

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה

המחלקה למשפט ציבורי-מינהלי

ירושלים : י"ח בשבט התשפ"ב
20 בינואר 2022
תיקנו : 803-04-2021-000940
סימוכין : 803-99-2021-060155

לכבוד
עו"ד גיל גן-מור
האגודה לזכויות האזרח בישראל
[באמצעות דוא"ל : mail@acri.org.il](mailto:mail@acri.org.il)

שלום רב,

הנדון : "פגמים חוקתיים במאגר נתוני התקשורת של שירות הביטחון הכללי"
סמך : פנייתך אל היועץ המשפטי לממשלה מיום 7.6.2021

פנייתך שבסמך הועברה לטיפול, ולאחר קבלת התייחסותם של הגורמים הרלוונטיים בשירות הביטחון הכללי (להלן : השב"כ או השירות) לסוגיות השונות, ובתיאום עמם, אתכבד להשיבך כדלקמן, על דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), ד"ר גיל לימון :

1. בפנייתך עמדת על שורה של "פגמים חוקתיים", כהגדרתך, העולים לטעמך מן האופן שבו מעוגן ההסדר הקבוע בסעיף 11 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן : חוק השב"כ או החוק), כמו גם מן האופן שבו הסעיף מיושם, להבנתך, על-ידי השב"כ. לאורם של פגמים לכאורה אלו, טענת כי על היועץ המשפטי לממשלה להנחות את ראש הממשלה ואת ראש השב"כ ביחס לשורה של עניינים הנדרשים לצורך הבטחת חוקיות וחוקתיות פעילות השירות מכוח סעיף 11.

2. עיון בפנייה, אשר פרשה יריעה רחבה ומעמיקה של סוגיות, מעלה כי היא נסמכת, במידה רבה, על מידע שנכלל בתחקירים עיתונאיים, ספרות ומאמרים אקדמיים, אשר על בסיסו הנחת הנחות עובדתיות שונות לעניין אופן היישום של סעיף 11 לחוק ושל הכללים המסווגים שנקבעו מכוחו, וכן הסקת מסקנות משפטיות לגבי חוקיות וחוקתיות יישום זה. אמנם, בהתחשב בכך שהיקף המידע הרשמי הגלוי הקיים בנושא זה הוא מצומצם, ניתן, כמובן, להבין מהלך היסקי זה. ואולם, מן העבר השני נבקש להדגיש בהקשר זה, כבר בפתח הדברים, מספר היבטים : ראשית, סודיות מנגנון איסוף המידע ואופן השימוש בו נשענת הן על הוראותיו המפורשות של חוק השב"כ, אשר מעגן את האפשרות להסדיר עניינים מסוימים בכללים מכוח החוק ומבהיר כי כללי השירות הם חסויים וגילויים או פרסומם אסור¹, והן על התקנות שהותקנו מכוח החוק לעניין חסיונם של פרטים שונים בנוגע לשירות, ובהם, בין היתר, פרטים שיש בהם כדי לחשוף

¹ סעיף 19(א) לחוק.

משימות, יכולות, דרכי פעולה ותכניות פעולה חשאיות, כשירות מבצעית ואמצעים מסווגים של יחידות השירות.² **שנית**, עמדתו המקצועית הנחרצת של השירות היא כי סודיות זו היא הכרחית לצורך שמירה על ביטחון המדינה, ובלעדיה ייפגם מאוד ערכו של המידע המתקבל מכוח סעיף 11, שהוא, להערכת השירות, גבוה ביותר. זאת, היות והפיכת המידע לגלוי תביא לסימון הנתיב שבאמצעותו יוכל מי שמבקש לפעול כנגד ביטחון המדינה להסתיר את פעילותו האסורה מעיני הרשויות. יצוין בהקשר זה, כי לעמדת השירות, חלק ניכר מהפעילות הסיכולית המבוצעת על-ידיו מותנה בקיומו של המידע האמור, ובלעדיו, תיפגע באופן קשה יכולתו של השירות לעמוד במימוש ייעודו ובמילוי תפקידיו לטובת השמירה על ביטחון המדינה. **שלישית**, לנוכח הוראות הסודיות האמורות, לא נוכל גם אנו, במסגרת מענה זה, לאשר או להכחיש את הטענות המובאות בפנייה בכל הנוגע להיקף המידע שנאסף על-ידי השירות מכוח הסעיף ובנוגע לשימוש שעושה בו השירות. יחד עם זאת, נדגיש, כי כפי שיובהר בהמשך, השימוש במידע לפי החוק מוגבל לנדרש לצורך מילוי תפקידי השירות, ואף זאת תוך מידור בין הגורמים הנדרשים לכך לאחרים, ותוך נקיטת הסדרי אבטחת מידע מחמירים. עוד נדגיש, כי הסוגיות האמורות נמצאות תחת בקרה משפטית שוטפת – הן מצד היעוץ המשפטי לשירות, והן מצד היעוץ המשפטי לממשלה ונציגיו – אגב הדיווחים העיתיים הנמסרים ליועץ לפי סעיף 11 וכן בהקשרים קונקרטיים המובאים לבחינתנו מעת לעת; כמו גם תחת בקרת הכנסת, במסגרת התפקיד הפיקוחי המסור לוועדת הכנסת לענייני השירות ביחס לדיווחים האמורים ובכלל.

3. לגופם של הדברים, נבקש להתייחס למספר סוגיות שהועלו בפנייתך, כדלקמן:

א. לעניין הטענות לפגיעה בעיקרון ההסמכה המפורשת ובכלל ההסדרים הראשוניים (סעיפים 23-26 לפנייה) כמו גם לאי-מידתיות הפעלת הסעיף – אין חולק כי סעיף 11 מעגן סמכות שהפעלתה כרוכה בפגיעה בזכויות אדם, ובכללן הזכות החוקתית לפרטיות. אין חולק גם על כך שחובת המדינה היא להבטיח את מידתיותה של הפגיעה באופן שבו מיושם החוק. יחד עם זאת, אין בידינו לקבל את הטענה כי ההסמכה לפגיעה כאמור, ואופן יישומה, חורגים מאמות-המידה החוקתיות המקובלות. אשר להסדר החוקי עצמו, יצוין, כי חקיקה מסוג זה מעוררת באופן מובנה את הצורך לאזן בין האינטרס הציבורי בעיגון הסדרים מפורטים ככל הניתן בחקיקה ראשית, בפרט מקום בו כרוכה בהם פגיעה בזכויות, לבין הצורך שלא לפגוע בהגשמת התכלית הביטחונית שאותה באה החקיקה לקדם, ובכלל זאת לאפשר את הגמישות הנדרשת לפעילות הגוף הביטחוני הנוגע בדבר, לרבות בשים לב לשינויי העיתים ובכללם ההתפתחויות הטכנולוגיות. מתח זה עמד גם ביסוד חקיקת חוק השב"כ, ובסופו של דבר המתווה שגובש בידי הממשלה ואושר בידי הכנסת בשנת 2002 הוא של חקיקת מסגרת, ברמת פירוט משתנה בנושאים השונים לפי העניין, ולצד זאת הסמכה מפורשת להסדרה מפורטת בחקיקת משנה מסווגת, הנתונה גם היא לבקרת הממשלה והכנסת, וכן עיגונם של מנגנוני בקרה שונים. יצוין, כי לעמדתו המקצועית של השירות, סודיות הכללים המסדירים באופן מפורט את פעילות הארגון מכוח הסעיף היא הכרח

² תקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והיתר לפרסום מידע האסור בפרסום), התשס"ד-2004.

המציאות, שכן הם עוסקים בהיבטים תפעוליים של סמכויות אלה, ופרסומם יוביל בהכרח לחשיפת שיטות פעולה של השירות, וזו תביא לפגיעה קשה ביכולתו של השירות לעמוד בייעודו ולמלא את תפקידיו. בשים לב לכך, לעמדתנו, ומבלי להקל ראש בקשיים שהעניין מעורר, הוראות החוק עמדו, ועודן עומדות, בדרישות הדין. אשר למידתיות אופן היישום של סעיף 11, הרי שכאמור, זו מצויה תחת בקרה – פנימית וחיצונית – שנועדה להבטיח זאת, ובהקשר זה נזכיר, כי בנוסף למנגנוני הבקרה שכבר הוזכרו לעיל, הכוללים כאמור את הייעוץ המשפטי לשירות, היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו והפיקוח שנעשה על-ידי ועדת הכנסת לענייני השירות, השירות כפוף לביקורת גם מצד מבקר המדינה ומצד מבקר השירות.

ב. לעניין הטענה בדבר שימוש במידע לצרכים שאינם צרכי השירות (סעיף 27 לפנייה) – נבהיר, כי כפי שעולה מלשון סעיף 11 עצמו, השירות מחויב לעשות במידע המתקבל מכוח הסעיף שימוש לצורך מימוש ייעודו ומילוי תפקידיו בלבד. לצד זאת, יובהר, כי אין בכך כדי לשלול את האפשרות להעברת מידע ממוקד שהתקבל בשירות מכוח הסעיף, בהתקיים צורך ממוקד בכך ולשם מילוי תפקידי השירות, וזאת מכוח סמכות השירות לפי סעיף 8(א)(2) לחוק, בהתאם לכללים החלים בנושא ובכפוף להוראות כל דין, לרבות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

ג. לעניין תכליות השימוש במידע (סעיף 29 לפנייה) – סעיף 11 אינו מגביל את התכליות שלשמן רשאי השירות לעשות שימוש במידע, ובלבד שאלו נועדו כאמור לצורך מילוי תפקידיו של השירות לפי החוק. זאת ועוד, לעמדת השירות, תפקידיו העיקריים של הארגון שלובים וכרוכים זה בזה והניסיון להפריד ביניהם לוקה במלאכותיות. כך למשל, הסמכות לערוך הליכי התאמה ביטחונית נועדה, בין היתר, למנוע מבעוד מועד חשיפת סודות מדינה וריגול, ובדומה – הסמכות לאבטח אישים ומקומות נועדה למנוע פעולות חבלה, טרור וריגול ביחס לאותם אישים או מקומות. משכך, לעמדתו המקצועית של השירות, צמצום התפקידים אשר לצורך מילויים יוכל הוא לעשות שימוש במידע המתקבל מכוח סעיף 11 יוביל לכך שהארגון לא יוכל למלא איזה מתפקידיו בצורה מיטבית, על הפגיעה הברורה הנובעת מכך באינטרס הציבורי. אשר לטענתך בעניין השימוש בסעיף 11 לצורך מימוש תפקידים שהוטלו על השירות בהחלטות לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ, נבקש להפנות למכתבנו אליכם מיום 21.6.21, ויוזכר כי משעה שהנושא תלוי ועומד כעת להכרעת בית המשפט העליון במסגרת העתירה שהוגשה על-ידיכם בנושא, עמדת המדינה תימסר במסגרת ההליך השיפוטי, כמקובל.

ד. לעניין הצורך בהגנה על בעלי חיסיון (סעיף 30 לפנייה) – נציין, כי ככלל, נהלי השירות מגנים על הזכות לחיסיון, בין חיסיון סטטוטורי ובין חיסיון שאינו סטטוטורי (לעניין עיתונאים), ולפיהם כל שימוש בנתונים בהקשר של בעל חיסיון מחייב אישור בדרג בכיר מאוד בשירות, ובנוסף על השימוש במידע להיעשות באופן שאינו פוגע בחיסיון.

ה. לעניין השליטה במאגר, ההיתרים לשימוש במידע והפיקוח על פעילות השירות (סעיפים 31-37 לפניה) – ראשית, יובהר, לעניין הטענה בדבר חשש לשימוש לרעה במידע, כי השירות מקפיד על כך שהנגישות למידע המתקבל מכוח סעיף 11 תוגבל רק לבעלי תפקידים בשירות הנדרשים לכך לצורך מילוי תפקידם, וזאת ביחס לסוגי המידע הספציפיים הנדרשים להם בלבד. בעלי תפקידים אלו מחויבים לעבור הליך התאמה ביטחונית, לרבות בדיקת פוליגרף, טרם מילוי התפקיד וכן באופן עיתי, והם מתודרכים באופן יסודי באשר לרגישות המידע ולחובה לעשות בו שימוש אך ורק בהתאם להוראות החוק, הכללים ונהלי השירות. השירות אף מקיים בקרות שונות על אופן השימוש במידע בידי בעלי תפקידים כאמור, במטרה למנוע שימוש בלתי-הולם במידע. אשר לטענה כי קיים סיכון לשימוש במידע לצרכים של גורמים פוליטיים כאלה או אחרים, יש להזכיר כי סעיף 4(ג) לחוק קובע כי השירות יפעל באורח ממלכתי וכי לא תוטל עליו משימה לשם קידום אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים. לגוף העניין, השירות הבהיר כי הוא מפעיל את סמכויותיו לצורך מילוי תפקידיו בלבד וכי הטענה שלפיה מוטלות על השירות, ומבוצעות על-ידיו, מטלות לצרכים פוליטיים, הינה נטולת כל יסוד. אשר לסוגיית הפיקוח החיצוני על השימוש במידע, נציין, כי אכן, בהקשר זה מוכרים בעולם מודלים פיקוחיים שונים, הנדרשים להיות מותאמים לצרכים המתקיימים בכל מדינה ולמאפייני הפעילות של הגופים הביטחוניים הנוגעים בדבר, כמו גם להשתלב במארג החקיקה הכולל החל בנושא. אף שאלת מידת האפקטיביות של מגנוני בקרה מסוגים שונים אינה כה פשוטה למדידה ולמענה ממצה. מדובר, אפוא, בסוגיה מורכבת, אשר נבחנת מעת לעת גם בשירות ובשיח המתקיים בין השירות לגורמי משרד המשפטים, ובוודאי שלא ניתן "להעתיק ולהדביק" את ההסדרים החלים בהקשר זה ממדינה אחת לאחרת. מכל מקום, וכפי שעולה גם מן האמור לעיל, הטענה לפיה לא קיים פיקוח חיצוני הולם על פעילות השירות, קל וחומר כי לא מתקיים פיקוח חיצוני כלל, אינה מבוססת לטעמנו, וממילא אין בידינו לקבל את הטענה כי הפיקוח הקיים, גם אם ניתן היה לעצבו באופן שונה, פוגם באופן מהותי במידתיות ההסדר כולו.

ו. לעניין אפשרות העברת מידע למדינות זרות (סעיפים 38-39 לפניה) – כפי שכבר הוזכר, העברת מידע שהתקבל מכוח סעיף 11 לגורמים אחרים נעשית בהתאם להוראות שנקבעו בכללים מכוח סעיף 8(א)(2) לחוק השב"כ ובכפוף לכל דין, לרבות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. על-פי הנמסר מהשירות, העברת מידע ביחס לאזרחים ישראלים על-ידי השירות היא צעד חריג במיוחד, והעברת מידע כאמור שהתקבל בשירות מכוח סעיף 11 היא חריגה עוד יותר, והיא נעשית בצורה נקודתית בלבד ורק במסגרת חקירה קונקרטית או לצורך פעילות סיכולית ספציפית, לאחר שקילת מגוון שיקולים ובהם גם הפגיעה הצפויה בפרטיות, ובאישור דרג ניהולי בכיר ביותר בשירות.

4. לבסוף, מבלי לגרוע מעמדתנו בעניין עמידת הוראות סעיף 11 ואופן יישומן באמות-המידה החוקתיות המקובלות, כמו גם מיתר האמור לעיל, נבקש להביא לידיעתכם כי מזה תקופה ארוכה, וביתר שאת במהלך השנה האחרונה, נערכת עבודה משותפת של גורמי הייעוץ המשפטי לשירות ושל הגורמים הרלוונטיים לעניין במשרד המשפטים לצורך גיבוש תיקון מקיף לסעיף 11. זאת, הן על מנת להתאים את נוסח הסעיף לצרכים העדכניים של השירות והן לשם הגברת

הפיקוח והבקרה על פעילות השירות, למשל בהיבטים מסוימים שהועלו בפנייה, ותוך שבגיבושו של התיקון אף ניתנה הדעת לטענות שנכללו בה. בנסיבות אלו, דומה כי ככל שתיוקון חקיקה זה יקודם כמצופה, הן פרסומו לקבלת הערות הציבור והן הדיונים שיערכו בעניינו בהמשך לכך בכנסת, יהיו בגדר האכסניה המתאימה לקיום שיח ציבורי ומשפטי עדכני בנושא מורכב ורגיש זה, אשר אין חולק על חשיבותו הרבה להבטחת איזון הולם בין האינטרסים הציבוריים הנוגעים בדבר, מחד גיסא, לבין זכויות האדם העומדות על הפרק, מאידך גיסא.

בברכה,



נטע קניגשטיין, עו"ד

ראש אשכול ביטחון (בפועל)

העתקים:

ד"ר אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה
ד"ר גיל לימון, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי)
מר רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי)
גב' עמית מררי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי)
גב' מירי פרנקל-שור, היועצת המשפטית לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת
מר גלעד סממה, ראש הרשות להגנת הפרטיות
מר ענר הלמן, מנהל מחלקת בג"צים, פרקליטות המדינה
גב' שלומית ברנע-פרגו, היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה
מר רפי ס', היועץ המשפטי לשירות הביטחון הכללי
גב' גבי פיסמן, ראש אשכול סמכויות שלטוניות, המחלקה למשפט פלילי