקוח פרלמנטרי,²⁸⁰ בשל חשש מהכנסתם של פרלמנטרים, אותם "כלי קיבול דולפים",²⁸¹ למעגל שותפי הסוד. כמו כן, פיקוח פרלמנטרי מעיב על היכולת לשיתוף פעולה מודיעיני עם סוכנויות זרות, החוששות מהדלפות.²⁸² ג'ורג' בוש האב, שעמד בראש ה-CIA, טען שחקירות הקונגרס הסבו נזק מתמשך לסוכנות – הן פגעו במורל הארגוני, השפיעו לרעה על האמון של מקורות יומינטיים זרים בסוכנות והרתיעו סוכנויות מודיעין זרות משיתוף פעולה מודיעיני עימה.²⁸³

התניית כהונה בוועדת פיקוח פרלמנטרית בסיווג ביטחוני²⁸⁴ ובהתחייבות לשמירה על סודיות היא אמצעי המפיג חלק מחששות אלה, ובונה את אמון סוכנויות המודיעין והביטחון בחברי הוועדה. במקרים רבים – וכך גם בישראל – הגורם האחראי לבדיקת סיווג הביטחוני של מועמדים לוועדה המפקחת הוא סוכנויות המודיעין והביטחון עצמן. משכך, דרישה לסיווג ביטחוני של חברי הגוף המפקח עשויה ליתן כלי בידי המפוקחים לסנן מועמדים שאינם רצויים להם. יש הממליצים על הוספת נוהל שלפיו אם מועמד נדחה מחמת היעדר סיווג מספיק יוכל הפרלמנט לערער על ההחלטה לפני גוף נטול פניות; הצעה אחרת היא לתת בידי הפרלמנט את שיקול הדעת באשר למינויים של חברי הוועדות, לאחר עיון בתוצאות בדיקת הסיווג הביטחוני שלהם.²⁸⁵

280 מנגד, ראו דבריו של ח"כ שלח המצוטטים אצל ברנע, לעיל ה"ש 139, בעמ' 38, שלפיהם לתחושתו הארגונים החשאיים מקבלים בברכה פיקוח.

281 ראו ה"ש 155 לעיל.

282 דוח ונציה בעניין סוכנויות הסייגנט, לעיל ה"ש 96, בפס' 108.

283 ווינר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 297.

284 FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 40.

285 Born, *Parliamentary Oversight*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 174; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 180.

נוסף לסיווג ביטחוני יש מדינות שבהן חברות בוועדות הפיקוח הפרלמנטריות על שירותי המודיעין מותנית בחתימה על התחייבות לשמירה על סודיות – כך למשל בוועדת המודיעין והביטחון של הפרלמנט הבריטי (ISC) או בוועדות הקונגרס האמריקאי.²⁸⁶ התחייבויות אלה לשמירה על סודיות עשויות לשמש, בהתאם לניסוחן, לסירוס ביקורת פרלמנטרית אפקטיבית באמצעות הגבלת מעגל הפרלמנטרים שותפי הסוד, ובמידת מה באמצעות שיתופם באחריותיות של ארגוני המודיעין ואכיפת החוק.²⁸⁷

פיקוח פרלמנטרי על סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק אינו חף מהחשש לשבי רגולטורי.²⁸⁸ כפי שצוין בסעיף 2.3.4 לעיל, התניית הכהונה בוועדות הפיקוח הפרלמנטריות בסיווג ביטחוני, ההתאהבות של חבריהן בהילת היוקרה הנלווית לעיסוק בחומרים סודיים ובנושאי ביטחון לאומי,²⁸⁹ איוש הוועדות או צוותי התמיכה בהן על ידי יוצאי הסוכנויות²⁹⁰ ורמת המומחיות הנמוכה של חבריהן – כל אלה עשויים לבסס שבי רגולטורי. היעדרם של לוביסטים וקבוצות אינטרס ציבוריות הופך את סוכנויות המודיעין לקבוצת האינטרס העיקרית בתחום, והן – לטענת סנאטור – מפעילות לחץ מאחורי הקלעים כדי להשפיע על הבקרה התקציבית של הקונגרס.²⁹¹

יתר על כן, מתן סמכויות רחבות מדי לוועדות הפיקוח עשוי לייצר ניגוד עניינים המונע פיקוח אפקטיבי. כך למשל, הוראות סטטוטוריות ליידוע הוועדה הפרלמנטרית המפקחת על פעילות מודיעינית זו או אחרת תורמות אומנם לצמצום האסימטריה במידע, אך עשויות למנוע מהוועדה לבקר את גופי המודיעין מאוחר יותר, שכן חיבוק הדוב המוסיף את הוועדה למעגל שותפי

286 ראו Andregg & Gill, לעיל ה"ש 40, בעמ' 489; & Bochel, Defty, & Kirkpatrick, Watching the Watchers, לעיל ה"ש 20, בעמ' 6.

287 שם, בעמ' 35; Andregg & Gill, לעיל ה"ש 40.

288 ראו ה"ש 160 לעיל.

289 Hegemann, לעיל ה"ש 259, בעמ' 179.

290 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 173.

291 ראו Zegart, לעיל ה"ש 23, בפרק 5, בהערות שוליים 39.

הסוד מגדיל את האחריותיות של חברה.²⁹² ייתכנו מצבים שבהם הוועדה הפרלמנטרית עשויה לבדוק את עצמה – למשל כאשר היא נדרשת לבחון את החלטותיה בעבר באשר לתקצוב שירותי המודיעין. כאשר חלק מחברי ועדת הקונגרס המשותפת שחקרה את הכשל המודיעיני של 11 בספטמבר ביקשו לציין את התקציבים הנמוכים של שירותי המודיעין בתחילת שנות התשעים כאחד מהגורמים האפשריים למחדל המודיעין, הם נתקלו בהתנגדות פנימית של שאר חברי הוועדה, שהעדיפו להפנות את האצבע המאשימה אל הרשות המבצעת.²⁹³

3.2.2 פיקוח שיפוטי

עקרון הפרדת הרשויות מחייב פיקוח שיפוטי על הרשות המבצעת, והפעלת סמכות שלטונית בענייני ביטחון אינה חסינה מביקורת שיפוטית, בייחוד כאשר זכויות אדם עשויות להיפגע.²⁹⁴ בית המשפט יכול, בין השאר, לקבוע הלכות המשלימות חוסרים בדין הקיים²⁹⁵ (שמקורם למשל בפערים טכנולוגיים שהמחוקק טרם השכיל להדביק),²⁹⁶ אשר מתקנות פגמים חוקתיים בו או מגדירות במפורש את גבולותיהן של סמכויות.²⁹⁷

292 Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 72; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 162.

293 ראו Lowenthal, לעיל ה"ש 51.

294 עניין שניצר, לעיל ה"ש 57, פס' 26–27 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; Murphy, לעיל ה"ש 36, בעמ' 55; ראו גם עניין Szabó, לעיל ה"ש 119, בפס' 77, שם נאמר ששלטון החוק מחייב, בין השאר, שהתערבות שלטונית בזכויות הפרט תהיה כפופה לפיקוח אפקטיבי, שבדרך כלל מובטח על ידי בית המשפט.

295 ראו דו"ח Roach, *Review and Oversight*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 192.

296 עם זאת, פריוולד וסמית' מביעים ספק באשר ליעילות שביט המשפט העליון האמריקאי הפגין עד כה בקביעת הלכה המגשרת על פערים בין חזית הטכנולוגיה לדין הקיים. ראו Susan Freiwald & Stephen W. Smith, *The Carpenter Chronicle: A Near Perfect Surveillance*, 132 HARV. L. REV. 205 (2018).

297 ראו בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012).

יתרונו המובהק ביותר של בית המשפט כמנגנון פיקוח על סיגינט הוא היותו מוסד עצמאי ונטול פניות המקיים הליך ראוי.²⁹⁸ כך למשל בישראל, חוק-יסוד: השפיטה קובע כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".²⁹⁹ ככל שמערכת בתי המשפט הלאומית ממשיכה לשמור על דימויה העצמאי בעיני הציבור, כך הביקורת השיפוטית שלה על פעילות סיגינטית זוכה לאמון,³⁰⁰ וכך גם הרשויות העוסקות בפעילות זו שצלחו את שבט ביקורתה. פיקוח שיפוטי נאות יכול להגדיל את הנכונות של ספקי שירותי תקשורת זרים לשתף פעולה עם רשויות המדינה המבקשות להשיג מהן נתונים.³⁰¹ מעבר לאצטלת האמינות המוקנית לרשויות אלו, בתי המשפט מאפשרים סביבה של ודאות משפטית בבחנם את הקונסטרוקציה הפרשנית המכשירה פרקטיקות סיגינטיות כאלו ואחרות.

פיקוח שיפוטי על פעילות סיגינטית יכול להתבצע בכל אחד משלביה – לפני מעשה (אקס אנטה), במהלכה ובדיעבד (אקס פוסט).³⁰²

ביקורת שיפוטית מראש על פעילות סיגינטית נעשית באמצעות התניית בקשות של סוכנויות ביטחון ואכיפת חוק לשימוש באמצעי מעקב מקוון בצו מאת בית משפט (או גורם מעין-שיפוטי, כפי שנראה להלן). הליכים אלו מתקיימים במעמד צד אחד ונותרים חסויים, משום שככל שמדובר בירוט תקשורת בזמן אמת או

298 עניין *Klass*, לעיל ה"ש 174, בפס' 55; עניין *Zakharov*, לעיל ה"ש 119, בפס' Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom, Nos. 58170/13, ;232 Leigh, (2018) Eur. Ct. H.R. (להלן: עניין **האח הגדול**);
 Accountability, לעיל ה"ש 175, בעמ' 75. מסמך העקרונות ליישום של זכויות אדם במעקב מקוון, שנוסח על ידי קואליציה בינלאומית של ארגוני החברה האזרחית, מדגיש את הצורך בביקורת שיפוטית עצמאית וחסרת פניות. Electronic Frontier Foundation, *Necessary and Proportionate: International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance*, 9 (2014)

299 חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

300 ראו למשל *Anderson, A Question of Trust*, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.50.

301 שם, בפס' 14.51.

302 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 205-206.

בחקירה חשאית, היעד המודיעיני נשוא הבקשה אינו יודע שהוא מצוי במעקב, ואילו היה מגלה זאת הדבר היה עשוי לסכל את החקירה. לעיתים, במסגרת שמכותו לביקורת אקס אנטה, יכול בית המשפט לפקח על פעילות סיגינטית במהלך ביצועה – כאשר הוראות הדין מגבילות את תחולת הצווים שבשמכות בית המשפט לתת לפרק זמן מקסימלי, שהארכתו טעונה בחינה מחדש בידי בית המשפט.

חרף החשיבות העקרונית של בקרה שיפוטית אקס אנטה, מנגנון פיקוח זה אינו חף מקשיים. ראשית, דיונים לאישור בקשות לצווים לביצוע מעקב מקוון (דוגמת צו ליירוט תקשורת,³⁰³ צו המאשר הפעלת אמצעי סייבר,³⁰⁴ או צו המורה לספקי שירותי תקשורת למסור נתוני תקשורת או תוכן לרשויות)³⁰⁵ נערכים במעמד צד אחד. משכך, הליכים אלה חסרים את "הערך המנהיר והשיתופי של טיעון אדוורסרי בעל פה".³⁰⁶ בהיעדר גורם לעומתי המביא עמדה המנוגדת לרשות המבקשת את הצו, טיעוניה של האחרונה מקבלים משנה תוקף, ללא עוררין – למעט השופט הדין בבקשה.³⁰⁷ הצורך בחשאיות ההליך כופה הסדרים המעקרים לא רק את האדוורסריות שלו, אלא גם את היכולת של האקדמיה וארגוני החברה האזרחית לפקח בדיעבד על תקינותו באמצעות מחקר ובחינה לאחר מעשה של הצווים.

כפי שיתואר בפרק הבא, יש מדינות המנסות להשיב בדרכים שונות – ולו חלקית – את היסוד האדוורסרי להליך: שימוש במנגנון של ידיד בית המשפט (הקיים בארצות הברית ובקנדה) שבית המשפט יכול לפנות אליו בנסיבות מסוימות;³⁰⁸

303 אשר לדין הישראלי ראו לדוגמה ה"ש 796, 805 להלן.

304 אשר לדין הבריטי ראו לדוגמה כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 156-162, 213-214.

305 אשר לדין הישראלי ראו ס' 3 לחוק נחוני תקשורת.

306 IPT/01/77 (23.1.2013), par. 11

307 McIntyre, לעיל ה"ש 174, בעמ' 139.

308 לדוגמה האמריקאית ראו להלן בסעיף 4.3.4; לקנדה ראו Roach, *Review and Oversight*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 191.

הסתמכות על עורכי דין מיוחדים שעברו סיווג ביטחוני;³⁰⁹ קיום הליכים אדוורסריים המתבססים על עובדות היפותטיות (כפי שמאפשר טריבונל סמכויות החקירה הבריטי), ובכך מצמצמים את הצורך בחשאיות;³¹⁰ גם הכרה בזכות היידוע של מושאי מעקב ושל צדדים שלישיים,³¹¹ בכפוף למגבלות ביטחוניות, יכולה לאפשר תביעות פיצויים בדעיבד בגין פגיעה בפרטיות, במסגרת הליך אזרחי אדוורסרי.

ביקורת שיפוטית אקס אנטה כפופה לסד זמנים מבצעי. שופט המתבקש לאשר בצו פעילות סיגינטית נדרש לקבל החלטות בפרק זמן קצר, שאם לא כן – הצורך בצו עשוי להתייטר מבלי שהמידע המבוקש יושג. אף על פי כן, גורמי מודיעין מלינים לעיתים על ההליך המסורבל, המעכב את הגורמים המבצעיים מביצוע עבודתם. ואולם האילוץ של חלון הזמן הצר העומד לרשות בית המשפט גם מייצר לחץ על הגורם המאשר, שלצד היעדר מומחיות טכנית ומודיעינית וחוסר היכולת להעריך את הסיכון הממשי לביטחון הלאומי עשוי להגביר את הנטייה לאשר את הצווים. לחלופין, שיהוי עקבי ומתמשך באישור שיפוטי של צווים עשוי לתמרץ את סוכנויות אכיפת החוק והביטחון לדלג על בית המשפט ולפנות לערוצי אישור חלופיים, כאשר הדין מאפשר לעשות זאת עבור מקרי חירום.³¹²

חיסרון נוסף של פיקוח שיפוטי אקס אנטה על פעילות סיגינטית הוא שעל פי רוב אין לבית המשפט סמכות ויכולת לבדוק אם הצווים אכן קוימו.³¹³ בדיקה כזו עשויה להתבצע כאשר הדין מגביל את תוקף הזמן בצו ומתנה את חידושו

309 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 38-39; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 17; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 31; ליאור בן דוד מינוי "עורכי דין מיוחדים" בהליכים הכוללים שימוש בראיות חסויות מטעמים ביטחוניים (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2016).

310 ראו להלן בסעיף 4.2.3.

311 כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 287, בה"ש 58 שם.

312 ראו לדוגמה ס' 5, 7 לחוק האזנת סתר.

313 ראו Lester, לעיל ה"ש 23, בעמ' 179, בהתייחסה למקרים שבהם ה-FBI הגישה לבית המשפט מידע חלקי או שגוי ביודעין.

בבחינה מחודשת של בית המשפט, אך גם היא – בדומה לבחינה השיפוטית של בקשה חדשה – מוגבלת לראיות שהרשות המבקשת מציגה בפני בית המשפט.

כך למשל, נשיא בית המשפט האמריקאי למודיעין זר (FISC, להלן בסעיף 4.3.4), השופט רג'י ב' וולטון, אמר כי "בית המשפט למודיעין זר נאלץ להסתמך על הדיוק של המידע המובא בפני בית המשפט [...] בית המשפט למודיעין זר אינו מסוגל לחקור היבטים של אי־ציות לחוק, ומבחינה זו הוא נמצא באותה עמדה שבה נמצא כל בית משפט אחר בכל הנוגע לאכיפת הציות [של הממשלה] להוראותיו"³¹⁴. גם דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט התייחס לכך, בהמליצו כי לכל מנגנון פיקוח המתבסס על אישור אקס אנטה של פעילות סיגינטית תהיה בקרה עוקבת משלימה לצורך בחינת הציות להוראותיו. בקרה עוקבת זו נדרשת במיוחד לנוכח האופי הטכני והדינמי של בחירת סלקטורים (מונחי חיפוש), וכן משום שבהקשרים של מעקב מקוון לתכליות של ביטחון לאומי, בניגוד למעקב מקוון לתכליות של אכיפת חוק, התוצר המודיעיני אינו מוצא את דרכו לבית המשפט כראיה, ומשכך שכבת הבקרה של בחינת קבילותו אינה מופעלת.³¹⁵

נקודת תורפה שעליה מצביעה הספרות היא היעדר מומחיות מקצועית של בית המשפט וחסרון בכוח עזר מקצועי המסייע לשופטים להתמודד עם מורכבות הנושאים.³¹⁶ לצד חוסר מומחיות טכנית,³¹⁷ בית המשפט חסר מומחיות מקצועית

314 Carol Leonnig, *Court: Ability to Police U.S. Spying Program Limited*, THE WASHINGTON POST (15.8.2013)

315 דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 24; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 213, 219.

316 ראו לדוגמה RUDENSTINE, לעיל ה"ש 59, בעמ' 146; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 55. Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, מדגישים כי על הרשות השיפוטית להיות בקיאה בהיבטים טכנולוגיים ומשפטיים של מעקב מקוון.

317 McIntyre, לעיל ה"ש 174, בעמ' 139; FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 66; ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' Edward W. Felton, Responses to Questions for the Record, *United States Senate Committee on the Judiciary* (2.10.2013). לגבי חוסר כשירות טכנית בגופים שיפוטיים למחצה ראו לדוגמה Miller, *Intelligence Oversight*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 267.

בענייני מודיעין וביטחון לאומי.³¹⁸ הדבר מקשה עליו להעריך נכונה את הפגיעה בזכויות הנגרמת אגב הפעלת האמצעי הסיגינטי המבוקש בצו, את החלופות לו, את מידת התרומה של השגת המידע המבוקש לסיכול האיום הביטחוני ואת מידת האיום הביטחוני עצמו. שוורץ משער כי בהיעדר מומחיות מספקת, בתי המשפט חוששים לקבל החלטה "שגויה" שעלולה לסכן את הביטחון הלאומי, והדבר מגביר את הטייתם לטובת עמדת המדינה.³¹⁹

ואכן, התבטאויות של שופטים מאששות גישה זו. כך למשל ציין הלורד הופמן בעניין *Rehman* כי "בעניינים של ביטחון לאומי מחיר השגיאה הוא כבד. הדבר מדגיש, לגבי דידי, את הצורך של הזרוע השיפוטית של הממשל לכבד את החלטות השרים של הכתר [...] לא זו בלבד אלא שלרשות המבצעת יש גישה למידע מיוחד ומומחיות בעניינים אלה".³²⁰ בעניין *Tenet* ציין הנשיא נרקוויסט שיהיה זה "בלתי מתקבל על הדעת" אם טעות שיפוטית תסב נזק לביטחון הלאומי.³²¹

הנטייה של בית המשפט לכבד את עמדות סוכנויות אכיפת החוק והמודיעין,³²² ולעיתים אף להנסיג את דעתו (to defer) מפניהן,³²³ נובעת אפוא מהמונופול

318 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 216.

319 SCHWARZ, לעיל ה"ש 148, בעמ' 205; לעמדה דומה ראו גם דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 218.

320 Secretary of State for the Home Department v. Rehman [2001] UKHL 47

321 Tenet v. Doe, 544 U.S. 1, 11 (2005)

322 Ian Leigh, *National Courts and International Intelligence Cooperation*, in INTERNATIONAL INTELLIGENCE COOPERATION AND ACCOUNTABILITY, SCHWARZ; 231, 232-234 (Hans Born, Ian Leigh, & Aidan Wills eds., 2011)
לעיל ה"ש 148, בעמ' 222-204, Caparini; לעיל ה"ש 129, בעמ' 16, RUDENSTINE
לעיל ה"ש 59; ראו בעניין זה Parker & Pate, Rindskopf, לעיל ה"ש 150, בעמ' 61-58, Chesney; לעיל ה"ש 153.

323 על הנסגת דעת של בתי המשפט מפני הכרעת הרשות המבצעת ראו אהרן ברק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 488-491 (2010). על המינוח העברי בפרט, ראו שם, בה"ש 117 שבעמ' 488. להבחנה בין הנסגת הדעת של הרשות השיפוטית כמתן כבוד לעמדת הרשויות האחרות לבין הנסגת דעת כהתבטלות בפניהן (submission) ראו David Dyzenhaus, *The Politics of Deference: Judicial*

שלהן על המידע, מהיעדר מומחיות מודיעינית וטכנית המאפשרת ביקורת שיפוטית מיוחדת,³²⁴ מהיעדר ייצוג לעמדות לעומתיות המתגרות את טענות המדינה, ומשנאת סיכון לנוכח החשש מהתמששות של איום ביטחוני. לנוכח אלה, הנתונים המדווחים באשר לשיעור הדחייה של בקשות לצווי יירוט בידי בתי המשפט³²⁵ מחזקים את הדימוי של בית המשפט בהליכים אלה כ"חותמת גומי" ותו לא.³²⁶

עם זאת, את שיעור הדחייה הנמוך של בקשות לצווי מעקב אפשר להסביר גם כביטוי של אפקטיביות ההליך, שכן בית המשפט עשוי להורות במסגרתו על תיקון הבקשות או להטיל הגבלות מהותיות על הצווים.³²⁷ נוסף על כך, "אפקט

Review and Democracy, in THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW 279 (Michael Taggart ed., 1997). לוטון וזיידמן מציעים להגדיר הנסגה דעת קבלת החלטה משפטית תוך החשבות בעמדה של שחקן משפטי אחר. ראו GARY LAWSON & GUY I. SEIDMAN, DEFERENCE: THE LEGAL CONCEPT AND THE LEGAL PRACTICE (forthcoming)

324 ראו לדוגמה בעניין *Liberty* (EWHC), לעיל ה"ש 9, בפס' 44-45, שבו מנמקים השופטים סינג והולגייט את החובה לתת משקל ראוי לעמדת שירותי המודיעין והביטחון בכשירותם המוסדית ובמומחיותם המקצועית.

325 ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 36-37, 46-47, 72-73; *Iordachi and Others v. Moldova*, No. 25198/02, Eur. Ct. H.R., pars. 13, 51 (2009) (להלן: *Iordachi*).

326 RUDENSTINE, לעיל ה"ש 59, בעמ' 132; ראו לדוגמה COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 55.

327 ראו לדוגמה את עמדת הנהלת בתי המשפט המובאת אצל ועדת החקירה הפרלמנטרית בעניין האזנות סתר סיכום דיוני הוועדה 9 (סימוכין 00416809, 2009) (להלן: דוח ועדת בן-שון), שלפיה "בית המשפט נדרש לאזן בין צורכי החקירה ובין הפגיעה בפרטיות. הדרך לעשות כן אינה בדחיית הבקשות להאזנת סתר לבדה, אלא בהטלת מגבלות על אופן ביצוע האזנת הסתר". ברוח דומה כתב נשיא בית המשפט למודיעין זר (FISC), רג'י ב' וולטון, ליושב ראש ועדת הסנאט למערכת בתי המשפט, כי הדיווחים הסטטיסטיים השנתיים שמעביר בית המשפט למודיעין זר לקונגרס, ומצוטטים בתקשורת כדי לבסס השערה ששיעור דחיית הבקשות בידי בית המשפט הוא פחות מאחוז בודד, "[אינם] משקפים את העובדה שבקשות רבות עוברות שינויים טרם הגשתן הסופית ואף אינן מוגשות, בעקבות אינדיקציות שלפיהן שופט לא יאשרן". במכתב עוקב ציין הנשיא וולטון כי במהלך תקופה בת שלושה חודשים (בחודשים יולי-ספטמבר 2013), 24.4% מהבקשות שהוגשו בסופו של דבר לבית המשפט עברו שינויים מהותיים בשל התערבות בית המשפט. עם זאת, הנשיא וולטון לא הבהיר אם התקופה שנמדדה היא

הצופה" מביא לכדי כך שהרשויות נמנעות מלהגיש בקשות שסביר להניח שיידחו על ידי בית המשפט, ומשום שהן שחקן חוזר הן יכולות להשתכלל ולהתמקצע מבחינה זו.³²⁸ מייק מק'קונל, לשעבר ראש המודיעין הלאומי האמריקאי (DNI), תיאר בקשות לצווים מכוח חוק איסוף מודיעין זר כ"מוצרי מודיעין מוגמרים", הכוללים "עובדות מפורטות המתארות את מטרת המעקב, פעילויות היעד, רשתות טרור [...] ותוצאות חקירה או מידע מודיעיני הרלוונטיים להחלטת בית המשפט". בשל הבדיקה הקפדנית של הבקשות ורמת הפירוט הנדרשת מהן, בית המשפט למודיעין זר (FISC) אינו יכול להתמודד עם עומס רב של תיקים.³²⁹ בכל מקרה, חובת הנמקה של החלטות לדחות או לאשר בקשות, הקיימת בספרד ובבולגריה,³³⁰ עשויה למתן את החשש מפני תפקוד בית המשפט כחותמת גומי בלבד.

לצד ביקורת שיפוטית אקס אנטה, בתי המשפט יכולים להפעיל ביקורת לאחר מעשה, בדיעבד. ביקורת בדיעבד יכולה להתבצע באופן עקיף – אגב דיון בתיק פלילי, שבו תוקף הנאשם את קבילותן של ראיות שמקורן במעקב מקוון, או באופן ישיר – באמצעות תקיפה של הרשויות (בטריבונל ייעודי או בבית המשפט, בהתאם להסדרים שבדין) בטענה לפגיעה קונקרטיה בזכויות בשל פעילות סייגניטית. ערוץ נוסף של ביקורת בדיעבד הוא באמצעות תקיפה ישירה של חוקתיותם של הסדרים בדין, כפי שנעשה לדוגמה בעניין האגודה לזכויות האזרח.³³¹

תקופה מייצגת. ראו RUDENSTINE, לעיל ה"ש 59, בעמ' 148-149. דיווחים מאוחרים יותר, במסגרת דוחות FISA, עשויים לאשש טענות אלו, בהציגם שיעור משמעותי של בקשות שעברו שינויים (במוצע כ-20% לשנה לשנים 2015-2018), אך אין לדעת מה טיבם של השינויים. ראו לוח 1 להלן בסעיף 4.3.4.

328 Deeks, *The Observer*, לעיל ה"ש 20. כן ראו Rindskopff Parker & Pate, לעיל ה"ש 63-64.

329 יש הטוענים כי הוראות חוק איסוף מודיעין זר (FISA) עיצבו מנגנון ששיעור הדחייה שלו נמוך מלכתחילה, בשל המשאבים הרבים שיש להקצות לניסוח הבקשות ולדו-שיח בין משרד המשפטים לבית המשפט למודיעין זר, המאפשר לחקן בקשות טרם הגשתן הסופית לבית המשפט למודיעין זר. LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 176-179.

330 FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 53-54.

331 עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 297.

על פי רוב, ביקורת שיפוטית בדיעבד אינה יזומה אלא אקראית וריאקטיבית מטבעה,³³² ומבוססת על "תאונות ליטיגציה" – תיקים שבהם הנסיבות העובדתיות והפרוצדורליות מעוררות סוגיות שעשויות להאיר על פרקטיקות סיגינטיות כלליות של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק.³³³ קושי עיקרי בהסתמכות על פיקוח בדיעבד של בית המשפט הוא שבמרבית המקרים, מי שהשימוש באמצעי מעקב מקוון פגע בזכויותיו אינו מודע כלל להפרה³³⁴ (ייתכן שהדבר ישתנה בעקבות החלת חובות של יידוע הנפגעים על היותם נתונים במעקב מקוון).³³⁵ עם זאת, יתרונה של ביקורת שיפוטית בדיעבד הוא ביכולתו

332 משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י 196, 198 (1980); יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" משפטים כג 437, 466–467 (1994).

333 McIntyre, *Leil* ה"ש 174, בעמ' 142; Iain Cameron, *Oversight of Intelligence Agencies: The European Dimension*, ברוך: Goldman & Rascoff, *GLOBAL INTELLIGENCE OVERSIGHT*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 71, 78 (להלן: Cameron, *Oversight*).

334 ראו לדוגמה COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 53. הדין האמריקאי, למשל, מאפשר לבית המשפט הנתון צו לקבלת נתוני תקשורת להורות (אם נחבש) לספק התקשורת שממנו מבוקשים הנתונים שלא יודיע למושאי הצו על הבקשה. ראו ס' 2705(b) לחוק תקשורת שמורה (SCA), בה"ש 560 להלן, וכן Al-Amyr Sumar, *Prior Restraints and Digital Surveillance: The Constitutionality of Gag Orders Issued under the Stored Communications Act*, 20 YALE J.L. & TECH 74 (2018)

335 דיני הגנת הפרטיות הכלליים מכירים בזכות ליידוע של מושאי המידע (ראו למשל ס' 11, 13 לחוק הגנת הפרטיות. לדוגמאות מהדין האירופי והגרמני ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 288, בה"ש 58 סם). זכות היידוע של מושאי מידע במסגרת פעילות סיגינטית קיימת בדין הגרמני: חוק סעיף 10 (106), להלן ה"ש 746, מורה על יידוע היעד המודיעיני על ביצוע מעקב אינדיווידואלי משהסתיימה פעולת המעקב, אלא אם הדבר עלול לפגוע בתכלית המעקב. אם זכות היידוע לא מומשה בחור שנה מחום המעקב, כל דחייה נוספת כרוכה באישור ועדת סעיף 10 (ראו להלן בסעיף 4.5.3). יתר על כן, ס' 12 לחוק סעיף 10 (G10) אוסר על ביקורת שיפוטית של כל צו המאשר מעקב כאמור טרם יידוע מושאו. הדין הבריטי מחיל זכות יידוע צרה יותר על מושאי מעקב סיגינטי, שלפיה אם גילה נציב סמכויות החקירה (ראו להלן בסעיף 4.2.1) שבמסגרת הפעלת סמכויות מכוח חוק סמכויות חקירה (IPA) נעשתה טעות חמורה בעניינו של אדם מסוים שהסבה לו נזק רציני, עליו לדווח לו על הטעות, ובתנאי שהדיווח משרת את האינטרס הציבורי (ס' 231 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA)); ראו גם כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 177).

של בית המשפט לקבוע הלכות המסדירות את השימוש בטכנולוגיה שהמחוקק לא נתן עליה את דעתו, או לדחות את המחוקק להסדיר דינים בעייתיים.³³⁶

בהקשר הסיגינטי, כפי שמעיר רמולד, "כל הקלפים מצויים בידי המדינה, והחפיסה מעורבת לטובתה",³³⁷ שכן "תאונות ליטיגיה" אזרחיות מעין אלו הן נדירות יחסית בהקשר של מעקב מקוון. אחת הסיבות לכך היא מכשולים פרוצדורליים העומדים לפני תביעות פוטנציאליות. כך למשל, בארצות הברית נדרשים התובעים לעמוד בסף ראייתי מזערי, דרישה שבעידן שקדם לגילויים של סנודן הקשתה על בעלי הדין להוכיח את עצם קיומו של מעקב מקוון. גם אם עברו משוכה זו, התובעים נדרשים להראות כי הם נפגעו מפרקטיקת המעקב נשואת התביעה וכי הם עתידים להמשיך להיפגע ממנה.³³⁸ רף ראייתי זה הביא, למשל, לדחיית עתירה של ארגוני זכויות אדם שתקפה את הוראות התיקון לחוק איסוף מודיעין זר (FISA), אשר הקלו את רמת ההוכחה שנדרשה בבקשות לצווי יירוט מכוח החוק. בית המשפט העליון האמריקאי פסק כי העתירה, שהוגשה ביום שבו הוראות התיקון נכנסו לתוקף, מבוססת על סדרת השערות ספקולטיביות מבלי שהעותרים הראו כי התקשורת שלהם אכן יורטה.³³⁹

משכך, חרף היסוד האדוורסרי שבהליך שיפוטי בדיעבד, התובע מצוי בעמדת נחיתות בשל מידע אסימטרי. בהיעדר כללים המורים לסוכנויות המודיעין ואכיפת החוק להביא לידיעת מושאי המעקב, ככל ששיקולים ביטחוניים מאפשרים זאת, כי היו נתונים במעקב, יכולתם של אלה ליזום הליכים משפטיים מתאינות. תובעים פוטנציאליים נאלצים להסתמך על מידע חלקי, הדלפות לתקשורת וספקולציות, בשעה שהדין מאפשר לסוכנויות המודיעין ואכיפת

Christopher Slobogin, *Legislative Regulation of Government* 336
Surveillance, בחור: Gray & Henderson, THE CAMBRIDGE HANDBOOK, לעיל ה"ש 90,
 בעמ' 607-608, 597.

Mark Rumold, *Regulating Surveillance Through Litigation*: ראו 337
Some Thoughts from the Trenches, בחור: Gray & Henderson,
 לעיל ה"ש 90, בעמ' 579, 580.

שם, בעמ' 582-589.

Rumold; *Clapper v. Amnesty International*, 568 U.S. 398 (2013), לעיל
 ה"ש 337, בעמ' 585; Schwarz, לעיל ה"ש 148, בעמ' 210-211.

החוק לשמור על סודיות ולהציג ראיות חסויות במעמד צד אחד. בית המשפט, החסר מומחיות בעניינים מודיעיניים וטכנולוגיים כאחד, עשוי בנסיבות אלו להעדיף את עמדת המדינה.³⁴⁰

ביקורת שיפוטית בדיעבד יכולה להיות על מעקב מקוון לתכליות של אכיפת חוק, שעליו חלים לעיתים כללים הפוסלים ראיות שהושגו באמצעות מעקב מקוון שלא כדיו.³⁴¹ בתיקים פליליים ההגנה עשויה להעלות טענות פסלות של ראיות כאלו,³⁴² ואולם ידה של המדינה צפוי להיות על העליונה גם כאן.

האפקטיביות של ביקורת שיפוטית בדיעבד ניכרת ביכולתה לקבוע הלכה מחייבת ולעצב באופן הדוק יותר את הכללים החלים על פעילות סיגינטית. אך דין יציר פסיקה הוא תולדה של החלטות בעניינים אקראיים המגיעים אל פתחי בית המשפט, ולא של בחינה מערכתית שיטתית. החלטות אלו מקורן בתהליכי ערעור ארוכים, שבמשך הבשלתם להלכה מחייבת הטכנולוגיה שהם מסדירים מתיישנת והפרות החוק נמשכות.³⁴³ משכך, גם בהיעדר סד הזמנים המבצעי החל על ביקורת מראש, ביקורת שיפוטית בדיעבד מצויה בסד זמנים טכנולוגי שהיא מתקשה להדביק. כך למשל, פסק הדין בעניין *Carpenter*,³⁴⁴ שבו בית המשפט העליון האמריקאי בחן אם השגת נתוני המיקום של טלפונים סלולריים (CLSI) על ידי גורמי אכיפת החוק טעונה בצו שיפוט, ³⁴⁵ ניתן בחודש

340 ראו את הנחונים המובאים אצל קרן וינשל-מרגל חוק ואידאולוגיה בבית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי 83–108 (2016), שלפיהם למעלה מ-60% מהחלטות בית המשפט העליון, מתוך מדגם של 720 החלטות, הנוגעות למלחמה בטרור (שנים 1985–2010) היו לטובת אינטרסים ביטחוניים.

341 ראו לדוגמה את כלל הפסילה שבסעיף 13 לחוק האזנת סתר, ובנסיבות מסוימות את כלל הפסילה שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

342 ראו להלן ה"ש 887.

343 Slobogin, לעיל ה"ש 336; Freiwald & Smith, לעיל ה"ש 296.

344 *Carpenter v. United States*, No. 16–402 (22.6.2018)

345 נחוני Cell Site Location Information (CSLI) הם נחונים על מתקנים ניידים של תקשורת סלולרית שבהם השתמש מכשיר נייד מסוים במהלך התקשורת שלו. אלו אינם בהכרח נחוני מיקום מדויקים, אך הם מאפשרים הערכה של מיקום המכשיר.

יוני 2018, שעה שטכנולוגיה זו נמצאה בשימוש למעלה משני עשורים.³⁴⁶ לא רק הטכנולוגיה הנידונה בבית המשפט עשויה להתיישן, אלא החוק עצמו. כך למשל בזמן שבית הדין האירופי לזכויות אדם ישב על המדוכה בעניין **האח הגדול**,³⁴⁷ ובחן את הלימת החוק להסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA) הבריטי עם הדין האירופי, נערכה רפורמה בדיני המעקב המקוון הבריטי, שבמסגרתה בוטלו מרבית מהוראותיו (לרבותו אלו שנדונו על ידי בית הדין) ותחתן נחקק חוק חדש, חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).³⁴⁸

יש דרכים שונות להתמודד עם החסרונות של ביקורת שיפוטית על פעילות סיגינטית שתוארו לעיל. את היעדר המומחיות, והחשש להטיה לטובת עמדת סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק שבצידו, אפשר למתן באמצעות הקמת ערכאה מתמחה³⁴⁹ – בית משפט לענייני מודיעין, דוגמת בית המשפט למודיעין זר (FISC) בארצות הברית; או גוף מעין שיפוט דוגמת נציבות סמכויות החקירה הבריטית (להלן בסעיף 4.2.1)³⁵⁰ לביקורת מראש על פרקטיקות סיגינטיות; או טריבונל מעין שיפוט לדין בתלונות הנוגעות למעקב מקוון, דוגמת טריבונל סמכויות החקירה הבריטי (IPT), ראו להלן בסעיף 4.2.3). מקצועיותם של גופים אלה בענייני מודיעין וטכנולוגיה נובעת לא רק מהיותם שחקן חוזר הקונה לו מומחיות בתחום, אלא גם מהקצאת כוח עזר מקצועי התומך בהם.³⁵¹ להבדיל מבתי משפט, גופים מעין שיפוטיים שמוקנות להם סמכויות היברידיות – לאשר

346 ראו Freiwald & Smith, לעיל ה"ש 296, בעמ' 231–235.

347 עניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298 (ראו בהרחבה בסעיף 4.1 להלן).

348 ראו להלן בסעיף 4.2; כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 138–142.

349 MURPHY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 59. ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 248.

350 לדוגמאות נוספות של גופים מעין שיפוטיים המאשרים פעילות סיגינטית אקט אנטה ראו להלן בסעיפים 4.4.1, 4.5.3 העוסקים בהולנד ובגרמניה, בהתאמה. כן ראו הדוגמאות אצל HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בה"ש 111.

351 RUDENSTINE, לעיל ה"ש 59, בעמ' 146, מעיר כי כוח העזר שעומד לרשות שופטי בית המשפט למודיעין זר אינו תמיד מספיק על מנת להתמודד כראוי עם סוגיות חדשניות. לעומת זאת, MURPHY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 66, מציינת בחיוב את המשאבים הרבים שהוקצו לנציבות סמכויות החקירה הבריטית, לרבות מומחי תקשורת, מדע ומשפט.

פעילות סיגינטית מראש וגם לשמש כמנגנון פיקוח הבוחן אותה בדיעבד – מצויים בעמדה המאפשרת להם לפתח מומחיות שאינה מוגבלת לגדרי דיון בנסיבות של אישור מסוים, אלא נשענת על היכרות מעמיקה עם הפעילות שהם מאשרים.³⁵²

עם זאת, אין די במומחיות של ערכאה או של גוף מעין־שיפוטי על מנת להפיג את החשש משבי רגולטורי³⁵³ או מכך שהחברים בהם ימונו בשל נטייתם לתמוך בעמדות המדינה.³⁵⁴ בתי משפט מיוחדים או ערכאות פיקוח מעין־שיפוטיות, הנתפסים כחשאיים מדי או כבעלי זיקה יתרה לממשלה, עשויים לפגוע לא רק באמון הציבור בהם אלא ב"מותג" השיפוטי הכללי: במערכת המשפט, שיוקרתה מושתתת על עצמאותה ועל היעדר הפניות שלה.³⁵⁵ כדי לרכוש את אמון הציבור על גופים אלה להבטיח שעצמאותם לא תפחת מזו של בתי המשפט, ולפעול (תחת אילוצי הביטחון הלאומי) כדי להגביר את השקיפות בפעולתם, כמו גם את היסוד האדוורסרי בהליכים המובאים בפניהם, ולהרחיב את זכות העמידה.

הגברת השקיפות של בתי משפט מיוחדים יכולה להיעשות על ידי בתי המשפט עצמם, אך גם תוך שיתוף פעולה או בקרה של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק. כך למשל, הרפורמה שנערכה בדיני איסוף המודיעין האמריקאיים במסגרת ה־USA FREEDOM Act הוסיפה הוראות שלפיהן ראש המודיעין הלאומי (DNI), בהתייעצות עם התובע הכללי, יבחן את ההחלטות, הצווים וחווות הדעת של בית המשפט למודיעין זר שיש בהן משום פרשנות מהותית של החוק, וייתן להן פומבי במידה המרבית האפשרית.³⁵⁶ מונדייל, שטיין ופישר חוששים שההתניה

352 ראו להלן בסעיף 4.2.1 וכן בה"ש 505-509.

353 ראו הטקסט המפנה לה"ש 159-165 לעיל.

354 RUDENSTINE, לעיל ה"ש 59, בעמ' 144, מחייס לטענות שהרכב בית המשפט למודיעין זר מוטה מראש לטובת המדינה, מאחר שמרבית חבריו שימשו בתפקידים בכירים בתביעה הכללית.

355 Roach, *Review and Oversight*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 189. מרפי מעלה גם היא את החשש מהכנסת ביקורת שיפוטית או מעין־שיפוטית על פעילות סיגינטית כדי שאלו יאצילו מהיוקרה השיפוטית שלהן על התהליך, וינוצלו כדי לחמוק מפיקוח של ממש עליה. MURPHY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 59.

356 ס' 1872 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

של בחינת הסרת החיסיון ב"מהותיות" לוקה בעמימות פרשנית המאפשרת לקהילת המודיעין לשמור על רמת חשאיות שאינה נדרשת.³⁵⁷ לדעת מרפי, פיקוח אפקטיבי מחייב פרסום החלטות אלו כברירת מחדל, ולא כחריג.³⁵⁸ פרסום דוחות שנתיים ונתונים סטטיסטיים על פעילות ערכאות אלו גם יש בו כדי לתרום לשקיפות.

אמצעי נוסף להגברת שקיפותם של בתי המשפט והגופים המעין שיפוטיים הייעודיים הוא יצירת כללים דיוניים מיוחדים להם, המאפשרים דיון אדוורסרי פתוח מבלי להסגיר פרטים עובדתיים. מסגרת זו מתאימה פחות להליכי אישור של בקשות למעקבים מקוונים, שמלכתחילה מתנהלים במעמד צד אחד ולעיתים עצם הגשת הבקשות טעון בחשאיות, ויותר להליכים שבמסגרתם מתבררות תלונות של מי שזכויותיהם נפגעו בשל פרקטיקות אלה. טריבונל סמכויות החקירה הבריטי, לדוגמה, מאפשר קיומו של הליך המבוסס על "עובדות משוערות".³⁵⁹ הליך זה חוסך מהעותרים את הקושי בהוכחת התקיימותן של נסיבות עובדתיות חשאיות, ומסוכנויות המודיעין – את ההודאה בהתקיימותן; הדיון מתמקד בהיבטים שבדין, ולאור תוצאתו רשאים העותרים להמשיך בהליכים (שעשויים להיות במעמד צד אחד) לביורר העובדות בפועל.

דיון פומבי בפרשנות המשפטית של דיני המעקב המקוון יכול שיעשה לא רק במסגרת כללים דיוניים מיוחדים אלא מבעוד מועד, באמצעות התייעצות פומבית על נושאים עקרוניים.³⁶⁰ כך למשל, נציבות סמכויות החקירה הבריטית מזמינה מעת לעת את הציבור להתייחס לסוגיות של מדיניות פיקוח, ומקיימת שיח עם האקדמיה ועם ארגוני זכויות אדם.³⁶¹

357 Mondale, Stein, & Fisher, לעיל ה"ש 54, בעמ' 2291.

358 MURPHY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 70.

359 ראו להלן בסעיף 4.2.1.

360 ראו לדוגמה HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' 7(2)d.

361 Investigatory Powers Commissioner's Office, *IPCO Consultation* 361
IPCO Annual Report ; *Process* (Version 1.0, 2018), לעיל ה"ש 169, בפס' 2.3,
2.12.

3.2.3 רשויות/גופי פיקוח ייעודיים

רשויות ומנגנוני פיקוח ייעודיים הוקמו ביותר מ־15 מדינות חברות האיחוד האירופי,³⁶² ולהם סמכויות משתנות. הדָּנוּח המיוחד של האו"ם לקידום זכויות אדם ולהגנה עליהן תוך התמודדות עם טרור המליץ על הכנסת גוף מומחים עצמאי למערך הפיקוח על פעילות סטיגנטית כפרקטיקה מיטבית.³⁶³ במדינות שבהן יש ערבוב בין סמכויות ובעלי תפקידים בגוף המפקח, הגבולות בין גופי פיקוח עצמאיים אלה לבין גופי פיקוח שיפוטי או פרלמנטרי עשויים להיות מובחנים פחות.³⁶⁴ כפיפותם הארגונית ועיצובם המוסדי של גופי פיקוח ייעודיים עשויים להשפיע על עצמאותם באופן הממצב אותם כגוף חיצוני למחצה, כחלק מגורמי הפיקוח האקזקוטיביים או הפרלמנטריים.

רמת המומחיות של גופי פיקוח עצמאיים היא לרוב גבוהה מזו המופעלת במסגרת פיקוח פרלמנטרי או שיפוטי, מאחר שגופי הפיקוח העצמאיים מאוישים מלכתחילה במומחים שזמנם מוקדש אך ורק לתכלית זו – להבדיל מחברי פרלמנט או משופטים (בערכאות רגילות).³⁶⁵ כמו כן, בשונה מפיקוח פרלמנטרי, גופי פיקוח עצמאיים חשופים פחות לסיכונים של שיקולים פוליטיים זרים.³⁶⁶ משכך, גם החשש שידליפו מידע מסווג לצרכים פוליטיים קטן.

362 FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 43.

363 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 13.

364 דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגנט, לעיל ה"ש 96, בפס' 123–125; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 245. כן השוו בין המודל הגרמני (שבו יש ערבוביה כזאת בין היבטים של פיקוח חיצוני עצמאי, פיקוח פרלמנטרי ופיקוח שיפוטי – ראו להלן בסעיף 4.5) לבין המודל ההולנדי (ראו להלן בסעיף 4.4), שבו גוף הפיקוח העצמאי (CTIVD) פועל בנפרד מהגוף האקזקוטיבי המפעיל פיקוח אקס אנטה (TIB) ומגוף הפיקוח הפרלמנטרי (CIVD).

365 WILLS, GUIDEBOOK, לעיל ה"ש 23, בעמ' 42–43.

366 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 228–229; WILLS, GUIDEBOOK, לעיל ה"ש 23; ראו גם ההמלצה אצל HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' ב(7)3, שלפיה די שהגורם המפקח אקס אנטה יהיה עצמאי ונפרד מהרשות המבצעת והרשות המחוקקת.

כפי שראינו בחלק הקודם, יש מדינות שאימצו הסדרים שבמסגרתם פיקוח מראש על פרקטיקות סיגינטיות מופקד בידי ערכאה שיפוטית מתמחה שהיא חלק ממערכת בתי המשפט הלאומיים, ומנגד יש מדינות אשר הקנו סמכויות פיקוח אלו לגופים מעין שיפוטיים עצמאיים הנפרדים ממערכת בתי המשפט, מבתי המחוקקים ומסוכנויות המודיעין ואכיפת החוק.

הדין האירופי, כפי שפורש על ידי פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR), אינו דורש שהגוף המאשר מראש פעילות סיגינטית יהיה דווקא בית המשפט, אף שהדבר רצוי.³⁶⁷ עם זאת, בעניין **האח הגדול** נשמעו עמדות (בדעת מיעוט) שלפיהן יש לעדכן את ההלכה המיושנת, ולהתנות את הלימת דיני המעקב המקוון הלאומיים עם הדין האירופי בקיומה של ביקורת שיפוטית לפני מעשה.³⁶⁸ גישה זו נתמכת גם בידי ארגוני זכויות אדם.³⁶⁹

על החסרונות שבהחלת פיקוח מראש על פעילות סיגינטית באמצעות מערכת בתי המשפט הקיימת יכולים להתגבר גופי פיקוח עצמאיים. כפי שתואר לעיל, אפשר לעצב גופים אלה כך שתהיה להם את המומחיות המקצועית החסרה לבתי המשפט הרגילים; אפשר לייצר הליכים המקלפים את שכבות הסודיות האופפות את הדיונים המתנהלים בהם באופן שיחזק את עצמאותם מול סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק; ואפשר להבנות בהם היבטים אדוורסריים שיאפשרו את פיתוח הדין המהותי באופן גלוי ושקול.

367 ראו למשל עניין *Klass*, לעיל ה"ש 174, בפסי' 51; *Weber and Saravia v. Germany*, No. 54934/00, Eur. Ct. H.R., par. 115 (2006); עניין **האח הגדול**, לעיל ה"ש 298, בפסי' 309; *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others v. the Netherlands*, No. 39315/06, Eur. Ct. H.R., par. 98 (2013); *Anderson, A Question of Trust*; עניין *Telegraaf*; (להלן: עניין *Telegraaf*), בפסי' 142, בפסי' 14.53. עמדות דומות מופיעות גם בהלכת בית הדין האירופי לצדק, ראו להלן בה"ש 461. לחיבור כללי של הגישה האירופית ראו להלן בסעיף 4.1.

368 עניין **האח הגדול**, לעיל ה"ש 298, פסי' 25 לפסק דינה של השופטת קוסקלו (Koskelo).

369 ראו Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, בעמ' 10-11.

לפי המלצות דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, כאשר קיימת ביקורת שיפוטית מראש על מעקב מקוון יש להחיל פיקוח בדיעבד על ידי גוף מומחים עצמאי.³⁷⁰ במרבית המדינות הסמכות לאישור מראש של פעילות סגינטית אינה מוקנית לגופי פיקוח מתמחים עצמאיים,³⁷¹ ואלו מופקדים על בחינת הפעילות הסגינטית של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק לאחר מעשה. יש הסבורים כי גופי פיקוח עצמאיים צריכים לשמש בעיקר מען לתלונות של אזרחים, ואין להקנות להם סמכות פיקוח מראש. בורן ולי, לדוגמה, מסתפקים בהמלצה כללית שלפיה גופי ביקורת סטטוטוריים לאומיים (שהם עצמאיים ממילא) לא יוגבלו לביקורת פיננסית גרידא ויוסמכו לפי דין לבצע בקרה על פרויקטים ספציפיים של סוכנויות המודיעין והביטחון.³⁷² גישה זו מניחה שעיקר נטל הפיקוח מוטל על הזרוע הפרלמנטרית, ואולם, כפי שתואר לעיל, להישענות יתרה על גורמים פוליטיים יש חסרונות מובהקים.

מן הראוי להעניק לגופים עצמאיים ייעודיים ובעלי מומחיות סמכויות בחינה רחבות, ובתוכן הסמכויות לערוך ביקורת על מדיניות ההפעלה של אמצעי מעקב מקוון, לבחון את יעילותם ואת מידת פגיעתם – לצורך ושללא לצורך – באינטרסים מוגנים, ולבדוק את מידת הציות של גופי הביטחון ואכיפת החוק להוראות הדין ולצווים הקונקרטיים המסמיכים אותם להשתמש באמצעים אלו (לרבות בחינה של הפרשנות הפנים-ארגונית של הוראות אלו). כך למשל כמה מסמכי מדיניות מתייחסים בנפרד לצורך בבקרה עצמאית על הסכמי שיתוף מידע בינלאומיים בין סוכנויות מודיעין.³⁷³ גופים מתמחים עצמאיים בעלי סמכויות "היברידיות" – פיקוח מראש לצד פיקוח בדיעבד – מאפשרים לחבריהם, תוך שהם עוסקים בפעילות שוטפת של אישור בקשות למעקבים מקוונים, לתת את הדעת על

370 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 249.

371 FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 52.

372 BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 129, ובפרקים 21-23; ראו גם Born, *Effective Oversight*, לעיל ה"ש 23.

373 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 49; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 189. לדוגמאות בחקיקה ראו למשל סי' (6)-(5)7a לחוק סעיף 10 (610) ולהלן בסעיף 4.5.3.

עניינים הדורשים בדיקות עומק, וליישם בפעילות השוטפת את המומחיות הנרכשת אגב בדיקות עומק תמטיות.³⁷⁴

האפקטיביות של גופי הפיקוח העצמאיים תלויה בהיקף הגישה שלהם למידע המצוי בידי רשויות הביטחון ואכיפת החוק.³⁷⁵ כדי שתהא יסודית ומעמיקה, בחינה לפני מעשה של בקשות להפעלת אמצעי מעקב מקוון צריכה להתבצע תוך גישה למודיעין גולמי, בשביל להעריך את אמינותו – להבדיל מהמודיעין ה"מזוקק", לאחר שעבר התממה (אנונימיזציה), שעשוי להימצא בצו³⁷⁶ (בספרות הועלתה אף השאלה אם יש להקנות לגופי הפיקוח גישה למערכות המודיעיניות בזמן אמת).³⁷⁷ גם בחינה לאחר מעשה, שבמסגרתה נבדקת למשל האפקטיביות המודיעינית של האמצעי שהופעל, מצריכה גישה בלתי מסויגת לחומרי מודיעין גולמיים. רצוי לעגן את זכות הגישה למידע גולמי בכלל סטטוטורי מפורש, שכן בלי עיגון משפטי גופים עצמאיים נעדרים אף את הסמכויות הכלליות של ועדות פרלמנטריות ובתי המשפט הקשורות להשגת מידע, דוגמת הסמכות להזמין עדים לחקירה או לדרוש המצאת מסמכים, המבטיחות את שיתוף הפעולה של סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק.³⁷⁸ עם זאת, יש לתת את הדעת על כך שגישה למודיעין גולמי מחייבת גופים עצמאיים להקפיד הקפדה יתרה על אבטחת מידע ולמנוע דליפה של חומר מסווג לציבור.³⁷⁹

יתרונם של גופי פיקוח עצמאיים הוא בעצמאותם, ואותה יש לבצר. הסמכתם של גופים אלה לקבל גישה בלתי מוגבלת למידע, שאינה תלויה ברצון הטוב של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק או בפנייה לגורם אחר שלו הסמכות לכפות

374 ראו להלן בסעיף 4.2.1, המתאר את נציבות סמכויות החקירה הבריטית.

375 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14 (בעניין היקף הגישה הראוי למנגנוני פיקוח באשר הם); דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 125.

376 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 250.

377 Wegge & Wetzling, לעיל ה"ש 195. הסוגיה עלתה גם במסגרת סדנת המחקר באוניברסיטת אסקס – Surveillance Activities Conducted by State – Intelligence Agencies: The Intelligence Community, 17.7.2018

378 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14; WILLS, GUIDEBOOK, לעיל ה"ש 23, בעמ' 41.

379 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 15.

שיתוף פעולה שכזה,³⁸⁰ היא אמת מידה ראשונה לעצמאותם. גם הסמכתם של גופים אלה ליזום חקירה או בדיקה בנושאים מסוימים מבלי להזדקק להוראה של גורם מיניסטריאלי או פרלמנטרי, ולקבוע בעצמם את תוכניות העבודה השנתיות שלהם, היא תנאי בסיסי לעצמאותם.³⁸¹

על מנת להגן על עצמאותם, עילות ההדחה של החברים בגופי הפיקוח צריכות להיות צרות ככל האפשר, והליך מינויים צריך להיות חף משיקולים זרים.³⁸² למעט מינוי העומדים בראשו, מינוי מומחים, עובדים ובעלי תפקידים אחרים בגופים אלה צריך להיעשות באופן עצמאי על ידי גוף הפיקוח עצמו.³⁸³ משיקולי בניית אמון ויחסי עבודה חיוביים עם סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק, כמו גם משיקולים כלליים של ביטחון לאומי, רצוי להתנות מינויים אלה בסיווג ביטחוני לפי העניין. אמצעי נוסף להבטחת עצמאותם של גופים אלה הוא תקצובם באופן בלתי תלוי.³⁸⁴ גופי הפיקוח העצמאיים יכולים לחזק היבטים מוסדיים מסוימים של עצמאות שאי-אפשר לנסחם בחקיקה (דוגמת הליכי מינוי, תקצוב וסמכות) באמצעות ניסוחם של כללי אתיקה פנימיים. כך עשה למשל גוף הפיקוח הצרפתי.³⁸⁵

האתגר העיקרי שעיימו מתמודדים גופי פיקוח עצמאיים הוא אתגר הלגיטימיות. הלגיטימיות הציבורית של גופים אלה תלויה במידת עצמאותם ובמידת השקיפות של עבודתם. זו האחרונה לעולם תהיה מוגבלת בשל הצורך להגן על חשאיות הפעולות של הסוכנויות המפוקחות. עם זאת, חתירה לשקיפות מרבית, בכפוף לאילוצי ביטחון, עשויה להגביר את אמון הציבור בגופים המומחים העצמאיים.

380 ראו לדוגמה בה"ש 782 להלן, בנוגע לעתירת ועדת סעיף 10 לביית המשפט החוקתי בדרישה לקבל מידע מסוכנות הביון הגרמנית (BND).

381 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 239, Braat & Baudet, לעיל ה"ש 23, בעמ' 237.

382 שם, בעמ' 236; ראו גם המלצת HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' c-3(7), שלפיה קביעתם תוצמד לכל הפחות לזו של שופטים.

383 FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 74.

384 שם.

385 FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 71.

זאת ניתן לעשות באמצעות פרסומים תקופתיים של דוחות וקיום שיח מתמיד עם אנשי אקדמיה וארגוני החברה האזרחית. אם לא כן, מסך החשאיות על פעילותם של גופי הפיקוח העצמאיים עשוי לחזק את הרושם ההפוך – של שבי רגולטורי.

אך גופי הפיקוח העצמאיים נדרשים לא רק לרכוש את אמון הציבור, אלא גם את אמון הגופים המפוקחים, כדי להבטיח שיתוף פעולה כן וזרימה חופשית ומלאה של מידע.³⁸⁶ האומנות של בניית יחסי עבודה תקינים עם סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק, באופן המאפשר ביקורת אקטיבית, היא אתגר משמעותי עבור רוב גורמי הפיקוח החיצוניים. הקפדה על אבטחת מידע, הימנעות דווקנית מהדלפות בלתי מאושרות ומתן פומבי לממצאי בדיקות בכפוף לסמכות וטו מיניסטרילית עשויים להפיג חלק מהחששות המסורתיים של סוכנויות הביטחון ממנגונוי הפיקוח העצמאיים.

פיקוח עצמאי על פעילות סיגינטית יכול להיעשות על ידי רשויות לאומיות להגנה על הפרטיות (Data Protection Authorities). עם זאת, מדינות רבות החריגו במפורש בחקיקה את סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק מתחום שיפוטן של רשויות לאומיות להגנת הפרטיות, הצרו את סמכויות הפיקוח של רשויות אלה לכדי המלצות בלתי מחייבות בלבד או הגבילו את זכויות הגישה שלהן למידע.³⁸⁷ ההמלצות של קבוצת העבודה האירופית שלפי סעיף 29 לדירקטיבת הגנת המידע, בחוות דעתה על החלת פיקוח עצמאי על מעקב מקוון, לא קבעו כי רשות הגנת המידע הלאומית היא בהכרח הגורם שעליו יש להטיל תפקיד זה.³⁸⁸ ייתכן שבהיעדר מומחיות קונקרטית בנושאי ביטחון לאומי אין הדבר רצוי.³⁸⁹ עם זאת, במערך הפיקוח על פעילות סיגינטית חייב להיות גורם הבוחן

386 WILLS, GUIDEBOOK, לעיל ה"ש 23, בעמ' 41; Intiaz Fazel, *Who Shall Guard: the Guards? Civilian Operational Oversight and the Inspector General of Intelligence, in To Spy Or Not to Spy? Intelligence and Democracy in South Africa* 31, 39 (Lauren Hutton ed., 2009)

387 FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 47.

388 Article 29 Working Party, לעיל ה"ש 188, בעמ' 13.

389 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 247. ראו גם ציטוטים מחוץ ראיונות עם נציגי רשויות הגנת פרטיות המצביעים על היעדר סמכות ומומחיות

היבטים של הגנת מידע ומבטיח כי פעולות עיבוד המידע (שמקורו עשוי להיות במעקב מקוון) של סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק נעשות לפי חוק.³⁹⁰

3.2.4 מוסדות ביקורת עליונים

במדינות רבות יש מוסד ביקורת לאומי עליון (Supreme Audit Institution), כגון מבקר מדינה, שתפקידו לבקר את המינהל הממשלתי ולהעריך את תפקודו.³⁹¹ להבדיל מגופי מומחים עצמאיים שייעודם הוא לפקח על פעילות סגינטית, שנודנו בחלק הקודם, תחת שבט הביקורת של מוסדות ביקורת עליונים יש מנעד רחב של רשויות, גופי ממשל ומוסדות ציבור, וחלקן של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק בו אינו בהכרח גדול. יתר על כן, אין ערובה לכך שהתחומים שבהם עשויה להיערך ביקורת בסוכנויות ביטחון ואכיפת החוק יהיו היבטים של פעילותן הסיגינטית.³⁹²

מוסדות ביקורת כלליים לא נועדו לבקר מדיניות אלא להעריך את יעילותה ותוצאותיה, או את יעילותם של פרויקטים קונקרטיים ואת חוקיותן של פרקטיקות ספציפיות של הגופים המבוקרים.³⁹³ אפשר שיחולו כללים מיוחדים

בחומי ביטחון לאומי אצל FRA 2017b, **לעיל** ה"ש 193, בעמ' 84. ההחרה האירופית של נושאי ביטחון לאומי ואכיפת חוק מדיני הגנת הפרטיות עשויה להסביר מדוע רשויות לאומיות להגנת פרטיות נעדרות לרוב מומחיות בתחומים אלה. ראו כהנא ושני רגולציה, **לעיל** ה"ש 2, בעמ' 110-114.

390 HRC 2010, **לעיל** ה"ש 79, בפס' 39-40.

391 משרד מבקר המדינה **ביקורת המדינה: תורה ומדריך מקצועי** א, חלק 1.1 (2018) (להלן: **ביקורת המדינה** א). הארגון הבינלאומי של מוסדות ביקורת עליונים (The International Organization of Supreme Audit Institutions) מונה 194 מוסדות ביקורת עליונים; ראו גם *Wills, Financial Oversight*, **לעיל** ה"ש 79.

392 ראו לדוגמה את סקירת פעילותו של מבקר המדינה הישראלי, **להלן** בסעיף 5.2.4, בנוגע לפעילות סגינטית בישראל: נראה כי היא ספורדית ומוגבלת להאזנות סתר במשטרת ישראל. דוחות המבקר הפומביים על קהילת המודיעין הישראלית המפורטים בה"ש 894 **להלן** לא התייחסו למעקב מקוון.

393 מיכל טמיר **מבט ביקורתי על ביקורת המדינה** 39 (2009); Born & Leigh, **לעיל** ה"ש 23, בפרק 23; *Wills, Financial Oversight*; **לעיל** ה"ש 79, בעמ' 167.

בנוגע לחשיפה לחומרים מסווגים במסגרת ביקורת על גופי ביטחון ואכיפת חוק, אך יש להבטיח שלמוסדות הביקורת יש גישה מלאה אליהם.³⁹⁴

מוסדות ביקורת עליונים הם גופים עצמאיים ובלתי תלויים האמונים על מתודולוגיית ביקורת מקצועית, ויש לשלבם במערך הפיקוח על פעילות סיגינטית. אך לצד יתרונות אלה, התמקדותם בעיקר בהיבטים של ציות וניהול פיננסיים, רוחב פעילותם (שבעטיו סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק ופעילותן הסיגינטית בפרט עשויות להידגם באקראי) וריתעתם מהתייחסות לנושאי מדיניות מעלים ספקות באשר לאפקטיביות של מוסדות אלו כגוף פיקוח עיקרי על פרקטיקות של מעקב מקוון.

3.2.5 נציבות תלונות או אומבוסמן

נדבך משמעותי בפיקוח הוא קיומו של מנגנון לבדיקת תלונות ולטיפול בהן. הגם שהרשות השופטת עשויה לשמש מען לתלונות על פעילות סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק, מכשולים פרוצדורליים רבים, כמו גם יכולתו המוגבלת של מי שזכויותיו נפגעו להמציא ראיות התומכות בטענותיו, מקשים עליה לספק מענה מלא לתלונות אלה.³⁹⁵ מען לברשיפוטי לתלונות בדמות נציבות תלונות או אומבוסמן מאפשר להתגבר על קשיים אלה, במחיר של צמצום פומביות הליכי הבדיקה והקטנת מעורבות המתלוננים בה (גם לאחר מעשה).

מוסד האומבוסמן, שמקורו בשוודיה, נעשה בהדרגה נפוץ בעולם לאחר מלחמת העולם השנייה.³⁹⁶ אין הגדרה מוסכמת לאומבוסמן בספרות, אך מוסכם כי מדובר במוסד עצמאי לבירור תלונות,³⁹⁷ ויש המקנים לו גם סמכויות ייזום בדיקות

³⁹⁴ BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 118; Wills, *Financial Oversight*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 170-172.

³⁹⁵ ראו לעיל בסעיף 3.2.2, ובפרט בטקסט המפנה לה"ש 337-342.

³⁹⁶ יצחק בקר "לידתו של רעיון האומבוסמן המודרני" עיונים בביקורת המדינה 63, 105 (2018); MICHAEL FRAHM, AUSTRALASIA AND PACIFIC OMBUDSMAN INSTITUTIONS: MANDATES, COMPETENCES AND GOOD PRACTICE 3-10 (2013)

³⁹⁷ Sabine Carl, *Toward a Definition and Taxonomy of Public Sector Ombudsmen*, 55 CANADIAN PUBLIC ADMINISTRATION 203, 205 (2012)

עצמאיות (בדומה לרשויות פיקוח עצמאית מתמחות, המתוארות בסעיף 3.2.3 לעיל).³⁹⁸ ארגון האומבוסדמן האמריקאי מאפיין את מוסד האומבוסדמן כעצמאי ונטול פניות, ואת הליכי הבירור שלו כדיסקרטיים ואמינים.³⁹⁹ הדיסקרטיות של האומבוסדמן נשענת על חיסיון סטוטורי שמכוחו אין לחייב את האומבוסדמן להעיד או לגלות מידע או מסמכים הקשורים בבדיקותיו. חלק מאמינותו של האומבוסדמן מבוססת על שיקול הדעת שניתן לו באופן ניהול הבדיקה, שיכולה להיות בלתי פורמלית, ובשיקול הדעת שלו אם לפרסם את ממצאיו והמלצותיו (שלרוב אינן מחייבות). ב־11 מדינות אירופיות האומבוסדמן הלאומי מוסמך לברר תלונות בקשר לפרקטיקות של מעקב מקוון, אולם חלקן מִחריגות בירור של תלונות הנוגעות לביטחון לאומי או לסוכנויות המודיעין, ורק במדינה־חברה אחת – אסטוניה – האומבוסדמן מוסמך לתת המלצות מחייבות.⁴⁰⁰

אומבוסדמן ייעודי לענייני ביטחון לאומי יכול לברר תלונות מבלי שהנילונים – סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק – יחששו מפרסום חומרים חסויים המזיקים לביטחון הלאומי, ואף למצוא באופן בלתי פורמלי פתרונות לקלקולים שנתגלו, אגב הבירור. נציבות תלונות ייעודית לענייני ביטחון לאומי ואכיפת חוק,

398 שם; גמלטופט הנסן "האומבוסדמן: מגיב או יוזם?" עיונים בביקורת המדינה 59, 63 (2002).

U.S. Ombudsman Association, *Governmental Ombudsman Standards* 399 (2003). ראו גם Colin Bennett, *Redress, the International Protection of Privacy and National Security and Intelligence Agencies: The Role for an Ombudsperson* (2017); MARIA TZANOU, THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DATA PROTECTION: NORMATIVE VALUE IN THE CONTEXT OF COUNTER-TERRORISM SURVEILLANCE (2017) 244–246. להיבטים השוואתיים של עצמאות סטוטורית של מוסדות אומבוסדמן ראו FRAHM, **לעיל** ה"ש 396, בעמ' 25–26 (מינוי), 28–31 (תקופת כהונה והעברה מתפקיד), 32–36 (שכר, משכורות וסמכויות); לניתוח השוואתי דומה של הנעשה במדינות אירופה ראו Gabriele Kucsko-Stadlmayer, *The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe: Legal Comparative Analysis, in EUROPEAN OMBUDSMAN INSTITUTIONS* 12–17 (Gabriele Kucsko-Stadlmayer ed., 2008). באשר להיעדר פניות וניגוד עניינים ראו FRAHM, **לעיל** ה"ש 396, בעמ' 31–32; Kucsko-Stadlmayer, **לעיל** בה"ש זו, בעמ' 15.

400 FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 118. למדינות המחריגות צבא וסוכנויות מודיעין ואכיפת חוק מתחום שיפוטי של מוסד האומבוסדמן הלאומי ראו לדוגמה גם אצל Kucsko-Stadlmayer, **לעיל** ה"ש 399, בעמ' 499.

ולסיגינט בפרט, זקוקה לא רק לגישה בלתי מוגבלת למידע,⁴⁰¹ אלא גם – בדומה לגופי פיקוח אחרים – למומחיות מקצועית ולהקצאת משאבים ראוייה שיאפשרו עריכת בירור ענייני ומעמיק של תלונות.⁴⁰² ההסדר ההולנדי החליף לאחרונה את האומבודסמן הלאומי, ששימש מען לתלונות של כל מאן דהוא על פעילות שירותי המודיעין ומשרדי הממשלה האחראים עליהם, במחלקת התלונות של ועדת הבחינה לענייני שירותי המודיעין והביטחון (CTIVD), גוף הפיקוח החיצוני של שירותי המודיעין והביטחון בהולנד.⁴⁰³

היעדר מכשולים פרוצדורליים כזכות עמידה ורף ראייתי מינימלי מציב בפני מתלוננים חלופה גמישה ונגישה להליכים משפטיים,⁴⁰⁴ בייחוד במדינות שבהן האומבודסמן (או הגוף המקביל לו לבירור תלונות) רשאי לתת סעדים אישיים.⁴⁰⁵ עם זאת, נראה כי בפועל כמות התלונות המוגשות לגופי אומבודסמן, וכן לגופי מומחים עצמאיים ולטריבונלים מעין-שיפוטיים ייעודיים, היא קטנה יחסית (פרט לנסיבות חריגות המעלות את נפח התלונות, כמו בסמוך לאחר פרשת סנדון).⁴⁰⁶

יש הסבורים כי מוסדות אומבודסמן עדיין נוטים להיות כלי לטיפול בבעיות מינהליות יותר מאשר להתמודדות עם בעיות משפטיות.⁴⁰⁷ ואכן, לא כל מוסדות האומבודסמן מחויבים מפורשות להגנה על זכויות אדם. חלקם עורכים בירור

401 למרבית מוסדות האומבודסמן הלאומיים באירופה אין גישה לחומרים מסווגים. EU Agency for Fundamental Rights, לעיל ה"ש 193, בעמ' 115-116; *Access to Data Protection Remedies in EU Member States* (2014)

402 Born & Mesevage, לעיל ה"ש 50, בעמ' 14; Craig Forcese, *Handling*; Born & Wills, *OVERSEEING*; *Complaints about Intelligence Services*, בחוך: INTELLIGENCE SERVICES, לעיל ה"ש 23, 181-200, בעמ' 196.

403 ראו להלן בסעיף 4.4.3.

404 Forcese, לעיל ה"ש 402, בעמ' 184.

405 Forcese, שם, בעמ' 194-195, ממליץ כי ככלל, גופים חיצוניים לטיפול בתלונות יוסמכו ליתן סעדים מעין-שיפוטיים כמו סעדים ממוניים, דוגמת טריבונל סמכויות החקירה הבריטי (IPT), להלן בסעיף 4.2.3) ומחלקת התלונות של ועדת הבחינה לענייני שירותי המודיעין והביטחון (CTIVD) ההולנדית (ראו להלן בסעיף 4.4.3).

406 ראו ממצאי ראיונות אצל FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 118.

407 Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 175, בעמ' 77.

הקשור בנושאי מינהל תקין או בחוקיותן של פרקטיקות, וההגנה על זכויות אדם היא תכלית משנית שהיקפה מוגבל לפי תוכן החוק והיבטי המינהל התקין הנבחרים.⁴⁰⁸

היעדר הפורמליות בבדיקה ושמירה על אינטרס המדינה שלא להכחיש או לאשר את ממצאיה (למשל על ידי מתן פומבי להחלטות ללא הנמקה)⁴⁰⁹ עשויים לפגוע באמון הציבור במוסד. מנגד, אפשר שדווקא היבטים אלה שבשיקול דעת האומבדוסמן, המשפיעים על מידת החשיפה הציבורית למחדלים של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק, מאפשרים להן להיות פתוחות יותר להמלצות מדיניות.⁴¹⁰

3.3

מנגנוני פיקוח חיצוניים למחצה: פיקוח אקזקוטיבי

בתווך שבין ארגוני הביטחון ואכיפת החוק לגורמי הפיקוח החיצוניים שתוארו לעיל מצויים הגורמים המיניסטריאליים שברשות המבצעת: המשרדים שארגונים אלה באחריותם וגורמי ממשל נוספים שעשויים לקחת חלק במערך הפיקוח, ובתוכם משרד המשפטים והתביעה הכללית. מאחר שהרשות המבצעת מפעילה את שירותי המודיעין ואכיפת החוק וגם צורכת את המודיעין ותוצרי הפעילות הסיגניטיבית, הפיקוח שהיא מפעילה אינו יכול להיות מסווג כ"חיצוני" גרידא.⁴¹¹

408 ראו Kucsko-Stadlmayer, לעיל ה"ש 399, בעמ' 36-39, 503. ראו גם אלי מרזל, מתן גוטמן ואלון רודס "ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם: דרך קצרה והכרחית" עיונים בביקורת המדינה 63, 49, 56 (2018).

409 בדומה לטריבונל סמכויות החקירה הבריטי, בה"ש 540 להלן.

410 CHESTERMAN, לעיל ה"ש 160, בעמ' 218.

411 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 115.

מנגד, יש להבחין בין פיקוח מיניסטריאלי-אקזקוטיבי על ארגוני הביטחון ואכיפת החוק לבין בקרה ניהולית של פעילותם השוטפת. החוק הקנדי, לדוגמה, מבחין בין ראש שירות המודיעין, שלו ניתנות סמכויות הבקרה והניהול של השירות, לבין השר, המוסמך להנחות את ראש השירות.⁴¹² פיקוח זה נדרש מכוח אחריותו המיניסטריאלית לתפקודם התקין של הארגונים הכפופים למשרד,⁴¹³ ויש הרואים בו תנאי סף לפיקוח פרלמנטרי אפקטיבי, בייחוד בכל הנוגע לגישה למידע.⁴¹⁴

פיקוח אקזקוטיבי על פעילות סיגינטית יכול להתבצע לפני מעשה, דוגמת מדינות שונות שבהן נדרש אישור מראש מהשר או מוועדה משרדית לפעילות של מעקב מקוון.⁴¹⁵ עם זאת, הדָּוּחַ המיוחד של האו"ם לקידום זכויות אדם ולהגנה עליהן תוך התמודדות עם טרור המליץ שבפיקוח מראש על פעילות סיגינטית, שבצידה בגיעה מהותית בזכויות אדם ייקח חלק, לצד האישור המיניסטריאלי, גורם עצמאי שאינו כפוף לרשות המבצעת או לסוכנויות המודיעין ואכיפת

412 Leigh, *Accountability*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 69; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 152; ס' 16 (1) לחוק שירות המודיעין הקנדי - Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23. ראו גם FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 32-33; Caparini, לעיל ה"ש 129, בעמ' 8.

413 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 151; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 51; Braat & Baudet, לעיל ה"ש 23, בעמ' 231; Fred Schreier, *The Need for Efficient and Legitimate Intelligence, in DEMOCRATIC CONTROL OF INTELLIGENCE SERVICES: CONTAINING ROGUE ELEMENTS* 25, 38-39 (Hans Born & Marina Caparini eds., 2007).

414 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 138.

415 למשל, ס' 4 לחוק האזנת סתר מסמיך את שר הביטחון או ראש הממשלה, לפי העניין, להתיר האזנת סתר; במנגנון ה־double lock הבריטי אמצעים סיגינטיים שונים טעונים באישור מיניסטריאלי (נוסף לאישור מנציב שיפוטני; ראו להלן בסעיף 4.2.1); לפי הסיווג המופיע אצל FRA 2017a, לעיל ה"ש 120, בעמ' 58-59, בלמעלה מ־10 ממדינות האיחוד קיים הסדר לאישור אקס אנטה של מעקב ממוקד (targeted surveillance) בידי גורמים ברשות המבצעת, ובשלוש מתוך חמש המדינות שבהן יש הסדרה סטטוטורית לשימוש באמצעי איסוף גורף (bulk collection), או "מעקב אסטרטגי" נדרש אישור אקס אנטה של גורמים אלה. ראו גם Hutton, לעיל ה"ש 129, בעמ' 95.

החוק.⁴¹⁶ הפסיקה האירופית בהקשר זה ממליצה על ביקורת שיפוטית אך אינה מחייבת אותה.⁴¹⁷

פיקוח אקזקוטיבי יכול גם להתבצע בדיעבד, כדי לברר את החוקיות, האפקטיביות והיעילות של הפעלת סמכויות השימוש באמצעי מעקב המקוון. לדוגמה, ועדות הפיקוח הנשיאותיות בארצות הברית (IOB ו־PCLOB)⁴¹⁸ יכולות למלא פערים בפיקוח הפרלמנטרי אך אינן מחליפות אותו. נוסף על פיקוח בדיעבד, יש מדינות שבהן האומבוסדמן המטפל בתלונות של הציבור ושל עובדי סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק (על מנת למנוע הדלפות) כפוף לרשות המבצעת.⁴¹⁹

יש שהפיקוח נעשה במישרין בידי השר (בעיקר בהקשר של פיקוח מראש),⁴²⁰ ויש שהוא נעשה בידי גוף מומחים, אומבוסדמן או מבקר פנים הכפופים ארגונית לשר או למשרד ממשלתי אחר. משכך, הספרות אינה מותחת קו ברור בין פיקוח אקזקוטיבי לבין פיקוח חיצוני על ידי גופי מומחים ייעודיים (ראו בסעיף 3.2.3 לעיל), נציבות תלונות (ראו בסעיף 3.2.5 לעיל) או מוסדות ביקורת (ראו בסעיפים 3.1, 3.2.4 לעיל).⁴²¹ אך נראה כי סיווגו של גוף פיקוח כאמור כחיצוני או כ"חיצוני למחצה" תלוי במידת עצמאותו, כפיפותו וזיקתו לגורמים פוליטיים ולסוכנויות הביטחון ואכיפת החוק שעליהן הוא מפקח. עמימות זו בין פנים

416 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 35.

417 ראו בסעיף 3.2.2 לעיל ובסעיף 4.1 להלן.

418 להלן בסעיפים 4.3.6, 4.3.7 בהתאמה.

419 ראו HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' d(7)3 ובדברי ההסבר לו בשורות 496-498.

420 למודל היברידי, שבו פיקוח אקס אנטה נעשה בידי השר וגוף מתמחה מעין־שיפוטי, ראו לדוגמה את מנגנון ה־double lock הבריטי, להלן בסעיף 4.2.1.

421 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 112-113, נוקט גישה מחמירה שלפיה כל מנגנון בקרה או פיקוח שכפוף למשרד הממשלתי שאליו משויכת סוכנות הביטחון או אכיפת החוק שעליה הוא מפקח צריך להיחשב כמנגנון בקרה פנימי, לרבות גורמים בחביעה הכללית אם הם אינם חלק מרשות שופטת עצמאית. הסוכנות האירופית לזכויות יסוד, מנגד, נוטה לסווג את פיקוח גורמי החביעה, למשל, כפיקוח שיפוטי חיצוני; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 98, Born & Leigh, לעיל ה"ש 23, בעמ' 58, מסווגים כחיצוניים מפקחים כלליים של ארגוני מודיעין ואכיפת חוק הכפופים לשר.

לחוץ עשויה להשפיע גם על מהות הפיקוח שמפעיל הגורם האקזקוטיבי, אשר עשוי להתמקד בבקרה ושליטה מינהלתיים (control) ולא בפיקוח ובחינת עומק (oversight, או review) של הפעילות הסיגינטית של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק.

הפיקוח האקזקוטיבי מאפשר למזער את האסימטריה במידע המאתגרת את גופי הפיקוח חיצוניים, בשל זכות גישה המיניסטריאלית למידע.⁴²² אך גם כאשר לשר יש זכות גישה מלאה למידע, נדרשת ממנו מומחיות מספקת בנושאי המשרד כדי לשאול את השאלות הנכונות.⁴²³ הקרבה הניהולית של המשרד לסוכנות המודיעין או אכיפת החוק שעליה הוא מופקד מאפשרת בקרה הדוקה יותר ויתר זמינות.

ואולם פיקוח מיניסטריאלי מראש עשוי לתבוע נתח נכבד מזמנו של השר הממונה. היועץ העצמאי הבריטי לחקיקה בענייני טרור, בציינו את "העובדה המדהימה (לכל הפחות לאיש מן החוץ), ששרת הפנים חותמת אישית, כדבר שבשגרה, על אלפי צווים מדי שנה [ההדגשות במקור]",⁴²⁴ תהה – בהנחה שהשר אכן שוקל בכובד הראש הראוי כל בקשה ובקשה – אם זהו אכן הניצול המיטבי של זמנו היקר של השר.⁴²⁴ שאלה זו יפה גם באשר לביקורת מראש על ידי גופים אקזקוטיביים אחרים שאינם ייעודיים – כגון גורמי התביעה הכללית. שכן גם גופי פיקוח ייעודיים, בין שהם חיצוניים לחלוטין ובין שהם כפופים לרשות המבצעת, נדרשים לתשומות ראויות של זמן, משאבים ומומחיות.

חשש נוסף הנלווה לפיקוח אקזקוטיבי הוא פוליטיזציה של שירותי המודיעין ואכיפת החוק.⁴²⁵ כאשר השר משתמש לרעה בסמכותו כדי להפעיל את שירותי הביטחון למטרות פוליטיות צרות, מנגנוני הפיקוח הכפופים לו עשויים

422 שם, בעמ' 57-59.

423 Braat & Baudet, לעיל ה"ש 23, בעמ' 231. ראו גם הערתו של אלי בכר המצוטטת אצל ברנע, לעיל ה"ש 139, בעמ' 41, שלפיה הממשלה אינה מפעילה את סמכויות הפיקוח שלה כי היא אינה מכנסת את ועדות השרים או שהשרים אינם חוקרים את הארגונים.

424 Anderson, A Question of Trust, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.49.

425 Leigh, More Closely, לעיל ה"ש 263, בעמ' 6.

שלא לגלות את העצמאות הדרושה כדי להתריע על כך. הוועדה האירופית לדמוקרטיה באמצעות חקיקה (ועדת ונציה) הציעה להתמודד עם סכנות אלו באמצעות הגבלת תלותם של ראשי הסוכנויות בשר (על ידי צמצום סמכותו של השר להעבירם מתפקידם), הגבלה בדין של סמכותיותם של שירותי הביטחון ואכיפת החוק, ועיצוב מנגנונים עצמאיים המאפשרים לעובדי שירותים אלה להביע חשש משימוש שלא כדין בסמכויות.⁴²⁶ לחצים פוליטיים על ארגוני מודיעין עשויים גם לחבל באיכות התוצרים שלהם, כפי שטוען פיטר גיל (Gill) לנוכח הדוגמאות של אירועי 11 בספטמבר והפלישה לעיראק.⁴²⁷

מערך הפיקוח על הפעילות הסיגינטית של שירותי הביטחון ואכיפת החוק לא יכול להסתמך באורח בלעדי על הפיקוח שמפעילה הרשות המבצעת, אלא להסתייע בה ובגורמים עצמאיים חיצוניים.⁴²⁸ פיקוח פוליטי על פעילות זו נדרש לייצג את כל הקשת הפוליטית, ועל מנת לזכות באמון הציבור נדרש לשלב בו גם גורם עצמאי, חופשי מלחצים פוליטיים או מזיקה לארגונים עצמם.

426 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 150.

427 Peter Gill, *The*; לעיל ה"ש 199; Gill, *Democratic Accountability* 427
Politicization of Intelligence: Lessons from the Invasion of Iraq, in
 WHO'S WATCHING THE SPIES? ESTABLISHING INTELLIGENCE SERVICE ACCOUNTABILITY 12
 (Hans Born, Loch K. Johnson, & Ian Leigh eds., 2005)

428 FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 61.

פיקוח על מעקב מקוון: דין השוואתי

בפרק זה יתוארו כמה דוגמאות של מערכי פיקוח על פעילות סיגינטית – בבריטניה, ארצות הברית, הולנד וגרמניה – וכן הדין האירופי הכללי באשר לפיקוח הנאות על פעילות זו. בהשפעת החשיפות של אדוארד סנודן התקיים במדינות אלו דיון ציבורי ער בפעילות הסיגינטית של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק וכולן ערכו בשנים האחרונות תיקונים בדיני המעקב המקוון שלהן,⁴²⁹ וחלק מתיקונים אלו נגעו גם להיבטים של הפיקוח על פעילות זו.⁴³⁰ במדינות אלו עוצבו מנגנונים שונים לפיקוח מראש ולפיקוח בדיעבד על פעילות סיגינטית.

כפי שיתואר להלן, בארצות הברית הפיקוח מראש על פעילות סיגינטית ביטחונות מסור לבית משפט מתמחה והפיקוח בדיעבד נעשה על ידי ועדות פרלמנטריות ואקזקוטיביות, ומערך הפיקוח הבריטי מרוכז בגוף בעל סמכויות היברידיות של פיקוח מראש ובדיעבד. הן בגרמניה והן בהולנד יש ועדות עצמאיות מעין שיפוטיות המפקחות לפני מעשה על פעילות סיגינטית לתכליות ביטחוניות, וועדות פרלמנטריות המפעילות פיקוח בדיעבד על פעילות סיגינטית של שירותי הביטחון ואכיפת החוק – אך בהולנד קיים לצידן גם גוף עצמאי ייעודי המפקח בדיעבד על פרטיקות של מעקב מקוון.

בהשוואה לסקירת המצב בישראל בפרק 5 להלן, נראה כי במדינות אלו מנגנוני הפיקוח הייעודיים על פעילות זו רבים יותר והשקיפות והמקצועיות גבוהות

429 בשנת 2014 הכניסה ארצות הברית תיקונים לחוק איסוף מודיעין זר (FISA) במסגרת ה-USA Freedom Act. נוסף לתיקונים אלה, מנגנוני הוראות השעה שבחוק מאלצים את המחוקק האמריקאי לשוב ולדון בסמכויות שונות בו טרם הארכת חוקפן (ראו לעיל בסעיף 3.2.1 ובה"ש 275); בשנת 2016 התקבל בבריטניה חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) (ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 138-186, ולהלן בסעיף 4.2); בשנת 2017 תיקנה גרמניה את חוק המשטרה הפדרלית (BKA6) (כהנא ושני רגולציה, שם, בעמ' 211-214), ובאותה שנה תיקנה הולנד את חוק שירותי הביטחון והמודיעין (ראו להלן בסעיף 4.4).

430 דוגמת הרפורמה המבנית שבהקמת נציבות סמכויות החקירה הבריטית (ראו להלן בסעיף 4.2), הוספת פונקציה של ידיד בית משפט להליכי בית המשפט למודיעין זר (ראו להלן בסעיף 4.3.4) או העברת הטיפול בתלונות מהאומבדוסמן הלאומי ההולנדי למחלקת התלונות של ועדת הבחינה לענייני שירותי המודיעין והביטחון (ראו להלן בסעיף 4.4.3).

יותר, ונעשה מאמץ להתאים את מנגנוני הפיקוח לרמת המורכבות הטכנולוגית והמשפטית דהיום.

4.1 דיני האיחוד האירופי ומועצת אירופה

מגילת זכויות היסוד (CFR) של האיחוד האירופי ואמנת זכויות האדם (ECHR) של מועצת אירופה, שבה חברות בין היתר כל מדינות האיחוד,⁴³¹ כוללות בתוכן את הזכות לפרטיות.⁴³² שני המסמכים נוקטים לשון של "כיבוד החיים הפרטיים", ומגילת זכויות היסוד אף מתייחסת במפורש לזכות להגנה על מידע. מתחם שיקול הדעת של המדינות החברות בבואן להגביל זכויות אלו שונה בכל אחד מדברי חקיקה אלה, שבהם פסקאות הגבלה שונות. פסקת ההגבלה באמנת זכויות האדם האירופית מתירה פגיעה בזכות לפרטיות בשם כמה תכליות לגיטימיות: אינטרסים של ביטחון לאומי, ביטחון הציבור או טובתה הכלכלית של המדינה, או לשם מניעת פשע והפרות סדר, הגנה על בריאות או על המוסר ושמירת זכויותיהם וחירויותיהם של אחרים.⁴³³ פסקת ההגבלה במגילת זכויות היסוד מאפשרת מתחם שיקול דעת רחב יותר, המתיר פגיעה בזכות לשם אינטרסים כלליים שהוכרו על ידי האיחוד.⁴³⁴

431 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (להלן: ECHR) או "אמנת זכויות האדם האירופית"; Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010 O.J. C 83/02 (להלן: CFR) או "מגילת זכויות היסוד".

432 ס' 8 לאמנת זכויות האדם האירופית, לעיל ה"ש 431; ס' 7-8 למגילת זכויות היסוד, לעיל ה"ש 431.

433 ס' 2(8) לאמנת זכויות האדם האירופית, לעיל ה"ש 431.

434 ס' 51 למגילת זכויות היסוד, לעיל ה"ש 431. להרחבה ראו, Cameron, *Oversight*, לעיל ה"ש 333; STEFAN SOTTIAUX, *TERRORISM AND THE LIMITATION OF RIGHTS: THE ECHR AND THE US CONSTITUTION* 40-55 (2008); Juliane Kokott & Christoph Sobotta, *The Distinction Between Privacy and Data*

פסקאות הגבלה אחרות באמנת זכויות האדם האירופית, המתייחסות לזכויות אחרות, נוקטות רובן לשון המאפשרת הגבלה של הזכות אם הגבלה זו היא בהתאם לחוק, ונחוצה בחברה דמוקרטית להגשמת תכליות דומות לאלו שצוינו לעיל בהקשר של פסקת ההגבלה של הזכות לפרטיות.⁴³⁵ בית הדין האירופי לזכויות אדם פירש באופן מהותי את התניית ההתערבות בזכויות אלו לפי האמנה בהיותה לפי חוק מפורש, בקבעו בעניינים שונים סטנדרטים מינימליים לחקיקה הפוגעת בזכויות אדם. עם זאת, בית הדין נוטה להימנע מלהגדיר במפורש מונחים בסיסיים באמנה, דוגמת "ביטחון לאומי"⁴³⁶, ומוכן לקבל פרשנויות נרחבות להם מבלי לקבוע מסמרות. כך למשל קבע בית הדין שבחינת נאמנות של מורים בגרמניה וההגנה של ממשלת יוון על "סמלי תרבות לאומיים" מתיישבות עם תכליות של ביטחון לאומי.⁴³⁷ מנגד, במסגרת עניין *lordachi* ציין בית הדין האירופי כי היעדר ההגדרה ל"ביטחון לאומי" בידי המעקב המקוון של מולדביה הוא בעייתי.⁴³⁸ בעניין *Ekimdzhiev* בחן בית הדין האירופי את פרוצדורת האישור הטרומית של פעילות מעקב מקוון בחוק הבולגרי, וסייג את קביעתו כי זו כוללת בקרות מהותיות השומרות מפני ניצול לרעה של סמכויות בשמירת ה"גבולות הטבעיים" של מושג הביטחון הלאומי.⁴³⁹

Protection in the Jurisprudence of the CJEU and the ECtHR, 3 INT'L DATA
PRIVACY L. 222 (2013)

435 ראו למשל ס' 9(2) (פסקת ההגבלה של הזכות לחופש המצפון והמחשבה), ס' 6(1) (לעניין הגבלת פומביות הדין המשפטי), ס' 10(2) (פסקת הגבלה של הזכות לחופש הביטוי) וס' 11(2) (פסקת הגבלה של חופש ההתאגדות) לאמנת זכויות האדם האירופית, לעיל ה"ש 431.

436 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 127, 133; ראו גם דברי בית הדין בעניין *Al-Nashif v. Bulgaria*, No. 50963/99, Eur. Ct. H.R. (2002), בפס' 121, שלפיהם "מטבע הדברים, אופיים של איומים על הביטחון הלאומי עשוי להיות מגוון וקשה לצפייה או להגדרה מבעוד מועד".

437 *Vogt v. FRG*, No. 17851/91, Eur. Ct. H.R., pars. 49-51 (1991); **438** *Sidiropoulos v. Greece*, No. 57/1997/841/1047, par. 38 Eur. Ct. H.R. (1998)

438 עניין *lordachi*, לעיל ה"ש 325, בפס' 46.

439 *The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, No. 62540/00 Eur. Ct. H.R., par. 84 (2007)

בית הדין האירופי לזכויות אדם משמש כערכאת פיקוח על-מדינתית על הסדרה לאומית של מעקב מקוון. בשורה של פסקי דין⁴⁴⁰ בחן בית הדין את המשטר שחל על פרקטיקות של מעקב מקוון לתכליות אכיפת חוק וביטחון במדינות אירופה, בעודו נשען על סעיף 8 לאמנת זכויות האדם האירופית בדבר הזכות לפרטיות כמקור לפיתוח ההלכה לגבי נאותות משטרים אלה והסטנדרטים המינימליים החלים עליהם, ובפרט לגבי הפיקוח הנאות על פרקטיקות של מעקב מקוון.

ההלכה הקאנונית של בית הדין האירופי לזכויות האדם לבחינת משטרי מעקב מקוון התגבשה בעניין *Huvig*⁴⁴¹ שם, בנתחו את המשטר שחל על האזנות סתר טלפוניות בצרפת, פירט בית הדין את התנאים הנדרשים להלימתה של פרקטיקת מעקב עם הוראות האמנה. כדי שהאמצעי המתערב בזכות לפרטיות שבאמנה יהיה "לפי החוק" (כהוראת פסקת ההגבלה המתאימה), עליו להתבסס על הוראות הדין הלאומי.⁴⁴² על הדין להיות נגיש לנוגעים בדבר,⁴⁴³ ועליו להיות בעל מידה של צפיות. נוסף לכך, על האמצעי המתערב להתאים לשלטון החוק.⁴⁴⁴

בית הדין המשיך ופירט את המבחנים שלאורם יקבע בית הדין אם פרקטיקה סיגינטית היא "לפי חוק". על החוק לפרט את האופן והיקף של יישום שיקול

440 ראו למשל עניין *Iordachi*, לעיל ה"ש 325; עניין *Zakharov*, לעיל ה"ש 119; עניין *Szabó*, לעיל ה"ש 119; עניין *Ekimdzhiev*, לעיל ה"ש 439; עניין *Huvig*, לעיל ה"ש 176; עניין *Liberty*, לעיל ה"ש 177; עניין *Klass*, לעיל ה"ש 174; עניין *Rättvisa*, לעיל ה"ש 174; עניין *האח הגדול*, לעיל ה"ש 298; עניין *Telegraaf*, לעיל ה"ש 367; עניין *Weber*, לעיל ה"ש 367; Eur. Ct. H.R. No. 8691/79, *Malone v. UK* (1984); Eur. Ct. H.R. (2000) No. 28341/95, *Rotaru v. Romania*; Eur. Ct. H.R. (2007) No. 71525/01, *Dumitru Popescu v. Romania*; Eur. Ct. H.R. (2010) No. 26839/05, *Kennedy v. UK*; Eur. Ct. H.R. (2010) No. 35623/05, *Uzun v. Germany*; Eur. Ct. H.R. (2016) No. 61498/08, *Barbukescu v. Romania*; Case C-207/16 *Ministerio Fiscal* (2.10.2018)

441 עניין *Huvig*, לעיל ה"ש 176; ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 104-100.

442 עניין *Huvig*, לעיל ה"ש 176, בפס' 28. שם הובהר כי "דין" הוא לרבות חקיקת משנה ודין שאינו חרות.

443 שם, בפס' 29.

444 שם, בפס' 26.

הדעת של הרשות הציבורית:⁴⁴⁵ (1) סוג האנשים המצויים במעקב; (2) אופי העבירות שבגינן מתבצע המעקב; (3) הגבלה על משך המעקב; (4) נוהלי עיבוד הנתונים; (5) בקורות על העברת המידע; (6) התנאים למחיקה או השמדה של המידע.⁴⁴⁶ דרישה שביעית, אופציונלית, נגעה לבקרה שיפוטית לפני מעשה על אמצעי המעקב.⁴⁴⁷

בעניין *Weber*,⁴⁴⁸ שבו נדונה חוקיות ההסדרה הסטטוטורית של "מעקב אסטרטגי" (איסוף גורף של מודיעין) בגרמניה, החיל בית הדין האירופי את מבחני הלכת *Huvig*, שעניינה היה בפרקטיקות סיגינטיות לתכליות של אכיפת חוק, גם על איסוף מודיעין לתכליות של ביטחון לאומי, ועל איסוף גורף בפרט. הגם שבית הדין נמנע מלפסול פרקטיקות של איסוף גורף כשלעצמן, הלכת *Weber* צמצמה את שיקול הדעת שניתן לרשויות הלאומיות בבואן לעצב את הדינים המסדירים את הפעלת אמצעי המודיעין הלאומי. ששת הקריטריונים של הלכת *Huvig*, אשר יובאו לתוך הלכת *Weber*, נועדו לבסס סטנדרט מינימלי של צפיות עבור הסדרי מעקב ואיסוף מודיעיניים, על מנת למזער את הסיכון של ניצול לרעה של ההסדרים.

במהלך שנת 2018 ניתנו שני פסקי דין של בית הדין האירופי לזכויות אדם אשר עסקו בהסדרת מעקב מקוון בדין הלאומי. הראשון, עניין *Rättvisa*,⁴⁴⁹

445 ראו גם עניין *Rotaru*, לעיל ה"ש 440.

446 עניין *Huvig*, לעיל ה"ש 176, בפס' 34.

447 שם, בפס' 33; וראו גם Gianclaudio Malgieri & Paul De Hert, *European Human Rights, Criminal Surveillance and Intelligence Surveillance: Towards "Good Enough" Oversight, Preferably But Not Necessarily by Judges*, in CAMBRIDGE HANDBOOK OF SURVEILLANCE LAW 509 (David Gray & Stephen E. Henderson eds., 2017). בהקשר של מעקב אחר תקשורת הנהנית מחיסיון עיתונאי נקבע כי ביקורת שיפוטית אקס אנטה אינה אופציונלית אלא דרישה מחייבת. ראו עניין *Telegraaf*, לעיל ה"ש 367.

448 עניין *Weber*, לעיל ה"ש 367.

449 עניין *Rättvisa*, לעיל ה"ש 174.

שדן במשטר הסיגינט השוודי, ניתן כשבועיים לפני הדיון האחרון בעניין האח הגדול,⁴⁵⁰ שעסק בהסדרת האיסוף המקוון בדין הבריטי.

בעניין האח הגדול דחתה דעת הרוב את טענות העותרים, שהצביעו על הצורך לעדכן את הקריטריונים של הלכת Weber לנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות שחלו מאז שניתנה. פסק הדין בעניין האח הגדול ניתח את ההסדר הבריטי לאור הקריטריונים של הלכת Weber ובחן גם את אמת המידה האופציונלית של ביקורת שיפוטית. בית הדין מצא כי גם בהיעדר ביקורת שיפוטית מראש על איסוף גורף, משטר הביקורת הבריטי דאז, אשר התבסס על מתן אישור מיניסטריאלי מראש של צווי איסוף וכלל גם גופים המבצעים בקרה בדיעבד, לא הפר כשלעצמו את הזכות לפרטיות שבאמנה.⁴⁵¹ בית הדין זיהה, עם זאת, כמה היבטים במשטר האיסוף הבריטי המפרים את הוראות האמנה, הנוגעים להיקף ולרמה של הפיקוח הסטטוטורי על ההפקה הסיגינטית.⁴⁵²

בעניין Rättvisa נטען כי הפעילות הסיגינטית של ממשלת שוודיה והסדרתה בדין מפרות את הזכות לפרטיות שבאמנת זכויות האדם האירופית.⁴⁵³ להבדיל מעניין האח הגדול, העתירה בעניין Rättvisa נדחתה משלא נמצאה הפרה של האמנה. בבחרו להחיל את אמות המידה של הלכת Weber על משטר של איסוף גורף, בית הדין בחן את הנגישות לחוק, את היקף הפעילות הסיגינטית ומשכה, את הליכי האישור של הפעלת האמצעים המודיעיניים, את הליכי האחסון, הגישה, השימוש, השיתוף והביעור של החומר המיורט, את הסדרי הבקרה והפיקוח

450 עניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298. כן ראו עמיר כהנא "מעקב מקוון בישראל: לא להמתין לסנודן המקומי" סיווג ביטחוני 14.10.2018 (להלן: כהנא "מעקב מקוון בישראל"); Vera Rusinova, *A European Perspective on Privacy and Mass Surveillance at the Crossroads* (Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 87/LAW/2019, 2019)

451 עניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 328-374.

452 שם, בפס' 347.

453 *Lagen om försvarsunderrättelseverksamhet* (2000:130) (חוק המודיעין הזר השוודי); *Lag om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet* (2008:717) (חוק הסיגינט השוודי); תיאור של החלקים הרלוונטיים של החקיקה באנגלית מופיע בגוף פסק הדין בעניין Rättvisa, לעיל ה"ש 174, בפס' 8-58.

ואת הליכי היידוע והסעדים הסטטוטוריים הזמינים לנפגעים מהפרות החוק. לנוכח פרשנותו המרחיבה של בית הדין לאמות המידה שנקבעו בעניין *Weber*, גם הוראות בדין השוודי שהפירוש המסורתי להלכת *Weber* היה מוצאן מפרות נמצאו בהלימה איתה.⁴⁵⁴ למשל, חרף היעדרה של הוראה המורה לסוכנות הביון השוודית, ה-FRA, לחדול מפעילות סיגינטית כאשר התנאים הנסיבתיים שהצדיקו אותה השתנו, הניח בית הדין כי בחינת ההיתר אחת לשישה חודשים (אם חידושו נדרש) היא בקרה מספקת.⁴⁵⁵

המשקל שיש לתת לביקורת שיפוטית עצמאית מראש על הפעלת אמצעי מעקב מקוון, ובפרט אמצעי איסוף גורף, נותר שנוי במחלוקת בפסיקת בית הדין. תחת הלכות *Weber* ו-*Huvig*, ביקורת שיפוטית או מעין שיפוטית שכזו היא קריטריון אופציונלי ובלתי מחייב להערכת ההסדרה הסטטוטורית של מעקב מקוון. בהתאם, דעת הרוב בעניין **האח הגדול** הדגישה שאף שזהו אמצעי הגנה משמעותי נגד שימוש שרירותי וניצול לרעה של סמכויות, אין זה תנאי מחייב.⁴⁵⁶ עם זאת, שתי דעות המיעוט בעניין **האח הגדול** התייחסו לחשיבות של מנגנוני הפיקוח והבקרה – מראש ובדיעבד. דעת המיעוט של השופטים פרדלוס (Pardalos) ואייקי (Eicke), שמצאה שמשטר האיסוף הגורף הבריטי לא הפר את הזכות לפרטיות שבאמנת זכויות האדם, הסתמכה על מנגנוני בקרה מעין שיפוטיים.⁴⁵⁷ בסוגיה זו הייתה דעת המיעוט של השופטת קוסקלו (Koskelo), שאליה הצטרפה השופטת טורקוביץ' (Turković), משתמעת פחות לשתי פנים. השופטת קוסקלו סברה כי לנוכח השינויים בנסיבות העובדתיות והמשפטיות אין להסתפק בעמידתו של משטר איסוף גורף באמות המידה של הלכת *Weber* מבלי להוסיף עליהן גם דרישה לביקורת שיפוטית עצמאית מראש⁴⁵⁸ (היבט שלא נכלל בהסדר הבריטי שנבחן בעניין **האח הגדול**, דבר שחזק לשיטת קוסקלו את

454 בעניין זה ראו Asaf Lubin, *Legitimizing Foreign Mass Surveillance in the European Court of Human Rights*, JUST SECURITY (2.8.2018)

455 עניין *Rättvisa*, לעיל ה"ש 174, בפס' 130.

456 עניין **האח הגדול**, לעיל ה"ש 298, בפס' 318, 377.

457 דעת המיעוט של השופטים פרדלוס ואייקי, שם, בפס' 25.

458 דעת המיעוט של השופטת קוסקלו, שאליה הצטרפה השופטת טורקוביץ', שם, בפס' 29-16.

התוצאה שאליה הגיע הרוב). נוסף על דעות המיעוט בעניין האח הגדול, פסק הדין בעניין *Rättvisa* נתן משקל למנגנוני הפיקוח והאישור של אמצעי המעקב המודיעיניים.⁴⁵⁹ גם קודם לשני פסקי דין אלו, בעניין *lordachi* הודגשה חולשת הביקורת השיפוטית כאינדיקציה לחוסר ההלימה של דיני המעקב המקוון המולדובניים עם הדין האירופי.⁴⁶⁰

גם הלכת בית הדין האירופי לצדק (ECJ) התייחסה לצורך בפיקוח עצמאי מראש על מעקב מקוון, בהקשר של הדינים המסדירים את השגת נתוני תקשורת על ידי סוכנויות הביטחון ואכיפת חוק.⁴⁶¹ דעת הרוב בעניין האח הגדול, כמו גם דעת המיעוט של השופטים פרדלוס ואייקי, המראות נכונות לוותר על פיקוח שיפוטי או עצמאי מראש לפני הפעלת פרקטיקות של איסוף גורף, ובתנאי שהפיקוח עליהן בדיעבד הוא מספיק, מצביעות על מגמה מטרידה.

הוועדה האירופית לדמוקרטיה באמצעות חקיקה (ועדת ונציה) פרסמה כמה דוחות העוסקים בפיקוח על שירותי ביטחון ועל סוכנויות סיגינט לאומיות.⁴⁶² דוח

459 עניין *Rättvisa*, לעיל ה"ש 174, בפס' 131-141.

460 עניין *Iordachi*, לעיל ה"ש 325, בפס' 51. יצוין כי בית הדין האירופי הצביע שם על שיעור הדחייה הנמוך של בקשות לצווי יירוט כאינדיקציה לחולשת בית המשפט המולדובני. לפי הנתונים שעליהם הסתמך בית הדין, המובאים שם בפס' 13, שיעור הדחייה הוא 0.76%-2.07% מהבקשות. להשוואה עם ישראל ראו לוחות 2 ו-3 בסעיף 5.2.1 להלן.

461 CJEU, Joined Cases C-203/15 and C-698/15, *Tele2 Sverige AB and Secretary of State for the Home Department v. Post- och telestyrelsen and Others*, par. 118 (21.12.2016); CJEU, Joined cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Seitlinger and Others*, par. 62 (18.4.2014) [2014] E.C.R. I-238 (להלן: עניין *DRI*); כמו כן, בעניין *Schrems*, המוקדם יותר, התייחס בית הדין לפיקוח על העברת מידע למדינות זרות, המשפיע על מעקב מקוון של צדדים שלישיים. ראו *C-362/14, Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, pars. 36m, 38-66 (6.10.2015) (להלן: עניין *Schrems*). שם התייחס בית הדין האירופי לצדק לסמכויות הפיקוח החיצוניות של נציב הגנת הפרטיות הלאומי באשר להסדר העברת המידע בין האיחוד לארצות הברית, *Safe Harbor*.

462 ראו דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96.

ונציה בעניין שירותי הביטחון סקר מנגנוני פיקוח פנימיים וחיצוניים על שירותי הביטחון, וכלל המלצות בנוגע לעיצוב הרצוי של מנגנוני הפיקוח הפרלמנטריים והשיפוטיים, כמו גם של גופי פיקוח עצמאיים מיוחדים ומנגנוני תלונות. דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגנט התייחס למאפייני מנגנוני פיקוח אלה בהקשר של מעקב מקוון. בין השאר המליץ הדוח על מעקב שיפוטי על ביצועם של צווים,⁴⁶³ על שילוב גופי פיקוח בעלי מומחיות⁴⁶⁴ ועל הקמת מנגנון תלונות הנשען על הזכות ליידוע.⁴⁶⁵ לפי הדוח, הבקורות החשובות ביותר על הפעילות הסיגנטית (ביחס למשל לקריטריונים של הלכת *Weber*) הן הליכי אישור הפעילות מראש והפיקוח עליה בדיעבד.⁴⁶⁶

4.2 בריטניה

בשנת 2016 עברו דיני המעקב המקוון הבריטיים רפורמה, ובמסגרתה נחקק חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA), שהחליף את חוק סמכויות החקירה ושימור הנתונים.⁴⁶⁷ אחת הסיבות לרפורמה היא שורה של תיקים בערכאות האירופיות והלאומיות, שקבעה (או שהייתה עתידה לקבוע) כי חוק סמכויות חקירה ושימור נתונים 2014 (DRIPA), כמו גם ההסדר הסטטוטורי שקדם לו במסגרת החוק להסדרת סמכויות החקירה 2000 (RIPA), אינם עולים בקנה אחד עם החוק האירופי.⁴⁶⁸

463 שם, בפס' 118, 120.

464 שם, בפס' 123-125.

465 שם, בפס' 126-127.

466 ראו עניין *Rättvisa*, לעיל ה"ש 174, בפס' 70, והפסקה הזוהה לה בעניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 212.

467 Data Retention and Investigatory Powers Act, 2014, c. 27 (Eng.) (להלן: חוק סמכויות חקירה ושימור נתונים 2014 (DRIPA)).

468 ראו עניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, שבו נקבע שההסדרים בחוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA) אינם בהלימה עם הדין האירופי; עניין *DR I* ועניין *Tele2 Sverige AB*, לעיל ה"ש 461, שבהם נקבע כי הדירקטיבה האירופית שלפיה

עוד בשלבי חקיקתו כונה חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) על ידי העיתונות בחשדנות "מגילת זכויות החטטן" ("the UK Snooper's Charter"),⁴⁶⁹ ועורר ביקורת רבה בקרב ארגוני זכויות אדם.⁴⁷⁰ גם הדָוּחַ המיוחד של האו"ם לנושא פרטיות דחק בבריטניה לסגת מעיגון אמצעי מעקב בלתי מידתיים בחקיקה.⁴⁷¹

חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) הוא מורכב וארוך. בחוק יש הסדרים מפורטים מיוחדים שמכוחם מוסמכות רשויות שונות⁴⁷² ליירט נתוני תוכן, להשיג נתוני

נחקק חוק סמכויות חקירה ושימור נתונים 2014 (DRIPA) והחוק עצמו, בהתאמה, אינם בהלימה עם הדין האירופי; וכן *Tom Watson MP v. Secretary of State for the Home Department* [2018] EWCA Civ 70 (30.1.2018) ה-ECT לעיל על הדין הבריטי. ראו גם עמיר כהנא "זה אלמנטרי, ווטסון: שימור נתונים בבריטניה ובישראל" *אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה* 16.2.2018; כהנא "מעקב מקוון בישראל", לעיל ה"ש 450; וכן כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בסעיף 3.3.4.

469 לניחוח השיח התקשורתי על חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) ראו Stephen Reid, *Mass Surveillance or License to Operate: A Critical Discourse Analysis of UK Newspaper Reporting on The Investigatory Powers Act 2016* (M.Sc. diss., University of London, 2018)

470 Gus Hosein, *From Britain, with Bulk Love: A Dark Digital Magna Carta*, PRIVACY INTERNATIONAL (11.11.2015); Liberty, *Failure to Balance Privacy and Surveillance: Liberty Responds to the Draft Investigatory Powers Bill* (4.11.2015); *UK's Mass Surveillance Law Being Rushed Through Legislative Process*, EDRI (9.3.2016) החוק, *Repeal the New Surveillance laws (Investigatory Powers Act)* (closed petition, closed on 7.5.2017)

471 *Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy*, par. 38 **471** (A/HRC/31/64, 2016)

472 בעיקר שירותי המודיעין הבריטיים – מטה התקשורת הממשלתי (GCHQ), סוכנות הביון הבריטית (Secret Intelligence Service), המוכרת גם כ-SIS או כ-MI6 והשירות החשאי (Security Service, או MI5). חלק מהסמכויות בחוק מוקנה גם לראש מודיעין ההגנה (DI), מפקדי המשטרה (משטרת לונדון, משטרת צפון אירלנד ומשטרת סקוטלנד), ראש הסוכנות הפלילית הלאומית (NCA), רשויות המס (HMRC) וכל מי שיש לו סמכות מדינתית למטרת סיוע מודיעיני הדדי. מגוון הרשויות המוסמכות להשיג נתוני תקשורת הוא הרחב ביותר: בחוספת הרביעית לחוק נמנים, נוסף על הגופים שהוזכרו לעיל, גם גורמי חקירת הונאות במחלקת הרווחה, משמר החוף, חוקרי תאונות אוויר, רכבת וים במשרד התחבורה, סוכנות התקנים למזון, נציבות ההימורים, המפקח על המידע (ICO), הרשות להצלה ועוד. גם בעלי תפקידים בכירים ברשויות מקומיות

תקשורת, לעסוק בפעילות סייבר כדי להשיג מידע או להפעיל שיטות שונות של איסוף גורף וחסר הבחנה.⁴⁷³

לאחרונה, בעניין *Liberty (EWHC)*,⁴⁷⁴ דחה בית המשפט הגבוה הבריטי עתירה שביקשה להכריז על ההוראות שבחוק המסמיכות את שירותי הביון הבריטיים לנקוט אמצעים שונים של איסוף גורף כבלתי תואמות את הדין האירופי. לנוכח הבקורות ומנגנוני הפיקוח שבחוק קבע בית המשפט הגבוה כי משטר האיסוף הגורף הבריטי הולם את הדין האירופי, כפי שזה פורש בהלכת בית הדין האירופי לזכויות אדם,⁴⁷⁵ ובפרט בפסק הדין בעניין **האח הגדול**.⁴⁷⁶

4.2.1 פיקוח פרלמנטרי

חוק הצדק והביטחון מסמיך את ועדת המודיעין והביטחון של הפרלמנט (ISC) לפקח על התקציב, המינהל, המדיניות והפעילות של שירותי המודיעין.⁴⁷⁷ זהו

מוסמכים לתח אישורים להשגת נתוני תקשורת, אך רק להכליות של מניעת פשיעה או הפרות סדר (ס' 73 לחוק). התיקון המוצע לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) מעביר חלק מהסמכויות של פקידי רשויות אלו לאשר בקשות להשגת נתוני תקשורת לנציב סמכויות החקירה. ראו *Investigatory Powers Act 2016, Consultation on the Government's Proposed Response to the Ruling of the Court of Justice of the European Union on 21 December 2016 regarding the Retention of Communications Data*

473 להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בסעיף 3.3.4.

474 עניין *Liberty (EWHC)*, לעיל ה"ש 9.

475 ראו לעיל בסעיף 4.1.

476 עניין **האח הגדול**, לעיל ה"ש 298.

477 ראו *Justice and Security Act, 2013, c. 18, §2 (Eng.)* (להלן: חוק הצדק והביטחון 2013). שירותי המודיעין שה־ISC מפקח עליהם הם מטה התקשורת הממשלתי, סוכנות הביון הבריטית והשירות החשאי. יצוין כי ה־ISC פעלה טרם חקיקת חוק הצדק והביטחון 2013, הנוקט בס' 1 את הלשון "יש גוף המוכר כוועדת המודיעין והביטחון של הפרלמנט" בהתייחסו ל־ISC. ראו *BOCHEL, DEFTY, & KIRKPATRICK, WATCHING THE WATCHERS, לעיל ה"ש 20; Hugh Bochel, Andrew Defty, & Jane Kirkpatrick, "New Mechanisms of Independent Accountability": Select Committees and Parliamentary Scrutiny of the Intelligence Services, 68 PARLIAMENTARY AFFAIRS 314 (2013); Jon Moran & Clive Walker, Intelligence*

מנגנון האחריות והבקרה העיקרי של המחוקק על שירותי המודיעין והביטחון. הוועדה רשאית לבחון פעילויות אחרות של הממשלה הנוגעות לענייני מודיעין וביטחון או לפקח עליהן, כמפורט במזכר הבנות בין ראש הממשלה לוועדה, שלו ניתן פומבי.⁴⁷⁸ בוועדה מכהנים תשעה חברים מבית הנבחרים ומבית הלורדים, שאינם שרים, הממונים בידי ראש הממשלה בהתייעצות עם ראש האופוזיציה.⁴⁷⁹ תקופת הכהונה של חברי הוועדה מקבילה לקדנציה של הפרלמנט.⁴⁸⁰ שר רשאי לתקצב את הוועדה ולספק לה כוח אדם תומך.⁴⁸¹ יש שהצביעו על היעדר האחריות של הוועדה, הממונה על ידי הממשלה, כלפי הפרלמנט, כנקודת תורפה.⁴⁸² יש הרואים בה פורום מיוחד שמחליף את הפרלמנט בכל הנוגע לפיקוח על שירותי המודיעין, ולא גוף פרלמנטרי "מחנך" המסייע לפתח את המומחיות של כלל חברי הפרלמנט בנושאי מודיעין.⁴⁸³ המחקר האקדמי נוטה להעריך כי הוועדה לענייני מודיעין וביטחון יצרה מערכת יחסי אמון עם סוכנויות המודיעין, דבר שאפשר לה לעסוק בתחומים שמעבר למנדט הרשמי שלה, לרבות היבטים מבצעיים. עם זאת, יש הסוברים כי יחסי קרבה אלו מתאפיינים בתמימות, וכי איכות הפיקוח של הוועדה לוקה בחסר בהשוואה לוועדות פרלמנטריות אחרות.⁴⁸⁴

Goldman & Rascoff, *GLOBAL Powers and Accountability in the U.K.*, INTELLIGENCE OVERSIGHT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 289.

478 ס' 2(2), (5), (6) לחוק הצדק והביטחון 2013.

479 ס' 1(1) ו-2(5) לחוק הצדק והביטחון 2013.

480 ס' 1 לחוספת הראשונה לחוק הצדק והביטחון 2013.

481 ס' 3 לחוספת הראשונה לחוק הצדק והביטחון 2013.

482 Mark Phythian, *The British Experience with Intelligence Accountability*, 22 INTELLIGENCE AND NATIONAL SECURITY 75 (2007). נראה כי גם לאחר חקיקת חוק הצדק והביטחון 2013 פני הדברים לא נשתנו בהכרח. ראו גם BOCHTEL, DEFTY, & KIRKPATRICK, WATCHING THE WATCHERS, לעיל ה"ש 20, בעמ' 115, 167.

483 Andrew Defty, *Educating Parliamentarians about Intelligence: The Role of the British Intelligence and Security Committee*, 61 PARLIAMENTARY AFFAIRS 621 (2008).

484 ראו Ian Leigh, *Intelligence and the Law in The United Kingdom*

ראשי שירותי המודיעין נדרשים להעביר לוועדה כל חומר המבוקש על ידה בתנאי שאינו קשור לעניין מבצעי קונקרטי, ולחלופין ליידע את הוועדה על החלטה שלא להעביר את החומר המבוקש.⁴⁸⁵ השר⁴⁸⁶ רשאי לקבוע שמידע מסוים לא יימסר לוועדה אם מדובר במידע רגיש או אם אין להעבירו לוועדה מטעמים של ביטחון לאומי.⁴⁸⁷

ה־ISC מדווחת מדי שנה לפרלמנט ורשאית לפרסם דיווחים אד הוק לפי שיקול דעתה. עם זאת, לפני פרסום דיווח כאמור על הוועדה להעבירו לראש הממשלה ולהסיר מהדיווח כל עניין שראש הממשלה סבור שיש בו כדי לסכן את הפעילות השוטפת של סוכנויות המודיעין. דוחות שבוצעה בהם השמטה כאמור יצינו זאת במפורש.⁴⁸⁸ בעקבות פרשת סנודן, ואחר כך במסגרת תהליכי החקיקה של חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA), פרסמה הוועדה כמה דוחות אד הוק בנושאי מעקב מקוון בבריטניה.⁴⁸⁹

בחור: Johnson, THE OXFORD HANDBOOK, לעיל ה"ש 49, בעמ' 640, 648 (להלן: Leigh, *Intelligence and The Law*).

485 ס' 4 לתוספת הראשונה לחוק הצדק והביטחון 2013.

486 השר המופקד על חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) הוא שר הפנים (Secretary of State for the Home Department), ובאשר למודיעין שמעבר לים – שר החוץ (Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs). על פי רוב, דברי החקיקה הבריטיים אינם מציינים את המשרד שעליו השר מופקד. חוק הצדק והביטחון 2013, כמו גם חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) נוקטים את הלשון "Secretary of State", שלפי חוק הפרשנות הבריטי הוא "אחד משרי הקבינט המופקד על משרד ממשלתי" (על משרד האוצר, למשל, אין מופקד Secretary of State אלא ה־Chancellor of the Exchequer). ראו Schedule 1 of the Interpretation Act 1978, c. 30 (Eng.).

487 ס' 4(4) לתוספת הראשונה לחוק הצדק והביטחון 2013. "מידע רגיש" הוא מידע שיש בו כדי לגלות פרטים על פרקטיקות מבצעיות של שירותי המודיעין, מידע על פעילות מבצעית ספציפית (בעבר, בהווה או בעתיד) של שירותי המודיעין, או כל מידע שמקורו בשירותי המודיעין ושהממשלה אינה מעוניינת להעבירו לוועדה (ס' 5 לתוספת הראשונה לחוק הצדק והביטחון 2013).

488 ס' 3 לחוק הצדק והביטחון 2013.

489 ראו ISC 2015, לעיל ה"ש 96; Intelligence and Security Committee of Parliament, *Access to Communications Data by the Intelligence and Security Agencies* (5.2.2013); Intelligence and Security Committee of

לצד ה־ISC יש ועדות פרלמנטריות אחרות שעוסקות מדי פעם בפעם בענייני מודיעין.⁴⁹⁰ כך למשל ועדת הפנים והוועדה המשותפת לזכויות אדם דנו כמה פעמים באיסור על שימוש בחומר מיורט כראיה.⁴⁹¹ ועדות אלו אחראיות בפני הפרלמנט והן מגלות עניין גובר בנושאי מודיעין, הגם שהתחרות עם ה־ISC ומעמדה המיוחד כוועדה לענייני מודיעין עשויים להעיב על פעילותן של ועדות פרלמנטריות החוקרות נושאי מודיעין וביטחון, כמו גם על גישתן לחומרים מסווגים.⁴⁹²

4.2.2 פיקוח מעין־שיפוטי מראש וסמכויות פיקוח בדיעבד: נציב סמכויות החקירה

מכוח חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) הוקם מנגנון פיקוח מעין־שיפוטי – נציבות סמכויות החקירה (להלן: IPCO). בראש הנציבות עומד נציב סמכויות החקירה (Investigatory Powers Commissioner), ולצידו מכהנים נציבים שיפוטיים (judicial commissioners). הנציבים ממונים לתקופה של שלוש שנים בידי ראש הממשלה בהסכמת שר המשפטים וראשי מערכות המשפט של

.Parliament, *Report on the Draft Investigatory Powers Bill* (9.2.2016)
Moran & Walker, **לעיל** ה"ש 477, מעירים כי הגם שדוח הוועדה ממרץ 2015 מעיד על שיפור בשקיפות, הרפורמה שהוא מציע בחוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA) אינה מפורטת די הצורך, ומחווירה בהשוואה לדוח מקביל שפרסם בסמוך המבקר העצמאי לחקיקה לענייני טרור (ראו ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, **לעיל** ה"ש 142).

Bochel, Defty, & Kirkpatrick, *Watching the Watchers* 490, **לעיל** ה"ש 20, בפרק 5.

Home Affairs Committee, *Minutes of Evidence for Tuesday 11 March 2003: Lord Carlile of Berriew QC* (2003); Joint Committee on Human Rights, *Review of Counter-Terrorism Powers* (2004); Home Affairs Committee, *Terrorism Detention Powers* (2006); Home Affairs Committee, *The Government's Counter-Terrorism Proposals* (2007); Joint Committee on Human Rights, *Counter-Terrorism Policy and Human Rights: 28 Days, Intercept and Post-charge Questioning* (2007); House of Lords Constitution Committee, *Surveillance, Citizens and the State* (2009).
ראו גם Leigh, *Intelligence and The Law*, **לעיל** ה"ש 484, בעמ' 654-655.

Bochel, Defty, & Kirkpatrick, *Watching the Watchers* 492, **לעיל** ה"ש 20, בעמ' 175-172.

הממלכה המאוחדת, ומינוי נציבים שיפוטיים נעשה גם בהסכמת נציב סמכויות החקירה.⁴⁹³ נציבות סמכויות החקירה משמשת כגורם מאשר, שמתן צווים מכוח החוק מותנה באישורו, וכגורם מפקח, המשגיח על הפעלת הסמכויות שבחוק. בית המשפט הגבוה הבריטי קבע בעניין *Liberty (EWHC)*,⁴⁹⁴ בציינו כי הדין האירופי אינו מחייב פיקוח שיפוטי אקס אנטה אלא פיקוח עצמאי חסין דיו, כי נציבות סמכויות החקירה עומדת בדרישה זו.⁴⁹⁴

מנגנון ה־double lock לאישור הצווים מכוח חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) הוצג כחידוש המהווה את "אחד ממשטרי האישור החזקים בעולם" על ידי ראשת הממשלה מיי.⁴⁹⁵ מרבית הצווים שבחוק כפופים למנגנון זה של אישור כפול – אישור מיניסטריאלי ואישור מעין שיפוטי מאת נציבות סמכויות החקירה, ונראה כי החוק עשוי לעבור תיקון שבמסגרתו הנציבות תהיה מעורבת גם באישור בקשות להשגת נתוני תקשורת.⁴⁹⁶ הוראה כללית בחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) מחייבת רשויות ציבוריות להתייחס להיבטים של הגנה על הפרטיות במסגרת החלטות על מתן, אישור, ביטול, שינוי או חידוש של צווים מכוחו (לרבות הוראות שימור נתוני תקשורת לספקי תקשורת), או כאשר הן מאשרות החלטות של רשויות אחרות בעניינים אלו.⁴⁹⁷

רמת הביקורת השיפוטית שהנציבות תפעיל טרם נבחנה בפועל, ואין לדעת אם הנציב יסתפק בבחינה של נושאים פרוצדורליים בהליכי קבלת ההחלטות של השר או שמא יבחר לבחון נושאים מהותיים הקשורים לצו.⁴⁹⁸ עם זאת, מסתמן

493 ס' 277(1)–277(4) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

494 עניין *Liberty (EWHC)*, לעיל ה"ש 9, בפס' 140.

495 Theresa May, *Home Secretary: Publication of the Draft Investigatory Powers Bill* (oral statement to Parliament, 4.11.2015).
ראו גם עניין *Liberty (EWHC)*, לעיל ה"ש 9, בפס' 161.

496 Consultation Investigatory Powers Act 2016, לעיל ה"ש 472.

497 ס' 2 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA). להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בסעיף 3.3.4.3.

498 Andrew D. Murray & Bernard Keenan, *LSE Law Department Briefings on the Investigatory Powers Bill: Ensuring the Rule of Law* (LSE Law

כי בכוננת הנציבות שלא להסתפק בבחינה מינהלית של החלטת השר,⁴⁹⁹ אלא לבחון את מידתיות הבקשה ביחס לתכלית שהיא מבקשת להשיג.⁵⁰⁰ ואולם יש להבהיר כי נציבות סמכויות החקירה, הגם שחבריה הם שופטים לשעבר, אינה בית דין: היא אינה מקיימת הליך אדוורסרי אלא הליך של בחינת הצו לפי אותם עקרונות של ביקורת שיפוטית שבהם משתמש בית המשפט,⁵⁰¹ והחומר הראייתי המוגש לה הוא החומר שהוגש לשר. יתר על כן, יש הטוענים כי הבחינה של הנציב את החלטת השר, ולא את הבקשה של סוכנויות המודיעין בנפרד, מעידה על עצמאותו המצומצמת: זהו אינו אישור של הבקשה (authorization) אלא הסכמה לה (approval).⁵⁰²

חרף עמדתה של מיי לעיל, יש החוששים שמנגנון זה יפגע באיכות הבקרה על הצווים. עד שנת 1968 היו תעודות חיסיון מיניסטריאליות חסונות מפני ביקורת שיפוטית על פי הדין הבריטי.⁵⁰³ בעקבות שינויים בהלכה המשפטית החלו בתי המשפט הבריטיים לבחון תעודות חיסיון. פתיחת התעודות המיניסטריאליות לביקורת שיפוטית הובילה לתוצאה בלתי צפויה: ירידה באיכות הבחינה הפנימית של התעודות בכמה משרדי ממשלה, בהסתמך על קיומה של ערכאת בדיקה נוספת. באותו האופן, ביזור האחריות לאישור פעילויות סיגינטיות

- Policy Briefing Paper No. 2703806, 2015); Daragh Murray, *Regulating Surveillance in the UK*, HCSRC BLOG (5.7.2017)

499 ראו הניתוח המשפטי המוצע אצל Paul F. Scott, *Hybrid Institutions in the National Security Constitution: The Case of the Commissioners*, 39 LEGAL STUDIES 432 (2018)

500 Scott, שם, בעמ' 433, מעיר כי עצם הפרסום של החייעצות כאמור ראוי לציון כשלעצמו; IPCO, *Advisory Notice 1/2018 on Approval of Warrants, Authorisations, and Notices by Judicial Commissioners*, sec. 6 (8.3.2018)

501 ס' a) 23(2) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA). ראו גם Murray & Keenan, לעיל ה"ש 498.

502 MURPHY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 64.

503 השוו עם ס' 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 18, 421. ראו גם רע"א 4990/17 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 26.9.2017).

במנגנון ה־double lock עשוי לפגוע ברמת הביקורת המיניסטריאלית הקיימת על איכות הצווים.⁵⁰⁴

ריכוז סמכויות הפיקוח מראש וסמכויות הפיקוח בדיעבד בידי גוף אחד הוא שנוי במחלוקת. המתנגדים לו העלו חששות מניגוד עניינים, במצב שבו הנציבות מחזיקה באחריות לבדוק בדיעבד את האיכות של האישורים שנתנה מראש לצווי מעקב מקוון.⁵⁰⁵ אישור מראש של בקשה לצו מכוח החוק הוא פעולה מעין־שיפוטית של הערכת חוקיות המבוקש, ואילו פיקוח אחר על פעילות סיגינטית הוא חקירה, הדורשת מערך אחר של כישורים.⁵⁰⁶ היו שהמליצו על הפרדה פנימית, בתוך הנציבות,⁵⁰⁷ בין הגורמים האחראים לאישור פעילות סיגינטית לבין גורמי הפיקוח, כדי למנוע מראית עין שלפיה הנציבות השיפוטית "בודקת את שיעורי הבית שלה".⁵⁰⁸

חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) אינו מחייב הפרדה כאמור,⁵⁰⁹ ונראה כי הנציבות נוטה להעדיף לאפשר לנציבים השיפוטיים לפעול בשני הכובעים – לאשר מראש

⁵⁰⁴ Ian Leigh, *Reappraising Intelligence Oversight in the UK* 504
בתוך: Leigh & Wegge, INTELLIGENCE OVERSIGHT, לעיל ה"ש 195 (להלן: Leigh, *Reappraising Intelligence Oversight*).

⁵⁰⁵ Privacy International, *Submission to the Joint Committee on the Draft Investigatory Powers Bill*, pars. 158, 278–282 (2016) (להלן: *End of Mission*); Privacy International, *Submission on the Draft Statement of the Special Rapporteur on the Right to Privacy at the Conclusion of his Mission to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, par. 1.b. (2018)

⁵⁰⁶ ראו Privacy International, *Submission on the Draft Investigatory Powers Bill*, לעיל ה"ש 505, בפס' 279; RUSIDSS 2015, לעיל ה"ש 216, בפס' 4.80–4.82.

⁵⁰⁷ ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.98; Office of the Interception of Communications Commissioner, *Written Evidence on the Draft Investigatory Powers Bill* (IPB0101), pars. 15–16 (2016)

508 ש.ם.

⁵⁰⁹ Scott, לעיל ה"ש 499, בעמ' 26; Big Brother Watch, *Written Evidence on the Draft Investigatory Powers Bill* (DIP0007, 2015); Byron Karemba, *The Investigatory Powers Bill: Putting the Investigatory Powers Commissioner in Focus (Part II)*, U.K. CONST. L. BLOG (15.4.2016); Access

ולפקח בדיעבד. הפיקוח האוחר מאפשר לנציבים להמשיך לעקוב אחר הצווים שאישרו, לרכוש מומחיות וניסיון שישמשו אותם בבואם לבחון בקשות עתידיות לצווים, ולסמן בהם היבטים לבחינה עתידית במסגרת סמכויות הפיקוח האוחרת. גישה זו מאפשרת הפרדה אחרת בין הנציבים השיפוטיים על בסיס סוג הצווים שהם מאשרים ושעל קיומם הם מפקחים, באופן המאפשר התמקצעות ופיתוח מומחיות בתחום.

בהקשרים אחרים הצביעו מבקרים בעבר על היעדר ביקורת שיפוטית עצמאית על היבטים של פעילות משטרתית חשאית נקודת תורפה של הדין הבריטי.⁵¹⁰ גם בתי המשפט האירופיים חזרו והדגישו את חשיבות העצמאות של גוף הפיקוח על מעקב מקוון.⁵¹¹ שאלת העצמאות של נציבות סמכויות החקירה נתונה במחלוקת.⁵¹² הנציבים ממונים בידי ראש הממשלה, ולא בידי הפרלמנט או גוף עצמאי כלשהו,⁵¹³ ולראש הממשלה שיקול הדעת לקבוע את כמות הנציבים השיפוטיים שהוא ממנה.⁵¹⁴ נוסף על כך, השר ראשי לשנות את סמכויות הנציב (למעט אלו הנוגעות לאישור, תיקון או חידוש צווים) בתקנות.⁵¹⁵ יש באמור כדי

Now, *Written Evidence on the Draft Investigatory Powers Bill* (IPB0109, 2016); Bingham Centre for the Rule of Law, *Written Evidence on the Draft Investigatory Powers Bill* (IPB0055, 2016); Matthew White, *Protection by Judicial Oversight, or an Oversight in Protection?* 2 (1) JOURNAL OF INFORMATION RIGHTS, POLICY, AND PRACTICE 24 (2017)

510 לביקורת על היעדר ביקורת שיפוטית עצמאית על פעילות מעקב חשאית לא מקוונת ראו Stephen Uglow, *The Human Rights Act 1998: Part 4: Covert Surveillance and the European Convention on Human Rights*, CRIMINAL L. REV. 287, 296 (1999)

511 עניין *Zakharov*, לעיל ה"ש 119, בפס' 257-260; עניין *Popescu*, לעיל ה"ש 440, בפס' 71-73; עניין *DRI*, לעיל ה"ש 461, בפס' 62; עניין *Iordachi*, לעיל ה"ש 325, בפס' 40. ראו גם (בהקשר של מעקב GPS) עניין *Uzun*, לעיל ה"ש 440, בפס' 72.

512 ראו Scott, לעיל ה"ש 499, בעמ' 16-17.

513 לפי עמדת Office of the Interception of Communications Commissioner, לעיל ה"ש 507, הדבר עשוי "לדלל את אמון הציבור (ב-IPCO) ואת עצמאות [IPCO]".

514 ס' 227(b) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

515 ס' 239 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

להשפיע על עצמאות הנציבים השיפוטיים, העשויים לקבל החלטות שנועדו לרצות את השר או את ראש הממשלה המחליטים על חידוש כהונתם או על הגבלת סמכויותיהם.⁵¹⁶

לצד התפקיד המעין־שיפוטי של אישור צווים, החוק מורה לנציב סמכויות החקירה לפקח על הרשויות העוסקות בפעילות סייבר ("התערבות בציוד" למטרות איסוף), ביירוט תקשורת או בשימור והשגה של נתוני תקשורת מסוגים שונים. פיקוח זה יכול להתבצע באמצעות ביקורות, חקירות או בדיקות של הנציב.⁵¹⁷ ראש הממשלה רשאי להורות לנציב סמכויות החקירה לפקח על עניינים נוספים הנוגעים לפעילות שירותי המודיעין או לפעילות המודיעינית של גופי הביטחון.⁵¹⁸

נציב סמכויות החקירה נדרש למסור דיווח שנתי לראש הממשלה על פעילות הנציבים השיפוטיים.⁵¹⁹ על ראש הממשלה לפרסם את הדיווח ולהעביר העתק ממנו לוועדת הביטחון והמודיעין בפרלמנט, אך הוא רשאי להשמיט ממנו חלקים שיש בהם כדי לפגוע באינטרסים של ביטחון לאומי.⁵²⁰ הדיווח צריך לכלול נתונים כמותיים על היקף הפעלת הסמכויות שבחוק, לרבות על מידת ההצלחה של הפעולות המודיעיניות שאושרו מכוח הצווים השונים שניתנו; מידע על כמות הבקשות לצווים מסוגים שונים ועל כמות הבקשות שאושרו; נתונים על הפעלת הבקורות השונות על פריטי מידע חסויים ופירוט התכליות המבצעיות שנעשה בהן שימוש לצורך צווי איסוף כלליים.

נוסף על הדוחות השנתיים, ראש הממשלה רשאי להורות לנציב סמכויות החקירה על הכנת דוח בעניין מסוים, והנציב רשאי ליזום דיווחים באופן עצמאי

David Anderson, *The Independent Review of Terrorism* 516
Anderson, *The* (להלן: *Legislation*, 5 Eu. H. R. L. Rev. 544, 548 (2011)
Independent Review

517 ס' 229 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

518 ס' 230 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

519 ס' 234(1) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

520 ס' 234(6)–234(7) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

אם הוא רואה לנכון. הוועדה הפרלמנטרית למודיעין וביטחון רשאית לפנות לנציב סמכויות החקירה בבקשה לחקור נושא מסוים. הנציב נדרש ליידע את הוועדה על החלטתו, ואם פתח בחקירה, על ראש הממשלה להעביר לוועדה עותק מדוח הנציב בקשר אליה.⁵²¹ להבדיל מטריבונל סמכויות החקירה (ראו להלן), סמכויות הפרסום של הנציבות מועטות יותר, והן כפופות לאישור ראש הממשלה. הדבר מאפשר לנציבות לבנות מערכת יחסי אמן עם שירותי המודיעין וליהנות מנגישות חסרת תקדים למידע.

הנציב נדרש לדווח על טעות חמורה שנעשתה באשר לאדם מסוים והסבה לו נזק ניכר, בתנאי שהדיווח משרת את האינטרס הציבורי.⁵²² אך שהחוק אינו מגדיר מהי "טעות חמורה", מובהר בו כי עצם הפגיעה בזכויות המוקנות באמנה האירופית לזכויות אדם די בה כדי להוות טעות חמורה.⁵²³ על הנציב לשקול, בהחליטו אם לדווח על טעות, את חומרת הטעות, את מידת הפגיעה באינטרסים הלאומיים שחשיפת הטעות תגרום, ואת ההשפעה של הגילוי על הפעילות השוטפת של שירותי המודיעין.⁵²⁴

הנציבים השיפוטיים חסרים לעיתים את הידע הטכני הדרוש כדי למלא את תפקידם, וכדי להתמודד עם פער זה נקבע בחוק כי יוקם פאנל ייעוץ טכני (Technical Advisory Panel), שחבריו ממונים בידי נציב סמכויות החקירה.⁵²⁵ הפאנל מייעץ לנציבות ולשרים בעניינים הנוגעים להשפעת טכנולוגיות חדשות על הפעלת הסמכויות שבחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) ועל טכניקות למזעור רמת הפגיעה בפרטיות.⁵²⁶ תפקיד הפאנל אינו אדוורסרי, אך למרות היעדר סמכויות מעבר לייעוץ הוא יכול לשמש ככזה. גם במצב דברים כזה יש לתת את

521 ס' 234(10)-234(11), 236 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

522 ס' 231(1) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

523 ס' 231(3) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

524 ס' 231(4) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

525 ס' 247 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

526 ס' 246 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

הדעת על כך שהמנדט של הפאנל הוא ייעוץ בעניינים טכנולוגיים, וזכויות אדם אינן תחום המומחיות שלו.

לצד הנציבות פועלת ועדת ייעוץ טכנית (Technical Advisory Board), שחבריה אמורים לייצג אינטרסים של גופים במשק העשויים להיות מושפעים מהפעלת סמכויות חקירה (דוגמת ספקי שירותי תקשורת, הנדרשים להתמודד עם בקשות לנתוני תקשורת), כמו גם אינטרסים של סוכנויות המודיעין והגופים האחרים המפעילים סמכויות אלו.⁵²⁷ כאשר השר בוחן ערעורים של ספקי תקשורת על דרישות לשימור נתונים (שאינן כפופות ברגיל לביקורת של IPCO) עליו להתייעץ עם נציב שיפוטי ועם ועדת הייעוץ הטכנית.⁵²⁸

4.2.3 פיקוח מעין שיפוטי בדיעבד: טריבונל סמכויות החקירה

כדי לעמוד בהוראות סעיף 13 של האמנה האירופית לזכויות אדם, שלפיו כל אדם יהא זכאי לפנות לרשות לאומית בבקשה לסעד אפקטיבי בגין הפרת הזכויות המנויות בה, הוקם טריבונל סמכויות החקירה (IPT). הטריבונל נועד לשמש מען לתלונות על הפעלה שלא כדיון של סמכויות מעקב וחקירה, בין השאר מכוח חוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA) וחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA), ובסמכותו לפתוח בחקירה עצמאית כדי לקבוע את נכונות התלונה. הטריבונל הוא מותב עצמאי שהוקם מכוח הוראות חוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA), ההסדר המשפטי שקדם לרפורמות של חוק סמכויות חקירה ושימור נתונים 2014 (DRIPA) ושל חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).⁵²⁹ חברי הטריבונל הם שופטים בכירים (פעילים או בדימוס) ומשפטנים בכירים בעלי רמה גבוהה של עצמאות ומומחיות שיפוטית,⁵³⁰ הממונים לתקופה של חמש שנים.

527 ס' 245 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

528 ס' 69(6) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

529 ס' 65–70 לחוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA), כפי שתוקנו על ידי ס' 242 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

530 R (on the application of Privacy International) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Ors [2017] EWCA Civ

הטריבונל הוא גוף "בעל מעמד וסמכות של בית המשפט הגבוה"⁵³¹, וחוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA) מורה כי אין לערער על החלטות הטריבונל בפני בתי משפט אחרים, אלא אם השר הורה אחרת בצו.⁵³² לאחרונה, בהחלטה שהשלכותיה החוקתיות חורגות מהתחום הצר של דיני המעקב המקוון בבריטניה, נפסק כי אין לפרש הוראה זו כמחריגה את החלטות הטריבונל מביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון.⁵³³ אף שאין בסמכות הטריבונל להכריז על אי-הלימתו של דבר חקיקה עם הדין האירופי,⁵³⁴ בית הדין האירופי לזכויות אדם התרשם מאפקטיביות הטריבונל.⁵³⁵

הסעדים שהטריבונל מוסמך לתת כוללים מתן פיצויים למתלוננים שזכויותיהם נפגעו בשל הפעלת סמכות שלא כדין; ביטול צווים, הוראות ואישורים שניתנו מכוח החקיקה הרלוונטית (חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) או חוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA)); הוראה על השמדת חומר שהושג ונשמר מכוח צו או אישור שבדין, או המוחזק בידי גוף ציבורי; וביטול צווים מכוח חוק סמכויות

1868 (23.11. 2017) (להלן: עניין *Privacy International*), הערת הלורד סייטס (Sales) בפס' 38 לפסק דינו.

R(A) v. Director of Establishments of the Security Service [2009] 531 EWCA Civ 24 (18.4.2009), פס' 22 לפסק דינו של הלורד לוס (Laws).

532 ס' 67 (8) לחוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA).

R (on the application of *Privacy International*) v. Investigatory Powers Tribunal & Ors [2019] UKSC 22, pars. 111, 145 (15.5.2019) 533
 ערער על עניין *Privacy International*, לעיל ה"ש 530. ראו גם Caroline Wilson Palow, *When Constitutional Law and Government Hacking Collide: A Landmark U.K. Ruling Is Relevant on Both Sides of the Pond*, Mike Gordon, *Just Security* (19.6.2019).
Privacy International, Parliamentary Sovereignty and the Synthetic Constitution, U.K. CONST. L. BLOG (26.6.2019)

534 Human Rights Act, 1998, c. 42, § 3-4 (Eng.) ראו גם עניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 125. ראו Anderson, A Question of Trust, לעיל ה"ש 142, בפס' 114.06-114.05, אשר ממליץ להרחיב את סמכויות הטריבונל כך שיהא מוסמך להכריז על אי-חאימות, ומציע שיהיה אפשר לערער על החלטותיו בעניינים שבדין.

535 עניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 264.

חקירה 2016 (IPA) שניתנו לרשויות מקומיות.⁵³⁶ נוסף על סעדים אלה, החלטות הטריבונל בדבר החוקיות של פרקטיקות מעקב מקוון או של הסדרים בין הקיים שניתן להן פומבי עשויות לתמרץ את הממשלה לתקן את מצב העניינים, גם אם הן אינן מחייבות.⁵³⁷

כללי טריבונל סמכויות החקירה מנסים לאזן בין הצורך בשמירה על החשאיות הקשורה לפעילות סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק, לבין אינטרסים של פומביות הדיון והגברת האמון בסוכנויות אלה (ובטריבונל עצמו). הטריבונל משלב בין דיונים פומביים לדיונים סגורים במעמד צד אחד, הנשמרים בחשאיות.⁵³⁸ לדעת הטריבונל, הדבר מאפשר לבחון טענות היפותטיות פתוחות אל מול עובדות חשאיות, ולשמור על אינטרס הציבור ועל הביטחון הלאומי.⁵³⁹ על פי רוב הטריבונל מסתפק בהחלטותיו בציון אם הכריע לטובת המתלונן או נגדו, ללא הנמקה.⁵⁴⁰

בסדרה של החלטות פיתח הטריבונל הליך המבוסס על "עובדות משוערות".⁵⁴¹ הצדדים המתדיינים בפני הטריבונל רשאים להסכים כי הדיון המשפטי יתנהל על בסיס הנחת התקיימותו של מערך עובדתי היפותטי, באופן החוסך מהעותרים את הקושי הראייתי הכרוך בהוכחת מטריה סודית ומאפשר הליך אדוורסרי. כך יכולות הסוכנויות המשיבות להמשיך לשמור על עמימות עובדתית באשר

536 ס' 67 לחוק הסדרת סמכויות חקירה 2000 (RIPA). ראו גם בהקשר זה עניין *Kendy*, לעיל ה"ש 440, בפס' 194-198.

537 ראו דוגמאות שהוזכרו בעניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 262, 259.

538 קיים הליך של "עורך דין מיוחד" לייצוג העותרים בדיונים חשאיים, אך הוא אינו מופעל חדיר.

539 עניין IPT/13/77/H IPT13/92/CH IPT/13/168-173/H IPT/13/194/CH (להלן: עניין *Liberty* (IPT)), פס' 50 לפסק דינו של השופט ברטון; ראו גם *Bieker*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 300-304.

540 *ANDERSON, A QUESTION OF TRUST*, לעיל ה"ש 142, בפס' 6.111.

541 Paul Bernal, *Liberty and Others vs. GCHQ and Others*, *JUSLETTERIT* (Case note, 2015); *Investigatory Powers Tribunal Report 2011-2015*, 8 (2016); עניין *Liberty* (IPT), לעיל ה"ש 539; ראו גם עניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 250, 127.

לפעילותן. בהתאם, החלטת הטריבונל במקרים כאלו היא תאורטית, בנוגע להיבטים שבדין. העותרים יכולים להמשיך בהליכים בפני הטריבונל לבירור העובדות בפועל לנוכח ההחלטה המשפטית שנתקבלה על בסיס עובדתי משוער. בירור עובדתי כאמור עשוי להיות במעמד צד אחד – הסוכנות הממשלתית, ובדלתיים סגורות.⁵⁴² במסגרת דיון במעמד צד אחד הטריבונל רשאי למנות יועץ מיוחד שיטען בדיון בעד אינטרס כללי של פרטיות (ולא ייצג את המתלונן).⁵⁴³

מלאכת האיזון בין שקיפות לחשאיות של טריבונל סמכויות החקירה אינה פשוטה. לנוכח שיעור התלונות הנמוך שהטריבונל מצא מוצדקות, יש שהעלו את החשש שמא הטריבונל אינו אלא חותמת גומי המאשרת את מדיניות הממשלה.⁵⁴⁴ מאמצי הגברת השקיפות יכולים לסייע לביסוס אמון הציבור במוסד, הגם שהפיקוח שהטריבונל מפעיל הוא ריאקטיבי ומבוסס תלונות.⁵⁴⁵

4.2.4 היועץ העצמאי לחקיקה בענייני טרור (Independent Reviewer of Terrorism Legislation)

מוסד היועץ העצמאי לחקיקה בענייני טרור החל את דרכו בשלהי שנות השבעים.⁵⁴⁶ במסגרת הדיון הציבורי בבריטניה על ההתמודדות עם הטרור האירי

542 Diane P. Wood, Chilton Davis Varner, & Douglas R. Young, *Judicial Oversight of Covert Action in the United States and United Kingdom*, 100 JUDICATURE 35, 37–39 (2016). להליכי חומר חסוי ראו ס' 6–14 לחוק הצדק והביטחון 2013 (JSA).

543 ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 6.111; עניין *Liberty* (IPT), לעיל ה"ש 539.

544 ראו Donohue, *Anglo-American Privacy*, לעיל ה"ש 23. עם זאת, חלק מחששותיה של דונוהויו שם מצאו חימוכין בעובדה שנכון למועד כתיבת מאמרה (ועד לשנת 2015), הטריבונל מעולם לא הכריע לטובת המתלוננים. ראו גם הערותיו של ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 6.106, שנמנע מלבקר את הטריבונל אך מצביע על הבעייתיות שבשיעור התלונות הנמוך שהטריבונל מצא מוצדקות.

545 ראו Sety, לעיל ה"ש 23; ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 12.88.

546 David Anderson, *Independent Review of Terrorism Laws: Searchlight or Veil?* (2014)

מינה הפרלמנט בכל שנה יועץ עצמאי לבחינת האופן שבו יושמה החקיקה בענייני טרור. עיגון סטטוטורי ראשון לתפקיד נעשה בחוק למניעת טרור של 2005,⁵⁴⁷ וכיום הבסיס הסטטוטורי לפעולת היועץ העצמאי לחקיקה בענייני טרור מצוי בסעיף 36 לחוק הטרור של 2006,⁵⁴⁸ המסמיך אותו לבחון מעת לעת את הוראות חוק הטרור של 2006 ואת הוראות חוק הטרור של 2000. לצד פונקציות סטטוטוריות אלו, היועץ העצמאי לחקיקה בענייני טרור רשאי ליזום דיווחים משל עצמו בנושאים כלליים הנוגעים לחקיקה זו. מעמדם של הדיווחים הסטטוטוריים כמו גם של אלו היזומים אינו מחייב,⁵⁴⁹ אך יש בכוחם לתרום לפעילות פרלמנטרית, לשמש כאסמכתאות בבתי המשפט ולתרום לדיון ציבורי עשיר ומבוסס מידע.⁵⁵⁰

היועץ העצמאי לחקיקה בענייני טרור נהנה מעצמאות בחקירה, ועל דיווחיו לכלול את עמדתו האישית. להבדיל ממבקרים עצמאיים אחרים, היועץ נהנה מסיווג ביטחוני גבוה ומגישה לחומרים מסווגים המקילים את עבודתו. נוסף על כך, לדוחות החקירה של היועץ ניתן פרסום פומבי. יועץ עצמאי לחקיקה בענייני טרור המצליח ללכת בין הטיפות זוכה באמון הציבור והממשל גם יחד יכול להוות גורם חשוב בבקרה על הפעלת סמכויות שלטון.⁵⁵¹

סעיף 7 של חוק סמכויות חקירה ושימור נתונים 2014 (DRIPA) הורה לשר למנות את היועץ העצמאי לחקיקה לענייני טרור לבחון את אופן ההפעלה של סמכויות החקירה (מכוח חוק סמכויות חקירה ושימור נתונים 2014 (DRIPA) וחוק הסדרת

Prevention of Terrorism Act, 2005, c. 2, § 14 (Eng.) 547

Terrorism Act, 2006, c. 11 (Eng.) 548

Anderson 549 לעיל ה"ש 546, בפס' 32, מציין כי חלק מהמלצותיו הוגשו חרף הידיעה שיידחו על ידי הממשלה.

550 שם, בפס' 36-40. כמו כן, השפעתו של היועץ העצמאי לחקיקה בענייני טרור אינה מוגבלת לערכאות הבריטיות. לדוגמה, בפסק הדין בעניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 166-176, 384, הסתמך בית הדין האירופי לזכויות אדם בין השאר גם על דיווחי היועץ (ראו ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142; Anderson, *Report of the Bulk Powers Review*, להלן ה"ש 553).

551 Vanessa Sauter, *The Lawfare Podcast: David Anderson on the United Kingdom's Intelligence Policies*, LAWFARE (13.1.2018)

סמכויות חקירה 2000 (RIPA).⁵⁵² עם זאת, ההוראה בוטלה יחד עם מרבית סעיפי חוק סמכויות חקירה ושימור נתונים 2014 (DRIPA) עם כניסתו לתוקף של חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA). ככל שיעשה שימוש במוסד זה על מנת לבחון את פעולתו של חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) יהיה זה על בסיס מינוי היועץ אד הוק, כפי שנעשה טרם עיגון התפקיד בחקיקה – כך למשל, בזמן חקיקת חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) התבקש היועץ לחקיקה בענייני טרור לחבר דוח עצמאי על איסוף חסר הבחנה (bulk powers).⁵⁵³

4.3

ארצות הברית

דיני המעקב המקוון בארצות הברית עוצבו בהתאם למסורת החוקתית האמריקאית.⁵⁵⁴ התיקון הרביעי לחוקה, המגן מפני חיפוש ותפיסות בלתי סבירים, מגביל את סמכויות החקירה של רשויות השלטון ונציגייהן.⁵⁵⁵ משכך, פעילות סיגינטית של הרשויות בתחומי ארצות הברית, או כזו שיעדיה הם בעלי זיקה מסוימת לארצות הברית, צריכה להיות בהלימה עם התיקון הרביעי (בכפוף לכך שפרקטיקת המעקב הרלוונטית אכן נופלת בגדר "חיפוש" או "תפיסה").

552 ראו לדוגמה את דוח היועץ העצמאי לענייני חקיקת טרור לפי ס' 7 לחוק סמכויות חקירה ושימור נתונים 2014 (DRIPA), ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142.

553 David Anderson, *Report of the Bulk Powers Review* (Report of the Investigatory Powers Review by the Independent Reviewer of Terrorism Legislation, August 2016) (להלן: Anderson, *Report of the Bulk Powers Review*). הדוח בחן את יעילותם של אמצעי איסוף חסרי הבחנה שונים אשר הוסדרו במסגרת חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

554 ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 54-95.

555 "לא תופר זכותם של בני אדם לביטחון בגופם, ביתם, תעודותיהם וחפציהם מפני חיפושם ותפיסות בלתי סבירים, ולא יוצאו צו חיפוש וצו תפיסה אלא על יסוד עילה סבירה, מחוזקת בשבועה או בהן־צדק, ועם תיאור מפורט של המקום שיש לערוך בו חיפוש, ושל האנשים או החפצים שיש לחפסם"; מתוך נוסחה העברי של חוקת ארצות הברית בתרגום פרופ' ארנון גטפלד.

פעילות סיגינטית לתכליות של אכיפת חוק צריכה להתבצע בהתאם לתיקון הרביעי. עם זאת, בית המשפט העיר שהמבחנים שלאורם תיבחן ההלימה של פרקטיקות איסוף מודיעין בתוך גבולות ארצות הברית למטרות ביטחוניות עם הוראות התיקון הרביעי לחוקה עשויים להיות נוקשים פחות מהסטנדרטים לבחינת פרקטיקות מעקב לצורכי שיטור.⁵⁵⁶ נוסף על כך, בכמה מקרים קבעה פסיקה פדרלית כי התיקון הרביעי לחוקה אינו חל על פרקטיקות איסוף של מודיעין חיצוני לצורכי ביטחון לאומי.⁵⁵⁷ יתר על כן, נקבע כי מי שאינם אזרחים אמריקאים ונמצאים מחוץ לגבולות ארצות הברית אינם זכאים – בהיעדר קשר משמעותי למדינה – להגנות התיקון הרביעי לחוקה.⁵⁵⁸

ההבחנה בין המשטרים החלים על פרקטיקות סיגינטיות בהתאם לתכליותיהם חלה גם ברמה הפדרלית. המעקב אחר תקשורת אלקטרונית לתכליות של אכיפת חוק מוסדר בחוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA),⁵⁵⁹ המורכב משלושה דברי חקיקה: חוק האזנות סתר (WTA), חוק תקשורת שמורה (SCA) וחוק איסוף נתוני תקשורת (PRA).⁵⁶⁰ חוק האזנות סתר (WTA) מתיר יירוט של נתוני תוכן של

556 ראו *United States v. U.S. Dist. Court*, 407 U.S. 297 (1972), המוכר גם כעניין *Keith*. במקרה זה שלל בית המשפט העליון את טענת ממשל ניקסון שלפיה התיקון הרביעי אינו חל כאשר הנשיא מנהל מעקב לשם ביצוע חקירות מקומיות למען הביטחון הלאומי, אך ציין כי מעקב למטרות של ביטחון לאומי עשוי לכלול שיקולי מדיניות שונים משל מעקב במסגרת חקירת "פשעים רגילים".

557 ראו *United States v. Butenko*, 494 F.2d 593 (3rd Cir. 1974); *United States v. Truong Dinh Hung*, 629 F.2d 908 (4th Cir. 1980)

558 *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 265 (1990). ראו גם ויסמונסקי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 237-238.

559 *Electronic Communications Privacy Act*, 18 U.S.C §§2510-2522, (1986) 2711-2701, 3127-3121 (להלן: חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA)).

560 *Wiretap Act*, 18 U.S.C §§2510-2522 (2018) (להלן: חוק האזנות סתר (WTA)); *Stored Communications Act*, U.S.C §§2701-2712 (2018) (להלן: חוק תקשורת שמורה (SCA)); *Pen Register Act*, 18 U.S.C §§3121-3127 (2018) (להלן: חוק איסוף נתוני תקשורת (PRA)). ראו גם, DANIEL SOLOVE & PAUL SCHWARTZ, *INFORMATION PRIVACY LAW* 351-358 (2015)

תקשורת אלקטרונית בכפוף לצו שיפוטי,⁵⁶¹ חוק תקשורת שמורה (SCA) מורה לספקי שירות להעביר נתוני תוכן השמורים אצלם, של תקשורת אלקטרונית או קווית שמקורה במהלך 180 הימים האחרונים, בכפוף לצו שיפוטי.⁵⁶² חוק איסוף נתוני תקשורת (PRA) חל על מתקנים המתעדים בזמן אמת נתוני תקשורת קווית או אלקטרונית שאינם נתוני תוכן, כלומר מטא־נתונים (metadata) המתעדים, למשל, היסטוריית שיחות נכנסות או יוצאות למכשיר טלפון מסוים. שימוש במתקנים אלה מכוח חוק איסוף נתוני תקשורת (PRA) כפוף לצו שיפוטי.⁵⁶³ בחלק ממדינות ארצות הברית החוק המדינתי מכיל הסדרים דומים.⁵⁶⁴

לצד ההסדרים בשלושת חלקי חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA), הוראות חוק איסוף מודיעין זר (FISA) נועדו להסדיר את המשטר הנפרד שחל על מעקב מקוון הקשור לאיסוף מודיעין זר.⁵⁶⁵ מודיעין זר הוא מידע הנוגע לגורמים זרים הקשור לביטחון הלאומי של ארצות הברית או ליחסי החוץ שלה.⁵⁶⁶ מעקב אלקטרוני לתכליות איסוף מודיעין זר טעון מתן צו שיפוטי מאת בית

561 ס' 2518 לחוק האזנות סתר (WTA). ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69-73.

562 ס' (a) 2703 לחוק תקשורת שמורה (SCA). כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 74-77.

563 ס' 3122-3123 לחוק איסוף נתוני תקשורת (PRA). כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 78-79.

564 SOLOVE & SCHWARTZ, INFORMATION PRIVACY LAW 363-365; DANIEL SOLOVE & PAUL SCHWARTZ, PRIVACY LAW FUNDAMENTALS 75-77 (2017)

565 מודיעין זר מוחרג מחולת חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA). ראו ס' 2511(2)(f) לחוק.

566 מודיעין זר מוגדר בס' (f) 801 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA) כמידע הקשור ליכולות של ארצות הברית להתגונן מפני פעילות עוינת חמורה, חבלנות, טרור בינלאומי, הפצת נשק להשמדה המונית או פעולות ביון של ישויות זרות (לרוב מדינות זרות, ארגונים הנשלטים על ידן או ישויות העוסקות בטרור, בהפצת נשק להשמדה המונית וכיו') או של סוכניהן; או מידע הנוגע לישויות זרות או לטריטוריה זרה הקשור לביטחון הלאומי של ארצות הברית או ליחסי החוץ שלה. אם המידע האמור נוגע לאדם אמריקאי, אזי על מנת שמידע כאמור יוגדר כמודיעין זר עליו להיות הכרחי (ולא בעל קשר כלשהו) להגשמת המטרות המנויות לעיל.

המשפט למודיעין זר, ה־FISC Foreign Intelligence Surveillance Court)⁵⁶⁷, כאשר מתקיימת זיקה טריטוריאלית או פרסונלית לארצות הברית. הסדר נפרד בחוק איסוף מודיעין זר (FISA), שכמעט אינו טעון ביקורת שיפוטית של בית המשפט למודיעין זר, נוגע לאיסוף מודיעין זר על מטרות מודיעיניות שיש יסוד סביר להניח שנמצאות מחוץ לארצות הברית ושאינן בגדר אדם אמריקאי.⁵⁶⁸

4.3.1 פיקוח פנימי: מבקרים כלליים (Inspectors General) בסוכנויות

לקהילת המודיעין ולסוכנויות המודיעין העיקריות בארצות הברית יש מבקר כללי (inspector general). מבקרים כלליים אלו ממונים בידי הנשיא באישור הסנאט על בסיס יכולת מקצועית ולא בהתייחס לזיקה פוליטית,⁵⁶⁹ ואינם ממונים לתקופת כהונה מוגדרת. תפקידי המבקר הכללי של קהילת המודיעין (Inspector General for the Intelligence Community, להלן: IGIC), כמו גם תפקידם של מבקרים כלליים אחרים – ובהם המבקר הכללי של משרד המשפטים (שבין 59 הסוכנויות הפדרליות שבסמכותו מצוי גם ה־FBI), המבקר הכללי של סוכנות הביון המרכזית (CIA) והמבקר הכללי של הסוכנות לביטחון לאומי (NSA) – הוא לערוך ביקורות וחקירות; במקרה של ה־IGIC תפקידו גם להציע מדיניות המקדמת יעילות ואפקטיביות בניהול וביישום של תוכניות ופעילויות שבסמכות הסוכנות שעליה הם מופקדים. המבקרים הכלליים נדרשים לדווח אחת לחצי שנה לקונגרס ולתת פומבי לדיווח (בפועל הדוחות מתפרסמים בגרסה בלתי מסווגת, וזו המסווגת מפורסמת בתפוצה מוגבלת).

567 ראו להלן בסעיף 4.3.4.

568 להגדרת "אדם אמריקאי" ראו ס' 1801(i) לחוק איסוף מודיעין זר (FISA). לפי ס' 1881a(b)(3) לחוק איסוף מודיעין זר, ייתכן איסוף הממוקד במטרות שנחברר בדיעבד שהן בגדר אדם אמריקאי, אך לא יאושר איסוף שמטרתו הייתה אדם אמריקאי בכוונה תחילה. לפירוט נוסף ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 89-95.

569 Inspector General Act of 1978, 5 U.S.C. App. §3(b) (להלן: חוק המפקח הכללי (IGA)).

לפי החוק לביטחון לאומי,⁵⁷⁰ למבקר הכללי של קהילת המודיעין מסורות סמכויות לניהול והנחיה של חקירות באשר לתוכניות אלו, והוא ראוי לפתוח בחקירה בנוגע לסוכנויות אחרות או בנוגע לתלונות באשר לכל סוכנות בקהילת המודיעין, ללא התערבות של הנהלת הסוכנויות או ראש המודיעין הלאומי (DNI). ל־IGIC גישה כמעט מלאה למידע (בכפוף לווטו של מנהל המודיעין הלאומי), וסיווג ביטחוני אינו עילה למנוע ממנו מידע. ה־IGIC מיידע את ה־DNI ואת הוועדות הפרלמנטריות לענייני מודיעין על ממצאיו. כמו כן, ה־IGIC יושב בראש ועדת המבקרים הכלליים של קהילת המודיעין, גוף חסר סמכויות המתפקד כקבוצת עבודה לליבון סוגיות בין המבקרים.

המבקרים הכלליים של משרד המשפטים ושל ה־NSA ממונים מכוח חוק המבקרים הכלליים,⁵⁷¹ והמבקר הכללי של ה־CIA ממונה מכוח חוק המודיעין המרכזי.⁵⁷² בדומה ל־IGIC, גם הם נהנים מגישה למידע הזמין לסוכנות שבאחריותם שאין להגבילה בשל סיווג ביטחוני, בכפוף לווטו של התובע הכללי או של ראש המודיעין הלאומי בהתאמה. הם ראאים לפתוח בחקירה ללא התערבות הנהלת הסוכנות שעליה הם מופקדים, באשר לתוכניות ולפעילויות של הסוכנות או בעקבות תלונות של עובדי הסוכנות.

בעשור שלאחר אירועי 11 בספטמבר ערך המבקר הכללי של משרד המשפטים כמה חקירות הנוגעות להתנהלות ה־FBI בנוגע לטיפול בעצירי האירועים, כלי החקירה שהופעלו, הליכי הניהול של רשימות מעקב אחר טרוריסטים, ניהול חקירות שמושאייהן ארגוני זכויות אדם והתעללות בעצירים מעבר לים.⁵⁷³ גם המבקר הכללי של ה־CIA עסק בבדיקת היבטים של פגיעה אפשרית בזכויות אדם במסגרת פעילות הסוכנות, ובמיוחד בהקשר של שיטות החקירה ה"מיוחדות"

570 National Security Act of 1947, 50 U.S.C. §§3000–3234 (2018) (להלן: חוק הביטחון הלאומי 1947), בס' 3033.

571 להוראות ספציפיות באשר לביקורת על משרד המשפטים והסוכנות לביטחון לאומי ראו ס' 86, 8E לחוק המפקח הכללי (IGA).

572 50 U.S.C. §3517 (2018)

573 ראו *Sinnar, Protecting Rights*, לעיל ה"ש 208, בעמ' 1037.

(enhanced interrogation technique).⁵⁷⁴ המבקר הכללי של ה־NSA בוחן מדי פעם בפעם את הלימת הפעילות המודיעינית עם הוראות הדין ועם שמירה על חירויות הפרט.⁵⁷⁵

במקרים מסוימים הביקורת הפנימית יכולה להתייחס להיבטים בפעילות הסוכנות שאינם בסמכות של בתי המשפט,⁵⁷⁶ או להעלות שאלות בנוגע לפרקטיקות שהיועץ המשפטי הפנימי של הסוכנות אישר.⁵⁷⁷ הגם שהמבקרים הכלליים של הסוכנויות השונות הצביעו בכמה מדיווחיהם על אחריותם האישית של בכירים למחדלים שונים, הדבר לא הביא לפיטורם או להעמדתם לדין.⁵⁷⁸

4.3.2 פיקוח פרלמנטרי

ישנן שתי ועדות פרלמנטריות שתפקידן לפקח על פעילות קהילת המודיעין האמריקאית: ועדת הסנאט לענייני מודיעין (Senate Select Committee on Intelligence, להלן: SSCI), וועדת בית הנבחרים לענייני מודיעין (House of Representatives, Permanent Select Committee on Intelligence, להלן: HPSCI). על הנשיא

Office of The Inspector Gen., Central Intelligence Agency, 574 *Counterterrorism Detention and Interrogation Activities (September 2004)* (2004) (2001–October 2003). ראו גם Sinnar, *Protecting Rights*, לעיל ה"ש 208, בעמ' 1037–1038.

575 ראו למשל, Office of The Inspector Gen., National Security Agency, *Semi-Annual Report to Congress (1 October 2017 to 31 March 2018)* 13–14 (2018).

576 לדוגמה, בעניין Arar v. Ashcroft, 585 F.3d 559 (2nd. Cir. 2009) דחה בית המשפט הפדרלי את תביעתו של מאהר ארר, אזרח קנדי שהועבר לטוריה על ידי ארצות הברית ושם נסחטה ממנו הודאה כוזבת בעינויים. הטעמים לדחיית התביעה היו היעדר סמכות פרסונלית ושיקולים של ביטחון לאומי. לעומת זאת, המבקר הכללי של המחלקה לביטחון המולדת פרסם את ממצאי חקירתו בעניין. Office of The Inspector Gen., U.S. Dep't of Homeland Sec., *The Removal of a Canadian Citizen to Syria* (2008). הגם שממצאי הדוח לא היו נחרצים, הוא הכיל גילויים שלימדו על שיקול הדעת שהפעיל החובע הכללי בעניין. ראו גם Sinnar, *Protecting Rights*, לעיל ה"ש 208, בעמ' 1051–1052, 1060.

577 שם, בעמ' 1065.

578 שם, בעמ' 1070.

להבטיח כי ועדות אלו מעודכנת ומיודעות באופן מלא על פעילויות המודיעין של ארצות הברית, וכן להבטיח כי כל פעילות מודיעינית בלתי חוקית מדווחת לוועדות אלו במהרה.⁵⁷⁹

ועדת הסנאט לענייני מודיעין מונה 15 חברים, מתוכם 8 ממפלגת הרוב בסנאט והיתר ממפלגת המיעוט. ועדת בית הנבחרים לענייני מודיעין מונה 22 חברים, מתוכם 13 ממפלגת הרוב בסנאט. הגבלת תקופת הכהונה של חברי שתי הוועדות לשמונה שנים בוטלה בשנת 2004, על מנת לאפשר להם לפתח מומחיות בתחום.⁵⁸⁰

בעוד הביקורת השיפוטית של בית המשפט למודיעין זר על פעילות שירותי המודיעין היא צרה וממוקדת, הביקורת הפרלמנטרית במסגרת ועדות הקונגרס היא רחבה ונוגעת במנעד רחב של נושאי מדיניות.⁵⁸¹ SSCI מתכנסת פעמיים בשבוע, ותפקידה לבחון את פעילויות המודיעין של ממשלת ארצות הברית ולפקח עליהן כדי להבטיח את הלימתן עם החוק והחוקה. נוסף על כך, על הוועדה להגיש מעת לעת דיווחים לסנאט באשר לפעילויות ותוכניות של סוכנויות המודיעין, כמו גם לנסח דברי החקיקה הנוגעים לכך. הוועדה מופקדת על הכנת חוק הסמכת המודיעין השנתי (Intelligence Authorization Bill)⁵⁸², הכולל את תקציב קהילת המודיעין⁵⁸³ והוראות שונות לגבי התנהלות הסוכנויות.

579 ס' 3091 לחוק הביטחון הלאומי 1947.

580 דוח ועדת החקירה 9/11, לעיל ה"ש 111, בעמ' 421; LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 15.

581 ראו Fred F. Manget, *Intelligence and the Rise of Judicial Intervention*, בתוך: Johnson, HANDBOOK OF INTELLIGENCE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 329, 330 (להלן: Manget, *Intelligence and the Rise of Judicial Intervention*).

582 להרחבה ראו: MARSHAL CURTIS ERWIN, INTELLIGENCE OVERSIGHT LEGISLATION: STATUS AND CHALLENGES (2013); ANNE DAUGHERTY MILES, INTELLIGENCE AUTHORIZATION LEGISLATION FOR FY2014 AND FY2015: PROVISIONS, STATUS, INTELLIGENCE COMMUNITY FRAMEWORK (2016).

583 ראו גם ס' 3094 לחוק הביטחון הלאומי 1947.

תדירות הישיבות של HPSCI נמוכה יותר – היא מתכנסת פעם בחודש, וישיבותיה נערכות לרוב בדלתיים פתוחות. תפקידה זהה לזה של SSCI: לפקח על קהילת המודיעין ולהבטיח את החוקיות והיעילות של התוכניות שסוכנויות המודיעין השונות מפעילות בהתאם לתקציב המודיעין. הוועדה רשאית לערוך חקירות, להורות על התייצבות בפניה ולגבות עדות. HPSCI רשאית לחלוק את ממצאיה עם ועדת הסנאט.

כמו כן, שתי הוועדות רשאיות להתייחס לתלונות של עובדי קהילת המודיעין, כאשר אלו מיצו את הליכי התלונה מול המבקרים הפנימיים של הסוכנויות.

לשתי הוועדות יש גישה למידע מסווג המוחזק בידי הסוכנויות שבפיקוחן. על חברי הוועדות חלות מגבלות ביטחוניות בנוגע לעיון בחומרים אלה, המתבצע בחדרים סגורים ומאובטחים, והם מנועים מלדון בהם עם חלק מיועציהם האישיים מטעמים של סיווג ביטחוני.⁵⁸⁴ מגבלות אלו מקשות על חברי הוועדות במילוי תפקידם.⁵⁸⁵ יתר על כן, בכל הנוגע לפעילות חשאית (covert activity)⁵⁸⁶ הנשיא רשאי להגביל את הדיווח לוועדות, בנסיבות חריגות ובמטרה להגן על האינטרסים החיוניים של ארצות הברית.⁵⁸⁷ סוכנויות המודיעין ניצלו בעבר סעיף זה על מנת שלא ליידיע את הוועדות על פעילויות שחשיפתן לוותה בשערורייה,⁵⁸⁸

L. Elaine Halchin & Frederick M. Kaiser, *Congressional Oversight of Intelligence: Current Structure and Alternatives*, 34–35 (Congressional Research Service, 2012)

585 ש.ס. כן ראו David Medine & Esteban Morin, *The Privacy and Civil Liberties Oversight Board*, בחוך: Gray & Henderson, THE CAMBRIDGE HANDBOOK, לעיל ה"ש 90, בעמ' 677, 683.

586 פעילות חשאית היא פעילות של ממשלת ארצות הברית שמטרתה להשפיע על תנאים כלכליים, פוליטיים או צבאיים מעבר ליס, מתוך כוונה שלא לייחס לה בפומבי את מעורבות ארצות הברית. עם זאת, פעילות חשאית אינה פעילות שמטרתה העיקרית היא איסוף מודיעין; ראו סי' 3093 לחוק הביטחון הלאומי 1947.

587 ש.ס.

588 ראו Clark, לעיל ה"ש 195, בעמ' 394–395.

דוגמת השימוש בטכניקות חקירה "מיוחדות" או באמצעי מעקב מקוון שאושרו בעקבות אירועי 11 בספטמבר.⁵⁸⁹

התובע הכללי נדרש לדווח מדי חצי שנה לוועדות הקונגרס לענייני מודיעין, כמו גם לוועדות הקונגרס לענייני מערכת המשפט, בנוגע להפעלת סמכויות מכוח חוק איסוף מודיעין זר (FISA).⁵⁹⁰ כמו כן, התובע הכללי נדרש לדווח מדי שנה לקונגרס על הפעלת סמכויות מכוח חוק איסוף נתוני תקשורת (PRA).⁵⁹¹ מנהל בתי המשפט נדרש לדווח לקונגרס על הדיווחים השנתיים של התובע הכללי הנוגעים להפעלת סמכויות מכוח חוק האזנות סתר (WTA).⁵⁹² חובת דיווח דומה אינה קיימת לגבי חוק תקשורת שמורה (SCA).

ג'ונסון מעיר כי למרות היוקרה שבכהונה בוועדות אלו, החברים בהן חסרי תמריצים לפעול באופן אפקטיבי: רכישת מומחיות בתחומי מודיעין גוזלת זמן ותשומת לב רבה מחברי הקונגרס, ללא הישגים שהם יכולים לזקוף לזכותם בציבור (בשל החשאיות הנלוות לוועדות אלו) ולצד סיכון תמידי להיות מזוהים עם שערוריות ציבוריות בתחום שעליו הם מפקחים.⁵⁹³ היעדר המוטיבציה משפיע גם על רמת הפיקוח השוטף של שתי ועדות הקונגרס על קהילת המודיעין, כפי שהיא באה לידי ביטוי במעורבותן הנמוכה בחקיקה ובהחלטות משותפות (joint resolutions) בהשוואה לוועדות אחרות בקונגרס המטפלות בתחומים בעלי חשיבות לאומית, וכך גם ביחס למדדים אחרים שיכולים להוות אינדיקציה לרמת הפיקוח פרלמנטרי.⁵⁹⁴ גם לאחר ביטול מגבלת שמונה השנים

589 תוכניות אלו זכו לחשיפה תקשורתית לפני הגילויים של אדוארד סנודן. ראו John Cary Sims, *What NSA Is Doing... and Why It's Illegal*, 33 HASTINGS CONST L. Q. 105 (2006).

590 ס' 1881f לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

591 ס' 3126 לחוק איסוף נתוני תקשורת (PRA).

592 ס' 2519 לחוק האזנות סתר (WTA).

593 Johnson, *Establishment*, לעיל ה"ש 237, בעמ' 46-47. לעמדה זו באשר לפיקוח פרלמנטרי באשר הוא ראו Gill, *Intelligence Governance*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 181.

594 ראו Zegart & Quinn, לעיל ה"ש 23.

על כהונת חברי הוועדות, היעדר המקצועיות של חברי הוועדות עדיין משפיע על אפקטיביות הפיקוח שלהן.⁵⁹⁵

לאחר בחינת היסטוריית הפיקוח שהפעיל הקונגרס על סוכנויות המודיעין אפיין ג'ונסון תבנית של פיקוח אינטנסיבי בתגובה לשערוריות ומחדלים הנחשפים מדי כשמונה שנים בממוצע, במתווה של כיבוי שרפות שדועך למתווה של שיטור, עד לזעזוע הבא.⁵⁹⁶ לא כל שערורייה ציבורית מביאה לתגובה פרלמנטרית משמעותית – ג'ונסון מעיר כי גם לנוכח העיסוק התקשורתי במעקבים המקוונים של ממשל בוש השני בשנת 2005 ובחשיפות של אדוארד סנוודן בשנת 2013, הקונגרס נמנע מלערוך חקירה משמעותית בפרשיות אלו.⁵⁹⁷ זגרט טוענת כי יכולת הבקרה של הקונגרס על תקציב המודיעין מוגבלת, לאור מורכבותו וגודלו שאינם מפוצים בתוספת משאבי כוח אדם לחברי הקונגרס המפקחים עליו.⁵⁹⁸ לעיתים סוכנויות המודיעין עוקפות את הוועדות לענייני מודיעין ומבטיחות את התקציב המבוקש להן באמצעות ועדות אחרות של הקונגרס.⁵⁹⁹

כלי פרלמנטרי נוסף המאפשר למחוקק האמריקאי לפקח על פעילות סוכנויות המודיעין הוא הוראות שעה המגבילות את תחולת החקיקה המסמיכה את הסוכנויות לעשות שימוש באמצעים שונים. כך למשל תחולתו של חוק איסוף מודיעין זר (FISA) מוגבלת לחמש שנים (ותפקע בשנת 2023).⁶⁰⁰ מנגנון זה מאלץ את בית המחוקקים לבחון מחדש ולתקן הסדרים בחוק שיש בהם משום פגיעה בזכויות אדם או הנדרשים לשם מתן מרווח פעולה ראוי לסוכנויות המודיעין.

595 דוח ועדת החקירה 9/11, לעיל ה"ש 111, בעמ' 103; Geoffrey R. Stone, *The View from Inside the NSA Review Group*, 63 *DRAKE L. REV.* 1033, 1043-1044 (2015)

596 ראו Johnson, *A Shock Theory*, לעיל ה"ש 23; JOHNSON, *SPY WATCHING*, לעיל ה"ש 23, בפרק 6.

597 שם, בפרקים 6-7.

598 ZEGART, לעיל ה"ש 23, בפרק 5.

599 שם, ה"ש 45-46 בפרק 5.

600 ס' 1881 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA), וההערות לו.

לוועדות הקונגרס לענייני מודיעין יש תפקיד חשוב בהובלת תהליכי החקיקה – אך גם חברי קונגרס שאינם מכהנים בהן מגלים מעורבות בניסוח הצעות תיקון משלהם.

4.3.3 פיקוח שיפוטי על מעקב מקוון שאינו לתכליות של איסוף מודיעין זר

פעילות מכוח הוראות חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA) (יירוט נתוני תוכן מכוח חוק האזנות סתר (WTA), השגת נתוני תוכן מכוח חוק תקשורת שמורה (SCA) או יירוט נתוני תקשורת מכוח חוק איסוף נתוני תקשורת (PRA)) כפופה לביקורת שיפוטית מראש. הדיונים נערכים לרוב במעמד צד אחד, בדלתיים סגורות, וההחלטות בהם נותרות לרוב חסויות.⁶⁰¹

בחוק האזנות סתר (WTA) מצוי סטנדרט הבחינה השיפוטית המחמיר ביותר מבין שלושת דברי החקיקה המרכיבים את חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA). לפי הוראות חוק האזנת סתר, על השופט למצוא שיש עילה סבירה (probable cause) להניח כי הצו המבוקש יניב מידע בנוגע לעבירה נשואת הצו, בהיעדר חלופות סבירות אחרות שטרם נוסו ואינן מסוכנות.⁶⁰² צווים מכוח חוק תקשורת שמורה (SCA) להשגת נתונים שאוחסנו במהלך 180 הימים האחרונים יינתנו בהתקיימותה של עילה סבירה, אך באשר לנתוני תקשורת שמקורם בתקופה העולה על 180 הימים האחרונים, חוק תקשורת שמורה (SCA) מתיר לתת צו להשגתם בכפוף להתקיימותו של חשד סביר (reasonable grounds).⁶⁰³ בנוגע ליירוט נתוני תקשורת, חוק איסוף נתוני תקשורת (PRA) קובע כי בית המשפט ייתן צו יירוט אם שוכנע שהמידע שהמתקן יפיק עשוי להיות רלוונטי

601 ראו למשל הנתונים לשנים 1995–2007 מבית המשפט המחוזי ביוסטון, טקסס, שלפיהם 91.6% מהצווים שניתנו מכוח חוק תקשורת שמורה (SCA) וחוק איסוף נתוני תקשורת (PRA) בתקופה זו נותרו חסויים. ראו Stephen W. Smith, *Kudzu in the Shade*, 3 Fed. Cts. L. Rev. 177, 208–209 (2009).

602 ס' 2518 לחוק האזנות סתר (WTA).

603 ס' 2703 לחוק תקשורת שמורה (SCA).

לחקירה פלילית.⁶⁰⁴ זהו רף נמוך למדי (מבחן רחב של רלוונטיות לעומת מבחן העילה הסבירה הצר הנדרש לצורך האזנת סתר), שאין בו כדי למנוע "מסעות דיג" של רשויות אכיפה הבוחרות לעקוב אחר אנשים שמידת מעורבותם בעבירה פלילית היא קלושה, לרבות אחר קורבנות העבירה הנחקרת עצמם.⁶⁰⁵

מינהלת בתי המשפט האמריקאית מפרסמת דיווח שנתי לקונגרס בנוגע למספר הבקשות להאזנות סתר לתכליות של אכיפת חוק ומניעת פשיעה שנדונו בבתי משפט פדרליים ומדינתיים.⁶⁰⁶ נתונים אלו כוללים בקשות להאזנת סתר מכוח חוק האזנות סתר (WTA), וכן בקשות להאזנת סתר מכוח חקיקה דומה ברמת המדינה. חלק מהנתונים המדווחים על ידי מינהלת בתי המשפט נשענים על דיווחים חלקיים של גורמי התביעה באשר ליישום הצווים, ולכן ייתכנו עיוותים בניתוח הנתונים. בדומה לנתונים המדווחים בישראל,⁶⁰⁷ שיעור הבקשות להאזנות סתר הנדחות על ידי מערכת בתי המשפט בארצות הברית הוא מזערי.⁶⁰⁸

נוסף לערוץ הביקורת השיפוטית מראש על פעילות סיגינטית, מכוח שלושת אדני חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA) שתוארו לעיל, בתי המשפט האמריקאיים משמשים מנגנון של פיקוח בדיעבד, הבוחן את החוקתיות של פרקטיקות סיגינטיות שונות. כך לאחרונה בעניין *Carpenter*⁶⁰⁹ קבע בית המשפט העליון כי השגת היסטוריית נתוני המיקום של טלפונים סלולריים⁶¹⁰ כפופה להוראות התיקון הרביעי לחוקה, ומשכך עליה להתבצע מכוח צו שיפוט.

604 ס' 3123-3122 לחוק איסוף נתוני תקשורת (PRA).

605 Susan Freiwald, *Uncertain Privacy: Communication Attributes after the Digital Telephony Act*, 69 CAL. L. REV 949, 1005-1006 (1996)

606 ראו לדוגמה *Wiretap Report 2018*, table 7, United States Courts. (2018) (להלן: *Wiretap Report 2018*).

607 ראו לוחות 2-3 להלן.

608 לנתוני 2008-2016 ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 72-73. שיעור דחיית הבקשות בידי מערכת בתי המשפט האמריקאית נותר מזערי גם בשנים שלאחר מכן, ראו *Wiretap Report 2018*, לעיל ה"ש 606, לוח 7.

609 ראו עניין *Carpenter*, לעיל ה"ש 344.

610 ראו ה"ש 345 לעיל.

בהתייחס לסוגיית השימוש במכשור המדמה תאים סולריים (IMSI catcher או "Stingray") לצורך איסוף נתוני תקשורת, בית המשפט נוטה לעמדה המכפיפה את הפרקטיקה לתיקון הרביעי ולצו שיפוטי לפני מעשה.⁶¹¹

פרט לבקרה שיפוטית על פרקטיקות חקירה קונקרטיות, שבמסגרתה בחן בית המשפט העליון במרוצת השנים טכנולוגיות שונות של ציתות, האזנה, הקלטה ומעקב,⁶¹² בית המשפט הפעיל כמה פעמים את סמכותו לבחון דברי חקיקה במנותק מאופן הפעלתם במקרה קונקרטי. כך למשל בעניין *Berger* פסל בית המשפט העליון סעיפים מסוימים בחוקי האזנת הסתר של מדינת ניו יורק שהפרו את הוראות התיקון הרביעי כיוון שאפשרו ביצוע האזנת סתר לפרקי זמן ארוכים ללא בקרה שיפוטית מספקת.⁶¹³

4.3.4 פיקוח שיפוטי על מעקב מקוון לתכליות של איסוף מודיעין זר: בית המשפט למודיעין זר

טרם חקיקת חוק איסוף מודיעין זר (FISA), שכונן את בית המשפט למודיעין זר (FISC), נטו בתי המשפט האמריקאיים שלא להתערב בעניינים הנוגעים לסמכותה

611 *Prince Jones v. United States*, No. 15-CF-332, (D.C., 21.9.2017); וראו גם *United States v. Lambis*, No. 15-CR-734, (S.D.N.Y., 12.7.2016); *United States v. Purvis Lamar Ellis*, No. 13-CR-00818, (N.D. Cal., 24.8.2017). להרחבה ראו גם מסמך מדיניות של משרד המשפטים האמריקאי באשר לטכנולוגיית הדמיה של תאים סולריים, *Department of Justice Policy Guidance: Use of Cell-Site Simulator Technology* (2015).

612 בין השאר בחן בית המשפט העליון את החוקתיות של השימוש במתקני הדמיה חרמית כדי לעקוב אחרי מעשיו של פלוני בביתו (*Kyllo v. United States*, 533 U.S. (2001)) ואת החוקתיות של התקנת משדר אותות GPS בחשאי לצורכי מעקב אחרי תנועת כלי רכב (*United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012)), כמו גם את חוקתיותו של צו לחיפוש מידע דיגיטלי במכשיר סלולרי שנחפס במסגרת הליך מעצר (*Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014)). בעניין *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983) אף נדרש בית המשפט העליון לטענה שלפיה השימוש בטכנולוגיית התאורה של פנס פשוט באזור חשוך תוך כדי ביצוע חיפוש לפי צו מפר זכויות מוקנות מכוח התיקון הרביעי.

613 *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967)

של הרשות המבצעת בתחומי הביטחון הלאומי.⁶¹⁴ במסגרת המשפטית של חוק איסוף מודיעין זר נועד בית המשפט למודיעין זר להיות ערכאת ביקורת שיפוטית על מעקב מקוון שיעדיו הם בגדר "אדם אמריקאי".⁶¹⁵ בהשוואה להליכי האישור השיפוטיים בחוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA), הליכי האישור בחוק איסוף מודיעין זר (FISA) הם ידידותיים יותר לממשלה.⁶¹⁶ חוק איסוף מודיעין זר חל על פעילות סיגינטית ("מעקב אלקטרוני")⁶¹⁷ לצורכי איסוף מודיעין זר (מידע הנוגע לגורמים זרים הקשורים לביטחון הלאומי של ארצות הברית או ליחסי החוץ שלה). החוק כולל הוראות מיוחדות לשימוש בהתקנים לאיסוף תקשורת נתונים (Pen/Trap),⁶¹⁸ לתפיסת "רשומות עסקיות"⁶¹⁹ (שמכוחן אושר איסוף רישומי ה־CDR בתוכנית 215) ולאיסוף מודיעין מחוץ לארצות הברית תוך הבחנה בין הזיקה הפרסונלית של יעדי האיסוף למדינה.⁶²⁰

בבית המשפט למודיעין זר חברים 11 שופטים פדרליים הממונים לכהונה של שבע שנים. בית המשפט למודיעין זר כפוף לערכאת ערעור, ה־Foreign Intelligence Surveillance Court of Review (FISCR).⁶²¹ הדיונים נערכים לרוב בדלתיים סגורות

614 ראו *Manget, Intelligence and the Rise of Judicial Intervention*, לעיל ה"ש 581, בעמ' 330.

615 לא כל תוכניות האיסוף של סוכנויות המודיעין האמריקאיות נמצאות בסמכות בית המשפט למודיעין זר, דוגמת איסוף מכוח צו נשיאותי מס' 12333. ראו *Renan, The FISCR's Law*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 127.

616 *William C. Banks, The Death of FISA*, 91 MINNESOTA L. REV. 1231 (2007), לעיל ה"ש 50, בעמ' 128.

617 ס' 1801 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA) מגדיר "מעקב אלקטרוני" כהשגת תוכן של תקשורת קווית או של תקשורת רדיו באמצעות מתקן מעקב אלקטרוני, מכני או אחר, או כל סוג אחר של שימוש במתקנים אלה כדי להשיג מידע – והכול בנסיבות שבהן יש למי המצדדים זיקה טריטוריאלית או פרסונלית לארצות הברית, ושבהן מתקיימת ציפייה סבירה לפרטיות וגורמי אכיפת חוק היו נדרשים לצו.

618 ס' 1842 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

619 ס' 1861 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA). להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 86.

620 ס' 1881a–1881e לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

621 ס' 1803 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

ובמעמד צד אחד⁶²² (ערכאת הערעור נועדה למעשה לשרת את המדינה – היא הצד האחד שבקשותיו עשויות להידחות בידי הערכאה הראשונה. יתר על כן, במשך עשרים השנים הראשונות לקיומו דן FISC רב בניין יחיד).⁶²³ ואולם גם צד להליך שאינו המדינה יכול לטעון בפני בית המשפט למודיעין זר – למשל במקרים שבהם נידון צו להשגת נתונים מספק תקשורת.⁶²⁴ החוסר באדוורטריות משפיע על הדין יציר הפסיקה של בית המשפט למודיעין זר, שלעיתים אימץ ללא ביקורת את עמדת הממשלה.⁶²⁵

מרבית החלטות של בית המשפט למודיעין זר הן חשאיות. לצד ההגנה על אינטרסים של ביטחון לאומי באמצעות אי-חשיפת פרטים ויכולות מבצעיות של סוכנויות המודיעין, מבקרים מצבעים על הצורך במתן פומבי לדין יציר הפסיקה של ערכאה זו.⁶²⁶ לאחר החשיפות של סנודן פרסם ראש המודיעין הלאומי כמה החלטות של בית המשפט למודיעין זר.⁶²⁷ החשיפה החלקית של

622 Am. Civil Liberties Union v. Clapper, 785 F.3d 829 (2nd לחשל 2015) Cir. 2015)

623 LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 182; 310, *In re Sealed Case No. 02-001*, 310 F.3d 717, 718 (United States Foreign Intelligence Surveillance Court of Review, 2002) (להלן: עניין יאהו). לאחר עניין יאהו נתן FISC פומבי לשלושה עררים נוספים: *In re Directives* [redacted text] Pursuant to Section 105B of the Foreign Intelligence Surveillance Act, no. 08-01 (Foreign Intelligence Surveillance Court of Review, 2009); *In re Certification of Questions of Law*, no. 18-01 (Foreign Intelligence Surveillance Court of Review, 2018); *In re DNI/AG 702(h) Certifications 2018* [REDACTED] (Foreign Intelligence Surveillance Court of Review, 2018) (להלן: עניין 2018-2 FISC).

624 ראו לדוגמה עניין יאהו, לעיל ה"ש 623.

625 Emily Berman, *The Two Faces of the Foreign Intelligence Surveillance Court*, 91 IND. L.J. 1191, 1250 (2016)

626 Alan Butler, *Standing up to Clapper: How to Increase Transparency and Oversight of FISA Surveillance*, 48 NEW ENG. L. REV. 55, 86-88 (2013); Stephan Brown, *Former FISA Judge Says Secret Court is Flawed*, SEATTLE TIMES (9.7.2013)

627 ראו *Release of Documents Related to the 2018 FISA Section 702 Clarifications*, IC ON THE RECORD (8.10.2019)

החלטות בית המשפט למודיעין זר תרמה להיעדר ביקורת אקדמית וציבורית על החלטות הערכאה, ושופטי בית המשפט למודיעין זר פעלו זמן רב מתוך הנחה שהחלטותיהם סופיות וחשאיות.⁶²⁸ ואולם לנוכח התיקונים של רפורמת ה־USA FREEDOM Act, אשר הורו לראש המודיעין הלאומי לבדוק את רמת הסיווג של החלטות בית המשפט למודיעין זר, ובמידת האפשר לתת להן פומבי,⁶²⁹ ייתכן שבית המשפט למודיעין זר אינו פועל עוד תחת הנחה זו.⁶³⁰

לוח 1
פעילות בית המשפט למודיעין זר (FISC)⁶³¹

2019	2018	2017	2016	2015	שנה
974	1,280	1,581	1,710	987	בקשות לצווים
18	29	24	9	5	בקשות שנדחו במלואן
37	42	48	23		בקשות שנדחו חלקית
661	953	1,127	1,350	819	צווים שניתנו כמבוקש
258	256	382	328	163	צווים ששוננו על ידי בית המשפט

⁶²⁸ Berman, לעיל ה"ש 625, בעמ' 1239.

⁶²⁹ ס' 1872 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

⁶³⁰ על ניסוח החלטות חשאיות עבור נמענים עתידיים ראו Ashley Deeks, *Secret*, *Reason-Giving*, 129 YALE L.J. (forthcoming)

⁶³¹ דוחות FISA מפרטים את מספר הבקשות לכל סעיף רלוונטי בחוק איסוף מודיעין זר (FISA). מהסכימה בלוח הושמט מספר הבקשות להפעלת סמכויות למעקב פיזי בלבד לפי ס' 1824 לחוק. מקור הנתונים שבלוח: United States Courts, *Report of the Director of the Administrative Office of the U.S. Courts on Activities of the Foreign Intelligence Surveillance Courts for 2015*, table 1 (2016) (להלן: דוח 2015); United States Courts, *Report of the Director of the Administrative Office of the U.S. Courts on Activities of the Foreign Intelligence Surveillance Courts for 2016*, table 1 (2017) (להלן: דוח 2016); United States Courts, *Report* (FISA 2016).

התובע הכללי נדרש לדווח לבית המשפט העליון פעם בשנה על מספר הבקשות שהוגשו, שאושרו, שנדחו וששוננו על ידי בית המשפט למודיעין זר.⁶³² יש הסבורים כי רמת הפירוט של דיווחים אלו, בהשוואה לדיווחים השנתיים המקבילים על בקשות להאזנת סתר לתכליות של אכיפת חוק ומניעת פשיעה, טעונה שיפור.⁶³³

בשנת 2019, לדוגמה, הוגשו 974 בקשות לצווי FISA, ומתוכן נדחו במלואן 18 בקשות בלבד.⁶³⁴ הגם שנדמה ששיעור הדחייה הנמוך תומך בטענה שה-FISC אינו יותר מחותמת גומי המאשרת את בקשות סוכנויות המודיעין, נראה כי שיעור הבקשות שעברו שינויים מהותיים בהוראת בית המשפט (העומד על כ-20% לשנה) עשוי לסתור מסקנה זו. יתר על כן, יש הטוענים כי קיומה של הערכאה וההליכים המורכבים של ניסוח הבקשה לבית המשפט ואישורה על ידי פקידי ממשל בכירים יוצרים אפקט מצנן המרתיע מפני הגשת הבקשות בקלות דעת. הבקשות עצמן, לפי תיאורו של מייק מק'קונל, לשעבר ראש המודיעין הלאומי, דומות בפירוטן לתוצרי מודיעין מוגמרים.⁶³⁵ רמת הפירוט הגבוהה והבחינה המדוקדקת של בית המשפט למודיעין זר את הבקשות מתאפשרות הודות למנדט הצר יחסית של הערכאה, שבגללו מספר הבקשות נמוך.⁶³⁶

of the Director of the Administrative Office of the U.S. Courts on Activities of the Foreign Intelligence Surveillance Courts for 2017, United States Courts, Report of the ; (להלן: דוח FISA 2017) table 1 (2018)
Director of the Administrative Office of the U.S. Courts on Activities of the Foreign Intelligence Surveillance Courts for 2018, table 1 (2019) 1 (להלן: דוח FISA 2018) ; (FISA 2018) Report of the ;
Director of the Administrative Office of the U.S. Courts on Activities of the Foreign Intelligence Surveillance Courts for 2019, table 1 (2020) (להלן: דוח FISA 2019).

632 ס' 1807 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

633 Butler, לעיל ה"ש 626, בעמ' 83-86.

634 ראו דוח FISA 2019, לעיל ה"ש 631, בעמ' 2.

635 LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 177.

636 עם זאת, תיקונים בחוק איסוף מודיעין זר (FISA) הרחיבו את תחולת החוק גם לבקשות שעבורן איסוף מודיעין זר מהווה "מטרה משמעותית". ראו בעניין זה Rindskopff Parker & Pate, לעיל ה"ש 150, בעמ' 64.

במסגרת הרפורמות שערך הקונגרס בהוראות חוק איסוף מודיעין זר (FISA) בעקבות פרשת סנודן, התווסף לבית המשפט למודיעין זר מוסד ידיד בית המשפט (*amicus curiae*). הסדר זה נועד להתמודד עם החוסר באדוורסריות שבהליכי בית המשפט למודיעין זר, הנידונים רובם במעמד צד אחד.⁶³⁷ על בית המשפט למודיעין זר למנות חמישה ידידי בית משפט שאליהם יהיה אפשר לפנות כאשר במסגרת החלטה או צו שבית המשפט נדרש לתת מתעוררת שאלה משמעותית או חדשנית שבדין.⁶³⁸ על ידידי בית המשפט להביא בפני בית המשפט טיעונים משפטיים לקידום הגנת הפרטיות וזכויות אזרח, מידע הנוגע לאיסוף מודיעין או לטכנולוגיות מידע או כל טיעון משפטי אחר הנוגע לעניינים רלוונטיים למקרה הנידון.⁶³⁹ עם זאת, מונדייל, שטיין ופישר מעירים כי ייתכנו מצבים שבהם טיעונים אלה לא בהכרח יציגו עמדה אדוורסרית, וכי ידיד בית המשפט, בהיותו "ידיד" גרידא, אינו יכול לערער (בפני ערכאת ה-FISCR או בפני בית המשפט העליון) על החלטות שקיבל בית המשפט למודיעין זר בניגוד לעמדתו.⁶⁴⁰

מוסד ידיד בית המשפט של בית המשפט למודיעין זר מהווה פשרה לאור הצעות אחרות להתמודדות עם רמת האדוורסריות הנמוכה בהליכי בית המשפט למודיעין זר, ואינו חף מקשיים. שיקול הדעת בהפיכת ההליך למעין אדוורסרי באמצעות התייעצות עם ידידי בית המשפט מסור בידי בית המשפט למודיעין זר, הרשאי להחליט מתי התעוררה שאלה שלאורה יש למנות ידיד בית משפט בתיק מסוים ואם הדבר ראוי.⁶⁴¹ ואכן, לפי דוח 2017 FISA, בית המשפט למודיעין זר כלל

637 סטי מציין את חוסר היכולת של בית המשפט למודיעין זר לנקוט עמדה לעומתית כלפי הצהרות ממשלחיות על הצורך במעקב מקוון, או בקשר להיקף הגישה של ה-NSA למידע המוחזק אצל ספקי תקשורת. *Sudha N. Setty, The United States, in* COMPARATIVE COUNTER-TERRORISM LAW 49, 59 (Kent Roach ed., 2015)

638 ס' 1803(i) לחוק איסוף מודיעין זר (FISA). להרחבה ראו, Chad Squitieri, *The Limits of the FREEDOM Act's Amicus Curiae*, 11 WASH. J. L. TECH. & ARTS 197, 210 (2015); Ben Cook, *The New FISA Court Amicus Should Be Able to Ignore its Congressionally Imposed Duty*, 66 AM. U. L. REV. 539 (2017)

639 ס' 1803(i)(4) לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

640 Mondale, Stein, & Fisher, *לעיל* ה"ש 54, בעמ' 2295-2296.

641 ס' 1803(i)(2) לחוק איסוף מודיעין זר (FISA). ראו גם Squitieri, *לעיל* ה"ש

לא מינה ידיד בית משפט בתיקים שבהם דן בשנת 2017. בשלושה תיקים שנידונו באותה שנה הודיע בית המשפט למודיעין זר לממשלה כי הוא שוקל למנות ידיד בית משפט, אך במקרים אלו הממשלה בחרה שלא להמשיך בהליכים או לשנותם כך שלא יציגו שאלה משפטית חדשה המאפשרת את המינוי.⁶⁴² נראה כי סמכות זו מופעלת במשורה: בשנת 2019 נרשמו שני מינויים של ידידי בית המשפט,⁶⁴³ בשנת 2018 נרשמו תשעה מינויים (מקצתם באותו תיק),⁶⁴⁴ בשנת 2016 נעשה שימוש בסמכות זו פעם אחת בלבד, ובשנת 2015 – ארבע פעמים.⁶⁴⁵

יתר על כן, הוראות חוק איסוף מודיעין זר (FISA) מערימות מכשולים בפני ידידי בית המשפט בכל הנוגע לחשיפה לחומרים מסווגים. הגם שהחוק מורה לתת לידיד בית המשפט של ה-FISC גישה מלאה לחומרים משפטיים (לרבות פסיקה חסויה), גישה זו מותנית בסיווג ביטחוני מתאים.⁶⁴⁶ למען הסר ספק, החוק מבהיר כי אין בהוראותיו כדי לחייב את הממשלה להעביר מידע חסוי לידי ידיד בית המשפט.⁶⁴⁷

638, בעמ' 204-206; Berman, לעיל ה"ש 625, בעמ' 1242-1244; Mondale, Stein, & Fisher, לעיל ה"ש 54.

642 ראו דוח FISA 2017, לעיל ה"ש 631, בעמ' 4.

643 ראו דוח FISA 2019, לעיל ה"ש 631, בעמ' 4.

644 ראו דוח FISA 2018, לעיל ה"ש 631, בעמ' 4. בדיווח נמנים כלל ידידי בית המשפט שמונו בידי בית המשפט גם אם מונו במסגרת אוחו חיק, כך שמספר החיקים שבהם הופעלה סמכות זו עשוי להיות נמוך ממספר המינויים המדווח. לדוגמה, באוקטובר 2019 הותרו לפרסום החלטה של בית המשפט למודיעין זר והחלטה של FISC רעור עליה, בעניין FISC 2018-2, לעיל ה"ש 623. החלטות אלה מלמדות על מקרה משנת 2018 שבו בחרה ערכאת ה-FISC למנות שלושה ידידי בית משפט. יוער כי במקרה זה השפיעו ידידי בית המשפט על עמדת בית המשפט בערכאה הראשונה והציעו מתווה לפתרון שעליו המליצה ערכאת הערעור באופן לא מחייב. להחלטת הערכאה הראשונה ראו Document regarding the Section 702 2018 Certification, Memorandum Opinion And Order (Foreign Intelligence Surveillance Court, 2018)

645 ראו דוח FISA 2015, לעיל ה"ש 631, בעמ' 4; דוח FISA 2016, לעיל ה"ש 631, בעמ' 4.

646 ס' (C), (A), (6)(i) 1803 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

647 ס' (D), (6)(i) 1803 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA). ראו גם Squitieri, לעיל ה"ש 638, בעמ' 206-208.

4.3.5 פיקוח אקזקוטיבי: גורמי התביעה כמנגנון מפקח?

גורם נוסף המעורב בהליכי האישור מראש מכוח חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA) הוא רשויות התביעה. התובע הפדרלי הכללי, סגנו או בעלי התפקידים המקבילים במדינות ארצות הברית רשאים לאשר הגשת בקשה מפורטת בכתב לשופט לקבלת צו מכוח חוק האזנות סתר (WTA).⁶⁴⁸ גם בקשות לצווים מכוח חוק תקשורת שמורה (SCA) וחוק איסוף נתוני תקשורת (PRA) מוגשות על ידי נציגי משרד המשפטים.⁶⁴⁹ נציגי משרד המשפטים יכולים לשמש בהקשר זה כמנגנון פיקוח נוסף על איכות ומהות הבקשות של רשויות אכיפת החוק. לאור טבעו של ההליך, אשר נדון במעמד צד אחד ושם משרד המשפטים משמש בו שחקן חוזר, פרשנותו לחוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA) זוכה כמעט לבלעדיות בדיוני בית המשפט. אך כאשר המשרד שיחק לידי רשויות אכיפת החוק ונקט קו פרשני רחב, העומד לעיתים בניגוד לקריאה סבירה של לשון החוק, נשחק תפקידו כמנגנון ביקורת ופיקוח.⁶⁵⁰

בקשות לצווים מכוח חוק איסוף מודיעין זר (FISA) כפופות, בחלק מהמקרים, לאישור התובע הכללי.⁶⁵¹ הבקשות עצמן דורשות רמת פירוט גבוהה וצירוף של תעודות המאשרות כי המודיעין נשוא הבקשה הוא מודיעין זר. התובע הכללי רשאי לבקש כל תצהיר או תיעוד נוסף מכל בעל סמכות הקשור בבקשה.⁶⁵² בכפוף לבקשה מראש הבולשת, שר ההגנה, שר הפנים, ראש המודיעין הלאומי או ראש סוכנות הביון המרכזית, התובע הכללי יבצע בחינה זו באופן אישי.⁶⁵³

אומנם הביקורת של גורמי התביעה על בקשות לצווים היא הסבר אפשרי לשיעור הדחייה הנמוך של בקשות לצווים, הן על ידי בית המשפט למודיעין זר

648 ס' 2516 לחוק האזנות סתר (WTA).

649 ס' 2703 לחוק תקשורת שמורה (SCA); ס' 3122 לחוק איסוף נתוני תקשורת (PRA).

650 Kevin Bankston, *Only the DOJ Knows: The Secret Law of Electronic Surveillance*, 41 U. S. F. L. Rev 589 (2007)

651 ס' 1804(a) לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

652 ס' 1804(b) לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

653 ס' 1804(d) לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

והן על ידי מערכת בתי המשפט הפדרליים;⁶⁵⁴ עם זאת, אפשר ששיעור הדחייה הנמוך של בקשות לצווים נובע מטבעו החשאי של ההליך ומהדומינטיות של משרד המשפטים, המייצרים מצב שבו האינטרס של הביטחון הלאומי מכתוב מהלכים פרשניים מרחיבים ללא טיעוני נגד.

4.3.6 פיקוח אקדקוטיבי: ועדת הפיקוח הנשיאותית לענייני מודיעין (IOB)

ועדת הפיקוח הנשיאותית לענייני מודיעין (the President's Intelligence Oversight Board, או IOB) היא ועדת משנה של ועדת הייעוץ הנשיאותית לענייני מודיעין (the President's Intelligence Advisory Board, או PIAB), והיא מופקדת על פיקוח על קהילת המודיעין ומונה חמישה חברים.⁶⁵⁵ מקור סמכותה אינו סטטוטורי, כי אם בצו נשיאותי מס' 12334.⁶⁵⁶ בממשל קלינטון ניהלה הוועדה חקירה פומבית בנוגע למעורבות סוכנות הביון המרכזית במותו של אזרח אמריקאי בגוואטמלה בשנת 1990.⁶⁵⁷ במהלך שנת 2005 בחנה הוועדה את חוקיות פעילות המעקבים הפיזיים של הבולשת הפדרלית בשנים 2002-2004.⁶⁵⁸

על ועדת הפיקוח הנשיאותית לענייני מודיעין לבחון מעת לעת את החוקיות של הנהלים הפנימיים של סוכנויות המודיעין ואת הפרקטיקות והנהלים של מבקרי הסוכנויות שבקהילת המודיעין. הוועדה מוסמכת לבצע חקירות הנדרשות לדעתה כדי למלא את תפקידיה. ראשי הסוכנויות והמבקרים הכלליים שלהן יעבירו לידי הוועדה את המידע הנדרש לה, ככל שהדבר אינו סותר את הוראות

654 ראו ה"ש 635 לעיל. ראו גם DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY 130 (2011)

655 לסקירה היסטורית של ועדת הייעוץ הנשיאותית לענייני מודיעין (PIAB) ראו Kenneth M. Absher, Michael C. Desch, & Roman Popadiuk, *The President's Foreign Intelligence Advisory Board*, בחוץ: Johnson, *THE OXFORD HANDBOOK*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 172.

656 Exec. Order No. 12334, 3 C.F.R. (1981)

657 Absher, Desch, & Popadiuk, לעיל ה"ש 655, בעמ' 185.

658 Dan Egan, *FBI Papers Indicate Intelligence Violations*, WASHINGTON POST (24.10.2005)

החוק. על ראשי הסוכנויות והמפקחים לדווח לוועדה על פעילויות מודיעיניות שהם סבורים שאינן חוקיות. מסמכים שפורסמו בעקבות בקשות חופש מידע מלמדים שהסוכנויות מדווחות על פעילויות כאלו,⁶⁵⁹ אך יש המטילים ספק ביעילות הפיקוח של ועדת הפיקוח הנשיאותית לענייני מודיעין בשל פערי זמנים בדיווח על תקריות כאלו בשנים 2001-2008, שספק אם אפשרו לה להביא לתיקון המעוות.⁶⁶⁰

4.3.7 פיקוח אקדוטיבי: ועדת הפיקוח לענייני פרטיות וחירויות אזרח (PCLOB)

בעקבות המלצות ועדת החקירה לאירועי 11 בספטמבר⁶⁶¹ הוקמה ועדת הפיקוח לענייני פרטיות וחירויות אזרח (Privacy and Civil Liberties Oversight Board, להלן: PCLOB). PCLOB היא סוכנות עצמאית ברשות המבצעת שתפקידה לבחון הצעות חקיקה, תקינה ומדיניות הנוגעות להגנה מפני טרור ולשיתוף במידע בין סוכנויות למטרות ביטחון לאומי, ולייעץ לנשיא ולממשל בקשר אליהן, בהתייחס לאיזון הנדרש בין הסמכויות המוצעות לבין פרטיות וחירויות האזרח.⁶⁶² הוועדה מוסמכת גם לפקח באופן שוטף על פעילויות ונהלים של סוכנויות הממשל בנוגע להגנה מטרור ולשיתוף מידע בין סוכנויות.

בוועדה מכהנים חמישה חברים הממונים בידי הנשיא בהסכמת הסנאט על בסיס מקצועי לתקופה של שש שנים, אך בכל מקרה לא יהיו בה יותר משלושה חברים מאותה מפלגה. היסטורית, נראה כי הנשיא מתקשה למנות חברים

659 כך למשל ראו דיווח על מקרה שבו הבולשת הפדרלית האזינה לקטינים. Intelligence Oversight Board, *IOB Matter 2005-106* (30.6.2010)

660 Electronic Frontier Foundation, *Patterns of Misconduct: FBI Intelligence Violations from 2001-2008* (2011)

661 דוח ועדת החקירה 9/11, לעיל ה"ש 111, בעמ' 395.

662 42 U.S.C. § 2000ee (2019)

לוועדה.⁶⁶³ בעת כתיבת שורות אלו מונה הוועדה 3 חברים (לאחר תקופה שבה היה בה חבר אחד בלבד).

חברי PCLOB יעידו בפני הקונגרס לפי בקשה, ודיווחיהם יהיו פומביים ככל שאין בהם כדי לגלות מידע מסווג. לוועדה יש גישה מלאה למידע, לרבות למידע מסווג, פרט לנושאים הקשורים לפעילות חשאית (covert activity).⁶⁶⁴ אם הוועדה נתקלת בחוסר שיתוף פעולה מצד סוכנויות מודיעין או רשויות אחרות היא רשאית לפנות לראש הסוכנות, הרשות או המחלקה המתאימה, וזה נדרש להבטיח שהוועדה תקבל גישה לכל מידע שלשיקול דעתה הוא חיוני למילוי תפקידיה.

עצמאותה של הוועדה, כמו גם החובה לדווח מדי חצי שנה לקונגרס ולנשיא, מקנות לה פוטנציאל לפיקוח מוגבר ולשקיפות.⁶⁶⁵ הסנאטור רון ויידן, חבר ועדת הסנאט לענייני מודיעין, הדגיש את היסודיות והשימושיות של דוחות ועדת הפיקוח לענייני פרטיות וחירויות אזרח, בהיותם "המסמכים הפומביים היסודיים ביותר על תוכניות מעקב מקוון".⁶⁶⁶ דוח ממצאי החקירה של PCLOB בעקבות פרשת סנודן הוא פרסומה הפומבי החשוב,⁶⁶⁷ ובו המליצה בין השאר על הוספת הפונקציה של ידיד בית משפט לבית המשפט למודיעין זר, כפי שתואר לעיל. עמדת PCLOB באותו דוח הייתה כי פעילות האיטוף של הסוכנות לביטחון לאומי הייתה בלתי חוקית ובלתי יעילה. החלטת בית המשפט הפדרלי

Tami Abdollah, *Weeks Before Trump Takes Office, This U.S. Civil Liberties Board is in Disarray*, PBS (26.12.2016); Scott Shane, *The Troubled Life of the Privacy and Civil Liberties Oversight Board*, THE CAUCUS (9.8.2012)

664 ראו לעיל ה"ש 586.

Benjamin S. Mishkin, *Filling the Oversight Gap: The Case for Local Intelligence Oversight*, 88 N.Y.U. L. REV. 1414, 1436-1438 (2013)
ראו גם Lee, Perlin, & Schottenfeld, *לעיל* ה"ש 148.

S. Rep No.114-277, at 24-26 (2017) 666

PCLOB 2014, *לעיל* ה"ש 16; כן ראו Medine & Morin, *לעיל* ה"ש 585, בעמ' 667
705-696.

שקבעה כי תוכנית 215 לאיסוף נתוני תקשורת⁶⁶⁸ חרגה מהסמכויות שבחוק ציטטה בהסכמה את הדוח,⁶⁶⁹ ורפורמת ה־USA FREEDOM Act יישמה את רוב המלצותיו.⁶⁷⁰

ג'ונסון מעיר שניסיונותיה של הוועדה להרחיב את תחום השיפוט שלה מעבר למנדט הצר של התמודדות עם טרור, ולבחון את איסוף הסיגינט שנעשה ב־NSA באופן רחב יותר, נבלמו על ידי ועדת הסנאט לענייני מודיעין (לאור האישורים שנתנו ועדות הקונגרס לענייני מודיעין לתוכניות האיסוף של ה־NSA שנבחנו בדוח PCLOB משנת 2014, אין תמה על המכשולים שהערימו חברי הקונגרס). בשנת 2016 התפטר יו"ר PCLOB בהאשימו את ועדות הקונגרס לענייני מודיעין בניסיונות להגביל את הפיקוח על קהילת המודיעין.⁶⁷¹

4.3.8 אומבודסמן תחת ה־Privacy Shield

פונקציית פיקוח נוספת מצויה בהסדר ה־Privacy Shield להעברת מידע בין ארצות הברית לאירופה.⁶⁷² הסדר זה נועד להחליף את הסדר ה־Safe Harbor להעברת מידע בין הצדדים, שבוטל בידי בית הדין האירופי בעניין *Schrems*.⁶⁷³

668 ראו במבוא לעיל.

669 *ACLU v. Clapper*, 785 F.3d 787 (2nd Cir. 2015). ראו גם כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בסעיף 3.1.6.

670 *Medine & Morin*, לעיל ה"ש 585, בעמ' 702-703.

671 *Johnson, Spy Watching*, לעיל ה"ש 23, בפרק 1; *Charlie Savage, U.S. Privacy and Civil Liberty Watchdog Faces Limits in Congress*, THE NEW YORK TIMES (14.7.2019).

672 ראו נספח II להחלטת הנאותות של נציבות האיחוד האירופי באשר להסדר. C/2016/4176 Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 Pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Adequacy of the Protection Provided by the EU-U.S. Privacy Shield (notified under document C (2016) 4176) (להלן: החלטת הנאותות). (26.7.2016).

673 ראו ה"ש 461 לעיל.

במסגרת מכתבים נלווים להסכם ה־Privacy Shield מונה המתאם הבכיר לדיפלומטיית IT בינלאומית⁶⁷⁴ לאומבודסמן לענייני ה־Privacy Shield.⁶⁷⁵

האומבודסמן האמריקאי לענייני ה־Privacy Shield משמש כתובת להעברת תלונות פרטניות שהתקבלו אצל רשויות הגנת הפרטיות האירופיות לקהיליית המודיעין האמריקאית. האומבודסמן לא יאשר או יכחיש את נכונות התלונה; עליו לאשר כי התלונה נתקבלה אצלו ולעדכן בתוצאות הבירור שנערך: האם נמצא כי הפרקטיקה המודיעינית נשואת התלונה נמצאת בהלימה עם החקיקה האמריקאית, או שבעקבות הבירור תוקנה אי־הלימה שכזו (התלונה הראשונה לאומבודסמן מטעם רשות הגנת המידע הקרואטית נדחתה מן הטעם שהיסוד העובדתי בה נתגבש טרם אימוץ ה־Privacy Shield).⁶⁷⁶ האומבודסמן אמור לשתף פעולה עם גופים אחרים במערך הפיקוח האמריקאי,⁶⁷⁷ ובתוכם המבקר הכללי של קהילת המודיעין⁶⁷⁸ ובית המשפט למודיעין זר,⁶⁷⁹ ולדווח להם על ממצאיו לפי העניין.

יש הסוברים כי מוסד האומבודסמן בהסדר ה־Privacy Shield אינו מספיק כדי להבטיח הגנה ראויה על פרטיותם של אזרחי האיחוד האירופי. ריצ'רדס חושש לעצמאות האומבודסמן, לנוכח היותו מינוי פוליטי של שר הפנים האמריקאי. כמו כן, ריצ'רדס מצביע על חוסר הסמכות של האומבודסמן להורות על תיקון

674 תפקיד זה הוקם בתקופת ממשל אובמה מכוח הוראת המדיניות הנשיאותית 28 (Presidential Policy Directive 28, sec. 4(d)).

675 ראו Letter from U.S. Secretary of State Kerry to EU Commissioner Jourova (7.7.2016), Annex A: EU-U.S. Privacy Shield Ombudsperson Mechanism; החלטת הנאורות, לעיל הי"ש 672, בעמ' 71-77.

676 European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, on the Third Annual Review of Privacy the Functioning of the EU-U.S. Privacy Shield*, 7 (2019) (להלן: Shield Report 2019).

677 ש.ס.

678 ראו לעיל בסעיף 4.3.1.

679 ראו לעיל בסעיף 4.3.3.

ליקויים שגילה בחקירתו ועל המענה המוגבל שהוא מוסמך לתת למתלוננים.⁶⁸⁰ המשרה נותרה ללא איזש במינוי קבוע במשך תקופה ארוכה,⁶⁸¹ וכך יש כדי להצביע על האפקטיביות המוגבלת של הסעד שמוסד האומבודסמן יכול להציע.

חרף האמור, הביקורת השנתית השלישית של הנציבות האירופית על הסדר ה־Privacy Sheild ראתה במקרה המבחן הבודד שבו טיפל האומבודסמן בתלונה הקוראטית⁶⁸² אינדיקציה לכך שמנגנון זה יכול למלא את תפקידו, והצביעה על חשיבות שיתוף הפעולה בין האומבודסמן לגופים אחרים במערך הפיקוח האמריקאי, שביכולתם לתת סעד אפקטיבי למתלוננים.⁶⁸³

4.4 הולנד

בחודש מאי 2018 נכנס לתוקפו חוק שירותי הביטחון והמודיעין ההולנדי.⁶⁸⁴ החוק נתקל בהתנגדויות רבות, הן במסגרת ההתייעצות הפומבית שקוימה

Neil M. Richards, *Report of Professor Neil Richards in Data Protection Commissioner v. Facebook ('Schrems 2')*, Irish High Court 2017, par. 121 (להלן: Richards, Report).

681 בספטמבר 2017 העלו האירופים את חששם מהיעדרו של אומבודסמן בהפקיד. מנישה סינג מונחה להפקיד אומבודסמן בפועל בספטמבר 2018, עד למינויו של האומבודסמן הראשון, קית' קארץ', ביוני 2019. Morgan Chalafant, *Trump Vacancy Raises Consternation with Europe*, THE HILL (9.22.2017); European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, on the First Annual Review of the Functioning of the Privacy Shield Report 2019*; EU-U.S. Privacy Shield, 6 (2017) לעיל ה"ש 676, בעמ' 6.

682 שם, בעמ' 7.

683 שם.

684 Wet van 26 juli 2017, houdende regels met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alsmede wijziging van enkele wetten, Stb. 2017, 317 (להלן: חוק המודיעין ההולנדי). לנוסח האנגלי של הצעת חוק המודיעין ההולנדי, כפי שהועבר לנציבות האירופית, *Bill Containing*

במהלך ניסוחו⁶⁸⁵ והן במסגרת משאל עם מייעץ⁶⁸⁶ הגם שתוצאות משאל העם דחו את החוק⁶⁸⁷, בעקבות המשאל, שתוצאותיו אינן מחייבות את הממשלה, נשאר החוק בתוקפו אך הוכנסו בו כמה תיקונים, שלטענת יוזמי המשאל אינם אלא תיקונים קוסמטיים.⁶⁸⁸

חוק המודיעין ההולנדי נועד לעדכן את הדינים החלים על שתי סוכנויות המודיעין ההולנדיות, סוכנות המודיעין הכללית (AIVD)⁶⁸⁹ וסוכנות המודיעין הצבאית (MIVD),⁶⁹⁰ החולקות החל משנת 2013 גוף איסוף סיגיטי מאוחד (JCSU).⁶⁹¹ העדכון נעשה לנוכח שינויי הנסיבות של שלהי העשור השני של המאה ה-21 – הן בהתייחס להתקדמות הטכנולוגיה והן בהתייחס לגידול במודעות הציבורית לפעילות האיסוף של סוכנויות המודיעין ולהשפעה שלה על זכויות אדם. במסגרת החוק ניתנו לסוכנויות המודיעין סמכויות לאיסוף מידע ממקורות

Rules Concerning the Intelligence and Security Services and Amending Certain Acts (Intelligence and Security Services Act 20..) (2016/188/NL, 2016)

685 ראו Quirine Eijkman, Nico Van Eijk, & Robert Van Schaik, *Dutch National Security Reform under Review: Sufficienct Checks and Balances in the Intelligence and Security Services Act 2017?* (2018)

686 לפי חוק משאל העם המייעץ (Wet van 30 september 2014, houdende regels inzake het raadgevend referendum (Wet raadgevend referendum) Stb. 2015, 122), משנאספו 300,000 חתימות של אזרחים הולנדים יש לקיים משאל עם מייעץ בתוך 3–6 שבועות. תוצאות משאל עם מייעץ אינן מחייבות את הממשלה.

687 Janene Pieters, *Referendum Results Are In: Majority Against Data Mining Law*, NLTIMES (29.3.2018)

688 Janene Pieters, *Changes to Data Mining Law "Mostly Cosmetic," Privacy Goup Says*, NLTIMES (6.4.2018)

689 ס' 8 לחוק המודיעין ההולנדי.

690 ס' 10 לחוק המודיעין ההולנדי.

691 ראו Bob DeGraff, *The Netherlands*, in HANDBOOK OF EUROPEAN INTELLIGENCE CULTURES 249, 258 (Bob DeGraff & James M. Nyce eds., 2016)

גלויים⁶⁹² (אוינט)⁶⁹³ ממקורות שאליהם קיבלו הסוכנויות גישה, ממודיעים (informants)⁶⁹⁴ ובהסתמך על הפעלת "סמכויות מיוחדות"⁶⁹⁵. ה"סמכויות המיוחדות" שבחוק כוללות סמכויות לבדיקות DNA, למעקב פיזי, לשימוש בסוכנים אנושיים, לפתיחת דברי דואר ולאיסוף מידע ממערכות אוטומטיות (לרבות באמצעות פצחנות), וכן הסמכות ליירט או להשיג כל תקשורת (לרבות פענוח תקשורת מוצפנת).⁶⁹⁶ החוק מתיר להפעיל סמכויות אלו להגשמת תכליות הנוגעות להגנת הביטחון הלאומי, מעקב אחר מדינות וצבאות זרים, שמירת הסדר הדמוקרטי וכדומה.⁶⁹⁷

חוק המודיעין ההולנדי מתיר איסוף ויירוט תקשורת חסרי הבחנה באמצעים אוטומטיים.⁶⁹⁸ הדין שחל טרם כניסתו לתוקף של החוק הבחין בין ההוראות החלות על איסוף ממקורות טכנולוגיים שונים. מתוך הנחה שהחדירה לפרטיות הכרוכה ביירוט תקשורת המבוססת על קרינה אלקטרומגנטית נמוכה מהפגיעה בפרטיות הכרוכה ביירוט תקשורת על גבי כבלים, הותר איסוף חסר הבחנה של תקשורת מן הסוג הראשון, שאינו מבוסס כבלים. ייתכן שהנחות אלו הסתמכו על רציונלים הקשורים באופי המשתמשים בטכנולוגיות תקשורת שונות באותה העת, ובלגיטימיות שלהן כמטרה ליירוט (השימוש הנרחב בשידורי תקשורת לצרכים צבאיים לעומת השימוש האזרחי בתשתית טלפונית מבוססת כבלים), אשר אינם עולים בקנה אחד עם המציאות העכשווית. חוק המודיעין ההולנדי מבטל את ההבחנה בין התוכים הטכנולוגיים השונים של סוגי התקשורת, ומתיר

692 ס' 25(a) לחוק המודיעין ההולנדי. ס' 38 לחוק מתיר איסוף אוטומטי של מידע ממקורות גלויים (כריית מידע) בכפוף לאישור מאת השר או ראש השירות ובכפוף להוראות ס' 29-30 לחוק, המחילות דרישות מינימליות לגבי צורת הבקשות בכתב להפעלת סמכויות מיוחדות.

693 להרחבה על אוינט (Open Source Intelligence, OSINT) ראו להלן ה"ש 811.

694 ס' 39, 25(c) לחוק המודיעין ההולנדי.

695 ס' 25(d) לחוק המודיעין ההולנדי.

696 ס' 40-70 לחוק המודיעין ההולנדי.

697 ס' 28 לחוק המודיעין ההולנדי.

698 ס' 48 לחוק המודיעין ההולנדי.

איסוף חסר הבחנה ללא תלות בהם.⁶⁹⁹ עם זאת, החוק מפריד בין שלושה שלבים
 בשרשרת ההפקה הסיגניטית – שלב איסוף התקשורת, שלב מחקר התקשורת
 ושלב בחירת הנתונים. שלב מחקר התקשורת נועד לזהות את הצדדים לה,
 ולקבוע קריטריונים לבחירה של נתונים וכן לזיהוי יעדים מודיעיניים נוספים שיש
 לכלול בחקירה.⁷⁰⁰ בשלב בחירת הנתונים נבחרים הנתונים אשר יועברו למחקר
 של הגורם המודיעיני מבצעי, בהתאם לקריטריונים שאישר השר.⁷⁰¹ שלבים אלה
 נבדלים ברמת הבקורות הסטטוטוריות החלות עליהם – תקופות שימור נתונים
 שונות ותקופות שונות לתחולת הצווים הרלוונטיים. ההחלטות המבצעיות בכל
 שלב טעונות תיעוד מנומק ומפורט. עם זאת, הועלו ספקות באשר ליכולת
 המעשית להפריד בין שלבים אלה, ונראה כי התהליך המתואר אינו תהליך רציף
 כי אם תהליך מקבילי, שבו הפעילויות המודיעיניות בכל אחד משלושת השלבים
 משפיעות זו על זו.⁷⁰²

לפי חוק המודיעין ההולנדי, שירותי המודיעין ההולנדי רשאים לעבד נתונים
 אישיים⁷⁰³ לתכליות מוגדרות. סוכנויות המודיעין ההולנדיות רשאיות לעבד
 נתונים אישיים של מי שהסכימו לבדיקת סיווגם הביטחוני; כשהדבר נדרש
 במסגרת חקירה הנוגעת למדינות אחרות; של מי שמידע על אודותיו נאסף בידי
 סוכנויות מודיעין זרות, או של מי ששירת או משרת בסוכנות מודיעין; כאשר
 הדבר נחוץ במסגרת תפקודו התקין של השירות; או כאשר הדבר נדרש במסגרת
 ניתוח איומים של השירות.⁷⁰⁴ נוסף על כך, סוכנות המודיעין הצבאית וסוכנות
 המודיעין הכללית רשאיות כל אחת לעבד נתונים אישיים של בני אדם שיש יסוד
 סביר לחשד שהם מאיימים על ביטחון הצבא או על מוכנותו,⁷⁰⁵ או על שלטון

699 ראו Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685, בעמ' 21-22.

700 ס' 49 לחוק המודיעין ההולנדי.

701 ס' 50 לחוק המודיעין ההולנדי.

702 ראו Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685, בעמ' 22.

703 לפי ס' 1(e) לחוק המודיעין ההולנדי, "נתונים אישיים" הם נתונים הנוגעים
 לאדם מזהה או ניתן לזיהוי.

704 ס' 19 לחוק המודיעין ההולנדי.

705 ס' (a)(2) 19 לחוק המודיעין ההולנדי.

החוק הדמוקרטי, על ביטחון המדינה או על אינטרסים משמעותיים אחרים שלה,⁷⁰⁶ בהתאמה. עיבוד נתונים נלווה שאינו נעשה לתכליות אלו מותר במקרים שבהם נתונים אישיים אינם ניתנים להפרדה מרשומות נתונים שנאספו כדין בידי שירותי המודיעין.⁷⁰⁷

איסוף מודיעין מכוח חוק המודיעין ההולנדי כפוף למבחן של מידתיות.⁷⁰⁸ סוכנות מודיעין לא תפעיל סמכות המסורה לה מכוח החוק במקום שבו הדבר יהווה פגיעה בלתי מידתית ביחס לתכלית המבוקשת. על האיסוף להתבצע בדרך שפגיעתה מזערית בצדדים המעורבים (לאור הנסיבות, טיב האיום על האינטרסים המוגנים על ידי השירות ובהשוואה לסמכויות או אמצעים זמינים אחרים). נתונים שאינם עוד רלוונטיים, או שלאור המטרה שלשמם הם מעובדים נעשו בלתי רלוונטיים, יימחקו.⁷⁰⁹ הפעלת סמכויות מכוח החוק תתועד.⁷¹⁰

על ראשי השירותים מוחלת חובת זהירות סטטוטורית המורה להם להבטיח כי האמצעים הטכניים, הארגוניים והמקצועיים הננקטים לשם עיבוד נתונים הולמים את הוראות החוק,⁷¹¹ והחוק מונה רשימה מינימלית של אמצעים כאלה.⁷¹² אם כן, הוראות אלו מתמרצות הקמת מערך פיקוח ממוכן פנימי על פעילות הסוכנויות, על מנת לעמוד בחובת הזהירות. בעיצוב מערכות פנימיות כאלו יש להביא בחשבון גם את היכולת הטכנית, כמו גם הסמכות, של גופי הביקורת החיצוניים (ראו להלן) להעריך את שלמותה ויעילותה של הבקרה הפנימית.

706 ס' 19(1)(a) לחוק המודיעין ההולנדי.

707 ס' 19(5) לחוק המודיעין ההולנדי.

708 ס' 26 לחוק המודיעין ההולנדי.

709 ס' 20 לחוק המודיעין ההולנדי.

710 ס' 30 לחוק המודיעין ההולנדי.

711 ס' 1(24) לחוק המודיעין ההולנדי, ראו גם Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685, בעמ' 28-29.

712 אמצעים אלה הם כלים שנועדו להבטיח את נכונות המידע המעובד ושלמותו; האמצעים הטכניים או הארגוניים הנדרשים למניעת שיבוש או אובדן של הנתונים, או חדירה בלתי מורשית אליהם; וכן מינוי בעלי תפקידים בעלי סמכות בלעדית למטרה אלו (ס' 24(2) לחוק המודיעין ההולנדי).

4.4.1 פיקוח מראש: ועדת הביקורת להפעלת סמכויות (TIB)

חוק המודיעין ההולנדי כולל מנגנון פיקוח אקס אנטה, המזכיר במידת מה את מנגנון ה־double lock הבריטי.⁷¹³ הפעלת חלק מסמכויות המעקב מכוח חוק המודיעין ההולנדי כפופה לבקשה בכתב מאת ראש השירות, המאושרת בצו מאת השר. החוק מתאר את הפרטים שעל בקשות אלו להכיל.⁷¹⁴ חלק מן הסמכויות⁷¹⁵ יופעלו מכוח צו מיניסטריאלי רק בכפוף לאישור מראש של ועדת הביקורת להפעלת סמכויות (להלן: TIB).⁷¹⁶ יש הטוענים כי ה־TIB מדללת את האחריותות המיניסטריאלית לצווים.⁷¹⁷

חברי ה־TIB, שלושה במספר, ממונים בידי השרים בהמלצת הפרלמנט. לכל הפחות שניים מבין חברי ה־TIB נדרשים להיות משפטנים בכירים⁷¹⁸ בעלי ותק של שש שנים לפחות ככאלה.⁷¹⁹ ה־TIB קובעת את סדרי עבודתה, ודיוניה מתקיימים בדלתיים סגורות.⁷²⁰ הוועדה מעיינת בבקשות להפעלת סמכויות מכוח החוק, שהשר אישר בצו והעביר לעיונה כדי שתבחן אם הצו ניתן באופן חוקי.⁷²¹ דברי

713 ראו לעיל בסעיף 4.2.3.

714 ס' 29 לחוק המודיעין ההולנדי. בקשות הנוגעות לחלק מה"סמכויות המיוחדות" צריכות לכלול נתונים פרטניים נוספים.

715 ס' (2) לחוק המודיעין ההולנדי מסמיך את ה־TIB לבחון את חוקיותם של צווים מיניסטריאליים לקיום פעילות מעקב וחצפיה פיזיים בדירות מגורים (מכוח ס' (3)40), חיפוש בדירות מגורים (מכוח ס' (4)42), בדיקות DNA למטרות זיהוי (ס' 43), פצחנות (ס' 45 וכן ס' 57), האזנות סתר ויירוט תקשורת ממוקדים (ס' (2)47), איסוף חסר הבחנה בשלבי ההפקה הסיגינטית השונים (ס' 48-50, 53) וקבלת מידע מספקי שירותי תקשורת (ס' 54).

716 ס' 32 לחוק המודיעין ההולנדי.

717 Braat & Baudet, לעיל ה"ש 23.

718 כמשמעותם בס' 1(c) בחוק השיפוט ההולנדי. ראו Wet van den 18 april 1827, op de zamenstelling der Regterlijke magt en het beleid der Justitie, Stb. 1827 (as amended)

719 ס' 33 לחוק המודיעין ההולנדי.

720 ס' 35 לחוק המודיעין ההולנדי.

721 ס' 36 לחוק המודיעין ההולנדי.

ההסבר של הצעת חוק המודיעין ההולנדי מבהירים כי בחינת חוקיות הצו נעשית לפי אמות מידה של צורך ומידתיות, בדומה לאמות המידה שמפעיל בית המשפט בבקשות לצו לפתיחת דברי דואר.⁷²²

הוועדה רשאית לבקש מהשר כל מידע הנדרש לה לביצוע תפקידיה – בשונה מה־CTIVD (ראו להלן), אין לה גישה ישירה למידע המצוי בידי סוכנויות המודיעין. אם הוועדה מצאה, בהחלטה מנומקת, שהצו לא ניתן באופן חוקי, הוא יבוטל אוטומטית. במקרים דחופים השר רשאי להפעיל את הסמכות ובמקביל ליידע את ה־TIB, על מנת שזו תעיין בצו בדיעבד ותקבע את חוקיותו. במקרים אלו תבחן ה־TIB גם את החלטת השר ביחס לדחיפות הנסיבות, ואם נמצא כי לא הייתה דחיפות כזאת היא רשאית לקבוע הוראות לגבי השימוש שיעשה במידע שנאסף מכוח הצו.⁷²³

נוסף על מנגנון הפיקוח של האישור הכפול בידי השר וה־TIB, במספר מקרים הפעלת סמכויות מכוח חוק המודיעין ההולנדי מותנית בצו בית משפט. באשר לתקשורת מסורתית, החוק מתיר לשירותי המודיעין לפתוח מכתבים ודברי דואר ללא הסכמה של המוען או הנמען, בכפוף לצו מאת בית המשפט המחוזי בהאג.⁷²⁴

הפעלת ה"סמכויות המיוחדות" להשגת מידע מעיתונאים באופן שעשוי לחשוף מקורות עיתונאיים, או מעורכי דין באופן העשוי לחשוף תקשורת הנהנית מחסיון עו"ד־לקוח, טעונה הסכמת בית המשפט המחוזי בהאג.⁷²⁵ אם הושג מידע שאמור להיות מוגן על ידי חסיון עו"ד־לקוח אגב הפעלת הסמכויות המיוחדות שלא מכוח צו כאמור, מידע זה יושמד לאלתר, אלא אם בית המשפט המחוזי בהאג

722 ראו דברי ההסבר בנוסח האנגלי של הצעת חוק המודיעין ההולנדי, וכן ס' 44 לחוק באשר לביקורת שיפוטית על עיון בדברי דואר. הסעיף עצמו (וכך גם קודמו בחוק המודיעין ההולנדי של 2002) אינו מתאר את הסטנדרטים לביקורת השיפוטית.

723 ס' 37 לחוק המודיעין ההולנדי.

724 ס' 44 לחוק המודיעין ההולנדי.

725 ס' 30(2)–(3) לחוק המודיעין ההולנדי.

נתן את הסכמתו בדיעבד להמשך עיבודו.⁷²⁶ הפעלת ביקורת שיפוטית מראש במקרה של איסוף מודיעין שעלול לחשוף מקורות עיתונאיים היא תולדה של עניין *Telegraaf*, שנידון בבית הדין האירופי לזכויות אדם.⁷²⁷ שם נקבע כי גרסתו הקודמת של חוק המודיעין ההולנדי לא הבטיחה הגנות מספיקות לעיתונאים ולמקורות עיתונאיים, וזאת בהיעדר גוף בקרה עצמאי שבסמכותו לבחון ולאשר מראש הפעלת סמכויות מעקב במטרה לאסוף מידע על עיתונאים.⁷²⁸

4.4.2 פיקוח פרלמנטרי בדיעבד: הוועדה לענייני שירותי המודיעין והביטחון (CIVD)

חוק המודיעין ההולנדי כולל כמה מנגנונים המפעילים פיקוח בדיעבד. פיקוח פרלמנטרי נעשה באמצעות מספר ועדות פרלמנטריות – הוועדה לענייני פנים והוועדה לביטחון מפקחות כל אחת על ה־AIVD וה־MIVD, בהתאמה. נוסף עליהן קיימת ועדה פרלמנטרית מיוחדת שלישית, הוועדה לענייני שירותי המודיעין והביטחון (להלן: CIVD), המורכבת מראשי חמש המפלגות הגדולות בפרלמנט, ולחבריה יש גישה למידע ברמת סיווג גבוהה יותר מזו של המידע שחברי שתי הוועדות האחרות נגישים אליו.⁷²⁹ עם זאת, בהתחשב באופיים של חברי הוועדה, שאינם בעלי רקע מודיעיני מקצועי ושמעמדם הפרלמנטרי מעמיד אותם בעומס ניכר, יכולתם לפקח פיקוח מקיף על שירותי המודיעין מוגבלת. אכן, בפועל מקיימת הוועדה ישיבות לעיתים רחוקות והנוכחות בהן אינה מלאה, וחברי הפרלמנט המכהנים בה נותרו חסרי מומחיות.⁷³⁰

האחריות המיניסטריאלית של שרי הביטחון והפנים לשירותי המודיעין שבמשרדיהם מאפשרת מנגנון פיקוח פרלמנטרי באמצעות הצבעת אי־אמון

726 ס' 27(2) לחוק המודיעין ההולנדי.

727 עניין *Telegraaf*, לעיל ה"ש 367.

728 שם, פס' 100–102.

729 ראו Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685, בעמ' 37–38.

730 Constant Hijzen, *More Than a Ritual Dance: The Dutch Practice of Parliamentary Oversight and Control of the Intelligence Community*,

24 SECURITY AND HUMAN RIGHTS 227 (2014)

פרסונלית בשר.⁷³¹ בשנת 2014 כמעט הודח באופן זה שר הפנים, לאחר שהודה בפרלמנט כי חרף הכשותיו הראשונות, שירותי המודיעין ההולנדיים העבירו נתונים ל-NSA.⁷³²

4.4.3 פיקוח חיצוני בדיעבד: CTIVD

ועדת הבחינה לענייני שירותי המודיעין והביטחון (CTIVD) הוקמה בשנת 2002 מכוח חוק המודיעין ההולנדי.⁷³³ ה-CTIVD היא גוף חיצוני עצמאי ותפקידה לפקח על חוקיות הפעילות של ה-AIVD וה-MIVD.⁷³⁴ הוועדה אינה בוחנת היבטים של יעילות בפעילות סוכנויות המודיעין והביטחון. היא מורכבת ממחלקת פיקוח ומחלקת תלונות: במחלקת הפיקוח שלושה חברים נוסף על יושב ראש הוועדה, ובמחלקת התלונות מכהנים לכל הפחות שני חברים נוסף ליושב ראש הוועדה. חברי הוועדה ממונים בצו מלכותי לפי המלצה מיניסטריאלית, מתוך רשימת מועמדים שבית הנבחרים מגיש.⁷³⁵ לפחות שני שלישים מחברי הוועדה נדרשים להיות משפטנים בהשכלתם. ישיבות הוועדה אינן פומביות. למחלקת הפיקוח של ה-CTIVD יש גישה מקוונת ישירה למידע מסווג הנשמר בידי סוכנויות המודיעין,⁷³⁶ ועובדי הסוכנויות נדרשים לשתף פעולה עימה. מחלקת הפיקוח נהנית מגישה פיזית מלאה לכל מקום הנדרש לה לצורך מילוי סביר של תפקידיה.⁷³⁷ דוחות מחלקת הפיקוח של ה-CTIVD הם פומביים, למעט

731 ראו Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685, בעמ' 30-31.

732 הכשתו הראשונה של שר הפנים נגעה לטענות שהתבססו על החשיפות של אדוארד סנוון, שלפיהן הולנד העבירה נתוני תקשורת של אזרחים הולנדיים לסוכנות לביטחון לאומי. בדיעבד התברר כי חרף ההכחות מידע מודיעיני אכן שותף עם ארצות הברית, אלא שמידע זה לא התייחס לאזרחים הולנדיים אלא לתקשורת שיוטרה בידי שירותי המודיעין ההולנדיים באזורי מלחמה. ראו M.S., *Who's Watching?* THE ECONOMIST (2.12.2014).

733 פרק 7 לחוק המודיעין ההולנדי.

734 ס' 97 לחוק המודיעין ההולנדי.

735 ס' 98-99 לחוק המודיעין ההולנדי.

736 ס' 107 לחוק המודיעין ההולנדי.

737 ס' 111 לחוק המודיעין ההולנדי.

בנוגע למידע על אמצעים מיוחדים בשימוש שירותי המודיעין והביטחון, מקורות ורמת השירותים החשאיים. השר נדרש להעביר דוחות אלו לפרלמנט תוך שישה שבועות בצירוף התייחסותו אליהם.⁷³⁸

ועדת הבחינה לענייני שירותי המודיעין והביטחון מקיימת גישות עבודה שוטפות עם ועדת הביקורת להפעלת הסמכויות (TIB), במטרה להבטיח אחידות בפרשנות המשפטית של שני גופי הפיקוח לחוק המודיעין ההולנדי.⁷³⁹ אחידות זו תורמת לוודאות וליציבות המשפטיות באשר לסמכויות של שירותי המודיעין והביטחון לפי החוק ולשקיפות הציבורית של פעילותם, ומגדירה להם מרחב פעולה מותר ונטול עמימות.⁷⁴⁰

מחלקת התלונות של ה־CTIVD הוקמה בשנת 2017, במסגרת התיקון בחוק המודיעין ההולנדי, והיא החליפה את האומבודסמן הלאומי של הולנד ששימש עד אותה העת כמען לתלונות. כפל פונקציונלי זה של ה־CTIVD עשוי ליצור רושם שבחלק מהמקרים הוועדה "בודקת את שיעורי הבית של עצמה".⁷⁴¹ עם זאת, להבדיל ממוסד האומבודסמן שקדם לה, מחלקת התלונות מוסמכת להמליץ לשר על אמצעים לתיקון פגמים שנתגלו בעקבות תלונות. ואולם אין בהחלטות מחלקת התלונות כדי להקים חבות אזרחית או אשמה פלילית בקשר עם כל הפרה שנתגלתה במסגרתן.⁷⁴²

738 ס' 113 לחוק המודיעין ההולנדי.

739 זהו מהלך וולונטרי. חוק המודיעין ההולנדי אינו מורה על קיום יחסי עבודה אלה או על אימוץ פרשנות משפטית אחידה בידי שני הגופים. ראו הביקורת של Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685, בעמ' 46.

740 Review Committee on the Intelligence and Security Services (CTIVD), *Annual Report 2018* (2019)

741 ראו Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685, בעמ' 44-45. השוו עם טענות דומות בנוגע לנציבות סמכויות החקירה (IPCO), לעיל ה"ש 508.

742 Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685; ס' 131 לחוק המודיעין ההולנדי.

4.5 גרמניה

בשל המבנה הפדרלי של גרמניה מערכות הביטחון ואכיפת החוק הגרמניות מפוצלות בין הרמה הפדרלית לרמת המדינה. ברמה הפדרלית, סוכנויות המודיעין החשובות הן המשרד הפדרלי להגנה על החוקה (Bundesamt für Verfassungsschutz, או BfV), סוכנות הביון הפדרלית (Bundesnachrichtendienst, או BND), ושירות המודיעין הנגדי הצבאי (Militärischer Abschirmdienst, או MAD), לצד המשטרה הפדרלית של גרמניה (Bundeskriminalamt, או BKA). לשירות המודיעין הנגדי הצבאי ולמשרד הפדרלי להגנה על החוקה יש סוכנויות מקבילות ברמת המדינה.⁷⁴³

קוד סדר הדין הפילי הגרמני מתנה יירוט תקשורת לתכליות של אכיפת חוק בצו בית משפט.⁷⁴⁴ השגת נתוני תקשורת לתכליות אלו גם היא כפופה לצו, מכוח הוראות חוק הטלקומוניקציה הגרמני (TKG).⁷⁴⁵ במקרי חירום מוסמכת התביעה הפלילית לתת צווים אלו, בכפוף לאישור בדיעבד של בית המשפט תוך שלושה ימים.

חוק סעיף 10 (G10)⁷⁴⁶ מכונן את סמכויות המעקב הכלליות של שלוש סוכנויות המודיעין הפדרליות (סוכנות הביון הפדרלית, שירות המודיעין הנגדי הצבאי והמשרד הפדרלי להגנה על החוקה). אלו רשאיות, מכוח חוק סעיף 10 (G10), לנקוט פעולות שיש בהן כדי להפר את הזכויות המוגנות בסעיף 10 לחוק היסוד הגרמני (האוסר על פגיעה בפרטיות של התכתבות, בדברי דואר ותקשורת

⁷⁴³ להרחבה ראו Miller, *Intelligence Oversight*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 264-259.

⁷⁴⁴ Strafprozessordnung [StPO] B6Bl. I S. 1074, 1319. להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 200-202.

⁷⁴⁵ Telekommunikationsgesetz [TKG] §96(1), 113a B6Bl. I S. 1190 (2004)

⁷⁴⁶ חוק ההגבלות על הפרטיות בהתכתבות, בדברי דואר ובתקשורת אלקטרונית, Artikel 10-Gesetz B6Bl. I S. 1254, 2298 (להלן: חוק סעיף 10 (G10)).

אלקטרונית).⁷⁴⁷ בין השאר, מכוח החוק רשאיות סוכנויות המודיעין לנטר ולשמור תשדורות לתכליות של מניעת איומים על הסדר הציבורי החופשי והדמוקרטי או להגנת הקיום או הביטחון של הפדרציה או של מדינה ממדינותיה, לרבות ביטחון כוחות נאט"ו המוצבים בגרמניה.⁷⁴⁸ במסגרת מילוי תפקידיה מכוח חוק ה-BND סוכנות הביון הפדרלית רשאית לקחת חלק במעקבים אלו,⁷⁴⁹ לתכליות המנויות בסעיף 5 לחוק סעיף 10, המתירות מעקבים אסטרטגיים. חוק סעיף 10 מבחין בין מעקב אינדיווידואלי אחרי יעד מודיעיני לבין מעקב אסטרטגי – יירוט של "חבילות תקשורת" (Gebündelte Übertragung) שאינו מגדיר יעד מודיעיני ספציפי.

הממשלה הפדרלית הפרידה בין מעקב אסטרטגי בעל זיקה טריטוריאלית או פרסונלית לגרמניה, שעליו חלות ההגנות של סעיף 10 לחוק היסוד הגרמני ומשכך גם הוראות חוק סעיף 10 באשר למעקב אסטרטגי, לבין מעקב אסטרטגי חסר זיקה כזו (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung), שעליו לכאורה לא חלות ההגנות החוקתיות וההסדרים שבחוק סעיף 10, אלא הוראות שבחוק סוכנות הביון הפדרלית (BNDG). מעקב אינדיווידואלי אחר תקשורת זרה אינו מוסדר בחקיקה, כי אם בצו מנהלי חשאי.⁷⁵⁰

סמכויותיה של המשטרה הפדרלית של גרמניה מוגדרות בחוק המשטרה הפדרלית של גרמניה (BKAG).⁷⁵¹ מכוח חוק זה מסורות למשטרה הפדרלית הסמכויות

747 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [GG] (להלן: חוק היסוד הגרמני).

748 ס' 1 לחוק סעיף 10 (G10).

749 Gesetz über den Bundesnachrichtendienst [BNDG]§1(2) BGBl. I. S. 2979, 2954 (להלן: חוק סוכנות הביון הפדרלית (BNDG)), שלפיו הסוכנות אוספת ומעריכה את המידע הנדרש על אודות מדינות זרות למטרות מדיניות חוץ וביטחון של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית.

750 Thorsten Wetzling, *Germany's Intelligence Reform: More Surveillance, Modest Restraints and Inefficient Controls*, 4 (2017) (להלן: Wetzling, *Germany's Intelligence Reform*).

751 Bundeskriminalamtgesetz vom (7.7.1997) (BGBl. I S. 1650), as amended by Article 2 of (1.6.2017) (BGBl. I S. 1354) (להלן: חוק המשטרה הפדרלית (BKAG)). להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בסעיף 3.4.3.

להפעיל אמצעי איסוף מיוחדים,⁷⁵² סמכויות לבצע פעולות כריית מידע (כ"מ),⁷⁵³ סמכויות סייבר⁷⁵⁴ ואיסוף נתונים ממערכות IT, כמו גם סמכויות לאיסוף תקשורת אלקטרונית, לרבות נתוני תוכן ונתוני תקשורת.⁷⁵⁵

4.5.1 פיקוח פרלמטרי בדיעבד: ועדת הבקרה הפרלמנטרית (PKGR)

הספרות מציינת מדי פעם את גרמניה כבעלת מסורת של פיקוח פרלמטרי על סוכנויות המודיעין,⁷⁵⁶ שתחילתה בשנות החמישים, בעקבות הניסיון ההיסטורי הגרמני עם המשטר הנאצי.⁷⁵⁷ מאז התיקון לחוק היסוד הגרמני בשנת 2009, ועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות (PKGR)

752 ראו ס' 20g לחוק המשטרה הפדרלית (BKA6). אמצעי איסוף מיוחדים הם מעקב פיזי רגיל, אמצעים טכנולוגיים המאפשרים מעקב מחוץ לבית וכן שימוש במודיעים ובסוכנים סמויים.

753 לפי ס' 20j לחוק המשטרה הפדרלית (BKA6), המשטרה הפדרלית מוסמכת לבקש מביח המשפט צו לקבלת מידע מגופים ציבוריים או שאינם ציבוריים למטרות השווה אוטומטית עם מאגרי מידע אחרים, במטרה למנוע סכנה לקיומה או לביטחונה של המדינה, או לחייו או לגופו של אדם, או לרכוש בעל ערך משמעותי, ובתנאי שקבלת מידע זה נדרשת לשם אינטרס ציבורי, ושבלעדי אמצעי זה יהיה קשה מאוד או בלתי אפשרי להשיג את המידע המבוקש.

754 מכוח ס' 20k לחוק המשטרה הפדרלית, ה־BKA רשאית לנקוט פעולות סייבר (או "הפרעה מכוונת למערכות IT") על מנת לאסוף נתונים בהינתן בסיס עובדתי לחשש לסיכון חייו, גופו או חירותו של אדם, או סיכון לטובין ציבוריים שנוגע ביסודות קיום המדינה או הקיום האנושי. יש להבטיח כי במערכות ה־IT ייערכו במסגרת פעולות הסייבר רק שינויים הכרחיים לאיסוף המידע המבוקש, וכי יהיה אפשר להשיב את המצב לקדמותו באופן אוטומטי בתום האיסוף.

755 ס' m-201 לחוק המשטרה הפדרלית.

756 Bochel, Defty, & Kirpatrick, **לעיל** ה"ש 20, בעמ' 7.

757 אם כי לטענת Wetzling, *Intelligence Governance*, **להלן** ה"ש 782, פיקוח פרלמנטרי על שירותי המודיעין נעשה משמעותי בשיח הפוליטי הגרמני רק בעקבות אירועי 11 בספטמבר.

היא ועדה חוקתית⁷⁵⁸ שסמכויותיה מוגדרות בחוק מיוחד,⁷⁵⁹ ותפקידה לפקח על שלוש סוכנויות המודיעין הפדרליות (סוכנות הביון הפדרלית, שירות המודיעין הנגדי הצבאי והמשרד הפדרלי להגנה על החוקה).⁷⁶⁰ תשעת חברי הוועדה ממונים מבין חברי הפרלמנט, ושיבותיה נערכות בחשאי⁷⁶¹ מדי חודש⁷⁶² ולפחות אחת לרבעון.⁷⁶³

לוועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות סמכויות רחבות המקנות לה גישה למידע שמוחזק בידי שירותי המודיעין הפדרליים. הממשלה רשאית שלא למסור מידע שהוועדה ביקשה, מטעמים סבירים ומנומקים של גישה למודיעין, הגנה על זכויותיהם של צדדים שלישיים או פגיעה בליבת האוטונומיה המינהלית.⁷⁶⁴ משרד הפנים נדרש לדווח לוועדת הבקרה הפרלמנטרית מדי חצי שנה על יישום הוראות חוק סעיף 765.10 ואולם חרף סמכויות הגישה הרחבות למידע המוקנות לוועדה, בהיעדר כוח עזר מיומן ספק אם הפיקוח שהוועדה מפעילה הוא אפקטיבי.⁷⁶⁶

758 ס' 45d לחוק היסוד הגרמני. נוסף לוועדה זו, חוק היסוד מציין במפורש את כל הוועדות הפרלמנטריות המפקחות על מדיניות חוץ וביטחון.

759 Kontrollgremiumgesetz BGBI. I S. 2346 (להלן: חוק ועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות (PKGrg)).

760 ס' 1(1) לחוק ועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות (PKGrg).

761 ס' 10 לחוק ועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות (PKGrg).

762 Hegemann, לעיל ה"ש 259, בעמ' 183.

763 ס' 3 לחוק ועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות (PKGrg).

764 ס' 4, 6 לחוק ועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות (PKGrg).

765 ס' 14 לחוק סעיף 10 (G10).

766 לעמדה זו ראו Wolfgang Krieger, *Oversight of Intelligence: A Comparative Approach*, in NATIONAL INTELLIGENCE SYSTEMS: CURRENT RESEARCH AND FUTURE PROSPECTS 210, 226 (Gregory F. Teverson & Wilhelm Agrell eds., 2012)

מראיונות שנערכו עם חברי הוועדה נראה כי הגישה השלטת היא להימנע מביקורת פומבית על פעילות שירותי המודיעין, אלא במקרים קיצוניים.⁷⁶⁷ עם זאת, הוועדה מתחה ביקורת פומבית על פרקטיקות המעקבים האסטרטגיים שניהל ה-BND, שנחשפו במסגרת פרשת סנודן. הגמן מצביע על פתיחתו של שיח פוליטי בתוך הוועדה, שיש בו כדי להעיד על מגמה של נורמליזציה והשתחררות מהנטייה המסורתית לקונצנזוס בתחום.⁷⁶⁸

4.5.2 פיקוח שיפוטי מראש

בטרם נתייחס לתפקידו של בית המשפט הגרמני כגוף המפעיל פיקוח לפני מעשה על פעילות של מעקב מקוון, רצוי לציין את התפקיד המשמעותי שלו בבקרה על הדין המהותי החל על פעילות זו. הגם שהזכות להגנה על הפרטיות כמעט אינה מזוכרת במפורש בנוסח חוק היסוד הגרמני,⁷⁶⁹ הפרשנות החוקתית של בית המשפט הגרמני פיתחה את הזכות ל"הגדרה עצמית מידעית" (informational self-determination)⁷⁷⁰ ואת הזכות לסודיות ולשלמות של מערכות מידע אלקטרוניות.⁷⁷¹ זכויות יצירות פסיקה אלה, כמו גם הדין האירופי,

767 Hegemann, לעיל ה"ש 259, בעמ' 186.

768 שם, בעמ' 186-188.

769 מיכל קרמר "כבוד האדם במשפט הגרמני" כבוד האדם כערך עליון ומוחלט במשפט הגרמני: האם גם בישראל? 54 (מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר, 2011); Ronald J. Krotoszynski, *The Polysemy of Privacy*, IND. L.J. 881, 906 (2013); Ronald J. Krotoszynski, *A Prolegomenon to Any Future Restatement of Privacy*, 79 BROOK. L. REV. 505 (2014).

770 ראו BVerfGE 1 (1983) 65 (להלן: עניין מרשם החושבים). להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 187.

771 BVerfGE 274 302 (2008) 120 (להלן: עניין המעקב המקוון); ראו גם כהנא ושני, רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 188-189; קרמר, לעיל ה"ש 769, בעמ' 57; DONALD KOMMERS & RUSSELL A. MILLER, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 416-417 (3rd ed., 2009); Gerrit Hornung & Christoph Schnabel, *Data Protection in Germany II: Recent Decisions on Online Searching of Computers, Automatic Number Plate Recognition and Data Retention*, 25 COMPUTER L. & SECURITY REV. 115, 116-118 (2009); Russell A.

השפיעו על שורה של פסקי דין שבהם בית המשפט הגרמני בחן חוקתיות של הסדרים שונים החלים על פרקטיקות של מעקב מקוון.⁷⁷²

כפי שצוין לעיל, יירוט תקשורת והשגת נתוני תקשורת לתכליות של אכיפת חוק מותנים בצו מאת בית המשפט. גם סמכויות המשטרה הפדרלית שבחוק המשטרה הפדרלית כפופות לאישור שיפוטי מראש – סמכויות כ"מ, סייבר ויירוט תקשורת מותנות בצו בית משפט הניתן לבקשת נשיא המשטרה הפדרלית או נציגו.⁷⁷³

4.5.3 פיקוח עצמאי מראש: ועדת סעיף 10 ו"הוועדה העצמאית"

חוק סעיף 10 הקים את ועדת סעיף 10 (G 10-Kommission).⁷⁷⁴ תחומי אחריותה כוללים כל היבט של חדירה לתחומים המוגנים על ידי סעיף 10 לחוק היסוד – איסוף, ניתוח והעברה של נתוני תקשורת מזהים ושימוש בהם.⁷⁷⁵ על המשרד הפדרלי האחראי לסוכנות המודיעין לדווח מדי חודש לוועדת סעיף 10 על אמצעי המעקב שעליהם הורה בצו בטרם הפעלתם (במקרה של סכנה ממשית אפשר להתחיל באיסוף ביום הגשת הבקשה, אך לעשות שימוש במידע שנאסף

Miller, *Balancing Security and Liberty in Germany*, 4 J. NAT. SECURITY L. & POL. 369, 390–391 (2010)

772 נוסף לעניין המעקב המקוון, לעיל ה"ש 769, ולעניין מרשם החושבים, לעיל ה"ש 770, ראו גם BVerfGE 1 (1970) 30 (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 189–190); BVerfGE 313 (1999) 100 (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, שם, בעמ' 190–191); BVerfGE 279 (2004) 109 (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, שם, בעמ' 194); BVerfGE 348 (2005) 113 (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, שם); 115 BVerfGE 320 (2006) (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, שם, בעמ' 191–193); 125 BVerfGE 260 (2010) (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, שם, בעמ' 193); BVerfGE 1 BvR 1299/05 (24.01.2012) 1 (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, שם, בעמ' 194); BVerfGE 277 (2013) 133 (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, שם, בעמ' 240–241); BVerfGE, 1 BvR 966/09 (20.04.2016) (להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, שם, בעמ' 214).

773 ס' m-20 לחוק המשטרה הפדרלית (BKAG).

774 ס' 15 לחוק סעיף 10 (G10).

775 ס' 15(5) לחוק סעיף 10 (G10).

רק לאחר מתן הצו), והוועדה יכולה להורות על בטלותם.⁷⁷⁶ הליכי הוועדה אינם אדוורסריים, והם מתקיימים במעטה של חשאיות מלאה. נציגי שירותי המודיעין נותרים בחדר במהלך דיוני הוועדה כדי שיוכלו לענות לשאלות.⁷⁷⁷

למרות סמכות הוועדה של הוועדה היא אינה גוף שיפוטי, אך שבין חבריה עשויים להיות שופטים והעומד בראשה נדרש להיות כשיר לתפקיד שיפוטי. בוועדה מכהנים שמונה חברים, הממונים לתקופה קצובה בידי ועדת הבקרה הפרלמנטרית על סוכנויות המודיעין הפדרליות.

לוועדה אומנם יש זיקה מסוימת לפרלמנט – חבריה הם לעיתים חברי פרלמנט לשעבר, המקור התקציבי לפעילותיה הוא סעיף בתקציב הפרלמנט וישיבותיה מתקיימות בחדר מול המזנון שבמרתף בית הנבחרים⁷⁷⁸ – אך היא גוף עצמאי וחיצוני לפרלמנט.⁷⁷⁹ חוק סעיף 10 מורה במפורש על עצמאותם של חבריה.

נוסף לבעייתיות שבהליך מעין שיפוטי שאינו אדוורסרי, הסובל מהטיה לטובת הסוכנויות המבקשות, יש המצביעים על אינדיקציות נוספות לחולשת האפקטיביות של הפיקוח שהוועדה מפעילה. כך למשל מילר מצביע על מספרן הרב של הבקשות לאישור אמצעי מעקב שעימן התמודדה הוועדה בשנת 2013 כאינדיקציה לכך, בציינו שלפי אחד הדיווחים בתקשורת הקדישה הוועדה כחמש דקות לכל צו.⁷⁸⁰

יתר על כן, על אף הגישה הרחבה לעבודת המודיעין הגרמני שחוק סעיף 10 מקנה לוועדה, תקציבה ומצבת כוח האדם הצנועים שלה עשויים להצביע

776 ס' 15(6) לחוק סעיף 10 (G10).

777 Miller, *Intelligence Oversight*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 269.

778 שם, בעמ' 267.

779 יש המונים את ועדת סעיף 10 בין מנגנוני הפיקוח הפרלמנטריים. ראו לדוגמה Dietrich, לעיל ה"ש 138.

780 Miller, *Intelligence Oversight*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 268-269.

על מיצוי חסר של סמכויותיה.⁷⁸¹ סימני שאלה מתעוררים גם באשר להיקף הגישה של הוועדה למידע: בשלהי 2015 עתרה הוועדה, שחקרה את פעילות סוכנות הביון הפדרלית בעקבות החשיפות של אדוארד סנוודן, לבית המשפט החוקתי נגד הממשלה, לאחר שלא קיבלה גישה לנתוני הסלקטורים (מילות החיפוש) של סוכנות הביון הפדרלית ושל הסוכנות לביטחון לאומי (NSA). בית המשפט החוקתי דחה את העתירה בהיעדר זכות עמידה לאורגן של הממשלה.⁷⁸²

ווצלינג מצביע על היחס הכמותי הנמוך בין מספר חברי הוועדה לכ־11,000 העובדים המועסקים על ידי שירותי המודיעין.⁷⁸³ עם זאת, בית הדין האירופי לזכויות אדם מצא בעניין *Klass*, ומאוחר יותר בעניין *Weber*,⁷⁸⁴ שהסדרי הבקרה של ועדת סעיף 10 הם נאותים, וכי אין צורך בביקורת שיפוטית כדי שהחוק הגרמני יהלום את הוראות הדין האירופי, במיוחד בשים לב לעצמאותה של הוועדה.

הוועדה העצמאית (Unabhängige Gremium) היא גוף בקרה שהוקם לפי חוק סוכנות הביון הפדרלית. הקנצלר נדרש לדווח לוועדה על הצווים שניתנו מכוח החוק, וזו רשאית להורות על ביטולם לאלתר. הוועדה, המתכנסת מדי שלושה חודשים לפחות, כוללת שלושה חברים ושלושה סגנים הממונים בידי הקבינט. על נשיא הוועדה ועל חבר נוסף בה להיות שופטים פדרליים, ועל החבר השלישי להיות תובע פדרלי.⁷⁸⁵

781 שם. לביקורת נוספת ראו גם Dietrich, לעיל ה"ש 138; GILL & PHYTHIAN, לעיל ה"ש 191, בפרק 8.

782 ראו Thorsten Wetzling, *Intelligence Governance in Post Cold-War Germany: A Steady Beat of Constant Trouble?* בחור: Leigh & Wegge, לעיל ה"ש 195 (להלן: Wetzling, *Intelligence Oversight*). (Governance)

783 שם.

784 ראו עניין *Weber*, לעיל ה"ש 367; עניין *Klass*, לעיל ה"ש 174.

785 ס' 16 לחוק סוכנות הביון הפדרלית (BNDG).

לא ברור אם סמכויותיה של הוועדה העצמאית רחבות כסמכויותיה של ועדת סעיף 10, המשתרעות מעבר לבקרה מעין־שיפוטית של צווי מעקב. חוקרים מעירים על המשך הפרגמנטציה של מערך הביקורת על גופי המודיעין הגרמניים (שהתווספה לו הוועדה העצמאית), כמו גם על אינדיקציות לעצמאות מוגבלת של הוועדה (אשר ממונה בידי האקזקוטיבה).⁷⁸⁶

פיקוח על מעקב מקוון בישראל

הפיקוח על הפעילות הסיגינטית של סוכנויות המודיעין, הביטחון ואכיפת החוק בישראל הוא חלק מהפיקוח הכללי עליהן. מערך הפיקוח מורכב ממספר גופים, אשר יתוארו בהמשך הפרק. פרט לפיקוח הכללי על גופים אלה, הדין כולל הוראות ספציפיות באשר להיבטים הנוגעים לפיקוח החל על פרקטיקות של מעקב מקוון בישראל.

5.1

מעקב מקוון

בישראל: סמכויות

הפעלת פרקטיקות של מעקב מקוון על ידי רשויות המדינה כפופה לכמה דברי חקיקה ייעודיים, המבחינים בין סוג התוכן המבוקש ובין תכליות המעקב.⁷⁸⁷ חוק האזנת סתר מכיל הוראות נפרדות הנוגעות להשגת נתוני תוכן לתכליות ביטחוניות ולתכליות של אכיפות חוק. הוראות חוק נתוני תקשורת חלות על השגת נתוני תקשורת⁷⁸⁸ לתכליות של אכיפת חוק. סעיף בחוק השב"כ מתייחס

⁷⁸⁷ חוק האזנת סתר; חוק נתוני תקשורת; חוק השב"כ; חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 218, 4 (להלן: "חוק הבזק"). להרחבה ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בפרק 2.

⁷⁸⁸ ס' 1 לחוק נתוני תקשורת מגדיר "נתוני תקשורת" כ"נתוני מיקום, נתוני מניו או נתוני תעבורה, והכל למעט תוכנו של מסר בזק". נתוני מיקום מוגדרים כ"נתוני איכון של ציוד קצה הנמצא ברשות מנוי". נתוני מניו הם "כל אחד מאלה: (1) סוג שירות הבזק הניתן למנוי; (2) שם, כתובת ומספר זיהוי של המנוי; (3) פרטי אמצעי התשלום של המנוי; (4) כתובת שבה הוחקן מיתקן בזק בשימוש המנוי; (5) נתונים מזהים של מיתקן בזק ברשות המנוי" – מעין רשומת כרטיס לכל מנוי או משתמש בשירות. נתוני תעבורה הם סוג המסר שנשלח, מועד שידורו או קבלתו, משך השידור, נפחו או היקפו, וכן נתוני הזיהוי של מתקני הבזק שהשתתפו בתעבורה ונתונים מזהים של המנויים הקשורים בהם. בדין המשווה יש הבחנות דומות בין נתוני תוכן לנתונים הנלווים לתקשורת שאינם נתוני תוכן. כבר בעניין *Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727 (1877) הבחין בית המשפט האמריקאי בין העיון בחוכנה של מעטפת דואר לבין העיון בפרטי המוען והנמען שעל גבי המעטפה הסגורה. ראו גם עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בו: נתוני תקשורת

להשגת נתוני תקשורת על ידי שירות הביטחון הכללי לתכליות ביטחוניות. יש לתת את הדעת על כך שבדין הישראלי אין הסדר סטטוטורי של פעילות סיגינטית המכוונת ליעדים שמעבר לים. כמו כן, בכל הנוגע למעקב מקוון שיעדיו נמצאים בתחומי המדינה, הסמכויות המוקנות לשב"כ הן בין הרחבות ביותר בעולם המערבי.

במסגרת דיני הגנת הפרטיות הכלליים שבחוק הגנת הפרטיות, החל גם על המדינה,⁷⁸⁹ יש הסדרים מיוחדים לגבי רשויות ביטחון.⁷⁹⁰ הסדרים אלו כוללים פטור מאחריות לפגיעה בפרטיות שנעשתה לפי הסמכה בדין, או באופן סביר ובמסגרת התפקיד ולשם מילוי,⁷⁹¹ החרגות מיוחדות מההוראות החלות על גופים ציבוריים בנוגע להעברת מידע,⁷⁹² והחרגות מהוראות הנוגעות לניהול מאגרי מידע.⁷⁹³

5.1.1 מעקב מקוון לתכליות של אכיפת חוק

חוק האזנת סתר מגדיר האזנת סתר כהאזנה לשיחת הזולת,⁷⁹⁴ קליטה או העתקה של שיחת הזולת, והכול באמצעות מכשיר וללא הסכמת אף אחד מהצדדים

ומידע אישי במאה העשרים ואחת" 287 רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011). תזכיר חוק הסייבר הוא דוגמה עדכנית לתפיסה המסוללת נחוני חוכן כנחונים הזכאים להגנה מיוחדת (ראו ס' 1 לתזכיר החוק, הגדרת "מידע מוגן").

789 ס' 24 לחוק הגנת הפרטיות.

790 ס' 19(ג) לחוק הגנת הפרטיות: "רשות ביטחון", לעניין סעיף זה – כל אחד מאלה: (1) משטרת ישראל; (2) אגף המודיעין במטה הכללי והמסורה הצבאית של צבא הגנה לישראל; (3) שירות בטחון כללי; (4) המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים; (5) הרשות להגנה על עדים".

791 ס' 19 לחוק הגנת הפרטיות. לביקורת על הסעיף ראו רחל ארידור הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר הצעת חוק הגנת הפרטיות המשע"ט-2019 18 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

792 ס' 23ב(ב) לחוק הגנת הפרטיות.

793 ס' 13(ה) לחוק הגנת הפרטיות.

794 בעניין ע"פ 48/87 צ'חנובר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 581, פס" 9 לפסק

לשיחה. שיחה יכולה להיות באמצעות דיבור פנים אל פנים בין הצדדים לה, אך גם תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים, לרבות טלפון, טלפון סלולרי, תקשורת בין מחשבים או אפליקציות ופלטפורמות מסרים (online messaging).⁷⁹⁵

מכוח הוראות חוק האזנת סתר אפשר לבצע האזנת סתר למטרות אכיפת חוק (גילוי, חקירה או מניעה של עבירות מסוג פשע, או גילוי ותפיסה של עבריינים שעברו עבירות כאמור). נשיא בית משפט מחוזי או סגן נשיא שהוסמך לכך רשאי לאשר בקשה לצו כאמור, המוגשת על ידי קצין משטרה מוסמך.⁷⁹⁶ במקרים דחופים רשאי מפכ"ל המשטרה להתיר האזנת סתר, אם שוכנע שהיא דרושה לתכליות אלה, לפרק זמן מוגבל. היתר כזה ידווח ליועץ המשפטי לממשלה, וזה רשאי לבטלו.⁷⁹⁷

כמו כן, האזנת סתר לשיחה שנעשית ברשות הרבים אינה טעונה היתר אם היא נעשית על ידי מי שהוסמך לכך על ידי קצין משטרה מוסמך, לשם מניעת עבירות או גילוי עבריינים.⁷⁹⁸ מאחר ש"שיחה" יכולה להתבצע באמצעות תקשורת בין

דינו של השופט וינוגרד (1987), נקבע כי שיחה היא בין שני אנשים לפחות. משכך, בעניין ח"א (שלוס נצ') 37023-09-18 **זרעאלי נ' קיבוץ עמיר**, פס' 22 (פורסם בנבו, 14.9.2019) נקבע כי הקלטה או צילום מסך של אדם השולח לעצמו הודעת דוא"ל אינה בגדר האזנת סתר, מאחר שאין מדובר בהאזנה לשיחה. ואולם עניין **צ'חנובר, שם**, התייחס לשאלת מעמדם של חובבי רדיו שקלטו שידור באלחוט שלא יועד להם כבעלי שיחה, בהקשר של ציפייחו של המשדר באלחוט לפרטיות. אפשר שהבחנה זהירה יותר בין העובדות בשני המקרים, בשים לב להתפתחויות הטכנולוגיות שחלו מאז, הייתה מביאה למסקנה שפלוגי השולח לעצמו דוא"ל הוא בעל שיחה.

795 ס' 1 לחוק האזנת סתר. בעניין ח"פ (ח"א) 66133-06-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 28.10.2018) נדון מקרה שבו הנאשם התקין במחשבו האישי תוכנה המאפשרת לו לעקוב אחרי מסרונים שהחליפה הנפגעת עם אחרים באפליקציית ווטסאפ, ללא ידיעתה. במסגרת הסדר הטיעון הודה הנאשם בעבירה של פגיעה בפרטיות על דרך של בילוש והתחקות, לפי ס' (1)2 לחוק הגנת הפרטיות, ולא בהאזנה אסורה על פי חוק (ס' (2)2 לחוק הגנת הפרטיות).

796 ס' 6 לחוק האזנת סתר. ראו בהקשר זה עניין **צ'חנובר, לעיל** ה"ש 794, פס' 11-14 לפסק דינו של השופט וינוגרד; לעניין החשיבות של טופסי הבקשה בכתב ראו ע"פ 2286/91 **מדינת ישראל נ' אילוז**, פ"ד מה(4) 289 (1991).

797 ס' 7 לחוק האזנת סתר.

798 ס' (1)8(ב) לחוק האזנת סתר.

מחשבים, הוראה זו היא מקור סמכות אפשרי לאיסוף מידע גלוי ברשתות חברתיות על ידי משטרת ישראל.⁷⁹⁹

חוק נתוני תקשורת מסדיר את אופני ההעברה של נתוני תקשורת מספקי שירותי תקשורת מורשים (בעלי רישיון בזק; מפעילי שירותי טלפוניה קווית או סלולרית וספקי אינטרנט) למשטרת ישראל ולגורמי חקירה אחרים.⁸⁰⁰ החוק מתיר לקצין משטרה מוסמך או לנציג מוסמך של גורם חקירה אחר לפנות לבית משפט שלום בבקשה לקבלת צו לקבלת נתוני תקשורת מבעל רישיון בזק.⁸⁰¹ להבדיל מחוק האזנת סתר, המגביל האזנות סתר לתכליות של מניעה וגילוי של עבירות מסוג פשע בלבד, חוק נתוני תקשורת מתיר מתן צו לצורך גילוי ומניעת עבירות באשר הן.⁸⁰² בדומה לחוק האזנת סתר, במקרים דחופים קצין מוסמך רשאי להתיר קבלת נתוני תקשורת ללא צו מאת בית המשפט, למניעת עבירות מסוג פשע.⁸⁰³ כמו כן, חוק נתוני תקשורת מורה על הקמת מאגר נתוני זיהוי של מנויים של בעלי רישיון בזק, המנוהל על ידי המשטרה.⁸⁰⁴

799 ראו לדוגמה אילן ליאור "המשטרה עקבה אחר דפי הפייסבוק של מובילי המחאה החברתית כדי לגבש ראיות נגדם" הארץ 11.2.2013; יניב קובוביץ "הרשתות החברתיות הפכו לכלי משמעותי עבור המשטרה. המטרה: פעילים חברתיים" הארץ 6.2.2016; ניר יגנה "החשוד בהסתה להצתה בפייסבוק שוחרר: גם בערבית יש סאטירה" וואלה 28.11.2016. ראו גם כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בסעיף 2.5.4.

800 "רשות חוקרת אחרת" לפי ס' 1 לחוק נתוני תקשורת היא משטרה צבאית חוקרת, היחידה לחקירות פנים של המשטרה הצבאית, המחלקה לחקירת שוטרים במשרד המשפטים, רשות ניירות ערך, רשות ההגבלים העסקיים או רשות המיסים בישראל.

801 ס' 3 לחוק נתוני תקשורת.

802 השוו את ס' 6(א) לחוק האזנת סתר עם ס' 4(א2)-(2)-(3) לחוק נתוני תקשורת. ראו גם עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 297, פסי' 18-21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם לאחרונה את ההחלטה של בית הדין האירופי לצדק בעניין *Ministerio Fiscal*, לעיל ה"ש 440, שם נערך איזון עדין יותר הבוחן את היחס בין חומרת העבירה למידת החזירה לפרטיות הכרוכה בהשגת נתוני תקשורת במסגרת חקירתה. באותו עניין היו נתוני התקשורת המבוקשים נתוני זיהוי המצליבים בין מנוי למספר המזהה של מכשיר הקצה שברשותו (International Mobile Equipment Identity code, IMEI).

803 ס' 4 לחוק נתוני תקשורת.

804 ס' 6-7 לחוק נתוני תקשורת.

5.1.2 מעקב מקוון לתכליות ביטחוניות

האזנות סתר מטעמי ביטחון המדינה מתבצעות בכפוף להיתר מאת ראש הממשלה או שר הביטחון, בעקבות בקשה בכתב של ראש השב"כ או ראש אגף המודיעין במטה הכללי (ראש רשות ביטחון). ההיתר יפרט את האדם או המתקן שלהם תבוצע האזנה ודרכי האזנה שהותרו. דרישת הפירוט שבחוק עשויה להעיד על היעדר הסמכה לביצוע האזנה גורפת או יירוט תקשורת חסר הבחנה, אך ייתכן שהחלופה שלפיה בהיתר יש לפרט את "המתקן" המיועד "לשמש לקליטה, להעברה, או לשידור של בזק" יש בה כדי להתיר איסוף חסר הבחנה רק ממתקן ספציפי (למשל, כל השיחות שנקלטות באמצעות אנטנת סלולר מסוימת).⁸⁰⁵ במקרים שאינם סובלים דיחוי וכאשר אי-אפשר לקבל היתר מהשר, ראש רשות ביטחון רשאי להתיר בכתב ביצוע האזנת סתר לתקופה מוגבלת של 48 שעות.⁸⁰⁶

לצורך איתור או מניעה של דליפת מידע ביטחוני שעלולה לגרום נזק חמור לביטחון המדינה, קיים הסדר מיוחד להאזנות לעובדי מדינה או עובדי מערכת הביטחון. היתר כאמור יינתן בהתאם לכללים חסויים שייקבעו על ידי השר או ראש הממשלה.⁸⁰⁷

805 ס' 4(ב) לחוק האזנת סתר. כמו כן, סיוג דרישת הפירוט ב" [...] והכל אם הם ידועים לממש" יכול לשמש פתח לפרשנות המתירה איסוף חסר הבחנה. ראו לדוגמה ע"פ 2996/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.5.2011), שבו בין השאר נדונה חוקיותה של האזנת סתר למכשיר טלפון שהוצב בקיוסק ושימש הלכה למעשה כטלפון ציבורי, אך אין הוא "טלפון ציבורי שהציבה (לדוגמה) חברת בזק, אשר לגביו יש לאדם מן הישוב ציפיות סבירות הראויות להגנה" (שם, בפס' נט). בנוגע להאזנות סתר לשיחות טלפוניות וסולריות, לצד האיסור המשפטי על פגיעה בלתי מידחית בפרטיות, המגבלות הטכנולוגיות של עיבוד החומר, הדורשות כוח אדם רב על מנת להאזין, תמלל ולמצות את המודיעין הרלוונטי מתוך השיחה, הן שמתמצות את גורמי החקירה להגביל את היקף האיסוף לכל הפחות למינימום ההכרחי מבחינה מבצעית. מנגד, ראו את דברי השופט ברק בעניין ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 352-353 (1995) (להלן: עניין נחמיאס), שלפיהם "היתר להאזין לשיחותיו של פלוני מטלפון מסוים אינו צריך להתפרש כהיתר להאזין לשיחותיו של אלמוני (או 'אלמונים' שזהותם אינה ידועה) מאותו טלפון. האובייקט לאיסור ההאזנה אינו מכשיר אלא אדם".

806 ס' 5 לחוק האזנת סתר.

807 ס' 4 לחוק האזנת סתר.

כמו כן, האזנת סתר לשיחה שנעשית ברשות הרבים אינה טעונה היתר אם היא נעשית על ידי מי שהוסמך לכך בידי ראש רשות ביטחון, מטעמים של ביטחון המדינה.⁸⁰⁸ בדומה להאזנת סתר לשיחות ברשות הרבים לתכליות של אכיפת חוק, שאינה טעונה היתר, ייתכן שהוראה זו היא מקור סמכות אפשרי לאיסוף מידע גלוי ברשת בידי שב"כ⁸⁰⁹ ואמ"ן.⁸¹⁰ לא ברור אם שב"כ רואה את המעקב אחר תקשורת מקוונת שאינו טעון היתר, לרבות מעקב אחר פרסומים גלויים ברשתות חברתיות, כאיסוף לגיטימי של אוסינט (OSINT),⁸¹¹ או כ"כלי איסופי" פולשני יותר.⁸¹²

808 ס' 1(א) לחוק האזנת סתר.

809 ראו לדוגמה ברק רביד "בלוגר זומן לשיחת אזהרה בשב"כ בגלל ציוץ בטוויטר" הארץ 19.05.2014; ראו גם כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בסעיף 2.5.4.

810 מיה אפשטיין "כך אוסף צה"ל מידע מודיעיני על האיום הבא ברשתות החברתיות" *TheMarker* 04.04.2013; יניב קובוביץ "משלי יחימוביץ, דרך ארגונים חברתיים ואחרי ספורט: המידע שצה"ל אוסף ברשת" הארץ 4.10.2018. (להלן: קובוביץ "המידע שצה"ל אוסף"). הסיפור העיתונאי התמקד במעקב אחר האתר של ח"כ שלי יחימוביץ', לצד אתרים של ארגונים חברתיים ופוליטיים ובלוגרים פוליטיים. נוסף אליהם, רשימת האתרים המנטורים על ידי הצבא כוללת, בין השאר, רשתות חברתיות (גוגל, פייסבוק ואינסטגרם), אתרי בלוגים כלליים (wordpress), פורומים ואתרי חדשות. ההתייחסות הרשמית של צה"ל לידיעה הדגישה שהמערכת נועדה לתכליות של איחור דליפה של מידע ביטחוני בדפים ציבוריים ופומביים בלבד. ראו מערכת אתר צה"ל "הבהרה והתנצלות בעקבות הפרסום על ניטור ברשת" אתר צה"ל 5.10.2018.

811 אוסינט (Open Source Intelligence, OSINT) הוא מודיעין גלוי המבוסס על מידע בלתי מסווג, שאותר במכוון, סונן, זוקק והופץ לצרכנים ספציפיים על מנת לענות על שאלה מסוימת. ראו Robert David Steele, *Open Source Intelligence*, בחור: Johnson, HANDBOOK OF INTELLIGENCE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 129. אמ"ן וגופים אחרים מנתחים מגמות מקרו ברשתות חברתיות במסגרת איסוף אוסינט, ראו לדוגמה אפשטיין, לעיל ה"ש 810. ראו גם Central Intelligence Agency Activities: Procedures Approved by the Attorney General Pursuant to Executive Order 12333 §4 (להלן: הנחיות ה-CIA). לפי הנחיות ה-CIA, "מידע גלוי" (publicly available information) עשוי לכלול בין השאר ניטור פעילות ברשת טוויטר, חשבונות פייסבוק (שהגישה אליהם איננה מוגבלת) ומאגרי מידע שהגישה אליהם מבוססת תשלום. לפי הנחיות אלה, על איסוף ללא הבחנה של מידע גלוי או לא גלוי חלה לפחות חובה בסיסית של תיעוד (שם, ס' 5(a), 5).

812 במכתבו מיום 26.4.2007 ליועץ המשפטי לממשלה (סימוכין מ/504688/0704) ערך ראש שירות הביטחון הכללי דאז, יובל דיסקין, הבחנה בין מחקר מבוסס חומרים

כמו כן, בעקבות הפרסום בעיתונות על טיוטת מכרז שהזמין חברות סייבר להציע מערכת ניטור של מסרים ותכתובות אישיים של משתמשים ברשתות חברתיות, לא ברור אם אמ"ן מגביל את עצמו לאיסוף של מידע גלוי בלבד על אזרחים ישראלים. לפי המדווח, בטיטות המכרז תוארה מערכת המסוגלת לנטר מידע בערבית, באנגלית ובעברית, והיא נעדרה כל החרגות המגבילות איסוף על בסיס אזרחותם או זיקתם הטריטוריאלית של יעדי המעקב לישראל.⁸¹³ יש להדגיש כי גם איסוף אוסינטי המסתמך על הוראות חוק האזנת סתר אינו יכול להתבצע אלא על ידי רשות ביטחון מטעמי ביטחון לאומי (או על ידי משטרת ישראל לתכליות של אכיפת חוק, כמתואר לעיל). כך למשל, לנוכח דיווחים בעיתונות שלפיהם המשרד לעניינים אסטרטגיים אסף מידע על הפעילות ומקורות המימון של עמותות ישראליות, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את המשרד להימנע מפעילות זו, בהיעדר הסמכה בחוק.⁸¹⁴

גלויים לבין שימוש ב"כלים איסופיים" הפוגעים בפרטיות, כגון האזנת סתר: אשר לפעילות שאינה בלתי חוקית - כאשר פעולתו של גוף "מתחככת" עם פגיעה בסדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, אזי מתפקידו של השירות לאסוף ולנתח מידע הנוגע לפעילותו של גוף זה [...] ככלל, כאשר מדובר בפעילות גלויה ופומבית, השירות ינקוט בדרך של ריסון ולא יפעיל בעניין זה כלים איסופיים, אלא יסתפק בעיון לימוד ומחקר על בסיס חומרים גלויים בלבד. לעומת זאת, כאשר יש בסיס לחשד כי מתקיימת פעילות בעלת ממדים חתרניים שלה מאפיינים חתרניים - פעילות זו עשויה להצדיק שימוש גם בכלים איסופיים [...] במטרה לחשוף את המסתתר מאחורי פעילות כזו ועל מנת להבטיח שאין בה הסתרה של פעילות שלא בהתאם לחוק (מובא בחוך מכתב מרן נזרי, עוזר ראשי ליועץ המשפטי לממשלה, לעו"ד דן יקיר ועו"ד סוניה בולוס, האגודה לזכויות האזרח בישראל (20.5.2007)).

גם הנחיות ה-CIA, לעיל ה"ש 811, מבחינות בין סוגי איסוף מודיעין שונים על מי שהוא "אדם אמריקאי" בהתאם לרמת החזירה לפרטיות - איסוף בסיסי, הכולל בין השאר בדיקת מקורות גלויים, איסוף סטנדרטי (איסוף שאינו בסיסי או מיוחד) ואיסוף מיוחד (לרבות חיפוש פיזי ומעקב אלקטרוני).

813 ראו קובוביץ "מעקב אחר הודעות פרטיות", לעיל ה"ש 112.

814 מכתב מעו"ד ענת אסיף, ראש אשכול ביטחון במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, לעו"ד שחר בן מאיר (מענה לפנייה בעניין חריגה מסמכות ופעולה בהיעדר הסמכה, 19.11.2018).

חוק השב"כ מסמיך את ראש הממשלה לקבוע כללים חשאיים⁸¹⁵ לעניין העברת נתונים ממאגרי מידע של בעל רישיון בזק לידי שירות הביטחון הכללי.⁸¹⁶ לפי לשון החוק מידע כאמור הוא "לרבות נתוני תקשורת ולמעט תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר". ההגדרה הרחבה של "מידע", שאינה מוגבלת כאמור אך לנתוני תקשורת כמשמעותם בחוק נתוני תקשורת, עלולה להתפרש ככוללת גם נתוני תקשורת האופייניים לתקשורת בין מחשבים (כגון היסטוריית גלישה).

ראש הממשלה רשאי לקבוע בכללים כי סוגי מידע מסוימים המצויים במאגרים של בעלי רישיון דרושים לשירות הביטחון הכללי לצורך מילוי תפקידו, וכי על בעל הרישיון להעביר מידע מסוגים אלו לשירות. שימוש במידע זה ייעשה לפי היתר מראש השירות, לאחר ששוכנע כי השימוש דרוש לצורך מילוי תפקידיו לפי חוק זה. ההיתר יהיה לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים, אך ראש השירות רשאי לשוב ולחדשו. נוסח הסעיף, המגביל את ה"שימוש" במידע ולא את הנסיבות שבהן העברתו לשירות הביטחון הכללי תידרש מאת בעלי רישיון בזק, הוא הבסיס המשפטי ליצירת מאגר המידע רחב ההיקף של נתוני תקשורת מיורטת המוחזק בידי שירות הביטחון הכללי.⁸¹⁷ הכללים שנקבעו מכוח סעיף 11 לחוק השב"כ נותרו חסויים.⁸¹⁸

815 ס' 19(א)(1) לחוק השב"כ מורה כי כללים אלה (הוראות בכתב שקבע ראש הממשלה באישור ועדת השרים ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת) יהיו חסויים וגילויים או פרסומם אסורים.

816 ס' 11 לחוק השב"כ.

817 ראו לעיל ה"ש 22.

818 בעניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 297, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, יש הערת אגב המזכירה את העתירה בעניין עת"מ 890/07 התנועה לחופש המידע נ' משרד התקשורת (פורסם בנבו, 5.11.2007), שדנה בנשפחים הסודיים להסכמי רישיונות בזק, ונמחקה לבקשת הצדדים. לפי הערה – אך ישנם נשפחים ביטחוניים סודיים המסדירים העברת נתוני תקשורת מחברות התקשורת לשירות הביטחון הכללי. עם זאת מבהירים המשיבים שם (בעניין התנועה לחופש המידע נ' משרד התקשורת) כי נשפחים 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.

כמו כן, תזכיר חוק הסייבר, שהופץ בחודש יוני 2018, מציע להסמיך את מערך הסייבר הלאומי לערוך מעקב מקוון למטרות הגנת סייבר. בין השאר מוצע בתזכיר להקנות למערך הסייבר הלאומי סמכויות לאיסוף ועיבוד מידע בעל ערך אבטחתי⁸¹⁹ ולשתף אותו עם כלל המשק וארגונים הפועלים בתוכו.⁸²⁰ כמו כן מוצע כי מערך הסייבר הלאומי יפעיל מערך גילוי וזיהוי בתחום הגנת הסייבר לצורך גילוי מוקדם של תקיפות סייבר, שיאסוף מידע בזמן אמת מקשת רחבה של ארגונים לשם עיבודו למידע בעל ערך אבטחתי.⁸²¹ סמכויות אלו, לצד סמכויות אחרות של חיפוש ותפיסה המוצעות בתזכיר, העלו חששות בקרב מבקרי התזכיר מההשלכות הנוגעות לניטור אזרחים בידי המדינה.⁸²²

819 לפי ס' 1 לתזכיר חוק הסייבר, "מידע בעל ערך אבטחתי" הוא "מידע שיש בו כדי לסייע לאיתור תקיפת סייבר, התמודדות עמה או מניעתה ובכלל זה אחד מאלה: (1) סממנים (indicators) - נתונים המצביעים על תקיפת סייבר או איום סייבר; (2) מידע על חולשות במערכות ממוחשבות, ברכיביהן, בנהלים הקשורים במערכות אלה או בתהליכים הקשורים אליהן, אשר ניתן לנצל כדי לייצר תקיפת סייבר; (3) מידע על תוכנות או נוזקות שמטרתן יצירת תקיפת סייבר או גרימת נזק; (4) מידע על שיטות ואמצעים לביצוע תקיפת סייבר; (5) מידע על שיטות ואמצעים להתמודדות עם תקיפות סייבר".

820 ס' 16 לתזכיר חוק הסייבר.

821 ס' 17-18 לתזכיר חוק הסייבר. הארגונים שיעבירו מידע למערך הזיהוי הם משרדי ממשלה, גופים מבוקרים שייקבעו בידי ראש המערך, ארגוני תשתית קריטית המנויים בחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998, ס"ח 348 (להלן: החוק להסדרת הביטחון) ובס' 25 לחוק תשתיות להולכה ואחסון של נפט על ידי גורם מפעיל, התשע"ז-2017, ס"ח 480 (תיקון עקיף לחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים), בעלי רישיון בזק וארגונים אחרים שביקשו להצטרף ואושרו, או ארגונים אחרים כפי שיקבע ראש הממשלה.

822 ראו למשל עומר כביר "חוק סייבר ישראלי חדש יעניק לממשלה סמכויות קיצוניות ללא פיקוח" כלכליסט 21.6.2018; אורי ברקוביץ' "סמכויות לרה"מ והאזנה לאזרחים: מה מסתתר בחוק הסייבר?" גלובס 23.6.2018; איגוד האינטרנט הישראלי "תזכיר חוק הגנת הסייבר ומערך הסייבר הלאומי, התשע"ח-2018 - התייחסות איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)" (2018); תהילה שוורץ אלטשולר "חוק הסייבר" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (25.6.2018).

5.2 הפיקוח על מעקב מקוון בישראל: תמונת מצב

5.2.1 מנגנוני פיקוח פנימיים

סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק מפעילות שורה של כלים פנימיים לפיקוח ובקרה, לצד מנגנוני הפיקוח החיצוניים שיתוארו בהמשך.

למשל, תפקידי היחידה לביקורת ולתלונות הציבור במשטרת ישראל הם בין השאר לבדוק אם פעולות המשטרה נעשות לפי החוק, לפי פקודות משטרת ישראל ולפי הנהלים; לבדוק אם פעולות המשטרה נעשות בדרך של ניהול תקין, בטוהר מידות, ביעילות ובחיסכון; וכן לבדוק אם פעולות המשטרה משיגות את היעדים שנקבעו להן.⁸²³ בעבר פעלה יחידת הביקורת לפי חוק הביקורת הפנימית.⁸²⁴ לפי דוח ועדת בן-ששון, יחידת הביקורת הופקדה בין השאר על יחידת האזנת הסתר הארצית (מחלקת הסיגינט, שהפכה בשנת 2014 לחטיבת הסיגינט), שבתורה הייתה גורם מפקח ארצי על כל צווי האזנת הסתר המבוצעים ביחידות המשטרה השונות.⁸²⁵

גורם פיקוח פנימי נוסף על עבודת המשטרה הוא יחידת היועץ המשפטי למשטרה, שיעודה "ייעוץ למשטרת ישראל בכל ענייני החוק והמשפט הנוגעים

⁸²³ הוראת המשטרה 2.02.08 "היחידה לביקורת ולתלונות הציבור - ייעוד ותפקידים".

⁸²⁴ חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, ס"ח 198. כן ראו פקודת מטא"ר 08.03.11 "הביקורת במשטרת ישראל", ס' 3, מיום 31.12.1995, אשר הפנתה לחוק הביקורת הפנימית ובוטלה על ידי פקודת מטא"ר 08.03.11 "הביקורת במשטרת ישראל" מיום 7.6.2016. שני הנוסחים התייחסו למבקר המשרד לביטחון פנים כאל גורם מבקר חיצוני.

⁸²⁵ ראו דוח ועדת בן-ששון, לעיל ה"ש 327, בעמ' 31.

לתפקידיה ולסמכויותיה של המשטרה והנחייתה בעניינים אלו – כדי לסייע לה למלא את ייעודה מתוך כיבוד החוק וזכויות היסוד של האדם בישראל".⁸²⁶ מדור אח"מ (אגף חקירות ומודיעין) וטכנולוגיות במערך הייעוץ המשפטי עוסק במתן ייעוץ משפטי לפעילות בתחום הסיגינט.⁸²⁷

ועדת לנדוי המליצה, בין השאר, על חיזוק הבקורות הפנימיות בשב"כ,⁸²⁸ ובירכה על מינוי מבקר פנים לשירות. חוק השב"כ הקנה למבקר הפנים של השירות מעמד סטטוטורי,⁸²⁹ ולפיו מבקר השירות יערוך ביקורת פנימית בשירות בהתאם להוראות חוק הביקורת הפנימית. בחוק השב"כ קיימות הוראות משלימות להסדר הכללי שבחוק הביקורת הפנימית, במטרה לחזק את מעמד מבקר השירות ואת איתלותו.⁸³⁰

מנגנון בקרה נוסף בשירות הביטחון הכללי הוא היועץ המשפטי, שמעמדו אינו מוסדר בחקיקה.⁸³¹ למעשה, במהלך למעלה משני עשורים – עד לשנת 1973 – לא היה בשב"כ כל ייעוץ משפטי פנימי.⁸³² בשנות השמונים היה מערך הייעוץ המשפטי בשירות מעורב בטיוח ובתיאום העדויות של עובדי השירות בפרשת קו 300, שסופה בחנינה למפרע מאת נשיא המדינה, שאותה קיבלו בין השאר היועץ המשפטי לשב"כ וסגנו. באותה תקופה היה מעורב מערך הייעוץ המשפטי בשירות גם בפרשת עדויות השקר של חוקרי השב"כ במשפטי זוטא שעסקו באמצעי הלחץ הפיזי המופעלים על נחקרים.⁸³³ מעורבות זו תוארה בדוח ועדת

826 הוראת המשטרה 2.02.01 "יחידת היועץ המשפטי למשטרה – ייעוד ותפקידים".

827 משטרת ישראל דין וחשבון שנתי 2013 על פי חוק חופש המידע 76 (2014).

828 דוח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 77-80.

829 ס' 13 לחוק השב"כ.

830 ראו רוטר "על ייעודם ותפיסת תפקידם", לעיל ה"ש 23; כן ראו בג"ץ 5682/02 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 84, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).

831 ראו בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 100-101; רוטר חוק שירות הביטחון הכללי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 86-89.

832 בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 56, 59.

833 דוח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 21-22.

לנדוי כמעוררת חלחלה.⁸³⁴ כחלק מהלקחים של פרשות אלו אורגן מחדש מערך הייעוץ המשפטי כאגף בשירות, והיועץ המשפטי לשירות מונה לחבר במטה השירות.⁸³⁵

מגנוני הפיקוח המקבילים במערכת הביטחון הם מבקר מערכת הביטחון, המהווה "גוף ביקורת, פיקוח וייעוץ, שבאמצעותו עומדים שר הביטחון, ראש המטה הכללי ומנכ"ל משרד הביטחון על הכשירות, הכוונות, הסבירות והחוקיות של פעילויות מערכת הביטחון, על כל מרכיביה",⁸³⁶ והפרקליטות הצבאית. הייעוץ המשפטי לאגף המודיעין עוסק בייעוץ משפטי לגורמי האיסוף, כמו גם בתשתית המשפטית להפעלת הצנזורה על פרסומים ברשת.⁸³⁷

בהצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה)⁸³⁸ מוצע למנות בארגונים ביטחוניים⁸³⁹ מפקח פרטיות פנימי, שיונחה מקצועית על ידי הממונה על הגנת

834 שם, בעמ' 33; בכר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 64-65.

835 שם, בעמ' 66.

836 הפ"ע 2.0607 "מבקר מערכת הביטחון". מטעמי ביטחון מידע פקודה זו לא פורסמה. ראו פ"מ 1.0302 "נוהל טיפול בדוחות ביקורת של מבקר מערכת הביטחון".

837 הפרקליטות הצבאית דוח פעילות של הפרקליטות הצבאית לשנת העבודה 2014 33. ייתכן שיעוץ משפטי זה נועד לבסס את פעולת המערכת המתוארת אצל קובוביץ "המידע שצה"ל אוסף", לעיל ה"ש 810. ראו גם הפרקליטות הצבאית דוח פעילות של הפרקליטות הצבאית לשנת העבודה 2007 63, והפרקליטות הצבאית דוח פעילות של הפרקליטות הצבאית לשנת העבודה 2008 54-55, המחייחים ליועץ המשפטי ליחידה הטכנולוגית של אמ"ן, לרבות מעורבות בעבודת המטה לכתיבת פקודות היחידה ונהליה.

838 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 13), התשע"ח-2018, ה"ח 692 (להלן: הצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה)).

839 לפי ס' 23ד(א) שבס' 7 להצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה), ארגונים אלה הם משטרת ישראל, המוסד להפקידים מיוחדים, צה"ל, שב"כ, שב"ס, הרשות להגנה על עדים, מערך הסייבר הלאומי, משרד הביטחון ויחידות הסמך שלו, משרד ראש הממשלה ויחידות הסמך שלו שעיקר פעילותן הוא בתחום ביטחון המדינה, מפעלים ביטחוניים לפי צו שהוציא שר הביטחון, וכל גוף אחר שקבע שר הביטחון בהסכמת שר המשפטים.

מידע ויהיה כפוף ישירות לראש הגוף הביטחוני.⁸⁴⁰ גם תזכיר חוק הסייבר מציע למנות מפקח פרטיות על מערך הסייבר הלאומי, שינוחה מקצועית על ידי רשם מאגרי המידע ויהיה כפוף ישירות לראש מערך הסייבר.⁸⁴¹ בשני דברי חקיקה אלה, מפקח הפרטיות הפנימי נועד לפקח על יישום הוראות חוק הגנת הפרטיות בגוף הביטחוני, ובין השאר לבדוק את נוהלי הגוף בתחום הפרטיות ואת עמידתם בהוראות חוק הגנת הפרטיות, ולברר הפרות בתחום הוראות חוק הגנת הפרטיות.⁸⁴² תזכיר חוק הסייבר מציע גם כי המפקח יסייע לראש המערך בקיום ההוראות המוצעות בתזכיר באשר לעקרונות הפעולה של מערך הגילוי והזיהוי⁸⁴³ ולעקרונות של עיצוב לפרטיות והגנה על מידע מוגן.⁸⁴⁴ הצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה) מציעה להקנות למפקח הפרטיות הפנימי את סמכויות הפיקוח המוקנות בה לממונה על הגנת המידע,⁸⁴⁵ ובכלל זה לדרוש מכל אדם הנוגע בדבר למסור כל ידיעה או מסמך, או להציג בפניו או למסור לו עותק מחומרי מחשב הכוללים מידע מדגמי, וכן להיכנס לכל מקום שיש לו יסוד סביר להניח שקיים בו מאגר מידע.⁸⁴⁶ תזכיר חוק הסייבר, לעומת זאת, מציע להקנות למפקח הפרטיות הפנימי של המערך את סמכויות הפיקוח שבחוק להסדרת הביטחון,⁸⁴⁷

840 ס' 3(2) להצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה) מציע להחליף את תוארו של רשם מאגרי המידע ב"ממונה על הגנת מידע".

841 ס' 10 לתזכיר חוק הסייבר.

842 ס' 11 לתזכיר חוק הסייבר; ס' 23 שבס' 7 להצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה).

843 ס' 17(ג) לתזכיר חוק הסייבר מציע כי מערך הגילוי והזיהוי (ראו לעיל ה"ש 821) יתמקד באיסוף מידע בעל ערך אבטחתי (ראו לעיל ה"ש 819), ככל האפשר באופן אוטומטי וממוחשב, ולפי עקרונות של עיצוב לפרטיות והגנה על מידע מוגן.

844 ס' 38 לתזכיר חוק הסייבר.

845 ס' 23 שבס' 7 להצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה).

846 ס' 23 שבס' 7 להצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה).

847 ס' 12 לתזכיר חוק הסייבר. ס' 15 לחוק להסדרת הביטחון מורה כי "הקצין המוסמך, וכן שוטר או עובד המדינה שהסמך אחד מהם, לפי הענין, רשאי להיכנס בכל עת לגוף ציבורי כדי לבדוק אם מולאו ביחס אליו ההוראות לפי חוק זה, וההנחיות שניתנו על פיו".

המצומצמות מאלו שבהצעת החוק ואינן זהות לסמכויות המסורות בידי עובדי המערך המטפלים באירועי סייבר.⁸⁴⁸

5.2.2 פיקוח פרלמנטרי

הוועדה הפרלמנטרית המופקדת על הפיקוח הכללי על שירותי המודיעין היא ועדת החוץ והביטחון, ולה מדווחים ראש הממשלה ושרי החוץ, הביטחון, המודיעין והנושאים האסטרטגיים.⁸⁴⁹ לוועדת החוץ והביטחון כפופה ועדת משנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים,⁸⁵⁰ שלה מוקנה בחוק השב"כ מעמד סטטוטורי כוועדת הכנסת לענייני השירות.⁸⁵¹ לפי חוק השב"כ, ראש השירות נדרש לדווח לוועדה מעת לעת על פעילות השירות, לרבות לפי בקשה.⁸⁵² תקנות וכללים שראש הממשלה רשאי להתקין לפי החוק, לרבות אלו הנוגעים לסוגי המידע (שאינו תוכן) הדרושים לשירות לצורך מילוי תפקידיו,⁸⁵³ כפופים לאישור הוועדה.⁸⁵⁴ ישיבותיה של ועדת המשנה לענייני השירות הן חסויות.

לפי מסמך היסוד של ועדת החוץ והביטחון, נראה כי עיקר עבודתה של ועדת המשנה הוא בפיקוח על היעילות האופרטיבית של סוכנויות המודיעין, לרבות על הערכות המודיעין השנתיות, הרב־שנתיות והעיתיות, עיקרי הצי"ח השנתי והרב־שנתי, תוכניות העבודה השנתיות והרב־שנתיות וסיכום תוכניות העבודה

848 ראו איגוד האינטרנט הישראלי, לעיל ה"ש 822, בעמ' 10. ראו גם מרכז המחקר להגנת הסייבר של האוניברסיטה העברית בירושלים הערות לתזכיר חוק הגנת הסייבר ומערך הסייבר הלאומי התשע"ח-2018 4 (2018).

849 ראו ס' 100(4), 123(ז)(2) לתקנון הכנסת והחלטת ועדת הכנסת בעניין דיווח שרים לוועדות לפי סעיף 123(ז)(2) לתקנון הכנסת לפי הרכב הממשלה ה־34 בכנסת ה־20 (2015.12.21).

850 ראו מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 11, 16-18.

851 ס' 6 לחוק השב"כ.

852 ס' 12(ב) לחוק השב"כ.

853 ס' 11(א) לחוק השב"כ.

854 ס' 21(ב) לחוק השב"כ.

היוצאות, תקציבים, תוכניות איסוף ופערי איסוף, יחידות האיסוף ומערכות האיסוף המרכזיות – תפקידן והתאמתן לצי"ח, או פרויקטי איסוף בפיתוח.⁸⁵⁵

ראש השירות נדרש למסור לוועדת המשנה לענייני השירות דיווח שנתי על היתרים לשימוש בנתוני תקשורת שניתנו לפי חוק השב"כ ועל אופן השימוש בהם.⁸⁵⁶ נוסף על כך, לפי הוראות חוק האזנת סתר, ועדה המשותפת לוועדת חוץ וביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דנה בדלתיים סגורות מדי שנה במספר ההיתרים שניתנו להאזנת סתר מטעמי ביטחון,⁸⁵⁷ ומאשרת תקנות שתוקנו לפי החוק.⁸⁵⁸ כמו כן, הוועדה המשותפת מפקחת על הכללים החשאיים שתחת החוק – על השר להציג לוועדה המשותפת את הכללים החשאיים המסדירים מתן היתרים להאזנת סתר לעובדי מערכת הביטחון לשם מניעת דלף מידע.⁸⁵⁹ גם הכללים לביעור ומחיקה של חומר האזנה שאינו נדרש או לשמירתו של חומר האזנה הנדרש מטעמי ביטחון כפופים לאישור הוועדה המשותפת.⁸⁶⁰

הפיקוח הפרלמנטרי על עבודת משטרת ישראל מצוי בידי ועדת המשנה לביטחון פנים (שהוקמה בשנת 2015) של ועדת הפנים והגנת הסביבה, שלה מדווח השר לביטחון הפנים.⁸⁶¹ ואולם הדיווחים השנתיים על היתרי האזנת סתר שניתנו למטרת אכיפת חוק ומניעת פשע, וכן הדיווחים השנתיים על היתרים לפי חוק נתוני תקשורת, נמסרים לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולא לוועדת הפנים והגנת הסביבה.⁸⁶² יצוין כי חובת הדיווח השנתית לוועדת החוקה, חוק ומשפט על היתרים לפי חוק נתוני תקשורת ניתנה במסגרת הוראת שעה שחלה בארבע

855 מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 16-17.

856 ס' 11(ד) לחוק השב"כ.

857 ס' 5(ה) לחוק האזנת סתר.

858 ס' 15(ג) לחוק האזנת סתר.

859 ס' 4 לחוק האזנת סתר.

860 ס' 9א לחוק האזנת סתר.

861 ראו ס' 123(ז)(2) לתקנון הכנסת והחלטת ועדת הכנסת בעניין דיווח שרים לוועדות לפי סעיף 123(ז)(2) לתקנון הכנסת לפי הרכב הממשלה ה־34 בכנסת ה־20 (21.12.2015).

862 ס' 6(ז) לחוק האזנת סתר וס' 14 לחוק נתוני תקשורת.

השנים הראשונות לתחולתו, משנת 2008. בשנת 2014 הוגשה הצעת חוק פרטית המבקשת להפוך חובת דיווח זו לקבועה.⁸⁶³ תוקפו של סעיף זה טרם הוארך, והחל משנת 2012, הפעלת סמכויות לפי חוק נתוני תקשורת אינה מדווחת מדי שנה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

לצד פיקוח שוטף על פעילות המשטרה וסוכנויות המודיעין והביטחון במסגרת עבודת ועדות הכנסת, הכנסת רשאית להקים אד הוק ועדות לבדיקת היבטים שונים של פעילות סייגנית. בטרם נקבעה בשלהי שנות החמישים הסמכות למינוי ועדת חקירה פרלמנטרית בחוק יסוד: הכנסת⁸⁶⁴ הוקמה ועדת המשנה לוועדת הפנים בעניין גילוי מכשירי האזנה ושירותים מפלגתיים חשאיים,⁸⁶⁵ כדי לחקור את עניין ההאזנות לחבר הכנסת מאיר יערי ממפ"ם.⁸⁶⁶ הוועדה הגישה

863 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (תיקון – חובת דיווח), התשע"ד-2014, פ/2055/19. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ דוד רותם, העיר כי "סעיף 14 לחוק שמחייב אתכם [את המשטרה] לדווח הוא הוראת שעה. יש לי הרגשה שאני הולך להפוך אותו להוראה קבועה. ככל שלא מפקחים עליכם, החגיגה הולכת וגדלה", ובהמשך הוסיף "קודם כל נבקש לשנות את החוק ולהפוך את חובת הדיווח לחובה קבועה ולא להוראת שעה. אנחנו נתחיל לדרוש מכם דיווחים כל 6 חודשים ולא כל שנה. הדיווחים יהיו מפורטים"; פרוטוקול ישיבה מס' 401 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 5, 19 (5.6.2011); כמו כן ראו עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 297, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, שם ציינה כי –

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 פעולת הרשות, והחשיבות עליה עמדנו שבביקורת עקבית של הכנסת, יש מקום לפעול להארכת תוקפו של סעיף זה.

במהלך 2017 נמסרו נתונים משלימים לשנים 2012–2016 על ידי ממשלת ישראל לעיתונות, בעקבות בקשת חופש מידע. ראו אמיתי זיו "סמסים, מיקום וכרטיסי אשראי: המידע שהמשטרה אוספת עליכם מהסלולר" *TheMarker* 1.4.2018.

864 ס' 22 לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

865 להחלטה על הקמת ועדת המשנה ראו פרוטוקול ישיבה מס' 46 של הכנסת ה-3, נספח ו (21.12.1955). ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 16/ב של ועדת הפנים, הכנסת ה-2 (17.3.1953), ופרוטוקול ישיבה מס' 3/א של ועדת הפנים, הכנסת ה-3 (20.12.1955).

866 ראו לעיל ה"ש 82.

את מסקנותיה לכנסת בהדגישה את החשיבות של ההקפדה על תחימת פעילות השירותים החשאיים בתחומים הנוגעים במישרין לביטחון המדינה.⁸⁶⁷

נוסף על בירורים המתקיימים בוועדות משנה אד הוק, הנעשים ללא נהלים קבועים ולעיתים תחת מעטה חשאיות, חוקי־סוד: הכנסת מאפשר להקים ועדות חקירה פרלמנטריות,⁸⁶⁸ אשר יכולות להתייחס לעניינים הנוגעים, בין השאר, למעקב מקוון. כך, בעקבות ביקורת על אופן הפעלת האזנות סתר בחקירתו של השר חיים רמון,⁸⁶⁹ הוקמה בשנת 2006 ועדת החקירה הפרלמנטרית בעניין האזנות סתר (ועדת בן־ששון), שהוסמכה "לבחון את התשתית החוקית והאיזונים שנקבעו בחוק ובחקיקת המשנה בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים ציבוריים אחרים" ו"לחקור את סוגיית האזנות הסתר הנעשות למניעת עבירות וגילוי עבריינים (ולא האזנות סתר למטרת ביטחון המדינה) על כל היבטיה".⁸⁷⁰

בין השאר המליצה ועדת בן־ששון על עיבוי מערך הפיקוח בתוך המשטרה, חיוב המשטרה בהכנת מדדי איכות לבחינת צווים להאזנות סתר שיועברו לבית המשפט, צמצום מספר השופטים הדנים בבקשות להאזנות סתר והכשרתם באופן מיוחד לעניין זה, הבניית שיקול הדעת השיפוטי, קביעת חובת ביעור חומרי האזנה והרחבת חובת הדיווח של השר לביטחון פנים לכנסת.

5.2.3 פיקוח שיפוטי

הבקרה השיפוטית מראש על פעילות סיגינטית בישראל היא חלקית, ומוגבלת לבקשות לאישור האזנות סתר או להשגת נתוני תקשורת למטרות של אכיפת

867 ד"כ 21, 370 (התשי"ז).

868 ראו דנה בלאנדר "חקירה צולבת: על הרכבן, מעמדן וסמכויותיהן של ועדות חקירה פרלמנטריות" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (12.3.2011); יצחק גל־נור ודנה בלאנדר המערכת הפוליטית בישראל א 183-184 (2014); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 1047 (מהדורה שישית, 2015).

869 חוות דעת האזנות סתר 2010, לעיל ה"ש 172, בעמ' 36-58. כמו כן ראו נועם שרביט "בעקבות פרשת רמון: ועדת חוקה, חוק ומשפט תחקור את נושא האזנות הסתר" גלובס 19.12.2006; ת"פ (ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, פס' 76 לפסק דינה של השופטת כוחן (פורסם בנבו, 31.1.2007).

870 ראו דוח ועדת בן־ששון, לעיל ה"ש 327.

חוק ומניעת עבריינות, המותנות בצו שיפוטי⁸⁷¹ ונידונות במעמד צד אחד.⁸⁷² כאשר פרקטיקות אלו נדרשות לתכליות ביטחוניות הן נעדרות כל פיקוח שיפוטי, והוראות החוק מסתפקות בהיתר מיניסטריאלי.⁸⁷³ עם זאת, יש מקרה בודד שבו מעקב מקוון לתכליות ביטחוניות יהיה כפוף לביקורת שיפוטית, וזאת במקרה שבו מבוקש היתר להאזנה לשיחה חסויה. האזנת סתר לשיחות חסויות לתכליות ביטחוניות (במקרים שאינם דחופים), כמו גם לתכליות של אכיפת חוק, טעונה אישור מאת נשיא או סגן נשיא בבית משפט מחוזי.⁸⁷⁴

במקרים דחופים, הוראות החוק מאפשרות להתיר האזנות סתר ללא ביקורת שיפוטית.⁸⁷⁵ הביקורת השיפוטית על בקשות לביצוע האזנת סתר אינה טכנית גרידא.⁸⁷⁶ השופט נדרש לשקול את מידת הפגיעה בפרטיות הכרוכה בהאזנה המבוקשת ואת מידת נחיצותה בטרם ייתן צו לביצוע האזנת סתר, וכך גם לגבי מתן צו נתוני תקשורת. בעניין נחמיאס פורטו שיקולים שבית המשפט נדרש

871 ס' 6 לחוק האזנת סתר; ס' 3 לחוק נתוני תקשורת.

872 ס' 6(ב) לחוק האזנת סתר. חרף היעדר לשון מפורשת בסעיף המקביל בחוק נתוני תקשורת, טבעו של ההליך, כמו גם לשונם של ס' 3(ג), (ה), (ט) לחוק בפרט, מלמדים על הליך במעמד צד אחד. ראו גם עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 297, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

873 השוו בין ס' 4 לסי' 6 לחוק האזנת סתר. בהקשר זה ראו ביקורתו של ח"כ מנחם בגין בדיון על נוסח מוקדם של חוק האזנת סתר:

הייתי רוצה לדעת לשם מה ההבדלה הזאת? את הפושעים אתם מוסרים לבית המשפט: את אלה העלולים לפגוע בבתחון המדינה – לשר הממונה. האם אי אפשרי ללכת גם ביחס לאלה העלולים לפגוע בבתחון המדינה לשופט? איזה חוסר אמון אתם מגלים על ידי הבדלה זו כלפי השופטים בישראל? האין הם דנים במשפטי ריגול חמור מאחורי דלתים סגורות בבית המשפט המחוזי והעליון? אין הם שומעים בדיונים אלה סודות כמוסים אשר שום חבר כנסת, וגם לא חבר ועדת החוץ והבטחון, יכול לשמוע אותם? כל זה מותר לשופטים בישראל. אבל בהגיע תור האפרכסת הנסחרת – אין עוד אמון לשופטים, השר הוא שיתן את ההיתר (ד"כ 35, 272 (התשכ"ג)).

874 ס' 9א לחוק האזנת סתר. שיחה חסויה היא שיחה שעדות עליה חסויה לפי סעיפים 48 עד 51 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, נ"ח 421.

875 ס' 7 לחוק האזנת סתר; ס' 4 לחוק נתוני תקשורת.

876 ת"פ 11-12-49529-11 מדינת ישראל נ' בן דרור, פס' 13 לפסק דינו של השופט שחם (פורסם באר"ש, 8.4.2013).

לשקול בהקשר זה, ובתוכם חומרת העבירה נשואת הבקשה ביחס לפגיעה בפרטיות הכרוכה בהאזנת סתר; מידת הנחיצות של האזנת סתר להשגת מטרותיה; היעדר חלופות מבצעיות אחרות להאזנת סתר; היקף ההאזנה ומידת הגבלתה לחשוד מסוים או למכשיר טלפון מסוים, או שמא היא מתייחסת לאנשים בלתי ידועים המשתמשים באותו המכשיר.⁸⁷⁷

בחינת הדיווחים השנתיים של המשרד לביטחון פנים לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת⁸⁷⁸ מלמדת כי שיעור הדחייה של בקשות לצווי מעקב מקוון לתכליות אכיפת חוק ומניעת עבריינות לפי חוק האזנת סתר הוא כ-0.34% מהבקשות בשנה בממוצע,⁸⁷⁹ ולפי חוק נתוני תקשורת – כ-0.1% בממוצע.⁸⁸⁰ שיעור דחייה נמוך זה, במיוחד על רקע הגידול בכמות הבקשות לשני סוגי הצווים, יכול לאשש את החשש שבית המשפט משמש חותמת גומי,⁸⁸¹ או סובל מהיעדר מומחיות, כוח אדם או משאבים,⁸⁸² ולחלופין – להצביע על האפקטיביות של הפיקוח

877 ראו עניין נחמיאס, לעיל ה"ש 805.

878 לפי ס' 6(ז) לחוק האזנת סתר וס' 14 לחוק נתוני תקשורת.

879 לפי נתוני 2002-2018.

880 לפי נתוני 2008-2016. הדיווחים שקדמו לחודש יולי 2013 לא כללו נתונים על דחיית בקשות לצווים מכוח חוק נתוני תקשורת. שיעור הדחייה לתקופה שבין המחצית השנייה של 2013 לבין תחילת 2017 הוא כ-0.18%.

881 ראו גם דבריו של ח"כ מיכאל איתן בדיון בכנסת לפני הקריאה השנייה והשלישית של חוק נתוני תקשורת:

אתם יודעים יפה מאוד שמדי שנה המשטרה מביאה לפני שופטים בערך 1,100, 1,200 בקשות להאזנות סתר. כמה פעמים השופט דוחה? בחמישה, שישה, עד עשרה מקרים. כלומר, זה הולך אוטומטי. קשה גם לדרוש משופט שנמצא לבד, במעמד צד אחד – בא אליו קצין משטרה ואומר לו: תשמע, זקוקים, וצריכים וטא-טא-טא, וחושדים בעבירה כזו וכזו, שהוא יגיד לו לא. הרבה פעמים נעשה בזה שימוש, בואו נגיד מוגזם. גם השופט קשה לו באותו רגע להגיד לא, אז השופטים חותמים. אני ראיתי חתימות של שופטים על האזנות סתר בלי שהיה כתוב אפילו למי ולמה (פרוטוקול ישיבה מס' 181 של הכנסת ה-17, 86 (17.12.2007)).

882 אם נניח כי כל סגני הנשיא של בתי המשפט המחוזיים הוסמכו לאשר צווי האזנת סתר, הרי יחד עם נשיאי בתי המשפט המחוזיים, לצד עבודתו השוטפת שופט מוסמך מאשר בממוצע יותר מ-100 צווי האזנת סתר לתכליות אכיפת חוק ומניעת עבריינות בשנה. נראה כי בשנים 2002-2016 מספרם של הנשיאים וסגני הנשיא של בתי המשפט המחוזיים נותר יציב, בעוד עומס הבקשות לצווי האזנת סתר שילש את עצמו.

השיפוטי אקס אנטה, שעצם קיומו מרתייע את המשטרה והרשויות החוקרות האחרות מלהגיש בקשות שעשויות להיפסל.⁸⁸³

לוח 2

האזנות סתר למטרות של מניעת עבירות או גילויין⁸⁸⁴

שנה	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
בקשות להאזנת סתר	1,095	1,031	962	996	1,255	1,484	1,797
היתרים להאזנת סתר	1,089	1,025	959	982	1,248	1,473	1,781
בקשות שנדחו	6	6	3	14	7	11	16
שיעור דחיית הבקשות להאזנת סתר (%)	0.55	0.58	0.31	1.41	0.56	0.74	0.89
מספר נשיאים וסגני נשיא בבתי המשפט המחוזיים	29	26	33	31	31	29	30

883 ראו לעיל בסעיף 3.2.2.

884 מקור הנתונים: דיווחי המשרד לביטחון פנים לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כפי שהתפרסמו באתר הוועדה. נתוני השופטים המכהנים בהפקידי נשיאים וסגני נשיא בבית המשפט המחוזי מקורם במאגר הנתונים של אלון חספר על שופטי ישראל לשנים 1948-2016. Alon Jasper, *Israeli Judges, 1948-2016* (V1, 2020). נתונים אלו לגבי השנים 2017-2018 חושבו בהתבסס על קורות החיים של השופטים באתר הרשות השופטת. מאחר שזהותם של סגני הנשיא המוסמכים לאשר האזנות סתר אינה מפורסמת ברבים, הנתון מתייחס לכל בעלי התפקידים שלהם יש פוטנציאל להיות מוסמכים.

2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009
3,307	3,483	3,309	3,217	3,310	3,094	2,844	2,682	2,283	2,220
3,286	3,481	3,303	3,214	3,300	3,092	2,840	2,676	2,276	2,213
21	2	6	3	10	2	4	6	7	7
0.6%	0.01%	0.18	0.09	0.30	0.06	0.14	0.22	0.31	0.32
30	29	25	26	26	23	35	32	31	34

לוח 3

בקשות להיתרים מכוח חוק נתוני תקשורת⁸⁸⁵

2016	2015	2014	אוגוסט* - 2013	יולי - 2012	יולי - 2011	יולי - 2009	יולי - 2008	תקופה
			דצמבר 2013	יוני 2013	יוני 2012	יוני 2010	יוני 2009	
24,801	23,004	21,060	6,510	22,381	17,597	14,133	9,603	בקשות שאושרו
39	34	50	9	-	-	-	-	בקשות שנדחו
0.157	0.148	0.237	0.138	-	-	-	-	שיעור דחייה (%)

* הנחונים על התקופה שבין אוגוסט לדצמבר 2013 נמוכים מאחר שהם מתייחסים לתקופה קצרה יותר, בשל ההתקנה של מערכת מחשוב חדשה.

ביקורת שיפוטית על מעקב מקוון בישראל יכולה להיעשות גם בדיעבד (אקס פוסט, ex post). הוראות חוק האזנת סתר, שלפיהן דברים שהוקלטו באמצעות האזנת סתר שלא לפי הוראות החוק אינם קבילים כראיה,⁸⁸⁶ מעודדות העלאת טענות פסלות לגבי ראיות שמקורן בהאזנות סתר.⁸⁸⁷ ואולם בשני מקרים יהיו דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר לא חוקית ראיות קבילות – הליך פלילי בשל עבירה לפי חוק האזנת סתר, והליך פלילי בשל פשע חמור.

885 ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, לוח 2, בעמ' 36-37.

886 ס' 13 לחוק האזנת סתר.

887 ראו למשל עניין נחמיאס, לעיל ה"ש 805; בג"ץ 3815/90 גילת נ' רוני מילוא – שר המשטרה, פ"ד מה(3) 414, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוין (1991); ע"פ 4211/91 מדינת ישראל נ' אלמזרי, פ"ד מז(5) 624, פס' 26-30 לפסק דינה של השופטת דורנר (1993); ע"פ 2801/95 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 791, 802-805 (1995); ח"פ (ח"א) 17-16512-08 קירשנבאום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.6.2018).

דברי חקיקה שנחקקו לאחר לחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו אינם חסינים מביקורת שיפוטית. בעניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל בחן בית המשפט את החוקתיות והמידתיות של ההסדר שבחוק נתוני תקשורת. תחת פסילת החוק נקטה הנשיאה ביניש דרך של פרשנות מצמצמת התואמת את חוקי היסוד. נקבע כי על מנת לעמוד במבחני המידתיות, הפרשנות החוקתית לחוק נתוני תקשורת מחייבת את הרשות החוקרת לפנות ולבקש צווים רק אם הם נדרשים לשם גילוי עברייני מסוים או לשם חקירה או מניעה של עבירה מסוימת, ולא לצורכי פעילות מודיעינית כללית הקשורה לעבירות או לעבריינים.⁸⁸⁸

יש הסבורים כי הפיקוח המשפטי בישראל על פעילות שירותי המודיעין הוא משמעותי ובמידת מה יעיל.⁸⁸⁹ עם זאת, בהיעדר ביקורת שיפוטית אקס אנטה על פעילות סגינטית של שירותי הביטחון, ובהתחשב באופייה החשאי של פעילות זו, שמקשה על בחינה בדיעבד, ספק רב אם כיום בית המשפט הוא גוף פיקוח יעיל על מעקב מקוון בישראל.

888 עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 297, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

889 Raphael Bitton, *In Law We Trust: The Israeli Case of Overseeing Intelligence*, בתוך: Goldman & Rascoff, GLOBAL INTELLIGENCE OVERSIGHT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 141. לפי ביטון, מקרי מבחן דוגמת פרשת קו 300 ובג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים 1999) מדגימים את הדומיננטיות של המערכת המשפטית ביחס לשב"כ. לטענתו, בית המשפט מתמודד עם החסרונות המבניים של פיקוח שיפוטית (ריאקטיביות, אקס פוסט והיעדר מומחיות) באמצעות הרחבת זכות העמידה והכרה בעותרים ציבוריים או שימוש בעקרון המידתיות (ככלי להתמודדות עם חוסר מומחיות). ביטון טוען כי באמצעות החלטות ביניים והארכת ההליכים בית המשפט נוטל לעצמו תפקיד של פיקוח בזמן אמת, שאינו מוגבל להכרעה אקס פוסט. עם זאת, הפיקוח המשפטי בישראל על פעילות סגינטית לא נתן דעתו – ולא נדרש עד כה לתת דעתו – להגמשת הכללים הדינמיים כדי שיענו על הצרכים הייחודיים במסגרת ברור תלונות על פגיעה בזכויות אגב פעילות סגינטית, כפי שעשה טריבונל סמכויות החקירה הבריטי (ראו לעיל בסעיף 4.2.3). יתר על כן, חשאייתן של פרקטיקות מודיעיניות רבות, לרבות מעקב מקוון, מקטינה את הסיכוי שיידונו בבית המשפט, יהיו כלליו הפרוצדורליים גמישים ככל שיהיו.

5.2.4 מבקר המדינה

מבקר המדינה, האחראי בפני הכנסת, מקיים ביקורת על המשק, הנכסים, הכספים וההתחייבויות של המדינה, של משרדי הממשלה ושל כל גוף מבוקר אחר המנוי בחוק.⁸⁹⁰ החוק מאפשר למבקר המדינה מרחב תמרון רחב בבואו לבחור את נושאי הביקורת, שכן לצד "חוקיות הפעולות, טוהר המידות, הניהול התקין, היעילות והחיסכון של הגופים המבוקרים" מתיר החוק למבקר לבחון "כל עניין אחר שיראה בו צורך".⁸⁹¹ הסיפא של הסעיף מקנה למבקר עצמאות בבחירת נושאי הביקורת. מבקר המדינה מכהן גם כנציב קבילות הציבור, וכל אדם רשאי להגיש תלונה למבקר על גופים מבוקרים.⁸⁹²

מבקר המדינה התייחס מספר פעמים להאזנות הסתר במשטרת ישראל.⁸⁹³ הגם שטרם נערכה ביקורת על מערכי האיסוף הסיגינטיים של שירותי המודיעין והביטחון שניתן לה פומבי, גופים אלה, נוסף למשטרת ישראל, נמצאים תחת שבט ביקורתו של מבקר המדינה.⁸⁹⁴ חלקים מדוחות הביקורת עשויים להישאר

890 ס' 2(א) לחוק-יסוד: מבקר המדינה, ס"ח החשמ"ח 30; ס' 9 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 (נוסח משולב), ס"ח 92. ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 868, בעמ' 750-756; גל-נור ובלאנדר, לעיל ה"ש 868, בעמ' 307-320.

891 ס' 2(ב) לחוק-יסוד: מבקר המדינה. ראו גם טמיר, לעיל ה"ש 393, בעמ' 21.

892 ס' 33 לחוק מבקר המדינה. עם זאת, לפי ס' 37 לחוק, כאשר המתלונן אינו חבר כנסת על התלונה להיסב על מעשה הפוגע במישרין במתלונן עצמו, או באדם שהסכים להגשת התלונה על ידי המתלונן. חברי כנסת רשאים להגיש תלונות שאינן נוגעות אליהם במישרין.

893 מבקר המדינה "האזנות סתר ושימושן במשטרה" דוח שנתי 41 340 (1991) (הדוח להלן: דוח המבקר לשנת 1991); דוח המבקר לשנת 2003, לעיל ה"ש 76, בעמ' 279; חוות דעת האזנות סתר 2010, לעיל ה"ש 172.

894 ראו למשל מבקר המדינה "היבטים על יחסי הגומלין שבין גורמי המחקר שבקהיליית המודיעין" דוח שנתי 50א: לשנת 1999 ולחשבונות שנת הכספים 1998 280 (2000) (הדוח להלן: דוח המבקר לשנת 1999); מבקר המדינה תמצית מדוח הביקורת בנושא מערך החקירות בשירות הביטחון הכללי (שב"כ) לשנים 1988-1992 (2000) (להלן: דוח מבקר המדינה בנושא מערך החקירות בשב"כ); מבקר המדינה "פעולת החטיבה להכוונת האבטחה בשירות הביטחון הכללי" דוח שנתי 54א: לשנת 2003 247 (2003); מבקר המדינה "ביקורת של פעילות השב"כ בסיווג בטחוני לתפקידים ולמשרות בשירות הציבורי ובגופים שקבעה הממשלה" דוח שנתי 56א 349 (2005);

חסויים, מטעמים של ביטחון המדינה או כדי למנוע פגיעה ביחסי החוץ או בקשרי מסחר בינלאומיים.⁸⁹⁵ בית המשפט ציין כי "חוות דעתו של המבקר אינה בבחינת פסק דין והליך הביקורת אינו בגדר הליך שיפוטי או מעין-שיפוטי, ולפיכך להמלצות המובאות בחוות הדעת אין תוקף משפטי מחייב".⁸⁹⁶ עם זאת, על גוף מבוקר שאינו מיישם את ההמלצות לנמק מדוע לא עשה כן.

דוח המבקר לשנת 1991 בחן את היקף השימוש בהאזנות סתר על ידי המשטרה,⁸⁹⁷ את דרכי ביצוען, אופן הפיקוח עליהן ותרומתן להגשמת תכליות של מניעה וגילוי של עבריינות. הדוח מצא היקף חריג של שימוש באמצעי האזנות סתר, לאור נתונים השוואתיים ממדינות אחרות;⁸⁹⁸ ליקויים בתיעוד הבקשות; היעדר הבניה של שיקול הדעת בהגשת בקשה להאזנת סתר; היעדר מענה לפגיעה בפרטיות הכרוכה בהאזנה לשיחות לא קשורות לחקירה שנקלטו אגב האזנה מותרת; נטייה לעשות שימוש בהאזנות סתר למטרות של איסוף

מבקר המדינה דוח שנתי 60 א 295 (ארבעה פרקים מסווגים הנוגעים לפרויקט הקשור בוועדה לאנרגיה אטומית, עבודת ועדת ראשי שירותי המודיעין בישראל, וסוגיות במוכנות המודיעין למלחמת לבנון השנייה בתחום האופרטיבי, 2010); מבקר המדינה "ביקורת על תחום הבינוי והלוגיסטיקה במוסד לתפקידים מיוחדים" דוח שנתי 61 א: לשנת 2010 ולחשבונות שנת הכספים 2009 249 (2011); מבקר המדינה "ביקורת על איכות ההכשרה בבית הספר למודיעין" דוח שנתי 66 ב: לשנת 2016 ולחשבונות שנת הכספים 2015 3 (2017); מבקר המדינה "התמודדות גופי המודיעין עם איום המנהרות" דוח מיוחד: מבצע זוק איתן 13 (2017); מבקר המדינה "היבטים בפעילות יחידה 9900 באגף המודיעין" דוח שנתי 69 א: לשנת 2018 ולחשבונות שנת הכספים 2017 573 (2018); ראו גם פ"מ 1.0301 "הקשר עם משרד מבקר המדינה, הטיפול בממצאי ביקורתו והמעקב אחר תיקונו".

895 ס' 17 לחוק מבקר המדינה. כמו כן, מבקר המדינה נוהג מעת לעת להוציא דוח מקיף על תחום מסוים בפעילות השירות, אשר נידון במסגרת ועדת משנה של הוועדה לביקורת המדינה שדיוניה חסויים. ראו רוטר "על ייעודם ותפיסתם תפקידם", לעיל ה"ש 23, בעמ' 6, בטקסט המפנה שם לה"ש 36.

896 בג"ץ 9223/10 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 19.11.2012). (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון).

897 בעת עריכת הדוח טרם תוקן חוק האזנת סתר כך שיורה למפקח הכללי להגיש דין וחשבון שנתי לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על מספר ההיתרים שניתנו.

898 דוח המבקר לשנת 1991, לעיל ה"ש 893, בעמ' 342-343.

מודיעיני כללי (החורג מהעבירה הקונקרטיית שלגביה ניתן ההיתר); וליקויים בסדר הטיפול בחומרי הקלטה.

חלק ניכר מנושאים אלו חזרו ועלה בדוח המבקר לשנת 2003. במסגרת הדוח נערכה בדיקה מדגמית של האזנות הסתר שמבצעת המשטרה, כדי לבחון אם השיגו את יעדן. בין השאר נמצא כי ב-30% מהתיקים שבהם נעשה שימוש בהאזנת סתר לא הופק מידע שיש לו זיקה לאדם ולעבירה שלגביהם ניתן ההיתר, אלא מידע כללי על קשרים בין עבריינים ועל מעמדם של עבריינים בעולם הפשע, כמו גם מידע על עבירות אחרות שלא צוינו בהיתר.⁸⁹⁹ המבקר הצביע על ליקויים בנוהלי תמלול שיחות ובחן, בין השאר, את מידת פגיעתן בפרטיות, את שיעור ההאזנה לשיחות חסויות לכאורה ללא היתר, את נוהלי ההאזנה לאישיות בכירות, את תיעוד קבלת ההחלטות במסגרת הגשת בקשה להאזנה, את סוגיית ההאזנה לטלפונים ציבוריים ואת איכות הדיווח ליועץ המשפטי לממשלה.

לנוכח תלונות על תפקוד משטרת ישראל בתחום האזנות הסתר ביקשה הממשלה ב-2008 ממבקר המדינה לכתוב חוות דעת בנושא. בחוות דעת האזנות סתר 2010 בחן המבקר את הליכי ההסדרה של האזנות סתר לתכליות של מניעה וגילוי פשיעה ואת יישומם על ידי רשויות האכיפה, תוך התייחסות פרטנית לכמה תלונות קונקרטיות. בין השאר הצביע המבקר על זליגת תכליות בשימוש בתוצרי האזנות סתר – מצב שבו תכלית ההאזנה מורחבת אל מעבר למטרות הצרות שבהיתר ההאזנה; על הבעייתיות בהיותו של הליך הבקשה לצו במעמד צד אחד וללא ביקורת של הפרקליטות;⁹⁰⁰ על הצורך בהכשרה ייעודית לשופטים הדנים בהאזנות סתר;⁹⁰¹ על החשש שמא השימוש הנרחב בהאזנות סתר בא על חשבון פיתוח כלים אחרים; ועל היחס הנמוך בין התוצר העיקרי (המידע שלגביו ניתן ההיתר) למשני (המודיעין שנאסף אגב איסוף המודיעין המבוקש) במודיעין המופק.

899 דוח המבקר לשנת 2003, לעיל ה"ש 76, בעמ' 286.

900 חוות דעת האזנות סתר 2010, לעיל ה"ש 172, בעמ' 60-61.

901 שם, בעמ' 61.

5.2.5 ועדות חקירה ממלכתיות

ועדת חקירה ממלכתית, המוקמת מכוח חוק ועדות חקירה, יכולה לשמש כלי פיקוח נוסף על פעילות סייגניטית. הממשלה רשאית להחליט על הקמת ועדת חקירה ממלכתית ב"עניין בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה הטעון בירור".⁹⁰² הוראות החוק הנוגעות לנושאים המצריכים סודיות מגבילות את היקף הפרסום של חומרים הקשורים לפעילות הוועדה, לרבות את עצם קיומה, ככל שקבעה הממשלה שהעניין נשוא החקירה מחייב סודיות.⁹⁰³ לדין וחשבון של ועדות חקירה ממלכתיות אין תוקף משפטי כראיה,⁹⁰⁴ והספרות חלוקה באשר למידת המחויבות של הממשלה להמלצותיהן.⁹⁰⁵ עם זאת, לוועדות חקירה ממלכתיות יש השפעה על הביקורת הציבורית.⁹⁰⁶ לדעת הופנונג, החל מוועדת אגרנט נתגבש נוהג חוקתי שלפיו בראש ועדת חקירה ממלכתית בנושאי ביטחון עומדים נשיאי בית המשפט העליון, בעבר או בהווה.⁹⁰⁷

נושא המעקב המקוון שמבצעות רשויות אכיפת החוק והביטחון לא נדרש עד כה לעיונה של ועדת חקירה ממלכתית, אך אין בכך כדי למנוע את העיסוק בו בעתיד, במסגרת בחינה של מקרה ספציפי של האזנת סתר לא מוצדקת או

902 ס' 1 לחוק ועדות חקירה התשכ"ט-1969, ס"ח 28.

903 ס' 23 לחוק ועדות חקירה.

904 ס' 22 לחוק ועדות חקירה.

905 ראו עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 896, בפס' 22; גל-נור ובלאנדר, לעיל ה"ש 868, בעמ' 326-327; יצחק זמיר "ועדת החקירה מן הבחינה המשפטית" הפרקליט לה 323, 329-330 (1983); אביגדור קלגסבלד ועדות חקירה ממלכתיות 83-107 (2001).

906 ראו דנה בלאנדר "ועדת חקירה ממלכתית: עריפת ראשים או הפקת לקחים" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (12.12.2010); זאב סגל "ועדות חקירה ממלכתיות: מביקורת ציבורית לאחריות משפטית" ספר אליהו מצא: קובץ מאמרים לכבודו של השופט אליהו מצא, המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס 973, 976 (אהרון ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס, רענן גלעדי עורכים, 2015); משה נגבי "בין אחריות חלולה למנהיגות חלולה: על שחיקת ה-accountability בחוס הצבאי-ביטחוני והשלכותיה", בחור:שם, 613, 620.

907 הופנונג, לעיל ה"ש 276, בעמ' 265.

בחינה תמטית רחבה יותר של פרקטיקות סגינטיות בישראל. כשליש מוועדות החקירה הממלכתיות שהוקמו לאורך שנותיה של מדינת ישראל התייחסו לפעילות שירותי המודיעין ואכיפת החוק, במישרין או בעקיפין.⁹⁰⁸ ועדת לנדוי, שעסקה בשיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי והוקמה על ידי ממשלת ישראל בעקבות השימוש באמצעי חקירה פסולים במסגרת פרשת נאפסו,⁹⁰⁹ היא הדוגמה הבולטת ביותר לוועדת חקירה ממלכתית שבדקה במישרין את תקינות פעילותו של ארגון מודיעין ואת תקינות שיטות הפעולה שלו. את אפקטיביות הפיקוח של ועדת לנדוי אפשר לבחון לאור דוח מבקר המדינה בנושא מערך החקירות בשב"כ, שהוגש בשנת 1995 ותיאר חריגות ביוזעין מהמלצות ועדת לנדוי,⁹¹⁰ שכשלעצמן עוררו ביקורת בקרב משפטנים וארגוני זכויות אדם.⁹¹¹ בית המשפט העליון הכריע בשנת 1999 בעניין הוועד הציבורי נגד עיניים⁹¹² בסוגיית שיטות החקירה הפיזיות של שירות הביטחון, וקבע כי הגנת הצורך במשפט הפלילי אינה מקנה סמכות לחוקרי השירות לנקוט באמצעים הפיזיים שתוארו שם.⁹¹³ פסיקה זו היא שהביאה לשינוי מהותי ומיידי בדרכי הפעולה של השירות.⁹¹⁴

908 דוח ועדת אגרנט, לעיל ה"ש 110; ועדת החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בביירות דוח הוועדה (1983); דוח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 64; דוח ועדת שמגר בעניין הטבח בחברון, לעיל ה"ש 123; דוח ועדת שמגר בעניין רצח רבין, לעיל ה"ש 123; ועדת החקירה הממלכתית לביורר התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 דוח הוועדה (2003).

909 ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי פ"ד מא(2) 631 (1987).

910 ראו דוח מבקר המדינה בנושא מערך החקירות בשב"כ, לעיל ה"ש 894.

911 ראו קרמניצר, לעיל ה"ש 226, בעמ' 50-53.

912 עניין הוועד הציבורי נגד עיניים 1999, לעיל ה"ש 889.

913 שם, בפס' 34-37.

914 ראו קרמניצר, לעיל ה"ש 226, בעמ' 60.

5.2.6 פיקוח אקדקוטיבי: היועץ המשפטי לממשלה

חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה משקפת לרשויות השלטון השונות את המצב המשפטי כל עוד לא אמר בית המשפט את דברו.⁹¹⁵ משכך, ולאור עמדת הפיקוח המשמעותית שלו בכל הנוגע לשימוש בסמכויות לפי חוק האזנת סתר, היועץ המשפטי לממשלה יכול להשפיע על פרשנות החוק גם בהיעדר ביקורת שיפוטית. מדי שלושה חודשים על ראש הממשלה או שר הביטחון, בהתאם לעניין, לדווח ליועץ המשפטי לממשלה על היתרים מיניסטריאליים שנתן להאזנת סתר לתכליות ביטחוניות.⁹¹⁶ על ראש רשות ביטחון לדווח מייד בכתב ליועץ המשפטי לממשלה עם מתן היתר דחוף להאזנת סתר לשיחה חסויה (שעליו אין ביקורת שיפוטית), והיועץ המשפטי רשאי לבטל את ההיתר.⁹¹⁷ הארכת היתר להאזנת סתר לשם איתור או מניעה של דלף ביטחוני לתקופה העולה על 30 יום טעונה אישור מאת היועץ המשפטי לממשלה.⁹¹⁸ גם ראש שירות הביטחון הכללי נדרש למסור דיווח רבעוני ליועץ המשפטי לממשלה על היתרים שניתנו לשימוש במאגר מידע של נתוני תקשורת.⁹¹⁹ יוער כי הסמכות לחקירת עבירה שבביצועה חשוד שוטר, לרבות עבירה על חוק האזנת סתר, מסורה למחלקה לחקירות שוטרים שבמשרד המשפטים.⁹²⁰

מפכ"ל המשטרה נדרש להגיש מדי חודש דיווח ליועץ המשפטי לממשלה על ההיתרים שניתנו להאזנת סתר למטרות מניעת פשיעה וגילוי עבריינים,

915 ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה דוח הוועדה (1962) (להלן: דוח ועדת אגרנט בנושא היועץ המשפטי לממשלה); בג"ץ 4267/93 אמיחי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, פס' 42 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1993) (להלן: עניין אמיחי).

916 ס' 4(ד) לחוק האזנת סתר.

917 ס' 5(ד) לחוק האזנת סתר.

918 ס' 4(ב) לחוק האזנת סתר.

919 ס' 11(ד) לחוק השב"כ.

920 ס' 49 לפקודת המשטרה. ס' 2 לחוק האזנת סתר קובע כי האזנת סתר שלא כדין, או שימוש ביודעין ובחוסר סמכות בידיעה או בתוכנה של שיחה שמקורן בהאזנת סתר - דינם מאסר חמש שנים. לנחונים על היקף התיקים שנפתחו בגין עבירות על חוק האזנת סתר בשנים 2004-2007 ראו דוח ועדת בן-ששון, לעיל ה"ש 327, בעמ' 31.

ולהאזנת סתר לשיחות חסויות או לחברי כנסת.⁹²¹ אם נתן היתר להאזנה דחופה לתכליות של אכיפת חוק, על המפכ"ל לדווח בכתב לאלתר ליועץ המשפטי לממשלה, והלה רשאי לבטל את ההיתר.⁹²² ראש אגף החקירות במשטרה נדרש להגיש דיווח רבעוני ליועץ המשפטי לממשלה על היתרים שניתנו לקבלת נתוני תקשורת במקרים דחופים, בהיעדר צו שיפוטי.⁹²³ הגשת בקשה לצו האזנת סתר לשיחות חסויות תיעשה באישור היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה.⁹²⁴

לפי דוח ועדת בן־ששון, נכון למועד פרסומו, אחת לחודש מתקיימת פגישה בין נציגי המשטרה ליועץ המשפטי לממשלה וצוותו (הכולל את עוזרו, המשנה לפרקליט המדינה, מנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה לעניינים פליליים), שבה מוצג דיווח על הבקשות שהוגשו באותו חודש להאזנת סתר (בין שניתן היתר בגינן ובין שלא ניתן היתר).⁹²⁵ לפי המתואר שם, הצוות מנהל דיון כללי בסוגיות רחב, לצד דיון פרטני בתיקים ספציפיים, בהתאם לנסיבות. לדברי היועץ המשפטי לממשלה, להליכי פיקוח יש תועלת קונסטרוקטיבית, שכן הפיקוח מאפשר תיקוני ליקויים במקרים פרטניים, ותועלת הרתעתית – חרף העבודה שהיועץ המשפטי אינו בוחר כל תיק באופן פרטני, עצם הדיון החודשי בנושא מייצר תחושה בקרב הגורם המפוקח כי ההליכים הנוגעים להאזנות סתר אינם חסינים מביקורת.⁹²⁶ השופט בדימוס זיילר הצביע בפני הוועדה על הצורך בהליך בקרה ופיקוח הנכנס לעובי הקורה בכל תיק ותיק, בייחוד בהתחשב בכך שבקשה לצו האזנה נעשית במעמד צד אחד, ועל כך שהיועץ המשפטי לממשלה אינו מסוגל לבצע הליך בקרה שכזה.⁹²⁷

921 ס' 6(ו) לחוק האזנת סתר.

922 ס' 7(ב) לחוק האזנת סתר.

923 ס' 4(ה)1 לחוק נתוני תקשורת.

924 ס' 9א לחוק האזנת סתר.

925 ראו דוח ועדת בן־ששון, לעיל ה"ש 327, בעמ' 29–30.

926 שם, בעמ' 31.

927 שם.

5.2.7 גוף פיקוח חיצוני למחצה? הצעת הוועדה המפקחת בתזכיר חוק הסייבר

גוף פיקוח אחר, המוצע בתזכיר חוק הסייבר, הוא ועדה לפיקוח על פעילות מערך הסייבר הלאומי לעניין השפעת פעילותו על הזכות לפרטיות.⁹²⁸ יובהר כי תזכיר חוק הסייבר נועד להסדיר את סמכויותיו של מערך הסייבר הלאומי ואת הכללים החלים על פעולתו, ומשכך ועדת הפיקוח המוצעת לא נועדה להשגיח על פעילותם הסיגינטית של ארגונים אחרים. התזכיר מציע כי נציג של ראש מערך הסייבר הלאומי ישמש כמזכיר הוועדה, וחבריה יהיו שופט בדימוס או משפטן בכיר אחר בעל כשירות לכהן כשופט מחוזי (שיכהן כיו"ר הוועדה), נציג היועץ המשפטי לממשלה ושלושה נציגים מקרב הציבור (בעלי מומחיות ורקע בתחומי הגנת הסייבר והביטחון של מדינת ישראל, טכנולוגיות מידע וזכויות אדם והגנת הפרטיות). מוצע כי אחת לשנה תדווח הוועדה לראש הממשלה על פעילות המערך בהתאם להוראות חוק הסייבר, וכי לצורך ביצוע תפקידיה תקבל דיווחים עיתיים על פעילות המערך וביצוע תפקידיו שיאפשרו לעמוד על ההשפעה של פעילות המערך על הזכות לפרטיות. התזכיר מציע כי אם תזהה הוועדה במסגרת פעילותה חשש להפרת הדין בידי גורם או אדם מסוים, היא תחדל מטיפול לגביו ותעביר את המשך הטיפול לגורם המוסמך לכך.⁹²⁹

יצוין כי למרות הסמכויות שמוצע להקנות לוועדה, התזכיר אינו מקצה לה משאבים כדי לממשן.⁹³⁰ סמכויות הוועדה מוגבלות, לפי המוצע בתזכיר, לפיקוח על השפעת פעילות המערך על הזכות לפרטיות, בשעה שיש מקום להרחיב את היקף הפיקוח לכל ההיבטים של פעילות המערך, אשר עלולה לפגוע בזכויות נוספות.⁹³¹ כמו כן, נראה כי הרכב הוועדה המוצע הוא בעייתי – מינוי נציג מטעם

928 ס' 13-15 לתזכיר חוק הסייבר.

929 ס' 15(ב) לתזכיר חוק הסייבר. השווו עם הביקורת על מוסד המבח"ן, לעיל ה"ש 226.

930 מבקרים מצביעים על הקצאה חסרה של משאבים למנגנוני בקרה שונים על ארגונים ביטחוניים כהסבר לחוסר האפקטיביות שלהם. באשר לארגוני מודיעין ראו לדוגמה Roach, *Review and Oversight*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 183; Miller, *Intelligence Oversight*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 270.

931 ראו איגוד האינטרנט הישראלי, לעיל ה"ש 822, בעמ' 10; מרכז המחקר להגנת הסייבר של האוניברסיטה העברית, לעיל ה"ש 848, בעמ' 4.

ראש המערך עשוי להשליך על עצמאות הוועדה,⁹³² וגם נציג ציבור בעל רקע ומומחיות בתחומי סייבר וביטחון לאומי עשוי להיות בניגוד עניינים מסוים אם רכש את מומחיותו זו במסגרת שירות במערך הסייבר, למשל במוסד או בשב"כ. מנגד, מינויים של שניים מחברי הוועדה – המשפטן הבכיר ונציג היועץ המשפטי לממשלה – נעשה שלא בהתבסס על מומחיות ספציפית, והיעדר הרקע המקצועי עשוי להעיב על תפקוד הוועדה. כמו כן, הוועדה מדווחת לראש הממשלה בלבד,⁹³³ וראוי להרחיב את מעגל הגורמים שלהם היא מדווחת, לרבות לוועדה פרלמנטרית מתאימה ולציבור בכלל.⁹³⁴

5.3

סיכום ביניים

האמור לעיל מראה כי חלקים ניכרים של פעילות המעקב המקוון המבוצעת בידי הרשויות בישראל אינם מוסדרים בדין. יתר על כן, גם כאשר הם מוסדרים הם אינם מוסדרים כהלכה, וגם ההצעות להסדירם לוקות בחסר.⁹³⁵ הפיקוח השיפוטי על פעילות סיגינטית הוא חלקי ביותר. הפיקוח הפרלמנטרי עליה הוא חשאי או, במקרה של משטרת ישראל, חלקי. הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה גם הוא חשאי, ואינו יורד לפרטי הפרטים של כל צד וצד.⁹³⁶ אכן, מבקר המדינה נדרש לנושא הסיגינט במשטרת ישראל כמה פעמים, אך מוסד ביקורת המדינה אינו תחליף לפיקוח שוטף – ואין לדעת אם במסגרת הביקורות החשאיות שערך המבקר לאורך השנים בקהיליית המודיעין נערכה ביקורת על ההיבטים סיגינטיים של פעילותה ומה טיבה של ביקורת זו.

932 ש.ס.

933 ש.ס.

934 ש.ס.

935 כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 274-279.

936 ראו דברי השופט בדימוס זיילר בדוח ועדת בן-ששון, לעיל ה"ש 327.

פיקוח על מעקב מקוון בישראל: הצעת מדיניות

פרק 6

6.1

עקרונות לפיקוח מיטבי על פעילות סיגינטית

בספרות האקדמית ובניירות עבודה של ארגונים בינלאומיים ניתן למצוא עקרונות וקווי מתאר למודל מיטבי של מערך פיקוח על ארגוני מודיעין ואכיפת חוק ועל פעילות סיגינטית בפרט.⁹³⁷ חלק זה יסקור את עיקר המלצותיהם והחלקים שלאחריו יציעו דרכים ליישמן בישראל.

• הסדרה מפורטת בחקיקה של מעקב מקוון כתנאי סף לפיקוח אפקטיבי

פיקוח על הפעילות הסיגינטית של ארגוני המודיעין ואכיפת החוק דורש חקיקה המגדירה בלשון ברורה ומפורטת את "גבולות הגזרה" של המותר והאסור

937 Nico Van Eijk, Eskens, van Daalen, & Van Eijk, *לעיל* ה"ש 23, *Standards for Independent Oversight: The European Perspective, in BULK COLLECTION: SYSTEMATIC GOVERNMENT ACCESS TO PRIVATE-SECTOR DATA 381* (Fred H. Born & Wills, OVERSEEING INTELLIGENCE; (Cate & James X. Dempsey eds., 2017 *Services, לעיל* ה"ש 23; BORN & LEIGH, *לעיל* ה"ש 23; HRC 2010, *לעיל* ה"ש 79; Electronic Frontier Foundation, *לעיל* ה"ש 175, בסי 3(1)-(2); HRC 2018, *לעיל* ה"ש 298; FRA 2017b, *לעיל* ה"ש 193; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, *לעיל* ה"ש 34; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, *לעיל* ה"ש 96; COEHR, *לעיל* ה"ש 34; ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, *לעיל* ה"ש 142.

במסגרת הפעלת אמצעי מעקב מקוון.⁹³⁸ הסדרה זו נדרשת מכוח עקרונות דמוקרטיים בסיסיים, כדי לשמור על שלטון החוק ולהבטיח קיומו של הליך ראוי והפעלה מידתית של אמצעי מעקב מקוון.⁹³⁹ על החוק לפרט את תפקידי סוכנויות המודיעין ואכיפת החוק, את האיום שעימו הן מתמודדות ואת התחולה הטריטוריאלית והפרסונלית של סמכויותיהן, ולשקף עקרונות של מידתיות וצמצום הפגיעה בזכויות אדם, כמו גם בקרות מפני ניצול לרעה של סמכויות לצרכים פוליטיים.⁹⁴⁰ נוסף על כך, יש לעגן את מעמדם וסמכויותיהם של גופי הפיקוח בחקיקה.⁹⁴¹

• מערך פיקוח אפקטיבי צריך להיות מקיף ושלם

על מנת שלא ייווצרו "שטחים מתים" שהוא אינו מכסה, מערך הפיקוח שתחת שבט ביקורתו מצויים שירותי הביטחון, המודיעין ואכיפת החוק נדרש להיות מקיף ושלם: מבחינה מוסדית, מבחינה טמפורלית, מבחינה תהליכית ומבחינה מהותית. יש גם לוודא כי מתבצעת הערכה תקופתית של אפקטיביות מערך הפיקוח.⁹⁴²

מבחינה מוסדית, על מערך הפיקוח להכיל רכיבים פנימיים וחיצוניים, המקיפים את כל רשויות השלטון, ולצידם גוף פיקוח ייעודי ועצמאי (ראו

938 ראו Hutton, לעיל ה"ש 129, בעמ' 100; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 19; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 11; Leigh, *Overseeing the Use*, לעיל ה"ש 129, בעמ' 122; Wetzling, *Intelligence Governance*, לעיל ה"ש 782.

939 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 34; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 263; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 17, 41; Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, בעמ' 9.

940 Farson, לעיל ה"ש 129, בעמ' 29; Born & Mesevage, לעיל ה"ש 50, בעמ' 19-18; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 10, 12; HRC 2018, לעיל ה"ש 175; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 29-31, 68-71.

941 Hutton, לעיל ה"ש 129, בעמ' 100; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 30; דוח הוועדה לחקירת מערך המודיעין בעקבות המלחמה בעיראק, לעיל ה"ש 123, בעמ' 65.

942 Born & Mesevage, לעיל ה"ש 50, בעמ' 17; Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, בעמ' 10; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14-15.

להלן).⁹⁴³ אין להסתפק בבקרה פנימית ובבקורות אקזוקטיביות בלבד,⁹⁴⁴ או רק במנגנון שיפוטי או מעין-שיפוטי לברור תלונות.⁹⁴⁵ בקרה פנימית, כפי שצוין לעיל בסעיף 3.1, היא הכרחית כדי להבטיח את קיומה ויעילותה של בקרה חיצונית;⁹⁴⁶ יש להבטיח כי במסגרתה יוקמו מנגנונים ונהלים לברור של תלונות פנים-ארגוניות.⁹⁴⁷

על הפיקוח הפרלמנטרי על סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק להיות מלא.⁹⁴⁸ יש להבטיח את עצמאותו ואי-תלותו ברשות המבצעת או בסוכנויות שעליהן הוא מפקח. מומלץ כי הליכי המינוי וההעברה מתפקידם של חברי ועדת פיקוח פרלמנטרית ייעשו על ידי הפרלמנט, וכי בוועדה לא יכהנו שרים.⁹⁴⁹

במסגרת מערך הפיקוח יש להבטיח כי יש גורם המשמש מען לתלונות הציבור.⁹⁵⁰ למעמדו ולסמכויותיו של גוף שכזה לברור תלונות צריך להיות עיגון סטוטורי.⁹⁵¹ עליו להיות עצמאי, ורצוי שיהא גוף ייעודי לטיפול בתלונות הקשורות לסוכנויות הביטחון ואכיפת החוק.⁹⁵² מומלץ לאפשר זכות עמידה רחבה בפני גוף שכזה,⁹⁵³ כמעט ללא תנאי סף ראייתיים הדורשים מהעותרים להוכיח את הפגיעה הנטענת

943 Born & Mesevage, *לעיל* ה"ש 50, בעמ' 20; HRC 2010, *לעיל* ה"ש 79, בפס' 13, 32, 35.

944 ראו *לעיל* ה"ש 186.

945 Forcese, *לעיל* ה"ש 402, בעמ' 195.

946 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, *לעיל* ה"ש 34, בפס' 16; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיג'נט, *לעיל* ה"ש 96, בפס' 21; Born & Leigh, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 46-49.

947 שם, בעמ' 46-47; HRC 2010, *לעיל* ה"ש 79, בפס' 25; Forcese, *לעיל* ה"ש 402, בעמ' 193.

948 Born & Leigh, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 180-184.

949 שם, בעמ' 87; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, *לעיל* ה"ש 34, בפס' 24.

950 COEHR, *לעיל* ה"ש 34, בעמ' 12-13.

951 Born & Leigh, *לעיל* ה"ש 23, בעמ' 109; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, *לעיל* ה"ש 34, בפס' 35.

952 Forcese, *לעיל* ה"ש 402, בעמ' 194; HRC 2010, *לעיל* ה"ש 79, בפס' 17.

953 Forcese, *לעיל* ה"ש 402, בעמ' 193; HRC 2010, *לעיל* ה"ש 79, בפס' 18.

בזכויות.⁹⁵⁴ סמכויותיו של גוף לבירור תלונות צריכות להיות רחבות יותר ממתן המלצה בלתי מחייבת לגופים המפוקחים על ידו, ויש להקנות לו סמכויות למתן סעדים – לכל הפחות סעדים ישירים למתלוננים.⁹⁵⁵

לצד הדרישה שמערך הפיקוח יהיה מקיף מבחינה מוסדית, עליו להיות גם מקיף מבחינה טמפורלית: באמצעות רכיביו השונים עליו להפעיל ביקורת מראש (אקס אנטה), וכן ביקורת במהלך הפעילות הסיגינטית ולאחריה (אקס פוסט).⁹⁵⁶

מבחינה תהליכית, מערך הפיקוח צריך להקיף את כל תהליכי הפקת המודיעין: איסוף, אחסון ושימור, בחירה ועיון (selection and examination)⁹⁵⁷ וניתוח מידע.⁹⁵⁸ בהקשר זה יש לתת את הדעת על הצורך בפיקוח על שיתוף מידע בין רשויות המדינה,⁹⁵⁹ כמו גם על האופי והמידה של הפיקוח על שיתוף פעולה מודיעיני עם סוכנויות זרות.⁹⁶⁰ הדעות חלוקות באשר לאופיו של גוף הביקורת שרצוי שיפקח על שיתוף הפעולה עם סוכנויות זרות.⁹⁶¹

954 ראו לדוגמה המלצתו של Anderson, A Question of Trust, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.102(a), באשר להרחבת זכות העמידה בפני טריבונל סמכויות החקירה.

955 Born & Leigh, לעיל ה"ש 23, בעמ' 109; Forcese, לעיל ה"ש 402, בעמ' 195; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 18; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 14; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 26.

956 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 35-36; Born & Mesevage, לעיל ה"ש 50, בעמ' 20; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 12; den Boer, לעיל ה"ש 24, בעמ' 84; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 20.

957 לדוגמה, בגרמניה יש לקבל את אישורה מראש של ועדת סעיף 10 לסלקטורים שבהם ייעשה שימוש בתהליכי הבחירה והבחינה. ראו דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 112; וכן לעיל בסעיף 4.5.3.

958 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 36; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 11.

959 Roach, *Overseeing Information*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 139-142, 144-145.

960 Hutton, לעיל ה"ש 129, בעמ' 100; Roach, *Overseeing Information*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 134-139; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 13.

961 Born & Leigh, לעיל ה"ש 23, בעמ' 67, ממליצים על אישור מיניסטרילי; עמדת ועדת ונציה היא שרצוי להפעיל פיקוח פרלמנטרי, ראו לעיל ה"ש 253. לעמדות החומכות בפיקוח עצמאי על שיתוף פעולה מודיעיני עם סוכנויות זרות ראו

מבחינה מהותית, פיקוח על פעילות סייגניטית של ארגוני הביטחון ואכיפת החוק יכול לבחון את אפקטיביות הפעילות, חוקיותה ויעילותה, כמו גם היבטים של תקציב ושל שמירה על זכויות אדם⁹⁶² ועל מינהל תקין בארגון.⁹⁶³ מטרות אלו צריכות להיות מוגדרות בפירוט בחקיקה, ויש לעדכן אותן מעת לעת בהתאם לשינוי התפקידים הסטטוטוריים של הארגונים המפוקחים.⁹⁶⁴ הספרות אינה מזכירה תמיד את כל המטרות שצוינו לעיל יחדיו כיעדים של גופי הפיקוח, והיא נוטה להתמקד בפיקוח על ציות לחוק (compliance), אפקטיביות ויעילות תקציבית.⁹⁶⁵ הקושי במציאת האיזון הנכון בין שלוש מטרות אלו בלבד עשוי להסביר מדוע גופי הפיקוח נוטים להתמקד באחת או שתיים מהן, אם מכיוון שהמנדט שלהם הוגבל לכך מראש לפי דין ואם משום שבפועל הם בחרו מבין המטרות בעצמם.⁹⁶⁶

Electronic Frontier Foundation, **לעיל** ה"ש 298, בעמ' 11; HRC 2010, **לעיל** ה"ש 79, בפס' 49; COEHR, **לעיל** ה"ש 34, בעמ' 12.

962 COEHR, **שם**, בעמ' 11, מדגישים כי הגנה על זכויות אדם כוללת לא רק את ההגנה על הזכות לפרטיות אלא גם הגנה על זכויות נוספות (ובתוכן חופש הדיבור, ההתאגדות, הדת, המחשבה והמצפון).

963 BORN & LEIGH, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 84; HRC 2010, **לעיל** ה"ש 79, בפס' 13; כהנא ושני רגולציה, **לעיל** ה"ש 2, בעמ' 287-290.

964 BORN & LEIGH, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 84; den Boer, **לעיל** ה"ש 24, בעמ' 83; HRC 2010, **לעיל** ה"ש 79, בפס' 34.

965 Born & Mesevage, **לעיל** ה"ש 50, בעמ' 18; BORN & LEIGH, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 96-100; Eskens, van Daalen, & Van Eijk, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 35-36; Wills, *Financial Oversight*, **לעיל** ה"ש 79.

Michelle Cayford, Wolter Pieters, & Constant Hijzen, *Plots, Murders, and Money: Oversight Bodies Evaluating the Effectiveness of Surveillance Technology*, 33 INTELLIGENCE AND NATIONAL SECURITY 999, 1011-1012 (2018)

• פיקוח אפקטיבי נדרש להיות עצמאי ובלתי

תלוי

כפי שצוין לעיל, רצוי כי לכל הפחות גורם אחד במערך הפיקוח על פעילות סיגינטית יהיה עצמאי וחסר תלות.⁹⁶⁷ ואכן, פרמטר חשוב המשפיע על האפקטיביות של מרבית מנגנוני הפיקוח שתוארו בפרק 3 לעיל הוא מידת העצמאות והיעדר התלות שלהם בגורמים פוליטיים ובגופים המפוקחים עצמם.⁹⁶⁸ הכפיפות הארגונית,⁹⁶⁹ הסמכות ליזום חקירה,⁹⁷⁰ דרכי המינוי והעברה מכהונה,⁹⁷¹ הסמכות לאשר או לאסור על שימוש באמצעי מעקב מקוון⁹⁷² ושקיפותו והמגבלות החלות על גישתו למידע – אלה הם כמה מהמדדים להערכת מידת העצמאות של גוף פיקוח.

מידת העצמאות של הפיקוח השיפוטי עשויה להשפיע על החשש שבתי המשפט משמשים כחותמת גומי,⁹⁷³ ויש להבטיחה.⁹⁷⁴ גם גישת בית הדין האירופי לזכויות אדם מדגישה את חשיבות עצמאותו של הגורם המבקר את ההחלטות הנוגעות לשימוש באמצעים שעשויים להשפיע על זכויות אדם בסיסיות, גם כאשר אלו

967 ראו לעיל ה"ש 943; Farson, לעיל ה"ש 129, בעמ' 43; den Boer, לעיל ה"ש 24, בעמ' 79.

968 ראו FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 20; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 11.

969 ראו Jennifer L. Selin, *What Makes an Agency Independent?* 59 AMERICAN J. POL. SCI. 971, 975–976 (2015).

970 ראו FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 93–91; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14.

971 ראו לדוגמה לעיל ה"ש 949; Anderson, *The Independent Review*, לעיל ה"ש 516, בעמ' 548; Richards, *Report*, לעיל ה"ש 680, בפס' 121; Selin, לעיל ה"ש 969, בעמ' 974–973; HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' 3(7)b-c.

972 להבדיל מהסמכות להסכים להחלטה לאשר; ראו לעיל ה"ש 502.

973 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 36–37.

974 Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, בעמ' 9; Hutton, לעיל ה"ש 129, בעמ' 100.

נתקבלו על רקע של איום ביטחוני.⁹⁷⁵ באשר לפעילות סיגינטית בפרט, גישת בית הדין נוטה להעדיף את בית המשפט בתור הגוף העצמאי המפעיל פיקוח מראש על השימוש באמצעי מעקב מקוון.⁹⁷⁶ בהיעדר פיקוח שיפוטי על פעילות סיגינטית, הלכת בית הדין האירופי לזכויות אדם עדיין דורשת קיומו של גורם עצמאי במערך הפיקוח.⁹⁷⁷

• פיקוח מראש על פעילות סיגינטית

כפי שתואר לעיל, מומלץ שמערך הפיקוח יהיה מקיף מבחינה טמפורלית, ושיוכל באמצעות מרכיביו השונים להפעיל גם פיקוח לפני מעשה.⁹⁷⁸ חשיבותו של פיקוח עצמאי מראש מקבלת משנה תוקף כשמדובר באישור מראש של שימוש באמצעי מעקב מקוון שיש בצידם פגיעה חמורה בזכויות אדם,⁹⁷⁹ ומן הראוי להפעיל פיקוח מראש גם בהקשרים של השגת מידע אישי מגופים פרטיים כגון ספקי שירותי תקשורת, וכן מרשתות חברתיות ופלטפורמות אינטרנט אחרות.⁹⁸⁰

975 עניין *Al-Nashif*, לעיל ה"ש 436, בפס' 123.

976 *Eskens, van Daalen, & Van Eijk*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 16, 19-20; עניין *Klass*, לעיל ה"ש 174, בפס' 56; דעת המיעוט של השופטת קוסקלו, שאליה הצטרפה השופטת טורקוביץ' בעניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 16-29.

977 *Eskens, van Daalen, & Van Eijk*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 19-20; עניין *Iordachi*, לעיל ה"ש 325, בפס' 40; עניין *Popescu*, לעיל ה"ש 440, בפס' 70-71; עניין *Weber*, לעיל ה"ש 367, בפס' 50; עניין האח הגדול, לעיל ה"ש 298, בפס' 309; עניין *Telegraaf*, לעיל ה"ש 367, בפס' 68; *ANDERSON, A QUESTION OF TRUST*, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.53; עניין *Kennedy*, לעיל ה"ש 440, בפס' 166 באשר למפקח על יירוט תקשורת (אחד משלושת גופי הפיקוח שקדמו לנציבות סמכויות החקירה) ובפס' 167 באשר לטריבונול סמכויות החקירה; עניין *Zakharov*, לעיל ה"ש 119, בפס' 257-260. ראו גם (בהקשר של מעקב GPS) עניין *Uzun*, לעיל ה"ש 440, בפס' 72. לגישה דומה של בית המשפט האירופי לצדק (ECJ) ראו עניין *DR1*, לעיל ה"ש 461, בפס' 62.

978 *Eskens, van Daalen, & Van Eijk*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 37-38; *BORN & LEIGH*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 37-42; HRC 2018: 42-37, לעיל ה"ש 175, בס' b(3(7).

979 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 35.

980 COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 12; HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' (3(2), 4(2)(3). (a), 4(3). ראו גם המלצות ה-*Law Council of Australia*, לעיל ה"ש 96, בפס' 67-75, שלפיהן יש להתנות גישה לנתוני תקשורת (telecommunication data) בצו.

יש להבטיח כי החלטות שנתקבלו במסגרת פיקוח לפני מעשה על פעילות סיגינטית כפופות להליך בקרה בדיעבד, שכן מדובר בתהליכים דינמיים הדורשים רביזה מתמידה.⁹⁸¹ בהקשר זה יש הממליצים לשקול הפרדה בין הגוף המפעיל פיקוח בדיעבד לבין הגוף המאשר פעילות סיגינטית מראש, כדי למנוע ולו מראית עין שלפיה אותו גוף "בודק את שיעורי הבית של עצמו".⁹⁸²

• סמכות לקביעת אי-חוקיותם של אמצעים סיגינטיים ולמתן סעד

בחינת מידת הציות לחוק (compliance) של סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק, רבותם חוקיותם של אמצעי המעקב המקוון שבהם נעשה שימוש ושל נוהלי הפעלתם, היא מטרה מרכזית של הפיקוח עליהן.⁹⁸³ כדי שהפיקוח על פעילות סיגינטית יהיה אפקטיבי יש להציב במערך הפיקוח מנגנונים שלהם הסמכות להכריז על אמצעי מעקב מקוון כבלתי חוקי, לעצור את הפעלתו או למנוע אותה מלכתחילה,⁹⁸⁴ כמו גם להעניק סעדים אישיים למי שזכויותיהם נפגעו בשל כך.⁹⁸⁵ גם הדין האירופי רואה בסמכויות אלה אמת מידה לאפקטיביות הפיקוח.⁹⁸⁶

למעט השגת נחוני תקשורת של עיתונאים, הדין האוסטרלי אינו מתנה השגה של נחוני תקשורת למטרות ביטחון ואכיפת חוק בצו שיפוטי מראש.

981 דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 24; THORSTEN WETZLING, THE KEY TO INTELLIGENCE REFORM IN GERMANY: STRENGTHENING THE G 10-COMMISSION'S ROLE TO AUTHORIZE STRATEGIC SURVEILLANCE 18 (Stiftung Neue Verantwortung, 2016)

982 Office of the Interception of Communications Commissioner, לעיל ה"ש 982, בפס' 14.98; COEHR, לעיל ה"ש 12.

983 ראו לעיל ה"ש 965-966.

984 COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 11-13; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 14; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 35, 32; Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 38.

985 ראו לעיל ה"ש 955.

986 עניין Weber, לעיל ה"ש 367, בפס' 80, 167; עניין Klass, לעיל ה"ש 174, בפס' 21, 53, 56.

• הטמעת יסודות אדוורסריים במערך הפיקוח

מאחר שהליכי אישור מראש של פעילות מעקב מקוון נעשים לרוב במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, יש להבטיח כי בית המשפט או הגוף המעין־שיפוטי המוסמך לאשר פעילות זו יביא בחשבון בין שיקוליו גם עמדות לעומתיות, אשר מגינות על אינטרסים של זכויות אדם וחירויות פרט, שאינם תמיד בראש מעייני סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק המבקשות את הצו.⁹⁸⁷ נוסף על הוראות סטטוטורית המנחות את הגורם המאשר להביא בחשבון שיקולים אלה,⁹⁸⁸ רצוי לאפשר לגורם אדוורסרי להעלות טענות המחזקות אותם. בהליכי אישור מראש של פעילות סיגינטית אפשר לשלב עורכי דין מיוחדים לקידום היבטים של הגנה על פרטיות,⁹⁸⁹ זכויות אדם וחירויות פרט. בארצות הברית, על בית המשפט למודיעין זר למנות חמישה ידידי בית משפט שבהם הוא יכול להיעזר כאשר מתעוררת שאלה משמעותית או חדשנית שבדין.⁹⁹⁰

הצורך בחיזוק האדוורסריות אינו מוגבל רק להליכי אישור מראש, אלא רלוונטי גם להליכי פיקוח ובקרה בדיעבד. בית הדין האירופי לזכויות אדם עמד על חשיבות היסוד האדוורסרי בהליכים הבוחנים החלטות הנוגעות לשימוש באמצעים שעשויים להשפיע על זכויות אדם בסיסיות, גם כאשר אלו נתקבלו על רקע של איום ביטחוני.⁹⁹¹ בשל החשאיות הנלוות להליכים אלו, חלק מהדיון

987 כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 286.

988 ראו לדוגמה ס' 4(א), 4(א2), 6(א) לחוק האזנת סתר; ס' 3(א), 3(ז) לחוק נתוני תקשורת; ס' 2 לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA); כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 143-144.

989 COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 12; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגינט, לעיל ה"ש 96, בפס' 17. על עורכי דין מיוחדים ראו גם נתנאל בנישו ומאיר ויגיסר "ראיות חסויות וסנגורים מיוחדים בהליכי מעצר מנהלי בבתי המשפט הצבאיים באיזור יהודה ושומרון" שערי משפט ט 61, 81-85 (2017); בן דוד, לעיל ה"ש 309, ובפרט בעמ' 32 לחיבור הסדר זה באשר ליירוט תקשורת בדין הניו־זילנדי; לעמדות המתנגדות למעורבות של גורמים אובייקטיביים בהליך, מחשש לסיכול האפקטיביות והסודיות שלו, ראו חוות דעת האזנת סתר 2010, לעיל ה"ש 172, בעמ' 60.

990 ראו לעיל בסעיף 4.3.4, ובפרט ה"ש 638. לדוגמה מקנדה ראו Roach, *Review and Oversight*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 191.

991 עניין *AI-Nashif*, לעיל ה"ש 436, בפס' 123.

עשוי להיערך במעמד צד אחד, או שבמסגרתו אפשר שיוגשו לעיון בית המשפט ראיות חשאיות. מצב דברים זה, שבו צד אחד אינו חשוף לתמונה המלאה ועצם הגישה שלו לערכאות מוגבלת בשל תנאי סף פרודצורליים ולרוב בחוסר ידיעה של היקף הפגיעה בזכויותיו, מדלל את היסוד האדוורסרי שבהליך.⁹⁹² משכך, גם בהליכים שבדיעבד יש לחזק את היסוד האדוורסרי,⁹⁹³ אם באמצעות מוסד של עורכי דין מיוחדים שלהם מותרת גישה לחומר חסוי, ואם באמצעות הגמשת הכללים הפרודצורליים באופן שיאפשר שלב מקדים של דיון משפטי תאורטי ללא דרישות ראייתיות.⁹⁹⁴

• חיזוק מומחיותם ומקצועיותם של גורמי מערך הפיקוח

הפיקוח על פעילות מעקב מקוון הוא משימה מורכבת הדורשת מומחיות רבה בסוגים שונים של דיסציפלינות, לרבות בנושאי ביטחון לאומי, מודיעין,⁹⁹⁵ משפט⁹⁹⁶ וטכנולוגיה.⁹⁹⁷ משכך, אפקטיביות מערך הפיקוח תלויה במקצועיות ובמומחיות של כוח האדם שלו.⁹⁹⁸ בלי מומחיות מקצועית, גם מערך פיקוח שנהנה מגישה מלאה למידע אינו יכול לבחון באופן ביקורתי את המידע שאליו הוא חשוף.⁹⁹⁹

992 ראו לעיל בסעיף 3.2.2, ובפרט ה"ש 338-340.

993 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 38-39; דוח ונציה בעניין סוכנויות הסיגנט, לעיל ה"ש 96, בפס' 17; דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 31.

994 ראו להלן בסעיף 4.2.3. ראו גם המלצתו של Anderson, A Question of Trust, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.102(b), לאפשר לטריבונל סמכויות החקירה לשמוע טענות אדוורטריות "חזקות".

995 ראו לדוגמה לעיל ה"ש 173, 318.

996 ראו לדוגמה לעיל ה"ש 256.

997 ראו לדוגמה לעיל ה"ש 317.

998 den Boer, לעיל ה"ש 24, בעמ' 79.

999 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14.

יתר על כן, מומחיות מחזקת את עצמאות מערך הפיקוח, שאינו תלוי בתיווך ובפרשנות של הגורמים המקצועיים שעליהם הוא מפקח כדי לבחון את המטרייה המשפטית, המודיעינית או הטכנולוגית שבה הוא דן. בהיעדר מומחיות בענייני מודיעין וביטחון קשה להעריך בצורה מדויקת את מידת האיום הביטחוני, את הפגיעה בזכויות אגב הפעלת האמצעי הסיגינטי המבוקש בצו, את החלופות לו, את מידת התרומה של השגת המידע המבוקש לסיכול האיום הביטחוני, כמו גם את מידת האיום הביטחוני עצמו – וגוברת הנטייה לקבל את עמדת הגורמים המקצועיים.¹⁰⁰⁰ מקצועיות מערך הפיקוח מחזקת לא רק את הלגיטימיות שלו עצמו, אלא גם את זו של הגופים שעליהם הוא מפקח.¹⁰⁰¹

אשר על כן, יש להבטיח את רמת המומחיות המקצועית של מערך הפיקוח – טכנית, מודיעינית/ביטחונית ומשפטית, לפי העניין – באופן המאפשר לבעלי הסמכות בו להפעיל שיקול דעת מיועד, מלא ועצמאי.¹⁰⁰² זאת אפשר לעשות באמצעות הכשרה משלימה לחברי הגופים השונים במערך הפיקוח,¹⁰⁰³ או הוספת תקנים למומחים מקצועיים.¹⁰⁰⁴ דרך נוספת לפיתוח מומחית מקצועית היא קיום דיאלוג פתוח עם האקדמיה וארגוני החברה האזרחית – אשר יכולים להעשיר את השיח.¹⁰⁰⁵

1000 ראו לעיל בסעיף 3.2.2.

1001 den Boer, לעיל ה"ש 24, בעמ' 84; ראו גם לעיל בסעיף 2.2.

1002 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11-12, Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, בעמ' 9.

1003 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 30, 34.

1004 ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.99, ממליץ שגוף הפיקוח יסתייע במומחים משפטיים חיצוניים; להמלצה על הסמכת גופי פיקוח חיצוניים, רבות ועדות פרלמנטריות, לשכור לפי הצורך את שירותיהם של מומחים חיצוניים (בייחוד בנושאים טכנולוגיים) ראו COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14.

1005 ראו לדוגמה ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.99; Review Committee on the Intelligence, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11; FRA 2017b; HRC 2018; and Security Services (CTIVD), Annual Report 2016 (2017), לעיל ה"ש 175, בס' 7(2)d; כן ראו לעיל ה"ש 361.

• הקצאת משאבים ראויה

מעקב מקוון הוא עניין מורכב מבחינה טכנולוגית, והפיקוח עליו דורש מומחיות אינטר־דיסציפלינרית, כמו גם שעות עבודה רבות (לנוכח היקף הפעילות הסיגינטית, וזו הנדרשת לאישור מראש בפרט, וכן לאור סד הזמנים המבצעי שבו נתונה ביקורת מראש). ארגוני מודיעין ואכיפת חוק נהנים לרוב מהקצאת משאבים נדיבה, וזו אינה פוסחת על היבטים בעבודתם הנוגעים למעקב מקוון.¹⁰⁰⁶ מנגד, גופי הפיקוח מתוקצבים בדרך כלל בחסר, ומאוישים בצוות קטן שאינו יכול לפקח באופן מקיף על כלל הפעילות הסיגינטית.¹⁰⁰⁷

הקצאת משאבים ראויה מאפשרת פיקוח אפקטיבי ומחזקת את העצמאות והמומחיות של מערך הפיקוח.¹⁰⁰⁸ היקף המשאבים המוקצים צריך לשקף את המנדט של גורמי הפיקוח;¹⁰⁰⁹ רצוי שמערך הפיקוח יתוקצב באופן עצמאי וישיר על ידי הפרלמנט,¹⁰¹⁰ ושהתקציב יעודכן מעת לעת בהתאם לשינויים בתקצוב הגופים המפוקחים.¹⁰¹¹

• שקיפות

בניית אמון ציבורי במערך הפיקוח על מרכיביו (ובהתאם לממצאיו, בגופים המפוקחים) מחייבת מידה מסוימת של שקיפות.¹⁰¹² שקיפות מאפשרת למי שסבור שזכויותיו נפגעו לפנות לערכאות המתאימות על מנת לקבל סעד,

1006 ראו לעיל ה"ש 51.

1007 ראו לדוגמה *Roach, Review and Oversight*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 183; *Miller, Intelligence Oversight*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 270.

1008 *Eskens, van Daalen, & Van Eijk*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 39; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14; *Electronic Frontier Foundation*, לעיל ה"ש 298, בעמ' 9; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11.

1009 *Born & Leigh*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 84.

1010 HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14.

1011 *COEHR*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14.

1012 *Nathan*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 54.

ומחזקת את אחריותיות הגופים המפוקחים כלפי הציבור.¹⁰¹³ מפאת אילוצי ביטחון לאומי, גילוי מלא ופומבי של מידע אינו אפשרי, ונדרשת מידה מסוימת של הסתרה.¹⁰¹⁴ הציפייה לשקיפות מלאה בעניינים מבצעיים אינה מציאותית,¹⁰¹⁵ אך אפשר לנסח מדיניות מובנית המאפשרת דרגות שונות של גילוי מידע בהתאם למידת הפומביות שבפרסום ולשיקולי ביטחון לאומי, הכוללת סטנדרט מינימלי של פרטים שאפשר לתת להם פומבי, תוך חתירה לשקיפות המרבית שבגדר האפשר.¹⁰¹⁶

שכבה ראשונה של שקיפות היא קיומו של חוק נגיש,¹⁰¹⁷ נהיר, ומפורט דין, המאפשר לציבור להעריך את המסגרת המשפטית שבה נערכת הפעילות הסיגינטית.¹⁰¹⁸ שכבה שנייה של שקיפות היא הדיווחים העיתיים וממצאי החקירה של הגורמים במערך הפיקוח, ועליה להיות פתוחה לעיון הציבור, בכפוף לאילוצי ביטחון לאומי.¹⁰¹⁹ על דיווחים עיתיים כאמור לכלול המלצות לתיקון פגמים שנתגלו במהלך הביקורת, ועל הגוף המפקח לעקוב אחר יישום ההמלצות שנתן.¹⁰²⁰ פרסום החלטות ופסקי דין של ערכאות שיפוטיות או מערך שיפוטית בעניינים הנוגעים למעקב מקוון רצוי שיהיה הכלל, ולא החריג.¹⁰²¹ בהתאמה, על אותן ערכאות לערוך דיונים אלה בדלתיים פתוחות, ככל שהדבר

- 1013 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 40; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11-12.
- 1014 ראו לדוגמה את גישת מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 52.
- 1015 ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בעמ' 306.
- 1016 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 40; Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, בעמ' 10.
- 1017 HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' 4(2)(c), 3(2).
- 1018 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 27-28; עניין Malone, לעיל ה"ש 440, בפס' 67-68; עניין Liberty, לעיל ה"ש 177, בפס' 68-69.
- 1019 den Boer, לעיל ה"ש 24, בעמ' 84; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 84; FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11-12; HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' 7(2), 4(2)a; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14.
- 1020 den Boer, לעיל ה"ש 24; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23.
- 1021 MURPHY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 70; Nathan, לעיל ה"ש 41, בעמ' 52.

מתאפשר.¹⁰²² שקיפות צריכה לחול גם על השגת מידע מספקי שירותי תקשורת ופלטפורמות מקוונות, ויש לעודד פרסום דוחות שקיפות של גורמים אלה.¹⁰²³

יש הממליצים כי בכפוף למתן זכות עיון מקדימה לממשלה ולסוכנויות המודיעין ואכיפת החוק, לגוף הפיקוח תישמר הסמכות לקבוע אם לא לתת פומבי לחלקים מדיווחיו גם אם הומלץ לו אחרת.¹⁰²⁴ באופן דומה, רצוי כי הגוף המחליט אם דיון ייערך בדלתיים סגורות או בפומבי יהיה הערכאה השיפוטית (או המעין שיפוטית) שבה הדיון נערך.¹⁰²⁵

מתן זכות ליידוע וגישה למידע למי שהיו נתונים במעקב (בכפוף לאילוצים מבצעיים) הם היבטים נוספים של שקיפות. יש הממליצים כי גוף עצמאי יוסמך להחליט אם להורות על מימושן של זכויות אלו.¹⁰²⁶ אנדרסון המליץ לצמצם את זכות היידוע למקרים של טעות באיסוף.¹⁰²⁷

• נגישות למידע

פיקוח אפקטיבי על סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק, ועל פעילותן הסיגינטית בפרט, מחייב גישה לכל המידע הנמצא בידיהן או לחלק ניכר ממנו.¹⁰²⁸ הדברים

1022 BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 109.

1023 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 41: Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, בעמ' 10: HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' 4(2)d-e.

1024 BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 95.

1025 Nathan, לעיל ה"ש 41, בעמ' 64.

1026 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 29-30, 33-34: HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 39-40.

1027 ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.102(b). השו"ע עם הדין האירופי - שם, בפס' 14.104. למימוש ההמלצה בדין הבריטי ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 177.

1028 Eskens, van Daalen, & Van Eijk, לעיל ה"ש 23, בעמ' 40-41: FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 12: COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 13.

יפים באשר לפיקוח אקזקטיבי-מיניסטרילי,¹⁰²⁹ לוועדות פרלמנטריות¹⁰³⁰ ולגופי מומחים עצמאיים,¹⁰³¹ הן במסגרת פיקוח מראש¹⁰³² והן במסגרת פיקוח בדיעבד.

הקניית גישה מלאה למידע למערך הפיקוח צריכה שתהיה הכלל, ולא החריג.¹⁰³³ עם זאת, רצוי להתאים את היקף הגישה למנדט הפיקוח.¹⁰³⁴ מומלץ כי לצד מתן גישה מלאה למידע למערך הפיקוח, סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק יעדכנו את גורמי הפיקוח באופן יזום מעת לעת.¹⁰³⁵ יש גופי פיקוח עצמאיים בחלק ממדינות אירופה המקבלים גישה בזמן אמת למערכות המודיעיניות, המונעת מהגופים המפוקחים להעריך מראש אילו קבצים ונתונים ייבדקו.¹⁰³⁶

1029 BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 57-59.

1030 שם, בעמ' 91-93.

1031 Electronic Frontier Foundation, לעיל ה"ש 298, בעמ' 10; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14, 17, 39.

1032 ראו למשל Murray & Keenan, לעיל ה"ש 498, בעמ' 3.

1033 Nathan, לעיל ה"ש 41, בעמ' 64; HRC 2018, לעיל ה"ש 175, בס' 14.

1034 den Boer, לעיל ה"ש 24, בעמ' 83.

1035 BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 91-93; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14; מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 56-57.

1036 לדוגמה ראו לעיל ה"ש 736. כמו כן, ועדת הפיקוח הדנית על שירותי המודיעין מדגישה בדוחותיה השנתיים כי יש לה גישה ישירה למערכות של שירותי הביון. The Danish Intelligence Oversight Board, *Annual Report 2018: Danish Center for Cyber Security*, 6, 21-22 (2019); The Danish Intelligence Oversight Board, *Annual Report 2018: Danish Defence Intelligence Services*, 5 (2019); The Danish Intelligence Oversight Board, *Annual Report 2018: Danish Security and Intelligence Service*, 5 (2019). הגישה הישירה למערכות מודיעיניות נבחנת גם על ידי ועדת הפיקוח הפרלמנטרית של נורווגיה על סוכנויות המודיעין והביטחון (EOS), ובדוח השנתי של 2018 צויין כי נציגיה דנו בנושא עם עמיתים בארצות הברית. The Norwegian Parliamentary Oversight Committee on Intelligence and Security Services, *Annual Report 2018* (2019) (להלן: EOS 2018).

על מנת לצמצם נזקים של הדלפות מכוונות או בלתי מכוונות מצד חברי פרלמנט, מומלץ להעבירם הליך של סיווג ביטחוני¹⁰³⁷ (שאינו תנאי לכהונה בוועדת הפיקוח הפרלמנטרית),¹⁰³⁸ בעל קריטריונים עקביים, פומביים וברורים.¹⁰³⁹ עוד מומלץ להעביר לחברים בוועדות פיקוח פרלמנטריות הכשרות והשתלמויות תקופתיות בביטחון מידע, ולאבטח את המערכות שבהן הם עושים שימוש.¹⁰⁴⁰ עקרונות אלה יפים לכל הגורמים במערך הפיקוח, ושמירה על סודיות מידע מפוגגת חששות ומעודדת שיתוף פעולה מצד הגופים המפוקחים.¹⁰⁴¹

6.2

מערך הפיקוח הישראלי על מעקב מקוון: בחינה חוזרת

בסעיף 6.1 לעיל פורטו עקרונות לבחינת איכותם של מערכי פיקוח לאומיים על פעילות סיגינטית. חלק זה יבחן את מידת ההלימה של מערך הפיקוח הישראלי הקיים, כפי שתואר בסעיף 5.2 לעיל, עם עקרונות אלה.

• הסדרה מפורטת בחקיקה של מעקב מקוון?

הדין הישראלי לוקה בהסדרת־חסר של פעילותם הסיגינטית של ארגוני הביטחון ואכיפת החוק.¹⁰⁴² התחולה הטריטוריאלית של דיני המעקב המקוון בישראל

1037 Nathan, לעיל ה"ש 41, בעמ' 64.

1038 דוח ונציה בעניין שירותי הביטחון, לעיל ה"ש 34, בפס' 24; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 87.

1039 ש.ס.

1040 ש.ס, בעמ' 93; Nathan, לעיל ה"ש 41, בעמ' 64; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 15.

1041 ש.ס; COEHR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14.

1042 השוו לרמח הפירוט של הדין בגרמניה (ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 199–215), בבריטניה (ש.ס, בעמ' 138–186) ובהולנד (ראו לעיל בסעיף 4.4).

תוחמת אותם בגבולות המדינה, ובהתאמה שימוש באמצעים סיגינטיים מעבר לים או בשטחים שבשליטת מדינת ישראל נעדר כל עיגון סטטוטורי.¹⁰⁴³ הדין הישראלי נעדר התייחסות לסוגיות רבות שלהן יש מענה בדין המשווה,¹⁰⁴⁴ והוא רזה ובלתי מפורט. השימוש השכיח שנעשה במסגרתו בכללים חשאיים מקשה על קיומו של פיקוח מקיף על פעילות סיגינטית, ועל פיתוח גוף ידע אזרחי ופרשני הדין בכללים אלה.¹⁰⁴⁵

• מערך פיקוח משלם ?

האם מערך הפיקוח הישראלי על פעילות סיגינטית של ארגוני הביטחון ואכיפת החוק הוא אכן מקיף ושלם? מבחינה מוסדית, למעט גוף פיקוח ייעודי ועצמאי, נראה שתמהיל מערך הפיקוח הישראלי כולל מנגנוני פיקוח פנימיים¹⁰⁴⁶ וחיצוניים, אקזקוטיביים, פרלמנטריים ושיפוטיים, כמו גם ביקורת כללית של מבקר המדינה.

פעילותם של גופים אלה, בעיקר בהיבטים הנוגעים לפיקוח על מעקב מקוון לתכליות ביטחוניות, נעדרת מידת השקיפות הנדרשת כדי להעריך אל נכונה את הלימתם עם העקרונות שתוארו בסעיף 6.1 לעיל, ובמיוחד הדבר נכון באשר לפעילותם של מנגנוני הבקרה הפנימיים והחיצוניים למחצה. משכך, במסגרת בחינת מערך הפיקוח הישראלי בראי עקרונות אלו לא נתייחס להלן לביקורת ארגוניות פנימיות. מאחר שפיקוח פנימי אפקטיבי הוא תנאי סף לאפקטיביות

1043 כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 233-238, 275.

1044 שם, בעמ' 274-279.

1045 ראו להלן ה"ש 1107.

1046 עם זאת, ייתכן שמנגנוני הביקורת הפנימיים אינם מען אפקטיבי לתלונות פנימיות. על תלונות של חיילים על התנהלות בלתי חוקית ראו אצל דרומי ורכבי, הטוענים כי פנייה לפרקליטות הצבאית הראשית, למבקר המדינה או ליועץ המשפטי לממשלה אינה מספקת מענה ראוי, וכי רצוי להקים ועדה פרלמנטרית שתשמש כאומבוסדמן לתלונות מסוג זה. חוס דרומי וגלי רכבי "הצעה לשינוי בהסדרי הביקורת הצבאית לאור פרשת ענת קם" הארת דין ז 23 (תשע"ה).

של הפיקוח החיצוני,¹⁰⁴⁷ נניח כי הבקורות הפנימיות אפקטיביות דיין כדי לתעד ולייצר את הנתונים הנדרשים לשם כך.

עם זאת, מערך הפיקוח הישראלי על הפעילות הסיגינטית של ארגוני הביטחון ואכיפת החוק נעדר גוף עצמאי המפעיל פיקוח טמפורלי מלא באופן רציף ויעודי. הגורמים היחידים במערך שמפעילים פיקוח מראש על פעילות סיגינטית – בית המשפט והיועץ המשפטי לממשלה – עושים זאת באופן חלקי.¹⁰⁴⁸

ככלל, האזנת סתר והשגת נתוני תקשורת לתכליות של אכיפת חוק ומניעת פשע כפופות לאישור שיפוטי מראש.¹⁰⁴⁹ לעומת זאת, פיקוח מראש על פעילות סיגינטית לתכליות ביטחוניות כמעט אינו קיים. האזנות סתר לתכליות של ביטחון המדינה אינן טעונות אישור מראש, אולם אם במקרים דחופים בוצעה האזנת סתר לתכליות אלו על בסיס היתר מאת ראש רשות ביטחון, יש ליידע את היועץ המשפטי לאלתר בכתב על כך, וזה רשאי לבטל את ההיתר.¹⁰⁵⁰ ואולם האזנה לשיחה חסויה כפופה לאישור מאת בית המשפט, אך זה יכול להינתן גם למפרע.¹⁰⁵¹ כמו כן, פרט לחידוש היתרים להאזנות סתר לתכליות של מניעת דלף מידע ביטחוני לתקופה העולה על שלושים ימים, הכפוף לאישור היועץ המשפטי לממשלה, היתרים אלו אינם מותנים באישור מראש.¹⁰⁵² איסור נתוני תקשורת בידי השב"כ ושימוש בהם נעדרים לחלוטין פיקוח מראש של בית המשפט או של היועץ המשפטי לממשלה.¹⁰⁵³

1047 ראו לעיל ה"ש 946.

1048 ראו גם עמיר כהנא ויובל שני "כיסוי חלקי: ביקורת שיפוטית על מעקב מדינה מקוון בישראל" פרלמנט 83 (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019) (להלן: כהנא ושני "כיסוי חלקי"); כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 281-287.

1049 ס' 6 לחוק האזנת סתר; ס' 3 לחוק נתוני תקשורת.

1050 ס' 5(ג) לחוק האזנת סתר.

1051 ס' 5(ד), 9(א) לחוק האזנת סתר.

1052 ס' 4(ב) לחוק האזנת סתר.

1053 ס' 11 לחוק השב"כ.

אף שלמרובית מרכיביו של מערך הפיקוח הישראלי יש הסמכות לפקח בדיעבד על פעילות סיגינטית, המערך חסר גוף ייעודי ועצמאי, בעל מומחיות מתאימה, המבצע זאת. בשל כך פעילותו אקראית, ספורדית ובלתי עקבית. ביקורת שיפוטית בדיעבד בישראל, כמו בעולם, היא ריאקטיבית ותלויה ב"תאונות ליטיגציה".¹⁰⁵⁴ הפיקוח הסטטוטורי של היועץ המשפטי לממשלה עשוי להתייחס לעיתים לנושאי רוחב; מאחר שאין כל דיווח על הנעשה במסגרת זו קשה להעריך את מידת האפקטיביות שלו, אולם ספק אם יש בה די.¹⁰⁵⁵

לביקורת המדינה סמכות לחקור את פרקטיקות המעקב המקוון הישראליות, כפי שעשה מבקר המדינה בנוגע להאזנות הסתר במשטרת ישראל,¹⁰⁵⁶ ואפשר גם להקים ועדת חקירה ממלכתית בנושא – אך מנגנונים אלה אינם חלופה לביקורת עקבית, מתמשכת וקבועה על פעילות זו, במיוחד בשים לב לכך שעד כה לא נעשה בהם שימוש על מנת לבדוק את פרקטיקות המעקב המקוון של שירותי המודיעין והביטחון (או לפחות לא ניתן לכך פומבי).¹⁰⁵⁷

באשר לביקורת פרלמנטרית – לכאורה, לוועדות הכנסת הסמכות לפקח בדיעבד על פעילות סיגינטית. הפיקוח על מעקב מקוון לתכליות של אכיפת חוק ומניעת עבירות מפוצל בין ועדת הפנים והגנת הסביבה, המפקחת על המשטרה, לבין ועדת החוקה, חוק ומשפט, שלה מדיניות המשטרה על האזנות סתר.¹⁰⁵⁸ פיצול זה עשוי לתרום לביזור האחריות לפיקוח בין שתי הוועדות ולדלדול

1054 ראו לעיל בסעיף 3.2.2. כמו כן, הניתוח האמפירי של הופנונג ווינשל-מרגל של החלטות בית המשפט העליון בנושאים הנוגעים לחימה בטרור מלמד כי מרבית ההחלטות מתקבלות בשבתו כבג"ץ, ולא כערכאת ערעורים. אפשר שזו אינדיקציה לבעייתיות שבהסתמכות על "תאונות ליטיגציה" בהקשרים ביטחוניים. Menachem Hofnung & Keren Weinshall-Margel, *Judicial Rejection as Substantial Relief, in COURTS AND TERRORISM: NINE NATIONS BALANCE RIGHTS AND SECURITY* 150, 155 (Mary L. Volcansek & John F. Stack eds., 2011)

1055 ראו דוח ועדת בן-ששון, לעיל ה"ש 327, בעמ' 29-30; ולעיל פרק 5.2.6.

1056 ראו לעיל פרק 5.2.4 וה"ש 890.

1057 ראו לעיל ה"ש 891 ובסעיף 5.2.5.

1058 ס' 6(ז) לחוק האזנת סתר, ס' 14 לחוק נחוניי תקשורת.

במקצועיותם של חבריהן.¹⁰⁵⁹ יתר על כן, חובתו של המשרד לביטחון פנים לדווח מדי שנה לוועדת החוקה, חוק ומשפט על הפעלת הסמכויות לפי חוק נתוני תקשורת אינה עוד בתוקף.¹⁰⁶⁰ נראה כי הפיקוח של ועדת החוקה, חוק ומשפט על האזנות סתר מתנהל במודל של "כיבוי שרפות",¹⁰⁶¹ בהיעדר דיונים קבועים בנושאים אלה, אף לא בקשר עם הדיווח השנתי על האזנות סתר. עם זאת, בעקבות שערוריות פומביות הוקמו כמה ועדות אד הוק וועדות פרלמנטריות בנושאי סיגינט.¹⁰⁶²

לא קיימת ועדה או ועדת משנה לצורך ביקורת פרלמנטרית ייעודית על הפעלת אמצעי מעקב מקוון על ידי שירותי הביטחון והמודיעין בישראל. בסמכותה של ועדת המשנה של ועדת החוץ והביטחון לענייני מודיעין ושירותים חשאיים להפעיל פיקוח מראש על מעקב מקוון לתכליות ביטחוניות,¹⁰⁶³ מכוח מנדט כללי ומכוח הוראות סטטוטוריות קונקרטיות.¹⁰⁶⁴ מאחר שדיוני הוועדה נערכים בדלתיים סגורות כברירת מחדל,¹⁰⁶⁵ ובהיעדר דיווח שקוף דיו על פעילותה, קשה להעריך את איכות התייחסותה לנושא.

מבחינה תהליכית, הפיקוח מראש על פעילות סיגינטית בישראל (הבקרה השיפוטית – לתכליות של אכיפת חוק; והבקרה המיניסטריאלית – לתכליות

1059 ראו לעיל בסעיף 5.2.2; פרידברג וחזן, לעיל ה"ש 257, בעמ' 134, 145, מצביעים על כך שוועדות הכנסה מוצמדות לחחומים במקום למשרדי ממשלה, והדבר מקשה על יכולת החברים בהן לפקח באופן אפקטיבי על הרשות המבצעת.

1060 ס' 14 לחוק נתוני תקשורת.

1061 ראו לעיל ה"ש 270.

1062 דוגמת ועדת המשנה לוועדת הפנים בעניין גילוי מכשירי האזנה ושירותים מפלגתיים חשאיים (ראו לעיל ה"ש 865) וועדת בן-ששון (ראו לעיל ה"ש 327).

1063 מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 16-17.

1064 ס' 5(ה), 15(ג), 4א, 9א לחוק האזנת סתר; ס' 11(ד) לחוק השב"כ. ראו לעיל בסעיף 5.2.2.

1065 מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 10.

ביטחוניות) נוטה להתמקד בשלב האיסוף,¹⁰⁶⁶ ובסמכות כלל הגורמים במערך לפקח לאחר מעשה על היבטים של איסוף סיגינטי – הגם שסמכות זו הופעלה בעיקר בקשר לפעילות סיגינטית לתכליות אכיפת חוק ומניעת פשיעה (לפחות לפי פרסומים פומביים).¹⁰⁶⁷ היבטי אֶחסון מידע מודיעיני שמקורו באמצעי מעקב מקוון נמצאים בגדר הסמכות של כל גורמי מערך הפיקוח, אך נראה כי אינם במקד פעילותם.¹⁰⁶⁸ כך גם לגבי היבטים תהליכיים הקשורים בבחירה ועיון.

הדיווח השנתי של ראש השירות לזכויות אזרחיות, שהוגש לראש הממשלה בנתוני תקשורת,¹⁰⁶⁹ בשילוב עם אחריותיותה הנובעת מאישורה את הכללים המסדירים את השימור והאחסנה של נתוני תקשורת שנאספו או ייאספו לתכליות ביטחוניות,¹⁰⁷⁰ עשויים להיות בקרה מסוימת על שלב האחסון, וייתכן שגם על שלב הבחירה והעיון. עם זאת, גם אם הפירוט של הדיווח השנתי לזכויות אזרחיות כולל רשימת סלקטורים, ספק אם פיקוח בלתי רציף על סלקטורים באמצעות גוף שאינו ייעודי הוא אפקטיבי.¹⁰⁷¹

1066 ראו נוסח הטפסים בחוספת הראשונה לתקנות האזנת סתר (בקשה להיתר האזנה), התשס"ז-2007, ק"ח 830.

1067 ראו לדוגמה לעיל ה"ש 887; עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 297; דוח ועדת בן-ששון, לעיל ה"ש 327; חוות דעת האזנות סתר 2010, לעיל ה"ש 172; דוח המבקר לשנת 1991, לעיל ה"ש 893; דוח המבקר לשנת 2003, לעיל ה"ש 76. התייחסויות לאיסוף סיגינטי לתכליות ביטחוניות מצויות בדוח ועדת אגרנט, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1205-1206, וכן בדוח הוועדה לחקירת מערך המודיעין בעקבות המלחמה בעיראק, לעיל ה"ש 123, בעמ' 61-62.

1068 לפי ס' 9א(ה) לחוק האזנת סתר, במקרה של בקשת האזנה לשיחה חסויה למטרות אכיפת חוק ומניעת עבירות, לביט המשפט המאשר את הצו סמכות מסוימת להורות על העברת חומרי האזנה למבקש בכפוף לקביעת דרכי הטיפול בהם (אם לא הועברו); ס' 7 לחוק נתוני תקשורת מורה על החלת אמצעי בקרה פנימיים במאגר הזיהוי. כן ראו תקנה 3 לתקנות העברת נתוני תקשורת; תקנה 5 לתקנות מאגר נתוני זיהוי תקשורת; כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 276.

1069 ס' 11(ד) לחוק השב"כ.

1070 ס' 11(ה) לחוק השב"כ.

1071 ראו לעיל ה"ש 957.

ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים, כמו גם מבקר המדינה וועדות חקירה ממלכתיות, רשאים לבחון היבטים של ניתוח מודיעיני של חומרים שמקורם באמצעי מעקב מקוון.¹⁰⁷² נראה כי בית המשפט אינו הכתובת הראויה לתקיפה של מתודולוגיות וכלי מחקר ואנליזה מודיעיניים, אך שאלות הנוגעות אליהם עשויות להתעורר דרך אגב.¹⁰⁷³

נראה כי מבחינה מהותית, מערך הפיקוח הישראלי מוסמך להתייחס לסוגיות הנוגעות לאפקטיביות של הפעילות הסיגינטית,¹⁰⁷⁴ ליעילותה התקציבית¹⁰⁷⁵ ולהיבטים של חוקיות וזכויות אדם.¹⁰⁷⁶ ואולם חרף הסמכויות לפיקוח המהותי המקיף שמופעל על השימוש באמצעי מעקב מקוון, נראה כי הפעלתן של סמכויות אלה היא ספורדית, אקראית ובלתי שיטתית.

• פיקוח עצמאי ובלתי תלוי ?

סעיף 2 לחוקי־סוד: השפיטה, שלפיו "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבדו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין", מורה על עצמאותם המהותית של שופטי

1072 לדוגמאות של בדיקת התהליך המודיעיני, לרבות איכות המחקר והניתוח בו, ראו דוח ועדת אגרנט, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1212-1225; דוח הוועדה לחקירת מערך המודיעין בעקבות המלחמה בעיראק, לעיל ה"ש 123, בעמ' 45-49; דוח המבקר לשנת 1999, לעיל ה"ש 894; וכן משרד ראש הממשלה הערות דין וחשבון מס' 50 א של מבקר המדינה 87-88 (1999).

1073 ניתוח המידתיות של אמצעי האיסוף המודיעיניים נדרש להביא בחשבון את מידת תרומתם להגשמת התכליות שלשמן נועדו - פרמטר הנובע גם מאיכות הכלים והמתודולוגיה האנליטיים שלרשות סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק, כמו גם מיכולתם להעריך את התרומה של המידע המבוקש בצו.

1074 ראו לדוגמה דוח המבקר לשנת 2003, לעיל ה"ש 76, בעמ' 286; מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 16-17.

1075 ש.ס.

1076 ביקורת על חוקיות ושמירה על זכויות אדם במסגרת הפעילות הסיגינטית נעשית בעיקר על ידי בית המשפט. אפשר שבמסגרת בחינות עיתיות של סוגיות רוחב בנוגע להאזנות סתר, היועץ המשפטי לממשלה בוחן היבטים שמעבר לציות לחוק, אך כפי שעולה מדברי השופט בדימוס זיילר בדוח ועדת בן-ששון, לעיל ה"ש 327, בעמ' 31, ספק אם ביכולת היועץ המשפטי לממשלה להיכנס לעובי הקורה.

ישראל.¹⁰⁷⁷ ואכן, הפיקוח השיפוטי על פעילות סיגינטית בישראל הוא עצמאי – כאשר הוא חל.

עצמאותו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה אינה מעוגנת בחוק, אולם ברבות השנים הצליח היועץ המשפטי לבסס את מעמדו כמוסד עצמאי ובלתי תלוי בממשלה, שחוות דעתו מייצגת את המצב המשפטי הקיים.¹⁰⁷⁸ חרף עצמאותו היחסית של היועץ המשפטי לממשלה, קשה להעריך נכונה את מידת האפקטיביות שלו בפיקוח על פעילות סיגינטית בישראל, שנעדר שקיפות. מידת המומחיות בענייני מודיעין וביטחון של גורמי הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה על סוכנויות הביטחון ואכיפת החוק עשויה להשפיע על מידת תלותם במומחיותם ובסמכותם המקצועית של הגופים המפוקחים.

סעיף 6 לחוק-יסוד: מבקר המדינה מורה כי "במילוי תפקידיו יהיה מבקר המדינה אחראי בפני הכנסת בלבד ולא יהיה תלוי בממשלה". דרכי המינוי וההעברה מכהונה של מבקר המדינה,¹⁰⁷⁹ כמו גם קביעת תקציב משרד מבקר המדינה ותוכנית עבודתו, נועדו להבטיח את איתנותו ברשות המבצעת.¹⁰⁸⁰ הדברים יפים גם באשר לפיקוח על פעילות סיגינטית. ואולם ועדת המשנה של הוועדה לענייני ביקורת המדינה יכולה לקבוע כי דוח או חוות דעת של המבקר, או חלקים מהם, לא יונחו על שולחן הכנסת ולא יפורסמו, אם הדבר נראה לה דרוש לשם שמירה על ביטחון המדינה.¹⁰⁸¹

1077 ראו גם אהרן ברק **מבחר כתבים** א 955 (2000); טמיר, לעיל ה"ש 393, בעמ' 23-24; גל-נור ובלאנדר, לעיל ה"ש 868, בעמ' 279-280.

1078 ראו לדוגמה דוח ועדת אגרנט בנושא היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 915; עניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 915; יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" **עיוני משפט** יא 411-421 (1986); מתן גוטמן "ההבו לנו יועמ"שים צייתנים!" על המעמד החוקתי של עקרון עצמאות הייעוץ המשפטי ברשות המבצעת" **ICON-S-IL** (27.11.2018); גל-נור ובלאנדר, לעיל ה"ש 868, בעמ' 351-352.

1079 ס' 7, 10, 13 לחוק-יסוד: מבקר המדינה; ס' 24 לחוק מבקר המדינה.

1080 **ביקורת המדינה** א, לעיל ה"ש 391, בחלק 1.2; טמיר, לעיל ה"ש 393, בעמ' 25-26.

1081 ס' 17 לחוק מבקר המדינה; ראו גם משרד מבקר המדינה **ביקורת המדינה: תורה ומדריך מקצועי** ב, חלק 7.2 (2018).

ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים היא עצמאית בפעולתה, אך ניתן לזהות היבטים של תלות בארגוני המודיעין המפוקחים על ידה. כך למשל צוות חברי ועדת חוץ וביטחון, היועץ המשפטי לוועדה ועוזרו וכן העוזרים הפרלמנטריים של יושב ראש הוועדה צריכים להיות בעלי סיווג ביטחוני¹⁰⁸² (אך אין הנחיה באשר לסיווגם הביטחוני של חברי הוועדה או של חברי ועדת המשנה, והסמכות למנוע מהם גישה לחומרים מסווגים מסורה בידי יושב ראש הוועדה). נוסף על כך, היועץ/עוזר הבכיר לענייני מודיעין וביטחון נדרש להיות בעל ניסיון עשיר בתחומי עיסוק¹⁰⁸³ – היינו יוצא מערכת הביטחון או השירותים החשאיים ומי שעשוי להיות מוטה לטובתם. גורם נוסף שעשוי להשפיע על מידת התלות של הפיקוח הפרלמנטרי, בדומה להשפעתו על מידת התלות של היועץ המשפטי לממשלה, הוא מידת המומחיות של חברי הוועדות המפקחות, הנסמכים על המידע של שירותי המודיעין שעליהם הם מפקחים.¹⁰⁸⁴

ועדות החקירה הממלכתיות מסווגות לרוב כגוף מינהלי במסגרת הרשות המבצעת.¹⁰⁸⁵ משכך, עצמאותן ואי־תלותן בה עשויות להיות מוטלות בספק. ההחלטה בדבר הקמתן של ועדות חקירה היא בתחום שיקול הדעת של הממשלה, ואין עליה חובה להקימן.¹⁰⁸⁶ נוסף על כך, חברי הוועדה ממונים בידי נשיא בית המשפט העליון, וגם מועברים מהתפקיד על ידו.¹⁰⁸⁷

• פיקוח מראש על פעילות סיגינטית?

כפי שצוין לעיל, הגורמים היחידים במערך הפיקוח הישראלי על פעילות סיגינטית שמפעילים פיקוח מראש – בית המשפט והיועץ המשפטי לממשלה –

1082 מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 35.

1083 שם, בעמ' 32.

1084 הופנונג, לעיל ה"ש 276, בעמ' 263.

1085 קלגסבלד, לעיל ה"ש 905, בעמ' 102–107.

1086 בג"ץ 94/73 גבאי נ' שר הביטחון (לא פורסם, 11.3.1973); בג"ץ 3027/95 עמוחת מגן 94 נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 14.2.1996); עניין אמיתי, לעיל ה"ש 915, בעמ' 18.

1087 ס' 4 לחוק ועדות חקירה; ס' 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981, ס"ח 302; קלגסבלד, לעיל ה"ש 905, בעמ' 102.

עושים זאת באופן חלקי,¹⁰⁸⁸ והם אינם גוף עצמאי שנועד למטרה זו בלבד. הפעלת סמכויות מעקב מקוון לתכליות של אכיפת חוק ומניעת עבריינות כפופה לאישור שיפוטי מראש,¹⁰⁸⁹ אך פיקוח מראש מקביל על פעילות סיגינטית לתכליות ביטחוניות כמעט אינו קיים (בהתעלם מהאישור המיניסטריאלי). איסוף נתוני תקשורת בידי השב"כ ושימוש בהם נעדרים לחלוטין פיקוח מראש של בית המשפט, של היועץ המשפטי לממשלה ואף לא של ראש הממשלה עצמו.¹⁰⁹⁰

• סמכויות לקביעת אי-חוקיותם של אמצעים סיגינטיים ולמתן סעדים?

במסגרת הפיקוח מראש על פעילות סיגינטית בישראל של בית המשפט ושל היועץ המשפטי לממשלה (במקרים דחופים), יש בסמכותם לקבוע אם האמצעי המבוקש הוא חוקי ובהתאם לאשר או שלא לאשר את הצו. הפרשנות של בית המשפט (ובהיעדרה – של היועץ המשפטי לחקיקה) היא המתארת אל נכונה את המצב המשפטי, והסמכות לבחון בדיעבד את חוקיותם של אמצעי מעקב מקוון ושל נוהלי הפעלתם, כמו גם לתת סעדים במקרה של פגיעה בזכויות, מסורה לבית המשפט. ואולם כפי שצוין לעיל, ביקורת בדיעבד של בית המשפט על מעקב מקוון בישראל היא אקראית וספורדית. באשר לפיקוח שמפעיל היועץ המשפטי לממשלה, היעדרם של דיווחים פומביים בנוגע אליו מקשה על היכולת להעריך אם ניתנו חוות דעת על פעילות סיגינטית ומה מידת השפעתן.¹⁰⁹¹

1088 ראו כהנא ושני "כיסוי חלקי", לעיל ה"ש 1048; כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 281-287.

1089 ס' 6 לחוק האזנת סתר; ס' 3 לחוק נתוני תקשורת.

1090 ס' 11 לחוק השב"כ.

1091 ראו דוח ועדת בן-ששון, לעיל ה"ש 327, בעמ' 29-30; ולעיל בסעיף 5.2.6.

• יסודות אדוורסריים ?

פיקוח מראש על פעילות סיגינטית נעשה במסגרת הליכי אישור אקס אנטה הנערכים כולם במעמד צד אחד,¹⁰⁹² או ללא כל דיון מעין־שיפוטי.¹⁰⁹³ לעומת זאת, הביקורת השיפוטית אקס פוסט על פעילות סיגינטית, על פי רוב בהקשרים של אכיפת חוק, נעשית במסגרת אדוורסרית. ואולם גם מופעים נדירים אלה של יסודות אדוורסריים עשויים להיות מוחלשים בשל דיון במעמד צד אחד בראיות חסויות.

• מומחיות ומקצועיות של מערך הפיקוח ?

בהיעדר גוף ייעודי לפיקוח על השימוש שעושים השירותים החשאיים וגורמי אכיפת החוק באמצעי מעקב מקוון, המומחיות של רכיבי השונים של מערך הפיקוח הישראלי מתחילה מעמדת נחיתות.

אין ערכאה מתמחה או גוף מעין־שיפוטי המפעיל פיקוח מראש על פעילות סיגינטית באופן ייעודי. תפקידים אלה – הן כשמבצעת אותם הרשות השופטת, והן כאשר מבצע אותם היועץ המשפטי לממשלה (בסמוך לאחר מעשה, במקרים דחופים) – אינם בליבת העשייה של הגורמים המוסמכים למלאם.¹⁰⁹⁴ חוות דעת מבקר המדינה בעניין האזנות הסתר ציינה כי חרף ניסיונם של נשיאי בתי המשפט וסגניהם, המאפשר להם קבלת החלטות ראויה בתחום, הרי לנוכח השינויים הטכנולוגיים והנורמטיביים ראוי שהנהלת בתי המשפט תשקול אם לקיים פעולות הכשרה ייעודיות לשופטים העוסקים באישור האזנות סתר.¹⁰⁹⁵ יש לתת את הדעת, עם זאת, על הגורם המבצע הכשרות מסוג זה, שעשוי להיות מקרב הגופים המפוקחים ועשוי להשתמש בהכשרת היסוד הייעודית

1092 ראו לעיל ה"ש 872.

1093 כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 286.

1094 יתר על כן, לפי הנחונים המפולחים בחוות דעת האזנות סתר 2010, לעיל ה"ש 172, בעמ' 17, בשנים 2007–2008 נפל עיקר עומס הדיון בבקשות להאזנות סתר (87% מכלל הבקשות) על כחפי סגני נשיאי בתי המשפט המחוזיים (לעומת נשיאי בתי המשפט המחוזיים, שדנו ב־13% הנותרים).

1095 שם, בעמ' 61.

כדי לקדם את עמדותיו.¹⁰⁹⁶ רמת המומחיות המקצועית שתבוא לידי ביטוי במסגרת הביקורת השיפוטית בדיעבד תלויה פחות בהכשרות ייעודיות של השופטים ויותר ברמת המומחיות של הצדדים (כמו גם במידת האדוורסריות של ההליך).

גם מרכיביו של מערך הפיקוח העוסקים בביקורת בדיעבד על פעילותם הסיגינטית של שירותי הביטחון ואכיפת החוק אינם בעלי מומחיות מיוחדת. אפשר שיש כיסים של מומחיות במערך הייעוץ המשפטי, הנרכשת מתוך ניסיון, אך חרף עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה, לא ברור עד כמה מומחיות זו תלויה בעמדת מערכת הביטחון. מבקר המדינה יכול להיעזר במומחים אגב ביקורת בדיעבד של פעילות סיגינטית,¹⁰⁹⁷ וכך גם במידת מה ועדות חקירה ממלכתיות¹⁰⁹⁸ – אך מאחר שזו ביקורת ספורדית, סביר להניח שהמומחים החיצוניים שיישכרו לתקופה זמנית יהיו יוצאי מערכת הביטחון והשירותים החשאיים, שעשויים לצדד בגופים המפוקחים. עם זאת, ועדות חקירה ממלכתיות מוסמכות להזמין עדים, לרבות עדים מומחים.¹⁰⁹⁹

ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים נעזרת בעוזר/יועץ בכיר לענייני מודיעין וביטחון, שלו יועץ/עוזר למודיעין.¹¹⁰⁰ העוזר/יועץ הבכיר צריך להיות בעל ניסיון עשיר בתחומי עיסוקו, קרוב לוודאי כיצא מערכת הביטחון או השירותים החשאיים ומי שעשוי להיות מוטה לטובתם. נוסף על כך, שיקולי המינוי של חברים לוועדת המשנה יסתמכו במידת האפשר על כישורים אישיים של המועמדים.¹¹⁰¹ הופנונג אף מציין לטובה את העובדה שעם חברי ועדת חוץ

1096 לדוגמה ראו חובל, לעיל ה"ש 159.

1097 ביקורת המדינה א, לעיל ה"ש 391, בחלק 3.5.

1098 ראו ס' 13, 17 לחוק ועדות חקירה, שלפיהם הוועדה רשאית להסתייע בעורך דין (שאינו בהכרח מומחה), וכן לצורך איסוף חומר – באדם הכשיר לכך.

1099 ס' 9–11 לחוק ועדות חקירה.

1100 מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 31–32.

1101 שם, בעמ' 10.

וביטחון נמנים יוצאי מערכת הביטחון, שמומחיותם וניסיונם מאפשרים להם להציג עמדה ביקורתית ומיודעת.¹¹⁰²

• הקצאת משאבים ראויה?

היעדרו של גוף ייעודי במערך הפיקוח על הפעילות הסיגינטית מלמד על הקצאת משאבים חסרה. כפועל יוצא מכך, הביקורת על הפעלת סמכויות מעקב מקוון בישראל אינה רציפה ושלמה. על תשומת ליבם של הגורמים המוסמכים לאשר צווי מעקב מקוון מתחרים עיסוקים רבים, ולעיתים עיסוק זה נתפס כמעמסה.¹¹⁰³ כך למשל בתי המשפט אינם מתוקצבים על מנת להיעזר במומחים חיצוניים או להעסיק כאלה בשכר. הפיקוח הספורדי של ועדות חקירה הממלכתיות ושל ביקורת המדינה מוגבל בתקציבו – האישור של ועדות חקירה למנות עורך דין או אדם כשיר לאיסוף חומרים מותנה באישור מנהל בתי המשפט.¹¹⁰⁴

כאמור לעיל, ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים נעזרת בעוזר/יועץ בכיר לענייני מודיעין וביטחון, שלו יועץ/עוזר למודיעין.¹¹⁰⁵ במסגרת תקציבה של ועדת חוץ וביטחון מוקצות 300 שעות ייעוץ חיצוני וכן 1,200 שעות נוספות של ייעוץ של בעלי התפקידים בוועדה,¹¹⁰⁶ אך לא ידוע מה חלקה של ועדת המשנה בתשומות אלו.

• שקיפות?

כפי שצוין בסעיף 6.1 לעיל, שכבה ראשונה של שקיפות היא חקיקה המסדירה את הכללים החלים על פעילות סיגינטית ברמת פירוט נאותה ובנוסח נהיר, שלה ניתן פרסום פומבי ונגיש לכלל הציבור. רוב ההוראות החלות בישראל

1102 הופנונג, לעיל ה"ש 276, בעמ' 263.

1103 ראו לדוגמה, בהקשר של תשומת לב מיניסטריאלית, ANDERSON, A QUESTION OF TRUST, לעיל ה"ש 142, בפס' 14.49.

1104 ס' 27 לחוק ועדות חקירה; קלגסבלד, לעיל ה"ש 905, בעמ' 246–247.

1105 מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 31–32.

1106 שם, בעמ' 40–41.

על מעקב מקוון לתכליות של ביטחון לאומי, מוסדרות, אם בכלל, בכללים חשאיים.¹¹⁰⁷

באשר למתן פומבי לדיווחים עיתיים ופרסום ממצאי חקירה של גורמי הפיקוח, למשרדים האחראים על ארגוני הביטחון ואכיפת החוק יש חובות דיווח קונקרטיות מצומצמות על פעילות הסיגינט השוטפת שלהם. הדיווחים השנתיים לוועדות הכנסת לפי חוק האזנת סתר כוללים נתונים סטטיסטיים בלבד, וחלקם נותרים חסויים.¹¹⁰⁸ הוראת השעה שמכוחה נדרש המשרד לביטחון פנים לדווח לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על יישום חוק נתוני תקשורת פגה ואינה עוד בתוקף, וגם הדיווחים שניתנו מכוחה הכילו נתונים סטטיסטיים בלבד.¹¹⁰⁹

מסמך היסוד של ועדת החוץ והביטחון ממליץ על פרסום מסקנות בפומבי, בכפוף לאילוצי סודיות.¹¹¹⁰ כמו כן הוא מורה על פרסום סיכומי מושבים בסיווג "בלתי מסווג", ואולם הדבר לא נעשה באופן שיטתי. סיכומי פעילות ועדת החוץ והביטחון נמנעים מלתאר בהרחבה את פעילות ועדת המשנה, ואינם כוללים התייחסות פרטנית לפיקוחה על פעילות סיגינטית. ככלל, דיוניה של ועדת החוץ והביטחון על ועדות המשנה שלה מוגדרים כחשאיים אלא אם יושב ראש הוועדה מחליט על פתיחת דיון מסוים לתקשורת.¹¹¹¹ דיוניה של ועדת השירות נערכים בדלתיים סגורות, אלא אם הוועדה מחליטה אחרת לאחר שמיעת עמדת

1107 כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 280-281. על הכללים החלים על איסוף נתוני תקשורת לתכליות ביטחוניות ראו ס' 19 לחוק השב"כ; על הכללים החלים על האזנת סתר לגילוי דלף מידע ביטחוני ראו ס' 4א(ב), (ג) לחוק האזנת סתר; על הכללים החלים על מחיקה וביעור של חומרי האזנת סתר ששמירתם נדרשת לתכליות ביטחוניות ראו ס' 9א-(ב) לחוק האזנת סתר; על הוראות לספקי תקשורת ראו ס' 13(ד) לחוק הבזק; על הכללים החלים על מערך הגילוי והזיהוי של מערך הסייבר הלאומי ראו ס' 17(ה) לתזכיר חוק הסייבר.

1108 ס' 6(ז), 4(ה) לחוק האזנת סתר. ראו גם עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד ראש הממשלה, לעיל ה"ש 44.

1109 ס' 14 לחוק נתוני תקשורת.

1110 מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 52.

1111 שם, בעמ' 10.

ראש השירות,¹¹¹² ואולם דיוניה בדיווחים לפי חוק האזנת סתר נערכים בדלתיים סגורות ללא שיקול דעת באשר לפומביותם.¹¹¹³

חרף הכלל בדבר פומביות הדיון,¹¹¹⁴ ביקורת שיפוטית מראש נעשית במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.¹¹¹⁵ נוסף על כך, לבית המשפט שיקול דעת באשר לסגירת דלתיים גם בהליכים אדוורסריים בדיעבד הנוגעים לפעילות סיגינטית או להסדרתה, אם ראה צורך בכך לשם שמירה על ביטחון המדינה.¹¹¹⁶ עיון בחומר ראייתי בהליכים אלו עשוי להתבצע במעמד צד אחד.¹¹¹⁷

גם לחובת הפרסום הפומבי של דוחות ועדות חקירה ממלכתיות¹¹¹⁸ ודוחות מבקר המדינה יש חריגים. מידת הפומביות של הדיונים והפרסומים של ועדות חקירה ממלכתיות ב"נושאים המחייבים סודיות" כפופה להחלטת הממשלה באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.¹¹¹⁹ ועדת משנה של ועדת הכנסת לביקורת המדינה רשאית להחליט, בהתייעצות עם מבקר המדינה, כי דיווחים, חוות דעת של המבקר או חלקים מהם לא יפורסמו. המבקר רשאי להחליט בדומה, לאחר שהממשלה הביאה לפניו נימוקים סבירים להנחת דעתו.

• נגישות למידע?

נגישותם של בתי המשפט למידע בהליכי אישור מראש של פעילות סיגינטית (הנוגעים להאזנות סתר והשגת נתוני תקשורת לתכליות של אכיפת חוק

1112 ס' 6(ב) לחוק השב"כ.

1113 ס' 4(ה) לחוק האזנת סתר.

1114 ס' 68 לחוק בתי המשפט.

1115 ס' 6(ב) לחוק האזנת סתר; ס' 3, 5 לחוק נתוני תקשורת.

1116 ס' 68(ב)(2) לחוק בתי המשפט.

1117 ראו לדוגמה ס' 68(ג1) לחוק בתי המשפט; אלעד כהנא "הזכות לדיון לא הוגן: עלייהם של דיונים חסויים, נפילתן של עתירות לגילוי ראייה" מעשי משפט ט 159 (2018).

1118 ס' 20 לחוק ועדות חקירה; ס' 21 לחוק מבקר המדינה; ס' 12(ב) לחוק ייסוד: מבקר המדינה.

1119 ס' 23 לחוק ועדות חקירה.

ושיטור) מוגבלת לחומר שהובא בפניהם במסגרת הבקשה לאישור צו. על מנת ליתן את הצו נדרש בית המשפט לשקול אם הפעלת הסמכויות המבוקשת דרושה למטרות מניעה, חקירה או גילוי של עבירות מסוג פשע (כשמדובר בהאזנות סתר), ובמסגרת זו עשוי בית המשפט לבקש פרטים נוספים כאשר אין תשתית ראייתית המניחה את הדעת. עם זאת, בהיעדר יכולת עצמאית לבחון מידע משלים לצורך הערכת אמינות הראיות, ובהיעדר גורם אדוורסרי הטוען נגדן ומכוון את בית המשפט לנתונים חסרים – ספק אם יש בכך משום נגישות מלאה למידע. היסוד האדוורסרי שבהליכים שבדיעבד עשוי לחזק את נגישות בית המשפט למידע.

היעדר דרישת סיווג ביטחוני לחברי ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים והיעדר מגבלות ביטחוניות על עיון בחומרים מסווגים, למעט שיקול דעתו של יושב ראש הוועדה,¹¹²⁰ עשויים להרתיע את סוכנויות המודיעין והשירותים החשאיים משיתוף מלא במידע – אך ייתכן שהצהרת הסודיות של חברי הוועדה, כמו המגבלות על רוטציה בתפקיד¹¹²¹ ונוהלי אבטחת המידע של הוועדה,¹¹²² יש בהם כדי לרכך את החשש.

על גוף מבוקר חלה חובה להמציא ידיעות למבקר המדינה.¹¹²³ מבקר המדינה יתייחס למידע שחשיפתו עלולה לגרום לפגיעה בביטחון המדינה כמידע רגיש,¹¹²⁴ ויקפיד על אבטחת מידע, לרבות על מידור וסיווג ביטחוני,¹¹²⁵ וכן על מינוי בעל תפקיד האחראי על כך.¹¹²⁶ הקפדה זו על אבטחת מידע עשויה להגדיל

1120 מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 36.

1121 שם, בעמ' 10.

1122 שם, בעמ' 63.

1123 ס' 3 לחוק היסוד: מבקר המדינה; ביקורת המדינה א, לעיל ה"ש 391, בחלק 2.2.3.

1124 שם, בחלק 2.2.2.

1125 שם, בחלק 2.4.

1126 ס' 22 לחוק מבקר המדינה.

את נכונות הגופים המבוקרים – לרבות גורמי הביטחון ואכיפת החוק – לשתף פעולה עם ביקורת המדינה.

הסמכויות המסורות בידי יושב ראש ועדת חקירה ממלכתית להזמין אדם להעיד בפני הוועדה או להציג מסמכים שברשותו, ולקנוס אותו במקרה של סירוב,¹¹²⁷ וכן סמכותו להוציא צווי חיפוש¹¹²⁸ ולהיעזר במי שכשיר לכך כדי לאסוף חומר,¹¹²⁹ יש בהן כדי לשפר את מידת הנגישות של ועדות חקירה ממלכתיות למידע.

מערך הפיקוח הישראלי – בחינה חוזרת: סיכום

מהנאמר לעיל נראה כי מערך הפיקוח הישראלי על פעילות סייגנטית אינו מלא ומקיף. חסרונו של גוף ייעודי ועצמאי במערך הפיקוח מורגש לנוכח ההיבט הטמפורלי שבפיקוח: ביקורת חיצונית מראש היא חלקית בלבד, ואילו ביקורת חיצונית רציפה לאחר מעשה על השימוש באמצעי מעקב מקוון על ידי רשויות הביטחון ואכיפת החוק נעדרת כמעט לחלוטין. הגורמים בעלי הסמכות והפוטנציאל להוביל בדיקות עומק בתחום – מבקר המדינה וועדות חקירה – מפעילים את סמכותם באופן ספורדי, ובעיקר בקשר למעקב מקוון לתכליות של אכיפת חוק. ייתכן שהפיקוח שהם מפעילים מקיף בפועל גם פעילות סייגנטית לתכליות ביטחוניות, אך בהיעדר שקיפות ודיווחים פומביים בקשר אליו אי אפשר להעריך זאת.

למעט הבקרה האקזקטיבית של משרד המשפטים על האזנות סתר לתכליות של אכיפת חוק,¹¹³⁰ אין גורם במערך המפקח שתפקידו להפעיל בקרה רציפה, סדורה ושיטתית על פעילות סייגנטית לאחר מעשה. כך אין פיקוח אחר על השגת נתוני תקשורת ושימוש בהם (לתכליות ביטחוניות כמו גם לתכליות של אכיפת חוק), וכן אין גוף המפקח לאחר מעשה על האזנות סתר לתכליות

1127 ס' 9-11 לחוק ועדות חקירה. יתר על כן, מי שסירב לזימון חוזר של הוועדה לאחר שנקנס – דינו מאסר שנתיים.

1128 ס' 12 לחוק ועדות חקירה.

1129 ס' 13 לחוק ועדות חקירה.

1130 ראו דוח ועדת בן-ששון, לעיל ה"ש 327, בעמ' 29-30; ולעיל בסעיף 5.2.6.

ביטחוניות. מפקחי הפרטיות הפנימיים המוצעים בתזכיר חוק הסייבר ובהצעת חוק הגנת הפרטיות (סמכויות אכיפה) אמורים, בין השאר, להפעיל פיקוח רציף ושיטתי לאחר מעשה,¹¹³¹ ואולם לנוכח כפיפותם הארגונית לגופי הביטחון שעליהם הם מפקחים הם חסרים את מידת העצמאות הנדרשת מגוף פיקוח ייעודי, ונראה כי הם משמשים כשכבת פיקוח ניהולית נוספת ברמת הארגון.¹¹³²

הערכת אמות המידה בלוח 4 להלן אינה משקפת את הזיקה ההדדית בין. כך למשל, היעדר המומחיות של בית המשפט עשוי להשפיע על אייתלותו ועל נגישותו בפועל למידע. בחינת השלמות התהליכית של מרבית הגורמים במערך הפיקוח אינה משקפת את העובדה שהסמכויות לפקח על כל שלבי שרשרת ההפקה הסיגינטית הן תאורתיות גרידא, ואין זה מן ההכרח שנעשה בהן שימוש.

חסרונו של יסוד אדוורסרי בולט לעין, וכך גם היעדר השקיפות ורמת המומחיות הלא מספיקה של מערך הפיקוח. גם באשר לנגישות למידע רב הנסתר על הגלוי – בעיקר באשר לפיקוח הרך שעשוי להיות מופעל בידי יו"ר ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים בכל הקשור למניעת גישה למידע מסווג, או לרמת המומחיות שנרכשה בייעוץ המשפטי לממשלה. יתר על כן, הערכת המומחיות של הגופים השונים נעשתה מבלי להתייחס לתלותה ביוצאי הגופים המפוקחים, ומכאן ליכולתה לעורר שיח ביקורתי.

1131 ראו לעיל בסעיף 5.2.1.

1132 ראו את גישתה של LESTER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 9-28.

לוח 4
אמות מידה להערכת מערך הפיקוח הישראלי

אמת מידה	ביקורת שיפוטית	פיקוח פרלמנטרי	היועץ המשפטי לממשלה	מבקר המדינה	ועדות חקירה ממלכתיות
פיקוח מקיף ושלם					
תהליכית					
איסוף	חלקי	✓	✓	✓	✓
אחסון ושימור	חלקי	✓	✓	✓	✓
בחירה ועיון	חלקי	✓	✓	✓	✓
ניתוח	חלקי	✓	✓	✓	✓
טמפורלית					
לפני מעשה	חלקי	✗	חלקי	✗	✗
הווה	חלקי	✗	חלקי	✗	✗
בדיעבד	✓ (אך לא יזום)	✓	חלקי	✓	✓
מהותית					
תקציב	✗	✓	✗	✓	לא רלוונטי
זכויות אדם	✓	ייתכן	✓	שנוי במחלוקת	✓
חוקיות	✓	ייתכן	✓	✓	✓
אפקטיביות	✓	✓	ייתכן	✓	✓
מינהלתי	✓	✓	✓	✓	✓



אמת מידה	ביקורת שיפוטית	פיקוח פרלמנטרי	היועץ המשפטי לממשלה	מבקר המדינה	ועדות חקירה ממלכתיות
עצמאות ואי-תלות	✓	✓	✓	✓	חלקית (תלות בממשלה)
פיקוח מראש (אקס אנטה)	חלקי	✗	חלקי	✗	✗
הסמכות להכריז על אי-חוקיות	✓	✗	✓ (כלפי פנים)	✗	✗
יסוד אדוורטרי	חלקי	✗	✗	✗	✗
מומחיות	✗	חלקי (לא ייעודי ביחס לסגינט)	✗	העזרות במומחים	העזרות במומחים
משאבים	✗	חלקי (לא ייעודי ביחס לסגינט)	✗	✓	✓
שקיפות	חלקית	חלקית	✗	חלקית	חלקית
נגישות למידע	חלקית	✓	חלקית	✓	✓

6.3

מתווה למודל רצוי של פיקוח על פעילות סיגינטית: נציבות סיגינט ישראלית

נקודת התורפה של מערך הפיקוח הישראלי על פעילות סיגינטית היא היעדר גוף מתמחה עצמאי ייעודי, קבוע, בלתי תלוי ושקוף (במידת האפשר) הנהנה מגישה מרבית למידע. במידה רבה, המודלים של נציבות סמכויות החקירה הבריטית (בסעיף 4.2.1 לעיל) וועדת הבחינה לענייני שירותי המודיעין והביטחון ההולנדית (בסעיף 4.4.3 לעיל) יכולים לשמש נקודת פתיחה טובה לעיצוב קווי מתאר של נציבות סיגינט ישראלית עצמאית (שלה אפשר לקרוא למשל "הנציבות לפיקוח על הפעלת סמכויות מודיעיניות בתחום המעקב המקוון").

גם בהיעדר סוכנות סיגינטית אזרחית מאוחדת בישראל, כפי שהציעה הוועדה לחקירת מערך המודיעין בעקבות המלחמה בעיראק,¹¹³³ מומלץ לרכז את הפיקוח הייעודי על פעילות המעקב המקוון בידי גוף אחד, על מנת שזה יוכל לגבש ראייה מקיפה, לטפח מומחיות ולצבור ניסיון בתחום. עם זאת, יש לתת את הדעת על כך שפיקוח משולב על פעילות סיגינטית לתכליות ביטחוניות ולתכליות אכיפת חוק מחייב הקפדה על הפרדה מתודולוגית בשל האינטרסים השונים הנוגעים לכל אחד מהתחומים ועוצמתם.

מבחינה מוסדית יש לשקול למקם את הנציבות הסיגינטית במשרד לענייני מודיעין, כל עוד משרד זה נפרד ממשרד ראש הממשלה.¹¹³⁴ יש בכך הן כדי לחזק

¹¹³³ דוח הוועדה לחקירת מערך המודיעין בעקבות המלחמה בעיראק, לעיל ה"ש 123, בעמ' 60-61, מציין את הסוכנות לביטחון לאומי (NSA) כמודל. דוגמאות נוספות לגופים כאלה הן, בין השאר, סוכנות התקשורת הממשלתית בבריטניה (GCHQ) וסוכנות הסייבר המשותפת לסיגינט בהולנד (JCSU), ראו DeGraff, לעיל ה"ש 691.

¹¹³⁴ ראו לדוגמה סי' 4 להצעת חוק השירותים החשאיים, שלפיו יהיו השירותים החשאיים נהוגים למרותו של ראש הממשלה, והשר הממונה מטעם ראש הממשלה על השירותים החשאיים יהיה השר לענייני מודיעין.

את מעמדו של המשרד¹¹³⁵ והן כדי לתרום לעצמאות נציבות הסיגינט, לנוכח היעדר סמכויותיו של השר לענייני מודיעין לאשר פעילות סיגינטית או לקבוע כללים ביחס אליה.¹¹³⁶

מבחינה טמפורלית רצוי להסמיך את נציבות הסיגינט הישראלית לעסוק גם בפיקוח לפני מעשה, בדומה לנציבות סמכויות החקירה הבריטית ושלא כמו המודל ההולנדי, המגביל את ועדת הבחינה לענייני שירותי המודיעין והביטחון לפיקוח בדיעבד בלבד. הביקורת על המודל של IPCO העלתה חשש לניגודי עניינים מובנים כיוון שהגוף בעל סמכויות הביקורת והפיקוח לפני מעשה מוסמך גם "לבדוק את שיעורי הבית שלו עצמו",¹¹³⁷ וכן ציינו את האופי השונה של הפיקוח מראש והפיקוח לאחר מעשה.¹¹³⁸ לנוכח ביקורת זו יש להפריד בין המחלקות הפנימיות בתוך הנציבות האחראיות לפונקציות אלה,¹¹³⁹ תוך יצירת ממשק ביניהן להפניות הדדיות לממצאי בדיקות או לסוגיות הטעונות בדיקת עומק.

כדי להבטיח את האחריותיות המיניסטריאלית להיתרים לשימוש באמצעי מעקב מקוון לתכליות ביטחוניות (לפי ההיקף הקיים או בהיקף מורחב יותר, הכולל גם אישורים מראש על השימוש בנתוני תקשורת של השב"כ וכן פיקוח על פעילות איסוף סיגינטית אקסטרטוריאלית ועל פרקטיקות אוסינטיות הנסמכות על ההסמכה להאזנה ברשות הרבים), רצוי שלא לבטל סמכויות אלו (של שר הביטחון או ראש הממשלה, בהתאם לעניין),¹¹⁴⁰ אלא להתנותן באישור הנציבות הסיגינטית, בדומה למנגנון הנעילה הכפולה (double lock) לאישור הצווים שבחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).¹¹⁴¹

1135 ראו למשל את התייחסותו של ח"כ עופר שלח להיעדר דרג פיקוח מיניסטריאלי על השירותים החשאיים אצל ברנע, לעיל ה"ש 139, בעמ' 37-38.

1136 ראו דברי ההסבר להצעת חוק השירותים החשאיים, בעמ' 4.

1137 ראו לעיל ה"ש 505, 508.

1138 ראו לעיל ה"ש 506.

1139 ראו לעיל ה"ש 507.

1140 ס' 1, 4 לחוק האזנה סתר.

1141 ראו לעיל בסעיף 4.2.1.

מוצע להחיל את מנגנון האישור הכפול גם על ביקורת שיפוטית על פעילות סיגינטית לתכליות של אכיפת חוק ומניעת פשיעה: הגשת בקשה לצו שיפוטי לתכליות אלו תותנה גם באישור מראש של הנציבות הסיגינטית, כדי שלא להעביר סמכויות שיפוטיות קיימות לגורם המיניסטריאלי. לנוכח קבילותן של ראיות שהתקבלו לפי חוק האזנת סתר¹¹⁴² – בשונה מהמודל הבריטי, שבו תוצרי צווי מעקב מקוון בבריטניה, לרבות מעקב לתכליות של מניעת פשע ואכיפת חוק, משמשים לצורכי חקירה וסיכול בלבד, וככלל אינם קבילים כראיות¹¹⁴³ – רצוי לשמור על מעורבות בתי המשפט בהליכי חקירה פלייליים, תוך הפעלת בקרה מקצועית מטרימה המשלימה פערי מומחיות. הצבת מנגנון פיקוח חיצוני על הגשת בקשה לצו מעקב מקוון שיפוטי עשויה להקטין הקטנה ניכרת את מספר הבקשות שבית המשפט יפסול,¹¹⁴⁴ או ליצור דיאלוג בין הנציבות לבית המשפט שישכלל את הדין הקיים. כמו כן, מתן סמכויות פיקוח לנציבות על מעקב לתכליות של אכיפת חוק ומניעת פשע לצד סמכויות פיקוח על מעקב לתכליות ביטחוניות עשוי לעורר חשש שעירוב תחומין זה יוביל לזליגת שיקולים או להלך רוח ביטחוני לאישור צווים שתכליתם אכיפת החוק הפלילי. עיצוב המבנה הארגוני של הנציבות באופן השומר על הפרדה בין הנציבים המאשרים בקשות או צווים בכל תחום, תוך רוטציה עיתית ביניהם, עשוי למתן חשש זה.

1142 ראו לדוגמה את כלל הפסילה בס' 13 לחוק האזנת סתר, ובנסיבות מסוימות את כלל הפסילה בס' 32 לחוק הגנת הפרטיות.

1143 ראו לדוגמה ס' 56, 21(4)(5), 20(3)(5) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA). להחרגות מהכלל ראו תוספת שלישיית לחוק. בס' 7 לתוספת השלישית מתוארת החרגה חשובה באשר לחומרים חסויים (Closed Materials Proceedings, CMP). בהקשר זה ראו Leigh, *Reappraising Intelligence Oversight*, לעיל ה"ש 504. לביקורת כללית על הליכים אלה ראו ANTHONY PERTO & ANDREW TYRIE, NEITHER JUST NOR SECURE 40-59 (2013); Adam Tomkins, *Justice and Security in the United Kingdom*, 47 ISRAEL L.REV. 305, 309-312 (2014). לקבילות כללית של ראיות דיגיטליות בבריטניה טרם חקיקת חוק סמכויות חקירה 2016 (IPA) ראו Reza Montasari, *Digital Evidence: Disclosure and Admissibility in the United Kingdom Jurisdiction*, in GLOBAL SECURITY, SAFETY AND SUSTAINABILITY: THE SECURITY CHALLENGES OF THE CONNECTED WORLD 42, 46-48 (Hamid Jahankhani et al. eds., 2016).

1144 ראו לעיל בסעיפים 3.2.2, 4.3.4, 5.2.2.

מבחינה תהליכית, יש להסמיך את נציבות הסיגינט הישראלית לפקח על כל שלבי הפקת המודיעין הסיגינטי. להבדיל משאר מערך הפיקוח, המומחיות של גוף ייעודי, בצירוף גישתו המלאה למידע, מאפשרים בחינה ביקורתית של כל שלב ושלב בתהליך, שבהסדר הקיים מרביתם אינם מפוקחים באופן רציף ועקבי.

רצוי להגביל את היעדים המהותיים של נציבות הסיגינט הישראלית לבחינת היבטים של חוקיות, זכויות אדם ואפקטיביות מודיעינית.¹¹⁴⁵ את הבקרה התקציבית השנתית יש להשאיר לוועדות הכנסת (שיוכלו לבססה, בין השאר, על ממצאי הערכת האפקטיביות שתתקבל מהנציבות, לצד הערכת האפקטיביות המודיעינית של ועדת הכנסת).

בדומה למודל הבריטי, מוצע כי נציבות הסיגינט הישראלית תורכב מנציבים שיפוטיים ושבראשם יעמוד נציב הסיגינט. הנציבים יהיו בעלי כשירות למינוי כשופטים מחוזיים, ואם עסקו בפועל באישור משפטי מראש של פעילות סיגינטית (למשל, שופטי בית משפט השלום בדימוס שנתנו צווים לפי חוק נתוני תקשורת, או שופטי בית המשפט המחוזי שנתנו צווים לפי חוק האזנת סתר) – מינוים לתפקיד יותנה בתקופת צינון של שנה עד שנתיים.

במתווה שבו פונקציות האישור מראש (authorization) והפיקוח האחר (oversight) יופרדו פנימית זו מזו, ייתכן שאפשר להרחיב את תנאי הכשירות של הנציבים העוסקים בפיקוח אחר (שאפשר שלא ייכוונו "נציבים שיפוטיים" אלא "מפקחי סיגינט") לבעלי ניסיון רלוונטי שאינו משפטי. ואולם גם במתווה כזה אין להרחיב את תנאי הכשירות של נציב הסיגינט, העומד בראש הנציבות, ולהותיר את דרישת הסף של כשירות למינוי כשופט מחוזי על כנה.

אפשר לשקול את הארכת כהונתו של נציב שיפוט בקדנציה נוספת, שבה יכהן כנציב הסיגינט. כמו כן, במתווה המפריד בין פונקציות האישור מראש והפיקוח האחר, אפשר לשקול את הארכת כהונת חברי הנציבות בקדנציה נוספת, שבה ימונה מי שכהן כנציב שיפוט כמפקח סיגינט, ומי שכהן כמפקח סיגינט – כנציב שיפוט (בכפוף לכשירותו המקצועית). לצד הנציבים השיפוטיים, מפקחי הסיגינט ונציב הסיגינט, יפעל מערך תמיכה מקצועית שיורכב ממומחים בנושאי

1145 ראו Cayford, Pieters, & Hijzen, לעיל ה"ש 966.

מודיעין וטכנולוגיה, כמו גם ממשפטים המתמחים בדיני הגנת הפרטיות ובזכויות אדם. הנציבים השיפוטיים, נציב הסיגינט ומפקחי הסיגינט לא יורשו לעסוק בתפקידים נוספים.¹¹⁴⁶

כדי לחזק את עצמאותה ואי־תלותה של נציבות הסיגינט, יש לעצב בהתאם את הליכי המינוי וההעברה מתפקיד של הנציבים השיפוטיים, מפקחי הסיגינט ונציב הסיגינט. מוצע כי תקופת כהונתם תוצמד לזו של סגני נשיא בבתי המשפט המחוזיים,¹¹⁴⁷ מאחר שאלו מוסמכים ליתן צווי האזנת סתר. כן מוצע כי נציב הסיגינט ימונה בידי השר לענייני מודיעין לפי המלצת נשיא בית המשפט העליון; מינוי נציבים שיפוטיים יותנה גם בהסכמת נציב הסיגינט; ומפקחי סיגינט ימונו לפי המלצת מבקר המדינה, בהסכמת נציב הסיגינט. יוצאי השירותים החשאיים ומערכת הביטחון יידרשו לתקופת צינון של שנה עד 18 חודשים מיום שחרורם על מנת להתמנות לתפקידים במערך התמיכה המקצועית. העברתם של נציבים שיפוטיים, מפקחי סיגינט ונציב הסיגינט מכהונתם תיעשה במקרים חריגים בלבד. מוצע כי העברתם מתפקידם תיעשה בכפוף להחלטה ברוב של חברי הכנסת, לאחר הליך שייקבע בחוק.¹¹⁴⁸

נוסף על הליכי המינוי וההעברה מתפקיד של הנציבים השיפוטיים ונציב הסיגינט, מוצע כי כדי להבטיח את עצמאותה המוסדית של נציבות הסיגינט יש להסמיכה ליזום חקירה או בדיקה באופן עצמאי בעניינים שבסמכות הפיקוח שלה,¹¹⁴⁹ וכן לקבוע את תקציבה בנפרד (בהסכמת ועדת הכספים של הכנסת).¹¹⁵⁰

1146 השו"ע ס' 11 לחוק־יסוד: השפיטה; ס' 7(א) לחוק מבקר המדינה.

1147 ס' 9(ב) לחוק בתי המשפט.

1148 השו"ע ס' 8א-8ב לחוק מבקר המדינה; ס' 228(4) לחוק סמכויות חקירה 2016 (IPA).

1149 FRA 2017b, לעיל ה"ש 193, בעמ' 11; BORN & LEIGH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 93-91; HRC 2010, לעיל ה"ש 79, בפס' 14.

1150 השו"ע ס' 10 לחוק־יסוד: מבקר המדינה.

כנובעה כגורם מאשר, המפעיל ביקורת מעין שיפוטית מראש על פעילות סיגינטית, לנציבות יהיה שיקול דעת בקביעה אם הפעלת הסמכויות הקונקרטית לשימוש באמצעי מעקב מקוון המוגשת לאישורה היא חוקית או בלתי חוקית כשלעצמה, ומשכך יהיה בסמכותה שלא לאשרה.

באשר לממצאי בדיקות ופיקוח בדיעבד, מוצע כי חריגה מקביעות הנציבות באשר לחוקיותן של פרקטיקות אלו ואחרות, לרבות במסגרת חוות דעת, תיעשה בכפוף לנימוקים בכתב. כאשר תיבחן בקשה שבה מפורטים נימוקים אלה יהיה הנציב השיפוטי ראשי שלא לאשרה. בשים לב לסד הזמנים המאפיין את הבחינה המטרימה של בקשות לצווים, ייתכן שיש מקום לאפשר במקרים דחופים לסוכנויות הביטחון ואכיפת החוק חריגה כאמור, לפרק זמן מוגבל ובכפוף לעיון חוזר בבקשה על ידי מותב של שלושה נציבים שיפוטיים שבראשו נציב הסיגינט, שקביעתו באשר לחוקיותה של הפרקטיקה השנויה במחלוקת תהיה מחייבת גם בבקשות עתידיות. על החלטה זו יהיו המבקשים רשאים לערער בפני בית המשפט המחוזי, בדלתיים סגורות.

מומחיותה של נציבות הסיגינט תישען על שלושה אדנים: הראשון, ניסיונם המצטבר של הנציבים השיפוטיים ומפקחי הסיגינט אגב עבודתם; השני, הממשק בין פונקציית הביקורת לפני מעשה לפונקציית הביקורת בדיעבד – בין במתווה דומה לנציבות סמכויות חקירה הבריטית, שבה הפרדה זו אינה מחויבת בחוק, ובין במתווה של הפרדה ארגונית בין פונקציות אלו, אשר אינה שוללת התייעצות, הנחיות, והפניה הדדית של סוגיות לעיון או ליישום; השלישי הוא מערך התמיכה המקצועי, אשר יש בו כדי להשלים פערי מומחיות הנוגעים לטכנולוגיה, מודיעין או ביטחון לאומי. כן מוצע כי הנציבות תקיים מעת לעת התייעצויות עם הציבור, לרבות שיח עם האקדמיה ועם ארגוני החברה האזרחית,¹¹⁵¹ באשר לכללים ונהלים פנימיים ולליבון סוגיות פרשניות. כמו כן

1151 ראו לדוגמה, בנוגע לבריטניה, ה"ש 361 לעיל. הדוח שנמח של ועדת הפיקוח הפרלמנטרית של נורווגיה על סוכנויות המודיעין והביטחון (EOS) מונה את האירועים האקדמיים והציבוריים שבהם השתתפו נציגי הוועדה; ראו EOS 2018, לעיל ה"ש 1036, בנספח 1.

מוצע כי הנציבות תייעץ לוועדות הכנסת הדנות בשינוי, בהרחבה או בתיקון של דיני המעקב המקוון בישראל.¹¹⁵²

כאמור, פיקוח אפקטיבי על פעילות סייגנטית דורש הקצאת משאבים ראויים.¹¹⁵³ מאחר שהיקף המשאבים צריך לשקף את המנדט של גורמי הפיקוח,¹¹⁵⁴ יש להביא בחשבון את כמות הבקשות שבהן דנים בתי המשפט והשרים, כמו גם את הפעילויות הסייגנטיות שלעת עתה אינן כפופות לביקורת מראש – חיצונית או מיניסטריאלית. על תקציב הנציבות לשקף אפוא מצבת כוח אדם שבכוחה לדון באופן ענייני בכ־27,000 הבקשות לצווי מעקב מקוון המוגשות בישראל בכל שנה,¹¹⁵⁵ בבקשות להיתרים מיניסטריאליים (שמספרן השנתי אינו ידוע),¹¹⁵⁶ ובפעילות סייגנטית שאינה נתונה כעת תחת פיקוח לפני מעשה אך יש להחילו עליה. נוסף על כך יש להביא בחשבון פעילויות פיקוח לאחר מעשה, התובעות גם הן משאבי כוח אדם וזמן. בהערכה גסה נדרשים בין 15 ל־20 נציבים שיפוטיים, ובאשר לפיקוח מראש – לכל הפחות 5 נציבים שיפוטיים (או מפקחי סייגנט). ראוי שמערך התמיכה המקצועית בהם יכלול צוות של לכל הפחות 20 מומחים. יהיה צורך לעדכן את מצבת כוח האדם מעת לעת, בהתאם לנפח הפעילות הסייגנטית.

1152 ראו לדוגמה את מוסד היועץ העצמאי לחקיקה בענייני טרור בבריטניה, לעיל בסעיף 4.2.4; על מעורבות ה־CTIVD בחקיקת חוק המודיעין ההולנדי ראו, Eijkman, Van Eijk, & Van Schaik, לעיל ה"ש 685, בעמ' 20–23; באשר לנוורוגיה ראו EOS 2018, לעיל ה"ש 1036, בנספח 3. בהקשר של דיני הגנת הפרטיות הכלליים ראו לדוגמה את תפקידי הייעוץ של רשויות לאומיות להגנת פרטיות: Commission Regulation (EU) 2016/679 of 27 Apr. 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Art. 57 (1)(c), 2016 O.J. (L 119) 1 (EU).

1153 ראו לעיל ה"ש 1008.

1154 ראו לעיל ה"ש 1009.

1155 בהתבסס על נתוני 2016–2017 בלוחה 2–3 שבסעיף 5.2.3 לעיל.

1156 עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל ני משרד ראש הממשלה, לעיל ה"ש 44.

יש מקום להוסיף יסוד אדוורסרי להליכי האישור מראש של הנציבות. נראה שמודל ידיד בית המשפט של חוות הדעת של בית המשפט למודיעין זר¹¹⁵⁷ יכול לשמש נקודת פתיחה לעיצוב מנגנון מקביל עבור הנציבות. מוצע כי הנציבות תמנה חמישה מומחים חיצוניים (שעברו סיווג ביטחוני מתאים) שאליהם תוכל לפנות במסגרת החלטה או צו המעלים שאלה משמעותית או חדשנית שבדין, על מנת שאלה יעלו כל טיעון משפטי הנוגע לעניין הנדון. מומחים אלו יהיו רשאים לערער בפני מותב של שלושה נציבים שיפוטיים שבראשו נציב הסיגינט. על מנת לוודא כי אכן ייעשה שימוש במומחים אלה, בשונה מידידי בית המשפט של בית המשפט למודיעין זר,¹¹⁵⁸ מומלץ להגביל את שיקול הדעת של הנציבות לגבי הנסיבות שבהן עליה לפנות אליהם באמצעות הוספת קריטריונים אמפיריים, כגון כמות האנשים שהצו המבוקש עשוי לפגוע בפרטיותם (להבדיל ממתן שיקול דעת לנציבות להחליט אם לפנות למומחים אלה כאשר מתעוררת שאלה משמעותית או חדשנית שבדין).¹¹⁵⁹

מעבר לכך, מוצע כי נוסף לפונקציות של פיקוח אחר על פעילות סיגינטית ואישור מראש שלה, הנציבות תשמש מען לתלונות של אזרחים ושל עובדי ארגוני הביטחון, המודיעין ואכיפת החוק שתחת שבט ביקורתה. אלו יהיו רשאים לפנות לנציבות בתלונות, וזו בהתאם לשיקול דעתה תקיים הליך עצמאי של בירור ובדיקה בדיעבד של התלונה.¹¹⁶⁰ תלונות של עובדים ומשרתים במערכת הביטחון ואכיפת החוק ייהנו מחיסיון מלא. הנציבות תעדכן את המתלוננים אם פתחה בבדיקה בעקבות פנייתם וכן על סיומה, ואם היא נמצאה מוצדקת.

עם זאת, מומלץ שלא להסמין את הנציבות ליתן סעדים אישיים. אלו יישארו בסמכות בית המשפט, אשר בו תקבל הנציבות מעמד של ידיד בית המשפט

1157 ראו לעיל בסעיף 4.3.4.

1158 ראו לעיל ה"ש 641-642.

1159 ראו לעיל ה"ש 641.

1160 שיקול דעת נרחב זה מסור למשל לטריבוונל סמכויות החקירה הבריטי (ראו לעיל בסעיף 4.2.3). לפי הדיווחים השנתיים של הטריבוונל בשנים 2012-2016, כמחצית מהתלונות לערכאה סווגו כ"קלות דעת או קנטרניות"; ראו Investigatory Powers Tribunal, *Statistical Report 2016*, 5 (2017)

בתיקים העוסקים בתביעות על רקע פעילות סיגינטית. בתיקים אלו יש לתת משקל לעמדת הנציבות ויש לשקול לאפשר לבית המשפט לנהל דיון בעובדות משוערות. הנציבות תהיה רשאית להצטרף לכל הליך הנוגע לפרקטיקות ולדיני מעקב מקוון.¹¹⁶¹ בהליכי ערעור על החלטות הנציבות – הנציבות תהיה המשיבה.

מוצע כי הנציבות תדווח מדי שנה לשאר הגורמים במערך הפיקוח על פעילותה ועל ממצאים שנתגלו במסגרת בדיקות ופיקוח אחרים, וכן על כל המלצות שנתגבשו בעקבותיהם. מוצע כי דיווחים אלו יכללו מידע סטטיסטי על הליכי אישור מראש של פעילות סיגינטית, וכן פירוט של כל החלטה שבה הייתה נציגות הסיגינט מעורבת כדיד בית המשפט, כל החלטה שבה אושרה פעילות סיגינטית דחופה חרף הכרזתה הקודמת כבלתי חוקית, כל החלטה שבה עיון חוזר בבקשה שב ואשרר את אי-חוקיותה וכל הליך שבו נעזרה במומחה חיצוני כ"דיד הנציבות".

לדיווחים השנתיים תהיה גרסה בלתי מסווגת שתפורסם בפומבי. נציב הסיגינט יעביר גרסה זו להערות השר לענייני מודיעין, ובשים לב לצורך לשמור על ביטחון המדינה יהיה רשאי להחליט, לאחר שהשר הביא לפניו נימוקים סבירים להנחת דעתו, כי חלקים מהגרסה הבלתי מסווגת לא יפורסמו בפומבי. כמו כן, מוצע כי מעת לעת תפיץ הנציבות דיווחים שוטפים, בהתאם לשיקול דעת נציב הסיגינט, על ממצאי בדיקות מיוחדות או על החלטות מהותיות שהחליטה במסגרת הליכי אישור מראש.

פתיחת דיאלוג מקצועי עם הציבור, שהוצע לעיל, לא רק יסייע לחידוד מומחיותה של הנציבות, אלא ישמש ערוץ עקיף לחיזוק השקיפות שלה. כמו כן, תפקודה של נציבות הסיגינט כמען חלקי לביור תלונות הציבור, כפי שהוצע לעיל, עשוי לתרום לחיזוק השקיפות, חרף המגבלות שהוצע להחיל עליה בהיבט זה של פעילותה (שיקול הדעת בפתיחת בדיקה וצמצום המענה הישיר שלה למתלוננים, כפי שהוצע לעיל).

1161 השוו עם ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נוסח חדש), נ"ח התשכ"ח 282.

יש להעניק לנציבים השיפוטיים ולמפקחי הסיגינט, וכך גם למערך התמיכה המקצועי שלהם, גישה מלאה או כמעט מלאה למידע שבידי ארגוני הביטחון ואכיפת החוק, לרבות למערכות המבצעיות ו/או לתיעוד האוטומטי של הפעילות בהן.¹¹⁶² לשם כך נדרשים אלה לקבל סיווג ביטחוני מתאים ולהקפיד על נוהלי אבטחת מידע מחמירים. יש לשקול את ההגבלות החלות על אנשי הנציבות באשר להזדהותם ככאלה, לנוכח היקף המידע המודיעיני שאליו הם עשויים להיות חשופים, ובהתאם את מידת האבטחה האישית הנדרשת מהם. עם זאת, ראוי כי שמו של נציב הסיגינט יהיה גלוי ברבים, בכפוף לאבטחה נאותה.

לוח 5

מתווה רצוי: נציבות סיגינט לאומית

פעילות סיגינטית של רשויות לחליות של ביטחון לאומי ואכיפת חוק	מהות הפיקוח
פיקוח על ציות לחוק (compliance)	מטרות הפיקוח
הגנה על זכויות אדם וחירויות אזרח	
בקרה על אפקטיביות מודיעינית	
פיקוח לפני מעשה (אקס אנטה)	פיקוח מקיף
פיקוח רציף (במהלך הפעילות)	טמפורלית
פיקוח לאחר מעשה (אקס פוסט)	
פיקוח על כל שלבי שרשרת ההפקה הסיגינטית	פיקוח מקיף
	תהליכית
אישור מראש (אקס אנטה): מנגנון אישור כפול באמצעות נציבים שיפוטיים	פונקציות פיקוח
פיקוח לאחר מעשה (אקס פוסט): בדיקות עומק יזומות באמצעות מפקחי סיגינט, או בעקבות תלונות	
נציבות תלונות: מען לתלונות אזרחים ועובדי שירותי הביטחון ואכיפת החוק. שיקול דעת רחב בטיפול בתלונות	



דיווחים שוטפים לכל הגורמים במערך אישור צווי מעקב מקוון (מיניסטריאליים או שיפוטיים) החייצבות בהליכים משפטיים הנוגעים למעקב מקוון	ממשק עם מערך הפיקוח
גישה מלאה או כמעט מלאה למידע שבידי ארגוני הביטחון ואכיפת החוק, לרבות למערכות המבצעיות ו/או לתיעוד האוטומטי של הפעילות בהן	גישה למידע
דיווחים פומביים שנתיים ושוטפים היזון חוזר בין-מחלקתי מערך תמיכה מקצועי שיח עם הציבור פנייה למומחים חיצוניים במקרים מיוחדים	שקיפות מומחיות

6.4 מודל "רזה" חלופי: הצעות לשיפור הקיים

נציבות הסיגינט שהוצעה בסעיף 6.3 לעיל היא תוספת חיונית למערך הפיקוח הקיים על פעילות של מעקב מקוון בישראל. ואולם כל עוד נציבות זו לא תוקם, להלן כמה הצעות למודל "רזה" חלופי, לשיפור חלק מנקודות התורפה של המערך הקיים.

ראשית, בהיעדר גוף פיקוח ייעודי יש לאפשר ככל האפשר לפיקוח הציבורי – באמצעות האקדמיה וארגוני החברה האזרחית – לסייע בהשלמת פערים ולטפח דיון ביקורתי במשטר הסיגינט הישראלי. לשם כך יש לתת פומבי לדיווחים השנתיים על היקף ההיתרים שניתנו לשב"כ (להאזנות סתר וכן לשימוש בנתוני תקשורת), ולהפוך לקבועה את הוראת השעה באשר לדיווח לוועדת הכנסת

על הפעלת סמכויות לפי חוק נתוני תקשורת.¹¹⁶³ על היועץ המשפטי לממשלה ועל ועדות הכנסת המפקחות על פעילות סיגינטית לפרסם דוח שנתי פומבי על פעילותם בתחום ועל ליקויים שנתגלו במסגרת עבודתם.¹¹⁶⁴ רצוי כי רמת הפירוט והחשיפה שבדיווחים עיתיים אלה תהיה גבוהה יותר מהקיים היום, לרבות נתונים באשר לאפקטיביות השימוש באמצעים הסיגינטיים שהופעלו.¹¹⁶⁵ כן יש לתת פומבי לכללים החשאיים שנקבעו לפי חוק האזנות סתר ולפי סעיף 11 בחוק השב"כ, כדי שיהיה אפשר לבחון את הדיווחים העיתיים אל מול כללים אלו, וכן לקיים דיון ציבורי בכללים עצמם.¹¹⁶⁶ כמו כן מומלץ כי היועץ המשפטי לממשלה ינהל שיח עם האקדמיה וארגוני החברה האזרחית החוקרים את הנושא, לשם ליבון של דילמות ועדכון שוטף על הנעשה בתחום, בדומה לנעשה, בין השאר, בבריטניה ובהולנד.

חלק מהמלצותינו הקודמות על עדכוני חקיקה והחלת ביקורת שיפוטית מראש על האזנות סתר ושימוש בנתוני תקשורת לתכליות ביטחוניות,¹¹⁶⁷ וכן ההמלצות על עיצוב מנגנונים לחיזוק היסוד האדוורסרי של הליכים אלה,¹¹⁶⁸ עודן בתוקף. גם בהיעדר פונקציות של עורכי דין מיוחדים או ידדי בית משפט ייעודיים לתחום זה רצוי לזהות ולהרכיב קבוצת מומחים חיצוניים ובלתי תלויים, שבהם יוכלו להסתייע מעת לעת כל הגורמים במערך הפיקוח. ככל שיורחבו סמכויות בית המשפט לדון בצווי מעקב מקוון לתכליות ביטחוניות יש להבטיח כי הסיווג

1163 ס' 6 (ז) לחוק האזנת סתר, ס' 14 לחוק נתוני תקשורת.

1164 להמלצה על פרסום דוח שנתי בידי היועץ המשפטי לממשלה על תפקודו ותפקוד המחלקות שבו ראו גיא לוריא היועץ הטוב: אמות מידה להערכת היועץ המשפטי לממשלה 155-157 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015). לדוח שנתי כאמור אפשר להוסיף גם דיווח על היקף הפעילות של היועץ המשפטי לממשלה בתחום הפיקוח על פעילות סיגינטית. לגבי ועדת חוץ וביטחון ראו מסמך היסוד של ועדת חו"ב, לעיל ה"ש 124, בעמ' 10, 52.

1165 חוות דעת האזנות סתר 2010, לעיל ה"ש 172, בעמ' 61; דוח המבקר לשנת 2003, לעיל ה"ש 76, בעמ' 280, 300.

1166 ראו כהנא ושני רגולציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 280-281.

1167 שם, בעמ' 281-282.

1168 שם, בעמ' 286.

הביטחוני של החלטותיו ייבחן מעת לעת, וינתן להן פומבי – או לפחות לחשובות שבהן – בכפוף לאילוצי ביטחון לאומי.¹¹⁶⁹

כדי לחזק את מומחיות השופטים בתחום מומלץ לקיים הכשרות ייעודיות מעת לעת,¹¹⁷⁰ שלא בבלעדיות השירותים החשאיים או משטרת ישראל,¹¹⁷¹ וכן להקים פורומים פנימיים ייעודיים של השופטים המוסמכים לדון בבקשות לצווי מעקב מקוון, בשיתוף הגורמים האחראים על הנושא מטעם היועץ המשפטי לממשלה. כן מומלץ להקצות ליועץ המשפטי לממשלה רפרנט ייעודי לנושאי סיגינט – הן במסגרת פיקוח מראש והן במסגרת פיקוח בדיעבד על נושאי רוחב.

רצוי להעביר את הפיקוח על הפעילות הסיגינטית של משטרת ישראל וגופי אכיפת החוק לוועדה לביטחון פנים, על מנת לרכז את הפיקוח הפרלמנטרי על משטרת ישראל.¹¹⁷² כמו כן יש לשקול את חיזוק סמכויותיו של המשרד לענייני מודיעין. אין מדובר במודל שהוצע בהצעת חוק השירותים החשאיים, שלפיו המשרד לענייני מודיעין הוא הלכה למעשה גוף מטה במשרד ראש הממשלה,¹¹⁷³ אלא בהוספה של סמכויות בדיקה ופיקוח מראש על פעילות סיגינטית של השירותים החשאיים לסמכויותיו של השר לענייני מודיעין. האחרון יהיה בין הנמענים של דיווחי ראש הממשלה ושר הביטחון על היתרי האזנת סתר ועל היתרים הנוגעים לשימוש השב"כ במאגרי מידע של נתוני תקשורת,¹¹⁷⁴ וחברותו בוועדת השרים לענייני השירות תהיה קבועה לפי חוק.¹¹⁷⁵ השר יוסמך ליזום חקירה עצמאית של השימוש שהשירותים החשאיים עושים באמצעי מעקב מקוון, לרבות מבחינת חוקיותם ויעילותם, ולהגיש את ממצאיו לראש הממשלה ולוועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים בצירוף המלצותיו.

1169 ראו לדוגמה ס' 1872 לחוק איסוף מודיעין זר (FISA).

1170 חוות דעת האזנות סתר 2010, לעיל ה"ש 172, בעמ' 61.

1171 ראו לדוגמה חובל, לעיל ה"ש 159.

1172 ראו לעיל ה"ש 1059.

1173 ס' 4(ב) להצעת חוק השירותים החשאיים.

1174 ס' 4(ד)–(ה) לחוק האזנת סתר; ס' 11(ד) לחוק השב"כ.

1175 ס' 5(ב) לחוק השב"כ.

לוח 6

מודל "רזה" חלופי: הצעות לשיפור הקיים

החלת ביקורת שיפוטית על האזנות סתר והשגת נתוני תקשורת לתכליות של ביטחון לאומי	הרחבת הכיסוי השיפוטי
הכשרות ייעודיות לשופטים	חיזוק המומחיות של גורמי הפיקוח
הקצאת רפרנט ייעודי לנושאי סיגינט ליועץ המשפטי לממשלה	חיזוק היסוד האדוורסרי
הסתייעות במומחים חיצוניים כידידי בית משפט	חיזוק הפיקוח החיצוני השוטף
העברת הפיקוח הפרלמנטרי על הפעילות הסיגינטית של משטרת ישראל לוועדה לביטחון פנים	הגברת השקיפות
חיזוק מעמדו של השר לענייני מודיעין כגורם מפקח	
מתן פומבי לדיווחים השנתיים על היקף ההיתרים שניתנו לשב"כ	
החלת חובת דיווח שנתית לפי חוק נתוני תקשורת	
הגברת רמת הפירוט בדוחות השנתיים	
בחינה עיתית של רמת הסיווג של החלטות שיפוטיות ומיניסטריליות	
פרסום פומבי של כלליים חשאיים	
התייעצות ושיח עם האקדמיה וארגוני החברה האזרחית	



Policy Paper 149

OVERSIGHT OF ONLINE SURVEILLANCE IN ISRAEL

Amir Cahane
with Yuval Shany

July 2020

Editor [Hebrew]: Hamutal Lerner
Series and Cover Design: Studio Tamar Bar-Dayan
Typesetting: Ronit Gilad, Jerusalem
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-309-1

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2020 by the Israel Democracy Institute (RA) and The Federmann Cyber Security Research Center – Cyber Law Program
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: en.idi.org.il

The Federmann Cyber Security Research Center – Cyber Law Program
Law Faculty, Mount Scopus Campus, Jerusalem
Box 80, ZIP Code: 9190501
Email: hcsrcl@mail.huji.ac.il
Website: <https://csrcl.huji.ac.il/>

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute or those of The Federmann Cyber Security Research Center - Cyber Law Program.

ABSTRACT

Online surveillance is intelligence activity meant to collect digital information from electronic communications networks, retain it, process it, and analyze it—whether the information is being conveyed via a landline telephone network, a cellular network, or computer communication. The surveillance may be conducted in various ways: interception or extraction of information from a network or end devices, gathering of communications data from communications providers, and processing of information from overt or covert sources, including data-mining or machine-learning techniques. Now that much of human communication is electronic, harnessing modern technology for large-scale collection, storage, and statistical analysis of communications data can yield richer, more detailed intelligence about targets of surveillance than ever before.

But along with the advantages of intelligence gathered from online surveillance of communications networks, we must consider the substantial privacy violations for the subject of the surveillance. Those whose privacy is violated include not only the intelligence targets themselves, but also those who come into contact with them. Moreover, bulk data collection, which extracts massive volumes of communications

data and content from a major communication link without limiting the collection to particular intelligence targets, dramatically increases the number of those affected. The right to privacy is not the only individual right infringed by online surveillance: the chilling effects of such surveillance may impair the subjects' sense of overall freedom and freedom of expression. When individuals are aware that they are, or might be, under surveillance, they are likely to change their conduct accordingly.

The policy study "Regulation of Online Surveillance in Israeli Law and Comparative Law" (Israel Democracy Institute, 2019) surveys Israeli law as it applies to domestic online surveillance practices and compares it to corresponding laws overseas. The survey findings indicate that oversight of this activity in Israel is incomplete and in need of improvement. The present policy study, "Oversight of Online Surveillance in Israel," describes the need for oversight of online surveillance, the various institutional components of a national system for overseeing SIGINT (signals intelligence), and the present state of oversight in Israel, as compared with foreign law.

Main Conclusions

1. The Israeli system for overseeing SIGINT activity is neither complete nor comprehensive

From a temporal standpoint, ex-ante external oversight of SIGINT activity in Israel is only partial, whereas ex-post external oversight of how online surveillance measures are used and how information collected through them is handled is almost completely absent. According to unclassified publications, the people with the authority and ability to initiate in-depth investigations of SIGINT—commissions of inquiry and the State

Comptroller—initiate them only sporadically, and usually in the context of law enforcement. Online surveillance in Israel is not subject to regular external oversight in any stage of the SIGINT production chain.

2. The Israeli oversight system is cloaked in a veil of secrecy

Some of the rules regulating online surveillance practices in Israel are confidential, as is oversight of these practices. Parliamentary oversight activity (some of it anchored in law) by the Secret Services Subcommittee of the Knesset Foreign Affairs and Defense Committee is not made public; nor is the attorney general's executive oversight of SIGINT practices. Given that periodic reports by officials in other countries' national SIGINT oversight systems are made public, it appears to be possible to publish them while still protecting state secrets, ongoing operational activities, intelligence sources, and methods of operation.

3. Israel lacks a specialized, independent agency assigned to oversee SIGINT activity

Not only does oversight of online surveillance in Israel just partially cover SIGINT activity for national security purposes, there is also no external agency assigned specifically to oversee SIGINT activity on a regular basis. Online surveillance in Israel is currently overseen by non-specialist bodies that lack the technological and intelligence expertise needed to independently review online surveillance as practiced in Israel. Furthermore, their oversight of SIGINT activity in Israel is neither regular nor continual.

Recommendations

1. The ideal model for oversight of SIGINT activity: a national SIGINT commission

We propose establishing a national SIGINT commission—an independent, external body designated to oversee online surveillance activities as carried out by government authorities. The aim of the commission's oversight would be to ensure that the authorities are acting in accordance with the law while protecting human rights and civil liberties, and to serve as another agency overseeing the effectiveness (in terms of intelligence) of the online surveillance practices employed by the authorities. The commission would oversee the entire SIGINT production chain: collection, storage and retention, selection and examination, and analysis of information.

We propose authorizing the commission to serve an ex-ante oversight function by requiring its prior approval of online surveillance warrants (as in the British “double lock” model). Second, the commission would oversee implementation of the warrants and would review online surveillance practices ex post facto, partly through thematic reviews of various aspects of SIGINT activity by security and law enforcement agencies. Third, it would serve as a destination for complaints by citizens and employees in these agencies regarding matters within its purview.

The SIGINT commission would be staffed by judicial commissioners qualified to serve as district judges; their approval would be required for any ministerial or judicial online surveillance warrant. In addition, the commission would include inspectors who would not have to be trained jurists; their job would be to oversee the SIGINT activity ex post facto.

Both groups would be aided by a professional support system made up of a combination of intelligence, law, and technology experts.

The commission would have complete access to the information held by the agencies it oversees and would periodically issue unclassified public reports of its findings.

2. An alternative, “bare-bones” option for improving the present situation

The study proposes a general outline for improving the present situation and rectifying some of the weaknesses of the Israeli SIGINT oversight system, as an alternative to the recommended model of establishing a national SIGINT commission. These proposals can serve as interim solutions in the absence of an independent supervisory body designated to oversee SIGINT activity.

- *Broadening judicial coverage:* We propose requiring ex-ante judicial review of wiretapping and of actions to obtain communications data for national security purposes.
- *Strengthening the expertise of the present SIGINT oversight system:* We propose conducting special training programs for judges who hear requests for online surveillance warrants, and designating a particular individual in the Attorney General’s Office to handle SIGINT issues.
- *Bolstering the adversarial element in ex-ante proceedings:* We propose using external experts as amici curiae, as in the American model.
- *Increasing transparency:* We propose making public the annual statutory reports on the scope of online surveillance permits given to the Israel Security Agency. Furthermore, we propose making the expired temporary order in the Communications Data Law permanent, and requiring the publication of annual reports detailing how the powers stipulated in the

law have been exercised. The degree of detail in the present and proposed annual reports should be increased, and the classified rules pertaining to the SIGINT activity of Israeli security agencies should be made public. In addition, we recommend periodically reviewing the classification level of judicial and ministerial decisions pertaining to online surveillance orders, and making those of public interest public, subject to security constraints.

מדוע יש לפקח על רשויות המדינה כשאלה בולשות אחרי הפעילות המקוונת שלנו; כיצד ניתן לפקח על מעקב מקוון של גופי מודיעין ואכיפת חוק; מיהם האחראים בישראל על פיקוח זה; האם המצב הקיים נותן מענה ראוי למאפיינים הייחודיים של פעילות סיגינטית; האם ישנם מודלים עדכניים בדין שרצוי להכיר וללמוד מהם? בהמשך למחקר **רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019), שתיאר את ההיבטים החסרים בדין הישראלי החל על פעילות מעקב מקוון של רשויות המדינה, ואת אלו שנדרש בהם תיקון והשלמה, מטרתו של המחקר המובא כאן היא לבחון את טיבו של הפיקוח בישראל על פעילות זו. המחקר סוקר את נקודות החולשה במערך הפיקוח הישראלי על פעילות סיגינטית וממליץ על הקמת גוף ייעודי לפיקוח על פעילות זו, בדומה לנעשה בדמוקרטיות אחרות.

עו"ד עמיר כהנא הוא חוקר אורח בתוכנית לסייבר ומשפט במרכז פדרמן לחקר הסייבר באוניברסיטה העברית בירושלים. בעת כתיבת מחקר מדיניות זה היה חוקר בתוכנית לביטחון לאומי ודמוקרטיה במכון הישראלי לדמוקרטיה. בוגר תואר ראשון במשפטים מהמרכז הבינתחומי הרצליה, ותואר שני במשפטים מאוניברסיטת קיימברידג'.

פרופ' יובל שני הוא סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה וחוקר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים ובמרכז לביטחון ודמוקרטיה. בעבר היה דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וכיום משמש בה ראש התוכנית לסייבר ומשפט במרכז פדרמן לחקר הסייבר ומופקד על הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי ע"ש הרש לאוטרפכט (Hersch Lauterpacht). פרופ' שני חבר בוועדת זכויות האדם של האו"ם מאז 2013. ב-2018 הוא מונה ליושב ראש הוועדה.



0 4500001222 6
דאנאקוד 450-1222