



29 בנובמבר 2020

לכבוד
ד"ר אביחי מנדלבלויט
היועץ המשפטי לממשלה
משרד המשפטים

שלום רב,

הנדון: הרחבה שלא כדין של סמכויות השב"כ

1. סמכויות שירות הביטחון הכללי (השב"כ) עוגנו בצורה מפורשת בסעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן – **החוק**). לצד חמש פעילויות שהוגדרו לשב"כ במפורש בסעיפים 7(ב)1-7(ב)5, סעיף 7(ב)6 לחוק מתיר לממשלה להסמיך את השב"כ לפעול בתחום אחר, באישור ועדת המשנה לענייני השירות, ובלבד שהפעילות "נועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה".
2. ביום 12.11.2020 מסרה לנו הכנסת תשובה לבקשת חופש מידע שהגשנו בעניין השימוש שנעשה בסמכות הנתונה לממשלה בסעיף 7(ב)6 לחוק מאז נחקק בשנת 2002 (העתק המענה מצ"ב). הממצאים בתשובה זו מטרידים ביותר.
3. מהמענה עולה כי במהלך השנים הוסמך השב"כ לבצע חמישה תפקידים נוספים בהחלטה מינהלית של הממשלה שקיבלה את אישור ועדת המשנה, ובכך ה**וכפל** מספר התפקידים של השב"כ ביחס למספר התפקידים שהטיל עליו המחוקק. בקשה אחת נוספת לא נדונה ולא אושרה, והבקשה האחרונה שאושרה הייתה הסמכתו לתפקיד סיוע בחקירות האפידמיולוגיות, שבעקבות פסיקת בג"ץ עוגנה בחקיקה מפורשת.
4. מהמידע עולה כי רק שנתיים לאחר חקיקת החוק, בשנת 2004, הסמיכה הממשלה באישור ועדת המשנה את השב"כ לבצע שלושה תפקידים נוספים. רק אחד מהם פורסם, כך הסתבר לנו עתה, ברשומות, חצי שנה לאחר תום הדיון בוועדה, וההסמכה מנוסחת באופן כללי ורחב מדי: "לקיים קשרי גומלין עם גופים ציבוריים ועם גופי מודיעין וביטחון, לרבות זרים, ובכלל זה לקבל ולהעביר מידע" (י"פ 5362 מיום 3.2.2005). עוד שני תפקידים אושרו ולא פורסמה לגביהם כל הודעה ברשומות. אחד התפקידים אושר תחילה כהוראת שעה לשנתיים ולאחר מכן, בשנת 2006, ההסמכה הזמנית הפכה להסמכת קבע לביצוע אותו תפקיד.
5. תפקיד נוסף, רביעי במספר, הוטל על השב"כ במרץ 2007, וגם לגביו אין כל הודעה ברשומות. התפקיד החמישי, הוא כאמור, הסמכת השב"כ למעקבי מגעים משנה זו.

סעיף 7(ב)(6) אינו מצדיק הרחבת קבע של סמכויות השב"כ תוך עקיפה של המחוקק

6. בעניין **בן מאיר** דן לראשונה בג"ץ בפרשנות סעיף 7(ב)(6) לחוק. בג"ץ קבע כי החלטת הסמכה מכוח הסעיף צריכה לעמוד במבחן הסכנה החמורה והמיידי לאזרחי ולתושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה, וכי מדובר במבחן כפול – הן במימד המהותי והן במימד הזמן (בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה** (מיום 26.4.2020) בפסקה 22).

7. במימד המהותי – נקבע כי החלטת הסמכה יכול שתהיה גם בתחומים שאינם נוגעים לביטחון במובן הצר, אך ההסמכה מיועדת להתמודדות עם סכנה חמורה לאזרחי ולתושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה, וכי התכלית של ביטחון לאומי רחבה אך במעט מהמונח "ביטחון המדינה" במובנו הצר.

8. במימד הזמן – נקבע כי החלטת הסמכה כזו היא בטבעה זמנית ומחייבת דרישת מיידיות. כלומר – הסכנה היא מסוג הסכנות שלא נצפו מראש בעת החקיקה וחייבת להיות כזו שאין בנמצא אפשרות מעשית לפתח אמצעים אלטרנטיביים מתאימים יותר להתמודדות עמה טרם התממשותה. הודגש בפסק הדין כי החלטת ההסמכה "אינה לתקופה בלתי מוגבלת והיא אפשרית רק כל עוד מתקיימת דרישת המיידיות ואין בנמצא אמצעים אחרים להתמודדות דומה עם הסכנה החמורה" (שם).

9. כך סיכמה הנשיאה חיות את ההלכה החדשה:

"סיכומם של דברים, סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ נועד לאפשר לממשלה, באישור ועדת השירות, גמישות מסוימת ביחס להסמכת השב"כ לפעולה בנסיבות שלא נצפו מראש בעת חקיקת החוק. ואולם, כפי שעולה מלשון הסעיף, מההיסטוריה החקיקתית שלו ומתכליתו האובייקטיבית, המונח "ביטחון לאומי" שבסעיף 7(ב)(6) רחב אך במעט מהמונח "ביטחון המדינה", ובנסיבות מתאימות ניתן לכלול בו גם איומים חמורים ומיידים שמקורם אינו בחתירה אקטיבית של גורמים עוינים כאלה ואחרים כנגד המדינה ומוסדותיה. אך ככל שמדובר בהרחבת פעילות השב"כ מעבר לתחומי הליבה של הביטחון במובן הצר שעליהם הוא מופקד, מדובר בהרחבה מצומצמת ביותר החלה באותם המקרים החריגים והנדירים שבהם קיימת סכנה חמורה ומיידית לאזרחי המדינה ותושביה או לסדרי המשטר במדינה, והכל תחת אמצעי ריסון ופיקוח קפדניים ובאופן זמני בלבד" (שם, בפסקה 23).

10. ואולם עתה מסתבר שההרחבה של משימות השב"כ בעבר באמצעות סעיף 7(ב)(6) לא הייתה זמנית כלל, אלא היוותה תחליף נוח להסמכת השב"כ למשימות קבע נוספות, תוך ניצול מעטה החשאיות, ותוך מעקף בוטה ופסול של הליכי החקיקה בכנסת לטובת הליך זריז של הסמכה באישור ועדת המשנה, שנשלטת לרוב על ידי הממשלה.

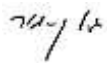
11. כך, למשל, ההחלטה להסמיך את השב"כ "לקיים קשרי גומלין עם גופים ציבוריים ועם גופי מודיעין וביטחון, לרבות זרים, ובכלל זה לקבל ולהעביר מידע" חורגת בצורה קיצונית מהפרשנות של הסעיף בפסק הדין. זו משימה רחבה וקבועה בעלת השלכות עומק, מעוררת בפני עצמה חשש כבד לפגיעה בזכויות חוקתיות, והיא לא נובעת מנסיבות שלא ניתן היה לצפות. לכן לא הייתה כל סיבה להעביר אותה כסמכות קבע במסלול ההסמכה שבסעיף 7(ב)(6), אלא היה צורך לתקן את החוק בהליך חקיקה רגיל ופומבי ככל הניתן.

12. יתר על כן, משום שהרחבת סמכויות השב"כ שלא למטרות הליבה שלו מעוררת קושי רב, וההסמכה נשענת על המונח העמום "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה", נפסק בעניין **בן מאיר** שאין בסיס מספיק בסעיף 7(ב)6 להרחבה משמעותית של פעילות השב"כ, בלא הידרשות של המחוקק לסוגיה זו במסגרת חקיקה ראשית. כלומר – גם אם הופעלה הסמכות כדין בשל נסיבות יוצאות דופן ודחופות, המבחן הדו מימדי מחייב, כי בחלוף הסכנה המידית ובאם הממשלה סבורה שקיים צורך בהמשך ההסמכה מעבר לתקופה קצרה, עליה לעגן את הסמכות בחוק. בית המשפט אף הטעים כי בחירת המסלול אינה עניין טכני אלא סוגיה מהותית בדמוקרטיה ייצוגית (שם, בפיסקה 30).

13. מעיון בתשובה לבקשת חופש המידע עולה, כי ההסמכה הייתה לצמיתות ולא זמנית, אך לא נעשה דבר לעגן את התפקידים שנוספו בחוק הראשי, בחלוף ההצדקה המידית להחלטת ההסמכה, ככל שהייתה כזו.

14. לאור כל האמור, השב"כ אינו מוסמך להמשיך ולפעול בארבעת התפקידים שהוטלו עליו בהחלטות הממשלה, ועל השב"כ לחדול מביצוע אותם תפקידים לאלתר. ככל שהממשלה סבורה שעדיין קיים צורך בכך נבקש להנחותה לקדם תיקון לחוק השב"כ או חוק זמני במתכונת של הוראת שעה, אותם נדרש יהיה לחוקק במסלול חקיקה מלא.

בכבוד רב,



גיל גן-מור, עו"ד

העתקים:

ראש הממשלה, ח"כ בנימין נתניהו

יו"ר ועדת החוץ והביטחון, ח"כ צבי האוזר

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים), מר רז נורי

יועמ"ש ועדת החוץ והביטחון, גב' מירי פרנקל שור

יועמ"ש השב"כ