



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5048/21

לפני: כבוד ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנר

העותר: האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

המשיבים: 1. הממשלה
2. שירות הביטחון הכללי
3. ועדת החוץ והביטחון

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה: כ"ד בתשרי התשפ"ג (19.10.2022)

בשם העותרת: עו"ד גיל גן מור

בשם המשיבים 1-2: עו"ד ענר הלמן; עו"ד רן רוזנברג

בשם המשיבה 3: עו"ד יצחק ברט

פסק-דין

ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן:

עניינה של העתירה שלפנינו בבקשת העותרת, האגודה לזכויות האזרח, כי ייקבע שהחלטות הממשלה להסמיך את שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ), לבצע דרך קבע תפקידים נוספים באמצעות מנגנון ההסמכה שקבוע בסעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ או החוק), בטלות.

1. חוק השב"כ מסדיר את מבנהו, ייעודו, תפקידיו, וסמכויותיו של השב"כ. סעיף 7 לחוק מגדיר באופן מפורט את ייעוד השירות ותפקידיו, ומונה שורה של תפקידים אותם

הוא ממלא. כך למשל, מוסמך השב"כ לפעול לשם סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו וכן לשם אבטחת אנשים, מידע ומקומות, שקבעה הממשלה (סעיף 7(ב)(1) וסעיף 7(ב)(2) לחוק). במוקד העתירה דנן ניצב סעיף 7(ב)(6) לחוק (להלן גם: מנגנון ההסמכה), שמאפשר לממשלה להסמיך את השב"כ לבצע תפקידים נוספים מלבד התפקידים שנקבעו בסעיף 7(ב), ובלשון הסעיף: "פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (להלן: ועדת השירות) היא זו המשמשת כוועדת הכנסת לעניני השירות לעניין חוק זה (סעיף 6(א) לחוק).

2. לאורך השנים, וכמפורט בתגובות המקדמיות של המשיבים, נעשה שימוש בסעיף 7(ב)(6) להסמכת השב"כ ל-5 תפקידים נוספים, כאשר ארבע הסמכות עדיין עומדות בתוקפן (להלן: ההסמכות). מתוכן, שלוש הסמכות התקבלו בשנת 2004; הסמכה נוספת התקבלה בשנת 2007; וההסמכה האחרונה התקבלה בשנת 2020. לאורך השנים הוחלט לפרסם שתיים מההסמכות באופן יזום. ההסמכה הראשונה שפורסמה עניינה בקיום קשרי גומלין עם גופים ציבוריים ועם גופי מודיעין וביטחון, לרבות זרים, ובכלל זה לקבל ולהעביר מידע. ההסמכה השנייה שפורסמה – שאינה בתוקף עוד – עניינה בביצוע, איסוף, עיבוד ושימוש ב"מידע טכנולוגי" הנוגע לחולים מאומתים בנגיף הקורונה ולאנשים שבאו עמם במגע קרוב. הסמכה אחרונה זו נדונה בבג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (26.4.2020) (להלן: עניין בן מאיר). בפסק דין זה נקבע כי ניתן להסמיך את השב"כ לבצע משימות מעבר לתחומי הליכה שעניינם ביטחון במובן הצר, ואולם זאת בכפוף למספר מגבלות, כמפורט בפסק הדין. בין היתר, נקבע שהסמכה שכזו לא תיעשה לתקופה בלתי מוגבלת וכי היא כפופה לדרישת המידיות ולכך שאין בנמצא אמצעים להתמודדות דומה עם הסכנה החמורה.

3. לאחר הגשת העתירה דנן, הוחלט לפרסם החלטת הסמכה נוספת, שעניינה הסמכת השב"כ לטפל בשיקום סייענים. ביחס לשתי החלטות ההסמכה הנוספות, אושרה לפרסום פרפראזה שלפיה "מדובר בהחלטות העוסקות בהטלת משימות על השב"כ הנוגעות לאיסוף וקבלת מידע בתחומים ממוקדים ובאופן מצומצם" (סעיף 51 לתגובה המקדמית של משיבי הממשלה).

4. כאמור לעיל, במוקד העתירה ניצבת טענתה של העותרת כי לא ניתן לעשות שימוש במנגנון ההסמכה לשם הסמכת השב"כ לביצוע תפקידים נוספים דרך קבע.

בהקשר זה, הפנתה העותרת להלכה שנקבעה בעניין בן מאיר, שלפיה כאשר מדובר בתחום שאינו ביטחוני בתחום הצר, הסמכת השב"כ תיעשה במקרים דחופים ולזמן מוגבל. לשיטת העותרת, אף אם ההסמכות כולן עוסקות בתחום הביטחוני במובן הצר, שימוש במנגנון ההסמכה להוספת תפקידים לשב"כ דרך קבוע מעוררת קשיים מהותיים. זאת, בעיקרם של דברים, מאחר שלשיטתה הדבר כרוך בפגיעה בזכויות יסוד ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית; בפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות; ובפגיעה בעיקרון ההסדרים הראשוניים. לשיטת העותרת, אין מקום ל"חקיקה סודית" ויש לקבוע שהמסגרת החוקית שמכוחה השב"כ מפעיל את סמכויותיו תהא שקופה לציבור. עוד צוין כי אף במובחן מטענת הסמכות, החלטת משיבי הממשלה להוסיף תפקידים לשב"כ באמצעות מנגנון ההסמכה ולא באמצעות תיקון החוק לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

5. בתגובה המקדמית מטעם משיבי הממשלה נטען כי אין עילה להתערבות בהחלטות ההסמכה, או לקבוע כי הן תחומות בזמן. זאת, בשים לב ללשון סעיף 7(ב)(6), להיסטוריה החקיקתית שלו, ולתכליתו האובייקטיבית. משיבי הממשלה הדגישו כי יש להבחין בין עניין בן מאיר, שעסק בהסמכת השב"כ לפעול בתחום אזרחי מובהק, לבין המקרה דנן – שעוסק בפעילות השב"כ בתחומי הליבה של הביטחון במובן הצר. אשר לטענות העותרת בדבר "חקיקה סודית", צוין כי אמנם ברירת המחדל היא כי החלטות ההסמכה הן סודיות, ואולם משיבי הממשלה הצהירו כי מקובל עליהם שיש לבחון אם יש מקום להותיר את פרסום החלטות ההסמכה, באופן חלקי או מלא. הודגש כי בהתאם לאמור, כיום רק שני תפקידים שהוטלו על השב"כ לא מפורסמים באופן מלא, וזאת על רקע שיקולים ביטחוניים מובהקים. משיבי הממשלה טענו כי הלכה למעשה, מנגנון ההסמכה ממלא אחר ייעודו, וכי לאורך השנים מאז שנחקק חוק השב"כ, נעשה בו שימוש מדוד ומאוזן – כך שמאז חקיקת החוק בשנת 2002 נעשה בו שימוש 5 פעמים בלבד.

6. אף בתגובה המקדמית מטעם הכנסת נטען כי אין עילה להתערבות בהחלטות ההסמכה. לשיטת הכנסת, התכלית הסובייקטיבית של הסעיף הייתה להותיר גמישות מסוימת לממשלה, מתוך תפיסה כי לא ניתן לצפות את כלל התפקידים ששב"כ יידרש לבצע במסגרת החוק. עוד צוין כי מנגנון ההסמכה נועד ליתן מענה גם למקרים שבהם יש צורך בחשאיות ובסיווג. כנטען, מנגנון הביקורת שנקבע בחוק – הפיקוח הפרלמנטרי בידי ועדת השירות – נותן מענה מספק לקשיים שהוצגו על ידי העותרת. בתגובה המקדמית הצהירה הכנסת כי במבט צופה פני עתיד, בבואה של ועדת השירות לדון בבקשות מטעם הממשלה להוספת תפקידים מכוח המנגנון, תידרש הוועדה לשאלת אפשרות פתיחת דיוני הוועדה, ואפשרות פרסום ההחלטה.

7. ביום 19.10.2022 קיימנו דיון בעתירה (בהרכב המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, והשופטים ע' ברון וד' מינץ), במהלכו קיימנו, בהסכמת העותרת, דיון במעמד צד אחד. בתום הדיון הורינו על מתן צו על תנאי המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם:

”א. מדוע לא תוגבל הפעלת הסמכות לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס”ב-2002 (להלן: החוק) לנסיבות דחופות או כאשר הדבר נדרש מטעמי חשאיות.
ב. מדוע לא תותנה הפעלת הסמכות בביקורת תקופתית של הרשויות המוסמכות לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק.”

8. בתצהיר התשובה מטעם משיבי הממשלה צוין כי המשיבים אינם מתנגדים להפיכת הצו על-תנאי למוחלט, וזאת בכפוף לכך שהוא צופה פני עתיד ואינו מכוון להסמכות שהתקבלו בעבר, ולכך שמדובר בהטלת תפקידים בתחומי הליבה של הביטחון במובן הצר (שכן במקרים שאין מדובר בביטחון במובן הצר, חלה ההלכה שנקבעה בעניין בן-מאיר). על יסוד האמור, טענו משיבי הממשלה כי העתירה מיצתה את עצמה.

9. בתצהיר התשובה מטעם הכנסת הובהר כי לשיטתה, דרך המלך לקביעת תפקידים נוספים לשב”כ היא באמצעות חקיקה ראשית, וכי יש לייחד את השימוש במנגנון ההסמכה למקרים שבהם החקיקה אינה מעשית. לטענת הכנסת, ספק אם מבחני הדחיפות והחשאיות שנכללו בצו על-תנאי ממצים את המקרים שבהם החקיקה לא תהא מעשית; ואולם בשים לב לעמדת משיבי הממשלה, הכנסת אינה מתנגדת להפיכת הצו על-תנאי למוחלט. הכנסת הדגישה עוד כי לשיטתה, בבחינת השאלה האם מתקיימות נסיבות דחופות שמצדיקות את השימוש במנגנון ההסמכה, יש לבחון האם מדובר בצורך מידי שלא מאפשר באופן מעשי חקיקה. בנוסף לאמור, הכנסת הדגישה כי אף אם הממשלה תבקש לעשות שימוש במנגנון ההסמכה לתכלית של חשאיות, אין בכך למנוע מוועדת השירות להחליט ששיבותיה בעניין ההסמכה אינן חסויות, או להחליט לפרסם את הוספת התפקיד בדרך שתמצא לנכון.

10. בתגובת העותרת לתצהירי התשובה, ביקשה כי ייקבע שאף אם הצו על-תנאי הוא בעל אופי עקרוני-פרשני והוא צופה פני עתיד, אין בכך משום מתן חסינות להחלטות ההסמכה שהתקבלו בעבר. כנטען, מאחר שנקבע שהשימוש במנגנון ההסמכה כפוף לביקורת תקופתית, יש להחיל ביקורת זו גם על החלטות ההסמכה שכבר אושרו בעבר. בנוסף לאמור, העותרת ביקשה כי ייקבעו קווים מנחים להבחנה בין ביטחון במובן הצר לבין תחומים שהם מעבר לתחומי הליבה שעניינם ביטחון במובן הצר; כי ייקבע שיש לפרש את תנאי הדחיפות כחל אך כשחקיקה אינה מעשית, בהתאם לעמדת הכנסת; וכי

ייקבע שעל המשיבים לקבוע אמות מידה לשימוש במנגנון ההסמכה, שיצמצמו את האפשרות לשימוש לרעה בחריג החשאיות. לבסוף ביקשה העותרת כי נוכח תרומת העתירה, ייפסקו לטובתה הוצאות.

דיון והכרעה

11. כאמור לעיל, בעתירה שלפנינו ניתן צו על תנאי שבמסגרתו הורינו למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי יש להתנות את השימוש במנגנון ההסמכה לנסיבות דחופות או כאשר הדבר נדרש מטעמי חשאיות; כמו גם בקיומה של ביקורת תקופתית של הרשויות המוסמכות לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק. כידוע, הוצאת צו על תנאי תוחמת את גבולות הדיון בעתירה, ויתר רכיבי העתירה שלא נכללים בו נדחים (בג"ץ 2458/19 ריזקה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (15.1.2023); בג"ץ 8544/20 חברת מוקד אנוש בע"מ נ' נציב קבילות הציבור למקצועות רפואיים במשרד הבריאות, פסקה 9 (16.11.2022); בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 16 (3.7.2022)). משמעות הדבר היא כי בשלב זה, הדיון בעתירה תחום לשאלת אופן השימוש במנגנון ההסמכה במבט צופה פני עתיד, וכי אין עסקינן עוד בשאלת תוקפן של החלטות ההסמכה שניתנו בעבר. בנסיבות אלה, לא ראינו להיעתר לבקשת העותרת כי ייקבע שעל הרשויות המוסמכות לבחון פעם נוספת את החלטות ההסמכה.

12. כפי שתואר לעיל, ההכרעה שלפנינו מכוונת לשימוש במנגנון ההסמכה שבסעיף 7(ב)(6), ביחס לתפקידים שעניינם בתחומי הליכה של הביטחון במובן הצר. תכליתו של מנגנון זה להותיר "גמישות מסוימת ביחס להסמכת השב"כ לפעולה בנסיבות שלא נצפו מראש בעת חקיקת החוק" (עניין בן מאיר, פסקה 24). אנו סבורים כי אף במקרים שעניינם הסמכת השירות בתחומי הליכה של הביטחון הצר, ומבלי לפגוע במנגנון שנקבע בסעיף 7(ב)(6) לחוק, דרך המלך אותה ראוי לשקול היא הוספת תפקידים לשירות באמצעות תיקון חקיקה ראשית. זאת, בשים לב לטיבן ומהותן של סמכויות השב"כ, שמטבען עשויות לפגוע בזכויות אדם. בהקשר זה יש ליתן את הדעת גם ליתרונו של קיום הליך חקיקה מלא, שבו משתתפים כלל חברי הכנסת; וזאת להבדיל מדיוני ועדת השירות שככלל הם חסויים, ולפיכך במצב הדברים הרגיל הדיונים וההחלטות מטעמה לא מתפרסמים לציבור (ראו והשוו: עניין בן מאיר, פסקאות 31-32).

13. נוכח האמור, ובהעדר התנגדות של המשיבים, אנו מורים על הפיכת הצו על-תנאי למוחלט, במובן זה שהשימוש במנגנון ההסמכה שבסעיף 7(ב)(6) יותנה בהתקיימותן של נסיבות דחופות או כאשר הדבר נדרש מטעמי חשאיות; כמו גם בקיומה

של ביקורת תקופתית של הרשויות המוסמכות לפי סעיף 7(ב)(6) לחוק. כמו כן, רשמנו לפנינו את הצהרות המשיבים שלפיהן בעת שימוש במנגנון ההסמכה, יש לבחון את אפשרות פרסומה של כל החלטת הסמכה, באופן מלא או חלקי, כמו גם את אפשרות פתיחת דיוני ועדת השירות (וראו: סעיף 48 לתגובה המקדמית מטעם משיבי הממשלה; סעיף 102 לתגובה המקדמית מטעם משיבי הכנסת). בשים לב לטענות העיקריות שהועלו בעתירה, לגבולותיו של הצו על תנאי ולהיעדר התנגדות המשיבים להפיכתו למוחלט, לא ראינו לקבוע מסמרות בסוגיות הנוספות שהעלתה העותרת בתגובתה.

בשים לב להשתלשלות העניינים שתוארה לעיל, יישאו המשיבים 1-2 בהוצאות העותרת בסך 7,500 ש"ח. המשיבה 3 תישא בהוצאות העותרת בסכום זהה.

ניתן היום, י"ב בתמוז התשפ"ד (18.7.2024).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

מ"מ הנשיא