

30 ביוני 2020

לכבוד
ד"ר אביחי מנדלבליט
היועץ המשפטי לממשלה

שלום רב,

הנדון: חוקתיות סעיף 11 לחוק השב"כ לאור הסמכת השב"כ למעקבי מגעים

בימים אלו מקודמת בכנסת הצעת חוק ממשלתית להסמכת השב"כ להשתמש בכלים שבידו לצורך מעקב אחר מסלולי תנועה של חולי קורונה ואחר אזרחים שבאו עמם במגע (הצעת חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף 2020, להלן – **הצעת החוק**). מעקב זה מתבצע באמצעים דיגיטליים שונים שבידי השב"כ, שטיבם לא שקוף, ושניתנו לו לצורך מילוי תפקידו כגוף ביטחון מסכל, ובמיוחד לצורך סיכול טרור.

ברצוננו להתריע כי קבלת הצעת החוק, גם אם היא לכאורה למטרה חיונית, פותחת פתח לתקיפה של כמה מסעיפיו של חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002 (להלן – **חוק השב"כ**), ובמיוחד את סעיף 11 לחוק השב"כ. אנו סבורים כי מלכתחילה קיים ספק לגבי חוקתיות סעיף זה, וכאשר השימוש בו זולג ממטרותיו המקוריות לתכלית אזרחית הוא עובר במובהק לתחום אי-החוקתיות.

להלן טעמינו בהרחבה:

1. סעיף 7(א) לחוק השב"כ מפקיד בידי השב"כ את שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן שמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין.
2. בעת שחוקק חוק השב"כ נערך דיון מהותי בשאלת "גבולות הגזרה" של השב"כ, והוחלט על צמצום גבולות אלו לתחום הביטחון במובן הצר, תוך השארת פתח להרחבת המשימות לתחום הביטחון הלאומי, שהוא אך מעט רחב מביטחון במובן הצר של המילה.
3. לצד צמצום תפקידי השב"כ ניתנו לו סמכויות מפליגות לביצוע מעקבים המוניים. אלו אמנם מתבצעים במסגרת החוק, אך הרחק מהעין הציבורית, בחשאי מלאה, ללא פיקוח ציבורי ולרוב ללא פיקוח של בתי המשפט. אחת הסמכויות המשמעותיות ביותר הינה הסמכות לקבל ולאגור נתוני תקשורת, מכוח סעיף 11 לחוק.
4. זהו האיזון הפנימי של החוק – סמכויות מפליגות לביצוע מעקבים חשאיים לצד הגבלת השימוש בהן למטרות ביטחוניות בלבד.

הצלע האחת של האיזון הפנימי – מניעת זליגת הסמכויות לתחומים נוספים

5. החשש מזליגת הסמכויות לנושאים שאינם ביטחוניים היה במוקד הדיונים של ועדת המשנה למודיעין ולשירותים החשאיים של ועדת החוץ והביטחון שדנה בחוק באוגוסט 1998 ובדצמבר

2001, ושהפרוטוקולים שלה נחשפו לאחרונה על ידי הכנסת במסגרת הדיון בעתירות נגד החלטת הממשלה להסמכת השב"כ (בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (מיום 26.4.20)).

6. קריאה של הפרוטוקולים הללו מצביעה על החשש הכבד של חברי הכנסת מזליגת השימוש לאו דווקא למטרות פסולות, אלא דווקא למטרות חשובות שאינן ביטחון, וכי מרגע שיש גוף עם סמכויות מעקב עצומות, כל ממשלה שתיתקל בקושי לא תוכל לעמוד בפיתוי ותבקש להשתמש בהן.
7. כך, למשל, פרופ' קרמניצר הזהיר בוועדה, 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".

8. ח"כ בני 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 תחתיד, 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?..."

9. ביקורתנו הנוקבת של ח"כ בגין קנתה לה שבייתה 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".

10. כתוצאה מהביקורת של חברי הכנסת צומצם נוסח החוק כך שאת המונח העמום שנכלל במקור בהצעת החוק: "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"; 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".

11. בעניין בן מאיר פסק בג"ץ כי המונח ביטחון לאומי מחייב מבחן מחמיר – רק כאשר על הפרק סכנה חמורה ומיידית לאזרחי ולתושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה, ניתן לראות בכך נושא של ביטחון לאומי. בית המשפט הדגיש כי:

"במימד המהותי, נדרש רף גבוה במיוחד של סכנה לאזרחי ותושבי המדינה. לא מדובר אומנם בהכרח באיום קיומי או באיום חתרני מעשה ידי אדם, אך ברי כי אין הכוונה לאיומים שגרתיים על הסדר הציבורי עמם מתמודדות המשטרה ורשויות האכיפה האזרחיות מדי יום. במימד הזמן, דרישת המיידיות קובעת שהסכנה חייבת להיות כזו שאין בנמצא אפשרות מעשית לפתח אמצעים

אלטרנטיביים מתאימים יותר להתמודדות עימה טרם התממשותה... דרישות מחמירות אלה נדרשות לנוכח החשש שעליו עמדנו מהסמכת שירות ביטחון מסכל ומהעמדת יכולותיו, שאינן שקופות ואינן ידועות מטעמים מובנים, כך שיפעלו בתחום שאינו ביטחוני במובן הצר וכלפי אזרחי ותושבי המדינה שאינם מבקשי רעתה" (שם, בפיסקה 23).

12. בג"ץ פסק כי האירוע בראשיתו צלח את המבחנים הנ"ל במיוחד לאור הנסיבות שהיו בפני הממשלה באותה עת, חוסר הידיעה מול מה אנו ניצבים והחשש הגדול מהתפרצות בלתי נשלטת וקריסת מערכת הבריאות. לצד זאת פסק בג"ץ כי כדי להמשיך ולהסמיך את השב"כ יש לפעול במסלול חקיקה, או הוראת שעה, ובלבד שהיא תהיה חוקתית.

13. בעניינו אין ספק כי כיום משבר נגיף הקורונה אינו מסוג הסכנות העונות למבחן המחמיר שנקבע, מה גם שהממשלה מאפשרת למשק להמשיך ולתפקד חרף סכנות המגיפה. מדובר במגיפה שהיא לא זמנית או חולפת אלא דורשת היערכות ארוכת טווח וקיום שגרת חיים לצד המגיפה לאורך זמן. יש פתרונות רבים חלופיים לצמצם את מהירות התפשטותה. אף מדינה דמוקרטית אחרת לא מפעילה את שירות הביטחון החשאי שלה למעקב מגעים, אך רבות מצליחות להתמודד איתה גם כך. הפעלת השב"כ לא מהווה חלופה להפסקת הסכנה, שכן אין מדובר בנשק ביולוגי של אויב, אלא במגיפה שהמקור שלה אינו פעולה זדונית. היא לכל היותר רכיב בהתמודדות עם המגיפה והאטתה, ויש גם הסבורים כי רכיב זה שנוי במחלוקת לגבי יעילותו.

הצלע השנייה של האיזון הפנימי – סמכויות השב"כ

14. אם בכל זאת תפעל הממשלה להעביר את הצעת החוק ולהסמיך את השב"כ לפעול בתחום הבריאותי, יוביל הדבר לשינוי של האיזון הפנימי של החוק, וכתוצאה מכך לכרסום בלגיטימיות של הסמכויות שניתנו לשב"כ בחוק, ובמיוחד סעיף 11 לחוק.

15. לשב"כ סמכויות מרחיקות לכת לאיסוף מידע (סעיף 8 לחוק) לרבות סמכות לקבל לידי נתוני תקשורת מחברות התקשורת (למעט תוכן שיחות), באישור ראש הממשלה ללא צו או פיקוח שיפוטי (סעיף 11 לחוק). סמכות זו מאפשרת לשב"כ לאגור מידע עצום ורב לרבות היסטוריית השיחות, מיקומים, אנשי קשר, נתוני גלישה, וכתובות אתרים שאנשים גלשו בהם.

16. הגם שהסמכות בסעיף 11 לחוק הינה עמומה, ומותרת שיקול דעת לראש הממשלה לקבוע כללים לגבי סוגי נתוני התקשורת שיועברו לשב"כ לצורך מילוי תפקידו, ולגבי תקופת שמירת נתוני התקשורת ומחיקתם, ברור כיום כי ראש הממשלה עשה שימוש נרחב ביותר בסמכותו.

17. ביום 27.3.2020 פורסם בידיעות אחרונות **תחקיר מקיף** על האופן בו עושה השב"כ שימוש בסמכויותיו (רונן ברגמן ועידו שברצטוך מיום 27.3.2020). לפי התחקיר, השב"כ אוסף במאגריו מידע רב דרך קבע על כלל האוכלוסייה במטרה להשתמש במידע לסיכול טרור או חתרנות. זאת תחת השם 'הכלי'. לפי התחקיר "הכלי" אוגר מידע על כל תושבי מדינת ישראל, כל הזמן. רוב הישראלים, כמובן, אינם חשודים, אינם מעורבים בחקירה כזאת או אחרת וגם לא יהיו. ובכל זאת, המידע עליהם נאסף... חוץ מהעובדה ש"הכלי" אוסף מידע על כולם, הוא מאפשר לבדוק את חייו של האזרח לא רק מרגע שהוא הפך מושא לבדיקה - אלא גם אחורה בזמן. עם מי שוחחתם, למי שלחתם הודעות סמס, איפה הייתם בכל רגע ואת מי פגשתם שם. כל אלו הן יכולות, שבשימוש לא נאות עלולות להפוך למסוכנות ממש" (מתוך התחקיר).

18. בכיר בשב"כ הסביר את מהות הכלי: "הכלי הוא כמו בור עמוק, או מרתף, סגור וחשוך לחלוטין שאף אחד לא יכול להיכנס אליו. פעם בזמן מה, ואחרי שורה ארוכה של אישורים, מקבל מישהו

פנס ובקרות כדי לרדת אל הבור ולהאיר חלק מסוים בו. הוא יכול להאיר רק את החלק הזה, ואז לעלות למעלה, ולדווח באופן שגם הוא נתון לבקרה חמורה, על תוצאות החיפוש המוגבל הזה".

19. לפי התחקיר, בשב"כ מקפידים בחרדת קודש על כך שהיכולות הללו ישמשו לסיכול טרור בלבד אך במהלך השנים הארגון הסכים לחרוג מכך מספר פעמים, ובין היתר לצורך טיפול בארגוני פשיעה.

20. מכאן שסעיף 11 יצר "מפלצת" מעקבים המוניים שאין כדוגמתה, שהקנתה לשב"כ גישה למידע כה רב ורגיש ויכולת לשלוף אותו ולעשות בו שימוש. ראש השב"כ לשעבר, אבי דיכטר, התייחס להליך חקיקתו של סעיף 11 ולגישה של השב"כ למודיעין אותות – SigInt. [בכנס לציון עשור לחוק השב"כ](#) שנערך בביה"ס למשפטים של המכללה למינהל ביום 20.3.2012. הוא ציין: "השתדלנו להעביר אותו מתחת למכ"מ, מפני שהוא היה סעיף מאוד בעייתי בפוטנציאל שיש בו למרות שב-2002 עוד לא כולם הבינו את כל משמעות נתוני התקשורת".

21. היום כולם מבינים את המשמעות של הסעיף. בשל מעורבות השב"כ במעקבי הקורונה גילה כל אזרח שהוא תחת מעקב תמידי, גם ללא כל חשד נגדו, וכי ניתן לדעת עליו פרטים אישיים וכמוסים, כמו מיקומיו, לא רק עתה, אלא גם בעבר, מפגשים שקיים, עם מי שוחח ועל מה, אלו קניות רכש והיכן ועוד (לכן בהצעת החוק נקבע במפורש איסור על מעקב אחר תוכן שיחות).

22. סמכות זו היא למצער באזור הדמדומים החוקתי וספק אם היא חוקתית אפילו לצורך הגנה על ביטחון המדינה במובן הצר, שכן המידע שנאגר הוא לא רק של אויבי המדינה אלא של כלל אזרחיה, והמידע שמועבר לא מועבר רק לצרכי סיכול טרור אלא מועבר דרך קבע מידע מודיעיני על כל מי ששוהה בישראל.

23. סמכות זו עוברת לאזור המובהק של אי החוקתיות ברגע שנעשה בה שימוש לנושאים אזרחיים, וכאשר "הכלי" מופנה נגד אזרחי המדינה שלא פשעו ולא פעלו נגד המדינה.

24. הזכות לפרטיות הינה זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. צעדים כמו אגירת מידע באופן מתמשך ורציף על אזרחים, תוך שימור המידע במאגר דיגיטלי המאפשר הפקת מידע מהיר על כל אזרח ואזרח, הם צעדים קיצוניים ומופלגים בחומרתם, גם בהגנה על ביטחון המדינה. הם באזור הדמדומים החוקתי וקשה להגן עליהם. קל וחומר כאשר הם משמשים למטרות אזרחיות כמו מעקב אחר חולים או מגעים בין אנשים חולים לאחרים, ובוודאי כאשר יש חלופות זמינות שמשיגות את אותה תכלית בלי פגיעה בפרטיות, כמו אפליקציות מעקבים וולונטאריות.

25. לכן, אם הצעת החוק תחוקק היא תפתח פתח לתקיפה חוקתית של סעיף 11 לחוק השב"כ, ויש לקחת זאת בחשבון במכלול השיקולים.

בכבוד רב,

דן יקיר, עו"ד; גיל גן-מור, עו"ד

היועץ המשפטי

העתק: יועמ"ש השב"כ