

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2109/20
בג"ץ 2135/20
בג"ץ 2141/20
בג"ץ 2187/20

העותר
בבג"ץ 2109/20 :
עוה"ד שחר בן מאיר
מרחוב אבא הלל 12 רמת גן
טלפון 03-6127878 ; פקס : 03-6127979

העותרת
בבג"ץ 2135/20 :
האגודה לזכויות האזרח בישראל
באמצעות ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או גיל גן-מור ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75 תל אביב 65154
טל' : 03-7050734 ; פקס : 03-5608165
דוא"ל : gil@acri.or.il

העותרות
בבג"ץ 2141/20 :
1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. הרשימה המשותפת
באמצעות ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ואח'
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
טל' : 050-745658 ; פקס : 04-9503140

העותר
בבג"ץ 2187/20 :
איגוד העיתונאים בישראל
באמצעות ב"כ עוה"ד מורן סבוראי ו/או אמיר בשה
רח' מצדה 7, בני ברק 5126112
טל' : 03-7743000 ; פקס : 03-7743001

– נ ג ד –

המשיבים :
1. ראש הממשלה
2. ממשלת ישראל
3. שירות הביטחון הכללי
4. משטרת ישראל
5. משרד הבריאות
6. היועץ המשפטי לממשלה
7. הרשות להגנת הפרטיות, משרד המשפטים
באמצעות מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה
8. הכנסת
9. חה"כ גבי אשכנזי (יו"ר ועדת החוץ והביטחון של הכנסת ה-23)
באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

טיעון משלים מטעם העותרת בבג"ץ 2135/20

1. בכפוף להחלטת בית המשפט הנכבד בבקשת העותרת להגיש טיעון משלים, מוגש בזה טיעון משלים בעניין ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 7(ב)6 לחוק השב"כ, בעקבות פרסום חלקי של תמלילי הדיונים בוועדת המשנה לשב"כ, שדנה בהצעת החוק. תמלילים אלו היו חסויים בעת כתיבת העתירה המתוקנת, וקטעים מהם צורפו לראשונה ביום 13.4.2020 על ידי ב"כ הכנסת במסגרת בקשה מוסכמת לצירוף מסמכים.

בית המשפט הנכבד יתבקש לעיין בפרוטוקולים המלאים, לרבות הקטעים שהושחרו, ולהורות לכנסת להמציא אף לב"כ העותרים עותקים מלאים שלהם. אין זה סביר שיש עילה כלשהי לחיסיון על דבריו של פרופ' מרדכי קרמניצר או על דברי חברי הכנסת בדיון על הצעת חוק.

2. **מהתמלילים עולה בבירור כי החשש שהעלתה העותרת ביחס לזליגת השימוש ביכולות השב"כ לנושאים אזרחיים היה במוקד הדיון בוועדת המשנה, והוביל לצמצום הסמכות שנקבעה בסעיף ביחס למה שביקשה הממשלה לקדם במסגרת הצעת החוק.**

3. הצעת החוק הממשלתית בנוסחה המקורי כללה סעיף סל רחב: בסעיף 7(א) להצעת החוק הוצע לציין שהשירות מופקד גם על 'שמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין'. בסעיף 7(ב) (6) להצעת החוק הוצע להסמיך השב"כ לעסוק ב"פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים של המדינה" (הצ"ח 2689 מיום 23.2.98).

4. כבר בפתח הישיבה התריע פרופ' מרדכי קרמניצר, שהוזמן מטעם הוועדה, על הניסיון ההיסטורי הרע לשימוש ביכולות השב"כ וגורמי ביטחון דומים לו בעולם, לתחומים נוספים:

ההגדרה משתמשת במונחים כלליים כמו: 'שמירת בטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומי טרור, ריגול, חשיפת סודות'. יש פה בעיה בשימוש במושגים כלליים כאשר הדוגמאות מחקיקה טובה בעולם הן שמנסים להגדיר את המושגים האלה [...] אם לא די בזה באה הסיפא שמדברת על: 'שמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין', דבר בעיני מעמיד בספק את הצדקת כל קיומו של החוק בכך שהוא מסמיך את הממשלה להטיל על השירות תפקידים נוספים מעבר לתפקידים הקלסיים שלמענם נועד שירות ביטחון כללי [...] אומר זאת בצורה הכי בוטה: בזה השירות בעצם חדל להיות כפוף לחוק למרות ההסוואה שנעשית כאן, שזה באישור הממשלה או בכפוף לכל דין, אין כאן יותר כפיפות מהותית לחוק ואז המטרה העיקרית, הראשונה והחיונית של החוק הזה – שהיא הכפפת השירות לחוק – מסוכלת, כלומר החוק מסכל את עצמו. זו הוראה שאסור שתעבור בשום אופן. אם יש בדעתם של מציעי החוק תפקידים שהם רואים אותם לנגד עיניהם, שיאמרו מה הם התפקידים הנוספים להגדרה שנאמרה כאן" (עמ' 4, פרוטוקול 1).

5. פרופ' קרמניצר הזהיר, כי זליגת השימוש בסמכויות עלולה להתעורר במיוחד במקום שבו קיימת מטרה חיונית, וכי באופן טבעי יקשה על הממשלה שלא להשתמש בסמכויות השב"כ למטרות חשובות נוספות:

"אני מסמן את התופעה כנטייה טבעית שחוק צריך לנסות לבלום אותה. בהקשר הישראלי כפי שאני רואה זאת, ככל שהשירות ממלא תפקיד חיוני יותר כך הסכנה שהוא יראה לעצמו גם חריגה ממנדט וגם חריגה מהחוק כאמצעים שמוכשרים על-ידי המטרה היא יותר גדולה. כמה שהחיוניות יותר גדולה כך הנטייה להכפיף את עצמך לחוק היא יותר קטנה. מחוקק צריך להיות ער למגמות הטבעיות האלה".

6. מנגד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, ביחד עם ראש השב"כ, עמי איילון, דגלו במתן גמישות לשב"כ לעסוק בנושאים שאינם קשורים לביטחון המדינה אם יש בהם כדי לקדם אינטרסים חיוניים של המדינה. אחד הנושאים שמר מזוז העלה היה ריגול תעשייתי של גורם עוין או פעילות נגד הכלכלה במדינה. נושא אחר הוא פשע מאורגן והברחות סמים בינלאומיות.

לעמדתם, די בכך שהדרישה היא לאינטרס ממלכתי ושיש פיקוח פרלמנטרי כדי לאיין את החשש.

7. מקריאת תמלילי הישיבה עולה בבירור כי חברי הכנסת לא קיבלו את התזה שהציגה הממשלה, ולכן גם דחו את הנוסח המקורי של הצעת החוק. מי שהביע את מירב ההסתייגויות היה חבר הכנסת בנימין זאב בגין מהליכוד.

8. ח"כ בגין עמד על הסכנה לשימוש לא ראוי בשב"כ. לדבריו:

"תפקידנו כמחוקקים להסתכל קדימה ולמנוע מצב שבו החוק יתיר שימוש לא ראוי. מדובר בשירות חשאי, שעושה אמנם דברים "בכפוף לכל דין" אבל אלה דברים שלך ולי אסור לעשות".

9. ח"כ בגין עמד על הסכנות בזליגת הסמכויות להגנה על אינטרסים כלכליים:

"אם גמרת ואתה לא מטפל בביטחון המדינה ולא במשטר הדמוקרטי, אלא אתה מטפל באינטרסים ממלכתיים חיוניים אין תחום אחר אלא משק, כלכלה וחברה. זה מה שנשאר. אפשר לתת דוגמה כי היו דברים מעולם, שביתה בחברת החשמל במשך שבועיים. זה חיוני למדינה שהיא תיפסק? חיוני. זה לא בלתי סביר שהרוב בוועדת השירותים שלנו יאשר ציתות מטעם שירות המדינה ליושב-ראש ועד עובדי חברת החשמל כשהוא מדבר עם סגנו והם מתכננים את המהלך הבא. מה שאני אומר זה לגמרי מופרך? לא, כי באנגליה זה היה, צותתו לאנשי האיגודים המקצועיים" (עמ' 23-24, פרוטוקול 1).

10. ח"כ בגין עמד על כך שהפיקוח הפרלמנטרי אינו מספק, וכי כאשר יהיה קיים צורך להשתמש ביכולות השב"כ לצרכים נוספים בצירוף לחץ ציבורי על הממשלה לפעול, לא יוכל ראש הממשלה לעמוד בלחץ ויפעיל באמצעות הרוב שיש לו בוועדת המשנה את השב"כ לנושאים נוספים:

"תפקידנו להגן על אזרחים וגם על אורחים גם מפני החלטות שיש להן גיבוי של רוב, אחרת לא היינו נזקקים למחוקק. יכולנו להניח שהרוב בכנסת תמיד ינהג כהלכה אבל אנחנו לא מניחים הנחה כזאת. החזקה היא שבעניינים אלה תהיה ממשלה שבאמצעות הרוב שהיא תדאג שיהיה לה בוועדת השירותים היא תעשה דברים שאני לא רוצה שיעשו. זה לא יהיה מלכתחילה, זה לא יהיה מתוכנן אבל כשיש פתח ירצו להיכנס בו."

11. ח"כ בגין ציין עוד כי הפניה לוועדת המשנה, הפועלת בחשאיות, עלולה למנוע מחברי כנסת המתנגדים להסמכת השב"כ לומר זאת לציבור.

12. ח"כ בגין טען כי חמור לפגוע בפרטיות האזרחים ובזכויות היסוד שלהם למען אינטרסים כלכליים. הוא הזהיר שאין לסמוך על ראש השב"כ שיצליח לבלום שימוש לא ראוי בשב"כ, שלא למטרות ביטחון, שכן יעילות השימוש בשירות תכריע את הכף, דברים שכאילו נכתבו לענייננו:

"לו אני תחתיך, ראש השב"כ, ממש הייתי מתנגד לחלוטין לכך שממשלה כלשהי או רוב בכנסת יעשו שימוש בשירותים לצרכים אלה. מה היא הכוונה למעשה? הכוונה היא ליעילות. אומרים: שירות יש לי? יש לי; אנשים יש לי? יש לי; משכורת הם מקבלים? מקבלים; שיטות יש לי ולעבוד הם יודעים? אז למה לא להפעיל אותם?..."

13. המשך הדיון נסב סביב מקרים תיאורטיים בהן רשויות המדינה האחרות ייכשלו בטיפול בעיה בוערת מסוימת, וגם במקרה זה עמד ח"כ בגין על דעתו שאין זו סיבה להסמיך את השב"כ.

14. מר מזוז ציין, כי אישור הוועדה די בו למנוע מצב בו ייעשה שימוש לרעה בשב"כ, כמו למשל – למטרות מפלגתיות. על כך השיב ח"כ בגין כי "כשאדם אמר: מפלגה זו או אחרת פוגעת במדינה, הוא אמר לעצמו ולסובביו שהוא מגן על המדינה. זה לא רק עניין מפלגתי".
15. בפתח הישיבה השנייה אמר ח"כ בגין, כי הניסוח של הממשלה עדיין לא מקובל עליו. לדבריו "אם סעיף 7 יתקבל על פי הצעת הממשלה, אני מציע לשנות את שם הארגון לשם קצר... הארגון החשאי הכללי, והוא יהיה קבלן לעבודות חשאיות כלליות".
16. בסופו של דבר, ביקורתנו הנוקבת של ח"כ בגין קנתה לה שביתה בקרב חברי הוועדה האחרים. ח"כ רן כהן, למשל, ציין כי "אני לא תומך בגישה שאומרת שהשב"כ צריך להיות כלבוניק לכל מיני דברים". ח"כ חגי מירום אמר: "אני מתנגד להרחבה למילים: וכן מופקד השירות על שמירה וקידום אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה. אני לא יודע מה זה, ואני לא כל כך רוצה לדעת מה זה. אני לא בעד להכניס דברים כאלה אל תוך הגדרת החוק. זה פותח פתחים".
17. ראש השב"כ איילון הפציר בחברי הוועדה לא לשנות את הנוסח. הוא התייחס לאיומים שלא ברור האם יכללו בחוק כמו התקפת סייבר, שתשתק מערכות חיוניות במדינה. בתגובה טען חבר הכנסת בגין שיש גמישות בתחום הביטחון אבל לא מחוץ לתחום הביטחון הלאומי.
18. בדיון שלאחר מכן הוצע הנוסח שהתקבל בסופו של דבר כך שאת המונח "אינטרסים ממלכתיים חיוניים" הגבילו על ידי הקשרם ל"ביטחון הלאומי". השינוי נעשה הן בסיפא לסעיף 7(א) לחוק שבו נקבע בסופו של דבר כך: "וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים **לביטחון הלאומי** של המדינה" (המודגש נוסף); והן בסעיף 7(ב)(6), ששונה כך: "פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים **לביטחון הלאומי** של המדינה" (המודגש נוסף).
19. אולם גם המונח "ביטחון לאומי" הוא עמום והתקיים בוועדה דיון לגבי משמעותו.
20. מר מזוז השיב, כי להשקפת הממשלה "המונח ביטחון לאומי הוא **קצת** יותר רחב מהמונח ביטחון במובן הצר של המילה" (ההדגשה הוספה). לאחר מכן השתדל מר מזוז להציג דוגמאות שונות לנושאים שהם בגדר ביטחון לאומי: מדינת אויב מציפה את ישראל במטבע מזויף, לוחמת סייבר - גורם עוין תוקף את מערכות התקשורת של המדינה, ריגול תעשייתי בינלאומי, פשיעה בינלאומית ועבירות בינלאומיות.
21. ח"כ רן כהן שאל האם מצב בו הפגנות זעם נרחבות במחאה על מצב חברתי עשויות להיכלל תחת המונח ביטחון לאומי, ונענה שלא (על ידי משתתף ששמו הושחר).
22. היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד מירי פרנקל-שור, סברה שגם הסעיף המתוקן עדיין מעורר קושי, יש להגדיר את יעוד השב"כ בצורה ברורה, וכי דרך המלך לשנות את יעודי השירות היא בתיקון חקיקה ולא במנגנון הרחבה:

"... אני חושבת שקודם כל הוועדה צריכה כאן להגיד את דברה ולחשוב באופן זהיר מאוד האם יש מקום למלים ולסעיפי סל רחבים כאלה, מכיוון שדרך הסעיפים האלה ניתן להכניס הכל... " (עמ' 36, פרוטוקול 3).

"אני חושבת שאין מקום לסעיפי סל כאלה. אם רוצים לשנות את ייעודו של השירות, שיש סכנה רבה בכל מיני סעיפי סל כאלה, מן הראוי שיאמר המחוקק את דברו והממשלה תבקש מהכנסת לשנות את ייעודי השירות. ייעודי השירות לא יכולים להיכנס בסעיפי סל כאלה בהתאם לקביעת הממשלה שלממשלה יש אג'נדה פוליטית, יש אינטרסים מאוד מסוימים והשאלה היא כשהדיונים הם לא בתיקונים [...] ברגע שרוצים לשנות את ייעודי השירות צריכים לבוא לכנסת ולשנות אותם במליאת הכנסת" (עמ' 37, פרוטוקול 3).

23. היועצת המשפטית טענה כי חיוני להגדיר את ייעודיו של ארגון שפועל באזור הדמדומים בצורה ברורה. היא ציטטה את דבריו של ראובן חזק, מבכירי השב"כ, שחשף את פרשת קו 300: "אי עשיית גבול או מחסום לכוח, זה מה שהביא לכל הפרשה הזאת. תמיד אמרו שהשירות עובד באזור הדמדומים. זה נכון, לכן זה מחייב אותו לעבוד עם פנס חזק שיראה לו בדיוק להיכן הוא הולך ושלא יעז לכבות את הפנס ולעבור לצדדים אפלים. האפשרות היחידה לעבוד באזור הדמדומים היא שתהיה מאה אחוז בסדר".

24. מר מזוז הגן על הנוסח המתוקן וטען כי יש בו כדי למנוע את החשש לשימוש לרעה.

25. גב' פרנקל-שור שאלה את מר מזוז האם יפרשו את המונח ביטחון לאומי כמו שצה"ל מפרש את המונח יעדים ביטחוניים, שכן, לפי הדוגמה שנתנה, צה"ל מאפשר לחיילות לעסוק גם בהוראה או בבריאות. מר מזוז השיב: "**במושג 'ביטחון לאומי' לא ראיתי מול העיניים לא חינוך ולא בריאות**" (עמ' 43, פרוטוקול 3).

מה ניתן ללמוד מההיסטוריה החקיקתית על הסמכת השב"כ להיאבק בהתפשטות הקורונה?

26. מההיסטוריה החקיקתית עולה כי היו שתי גישות שונות שלא התקבלו: גישת יועמ"ש הוועדה, שאין כלל מקום לסעיפי סל מצד אחד; וגישת הממשלה שיש מקום לגמישות מירבית מצד שני. לאחר דיון מעמיק חברי הכנסת בחרו בגישת אמצע, לפיה סעיף הסל יאפשר גמישות רק בתוך התחום של הביטחון הלאומי, ולא בנושאים כלכליים, חברתיים, חינוכיים או בריאותיים וכדומה.

27. עוד עולה מההיסטוריה החקיקתית שמה שהפריע לחברי הכנסת הוא לא בהכרח שימוש לרעה בסמכויות השב"כ (סוגיה שהטרידה בעיקר את הממשלה), אלא מה שהטריד את חברי הכנסת היה זליגת השימושים, דווקא בשעה שיש בהם כדי לשרת תכלית ציבורית ראויה בעיני הממשלה או הרוב בכנסת. החשש היה מהלחץ להשתמש ביכולות השב"כ לשימושים שייראו לממשלה כראויים בפני עצמם אבל שאינם נוגעים לביטחון הלאומי. החשש הוא שדווקא שיקולי "יעילות" יובילו להסמכת השב"כ לעסוק בנושאים אזרחיים ולחרוג מייעודו.

28. העותרת אינה יודעת כמה פעמים מאז נחקק החוק התבקש השב"כ להפעיל את סמכויותיו לנושאים אחרים מכוח סעיף זה, אבל אין ספק שבמקרה דן מדובר בזליגה חסרת תקדים של סמכויות השב"כ לתחום שהוא במובהק לא ביטחוני, וגם לא בתחום הביטחון הלאומי. כפי שאמר מר מזוז, "**במושג 'ביטחון לאומי' לא ראיתי מול העיניים לא חינוך ולא בריאות**".

29. החשש של נבחרי הציבור מזליגת הסמכויות לנושאים אזרחיים קורמת עור וגידים מול עינינו. האזהרות שברגע האמת הממשלה לא תעמוד בלחץ הציבור לפעול, ולא תוכל שלא להשתמש ביכולות השב"כ, מתרחשת מול עינינו.

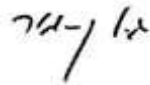
30. ברור שאם יש גוף כמו השב"כ, עם יכולות מעקב שאין לאף רשות אחרת, שמרכז כוח עצום וסמכויות אדירות, הפיתוי של הממשלה להשתמש בו במצב של משבר בריאותי הוא אדיר. אף ממשלה לא יכולה לעמוד בפיתוי הזה. לפיכך התפקיד מוטל על בית המשפט הנכבד לשרטט את גבולות החוק ולבחון את האינטרס הציבורי הרחב, ולא רק את צרכי השעה.

31. אם ניתן להשתמש בשב"כ לצורך חקירות אפידמיולוגיות, מדוע לא להשתמש ביכולות המעקב או החקירה שלו לתחומים בוערים נוספים? מכאן ועד המשבר הבא שבו תבקש הממשלה להשתמש בשב"כ, המרחק קצר. יש לא מעט נושאים אזרחיים שבהם מעורבות השב"כ בוודאי תסייע להציל חיים, כמו תאונות דרכים, או תסייע בקידום אינטרסים ממלכתיים אחרים (בעיני הממשלה). משם הדרך להפוך לחברת מעקבים היא קצרה. הלא נורמלי יהפוך לנורמלי.

14 באפריל 2020



דן יקיר, עו"ד



גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ העותרת