

12 במרץ 2023

לכבוד

ועדת חוקה, חוק ומשפט

בראשות חבר הכנסת שמחה רוטמן

התייחסות מכון תכלית: דו"ח משטרת ישראל בנושא האזנות הסתר לשנת 2021 ודו"ח משרד המשפטים בנושא הפעלת הרגולות על-ידי משטרת ישראל (פרשת NSO)

חברי וועדה נכבדים,

אנו מברכים על קיומו של דיון חשוב זה, ומבקשים להתייחס לדוח מררי ובאופן רחב יותר לפיקוח על תוכנות רוגלה או כלי סייבר התקפיים. בעוד אנו מכירים בחשיבות של תוכנות רוגלה, ובפרט בעידן הדיגיטלי, חשוב לשמור על איזון בין האינטרסים על הכף - ביטחון לאומי וחדשנות טכנולוגית, אשר משפיעים על כלכלת ישראל ותדמיתה, אל מול הרצון לשמור מפני ניצול כוח לרעה ולשמור על זכויות הפרט. לשם כך, וכפי שנפרט, **אנו מציעים מיסוד של שני מנגנוני פיקוח: (1) פיקוח בשלב הייצור, השימוש או המכירה של רוגלות; (2) פיקוח מעת לעת על ידי הכנסת.**

1. רקע

חברת NSO עלתה לכותרות בזכות מוצר הדגל שלה - פגסוס - המאפשר גישה למחשבים ולמכשירים אישיים במטרה לאסוף מידע, לצרכי מניעת פשיעה, ריגול או מעקב. בשנים האחרונות, הצטברו עדויות על שימוש לרעה לכאורה בפגסוס, ובפרט נגד מתנגדים פוליטיים, עיתונאים ופעילי זכויות אדם. בין המדינות אליהן התייחסו הדיווחים, ניתן לציין את איחוד האמירויות, אל-סלבדור, בחריין, הונגריה, הודו, ירדן, מקסיקו, מרוקו, ספרד, צרפת, פולין, קזחסטן, רואנדה, וערב הסעודית.¹ ידיעות אלו יצרו משבר אמון ביחס לתעשיית הסייבר ההתקפי הישראלית והוביל להליכים בינלאומיים שונים נגד השימוש בפגסוס (במיוחד באיחוד האירופי ובארצות הברית).²

¹ ר' למשל: עומר כביר, "סיטיזן לאב: פגסוס ריגלה אחר עיתונאים ופעילי זכויות אדם במקסיקו עד 2021" **כלכליסט** (3.10.2022) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/bjylml00zs; Omer Benjakob, *The NSO File: A Complete (Updating) List of Individuals Targeted With Pegasus Spyware*, **HAARETZ** (5.4.2022) <https://www.haaretz.com/israel-news/tech-news/2022-04-05/ty-article-magazine/nso-pegasus-spyware-file-complete-list-of-individuals-targeted/0000017f-ed7a-d3be-ad7f-ff7b5a600000>

² כך, למשל, הפרלמנט האירופאי הקים ועדה חקירה שמתמקדת בהשפעה של פגסוס וטכנולוגיות מעקב דומות על זכויות יסודיות ומשטרים דמוקרטיים". בנוסף, NSO הוכנסה ל"רשימה השחורה" של מחלקת המסחר האמריקאית. לבסוף חשוב לציין כי חברות טכנולוגיה מובילות בעולם תובעות את NSO בשל שימוש לרעה ופריצה למערכות שלהן, ובפרט אפל ומטה. ר' RIN 0694-AI64 Docket No. 211019-0210 (4.1.2021), <https://www.federalregister.gov/documents/2021/11/04/2021-24123/addition-of-certain-entities-to-the-entity-list>; *WhatsApp v. NSO Group, et. al*, No. 4:19-cv-7123 (N.D. Cal. Oct. 29, 2019); *Apple Inc. v. NSO Group Technologies Limited* No. 3:21-cv-09078 (N.D. Cal. 23.11.2021)

חשוב להכיר בכך כי תעשיית הסייבר ההתקפי בעלת חשיבות עצומה לכלכלת ישראל ולתדמיתה הבינלאומית ככוח משמעותי בזירת הסייבר.³ בהתאם, פיתח משרד הביטחון הליך מזורז למכירת סייבר התקפי, במטרה לעודד שיתופי פעולה במחקר ופיתוח עם חברות מחוץ לישראל (או במרכזי פיתוח של חברות ישראל מחוץ לשטח המדינה).⁴ לאחר הגילויים בנושא NSO, עודכנו תנאי הרישיון במובן של צמצום הפטור,⁵ ובוצעה בחינה מחדש של רישיונות קיימים.⁶

1.1. פרשת השימוש של משטרת ישראל במערכת פגסוס

לפני כשנה התעורר החשד כי משטרת ישראל השתמשה במערכת פגסוס לריגול אחר דמויות פוליטיות שונות. תחקיר כלכליסט חשף,⁷ לכאורה, את השימוש של משטרת ישראל במערכת פגסוס, אותה כינתה המשטרה "סייפן", ללא אישור שיפוטי. סוגי השימוש בתוכנה, לכאורה, היו מגוונים: איסוף מידע אחרי מתנגדים פוליטיים ופקידים בכירים, איסוף לא חוקי של ראיות וניסיון לקבל מידע מיעדים מודיעיניים. התחקיר עורר ביקורות,⁸ כאשר בחלק מהתגובות נראה היה כי המשטרה הודתה בחריגות בשימושים בתוכנה.⁹ בעקבות הביקורות הציבוריות, הוקמה ועדת מררי.

הדו"ח המסכם של ועדת מררי מתח ביקורת על המשטרה וציין כי ההכנסה של מערכת האזנות רחבת היקף נעשתה בלי שהובנה לאשורה על ידי מקבלי ההחלטות.¹⁰ ועדיין, הדו"ח קבע שמרבית המעקבים נעשו באישור בית משפט, ושהמשטרה לא השתמשה במערכת פגסוס בניגוד לצו שיפוטי.¹¹ בימים אלו

³ : הסכום המוערך של הייצוא הביטחוני בשנת 2020 עמד על כ-8 מיליארד דולרים, כאשר הסכום אף עלה בשנת 2021 לשיא של 11.5 מיליארד דולרים. מתוך סכום זה, כ-10% מההכנסות מבוססות על טכנולוגיות סייבר. ר' מערכת אתר משרד הביטחון, "חוזי הייצוא הביטחוני ב-2020: 8.3 מיליארד דולר" **אתר משרד הביטחון** (1.6.2021); מערכת אתר משרד הביטחון, "שנת שיא בייצוא הביטחוני של ישראל" **אתר משרד הביטחון** (12.4.2022).

⁴ תקנות הפיקוח על ייצוא ביטחוני (פטור מרישיון ייצוא ביטחוני), תשע"ז-2017; "בקשת רישיון שיווק בטחוני" **אפי"י**, <http://www.exportctrl.mod.gov.il/Guide/Pages/Step4.aspx> מכירת טכנולוגיה דו-שימושית, 4-5. מבקר המדינה הצביע בעבר על כשלים של האגף לפיקוח על הייצוא הביטחוני: בין היתר פגמים במנהל התקין, תפקידו הכפול של משרד הביטחון, הן כמפקח של החברות והן כלקוח של חלק מהחברות אשר מבקשות לקבל אישור שיווק וייצוא, ותופעת "דלתות מסתובבות" בתעשייה. ר' דוח מבקר המדינה, **דוח שנתי 62** "פרק חמישי - משרד הביטחון" 154.

⁵ מאיר אורבר, "משרד הביטחון קיצץ בשני שלישי את מספר המדינות שחברות הסייבר יכולות למכור להן" **כלכליסט** (25.11.2021) <https://www.calcalist.co.il/calcalistech/article/sjnu1zhof>; גולדשמיד, 5.

⁶ אודי עציון, "משרד הביטחון ביטל רישיונות יצוא לחברות בתחום הסייבר ההתקפי" **כלכליסט** (16.6.2022) <https://www.calcalist.co.il/calcalistech/article/s163hykk9>

⁷ תומר גנון, "חברת NSO בשירות משטרת ישראל: פריצות לטלפון של אזרחים ללא פיקוח או בקרה" (18.1.2022) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/s1b1xwx6y

⁸ בן כספית, "לא הואזנו אזרחים ולא הודבקו, האם זה משנה משהו לנתניהו?" **מעריב** (17.2.2022) <https://www.maariv.co.il/journalists/Article-898642>; מרדכי גילת, "פרשת כלכליסט ופגסוס: התחקיר הכוזב" **הארץ** (19.2.2022) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2022-02-19/ty-article-opinion/.premium/0000017f-e195-d7b2-a77f-e397f4f40000>

⁹ צבי זרחיה, "המשטרה מאשרת לראשונה: בוצעו חריגות בשימוש בתוכנת NSO" **כלכליסט** (1.2.2022) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/rkopd9uct

¹⁰ דוח מררי, 56.

¹¹ **דין וחשבון הצוות לבדיקת האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים** (2022) (להלן: "דוח מררי"), עמוד 32. ר' גם רועי פלד "שתי הערות ושתי טענות בעקבות קריאה בדוח מררי" **ICON-S-IL Blog** (9.10.2022) (להלן: "פלד") לעניין זה פלד מעיר שיש מקום להסתכל על פגיעה זו בפרטיות לנוכח אמות המידה שנקבעו בפסיקה ביחס להאצלה; אבישי גרינצייג, "דוח הבדיקה הסופי בפרשת NSO קובע: לא הייתה חדירה המונית לטלפונים, הפרסומים בעיתון כלכליסט לא היו נכונים" **גלובס** (1.8.2022) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001420048>

מתנהלת עתירת חופש מידע במטרה לחשוף האם ובאיזה היקף היו התקשרויות בין משטרת ישראל ובין חברות הטכנולוגיה ההתקפית NSO וסלברייט.¹²

2. התייחסות למתחים והחששות העולים מדו"ח מררי

דוח מררי חושף מידע חשוב אודות מערכת היחסים שבין החברה הפרטית ובין שירותי הביטחון. גילוי מדאיג, הוא כי המידע שנאסף על ידי המערכת נשמר גם במערכות חברת NSO.¹³ חשיפה של עובדי NSO למידע שהושג בהאזנות הללו מוביל לכך שאנשים פרטיים, אשר אינם כפופים לעקרונות של אחריותיות ציבורית, נחשפים למידע פרטי.¹⁴

מנקודת המבט של המשפט המנהלי, ישנן חובות מוגברות על האצלה של סמכויות שעלולות להביא לפגיעה בזכויות יסוד (דוגמת הזכות לפרטיות – הנהנית ממעמד חוקתי).¹⁵ מעבר לזכות לפרטיות, חששות נוספים מונחים על הכף, ביחס לחופש הביטוי, הזכות לחיי משפחה, הזכות להליך הוגן, ועוד.¹⁶ בפרט, סמכות חקירתית צריכה להיות מבוצעת על ידי עובדי ציבור בלבד.¹⁷

לגבי עניין התדמית, בטיטת הדו"ח שהוגש לפרלמנט האירופי, ביחס ל-NSO, מצוין כי טכנולוגיות פולשניות רבות מיוצרות בישראל, וכי אלו מכרסמות בשלטון החוק ובעקרונות דמוקרטיים. גינוי דומה הוצג על ידי של הנציבה העליונה לזכויות האדם של האו"ם.¹⁸ לזאת יש להוסיף את האתגר הרחב יותר של מדינת ישראל במישור התדמית – על רקע האשמות בנוגע לסכסוך הישראלי-פלסטיני.¹⁹ בהתאם, שיקול יחסי החוץ הופך למשמעותי.

מעבר לאמור, ישנן שתי הצדקות נוספות לפיקוח משמעותי יותר על תעשיית הסייבר ההתקפית: חובת החריצות הנאותה, לצד עקרונות של מחויבות תאגידיים לזכויות אדם. לאחר הצגתן, נציע שני מנגנוני פיקוח. הראשון, מתמקד בשלב הפיתוח של טכנולוגיה, או של ההחלטה לעשות בה שימוש. השני, הוא מנגנון פיקוח תקופתי של הכנסת.

2.1 נורמות רלוונטיות: חובת החריצות הנאותה

חובת החריצות הנאותה היא עקרון כללי של המשפטי הבינלאומי, אשר יש לו ביטוי במספר ענפים. בין המרכזיים שבהם, ראוי לציין את משטר אחריות המדינה אשר מגדיר מתי מדינה אחראית לפעולות לא חוקיות של חברה פרטית.²⁰ מדריך טאלין, למשל, קובע שלמדינה יש את החובה למנוע פעילות סייבר

¹² ניתן למצוא את העתירה והטענות המקדמיות של הצדדים בלינק <https://www.meida.org.il/13658>.

¹³ דוח מררי, 4.

¹⁴ פלד.

¹⁵ בג"ץ 2605-05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 15 לפסק דינה של השופטת פורקצ'יה פ"ד סג(2) 545 (להלן: "עניין הפרטת בתי הסוהר").

¹⁶ פגיעה בזכות זו מוכרת בשנים האחרונות על ידי טריבונלים בינלאומיים של זכויות אדם כפגיעה בזכויות אדם, ר' Abaida v Rosanna Flamer-Caldera v Sri-Lanka.

¹⁷ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776,45; עניין הפרטת בתי הסוהר.

¹⁸ Statement by UN High Commissioner for Use of spyware to surveil journalists and human rights defenders Human Rights Michelle Bachelet.

¹⁹ לעניין זה ניתן לציין את החלטת המועצה הכללית להורות לבית הדין הבינלאומי לצדק לפרסם חוות דעת מייעצת בנוגע לחוקיות השליטה הישראלית בגדה המערבית, לעניין זה ר' Tal Mimran and Lior Weinstein *Advisory Opinion 2.0: The Israeli-Palestinian Conflict Returns to The Hague* ARTICLES OF WAR (28.11.2022).

²⁰ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries p.5(2001).

משטחה המפרה את המשפט הבינלאומי,²¹ גם אם מדובר בחברת טכנולוגיה פרטית.²² גם דיני זכויות האדם מחייבים את המדינה לפעול בחריצות הנאותה כדי למנוע את הפרתן,²³ ואם אלו בוצעו – לחקור, להעמיד לדין ולהעניק סעד ביחס אליהם.²⁴

חובת החריצות הנאותה אינה מוחלטת, אלא היא חלה באופן יחסי ליכולות המדינה.²⁵ מכאן, ככל שמדינה מתקדמת יותר בתחום מסוים, כך הרף שיידרש הוא גבוה יותר. מוקד החובה הוא עצם הניסיון של המדינה לפעול, ולא דווקא התוצאה של המהלך.²⁶ כלומר, אם למדינה עמדו הכלים למנוע הפרה של הדין, והיא לא עשתה זאת, מדובר בשיקול חזק לקבוע שהייתה הפרה של החובה.²⁷ ככל שבוצעה הפרה, כלומר המדינה לא הצליחה למנוע אותה מראש, למדינה עדיין עומדת החובה לחקור ולהעמיד לדין את המפרים של הדין, כחלק מדרישת החריצות הנאותה, וגם לנפק סעד לנפגעים. כל חקירה צריכה להתבצע באופן יעיל, עצמאי, ללא משוא פנים ותוך שמירה על שקיפות.²⁸

חובת החריצות הנאותה רלוונטית כמובן לעניינו. ראשית, חשוב לומר כי עצם קיומו של משטר פיקוח ומתן רישיון ייצוא הוא פעולה מניעתית אקטיבית מצד המדינה,²⁹ כלומר מהלך חיובי במובן של חובת החריצות הנאותה. ועדיין, ככל שמשטר זה מוכח כלא יעיל, נראה כי נכון לשקול על חיזוקו מעת לעת (ובפרט לאחר שערוריות בקנה מידה בינלאומי). שנית, במידה ובכל זאת נעשה שימוש ברוגלה שמפירה זכויות אדם, אם במישור הפנימי ואם הבינלאומי, למדינה קמה חובה לחקור, להעמיד לדין ולהעניק סעד בגין ההפרה.

בעקבות הדומיננטיות הרבה של ישראל בשוק הסייבר, כמו גם רמת הידע והמומחיות בתחום, נראה כי רף האחריות כלפי ישראל הוא גבוה. המציאות מלמדת כי מנגנוני הפיקוח הקיימים לא מסייעים תמיד, ובפרט ביחס לכלי סייבר התקפיים, מאחר וישנו פיקוח שיפוטי רך וניגוד עניינים מובנה במשרד הביטחון המפקח על ייצוא (יש צורך בתעשייה צבאית חזרה בישראל, אבל בשביל לתחזק אותה יש לשווק מוצרים לחו"ל, ובנוסף משרד הביטחון הוא בעצמו לקוח לעיתים של אותן החברות שהוא מפקח על ייצוא מוצריהן). בהקשר של דוח מררי, הדו"ח המסכם הכיר בכך שטענות השימוש במערכת פגסוס ללא צו שיפוטי פוגע

²¹ Tallinn Manual 2.0, rule 6 "must exercise due diligence in "not allowing its territory

. Talita Dias & Antonio Coco, CYBER DUE DILIGENCE IN INTERNATIONAL LAW pp.127-130 (2022)

²² Hum. Rts. Comm., General Comment No. 31, ¶ 8, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (May 26, 2004)

²³ Antonio Coco & Jean-Baptiste Maillart, The Conflict with Islamic State: A Critical Review of International Legal Issues, in THE WAR REPORT: ARMED CONFLICT 2014 388, 408 (Annyssa Bellal ed., 2015).

²⁴ Nicholas Tsagourias, Self-Defence against Non-state Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule, 29 LEIDEN J. INT'L L. 801, 817 (2016).

²⁵ Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Montenegro), Judgment, 2007 I.C.J Rep. 43, ¶ 430 (Feb. 26).

²⁶ Valasquez Rodriguez v. Honduras, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4, ¶ 172 (July 29, 1988).

²⁷ General Comment No. 31, supra note 70, ¶ 15; Anik v. Turkey, Eur. Ct. H.R., ¶¶ 71-72 (2007); Prosecutor v. Sefer Halilović, Case No. IT-01-48-T, Judgment, ¶¶ 97, 100 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, Nov. 16, 2005);

²⁸ Abuyeva v Russia, Eur. Ct. H.R., ¶ 174 (2010).

²⁹ ברוך ברכה, משפט מנהלי (כרך א), 61 (1987).

ב"ליבת שלטון החוק במדינה דמוקרטית, וככל שיש בהן ממש, פוגעות פגיעה חמורה במרחב הפרטיות הנתון לכל אדם בה".³⁰

2.2. מחויבות תאגידים לזכויות אדם

בעשורים האחרונים, מתגברת המגמה המבקשת להחיל זכויות אדם גם על תאגידים. דוגמה בולטת לכך היא עקרונות האו"ם בנוגע לתאגידים וזכויות אדם.³¹ מדובר במסמך שהוכן כחלק מעבודת דווח מיוחד של האו"ם בנושא, אשר יש לו מעמד לא מחייב מבחינה משפטית אלא הוא מראה על הדין כפי שעלינו לשאוף לקדם אותו (*Lex Ferenda*), מתוך הבנה כי פעילות של חברות מסחריות משפיעה באופן ממשי, והרבה פעמים לשלילה, על מאזן זכויות האדם בסביבה בה הן פועלות.³² בנוסף, השפעתו מוגבלת מכיוון שלא הוקם מנגנון אכיפתי ליישום.³³

בעוד שמדובר במסמך לא מחייב, הוא אומץ על ידי חברות טכנולוגיה גדולות: גוגל,³⁴ אפל,³⁵ ומייקרוסופט.³⁶ חשוב לציין כי גם חברת NSO קיבלה על עצמה את המחויבות לעקרונות הללו.³⁷ במקביל להתפתחויות בתחום זכויות האדם, ישנה מגמה מקבילה המבקשת לקדם אחריות פלילית בינלאומית לתאגידים.³⁸ למשל, המעורבות של פייסבוק בפרסום והדהוד מסרים של צבא מיאנמר,³⁹ תרמה להסתה שהובילה לרצח העם של מיעוט הרוהינגה במדינה, כעולה מעדותו של ראש צוות החקירה העצמאי לחקר רצח העם במיאנמר.⁴⁰ הדבר הוביל לביקורת ציבורית רבה, וכן למהלכים משפטיים שונים, הכוללים תביעות ייצוגיות נגד החברה⁴¹ וכן תביעה עומדת של גמביה נגדה.⁴² בהמשך לאותה המגמה, דו"ח חדש

³⁰ דוח מררי, 1. יש שביקרו את הוועדה ואת עצמאות ומשוא הפנים שלה, משום שכל חברה נהנים מיתרונותיה של האזנות סתר. מכאן, עלולה לעלות השאלה האם פעולות החקירה בדיעבד בישראל עומדות בדרישה של שקיפות, משוא פנים ועצמאות. ר' רועי פלד "שתי הערות ושתי טענות בעקבות קריאה בדוח מררי" **ICON-S-IL Blog** (9.10.2022).

³¹ GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: IMPLEMENTING THE UNITED NATIONS "PROTECT, RESPECT AND REMEDY" FRAMEWORK (United nations human rights office of the high commissioner) (2011).

³² עקרונות 11-15.

³³ Andreas Rasche, Sandra Waddock, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Corporate Social Responsibility Research* BUSINESS AND HUMAN RIGHTS JOURNAL, 6 227, 232 (2021); Surya Deva, *Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles* in HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF BUSINESS: BEYOND THE CORPORATE RESPONSIBILITY TO RESPECT? 78, 89 (Surya Deva and David Bilchitz (eds.), 2013).

³⁴ HUMAN RIGHTS (Google) <https://about.google/human-rights/>

³⁵ APPLE SUPPLIER CODE OF CONDUCT AND SUPPLIER RESPONSIBILITY STANDARDS (Apple) <https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple-Supplier-Code-of-Conduct-and-Supplier-Responsibility-Standards.pdf>

³⁶ MICROSOFT GLOBAL HUMAN RIGHTS STATEMENT (Microsoft) https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/human-rights-statement?activetab=pivot_1%3aprimar5

³⁷ HUMAN RIGHTS POLICY (NSO group) <https://www.nsogroup.com/governance/human-rights-policy/>

³⁸ Marina Aksenova, *Extraterritorial Obligations of Arms Exporting Corporations: New Communication to the ICC* OPINIO JURIS (14.1.2020), <http://opiniojuris.org/2020/01/14/extraterritorial-obligations-of-arms-exporting-corporations-new-communication-to-the-icc/>

³⁹ (2022) THE SOCIAL ATROCITY META AND THE RIGHT TO REMEDY FOR THE ROHINGYA (Amnesty international) pp.26-61

⁴⁰ Statement to the Human Rights Council by Nicholas Koumjian, Head of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar, on the 51st Regular Session of the Human Rights Council

<https://iimm.un.org/statement-to-the-human-rights-council-by-nicholas-koumjian-head-of-the-independent-investigative-mechanism-for-myanmar-on-the-51st-regular-session-of-the-human-rights-council/>

⁴¹ <https://edelson.com/wp-content/uploads/doevmetacomplaint.pdf>

⁴² Priya Pillai, *The Republic of The Republic of Gambia. v. Facebook, Inc.*, 567 F. Supp. 3d 291 (D.D.C. 2021); *Gambia v. Facebook, Inc.: Domestic Proceedings, International Implications*, OPINIO JURIS (Aug. 8, 2020); Michael A

ועצמאי שהוזמן ע"י מטא ביקר את מדיניות החברה בכל הנוגע לאירועי מאי 2021 בישראל, קבע כי היה לפייסבוק תפקיד בהתגברות התקריות האלימות במדינת ישראל במהלך מבצע שומר החומות.⁴³

מעבר לתגובות של ארגונים בינלאומיים ומדינות ביחס ל-NSO, גם השוק הפרטי הגיב במהרה ובעוצמה. כך, למשל, אמזון החליטה לפעול לניתוק של NSO משרתי הענן של החברה, והוגשו תביעות על ידי חברת אפל וחברת וואטסאפ.⁴⁴ כפי שניתן לראות, שימוש וייצוא טכנולוגיות סייבר התקפי משפיעים על יחסי החוץ של המדינה ועל תדמיתה. שימוש בפגסוס שלא על פי דין מהווה אם כן בעיה מקומית ובינלאומית כאחת.

3. מנגנוני פיקוח מוצעים:

הפיתוי לעשות שימוש בטכנולוגיות מעקב עלול להיות רב במיוחד באקלים רגיש פוליטית וביטחונית – כמו במחוזותינו.⁴⁵ בהתאם, ישנה חשיבות לקיומם של מנגנוני איזון. להלן נציג שני מנגנונים אפשריים:

3.1 פיקוח בשלב הפיתוח

סעיף 36 של הפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה,⁴⁶ מקים את החובה לערוך בדיקת חוקיות לפי המשפט הבינלאומי לנשקים טרם השימוש או הרכישה שלהם, בין אם ממדינה או מחברה פרטית.⁴⁷ חובה זו חלה גם בזמני שלום, ובהתאם היא גם מעוגנת בדיני זכויות האדם, וגם בזמני לחימה. לאור האתגרים הייחודיים של טכנולוגיות סייבר התקפיות, מנגנון זה מקבל חשיבות מוגברת.⁴⁸

In the study, development, acquisition or "adoption of a new weapon, means or method of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party".⁴⁹ המונח נשק מפורש בצורה רחבה, כזה אשר כולל כלי

Becker, *The Gambia v Facebook: Obtaining Evidence for Use at the International Court of Justice (Part I)* EJIL: TALK! (5.10.2021).

INSIGHTS AND RECOMMENDATIONS pp.4-: HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE OF META'S IMPACTS IN ISRAEL AND PALESTINE IN MAY 2021 ⁴³ (2022)

6 <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2022/09/Human-Rights-Due-Diligence-of-Metas-Impacts-in-Israel-and-Palestine-in-May-2021.pdf>

⁴⁴ תביעת וואטסאפ, פסקאות 1-78. בקצרה, הטענות נגד NSO מתבססות על הפרת תנאי השימוש של הפלטפורמה שאוסרות על שימושים אלימים ולא-חוקיים בה, ועשו הנדסה הפוכה (reverse-engineering) במטרה לפרוץ לשרתי הפלטפורמה, דבר שיצר עוולת הונאת מחשב, הפרת חוזה והסגת גבול.

⁴⁵ ר' לעניין זה למשל טל מימרן וליאור וינשטיין "הממשלה מפקירה את הפרטיות" **העין השביעית** (29.10.2022) <https://www.the7eye.org.il/469329>; גיל גן-מור "השב"כ יגן על הדמוקרטיה?!" **ICON-S-IL** (30.1.2023); בג"ץ 2109/20 עו"ד **שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה** (26.04.2020).

⁴⁶ §36 Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I) (1977), 1125 U.N.T.S. 3.

Isabelle Daoust, Robin Coupland & Rikke Ishoey, *New Wars, New Weapons? The Obligation of States to Assess* ⁴⁷ *the Legality of Means and Methods of Warfare*, 84 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 345, 348 (2002). "מלחמות חדשות, נשקים חדשים?"

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, A GUIDE TO THE LEGAL REVIEW OF NEW WEAPONS, MEANS AND METHODS OF ⁴⁸ WARFARE: MEASURES TO IMPLEMENT ARTICLE 36 OF ADDITIONAL PROTOCOL I OF 1977, 5 (2006), <https://shop.icrc.org/a-guide-to-the-legal-review-of-new-weapons-means-and-methods-of-warfare-pdf-en>.

WILLIAM H. BOOTHBY, WEAPONS AND THE LAW OF ARMED CONFLICT 4 (2009). ⁴⁹

סייבר התקפיים אשר יכולים לחדור למערכות מחשב, סלולרי, מכשירי Internet of Things ועוד. מדובר, אפוא, ביצירה של תמריץ והגברת הציוות לנורמות המשפט הבינלאומי באופן שלא פוגע כלכלית בצורה אנושה במפתחים, שכן הדבר נעשה כבר במהלך הפיתוח הראשוני ולפני שהושקעו כספים בפיתוח מתקדם.⁵⁰

בעוד ישראל אינה קיבלה על עצמה את הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה, יש לציין כי ישנן מדינות אחרות שאינן חברות בפרוטוקול אך מקיימות מנגנון בדיקה ברוח סעיף 36 (הדוגמה הרלוונטית ביותר היא ארצות הברית). בנוסף, גם מכוח דיני זכויות האדם ישנה חובה להעריך מראש את הסכנות האפשריות של כלי

נשק או טכנולוגיה עם יישום צבאי. בהתאם, ישראל עדיין מחויבת בפיקוח מסוג זה למרות שהיא לא חברה בפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה.⁵¹

כיום, טכנולוגיות נבחנות רק בשלב מאוחר, כאשר ישנו קושי לבצע שינויים מהותיים בטכנולוגיה, בין היתר בשל שיקולים כלכליים של פיתוח הטכנולוגיה והתועלת הכלכלית של מתן הרישיון לטכנולוגיה כמות שהיא. בהתאם, ראוי למסד מנגנון פיקוח על טכנולוגיות עם יישום צבאי בישראל, בתור שלב מקדים לזה של מתן רישיון שימוש, שיווק או ייצוא. וועדה שכזו צריכה להיות מורכבת מגורמים מגוונים במספר תחומים: אתיקה, כלכלה, ביטחון, משפט ועוד. מנגנון שכזה יהיה ביטוי לעמידה בחובותיה של ישראל דוגמת חובת החריצות הנאותה, והוא מתבקש ביחס לחברות שקיבלו על עצמן לעמוד בסטנדרטים של זכויות אדם (ובפרט, NSO). עמדה זו נתמכת גם בעמדת הדווח המיוחד של האו"ם לענייני חופש ביטוי, בדו"ח המקיף האחרון שכתב על טכנולוגיות מעקב.⁵²

3.2. פיקוח פרלמנטרי על ידי הכנסת

חלק מרכזי בעבודת הרשות המחוקקת הוא פיקוח על הרשות המבצעת והממשלה העומדת בראשה. בהתאם, אנו סבורים שיש מקום להגדיל את הפיקוח על פיתוח של טכנולוגיות עם שימוש צבאי, אם למטרות שימוש ואם למטרות ייצוא ומכירה. במישור הייצוא, אנו מציעים לבסס מנגנון דיווח מקיף יותר לוועדת חוץ וביטחון על עסקאות מכירה של רוגלות.⁵³ ההיגיון הוא לייצר פיקוח משמעותי יותר, לצד גורמים

⁵⁰ Justin McClelland, *The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I* INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS no.850 vol.85 397,402 (2003).

⁵¹ Permanent Mission of Israel to the United Nations, STATUS OF PROTOCOLS ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF Tal Mimran and ר' לדין רחב יותר, 1949 AND RELATING TO THE PROTECTION OF VICTIMS OF ARMED CONFLICTS P.3 (20.10.2020) Yuval Shani, *Integrating Privacy Concerns in the Development and Introduction of New Military or Dual-Use Technologies* in THE RIGHTS TO PRIVACY AND DATA PROTECTION IN TIMES OF ARMED CONFLICT 29, 36 (Russell Buchan and Asaf Lubin (Eds.)2022). (להלן: "מימראן ושני").

⁵² Human Rights Council Forty-first session 24 June–12 July 2019 Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development; Surveillance and human rights Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; A/HRC/41/35; Recommendations 66. על טכנולוגיות מעקב(").

⁵³ הודעת הכנסת, "יז"ר ועדת החוץ והביטחון, ח"כ בן ברק: יש לפקח על הייצוא הביטחוני בצורה הדוקה יותר" (13.6.2022) <https://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press13.06.22.aspx>

מייעצים דוגמת מערך הסייבר הלאומי והרשות להגנת הפרטיות, במטרה לחזק את אמון הציבור ולאפשר התמודדות עם ביקורות בינלאומיות.

אפשרות נוספת, היא להקים ועדת משנה, אם תחת ועדה חוקה או ועדת המדע והטכנולוגיה. אמנם, חברי הכנסת בישראל נמצאים תחת עומס עבודה משמעותי – כאשר עליהם לחלק את זמנם בין מספר וועדות ולצד זה להשתתף בהצבעות, שאילתות והצעות לדיון מהיר, וליזום חקיקה פרטית. בהתאם, אנו מכירים

באתגר של הוספה של ועדת משנה נוספת, ואף תמכנו לאחרונה בהסרת מגבלות מספריות מהחוק הנורווגי מתוך הבנה שהגדלת מספר חברי הכנסת הפנויים לעבודה פרלמנטרית הוא שיקול ממעלה

ראשונה. אלא, שמדובר כאן בסוגיה חוקית ומוסרית מן המעלה הראשונה, כזו שמשפיעה על יחסי החוץ של מדינת ישראל והכלכלה שלה, ומכאן ראוי לשקול זאת.

4. סיכום

פרשת פגסוס הובילה לגינויים של מדינות וגופים בינלאומיים. עבור תעשיית הסייבר ההתקפי בישראל, מדובר באירוע מכונן כפי שהיה בארצות הברית עם הגילויים בפרשת סנודן. אנו מציעים לקדם הליכי פיקוח יעילים ומשמעותיים יותר, אשר יבטאו מחויבות רבה יותר של מדינת ישראל לשלטון החוק ויגבירו את האמון בתעשיית הסייבר הישראלית. בתורן, התפתחויות אלו יוכלו לחזק את השוק הישראלי ואת החברות הפועלות בו.



ד"ר טל מימרן

ראש תכנית, תכלית – המכון
למדיניות ישראלית