



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

שב"כ במבחן

ביטחון, משפט וערכי הדמוקרטיה

אלי בנר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

שב"כ במבחן ביטחון, משפט וערכי הדמוקרטיה

אלי בנר

Watching the Watchmen:
Security, Justice, Democratic Values, and the ISA
Eli Bahar

עריכת הטקסט: נועה שליטין
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין
ביצוע גרפי: נדב שטכמן פולישוק
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-291-9 ISBN

הספר ראה אור בסיוע מועצת הפיס לתרבות ולאמנות



אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2020
נדפס בישראל, תש"ף/2020

המכון הישראלי לדמוקרטיה
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300800 ; פקס: 02-5300867
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, לזיום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים בספר זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה. כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

מוקדש באהבה למשפחתי

תוכן העניינים

15	תודות
17	מבוא
	פרק 1
23	השירות ודרכי פעולתו: אבני דרך בהתפתחות השירות
25	1.1. עיצוב דמותו של השירות בשני העשורים הראשונים לקיומו
27	1.2. מלחמת ששת הימים והשלכותיה
30	1.3. מלחמת לבנון הראשונה (1982) והשפעתה
31	1.4. פרשות קו 300 ועדויות השקר בבתי המשפט
31	1.4.1. פרשת קו 300 והשלכותיה
37	1.4.2. פרשת עדויות השקר בבתי המשפט ודוח ועדת לנדוי
40	1.5. האינתיפאדה הראשונה
41	1.6. תחילת גל פיגועי ההתאבדות (1993)
41	1.7. רצח ראש הממשלה יצחק רבין
42	1.8. "בג"ץ העינויים"
43	1.9. האינתיפאדה השנייה
44	1.10. אירועי אוקטובר 2000 ודוח ועדת אור
45	1.11. חקיקת חוק שירות הביטחון הכללי
45	1.12. ההתנתקות מעזה והשלכותיה
46	1.13. התמודדות עם אלימות וטרור מהחברה היהודית
	1.14. מאפייני השנים האחרונות: "עבודה מנגד" ברצועה ושיתוף פעולה עם מנגנוני הביטחון הפלסטיניים באיו"ש
47	
48	1.15. סיכום

פרק 2

המסגרת המשפטית שהשירות פועל בתוכה

וההוראות הכלליות של חוק השב"כ

51

- 51 2.1. המסגרת המשפטית הכללית שהשירות פועל בתוכה
- 54 2.2. הרקע לחקיקת חוק השב"כ
- 57 2.3. ההוראות הכלליות בחוק השב"כ
 - 57 2.3.1. מבנה החוק ומנגנוני ההשלמה שנקבעו בו
 - 59 2.3.2. מעמדו של השירות וכפיפותו
 - 61 2.3.3. מינוי ראש השירות והגדרת תפקידו
- 65 2.4. תפקידי השירות וסמכויותיו
- 66 2.5. מעמדם של עובדי השירות והוראות מיוחדות החלות עליהם
- 67 2.6. הגנה על סודיות פעולותיו של השירות
- 69 2.7. קביעת מנגנוני פיקוח ייחודיים על פעילות השירות
- 69 2.8. סיכום

פרק 3

ייעוד השירות, תפקידיו ומבנהו

71

- 72 3.1. ייעוד השירות
 - 76 3.1.1. שלושת הנושאים המרכזיים שעליהם מופקד השירות
 - 82 3.1.2. חמשת האיומים שהשירות מופקד על סיכולם
 - 86 3.1.3. הביקורת על סעיף הייעוד שבחוק השב"כ
- 89 3.2. תפקידי השירות
 - 3.2.1. סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע
 - 90 בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו
 - 91 3.2.2. תפקידי האבטחה המוטלים על השירות
 - 93 3.2.3. תפקידי השירות בביצוע מחקר, ייעוץ והערכת מצב
 - 94 3.2.4. תפקידי השירות באיסוף מידע
 - 95 3.2.5. תפקידים נוספים שהוטלו על השירות

96	3.3. היחס בין ייעוד השירות לייעודם של ארגוני ביטחון אחרים בישראל
97	3.3.1. התייחסות בין השב"כ למוסד
98	3.3.2. התייחסות בין השב"כ למשטרה
101	3.3.3. התייחסות בין השב"כ לצה"ל
	3.3.4. התייחסות בין השב"כ לממונה על הביטחון במערכת
104	הביטחון (המלמ"ב)
105	3.4. מבנה השירות
105	3.4.1. תחום הסיכול: היבטים מבניים
106	3.4.2. מבנה השירות לפי תצורה גאוגרפית ונושאת

פרק 4

109	סמכויות השירות באיסוף מידע ובקבלת מידע
109	4.1. סמכויות כלליות של השירות
110	4.2. הסמכות הכללית של השירות לאיסוף מידע ולקבלת מידע
112	4.2.1. הסמכות לקבל מידע ממאגרי מידע כלליים
116	4.2.2. הסמכות לקבל מידע ממאגרי מידע מיוחדים
120	4.2.3. הסמכות לאסוף מידע
121	4.3. הסמכות להעביר מידע לגופים אחרים

פרק 5

125	סמכויות מיוחדות של השירות באיסוף מידע
125	5.1. סמכות האיסוף באמצעות האזנות סתר
125	5.1.1. כללי
	5.1.2. האזנת סתר מטעמי ביטחון המדינה: סמכות השב"כ
128	להאזנת סתר במקרים רגילים ובמקרים דחופים
	5.2. סמכויות השירות לאיסוף מידע באמצעות חיפושים
141	וחיפושים סמויים לצורכי מודיעין
142	5.2.1. חיפוש למטרות מודיעין במעברי גבול
145	5.2.2. חיפוש סמוי למטרות מודיעין בכלי רכב ובחצרים

147	5.2.3. חיפוש סמוי לצורכי מודיעין במחשב ובחומר מחשב
	5.2.4. חיפוש סמוי לצורכי מודיעין אצל בעלי המקצוע
149	המנויים בפקודת הראיות
150	5.3. הסמכות לקבלת נתוני תקשורת ולשימוש בהם
151	5.3.1. קבלת נתוני תקשורת ואגירתם מכוח חוק השב"כ
	5.3.2. סמכות משלימה לקבלת נתוני תקשורת -
155	מכוח חוק האזנת סתר
	5.3.3. משטר השימוש במאגר נתוני התקשורת שהוקם
156	מכוח חוק השב"כ
157	5.3.4. הפרשנות הראויה לאופן השימוש במאגר נתוני התקשורת
	5.3.5. הצורך בשינוי ההסדר הקיים לעניין איסוף ושימוש
162	בנתוני תקשורת על ידי שירות הביטחון הכללי
165	5.4. סמכויות השירות לאיסוף מידע באמצעות הפעלת סוכנים
172	5.5. איסוף מידע באמצעות עיקוב וצילום סמוי
174	5.6. סיכום

פרק 6

177	סמכויות החקירה של השירות
177	6.1. מבוא
	6.2. ההצדקה למתן סמכויות מיוחדות בחקירות ביטחון: ההבדל בין
178	חקירה ביטחונית לחקירה פלילית
	6.3. אופן הניהול של חקירת השב"כ והמערכת הנורמטיבית שהיא
181	מתבססת עליה
185	6.4. סמכויות החקירה המיוחדות בעבירות ביטחון
185	6.4.1. הפעלת אמצעי לחץ פיזי בחקירות שב"כ
214	6.4.2. מניעת מפגש בין עצור החשוד בעבירות ביטחון לבין עורך דין
224	6.4.3. הסמכות למנוע ידיעה על מעצרו של חשוד בעבירות ביטחון
225	6.4.4. הסדרים מיוחדים לעניין תיעוד חקירות שב"כ
236	6.4.5. אזהרה בחקירות שב"כ

	6.4.6. סדרי דין מיוחדים בהליכי מעצר בחקירות של עבירות
240	ביטחון חמורות
249	6.4.7. תנאי החזקה מיוחדים לעצורים החשודים בעבירות ביטחון
251	6.5. סיכום

פרק 7

255	תפקידו של השב"כ בסיכול ממוקד
255	7.1. סיכול ממוקד מהו?
259	7.2. המסגרת המשפטית לביצוע פעולות סיכול ממוקד
	7.3. משמעות פסק הדין בעתירה העקרונית בעניין חוקיות
262	הסיכול הממוקד
	7.3.1. ביצוע פעולת סיכול ממוקד מותנה במצב של עימות מזוין
262	ומוגבל לאזור העימות המזוין
264	7.3.2. המשטר המשפטי החל על פעולת סיכול ממוקד
265	7.3.3. יישום עקרון ההבחנה על הכללים בעניין פעולת סיכול ממוקד
	7.3.4. אופן יישום העקרונות המשפטיים הכלליים על ביצוע
268	פעולות סיכול ממוקד
271	7.4. מקרה מבחן: הוועדה לבחינת הסיכול הממוקד כנגד צלאח שחאדה
272	7.4.1. אחריות השב"כ וצה"ל בתכנון וביצוע של פעולת סיכול ממוקד
275	7.4.2. יישום העקרונות ובחינת תוצאות הפעולה על ידי הוועדה
278	7.5. מעבר למשפט: דילמות חברתיות ומוסריות בפעולות סיכול ממוקד
278	7.5.1. על בחירת היעד וקביעת העיתוי לפגיעה
280	7.5.2. על פגיעה בבלתי מעורבים
282	7.5.3. על ריסון הכוח ואחריותיות (accountability)
283	7.5.4. על שקיפות ציבורית
285	7.6. סיכום

פרק 8

סמכויות מינהליות המופעלות באמצעות שירות הביטחון הכללי

- 287 8.1 כללי
- 292 8.2 מעצר מינהלי, צווי הגבלה ופיקוח, מניעת יציאה מהארץ
- 292 8.2.1 מעצרים מינהליים
- 309 8.2.2 צווי הגבלה ופיקוח וצווים למניעת יציאת אדם מן הארץ
- 316 8.3 הריסת בתים
- 317 8.3.1 אבני דרך מרכזיות
- 318 8.3.2 שיקולים בהפעלת הסמכות להוצאת צווים להריסת בתים
- 321 8.3.3 המחלוקת החוקתית בבית המשפט העליון
- 324 8.3.4 האם אבד הכלח על הריסת בתים ככלי לגיטימי למאבק בטרור
- 325 8.4 הכרזה על ארגוני טרור
- 331 8.5 סיכום

פרק 9

סמכויות השירות בתחום האבטחה וההתאמה הביטחונית

- 335 9.1 אחריות השירות לאבטחה פיזית: אבטחת אישים ומשלחות
- 336 9.1.1 אבני דרך באבטחת אישים ומשלחות
- 342 9.1.2 סמכויותיהם של המאבטחים ביחידה לאבטחת אישים ומשלחות
- 344 9.2 אחריות השירות להנחיית גופים אחרים בביצוע משימות אבטחה
- 344 9.2.1 תפקיד השירות בהנחיית האבטחה: מקורו והיקפו
- 350 9.2.2 תפקידי השירות בהנחיית גופים בתחום האבטחה הפיזית
- 350 9.2.3 הנחיית אבטחת תעופה
- 357 9.2.4 הנחיית האבטחה של נציגויות ישראליות בחו"ל
- 357 9.2.5 הצורך בשינוי ארגוני במערך האבטחה והנחיית אבטחת התעופה והנציגויות
- 358

359	9.3. תפקיד השירות בהנחיית אבטחת מידע מסווג
359	9.3.1. קביעת רמות סיווג מידע
360	9.3.2. קביעת רמות סיווג של משרות ותפקידים
364	9.4. תפקיד השירות בהנחיית האבטחה בתחום מערכות מחשב חיוניות
	9.5. אחריות השירות לאבטחת סודות מדינה: סמכות לקביעת
368	התאמה ביטחונית של מועמדים ושל מועסקים בתפקידים מסווגים
	9.5.1. אבני דרך בהתפתחות תהליך בדיקת ההתאמה למועמדים
368	ולמועסקים בתפקידים מסווגים
371	9.5.2. עקרונות ביצוע בדיקות ההתאמה הביטחונית
376	9.5.3. סוגיות נוספות בתחום בדיקות ההתאמה הביטחונית
381	9.6. סיכום

פרק 10

383	מנגנוני הפיקוח על פעילות השב"כ
383	10.1. מבוא
386	10.2. גופים בעלי סמכויות פיקוח כלליות על השירות
386	10.2.1. פיקוח פרלמנטרי: ועדת הכנסת לענייני השירות
389	10.2.2. ועדת השרים לענייני שירות הביטחון הכללי
391	10.2.3. מבקר השירות
395	10.2.4. מבקר המדינה
	10.2.5. גורמי הפיקוח הכלליים על פעילות השירות
398	ותחומי הפיקוח (טבלה)
400	10.3. סמכויות פיקוח על פעילות השירות בעניינים קונקרטיים
400	10.3.1. סמכויות פיקוח מיוחדות בענייני האזנת סתר
403	10.3.2. סמכויות פיקוח מיוחדות בעניין השימוש בנתוני תקשורת
	10.3.3. סמכויות פיקוח מיוחדות בתחום חיפושים סמויים בכלי רכב
406	ובחצרים
406	10.3.4. סמכויות פיקוח מיוחדות בתחום החקירות
413	10.3.5. פיקוח על החלטות בדבר אי-התאמה ביטחונית
414	10.3.6. תחומי פיקוח מיוחדים על פעילות השירות (טבלה)

416	10.4. פיקוח הגלום בתהליך אישור פעולות השירות
416	10.4.1. ראש הממשלה
417	10.4.2. היועץ המשפטי לממשלה
	10.5. הצעה לארגון מחדש של מערך הפיקוח על הפעלת סמכויות השירות ודרכים למימושו
418	
419	10.5.1. חיזוק הפיקוח הפרלמנטרי
421	10.5.2. הקמת גוף פיקוח מינהלי ייעודי
427	אחרית דבר

תודות

–

ספר זה נכתב מתוך מעורבות ארוכת שנים בפעילות השירות לביטחון כללי ומתבסס על לימוד ועל התבוננות באופני ההתנהגות שלו בעשרות השנים מאז הוקם וכן על שיחות וחילופי מחשבות עם חברים ועמיתים בשירות ומחוץ לו. האחריות לכל האמור בספר היא שלי בלבד, ודאי לטעויות, אם ישנן.

אני מודה למשפחתי היקרה על הסבלנות ועל אורך הרוח שגילו בתקופת המחקר והכתיבה. אני מודה לחבריי שקראו והעירו, ולמולי פורטמן על העזרה במהלך הדרך. תודה מיוחדת לפרופ' עמיחי כהן ולד"ר דנה בלאנדר, על קריאה דקדקנית של הטיוטה ועל הערותיהם הטובות, החכמות והמועילות, ולעורכת הטקסט נועה שליטין. תודה מכל הלב למכון הישראלי לדמוקרטיה ולצוות ההוצאה לאור שלו על הסיוע הרב, התמיכה והעידוד, שהביאו את הספר לקו הסיום.

אלי בכר

מרץ 2020

מבוא

–

בכל המדינות, לרבות הדמוקרטיות, ניתנים בידיהם של ארגוני המודיעין בכלל, ושירותי ביטחון הפנים בפרט, כלים רבי-עוצמה לשם מימוש תפקידיהם. ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים הביאו להתעצמות חסרת תקדים של יכולות הפיקוח, אגירת המידע ועיבודו האוטומטי באמצעות אלגוריתמים מתוחכמים שניתן להפעילם על אוכלוסיות שלמות, כך שהוא עשוי להקיף מספר בלתי מוגבל של אנשים, ארגונים וישויות. גילוייו של אדוארד סנודן המחישו לציבור בעולם המערבי כולו את הצורך לבדוק כיצד פועלים שירותי המודיעין של המדינות הדמוקרטיות כלפי יריבים ואזרחי מדינות זרות, ולא פחות מכך כלפי אזרחי המדינה עצמם, על מנת להבטיח כי הפעלת הסמכויות שניתנו

בידם מתבצעת אך ורק בתוך הגבולות שנקבעו להן ורק להשגת המטרות שלשמן הן ניתנו, וכי אופן הפעלתן נשען על הסכמה חברתית רחבה.

ברוב המדינות ארגוני הביטחון והמודיעין כוללים את המודיעין הצבאי, את מודיעין החוץ (בישראל "המוסד") ואת ארגון ביטחון הפנים (בישראל השב"כ). מתוך ארגונים אלו נודעת חשיבות מיוחדת לבחינת אופן תפקודו של הארגון לביטחון הפנים, בשל הזיקה הישירה בין הדרך שבה פועל ארגון ביטחון הפנים לבין חירויות וזכויות האדם והאזרח באותה מדינה. מפרקי אבות למדנו אמת עתיקה – שכדי לקיים סדר חברתי שיבטיח ביטחון אישי וקבוצתי ואפשרות לחיות יחד, חרף המתחים בין הקבוצות בחברה, יש לקיים שלטון יעיל! הנובע מכך הוא שהמתח הקיים בין הרצון לקיים חברה פתוחה, השומרת על זכויות האדם ועל אגד הזכויות הפוליטיות, דוגמת חופש הביטוי וההתאגדות, לבין הרצון לקיים חברה בטוחה, במיוחד לנוכח איומי טרור, הוא מתח קבוע ככל הדמוקרטיה. נקודת האיזון משתנה בין מדינה למדינה, ולעיתים קרובות גם בין תקופה לתקופה בתוך אותה מדינה.

בעיותיה הביטחוניות של מדינת ישראל הביאו לכך שבידי שירות הביטחון הפנימי שלה, הוא השב"כ, הופקדו סמכויות רחבות היקף במיוחד, הן כשלעצמן והן בהשוואה לשירותי ביטחון בדמוקרטיה אחרות. לפיכך, עניינו המרכזי של ספר זה הוא בבירור עומק של היחס המורכב בין תפקידיו של שירות הביטחון הכללי, אופן פעולתו וסמכויותיו לבין עקרונות המשטר הדמוקרטי, כל זאת על רקע המציאות הביטחונית המיוחדת שבה שרויה מדינת ישראל מאז היווסדה. כתוצאה ממצייאות זו החישוקים החברתיים המחזיקים את הפסיפס האתני, הדתי והאידיאולוגי שממנו מורכבת החברה הישראלית עמדו, ועומדים עד היום, בלחצים כבדים, יוצאי דופן בחומרם. אתגרים אלו מעצימים את חשיבותו הרבה של קיומו של שירות ביטחון יעיל כרכיב משמעותי בשמירתם של חישוקים אלו ובמניעת מצב של יד איש באחיו. רכיב חשוב אחר, המייחד במידה רבה את השב"כ ביחס לארגונים דומים בדמוקרטיה אחרות, הוא השליטה ארוכת השנים באוכלוסייה הפלסטינית, ובמשך שנים לא מעטות נוספה לכך גם שליטה

1 "כדי לניבא סגור הפתגים אומר: הרי מקפץ בלוקה של מלכות, שאלמלא מוכאה, איש אך רעהו חיים בלעו". מסכת אבות, פרק ג.

ישראלית באוכלוסייה שחיה בדרום לבנון. מציאות קבועה זו נותנת את אותותיה בכל המערכות השלטוניות ובמיוחד בדרך הפעולה של השב"כ. המתחים בין ישראלים לפלסטינים, ובתקופות מסוימות גם בין יהודים לערבים בישראל ובין ימין לשמאל, הגיעו לא אחת לנקודות רתיחה אלימות, שביטוייהן הממשיים הם בעיקר בתחום הטרור והביטחון האישי, העלולים לאיים על המשטר הדמוקרטי.

רצח ראש הממשלה יצחק רבין היה המחשה דרמטית ומשברית מאין כמותה לסכנה הגלומה בטרור מבפנים ולחשיבות העליונה שיש לסיכול אירוע כזה. באותה תקופה שירתי בשב"כ וליויתי מטעמו את החקירה, את ועדת החקירה הממלכתית ואת משפטם של יגאל וחגי עמיר ושאר המעורבים ברצח הנפשע. כישלוננו של השירות בסיכול רצח רבין צרב אצלי את ההכרה בתפקידו החיוני של השירות בשמירת תפקודם של מוסדות המשטר הדמוקרטי, ובכלל זה שמירת חיי האישים הממלאים את תפקידי המפתח במוסדות אלו. לעיתים קרובות הצלחותיו הרבות מספור של השב"כ בסיכול פיגועי טרור נתפסות כמהלך הדברים הטבעי. זוהי אשליה כמובן, אשליה מסוכנת. ארגוני הטרור הפלסטיניים, התארגנויות טרור בתוך המדינה, פעולות ריגול וסכנת שיבוש החיים על ידי מדינות וישויות זרות מהווים איום קבוע על החיים בישראל, בעוצמות משתנות כמהלך התקופות. מכאן שהבטחת יעילות תפקודו של השב"כ, לרבות שמירת רוחו וטיפוח המוטיבציה המפעמת באנשיו, היא אינטרס חיוני של החברה בישראל.

התנאי, בה"א הידיעה, הוא כמובן שפעילותו של השירות תתקיים מתוך שמירה על החוק, הבטחת חירויות האדם והאזרח והבנת האיזון העדין בין קיום צורכי הביטחון ובין שמירה על הערכים הדמוקרטיים. זוהי חובה מפורשת המוטלת על השירות, ולא בכדי השב"כ הוא הארגון היחיד שהמחוקק הפקיד בידינו את שמירת סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו.

האימים הביטחוניים הקבועים השוררים בישראל הם העומדים ביסוד העוצמה שהוענקה לשב"כ כמהלך השנים על ידי החברה הישראלית, שביטוייה העיקריים הם אגד רחב של סמכויות משפטיות, הנטוע הן בחקיקה לסוגיה והן בהחלטות ובהסדרים שהתגבשו לאורך שנות המדינה. כארגון הפועל בתוך ישראל ובשטחים שבשליטתה השב"כ כפוף להסדרים משפטיים אלו. הם המעניקים לו את כוחו והם המסרטים את מגבלותיו. ככל ארגון מודיעין המופקד על ביטחון הפנים,

גם השב"כ נשען על מערכת מסועפת של סמכויות שעניינן איסוף מידע הדרוש לו לצרכיו, על בניית תהליכי עבודה שנועדו לעבד את המידע שנאסף לתמונת מודיעין רלוונטית ועל סמכויות רבות המאפשרות לו לפעול לסיכול או לשיבוש הפעילות המאיימת על ביטחון המדינה בתחומים שעליהם הוא מופקד.

כדי ללמוד על מקומו, המצוי והרצוי, של השב"כ בחברה הישראלית כחלק ממערכת הביטחון של ישראל, יש חשיבות רבה בהבנת אופן הפעולה שלו – לרבות ייעודו ותפקידיו, על הממשק בינו לבין ארגוני ביטחון אחרים, פירוט סמכויותיו העיקריות ואופן הפעולה למימושן. ספר זה מבקש אפוא להנגיש למתעניינים בנושא את האופן שבו הסדרים אלו מתווים את המסגרת המשפטית שבתוכה פועל השב"כ. זהו מארג רב-אנפין, שהתפתח לאורך השנים, ובמקרים רבים הוא תולדה של לקחים ממשברי עבר. לנוכח ריבוי הסמכויות שנמסרו לשב"כ, שעוצמתן יוצאת דופן גם ביחס לארגוני ביטחון דומים, נודעת חשיבות מיוחדת לקיומן של נורמות ארגוניות, מחד גיסא, ולקיומם של מנגנוני בקרה ופיקוח יעילים, מאידך גיסא. יש לזכור כל העת כי החברה הישראלית הפקידה בידי השב"כ כלים חדים במיוחד, ומכאן ההכרח להבטיח כי כלים אלו לא יפצעו את החברה גופה, ובמיוחד את ערכי הדמוקרטיה, שהם לכי-ליבה.

לנורמות הארגוניות ולתרבות הארגונית השלטת בשב"כ יש תפקיד חיוני בהבנה ובהפנמה של האופן שבו מנהליו ועובדיו צריכים להפעיל את הסמכויות שהופקדו בידיהם. במשך כשני עשורים "ריסון הכוח", "ממלכתיות", "הטלת ספק", "אמינות" ו"שמירת סוד" הם ערכים חשובים ורלוונטיים ביותר שהשב"כ קבע לעצמו. אולם אם ערכים אלו ייוותרו על הקירות בחדרים או באתר האינטרנט ולא ילובנו כל העת בשיח פנימי פתוח ונוקב מול הדילמות האמיתיות היומיומיות, פשוטו כמשמעו, שבהן נתקל השירות, לא יהיה בהם כדי להוות מצפן ערכי ומדריך מעשי שלשמם הם נועדו. זו משימה המוטלת על כל דור ודור של מנהלים ועובדים בשירות, ואין מי שפטור ממנה. יש לדעת כי השב"כ הוא ארגון שעובדיו מתאפיינים במוטיבציה ובתחושת שליחות שמעטים כמוה בשירות הציבורי. זה סוד הכוח והעוצמה של השירות, אך דווקא שם, במוטיבציה היתרה וברצון להצליח במשימותיו החשובות, כמעט בכל מחיר, טמונה הסכנה של מוטיבציית-יתר ושימוש-יתר בכוח. ההבנה שזהו סיכון תמידי, בבחינת

“לפתח חטאת רובץ”, חייבת לעמוד כל העת לנגד עיניהם של אנשי השירות וראשיו, כמו גם לנגד עיניהם של גורמי הפיקוח עליו.

לפיכך מנגנוני הבקרה, הביקורת והפיקוח על הפעלתן של הסמכויות שניתנו לשירות חשובים לא פחות מהשמירה הפנימית על נורמות ארגוניות ראויות. תפקודם היעיל של מנגנונים אלו הוא חלק חיוני בהבטחת תקינות פעילותו של ארגון כה רב-עוצמה כמו השב"כ לאורך זמן. משימתם החשובה והקבועה של מנגנונים אלו היא להבטיח כי השירות יפעל במסגרת החוק ויקפיד על איזון ראוי בין מימוש תפקידיו לבין שמירת הערכים הדמוקרטיים, שכן הוא מופקד על שניהם.

במגוון תפקידי במערך הייעוץ המשפטי של השב"כ, ובפרט בתפקיד היועץ המשפטי הראשי של השירות במשך כחמש שנים, היה לי חלק בעיצוב רבים מן ההסדרים המשפטיים שעליהם נשען השירות. בחלוף השנים, בהתבוננות על אופן פעולתם של הסדרים אלו לאורך זמן ובהבנה שהשינויים החברתיים והטכנולוגיים שינו את משקלם של כמה מהאיזונים שנוצרו, ראיתי צורך להסתכלות מחודשת עליהם, ובמקרים לא מעטים הגעתי להכרה שיש להכניס בהם שינויים – לנוכח לקחים מהפעלתם או על מנת להתאימם לשינויים שהתרחשו. ספר זה מבקש לעשות אפוא את שני אלה: לתאר לקורא המתעניין את האופן שבו ההסדרים המשפטיים מעצבים את תפקודו של השירות ואת אופן הפעלת סמכויותיו, וכן להציע, במקרים מתאימים, שינויים של אותם הסדרים ספציפיים שנקבעו. ההצעות לשינויים מפורטות לאורך פרקי הספר.

שינויים אלו מכוונים לחדד ולשפר, בכל הצניעות, את האיזון שבין חיוניות תפקודו התקין של השירות ושמירת יעילותו לבין הבטחת האיזונים החיוניים לתפקודה של חברה אזרחית בריאה המקיימת את הערכים הדמוקרטיים, בראש ובראשונה שמירה על זכויות אדם ואזרח. זהו איזון קשה, עדין, משתנה מעניין לעניין, והוא מחייב הבנה עמוקה של התהליכים שהשב"כ פועל בתוכם והכרת תוצאותיהם והשלכותיהם. אני תקווה שיהיה בספר זה כדי להרים תרומה לקידום מטרה חשובה זו.

פרק 1

השירות ודרכי פעולתו:
אבני דרך בהתפתחות השירות

—

שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ או השירות) הוא ארגון ביטחון הפנים של מדינת ישראל. לכל מדינה יש ארגון המופקד על ביטחון הפנים, והקו העיקרי המבדיל בינו לבין ארגוני המודיעין האחרים הוא שפעילותו מתבצעת בדרך כלל בתוך שטחה הגאוגרפי של המדינה. ארגונים אלו קרויים בשמות שונים,¹ אולם

1 בצרפת הדירקטורט הכללי לביטחון פנים (Direction Générale de la Sécurité Intérieure - DGSI). בגרמניה המשרד להגנת החוקה (Bundesamt für Verfassungsschutz - BfV). המשרד להגנת החוקה הוא גם שמו של שירות הביטחון ההונגרי (Alkotmányvédelmi Hivatal - AH). בהולנד הוא נקרא שירות הביטחון והמודיעין הכללי (Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst - AIVD). בשוודיה שירות הביטחון (Säkerhetspolisen - Säpo). במדינות אחרות יש וריאציות שונות בשמות של שירותי הביטחון שמהותם דומה.

המשותף להם הוא שתפקידם העיקרי הוא פעילות של מודיעין מסכל (ממ"ס)². לכל שירותי הביטחון במדינות הדמוקרטיות יש משימות דומות פחות או יותר, אולם התנאים החברתיים וההתפתחויות ההיסטוריות השונות יצרו הכדלים ניכרים בין הארגונים. משימותיו הקונקרטיות של ארגון ביטחון הפנים במדינות השונות תלויות בין היתר באיומים הספציפיים על המדינה שהוא פועל בתוכה ונגזרות מהקונפליקטים הפנימיים והחיצוניים של המדינה וכמובן מאופי המשטר הנוהג בה. כמו כן יש חשיבות רבה להבנה של דרכי הפעולה ולאופן התפקוד של השירות לביטחון הפנים, להיבטים המבניים ולתרבות הארגונית שנוצרה בו לאורך השנים, למשקל הציבורי והחברתי שיש לו, למידת האמון בו בתוך החברה שהוא פועל בה ולמשברים ולאירועים שאירעו במהלך ההיסטוריה הקונקרטית שלו. כל אלה מכתבים במידה רבה את תפקידיו, משקלו היחסי, השפעתו ויכולת הפעולה הממשית שלו.

מכאן שההבנה כיצד עוצב והתפתח השב"כ חיונית לביטחון מקומו, תפקידיו וסמכויותיו כחלק מהמארג הארגוני-ממסדי של רשויות השלטון, כמו גם להבנת הציפיות החברתיות ממנו. הבנה זו חיונית גם לשם לימוד התרבות הארגונית, המשפיעה על דרכי הפעולה שלו, כפי שהתפתחה במרוצת השנים לנוכח האירועים והמשברים העיקריים שהתוו את מבנהו ואת דרכי פעולתו. במילים אחרות, המאפיינים הייחודיים של השב"כ עוצבו במידה רבה על ידי ההיסטוריה של מדינת ישראל וכתוצאה של אירועים קונקרטיים שאירעו בשב"כ עצמו. עקבותיהם של אירועים אלו מוצאות את ביטוין גם בהסדרים המשפטיים, הן בחקיקה והן בכללים חוק-חקיקתיים, וגם במבנה הפנימי של הארגון ובשיטות הפעולה שלו. משום כך נפתח בתיאור היסטורי-כרונולוגי של האירועים הרלוונטיים המרכזיים ובהערכת השפעתם על ההסדרים המשפטיים שהשירות מתבסס עליהם.

2 "מודיעין מסכל - פעולות איסוף, סיכול ומניעה שנוקטים שירותי הביטחון של המדינה על מנת למנוע פגיעה באזרחיה ובביטחונה הלאומי מטרור, מפעילות מודיעינית זרה או חתרנות המתנהלות על אדמתה; שם כולל לארגונים העוסקים בפעילות זאת. שב"כ הוא הגוף המרכזי במדינת ישראל העוסק בכך". אתר המרכז למורשת המודיעין (מ"ל"מ).

1.1

עיצוב דמותו של השירות בשני העשורים הראשונים לקיומו

בראשית הדרך נועד השירות לשמש כזרוע השלטונית שעיסוקה העיקרי היה להתמודד עם איומים הבאים מתוך החברה הישראלית, מול חתרנות ממשית או מדומה מימין ומשמאל, ולסכל

איומים מקבוצות מחתרתיות שבמידה רבה נותרו כספיח לתקופה שטרם הקמת המדינה. גם ההתמודדות עם איומים מקרב המיעוט הערבי, שהיה אז תחת ממשל צבאי, העסיק את השירות, במיוחד בשנים שלאחר מלחמת העצמאות. נוסף על תפקידיו אלו, השירות היה הגורם הבלעדי המופקד על סיכול ריגול זר, כאשר באותה העת עיקר הפעילות לסיכול ריגול התמקדה בהתמודדות עם ריגול סובייטי ומזרח אירופי וכללה גם מאמץ מתמשך לגלות מוחדרים שגויסו לשירותי הריגול של מזרח אירופה מקרב העולים מארצות אלו.³

המיקוד בסיכול ריגול מברית המועצות וממדינות מזרח אירופה שהיו אז חלק מהגוש הסובייטי העסיק מאוד את השירות באותן שנים. הפרשה הקשה ביותר שהתגלתה בתקופה ההיא הייתה פרשת הריגול המסעירה של לוי לוי. לוי (לוציאן) לוי, יהודי ממוצא פולני, עלה ארצה ב־1948, ובהמלצת חבר התקבל בשנת 1950 לשירות על בסיס בדיקה ביטחונית קלושה, שהסתמכה, כנהוג באותם ימים, בעיקר על היכרויות אישיות ועל השתייכות למפלגה הפוליטית ה"נכונה".⁴ לוי נקלט ביחידת המבצעים של השירות ושירת בה כשמונה שנים. לימים התברר כי כל אותה העת שימש לוי כסוכן של שירות הריגול הפולני, שאליו גויס עוד בהיותו חבר בתנועה הציונית גורדוניה בפולין טרם עלייתו לארץ. כאשר לוי עלה לישראל הוא חידש את הקשר עם מפעיליו וסיפר להם שהוא עובד בשירות הביטחון.

בעקבות מידע שהגיע לשירות שהצביע על מרגל של שירות הביטחון הפולני בתוך השירות נפתחה חקירה, ובמהלכה הצטברו ראיות נסיבתיות נגד לוי והוא נעצר. בחקירתו הוא הכחיש את החשדות נגדו, אך למרות הקושי המשפטי הוחלט

3 מורשת הארגון, 1957-1967, אתר השב"כ.

4 לשם המחשה, באותה העת, בשנת 1953, מונה עמוס מנור לראש השב"כ ארבע שנים בלבד מיום עלייתו לארץ.

להעמידו לדין. קו ההגנה שנקט היה שהשירות מנסה להפיליו מחשש שיספר על פרקטיקות בעייתיות הרווחות בשירות – בין היתר פריצות למשרדים של עורכי דין ושל מפלגות פוליטיות לגיטימיות. לאחר הליך משפטי ארוך ומתיש נמצא לוי אשם ונגזרו עליו עשר שנות מאסר. שני הצדדים ערערו לבית המשפט העליון. במהלך דרמטי הגיע באמצעות שירות הביטחון הצרפתי מידע נוסף שמקורו בעריק, ומידע זה שכנע את סנגוריו של לוי למשוך את הערעור. לוי רצה את עונשו, עזב את הארץ, ולאחר שנים אחדות מת באוסטרליה.⁵

גילוי מרגל בתוככי שירות ביטחון, במיוחד בתוך היחידה המבצעית של השירות, הוא טראומה ארגונית. כתוצאה מכך שינה השירות את כל דפוסי עבודתו בעניין בדיקות הביטחון למועמדים לתפקידים רגישים, ובין היתר החל לבצע כשגרה תשאולים נרחבים בקרב העולים מארצות הגוש הקומוניסטי, קבע תקופות צינון לפני מינוי לתפקידים רגישים ועוד. אומנם פרשיות ריגול התרחשו כפעם בפעם, אך מאז פרשת לוי לוי לא נתפס עוד מרגל בתוככי שירות.

בשנים ההן פעל השירות גם לטובת האינטרסים של מפלגת השלטון דאז (מפא"י), לרבות איסוף מידע פוליטי על מפלגות ואישים פוליטיים, ועיסוק במשימות שונות ומשונות, כגון מלחמה בעיתון "העולם הזה", איתור יוס'ה שומאכר, נער שהוברח לחו"ל על ידי פלג חסידי קיצוני, פיקוח על מובילי הפגנות של עולים חדשים ועוד. המעבר של השירות מגישה מפלגתית לגישה ממלכתית ארך שנים לא מעטות.

בשני העשורים שעד מלחמת ששת הימים נבנה שירות ביטחון קטן יחסית, וההרכב האנושי שלו, המקום שממנו נבחרו אנשיו והאוריינטציה הכללית שלו היו במידה רבה בצלמה של מפלגת השלטון מפא"י. ההינתקות ההדרגתית מההשפעה המפלגתית והמעבר לתפיסה ממלכתית מיקדו את פעילותו במשימות הביטחוניות, בעיקר בפיקוח על גורמים שנתפסו כחתרניים בחברה היהודית, בסיכול ריגול ממזרח וממערב וגם ממדינות ערב ובשליטה מודיעינית אפקטיבית,

5 שמואל תמיר, בן הארץ הזאת: אוטוביוגרפיה, לוד: זמורה ביחן, 2002 עמ' 1238; יעל רוזמן, גבריאלי בר: פרקליט שופט וג'נטלמן, ראשון לציון: משכל, 2011, עמ' 68; יאיר שפיגל, ימי עמוס: ראש שירות הביטחון הכללי השלישי – עמוס מנור המבצעים והפרשיות (1953-1963): בן שמן: מודן, 2017, עמ' 83-90.

בוודאי תחת הממשל הצבאי ששרר עד 1965, על ערביי ישראל. נוסף על כך עסק השירות, בצורה מועטה יחסית, במשימות אבטחה, בעיקר אבטחת אישיות אחת – ראש הממשלה. הארגון היה ריכוזי מאוד ונשלט על ידי מטה חזק שישב במפקדה בתל אביב.⁶

מבחינה ארגונית השב"כ החל את פעולתו כיחידה צבאית במסגרת צה"ל. לאחר שנים מעטות עבר השירות מצה"ל למעמד של יחידת סמך במשרד הביטחון. שנת 1963 הייתה השנה הראשונה שבה ראש הממשלה לא כיהן גם בתפקיד שר הביטחון, וכתוצאה מכך היה צורך לקבוע לאיזה שר יוכפף השירות – לראש הממשלה או לשר הביטחון. אז נקבע כי השירות יוכפף לראש הממשלה,⁷ ומצב דברים זה נותר עד היום.

1.2

מלחמת ששת הימים והשלכותיה

המהפך המשמעותי ביותר באופיו של השירות
ובדרך פעולתו חל בעקבות מלחמת ששת הימים.
בעקבות הכיבוש של השטחים בגדה המערבית,
ברצועת עזה (להלן: הרצועה), בסיני וברמת

הגולן הועברו שטחים עצומים ומרובי אוכלוסין לאחריהם השירות, והוא נאלץ להתאים במהירות את שיטותיו, הרכבו האנושי, הכשרת אנשיו, קצב עבודתו, מבנהו ופרישתו המבנית והארגונית למצב החדש. להלן ייסקרו עיקר השינויים שהתרחשו בשירות באותה העת.

ראשית, העברת הדגש מסיכול ריגול וחתרנות לסיכול טרור: עד מלחמת ששת הימים השירות עסק בעיקר בסיכול של ריגול וחתרנות ומיעט לעסוק בסיכול טרור. סיכול ריגול הוא עניין איטי יחסית – באשר איסוף המידע וביסוסו עד לחקירה גלויה יכולים לארוך חודשים ולעיתים גם שנים. תחילתה של חקירת

6 מורשת הארגון, 1957-1967, אתר השב"כ.

7 כפיפות השירות לראש הממשלה הייתה חלק מהמלצותיה של ועדת ידין שרף שמונתה לעניין בחינת כפיפות ארגוני המודיעין. הממשלה אימצה את המסקנות בדוח הוועדה, ובמועד זה (ספטמבר 1963) נקבעה מבחינה פורמלית כפיפות השירות לראש הממשלה. ראו המסמך בתוך שפיגל (לעיל הערה 5), עמ' 125.

ריגול היא בידיעת חשד, לעיתים כללית, שראשיתה במקור זה או אחר. בדרך כלל מכאן ועד לאיתור חשוד ולהטלת פיקוח, שנועד לאסוף מידע או ראיות באמצעים כמו האזנת סתר או לאסוף ממצאים מרשיעים בדרכים אחרות, ולאחר מכן מעצר וחקירה, מדובר בהליך ממושך למדי.

תוצאותיה של מלחמת ששת הימים שינו כמעט באחת את עיקר עיסוקו של השירות מסיכול ריגול לסיכול טרור, שהוא עניין שהקצב בו שונה בתכלית: בסיכול טרור המרחק בין חשד ובין מעצר לחקירה או פעולת שיבוש או סיכול קצר ביותר – לעיתים קרובות שעות או ימים בודדים. קצב זה מחייב היערכות ארגונית שונה לגמרי, הן מבחינת שיטת הכיסוי המודיעיני והן מבחינת בניית המענה המבצעי. שינוי זה גרר היערכות מחודשת בכל תחומי פעילותו של השירות, במבנהו ובאופיו.

שנית, משקל הכובד עבר מהיריב הרוסי והמזרח אירופי ליריב הערבי: השליטה של ישראל באוכלוסייה ערבית גדולה בעקבות המלחמה הביאה לצורך מיידי באנשי מודיעין המתמחים בחברה הפלסטינית והדוברים את שפתה. אולפנים לערבית נפתחו בזה אחר זה. המקצועות של סיכול הטרור – בעיקר רכז,⁸ חוקר,⁹ מאזין¹⁰ ודסקאי¹¹ – התפתחו והתמקצעו עד מאוד. ידיעת השפה והתרבות והיכרות עומק עם האוכלוסייה הערבית בשטחי סיני, הרצועה והגדה היו לליבת הפעילות של השירות.

שלישית, שיתוף הפעולה עם הצבא התהדרק, בעיקר עם החטיבות המרחביות. צה"ל, בהיותו הריבון הפורמלי והמעשי בשטחים, היה לארגון שעומו קיים

8 רכז שב"כ – קצין איסוף מודיעין העוסק בהשגת מודיעין ממקורות אנושיים באמצעות גיוס סוכנים והפעלתם וניהול מבצעי מודיעין לטובת סיכול פעולות טרור.

9 חוקר שב"כ – מחזיק בידו סמכויות פורמליות של חקירה לשם השגת ראיות ומודיעין מחשודים בפעילות טרור או ריגול. החקירה מתבצעת בדרך כלל כאשר החשודים במעצר.

10 מאזין – הוכשר לאסוף מודיעין מהאזנת סתר או מטקסטים שהושגו מהיריב בדרך אחרת (למשל יירוט תכתובות). כיום התפקיד נקרא "מפיק".

11 דסקאי – מרכז את כלל תמונת המודיעין בשטח הגאוגרפי או בתחום מסוים ואחראי לו. התפקיד כולל, בין היתר, ניתוח והערכה של המידע המודיעיני שנאסף והכוונה של מבצעי מודיעין.

השירות את ממשקי הפעולה האינטנסיביים ביותר. המעטפת המשפטית שהקים צה"ל בשטחים כללה הוראות חוק שנתנו גיבוי משפטי נרחב לפעילות השב"כ בשטחים, בין היתר בהקניית סמכויות של חייל לכל עובד שב"כ בהתאם לתחיקת הביטחון בשטחים. בין היתר ניתנו לעובדי השירות, להלכה לפחות, סמכויות למעצר, למעצר מינהלי, לגירוש, להריסות בתים ועוד,¹² והסמכויות הופעלו באמצעות מנגנוני הצבא. הקשרים של רכזי השב"כ עם צה"ל התהדקו, והשילוב המתמיד בין עבודת השירות לעבודת הצבא הביא להיפתחות של פעילות השירות לציבור רחב של חיילים וקצינים שקודם לכן לא היה חשוף לה, וכתוצאה מכך להיכרות של הציבור הכללי, בהיקף שלא היה בעבר, עם פעילות השב"כ.

רביעית, השירות גדל מאוד בכוח האדם שלו – מארגון קטן וסגור של כמה מאות עובדים לארגון שמספר אנשיו הלך וגדל בהתמדה. גם המבנה הסוציולוגי הפנימי השתנה – מארגון שרובו התבסס על עולים ממזרח אירופה לארגון שהליבה המבצעית שלו כללה בעיקר ילידי הארץ, בוגרי יחידות קרביות מכל גוני החברה הישראלית.

חמישית, המבנה של השירות ואופן פעולתו השתנו: הקצב המהיר שסיכול טרור מכתוב חזק מאוד את העבודה במרחבים הגאוגרפיים בירושלים, בחיפה ובאשקלון, שכן עבודת הסיכול חייבה קווים קצרים של פיקוד, של קבלת החלטות ושל ריכוז משאבים ביחידות הקצה, וכתוצאה מכך ריכוזיות המטה פחתה.

שישית, ההתגברות של איום הטרור על התעופה, על נציגויות ישראל בחו"ל ועל משלחות רשמיות הביאה להקמת אגף האבטחה במתכונתו המודרנית. רצף אירועים שהחל בסוף שנות השישים של המאה העשרים, עם חטיפת מטוס אל על לאלג'יריה, והמשכו בתחילת שנות השבעים בפיגועים במטוסים וכשדות תעופה, ורצח הספורטאים באולימפיאדת מינכן (1972), גרמו לעיבוי מסיבי של מערכי האבטחה ולחיוזוקן של אגף האבטחה בשב"כ. עצם קיומו של אגף אבטחה

12 צו בדבר אנשי שירות הביטחון הפועלים באזור (אזור הגדה מערבית) 112, התשכ"ז-1967; צו בדבר אנשי שירות הביטחון הפועלים באזור (רצועת עזה וסניג'ה) 118, התשכ"ז-1967. כיום סעיף 6 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) 1651, התש"ע-2009: "לכל איש שירות הביטחון הכללי תהיינה הסמכויות הנחונות לכל חייל על פי תחיקת הביטחון".

ואחריות ישירה של שירות חשאי על אבטחת אישים ומשלחות אינם מובנים מאליהם, ויש מדינות שמקיימות לשם אבטחה כזאת ארגון נפרד.¹³ מכל מקום, אבטחה היא עניין שנדרש לו כוח אדם רב, ובחלקה הגדול היא מתבססת על פעילות גלויה ולא חשאית. ההרחבה של משימות האבטחה בארץ ובחו"ל יצרה שינוי מכריע באופי פעילותו של השירות ובנראות הפומבית של חלק מאנשיו.

בתחילת שנות השמונים, מייד לאחר מלחמת לבנון הראשונה, קיבל השירות אחריות גם על השטחים ששלט בהם צה"ל בלבנון. לא ברור מדוע הוחלט כי השב"כ, שהוא שירות הביטחון

1.3 מלחמת לבנון הראשונה (1982) והשפעתה

הפנימי של המדינה, הוא שיקבל אחריות מודיעינית על אוכלוסייה בשטח כבוש של מדינה אחרת, קרי לבנון, ולא למשל אגף המודיעין בצה"ל. ככל הנראה, הניסיון המוכח של השירות באיסוף מודיעין מהאוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הוא שהכריע, וכך נקבע. הריבוי של המשימות ותחומי האחריות שהוטלו על השירות בישראל, בחו"ל (במשימות אבטחה), בשטחים ובלבנון הביא לגידול רב הן בחשיבותו והן בכוחו ובמשקלו היחסי בתוך מערכת הביטחון ומול המערכת הפוליטית.

חשוב להזכיר את הפער בין הפעילות בישראל ובשטחים לבין הפעילות בלבנון גם בהיבט המשפטי. בעוד שבישראל השירות כפוף לדין הישראלי, ובעזה ובאיו"ש

13 למשל, בארצות הברית תפקידו של השירות החשאי (Secret Service) הוא אבטחה של מספר נבחרי ציבור אמריקאים.

Who does the Secret Service Protect? Permanent protectees, such as the President and Vice President, have special agents permanently assigned to them. Temporary protectees, such as presidential and vice presidential candidates/nominees and foreign heads of state, are staffed with special agents on temporary assignment from U.S. Secret Service field offices. Protection for the President and Vice President of the United States is mandatory. All other individuals entitled to Secret Service protection may decline security if they choose.

חנך "How Protection Works", אתר Secret Service.

פעל השירות תחת תחיקת הביטחון שחוקק המפקד הצבאי, הרי שבלבנון שרר משטר משפטי אחר, המציאות בה הייתה פרועה בהרבה מכל זירה אחרת, והלכה למעשה שררה בלבנון אווירה של לית דין ולית דין. נראה כי קשה לנתק את אווירת דרום לבנון מהדרך שבה החל השירות לנהוג באותה העת גם בזירות האחרות, שכן בסופו של דבר מדובר באותם אנשים ובאותו ארגון.

כך נכנס השירות לשנות השמונים ולשתי הפרשות הגדולות שזיעזעו אותו מהיסוד בשנים אלו – פרשת קו 300 וחשיפת נוהג עדויות השקר בבתי המשפט ברוח ועדת לנדוי.

1.4

פרשות קו 300 ועדויות השקר בבתי המשפט

1.4.1. פרשת קו 300 פרטיה של פרשת קו 300 ידועים,¹⁴ אולם השלכותיה רבות ורחבות, באשר הפרשה הייתה אחד הגורמים שעיצבו את השירות ואת יחס הציבור אליו. על אף עשרות השנים שחלפו תוצאותיה של הפרשה והשלכותיה לא פגו עד היום. תמצית הפרטים היא כדלקמן: באפריל 1984 השתלטו ארבעה מחבלים מחאן יונס על אוטובוס בקו 300 מתל אביב לאשקלון לשם פיגוע-מיקוח. בשלב מסוים נעצר האוטובוס בפאתי חאן יונס. לאחר לילה של משא-ומתן פרצה סיירת מטכ"ל לאוטובוס, הרגה שניים מהמחבלים, ושני האחרים הורדו ממנו בעודם חיים. בפעולה נהרגה גם חיילת, אירית פורטוגז.¹⁵

בשטח נכחו כוחות רבים של הצבא, השב"כ והמשטרה וגם אנשי תקשורת. שני המחבלים שהורדו מהאוטובוס הוכו והובלו לחקירה שנערכה בשטח על ידי

14 אילן רחום, פרשת השב"כ, ירושלים: כרמל, 1990; יחיאל גוטמן, טלטלה בשב"כ: היועץ המשפטי נגד הממשלה – מפרשת טוביאנסקי ועד פרשת קו 300, תל אביב: ידיעות אחרונות, 1995.

15 מורשת הארגון, 1957-1967, אתר השב"כ.

חוקרי שב"כ. כפי שהתברר מאוחר יותר, בשלב מסוים הורה ראש השב"כ אברהם שלום, שנכח במקום, לראש אגף המבצעים אהוד יתום לחסל את המחבלים. יתום מאנשיו ביצעו את הפקודה והכו את המחבלים למוות, באופן שההמתה תיראה כתוצאה של המכות שהוכו המחבלים עם ההשתלטות על האוטובוס והורדתם ממנו. אלא שהתברר שאלכס ליבק, צלם עיתון "העיר", צילם תמונה של המחבלים בעת שהורדו מהאוטובוס חיים. הצנזורה פסלה את פרסום הצילום אך העיתון "חדשות", שהיה אז בשנותיו הראשונות, הפר את האיסור ופרסם את התמונה. בגין הפרת צו הצנזורה הוצא נגדו באופן חריג ביותר צו סגירה למשך ארבעה ימים. הלחץ הציבורי הביא את שר הביטחון דאז משה ארנס להקים ועדת חקירה. בראש הוועדה עמד האלוף במיל' מאיר זורע, ולפי דרישת ראש השב"כ צורף אליה ראש אגף בשירות – יוסי גנוסר.

מבחינתו של ראש השב"כ אברהם שלום, תכלית צירופו של יוסי גנוסר לוועדה הייתה לשמש "סוס טרויאני" מטעמו במטרה להעלים מהוועדה את דבר הוראתו להמתת המחבלים. מדי ערב דיווח גנוסר בחשאיות רבה לראש השירות, למשנהו, לראש אגף המבצעים וליועצים המשפטיים של השירות שהוכנסו בסוד העניין על המתרחש בוועדה ועל פרטי העדויות שנשמעו בה באותו יום. כל העדים מטעם השירות תודרכו להעלים את דבר הוראת ההריגה וביצועה.¹⁶ כצפוי, בשל העלמת האמת השיטתית מוועדת זורע, ממצאיה היו שהמחבלים מתו לא כתוצאה של הוראה מאת גורם כלשהו כצבא או כשב"כ אלא כתוצאה של המכות שהוכו בעת ההשתלטות וסמוך לאחריה. הוועדה הצביעה על חשודים בהכאה – בהם תא"ל יצחק מרדכי (כדרגתו אז), שהיה אז קצין חי"ר וצנחנים ראשי (קחצ"ר), אהוד יתום, ראש אגף המבצעים של השירות, שהודה כי סטר לאחד המחבלים (אך הסתיר מהוועדה את חלקו בחיסול המחבלים), ועוד אנשי שב"כ ושוטרים שהיו מעורבים בהכאה מחוץ לאוטובוס.

היעד של הסתרה מהוועדה את המתתם של המחבלים על ידי אנשי השירות בהוראתו הישירה של ראש השירות הושג אפוא בהצלחה. בעקבות המלצות ועדת זורע הקים היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר ועדה נוספת, בראשות

פרקליט המדינה דאז יונה בלטמן (ועדת בלטמן), על מנת לקבוע מהם ההליכים המשפטיים שיש לנקוט בעקבות ממצאי ועדת זורע. במהלך החקירה של ועדת בלטמן התהדק החבל הציבורי והמשפטי סביב צווארו של תא"ל יצחק מרדכי ונחשד שהוא הגורם העיקרי והבכיר ביותר שהכה את המחבלים. לאחר כשנה של ישיבה על המדוכה קבעה ועדת בלטמן כי את מרדכי יש להעמיד לדין משמעתי צבאי בגין גרימת חבלה חמורה וחריגה מסמכות, את ששת אנשי שב"כ להעמיד לדין לפני בית דין משמעתי מיוחד בשירות, ואת אנשי המשטרה להעמיד לדין בבית הדין המשמעתי במשטרה. מרדכי הועמד לדין לפני האלוף במיל' חיים נדל וזוכה. אנשי השירות זוכו אף הם בתום הליך משפטי בבית הדין המשמעתי הפנימי. בנסיבות האלה החליט היועץ המשפטי לממשלה לסגור את התיק נגד אנשי המשטרה.

ברגע שהוא היה נדמה להנהלת השירות כי מעשה הטיוח עלה יפה: לא נמצאו אשמים במות המחבלים, החשד הורחק מראש השירות ומאנשי השירות, וכל החשודים האחרים זוכו. ואולם, בשלב זה שלושה בכירים חברי מטה השירות – המשנה לראש השירות ראובן חזק, שהיה מעורב בעצמו בפעולות הטיוח, ראש אגף המינהל רפי מלכא, בעברו ראש אגף המבצעים, וראש האגף לסיכול ריגול פלג רדי – החליטו לדרוש את התפטרותו של ראש השירות אברהם שלום בשל הוראת ההמתה ובשל פעולות הטיוח מול רשויות המשפט. שלום סירב להתפטר, וזכה לגיבויו המוחלט של ראש הממשלה דאז שמעון פרס. כתוצאה מכך השלושה הודחו מהשירות בזה אחר זה בתוך שבועות ספורים. בתחילת 1986, לאחר שהודחו מהשירות, הביאו השלושה את המידע המרעיש על פעולות ההמתה והטיוח לפני היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר והמשנה לפרקליט המדינה דורית ביניש, והם שיתפו במידע בכירים בפרקליטות, בהם יהודית קרפ ויהודית צור.

בעקבות המידע שהביאו שלושת הבכירים, דרש היועץ המשפטי לממשלה פרופ' יצחק זמיר לפתוח בחקירת משטרה לבירור הנושא, אך דרישתו נתקלה בהתנגדות חריפה של המערכת הפוליטית, הן מצד ראש הממשלה ושר החוץ פרס והן מצד יצחק שמיר, שהיה מיועד להחליף את פרס בראשות הממשלה בהתאם להסכם הרוטציה שנחתם ביניהם. שניהם חששו, כל אחד מטעמיו, מההשלכות הפוליטיות של החקירה. נוסף על כך, אנשי השירות שהיו מעורבים בהמתה הציבו איום מפורש "לחשוף הכול" אם תיפתח חקירה בעניין, במשמע לגלות פרשות דומות מהעבר שהשירות היה מעורב בהן ושהיו בידיעת הדרג הפוליטי.

בצעד חסר תקדים, כחלק ממאמצי ההשתקה של הפרשה, החליטה הממשלה "לקבל את התפטרותו" של היועץ המשפטי לממשלה, ולאמיתו של דבר להדיחו מתפקידו. במקומו מונה השופט המחוזי יוסף חריש, מתוך הנחה שיהיה קשוב יותר לדרישה הפוליטית שלא לחקור את הפרשה. ואולם, ההדחה לא עצרה את הדרישה לחקירה, ובסופו של דבר בישיבה לילית מתוחה שבמהלכה נכנסו לתמונה עורכי הדין הפרטיים רם כספי ויעקב נאמן הם השיגו את הסכמתו המוקדמת של הנשיא חיים הרצוג למתן חנינה לאנשי השירות המעורבים בפרשה. היועץ חריש הסכים למתווה זה, וכך היה.

עתירה לבג"ץ נגד החנינות נדחתה.¹⁷ אף על פי כן היועץ חריש הורה על חקירה משטרתית לאחר שניתנו החנינות למעורבים. החקירה נולדה בעיקר בעקבות דבריו של ראש השב"כ אברהם שלום בבקשת החנינה שכל מה שעשה היה "בסמכות וברשות" – צירוף שהיה מאז למטבע לשון. שלום טען כי יצחק שמיר, שכיהן בראשות הממשלה בעת ההשתלטות על האוטובוס, ידע ואישר מראש לראש השב"כ שלום להורות על הריגת מחבלים בסיטואציות כאלה. בסופה של חקירה הוקם צוות משפטי שלישי בהשתתפות יצחק אליאסוף, יהודית קרפ ועדנה ארבל – והם החליטו לקבל את גרסתו של ראש הממשלה שמיר, שלא ידע ולא אישר את ההריגה, והעדיפו אותה על פני גרסת שלום.¹⁸

השלכות הפרשה על השירות היו עצומות. ראשיתה, בסדרת הדחות בצמרת השירות: ראש השירות אברהם שלום הודח, ובמקומו הוחזר לפרק זמן מוגבל יוסף הרמלין, שהיה בעבר ראש השירות; נוסף על כך הודח יוסי גנוסר, והיועץ המשפטי וסגנו הועברו מתפקידיהם;¹⁹ בתוך השירות פנימה רחשו קליקות וקנוניות בין תומכי הבכירים שפוצצו את הפרשה ובין תומכי ראש השירות והמעורבים בפרשה, ובין היתר הוחתמו עצומות תמיכה על ידי עובדים ומנהלים בראש השירות, תוך כדי הכפשת הבכירים הפורשים והצגתם כבוגדים בשירות

17 בג"ץ 428/86, יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל, פד"י מ(3) 505 (להלן: בג"ץ ברזילי).
ראו גם יהודית קרפ, עדנה ארבל ויצחק אליאסוף, חוות דעת בעניין חקירת אירועי
אוטובוס המחבלים קו 300, ירושלים: משרד המשפטים, 1987.

18 גוטמן (לעיל הערה 14), עמ' 119-121.

19 שם, עמ' 117-118.

ובאנשיו. רבים חשו כי זיהוים עם קבוצת הפורשים חוסם את אפשרות הקידום שלהם, ועקב כך עוד עוברים פרשו.²⁰

משבר אמון חריף נבקע גם ביחסים בין המערכת המשפטית לבין השירות: התנהלות היועצים המשפטיים של השירות פגעה פגיעה קשה באמון של כלל מערכת המשפט בשירות, ובשל כך היועץ המשפטי לממשלה ובכירי משרד המשפטים החרימו את הייעוץ המשפטי בשירות וסירבו לעבוד עם אנשיו. רק לאחר הדחת היועצים המשפטיים מתפקידיהם והבאת יועץ משפטי מחוץ לארגון, תא"ל במילואים שבתאי זיו, שבאותה העת כיהן בתפקיד היועץ המשפטי של עיריית ירושלים, החל האמון להשתקם.²¹

משבר אמון חריף היה גם בין השירות לבין המערכת הפוליטית: המילים "בסמכות וברשות" שהשתמש בהן שלום בבקשת החנינה ומשמעותן – האשמת הדרג הפוליטי במעורבות בעניין – הביאו בפעם הראשונה לפגיעה באמון ובאינטימיות שאפיינו מאז קום המדינה את הקשר בין ראשי השירות לראשי הממשלה. הייתה זו מילה נגד מילה של ראש שירות מול ראש ממשלה. תוצאתו הראשונה של משבר זה הייתה הקביעה שאין לקיים מפגשים בארבע עיניים בין ראש הממשלה לבין ראש השב"כ, אלא תמיד בנוכחות קצרנית או גורם אחר, בדרך כלל המזכיר הצבאי.²²

גם היחסים עם צה"ל שובשו עד מאוד לאחר שהתברר כי בכירי השירות הביאו ביודעין לכך שהלוחם המעוטר תא"ל יצחק מרדכי יגיע לסף סיכון בהעמדה לדין פלילי, תוך כדי הכתמת שמו ואובדן הקריירה שלו. לנוכח הפעילות היום-יומית שכם אל שכם של השירות ומפקדי צה"ל הייתה לכך משמעות מיידית, והיא חלחה גם ליחסי העבודה בין הגופים.

גם התקשורת נכוותה בפרשה זו, הן עקב סגירת העיתון "חדשות" והן בשל התחושה שהשירות סובב בכחש את אנשי התקשורת ואת הציבור בכללותו.

20 רחום (לעיל הערה 14), עמ' 84-90.

21 גוטמן (לעיל הערה 14), עמ' 115-117.

22 עזריאל נבו, מזכיר צבאי, תל אביב: ContentoNow, 2016, עמ' 130.

התקשורת חדלה באחת לראות בשירות גורם כול-יכול והחלה להתייחס בחשדנות רבה יותר למירע שמסרו לה אנשיו.²³

הצד החיובי במשבר החמור של פרשת קו 300, על השלכותיו בשירות ומחוצה לו, הוא ההתבגרות של החברה הישראלית ושל השירות וההתמודדות עם הגילוי של מערכת יחסים אינטימית מדי ולא בריאה שהתפתחה לאורך שנים בין ראשי השב"כ לממונים עליהם היושבים בממשלה. כתוצאה של מערכת יחסים זו נוצרה תחושת כוח מוגזמת בקרב ראשי השירות, התקבעה תפיסה שלפיה הביטחון הוא מעל החוק, ושכל מקרה תמיד יימצא הגיבוי הפוליטי להחליק כל שגיאה ותקלה. כל אלה נפגעו בלא תקנה.

ככל תהליך התבגרות, היה זה אירוע כואב, אולם נחוץ והכרחי, ובסופו של דבר השלכותיו ארוכות הטווח היו חיוביות. למשל, הייתה זו הפעם הראשונה שבה הוכרה במפורש ובכירור עליונות המשפט על הביטחון. ההבנה שבמדינה דמוקרטית רשויות הביטחון כפופות לחוק קיבלה אישור מהדהד ללא עוררין.²⁴

שינוי חיובי אחר היה פרימת האינטימיות היתרה ששררה ביחסים בין הדרג הפוליטי לבין ראשי השירות, ושינוי זה מנע או צמצם, אולי, פעולות החורגות מהמותר במשטר הדמוקרטי. יתרה מכך, ההבנה שלדרג הפוליטי הבכיר אין יכולת לטאטא פרוטות מעין אלה סימנה לראשי השירות כי אין בנמצא גורם שיש בכוחו לספק להם חסינות, מראש או בדעיכה, מפני חריגות קשות מהחוק. המונח "בסמכות וברשות", שמבטא את האחריות לכאורה של הדרג הפוליטי העליון על הדרג המבצעי, לא יכול עוד לכלול הפרות בוטות של החוק, שכן, בפשטות, לשום גורם פוליטי אין סמכות כזו. בהיעדר סמכות, יש משמעות מוגבלת לרשות, אף אם ניתנה.

23 "גם העיתונות שלאחר פרשת השב"כ שוב אינה אותה עיתונות. היא הפכה חטטנית יותר, אגרסיבית וכסחנית, ואינה מוכנה לקבל שום דבר כמונח מאליו, גם לא כשמדובר בכמוסים שבסודות המדינה". גוטמן (לעיל הערה 14), עמ' 133.

24 בג"ץ ברזילי (לעיל הערה 17), דברי השופט ברק:

אם היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי קיים חומר לכאורה, המצדיק חקירה, בעניין עבירות חמורות ביותר שנעברו על-ידי מי מאנשי הרשות המבצעת, מחייב שלטון החוק חקירה ובדיקה. כך היינו נוהגים כלפי כל אדם. כך יש לנהוג כלפי אנשי השלטון. שיקולי הביטחון אינם מחייבים תוצאה אחרת. אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי.

עוד תמורה היא התפתחות הספקנות, שלא לומר החשדנות, שהתקשורת החלה לייצר כלפי השירות. אף שלעיתים קרובות השירות לא אהב את הביקורת שהוטחה בו במשך שנים לאחר שוך אירועי קו 300, עם או בלי קשר לפרשה זו, הרי שבחשבוני אחרון עמדה ספקנית כלפי ארגון לביטחון פנים בעל סמכויות נרחבות כמו השב"כ יש לה ערך רב בחברה דמוקרטית, בהיותה חלק חשוב מאמצעי הביקורת על פעילותו, וארגון בעל חוסן פנימי אינו צריך לחשוש מכך.

בתוך השירות פרשת קו 300 מילאה את התפקיד של פרשת כפר קאסם באתוס הצבאי, שלושים שנה קודם לכן.²⁵ עיקרה – סימון דגל שחור של פעולות אסורות, שלא ניתנת עליהן הגנה ולא ניתנת עליהן מחילה ציבורית,²⁶ גם אם ניתנה לה בדיעבד חנינה נשיאותית. האחריות האישית של כל עובד למעשים שלו, גם אם הם נעשים בשם הארגון או לטובת הביטחון, קיבלה ביטוי מוחשי וסימנה לעובדי השירות את גבולות ההגנה שהם יכולים לצפות לה.

עוד לא יבשה הדיו על פרשת קו 300, וכבר התפוצצה ברעש גדול פרשת עדויות השקר של חוקרי השב"כ. בעקבותיה הוקמה ועדת לנדוי.

1.4.2. פרשת עדויות השקר ובתי המשפט ודוח ועדת לנדוי
בעקבות פרשת קו 300 והחנינה שהוענקה למעורבים בה, קצין צה"ל בשם עזאת נאפסו, שישב בכלא עקב הרשעתו בכגיידה, בריגול חמור ובסיוע לאויב,²⁷ זיהה את יוסי גנוסר, מגיבורי פרשת קו 300, כמי שהיה אחראי על חקירתו באלימות. זיהויו של גנוסר

25 ביד"ץ מרכז 3/57, תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי, פסקים מחוזיים יז 213-214.

26 המחשה לכך ניתנה, בין היתר, בפסילת יוסי גנוסר לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון (בג"ץ 6177/92, אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח'), פ"ד מז 229 2 (1993), באי-מינויו של אהוד יתום לקצין הכנסה בשל עמדת היועץ המשפטי לממשלה ובפסילתו לשמש בראש המטה למלחמה בטרור (בג"ץ 4668/01, ח"כ יוסי שריד נ' ראש הממשלה אריאל שרון, פ"ד נו 265 2 (2001)).

27 ע"פ 124/87, סגן עיזאת נאפסו נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 621 (1987); ועדת החקירה הממלכתית לעניין דרכי החקירה של שירות הביטחון הכללי, דוח הוועדה, 1987, עמ' 5-9 (להלן: דוח ועדת לנדוי).

כאחראי על חקירה באלימות של נאפסו פתח תיבת פנדורה חדשה, חמורה לא פחות מפרשת קו 300. נאפסו טען בכל ההליכים המשפטיים נגדו כי הוא נחקר על ידי השב"כ באמצעים פסולים וכי הודאתו, שבמידה רבה הרשעתו התבססה עליה, הוצאה ממנו על ידי שימוש באמצעים אלו. טענתו של נאפסו הוכחשה שוב ושוב בקרב חוקרי השירות ובכל הערכאות.

לאחר שזהותו נחשפה, חדל גנוסר מלהכחיש את הטענה בדבר שימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירת נאפסו אולם טען כי אין מדובר בחריג אלא בשיטה שנהגה בחקירות השב"כ. כתוצאה מכך, ובעקבות משבר האמון בעקבות פרשת קו 300, החל לחץ ציבורי "לנקות את האורוות" בשב"כ. במאי 1987 החליטה הממשלה למנות ועדת חקירה ממלכתית לעניין חקירות השב"כ. בראש ועדת החקירה עמד נשיא בית המשפט העליון בדימוס משה לנדוי.²⁸ תפקיד ועדת לנדוי היה לבחון את שיטות החקירה של השב"כ ואת עדויות השקר שניתנו עליהן בבתי המשפט.²⁹

דוח הוועדה פורסם באוקטובר 1987. על פי ממצאי ועדת לנדוי, משנת 1971 לערך, היינו במשך 16 שנים לפחות, התקבעה נורמה של אלימות ולחצים פיזיים בחקירות טרור, ובה בעת אנשי השירות נהגו להכחיש את השימוש בהם בעדויותיהם ב"משפטי הזוטא" שנוהלו בשאלת קבילות ההודאות.³⁰ במילים אחרות, הוועדה קבעה כי לאורך שנים רבות חוקרי השב"כ הפעילו מערכת ממוסדת ושיטתית של שקרים בבתי משפט במטרה להסתיר אמצעים פיזיים ששימשו בחקירות להשגת הודאות. חשיפתה של נורמה פסולה זו – שהייתה בהנחייתם של ראשי השירות וראשי אגף החקירות, וככל הנראה אף בידיעתם של היועצים המשפטיים בשירות – עוררה זעזוע עצום בציבור ופגיעה באמון הציבור בהתנהלות השירות בכלל ובמערכת המשפט בפרט.

28 לצידו כיהנו מבקר המדינה יעקב מלץ והאלוף במיל' יצחק חופי.

29 הממשלה החליטה "לכונן ועדת חקירה, בהתאם לסעיף 1 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, לגבי שיטות ונהלי החקירה של השב"כ בנושאי פח"ע, ומתן עדות בבית המשפט בקשר לחקירות אלה. הוועדה תמליץ ותציע, ככל שתמצא לנכון, גם לגבי השיטות והנהלים המתאימים בנושאי חקירות אלה בעתיד, חוך הבאתם בחשבון של הצרכים היחודיים של המאבק בפח"ע". דוח ועדת לנדוי (לעיל הערה 27), עמ' 1.

ועדת לנדוי נמנעה מלהמליץ המלצות אישיות, בין היתר משום שראש השירות, היועץ המשפטי וסגנו הודחו ממילא מתפקידיהם בעקבות פרשת קו 300. מאחר שהממצא העיקרי היה שמדובר בנורמה ארגונית מושרשת לא הוסקו מסקנות אישיות כנגד מי מאנשי אגף החקירות שפעלו על פי הפרקטיקה הפסולה. הוועדה קבעה הסדר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירות טרור במסגרת נספח סודי לדוח שפרסמה. הסדר זה הקהה במידה מסוימת את עוצמת הגינוי החברתי לעניין הפעלת הלחץ הפיזי בחקירות, ועיקר הביקורת הציבורית התמקדה בנוהג של מתן עדויות שקר בבתי המשפט. הסוגיה של הפעלת אמצעים פיזיים בחקירות השב"כ לא הסתיימה עם פרסום דוח ועדת לנדוי, ועל כך יורחב בפרק 6.

תיאור תקופה זו לא יהיה שלם בלי להזכיר את פעילותו הנמרצת של השירות לסכל פיגועי טרור חמורים גם במהלך השנים של הבדיקה והחקירה בפרשת קו 300 ושל ועדת לנדוי. תזכורת לחשיבותו של שירות ביטחון יעיל ניתנה למשל עם התפוצצות פרשת המחותרת היהודית באפריל 1984. במועד זה, לאחר חקירה של שנים, נעצרו כשלושים אנשים, רובם ככולם אנשי הציונות הדתית מאיו"ש ומרמת הגולן, בהם כאלה שנעצרו בעת שניסו להוציא לפועל פיגוע המוני כנגד פלסטינים על ידי הרכבת מטעני נפץ מתחת לחמישה אוטובוסים. חלק מהעצורים הודו בחקירתם, בין היתר, שביצעו פיגוע במכללה האסלאמית בחברון, שהתנקשו בראשי ערים בגדה ושתכננו פיצוץ במסגדי הר הבית. קשה לשער את ההשלכות הקשות של מזימה זו על ביטחון המדינה אילו התממשה. תפיסתם הייתה אחד ההישגים הגדולים של השב"כ ואירוע מרכזי בהתמודדות עם טרור שמקורו בימין הקיצוני.³¹

בעקבות פרשות קו 300 ודוח ועדת לנדוי אמון הציבור בשירות נפגע פגיעה חמורה. ואולם, התגברות אירועי הטרור, במיוחד לאחר פרוץ האינתיפאדה הראשונה, הביאה לשיקום איטי של אמון הציבור בשירות ולהשבת ההכרה במשקלו ובחשיבותו במערכת הביטחונית ובהתמודדות בזירה המדינית.

1.5

האינתיפאדה הראשונה

בסוף דצמבר 1987 עם פרוץ האירועים האלימים הנרחבים ברצועת עזה ובגדה, שעד מהרה זכו לכינוי "אינתיפאדה", נכנס השב"כ, עם מערכת

הביטחון כולה, למערכה אינטנסיבית ביותר של פעילות לאיסוף מידע ולסיכול פיגועים בהיקפים שלא הכיר בעבר. השימוש הנרחב במעצרים המינהליים, שבשיאו למעלה מ-1,700 איש ישבו במעצר מינהלי בו זמנית, וחקירות של אלפים רבים של עצורים במתקני החקירות של השב"כ בשנים אלו הם סמנים מרכזיים לאופן שבו התמודד השירות עם שטף האירועים. ההיקף והאינטנסיביות של האירועים והצורך לספק מידע מודיעיני וסיכולי לשירות וכן לצה"ל ולמשטרה הביאו להרחבה ניכרת של משימות השירות ולהגדלת כוח האדם המשרת בו.

אגף החקירות של השב"כ עבד בתקופה ההיא לפי הנחיות ועדת לנדוי, כפי שאושרו מעת לעת על ידי ועדת שרים מיוחדת שהוקמה לעניין זה, אולם חריגות קשות שהתגלו ביחידת החקירות של השב"כ, בעיקר במתקן החקירות בעזה, העידו כי המעבר לעבודה על פי הכללים החדשים לא היה חלק. מותו של העציר ח'אלד שיח' עלי במהלך חקירתו במתקן החקירות בעזה כתוצאה של אלימות קשה בחקירתו, ובעקבות זאת מאסרם של שני חוקרים שנידונו לשישה חודשי מאסר בגין מעורבותם בהכאתו,³² פתחו שוב מסכת בדיקות וחקירות על הנעשה באגף החקירות, הן מטעם ועדה בראשות המשנה לפרקליטת המדינה רחל סוכר והן של מבקרת המדינה השופטת בדימוס מרים בן פורת.³³ הממצאים הקשים המופיעים ברוח בעניין אופן ניהול החקירות במתקן החקירות בעזה הביאו לשינויים נרחבים בתהליכי העבודה באגף החקירות.³⁴

32 ת"א (י-ס) 1515/99, א' נ' פרי, פסקאות 1-10 (אחר נבו, 1.2.2000): ע"פ 532/91, פלוניס נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

33 "תמצית מדוח הביקורת בנושא מערך החקירות בשירות הביטחון הכללי (שב"כ) לשנים 1988-1992", דוח מבקר המדינה 1, 2000.

34 יעקב פרי, הבא להרגר, חל אביב: קשת, 1999, עמ' 150-154.

1.6 תחילת גל פיגועי ההתאבדות (1993)

בתחילת שנות התשעים החל השירות להתמודד עם צורת טרור שהייתה אז חדשה יחסית, והיא פיגועי התאבדות. פיגוע ההתאבדות הראשון היה הפיגוע במחולה (1993), ואחריו, ובעיקר בעקבות הטבח במערת המכפלה על ידי ברוך גולדשטיין בפברואר 1994 (שהוא עצמו סוג של פיגוע התאבדות), החל גל של פיגועי התאבדות כנגד אזרחים וחיילים. בשנות התשעים הם גבו את חייהם של עשרות ישראלים. באותה תקופה רוב המתאבדים השתייכו לארגוני הטרור הדתיים, בראש ובראשונה לחמאס.

פיגועי ההתאבדות שינו את דפוס הפעולה של ארגוני הטרור הפלסטיניים ושל יחידים שהיה קיים קודם לכן וחייבו את השירות לשינוי בתפיסות העבודה שלו על מנת להתאים את עצמו לסיכול טרור בידי מי שגמר אומר בליבו למות תוך כדי פעולת הרצח וליטול עימו מספר רב ככל הניתן של חיי ישראלים. סוג טרור זה הציב איום גדול על תחושת הביטחון האישי של אזרחי ישראל וכתוצאה מכך הפעיל לחץ כבד על השב"כ לפתח אמצעים להתמודדות עימו. ואולם לשב"כ נדרשו שנים ארוכות עד שהצליח להתאים את שיטות הפעולה ואת הכלים הטכנולוגיים והמבצעיים לשיטת הפיגועים החדשה ולתת לה מענה יעיל.

אבני דרך נוספות שאירעו בשנות התשעים היו רצח ראש הממשלה יצחק רבין בשנת 1995 ופסק דין לעניין חקירות השב"כ משנת 1999.

1.7 רצח ראש הממשלה יצחק רבין

רצח ראש הממשלה רבין חולל את אחד המשברים העמוקים ביותר בתולדות מדינת ישראל בכלל ובשב"כ בפרט. הזעזוע הפנימי בעקבות הכישלון של מערכי האבטחה והמודיעין, על תוצאותיו הקשות מנשוא לחברה בישראל, יצר בשירות משבר עמוק – מורלי, פרסונלי וקונספטואלי. בעקבות הכישלון המערכתי ותוצאותיו הקשות התפטר ראש השירות כרמי גילון בטרם יודח על ידי ועדת החקירה הממלכתית שהוקמה לחקור את האירועים שהביאו לרצח (ועדת שמגר). למרות הכשלים המודיעיניים שהתגלו עיקר האחריות הוטל על אגף האבטחה. ראש אגף האבטחה וראש היחידה לאבטחת אישים התפטרו אף הם, ועל אישים אחרים מאגף האבטחה הוטלה אחריות פרסונלית, והם נענשו.

ברוח שפרסמה הוועדה³⁵ היא ערערה ערעור יסודי על תפיסות העבודה בנושא אבטחת אישים שרווחו באגף האבטחה בשירות מאז היווסדו כמעט. הוועדה קבעה כי שיטת האבטחה שהייתה נהוגה מאז ומתמיד – ולפיה האמצעי שאמור להבטיח את שלום האישיות הוא טבעת המאבטחים המקיפה אותו, מיומנות השימוש בנשק, זריזות הפעולה של המאבטחים וסריקה בעין של מפגע פוטנציאלי – אינה סבירה, באשר שיטה זו לא נתנה מענה מספק למצב שבו האישיות המאובטחת עוברת דרך קהל "בלתי מסונן", שייתכן שיהיו בו גם נושאי נשק. קריסתה של תפיסת האבטחה והמלצות ועדת שמגר חייבו שינויים מפליגים – תפיסתיים, פרסונליים ומבניים – ביחידה לאבטחת אישים בשב"כ, ובראש ובראשונה באבטחת ראש הממשלה.

גם תחום המודיעין לא יצא בלא פגע, אף שכלפיו הוועדה הייתה סלחנית יותר. הכשל המודיעיני התמקד, בראש ובראשונה, בפרשת הסוכן אבישי רביב, ששמו וכינויו "שמפניה" נחשפו. פרשה זו ערערה את האמון של חלקים בציבור בשיקול הדעת של השירות בסוגיות המתעוררות בהפעלת סוכנים בתוככי קבוצות אלימות ולמעשה כחלק מקבוצות אלו, ובעיקר העלתה את השאלה אם הפעלת הסוכנים בקבוצות אלו אינה תורמת בעצמה לליבוי הפעילות הקיצונית. חלק אחר בציבור ראה בפרשה זו אימות לתאוריות קונספירציה שונות ומשונות, הנלוות תמיד לאירועים מסדר גודל כזה. בעקבות הרצח חודדו גם תחומי המותר והאסור בהפעלת סוכן ביעדים אידיאולוגיים.

1.8

"בג"ץ העינויים"

אירוע משמעותי אחר שאירע בסוף שנות התשעים הוא פסק הדין בעניין הפעלת לחץ פיזי בחקירות השב"כ ("בג"ץ העינויים") שניתן

בשנת 1999.³⁶ פסק הדין דחה למעשה את המלצות דוח ועדת לנדוי – שאישרה לשב"כ להפעיל מידה מסוימת של לחץ פיזי במהלך חקירות, בהתבסס על סייג ה"צורך" שבחוק העונשין – הפך על פיו את אופן הפעולה של אגף החקירות,

35 ועדת החקירה לעניין רצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל (1996) (להלן: ועדת שמגר).

36 בג"ץ 5100/94, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817.

והותר חריר צר, ובמידה רבה בעייתי מאוד, המאפשר שימוש באמצעים פיזיים בחקירות במקרים חריגים שכונו בציבור "פצצה מתקתת".³⁷

ואולם, ההדים של פסק הדין היו רחבים וגדולים הרבה יותר: הוא הטיל כתם על השירות ועל שיטת ההיתרים להפעלת לחץ פיזי בחקירות, גם אם ניתנו לו מוועדת שרים מיוחדת בהתבסס על דוח של ועדת חקירה ממלכתית. כמו כן, פסק הדין הציב את ראשי השירות ואת חוקריו במצב שעליהם להחליט בעצמם אם מדובר במקרה של "פצצה מתקתת" ולקוות לגיבוי בדיעבד מהיועץ המשפטי לממשלה. מצב דברים זה מכניס חוסר ודאות מובנה בסיטואציה רגישה מאין כמוה. ניתוח רחב של פסק הדין והשלכותיו יובא להלן בפרק 6.

1.9

האינתיפאדה השנייה

האינתיפאדה השנייה, הקרויה כפי הפלסטינים גם אינתיפאדת אלאקצא, פרצה בספטמבר 2000 לאחר עלייתו של חבר הכנסת אריאל שרון

להר הבית והיוותה את המבחן החמור ביותר שעמד בו השירות מבחינת היקף הפיגועים שהיה עליו להתמודד עימם ומחירם בנפש. במהלך שנות האינתיפאדה השנייה נהרגו למעלה מ-1,000 ישראלים כתוצאה של פיגועי טרור רצחניים, שהחמורים בהם היו עשרות פיגועי התאבדות באוטובוסים, בקניונים, ובחוצות הערים, פיגועים שזרעו פחד ובהלה. פיגוע ההתאבדות הבולט ביותר היה הפיגוע שהתרחש בליל הסדר במלון פארק בנתניה בשנת 2002 שבו נרצחו 30 ישראלים ונפצעו כ-160. בעקבות אירוע זה יצאה מדינת ישראל למבצע "חומת מגן" שהביא להשתלטות מחדש של צה"ל על שטחי יהודה ושומרון והיווה נקודת מפנה באינתיפאדה השנייה. לא כאן המקום להעריך את מלוא השפעותיה של האינתיפאדה השנייה על דרכי הפעולה של השירות, יצוין רק שההישענות על טכנולוגיה והסתייעות בה ככלי עיקרי בתחום סיכול הטרור מילאו תפקיד גדול והולך והביאו לשינויים ושיפורים בשיטות העבודה וליכולת סיכול ומתן מענה מבצעי בקצב מהיר הרבה יותר מבעבר.

שינוי חשוב אחר שהתרחש בתקופה זו היה השימוש הנרחב יחסית בכלי חדש של סיכולים ממוקדים והכנסתו ל"ארגז הכלים" של המלחמה בטרור. כתוצאה מכך העמיקו עוד יותר שיתוף הפעולה בין שב"כ לצה"ל והתיאום הנדרש בין הארגונים, בכל הרמות. בשל חשיבותו של השימוש בסיכול ממוקד יוקדש לו פרק נפרד – פרק 7.

ההתמודדות השוחקת עם פיגועי הטרור הרצחניים, ההישענות הגוברת על פיתוחים טכנולוגיים בתחום השימוש במידע והצבת פתרונות טכנולוגיים, מבניים ותשתיתיים של שיתוף פעולה הדוק עם הצבא חיבו הגדלה נוספת של כוח האדם בשירות ושינויים בהיערכותו הפנימית. מבלי להפחית ממשקלם של ארגוני הביטחון האחרים, התפקיד והמשקל של השירות בעיצוב הביטחון הלאומי בשנים אלו גדל מאוד.

סמוך לפרוץ האינתיפאדה השנייה, במחאה על עלייתו של אריאל שרון להר הבית וכביטוי הזדהות של הערבים אזרחי ישראל עם האירועים בשטחים, התרחשו אירועים של הפרות סדר

1.10 אירועי אוקטובר 2000 דוח ועדת אור

קשות ביישובים הערביים בישראל, לרבות חסימות של כבישים ראשיים, לדוגמה כביש 65 בוואדי ערה. תגובת המשטרה כללה ירי צלפים והביאה להריגתם של 13 אזרחים ערבים ולמשבר קשה ביחסים בין הממשלה לערבים אזרחי ישראל. ועדת חקירה ממלכתית בראשות שופט בית המשפט העליון תיאודור אור מונתה לחקור את האירועים והגיעה למסקנות קשות בעניין תפקוד המשטרה.³⁸ בהמלצותיה קבעה הוועדה, בין השאר, כי יש להגדיר את חלוקת האחריות המודיעינית בין המשטרה לשירות הביטחון הכללי.

בעקבות ועדת אור הוקמה ועדת שרים ליישום דוח הוועדה בראשות שר המשפטים יוסף (טומי) לפיד. ועדת לפיד קבעה כי האחריות להתראה מודיעינית

38 ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 – דין וחשבון, 2003, ירושלים.

על אירועי הפרות סדר על רקע מודיעיני מוטלת על השב"כ ואישרה הסדר מפורט בנושא בין השב"כ למשטרה.³⁹

1.11

חוקת חוק שירות הביטחון הכללי

בשנת 2002, בשיאם של ימי האינתיפאדה ולאחר שנים של הכנות, התקבל בכנסת חוק שירות הביטחון הכללי,⁴⁰ ובהמשך הוספו לו תקנות וכללים. יחד הם מהווים את הקורפוס המשפטי הראשי המאסדר את פעילות השב"כ וקובע בין היתר את תפקידיו, ייעודו וסמכויותיו.

לחוק השב"כ יש תפקיד חשוב בקביעת הסדרים ראשוניים בדילמות רבות הכרוכות בפעילות של גוף לביטחון פנים הפועל בחשאי, במתן ביטוי פורמלי ופומבי לתפקידיו ולאגוד הסמכויות שניתנו לו על מנת למלא את תפקידיו אלו. הוא מסדיר במידה רבה את מעמד השירות אל מול הדרג המדיני והפרלמנטרי, קובע את מעמדו של ראש השירות, תפקידו וסמכויותיו ומפרט שורה ארוכה של הסדרי פיקוח על השב"כ. הכול כמפורט בפרקים הבאים.

1.12

ההתנתקות מעזה והשלכותיה

יציאת צה"ל מרצועת עזה בשנת 2005 וביטול הממשל הצבאי ששרר שם מאז 1967 הביאו לשינוי גם בשאלות האחריות והמשטר המשפטי החל על פעילות השב"כ מול הרצועה. לאחר ההתנתקות מרצועת עזה האחריות המודיעינית מתחלקת בין השירות לאמ"ן – עיקר הנטל להשגת מודיעין לסיכול טרור מוטל על השירות. ההתנתקות הביאה את השירות למצב שבו שוב מוטלת עליו אחריות מודיעינית לאזור שמדינת ישראל אינה שולטת בו בפועל. מבחינה משפטית, מאז ההתנתקות פעולות השירות בעזה, בעיקר מבצע סיכול ממוקד ואיסוף מודיעיני, כפופות בעיקר למגבלות המשפט הבינלאומי.

39 החלטת ממשלה 2040 מיום 13.6.2004, "המימשק בין משטרת ישראל לבין שירות הביטחון הכללי – הסדרת תחומי האחריות בין גופים אלה בנושא המודיעין בכל הקשור להפרות סדר", אתר gov.il.

40 חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ).

כתוצאה מכך, מאז ההתנתקות השירות פועל בשלושה אזורים שונים שבכל אחד מהם משטר משפטי שלוו: בפעילותו בתוך שטח ישראל השירות פועל לפי החוק הישראלי; בפעילותו ביהודה ושומרון השירות כפוף לכללי המשפט הבינלאומי ולחתיקת הביטחון שהוצאה מכוח סמכותו של המפקד הצבאי, שהוא מפקד פיקוד המרכז, שלפי המשפט הבינלאומי הוא הריבון בשטח והוא הקובע את החקיקה בשטחים; ברצועת עזה פעולות השירות כפופות לכללי המשפט הבינלאומי. בעקבות ההתנתקות הוספה לחקיקה בישראל הוראת שעה,⁴¹ אשר מטרתה הראשונית ועילתה היו התמודדות עם עצורים מרצועת עזה המובאים לישראל וכפופים להוראות החוק הישראלי. לפיכך תושבי הרצועה הנתפסים או מובאים לישראל עומדים לדין לפי החוק בישראל.

1.13

התמודדות עם אלימות וטרור מהחברה היהודית

אי־אפשר להשלים את הסקירה הכרונולוגית בלא להזכיר את העיסוק של השב"כ באלימות וטרור בחברה היהודית, שבעשורים האחרונים רובו המכריע הוא מצד התארגנויות בימין הקיצוני.

כך, במקביל להתמודדות עם הטרור הפלסטיני, הלבנוני ואחר, השירות נדרש לתת מענה להתארגנויות של טרור יהודי, כמו גם לטרור של יחידים ולתופעות אלימות שמקורן בחוגים הולכים וגדלים של פורקי עול הכופרים במערכת החוקים של המדינה ופועלים על פי ציוויים דתיים ומשיחיים.

הטבח של ברוך גולדשטיין במתפללים מוסלמים במערת המכפלה (1994) וגל הפיגועים שגרר מעשה טרור זה הביאו להקמת ועדת חקירה בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס מאיר שמגר.⁴² אומנם הוועדה קיבלה את הטענה שהרצח הגיע "כרעם ביום בהיר", ומכך משתמע כי לא היה אפשר לסכל את הפיגוע בכלים מודיעיניים ומבצעיים, אולם היא קבעה כי יש להגביר את האכיפה על עבריינות פוליטית בקרב יהודים.

41 חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (כיום פרק ד' לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016).

42 ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה (1994).

התארגנויות טרוריסטיות של יהודים נחשפו מדי פעם בפעם (התארגנות בת עין, ליפתא ועוד), כך גם מעשי טרור של יחידים (עמי פופר, עדן נתן זאדה, אשר וייזגן, ג'ק טייטל ואחרים). בשנים האחרונות פעולות האלימות מתאפיינות באירועים המכונים "תג מחיר"⁴³ שעיקרם פעולות אלימות נגד ערבים, הצתות של מקומות הקדושים לאסלאם ולנצרות והשחתת רכוש, לרבות עקירת מטעים. אחת מפעולות הטרור החמורות בשנים האחרונות היא ההצתה של בית משפחת דוואבשה בכפר דומא והרצח של בני המשפחה. טרור יהודי המופנה כנגד יהודים הוא בשיעור קטן בהרבה, אולם הסיכון שבו למרקם החברתי גדול ביותר.

מן העבר השני של הספקטרום הפוליטי כמעט שלא היו איומי טרור מקרב גורמי שמאל, והמקרים הבודדים בשנים אלו שבהם טיפל השב"כ באיומים מהשמאל היו בעיקר תופעות בתחום הריגול, כמו בעניין מרגל האטום מרדכי ואנונו, מעצרה של טלי פחימה, שהורשעה בעבירות שעיקרן סיוע למחבל⁴⁴ ושל ענת קם, שהורשעה בהעברת סודות מדינה לעיתונאי אורי בלאו,⁴⁵ ועוד.

השנים האחרונות מתאפיינות בשוני עמוק ומהותי באופן הפעולה של השב"כ מול רצועת עזה ומול איו"ש. ככל הנוגע לרצועת השב"כ הסתגל לעבודה ולכיסוי מודיעיני של שטח המצוי בריבונות דה פקטו של ממשלת החמאס. משכך הוא מתמודד עם בעיות רבות: לרכזי

המודיעין של השב"כ אין יכולת להכיר בצורה בלתי אמצעית את השטח שהם אחראים עליו; יש קושי פיזי ביכולת הגיוס וההפעלה של סוכנים; קיים עירוב

1.14

מאפייני השנים האחרונות: "עבודה מנגד" ברצועה ושיתוף פעולה עם מנגנוני הביטחון הפלסטיניים באיו"ש

43 ראו ההגדרה של "תג מחיר" כ-acts of violence בדוח השנתי של מחלקת המדינה האמריקאית (2017), אתר U.S. Department of State.

44 במסגרת הסדר טיעון פחימה הורשעה בעבירות של מסירת ידיעה לאויב ולתועלתו, מגע עם סוכן חוץ והפרת הוראה חוקית. פ"ח מחוזי תל אביב 1229/04, מדינת ישראל נ' טלי פחימה (פורסם ב-Lawdata, 22.12.2005).

45 ח"פ (ח"א) 10-17959-01, מדינת ישראל נ' ענת קם (פורסם ב-Lawdata, 30.10.2011); ע"פ 8445/11, ענת קם נ' מדינת ישראל (פורסם ב-Lawdata, 31.12.2012).

תחומים אינהרנטי בין אחריות הצבא לאיסוף מידע שיש לו חשיבות צבאית לבין מניעת פיגועי טרור, עניין המצוי באחריותו הראשית של השב"כ – עירוב תחומים זה, שבשנים האחרונות נוספה לו סוגיית האחריות על הנעשה בארגוני הטרור הפועלים בסיני ומסיני, מצריך ליבון והבהרה מבחינה מוסדית, ציבורית ופורמלית.

לעומת זאת המצב באיו"ש, שם הרשות הפלסטינית פועלת באזורים שיש לה שליטה אזרחית וביטחונית (שטחי A), הביא לשיתוף פעולה עמוק וניכר בין השב"כ למנגנוני הביטחון הפלסטיניים.⁴⁶ שיתוף פעולה זה הוא גורם מכריע ביותר בירידה במספר הפיגועים באיו"ש, והלכה למעשה מכפיל כוח ביכולת הסיכול של פיגועי טרור ובכיסוי מודיעיני שיבטיח בסבירות גבוהה כי התארגנויות טרור יאותרו בטרם יהוו איום ממשי על היציבות. כיסוי מודיעיני כפול זה הוא המביא לכך שתופעת "המפגע הבודד", שאינו קשור לארגון טרור ממוסד, הפכה להיות התופעה המטרידה ביותר והקשה ביותר, מטבע הדברים, לסיכול ולמניעה.

השירות פועל בשלוש זירות שונות מבחינה מהותית ומשפטית: בישראל – בכפופות לחוק הישראלי, באיו"ש – בהתאם לתחיקת הביטחון הצבאית ולכללי המשפט הבינלאומי; בעזה – בכפוף לכללי המשפט הבינלאומי. כמו כן, בהיות השירות רשות שלטונית חלוצית עליו ההוראות המחייבות של המשפט המינהלי הישראלי. קונקרטי, השירות פועל בהיבטים רבים של פעולותיו מכוח חוק מסדיר, הוא חוק השב"כ שהתקבל בשנת 2002, ומסמכויות הפזורות בדברי חקיקה אחרים. הדרך שבה נבנה השירות הותירה בו סממנים של ארגון סמי-צבאי מבחינת אופן תפקודו והמשמעת הפנימית שלו. דפוס הפעולה

1.15 סיכום

46 התיאום הביטחוני הוא נדבך פורמלי במדיניות הביטחון של ישראל. ראו למשל פרסום באתר האינטרנט של תיאום הפעולות בשטחים: "לתיאום הביטחוני בין כוחות הביטחון הישראליים לבין מנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית, חשיבות מכרעת בשמירת הסדר והשקט בשטחים ובמניעת חיכוכים והתלקחויות בין ישראלים לפלסטינים"; "ביהודה ושומרון מתקיים תיאום ביטחוני שוטף ורציף בין גורמי הביטחון הישראליים (לרבות צה"ל ומשרת ישראל) לבין מנגנוני הביטחון הפלסטינים. במסגרת זו מתקיימים מפגשים משותפים רבים, השתלמויות משותפות ומתקיים תהליך לחיזוק ושיפור התיאום הביטחוני".
אתר תיאום פעולות הממשלה בשטחים.

העיקרי שלו מתבסס על מערכת תיאום המביאה למהירות תגובה ונשען על טכנולוגיה כמענה לתפקיד המרכזי שלו, שהוא סיכול טרור. לשם כך השירות פועל בממשקים הדוקים עם צה"ל, המוסד והמשטרה. נוסף לייעודו העיקרי בסיכול טרור וריגול, הוא מפעיל מערכים כבדים של אבטחה – הן אבטחת אישים ומשלחות, הן אבטחת סודות מדינה והתאמה ביטחונית והן הנחיית האבטחה לגופים שונים – מקיים יחידות טכנולוגיות גדולות, לרבות פיתוח של מערכות מידע הקריטיות ליציבותו, ומסתייע במערך ייעוץ משפטי בהיקף גדול יחסית.

זהו הרקע לדרך שבה נבנו דמותו וצלמו של השירות. על רקע זה יש להבין את ייעודו, תפקידיו והסמכויות שהוקנו לו על מנת למלא את תפקידיו אלו, כמפורט בפרקים הבאים.

פרק 2

המסגרת המשפטית שהשירות פועל בתוכה
וההוראות הכלליות של חוק השב"כ

—

שירות הביטחון הכללי פועל במסגרת החוק
ובכפיפות לחוק. אם היה ספק לגבי כפיפות
הביטחון לחוק, הוא הוסר בבג"ץ החנינות שלאחר
קו 300 בדבריו המפורסמים של השופט ברק:
"שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי. [...] אם שיקולי ביטחון יכריעו את הכף,
לא יהא האמון של הציבור, ולא יהא אמון של בתי המשפט בשירות הביטחון".¹

2.1 המסגרת המשפטית הכללית שהשירות פועל בתוכה

1 בג"ץ 428/86, יצחק ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד, מ 305.

דברים אלו היו לעיקר שאין עליו עוררין, ודאי שלא בשירות גופו.² התבגרות השירות והתבגרותה של החברה בישראל הביאו איתן את ההבנה בצורך בהסדרה משפטית כוללת של פעילות השירות כחלק מהותי של אמון הציבור בפעולותיו.

השירות פועל בעיקר בישראל ובשטחים – יהודה ושומרון ורצועת עזה – וכן מפעיל מערכי אבטחה בחו"ל. במרוצת השנים חלחלה ההבנה שפעולות השירות והפעלת סמכויותיו מחייבות מסגרת משפטית המבטאת הסכמה חברתית, כך שמצד אחד תיתן בידיו את הכלים הדרושים לו למימוש תפקידיו ומצד אחר תאזן כלים אלו עם זכויות אדם ואזרח. מערכת ההסדרים המשפטיים הקשורה בפעילות השירות בשטחי מדינת ישראל כוללת חקיקה של הכנסת וחקיקת משנה והסדרים שהם יצירי הפסיקה. נוסף להוראות חוק והסדרים משפטיים ישירים, השירות פועל בתוך מערכת ענפה של חקיקת טרור וחקיקת ביטחון בתחומים אחרים, לרבות בייזום הפעלת סמכויות מינהליות, המסורות להחלטת שרים, לדוגמה סמכויות שר הביטחון לעניין מעצרים מינהליים וסמכויות שר הפנים לעניין מניעת יציאה מהארץ.

הסדרי החקיקה בתחום הביטחון והמאבק בטרור רבים ומגוונים ביותר, ומכלול זה מהווה את המסגרת המשפטית שהשירות פועל בתוכה בתחומי מדינת ישראל, וכן במידה רבה את המסגרת בעבודתו בכל הקשור לישראלים החיים בשטחים. מסגרת משפטית זו היא המאפשרת לשירות לממש את תפקידיו והיא המקנה לו את סמכויותיו. במסגרת הסדרים אלו נכללים בין היתר פרקים מחוק העונשין העוסקים בעבירות בגידה וריגול, חלקים בחוק סדר הדין הפלילי המייחדים הוראות מיוחדות לתחום הביטחון, לרבות הוראות לעניין פגישת עצור עם עורך דין בעבירות ביטחון, תנאי החזקה במעצר לעצור בעבירות ביטחון ועוד. נוסף על כך ניתנו לשירות סמכויות בחוקים ספציפיים, כמו חוק האזנת סתר וחוקים אחרים הקובעים הסדרים מיוחדים לעבירות ביטחון, והשירות משתמש בהם

2 ראו למשל "ערכי השירות", אתר השב"כ:

עובד השירות הוא אזרח המדינה המחויב לציית לחוק, נאמן לערכי הדמוקרטיה וכפוף לכללי השירות הציבורי ולנוהלי השירות". שם, תחת הערך ממלכתיות: "עובד השירות ינהג כשליח נאמן של המדינה, ישרתה ללא נטיות, בכפיפות למערכות החוק והשלטון ותוך כיבוד ערכי המשטר הדמוקרטי.

שימוש תדיר. בשנים האחרונות התווסף לארסנל חקיקה זה חוק המאבק בטרור,³ המייחד לשירות סמכויות וכלים רבי-עוצמה למימוש ייעודו העיקרי. חוק המאבק בטרור קובע סדרת עבירות המתווספת לעבירות כנגד ביטחון המדינה המופיעות בחוק העונשין,⁴ וכן הוא מאמץ הוראות הקשורות בסדרי דין מיוחדים בעבירות ביטחון,⁵ שקודם לכן הופיעו בהוראת שעה,⁶ אך היא בוטלה עם חקיקת חוק המאבק בטרור.

בהיותו רשות מינהלית השירות נתון לביקורת של בית המשפט העליון ושל בית המשפט לעניינים מינהליים. ואכן, לאורך השנים היה השירות, ועודנו, מעורב בעתירות ובהליכים משפטיים רבים שבהם עמדו למבחן משפטי וציבורי היבטים רבים של דרכי פעולתו. פסיקת בית המשפט העליון עיצבה לא מעט את אופן הביצוע של תפקידי השירות וסרטטה את גדרי המותר והאסור בחלק גדול של הפרקטיקות שהוא משתמש בהן למילוי משימותיו. הביקורת והפיקוח של בתי המשפט על פעולות השירות יכולים להתבטא גם בהליכים פליליים, העוסקים מעשה שגרה בתיקי נאשמים בעבירות כנגד ביטחון המדינה. בהליכים אלו נדונות דרכי החקירה וההחזקה במעצר במהלך החקירה, הן במסגרת משפטי זוטא הן בהליכים עצמם. למותר לציין כי השירות כארגון קשוב מאוד לביקורת של בית המשפט, על ערכאותיו השונות.

הרגישות של פעולות השירות, הן בשל הכלים שניתנו בידיהן והן בשל טיפולן בפרשיות מורכבות, מחייבת קשר הדוק ביותר עם היועץ המשפטי לממשלה ועם פרקליטות המדינה לשלוחותיה. משום כך השיח המתמיד עם מערך הייעוץ המשפטי לממשלה ועם הפרקליטות הוא חלק חשוב בסביבה המשפטית שהשירות פועל בתוכה.

3 חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

4 חוק העונשין, התשל"ז-1977, בעיקר פרק ז: "ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים; חלקים מפרק ח: פגיעות בסדרי המשטר והחברה".

5 חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, פרק ד: "עצור בעבירת ביטחון חמורה - הוראות מיוחדות".

6 חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006.

2.2

הרקע לחקיקת חוק השב"כ

עד שנת 2002, עת התקבל בכנסת חוק השב"כ, לא פעל השירות מכוח חוק מסדיר, והתפיסה המשפטית הייתה שפעילות השירות נשענת על

הסמכות השיורית של הממשלה, הקבועה כיום בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה.⁷ סעיף זה, שכותרתו "הסמכויות השיוריות של הממשלה", קובע כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

ועדת הנדוי, שנדרשה לשאלה זו אגב שאלת סמכויות החקירה של השירות, סיכמה את מסקנתה בדבר הבסיס המשפטי לפעילות השירות בפרק שכותרתו "המעמד החוקתי של שירות הביטחון הכללי" כך: "מעמדו של השירות, תפקידו וסמכויותיו אינם מעוגנים במעשה חקיקה חרות סטוטורי שיוחד לנושא זה. אין זאת אומרת שהוא קיים ופועל מחוץ למסגרת של חוק המדינה: בסיסו המשפטי מצוי בסמכות השיורית הכללית של הממשלה, כרשות המבצעת, לעשות בשם המדינה כל פעולה, בכפוף לכל דין, שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".⁸

נוסף לסמכות השיורית הכללית מכוח חוק-יסוד: הממשלה, הבסיס המשפטי לפעולת השירות בטרם חקיקת חוק השב"כ, ובמידה רבה גם לאחריה, נשען גם על סמכויות שמקורן בחוקים קונקרטיים. למשל, סמכות האזנת סתר הוענקה לשירות במפורש בחוק האזנת סתר משנת 1979;⁹ נוסף על כך נקבעה לשירות הוראת פטור מפגיעה בעניינים שבחוק הגנת הפרטיות¹⁰ – פטור זה הוא המסגרת המשפטית של פעולות עיקוב וצילום סמוי למשל של יחידת המבצעים; סמכויות

7 חוק-יסוד: הממשלה. סעיף 32 בגלגוליו הקודמים הופיע כסעיף 40 לחוק היסוד, ולפני כן כסעיף 29 לחוק זה.

8 דוח ועדת החקירה הממלכתית לעניין דרכי החקירה של שירות הביטחון הכללי, 1987, עמ' 41 (להלן: דוח ועדת הנדוי).

9 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, וסעיפי הסמכויות המוקנות לשירות שנקבעו שם. להרחבה בנושא ראו להלן בפרק 5.

10 סעיף 19 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

קונקרטיות נוספות – כמו מתן גישה למאגר המידע של המרשם הפלילי – הוענקו לשירות בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים,¹¹ ועוד.

גם לעובדי השב"כ נקבעו הסדרים בדברי חקיקה ספציפיים. למשל, ענייני גמלה נקבעו בחוק שירות המדינה (גמלאות),¹² והסדרי משמעת מיוחדים הוחלו על עובדי השב"כ בחוק שירות המדינה (משמעת) ובצו שהוצא מכוחו.¹³

פעילות השירות בשטחי יהודה, שומרון ורצועת עזה התבססה על הוראות מיוחדות שנקבעו בתחיקת הביטחון באיו"ש ובעזה, שמסרו בידי עובדי השירות סמכויות נרחבות, ובין היתר הקנו להם סמכויות של חייל. תחיקת הביטחון ביהודה ושומרון הוצאה מכוח צו של המפקד הצבאי, ועד היום היא הבסיס המשפטי לפעולות השירות בשטחים, ואילו ברצועת עזה תחיקת הביטחון שררה בה מאז 1967 ועד לכיטולה לאחר ההתנתקות בשנת 2005. מאז ההתנתקות הדין החל על תושבי רצועת עזה המצויים בישראל הוא הדין הישראלי,¹⁴ ואילו פעילות של השירות בתוך רצועת עזה, למשל מעורבותו בסיכולים ממוקדים, כפופה להוראות הרלוונטיות של המשפט הבינלאומי המנהגי ולפסיקת בית המשפט העליון.

ואולם, מצב זה, שבו ארגון במדינת ישראל הפועל בתחומים רגישים המצויים במתח מובנה עם זכויות האדם הבסיסיות מפעיל אגד סמכויות נרחב המבוסס מבחינה משפטית על סמכות שיורית, היווה אנומליה הולכת וגוברת ככל שחלפו השנים ועם ההתפתחות המשפטית, בעיקר לנוכח חקיקת שני חוקי יסוד – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק. ראשית, השימוש בסמכות השיורית מעורר קושי מול עקרון החוקיות, הקובע כי פעילות של רשות ציבורית

11 חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. להרחבה בנושא ראו להלן בפרק 6.

12 חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התשל"ל-1970.

13 חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963; צו שירות המדינה (משמעת), שהוצא מכוחו ב-1979.

14 לרבות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים): חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים; חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים); וכיו"ב.

תהא על פי חוק ובהתאם לגבולות שסרטט לה החוק.¹⁵ יתר על כן, על פי פסיקתו של בית המשפט העליון, השימוש בסמכות השיורית של הממשלה אינו יכול לשמש הסמכה לפגיעה בזכויות אדם ואזרח, בוודאי לאחר חקיקת חוקי היסוד בתחילת שנות ה-90.¹⁶

בשנת 1988, לאחר מינויו של שבתאי זיו ליועץ המשפטי של השירות על רקע השבר הגדול של פרשות קו 300 ועדויות השקר בחקירות, וכתוצאה מכך הדחתם מהתפקיד של היועץ המשפטי וסגנו, התעוררה בשירות ההבנה שיש צורך בחקיקת חוק מסדיר להתנהלותו. כתוצאה מכך יזם השירות עבודת מטה ממושכת, שתחילתה הייתה בתוך השירות והמשכה מול משרד המשפטים ושנועדה לגבש הצעה לחוק מסדיר מיוחד. עבודת מטה זו לוותה בחששות ובדילמות לגבי ההיתכנות והתועלת המעשית של חקיקת חוק שנועד להסדיר פעילות שבמשך עשרות שנים התנהלה בחשאי. יש לציין כי בשנים אלו התקיים מהלך של חקיקת חוקים מסדירים לארגוני הביטחון לא רק בישראל אלא גם ברבות ממדינות העולם הדמוקרטי, והצעת חוק השב"כ שאבה השראה מהם, בעיקר מהחוק הבריטי.¹⁷

הדילמות העיקריות שליוו את חקיקת החוק היו, בין היתר, אם לחוקק חוק מפורט או חוק מסגרת; אם לתת לשירות, נוסף לסמכויות בתחום האיסוף, גם סמכויות אכיפה, למשל בתחום המעצרים; אילו עניינים להכניס לחוק ואילו להותיר ברברי חקיקה אחרים ועוד. בסופו של דבר ההכרעה נטתה לחוק קצר יחסית, עם מנגנוני השלמה ייחודיים. דומה כי הכרעה זו הלמה את הלך הרוח של אותה תקופה,

15 אף שביה המשפט העליון פסק כי הסמכות השיורית עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות. ראו למשל בג"ץ 1785/17, הרמתי ואח' נ' הרמטכ"ל רא"ל גדי איזנקוט ואח' (פורסם ב-Lawdata, 2018).

16 יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, כרך א, שריגים-ליאון: נבו, 2010, עמ' 421; בג"ץ 5100/94, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פד נג(4) 817, פסקאות 18-19 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 4466/16, מוחמד עליאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (פורסם ב-Lawdata, 2017); ועוד.

17 אריה רוטר, חוק שירות הביטחון הכללי - אנטומיה של חקיקה: מהתהליכים הפנים-ארגוניים ועד לחוק הכנסת - ביטוי לשינוי התפיסה ביחסים שבין חוק לביטחון בישראל, מרכז המחקר, המכללה לביטחון לאומי, 2010.

בעיקר על רקע החשש מפגיעה ביכולות המבצעיות של השב"כ כתוצאה של פירוט יתר, והתוצאה היא זהירות והעדפת ניסוח מצומצם. ככלל, החוק לא הוסיף לשירות סמכויות אכיפה, מלבד סמכויות נקודתיות לבעלי תפקידים מוגדרים. גם הצעות לקבוע בחוק סמכויות קונקרטיות בתחום החקירות נפסלו כבר בדיונים הפנימיים ולא הופיעו בנוסח הצעת החוק.

באופן סכמטי אפשר לחלק את העניינים הכלולים בחוק השב"כ לשלושה סוגים עיקריים: הוראות שאופיין כללי; הגדרות של הייעוד והתפקידים של השירות; סמכויות שניתנו לשירות לשם מילוי תפקידיו.

2.3 ההוראות הכלליות בחוק השב"כ

2.3.1. מבנה החוק
ומנגנוני ההשלמה
שנקבעו בו

בחוק השב"כ 25 סעיפים. תכניו העיקריים הם: הכרזה על קיומו של השירות; קביעת מעמדו וכפיפותו; כינון הסדרים מיוחדים לעניין אופן הפעלתו; הסדרה של ייעודו, תפקידיו וסמכויותיו, וכן של דרכי הפיקוח עליו; קביעת הוראות סודיות מיוחדות ועוד.

החוק קובע את הסמכויות העיקריות של השב"כ, ופירוטן יתמלא בהסדרים משניים המהווים את מנגנוני ההשלמה והפירוט של חלק מהעניינים הנקובים בחוק, כדלקמן:¹⁸

(א) תקנות – מתקבלות באופן זהה לדרך שבה מותקנות תקנות בחוקים רגילים, לרבות חובת פרסום.¹⁹

18 סעיף 1 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ).

19 שם, סעיף 22.

(ב) כללים – אופן קבלתם דומה לתקנות. כללים עשויים לחייב גם גורמים שאינם חלק מהשירות, למשל, בתחום ההתאמה הביטחונית. ההבדל העיקרי בין הכללים לתקנות הוא שכללים אינם טעונים פרסום. למעשה החוק כולל איסור מפורש על פרסום – איסור שבצידו סנקציה פלילית.²⁰

במידה רבה זהו סוג של חקיקה נסתרת,²¹ ובשל כך נקבעה הוראה מאזנת, המחייבת להביא את הכללים לידיעת מי שצפוי לסנקציה פלילית או משמעתית בשל הפרתם.²²

(ג) הוראות השירות ונוהלי השירות – שני סוגים של הנחיות פנימיות שאותם קובע ראש השירות ושאינם טעונים פרסום.

הוראות השירות הם הנחיות פעולה, במדרג גבוה יותר מנוהלים. נוהלי השירות הם "מדריך ההפעלה" הפנימי המפורט שהשירות פועל לפיו ושמחייב את עובדיו. החוק אינו מגביל את ראש השירות בתחומים ובסוג הנהלים שהוא מוסמך לקבוע. לעומת זאת החוק קובע סדרת מקרים שבהם יש חובה לקבוע הוראות שירות לשם הנחיה לפעולה.²³

ההבדל בין הנהלים להוראות השירות הוא שלשם קביעת הוראות השירות, ראש השירות נדרש לאישור השר הממונה, הוא ראש הממשלה.²⁴

20 שם, סעיף 19(א)(1) וסעיף 19(ב).

21 השוו לסעיף 23(א) לחוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונחוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009:

(א) הכללים, וכן הנחיות הרשות ונוהלי הרשות העוסקים בעניינים הקשורים לפעילות רשיות הביטחון ולאבטחת מידע, למעט נושאי אבטחת מידע שהוסדרו בתקנות לפי סעיף 35(א)(7), הם חסויים וגילויים או פרסומם אסור.

22 סעיף 22(ג) לחוק השב"כ, הקובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית או משמעתית לפי כללים או הוראות השירות שלא פורסמו, אלא אם כן הובאו לידיעתו בדרך אחרת כפי שקבע ראש השירות או ראש הממשלה".

23 למשל, בהתאם לחוק השב"כ הוראות השירות קשורות בקביעה של בעלי התפקידים מקרב עובדי השירות המוסמכים לבצע חיפוש במעברי גבול (סעיף 9(א)) וכן חיפוש סמוי בכלי רכב ובחצרים (סעיף 10(א)), ובקביעת הנחיות בעניין משטר ומשמעת החלות על עובדי השירות (סעיף 14), ועוד.

24 סעיף 1 לחוק השב"כ.

החוק מכריז על השירות כגוף שהוא חלק מהרשות המבצעת, כהמשך לגוף שהיה קיים ערב חקיקת החוק.²⁵ היינו, החוק מצהיר על הקיים ואינו מקים אותו מחדש.²⁶ להצהרה זו יש משמעות לקביעת רציפות הפעולות והאחריות, שכן מדובר באותו גוף עצמו. החוק קובע את כפיפותו של השירות למרות הממשלה, ומטעמה לראש הממשלה.²⁷ ראש הממשלה יכול לאצול לשר אחר את סמכויותיו לפי החוק, אך רק בהיעדרו.²⁸

יש לציין כי כפיפות השירות לראש הממשלה חריגה בהשוואה לכפיפות שנקבעה לשירותי הביטחון בעולם המערבי. למשל, בבריטניה הכפיפות של MIS היא למזכיר המדינה;²⁹ באוסטרליה שירות הביטחון הפנימי (ASIO) כפוף ליועץ המשפטי לממשלה;³⁰ בקנדה שירות הביטחון הפנימי (CSIS) כפוף לשר לביטחון הציבור;³¹ ובארצות הברית ראש ה-FBI כפוף למשרד המשפטים.³²

25 שם, סעיף 2.

26 לשם השוואה, החוק הבריטי משנת 1989 (Security Service Act 1989) נוקט אף אותה הדרך ממש:

The Security Service.

There shall continue to be a Security Service (in this Act referred to as "the Service") under the authority of the Secretary of State.

כך גם החוק האוסטרלי משנת 1979 (Australian Security Intelligence Organisation Act 1979):

(6) Continuance of Organisation

The Australian Security Intelligence Organisation, being the Organisation that was continued in existence by the Acts repealed by this Act, is continued in existence.

27 סעיף 4 לחוק השב"כ.

28 שם, סעיף 4(ד).

29 Security Service Act 1989, §1: "under the authority of the Secretary of State

Australian Security Intelligence Organisation Act 1979, §8A 30

Canadian Security Intelligence Service Act, 1985, §6 31
כפוף ל-Minister of Public Safety and Emergency Preparedness

Title 28: Judiciary and Judicial Procedure, Part II: Department of Justice, Chapter 33: Federal Bureau of Investigation 32

הכפיפות של שירות הביטחון הכללי לראש הממשלה היא שריד היסטורי מימי ראשית המדינה, והיא התקבעה באופן פורמלי בשנת 1963.³³ כפיפות זו של השב"כ, כמו גם של ארגוני ביטחון אחרים, לדוגמה המוסד, לראש הממשלה יוצרת משקל-נגד לשר הביטחון, אשר אליו כפופים הצבא ומשרד הביטחון על שלוחותיו. באיזון זה יש כדי למנוע היווצרות כוח רב מדי בידי גורם אחד. מאידך גיסא, יש חיסרון בכך שראש הממשלה, הטרוד בבעיות המדינה, יהיה הממונה הישיר על גופים גדולים כמו השב"כ, המוסד, הוועדה לאנרגיה אטומית וארגונים אחרים. עניין זה מעלה חשש שמידת הפיקוח שראש הממשלה יכול להקדיש לארגונים רגישים אלו תהא פחותה בהרבה מאשר אילו הארגונים היו כפופים לשר אחר. סיבות אלו ואחרות הן שהניעו מדינות אחרות להכפיף את שירות הביטחון הפנימי לשר שאינו ראש הממשלה.³⁴

החוק מורה כי השירות יפעל באורח ממלכתי ולא בשירות אינטרסים מפלגתיים או פוליטיים.³⁵ במבט ראשון דומה כי הסעיף כמעט מיותר, שהרי ברור שהשירות הוא ארגון ממלכתי ואיננו זרוע מפלגתית. מאחר שלא נקבעה הוראה כזו בעניינם של גופים אחרים נשאלת השאלה מדוע הנחיה זו נקבעה דווקא כלפי השירות. ההיסטוריה מלמדת כי לעניין זה ישנם שורשים עמוקים בשנים המוקדמות של המדינה שבהן נעשה שימוש פוליטי בשירות.³⁶ יתר על כן, בשל עיסוקו של השירות בשאלות שלעיתים קרובות יש להן השלכה פוליטית ישירה קיים פיתוי מתמיד להשתמש בו לצרכים פוליטיים, למשל בחשש שמא הטלת חקירת הדלפה על השירות, מניעה האמיתיים הם סגירת חשבונות פוליטיים. מכאן הצורך המיוחד לחוקק הוראה זו דווקא מול גוף כמו השב"כ.

33 ראו לעיל בפרק 1.

34 לביקורת על כפיפות זו ראו אריאל צימרמן ומרדכי קרמניצר, הצעת חוק השב"כ – ניתוח משווה: הערות מרכזיות להצעת החוק, לאור המשפט המשווה, נייר עמדה 3, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997.

35 סעיף 4(ג) לחוק השב"כ: "השירות יפעל באורח ממלכתי; לא חוטל על השירות משימה לשם קידום אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים".

36 ראו לעיל בפרק 1.

יתר על כן, סעיף זה עשוי לשמש לראש השירות עוגן פורמלי המסדיר את יחסי השירות מול ראש הממשלה ומסגרת לגידור סמכותו של ראש הממשלה כלפי ראש השירות. במילים אחרות, הוא משמש בסיס חוקי לראש השירות להתנגד להטלת תפקיד על השירות אם להבנתו הוא חורג ממסגרת "האורח הממלכתי" שנקבע בחוק. לא פחות חשוב מכך, ייתכן שהיועץ המשפטי לממשלה, מבקר המדינה ובתי המשפט יזדקקו לסעיף זה לשם בקרה אפשרית של מעורבות השירות בעניין זה או אחר, ומכאן חשיבותו. לעניין זה יש לציין כי הביטוי "אורח ממלכתי" אינו מבואר בחוק או בפסיקת בית המשפט העליון והוא ביטוי יחידאי לחוק השב"כ, כך שגדרות הביטוי בהחלט ראויות לכירור.³⁷

2.3.3. מינוי ראש השירות חוק השב"כ עוסק בשני בעלי תפקידים והגדרת תפקידו

כלבד - ראש השירות, שמטבע הדברים הוא בעל התפקיד החשוב ביותר בשירות, ומבקר השירות. החוק קובע את תנאי הכשירות למינוי, דרך המינוי, אורכו והתנאים להפסקת המינוי או להארכתו, והוא מסרטט קווים למהות תפקידו של ראש השירות.³⁸ ראש הממשלה הוא היחיד המוסמך להציע לממשלה מועמד לתפקיד ראש השירות ולהביאו לאישור הממשלה.³⁹

מהאמור בסיפא – כי הודעה על מינוי תפורסם ברשומות – עולה כי תם העידן שבו שמו של ראש השירות חסוי. עד שנת 1996 שמו של ראש השירות היה חסוי ואסור בפרסום. כנגד הוראת סודיות זו התנהלו בבתי המשפט עתירות שדרשו לחשוף את שמו של ראש השירות. המדינה התנגדה לכך בתוקף, ובתי המשפט לא התערבו

37 לשם השוואה, השב"כ ביאר לעצמו את הגדרת ה"ממלכתיות" במסגרת ערכי השירות וקבע: "עובד השירות ינהג כשליח נאמן של המדינה, ישרתה ללא נטיות, בכפיפות למערכות החוק והשלטון ותוך כיבוד ערכי המשטר הדמוקרטי". אפשר להקיש מהגדרה זו גם על האמור בחוק לעניין "אורח ממלכתי" שהשירות צריך לפעול בו. "ייעוד ערכים וחזון", אתר השב"כ.

38 סעיף 3 לחוק השב"כ.

39 שם, סעיף 3(א).

בכך.⁴⁰ לאחר רצח ראש הממשלה רבין הוחלט למנות לתפקיד את אלוף במיל' עמי אילון, שקודם לכן היה מפקד חיל הים. לראשונה היה זה מינוי מחוץ לשירות, של דמות מוכרת בציבור. בנסיבות אלו לא היה אפשר להסתיר את דבר המינוי, והוא פורסם בלא שהתקבלה החלטה מיוחדת בנושא. עניין פרסום שמו של ראש השירות התקבע מאז, וכאמור, לפי נוסח החוק, נראה שיש לכך כעת גם עיגון מפורש.⁴¹

החוק גדר תקופה קצובה לכהונת ראש השירות,⁴² ונקבע כי תקופה זו תהיה חמש שנים או פחות – אם כך ייקבע בכתב המינוי. כן נקבע כי הממשלה רשאית להאריך את התקופה לכל היותר בשנה אחת נוספת, ב"נסיבות מיוחדות". אורך הקדנציה של ראש השירות ארוך מהנהוג לרמטכ"ל או למפק"ל (3-4 שנים), בלא שניתן נימוק ברור להבדל, והוא הראשון מראשי ארגוני הביטחון שאורך תקופת כהונתו עוגן בחוק.⁴³ החוק קובע כי הממשלה רשאית לקצר את כהונתו של ראש השירות, וכן נקבעו הוראות כשירות שעיקרן הרשעה בעבירה פלילית שמפאת "מהותה, חומרתה או נסיבותיה" אין להתמנות לתפקיד או להמשיך בו.⁴⁴ אופייה המדויק של עבירה זו לא נקבע בחוק, ואם וכאשר ראש שירות יורשע בעתיד בבית משפט, הגדרת אופייה של ההרשעה והשלכותיה על יכולתו של ראש השירות להתמנות או להמשיך בתפקיד לנוכח העבירה הקונקרטי יהיו עניין לפסיקה.⁴⁵ נראה כי החלטה אפשרית בנושא הפסקת כהונה של ראש שב"כ

40 יעקב פרי, הבא להרגר, תל אביב: קשת, 1999, עמ' 193-194.

41 השוו לסעיף 1(3) בצו העונשין (הכרזה על עניין סודי), התשע"ח-2017, שבו נקבע לעניין ראש המוסד: "שמו של ראש המוסד, בעבר או בהווה, לא ייחשב עניין סודי", בתוך קובץ החקונות 7878 (21.10.2017).

42 סעיף 3(ב) לחוק השב"כ.

43 בפועל, עד כה, ממועד כניסת החוק לחוקף, רק כהונתו של יובל דיסקין הוארכה בשנה, בהחלט לקבוע בסעיף זה.

44 שם, סעיף 3(ד).

45 בג"ץ 6163/92, יואל אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד, מז 229, סעיף 47:

עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית חייב להילקח בחשבון שיקוליה של הרשות הממנה. [...] זאת ועוד: סוג המשרה, אותה אמור עובד הציבור למלא, משפיע על משקלו של העבר הפלילי באיושה. לא הרי משרה זוטרה כהרי משרה בכירה; לא הרי משרה שאין עמה מפגש עם הציבור כהרי משרה שיש עמה מפגש

בשל הרשעה בעבירה פלילית היא במסגרת מתחם רחב של שיקול דעת של הממשלה,⁴⁶ גם לנוכח קביעות הפסיקה.⁴⁷

מבחינת מהות התפקיד נקבע כי ראש השירות "מופקד על ניהול השירות, על הפעלתו ועל פיתוח יכולתו".⁴⁸ כלומר, מעבר לניהול השוטף של הארגון, החוק מדגיש כי ראש השירות אחראי על שני הרכיבים העיקריים של ניהול השירות, שהם הפעלת הכוח, קרי שימוש בסמכויות ונקיטת פעולות למימוש תפקידו וייעודו, ובניין הכוח, שהוא הפעולות שנועדו לקיים את התשתית הארגונית והמנהלתית של השירות ולפתח את יכולותיו. ראש השירות מוסמך לקבוע את ההנחיות הפנימיות המחייבות את עובדי השירות בצורה של נהלים, וגם, באישור ראש הממשלה, את "הוראות השירות".⁴⁹

הלכה למעשה ראש השירות עומד בראש ארגון המתנהל בצורה ריכוזית למדי, הוא הפנים של הארגון ומייצג אותו בציבור, ובמידה מכרעת גם מול הדרג המדיני ומערכות הפיקוח.

עם הציבור; לא הרי משרה שאין עמה שליטה, פיקוח, הכוונה והדרכה של אחרים, כהרי משרה שיש עמה פיקוד על אחרים ואחריות על המשמעת. לא הרי מי שמשרתו להיות מובל כהרי מי שמשרתו להיות מוביל; לא הרי משרה שבעצם מהותה אין בה דרישות אחיות מיוחדות מבעל המשרה ומזולתו כהרי משרה שכל כולה היא הטפה לרמה אחיה גבוהה.

46 בעניין פסילת אדם לתפקיד או למשרה נרשם:

ההחלטה אם עבירה מסוימת פוסלת אדם מתפקיד פלוני או מעיסוק פלוני מסורה בידי הגורם המינהלי אשר מחליט על המינוי או על מתן הרישיון ולעיתים הסמכות נמסרת לבית משפט. ככלל, אין מקום למסור סמכות זו ליועץ המשפטי לממשלה. כאשר מסורה הסמכות לבית המשפט, יכול השפניה לבית משפט תהיה של היועץ המשפטי לממשלה או נציגו.

"מדריך לניסוח חקיקה", 2008, עמ' 45, אתר משרד המשפטים.

47 "היקף וטיב הביקורת השיפוטית על פעילותה של רשות שלטונית מוכתב על-פי מיהות הרשות המבוקרת וסוג ההחלטה או הסמכות, מושא הביקורת". בג"ץ 3059/15, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנימין נתניהו ואח' (פורסם בנבו, 2015). ראו גם בג"ץ 232/16, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (פורסם בנבו, 2016).

48 סעיף 3(ה) לחוק השב"כ.

49 שם, סעיפים 1, 3(ה).

ראשי השב"כ

שם	תקופת כהונה	הערות
1. איסר הראל	1948-1952	עד 1963 היה הממונה על שירותי הביטחון, בדרג מעל ראש השב"כ.
2. איזי דורות	1952-1953	לאחר סיום תפקידו היה סגנו של איסר הראל במוסד.
3. עמוס מנור	1953-1964	מונה לראש השב"כ 4 שנים בלבד לאחר שעלה לישראל.
4. יוסף הרמלין	1964-1974	
5. אברהם אחיטוב	1974-1980	
6. אברהם שלום-בנדור	1980-1986	הודח בעקבות פרשת קו 300.
7. יוסף הרמלין	1986-1988	נקרא לכהן שוב בראש השב"כ לאחר פרשת קו 300 כדי לייצב את השירות לאחר הדחת שלום-בנדור (קדנציה שנייה).
8. יעקב פרי	1988-1995	
9. כרמי גילון	1995-1997	התפטר בתחילת 1997 בעקבות רצח ראש הממשלה יצחק רבין.
10. עמיחי אילון	1997-2000	ראש השב"כ הראשון שהגיע מחוץ לשירות ושזהותו נחשפה לציבור.
11. אבי דיכטר	2000-2005	
12. יובל דיסקין	2006-2011	ראש השירות הראשון שמונה בהתאם לחוק השב"כ. כהונתו הוארכה בשנה נוספת.
13. יורם כהן	2011-2016	
14. נדב ארגמן	2016-	

2.4 תפקידי השירות וסמכויותיו

חוק השב"כ קובע את המסגרת והמנדט לפעילות השירות ואת ייעוד השירות ותפקידיו,⁵⁰ לרבות מנגנון מיוחד מיוחד להוספת תפקידים לתפקידי השירות הקבועים בחוק,⁵¹ כמפורט להלן בפרק

3. לשם מילוי תפקידי השירות החוק מקנה לו שורה של סמכויות, כמפורט בפרקים הבאים – בין היתר סמכויות כלליות של איסוף מידע והעברת מידע,⁵² סמכות חקירה בעניינים שהשירות מופקד עליהם וסמכות להפעלת סוכנים.⁵³ נוסף על כך החוק מונה סמכויות קונקרטיות שנמסרו לשירות, כגון חיפוש סמוי למטרות מודיעין במעברי גבול,⁵⁴ חיפוש למטרות מודיעין בכלי רכב ובחצרים,⁵⁵ קבלת נתוני תקשורת מחברות תקשורת ואופן השימוש בנתונים אלו,⁵⁶ סמכות לקבוע התאמה ביטחונית⁵⁷ וכן סמכות לקבוע הוראות לעניין דרכים לאבטחת מידע.⁵⁸ יש לציין כי מעבר לסמכויות הקבועות בחוק השב"כ מוקנות לשירות סמכויות נוספות בחוקים אחרים, הן בחוקים שקדמו לחקיקת חוק השב"כ, לדוגמה חוק האזנת סתר,⁵⁹ והן בחוקים שנחקקו אחריו, לדוגמה חוק המאבק בטרור.⁶⁰

50 שם, סעיף 7.

51 שם, סעיף 7(ב)(6).

52 שם, סעיפים 7-8.

53 שם, סעיף 8.

54 שם, סעיף 9.

55 שם, סעיף 10.

56 שם, סעיף 11.

57 שם, סעיף 15.

58 שם, סעיף 16.

59 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

60 חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

2.5

**מעמדם של עובדי השירות
והוראות מיוחדות החלות עליהם**

החוק קובע כי שירות הביטחון הכללי הוא חלק משירות המדינה וכי מעמד המועסקים בו הוא של עובדי מדינה.⁶¹ בכך יוחד מעמדם לעומת המועסקים בצבא, בשב"ס ובמשטרה, כאשר מעמדם של האחרונים הוא של "משרתים" ואין להם מעמד של עובדי מדינה. החוק קובע גם הוראות ייחודיות לעניין דרך ניהול השירות, מבנהו,⁶² והאפשרות לקביעת כללים מיוחדים לארגונו ולניהולו של כוח האדם בו.⁶³

מאחר שהוראות מיוחדות אלו סוטות מהוראות תקנון שירות המדינה (התקשי"ר) ומההנחיות הרגילות החלות על עובדי מדינה נקבע בחוק כי ההוראות המיוחדות לעניין ארגון וניהול כוח האדם בשירות ייקבעו לאחר התייעצות עם נציב שירות המדינה.⁶⁴ ואכן, בהתאם לאמור בחוק ולמנגנון שנקבע בו תוקנו תקנות מיוחדות לעניין העסקת עובדי השירות.⁶⁵ החוק קובע גם הוראות, חובות והגבלות מיוחדות על עובדי השירות בהיבטי סודיות,⁶⁶ וכללי התנהגות מיוחדים החלים על עובדי השירות הן בתקופת עבודתם והן לאחריה,⁶⁷ לרבות איסור התארגנות.⁶⁸ אף שאיסור התארגנות חל גם בצה"ל ובמשטרה, דומה כי איסור ההתארגנות בשב"כ הוא הוראה חמורה מדי שאינה מאוזנת כדבעי, והיא פוגעת בעיקרון חוקתי חשוב, שהוא זכותם של עובדים להתאגד ולשמור על זכויותיהם בצורה קיבוצית

61 סעיף 1 לחוק השב"כ.

62 שם, סעיף 2(ב).

63 שם, סעיף 2(ג).

64 שם, סעיף 2(ג).

65 תקנות שירות הביטחון הכללי (העסקה לפי כתב העסקה), התשס"ח-2008; תקנות שירות הביטחון הכללי (העסקה לפי חוזה מיוחד), התשע"ח-2018.

66 סעיף 19 לחוק השב"כ.

67 תקנות שירות הביטחון הכללי (הגבלות על עובדי השירות בתקופת עבודתם בשירות ולאחריה), התשס"ד-2004.

68 סעיף 20 לחוק השב"כ.

ומאורגנת. ייתכן מאוד כי היה נכון להסתפק באיסור שביתה ולא להרחיבו לאיסור התארגנות כולל, כפי שנעשה.⁶⁹

החוק קובע הגנה מיוחדת, המנוסחת באופן רחב, לעובדי השירות ולפועלים מטעמו מפני אחריות פלילית או אזרחית "למעשה או למחדל שעשה בתום לב ובאופן סביר במסגרת תפקידו ולשם מילוי".⁷⁰ הוראה משלימה קובעת חיסיון סטטוטורי על תחקירים פנימיים,⁷¹ בנוסח הדומה לקיים בצה"ל מכוח חוק השיפוט הצבאי.⁷²

2.6

הגנה על סודיות פעולותיו של השירות

החוק קובע סדרת איסורים הבאים להבטיח הגנה מיוחדת על סודיות פעולותיו של השירות. ראשית, חלק גדול מהמערך הנורמטיבי החל על השירות – הכולל כללים, הוראות ונהלים – הוא

חסוי,⁷³ ועל גילוייו חל איסור פלילי מכוח החוק. נוסף על כך, החוק והתקנות מכוחו קובעים הוראות סודיות רחבות ביותר, והן כוללות סודיות זהות של עובדי השירות, לרבות הפרטים האישיים שלהם, וכן סודיות בעניין פרטי זהותו של מי שפועל מטעם השירות בהווה ומי שפעל מטעמו בעבר, היינו מוטלת סודיות על זהותם של סוכני השב"כ. מכאן שלפי הוראות חוק אלו, מקרה כמו חשיפת שמו של סוכן השב"כ אבישי רביב, שפעל בקרב פעילי הימין הקיצוני בתקופת רצח רבין, וחשיפת כינויו "שמפניה" על ידי העיתונאי אמנון אברמוביץ עשוי להיתקל כיום בסנקציה משפטית חריפה.⁷⁴ יש לציין כי עובד שירות פעיל

69 והשוו עסק (ארצי) 12-06-8299, מיקוד שמירה ואבטחה בע"מ נ' הסתדרות העובדים הלאומית, מדינת ישראל, ההסתדרות הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2012).

70 סעיף 18 לחוק השב"כ.

71 שם, סעיף 17.

72 סעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, החשט"ו-1955.

73 סעיפים 19, 22 לחוק השב"כ.

74 אמנון אברמוביץ' נחקר על כך במשטרה, אולם היועץ המשפטי לממשלה החליט לסגור את התיק. ראו בג"ץ 6926/97 י' איתן פלג נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו,

אינו רשאי לוותר על החיסיון הסטטוטורי של זהותו, אולם עובד לשעבר יכול לזהות את עצמו כעובד השירות לשעבר, ואם עשה כן, נראה כי ניטל הבסיס לאיסור לפרסם את זהותו כעובד השירות לשעבר.

נוסף על כך, התקנות אוסרות לפרסם את מתקני השירות, לרבות פרטי המיקום או המבנה של מתקנים אלו,⁷⁵ וכן נאסר לפרסם פרטים שיש בהם כדי לחשוף פרטים על אודות יכולות השירות ואמצעים מסוגים שברשותו,⁷⁶ מקורות מידע של השירות וכל פרט שעלול להביא לזיהויים, וכן כל מידע אחר שמקורו בשירות ואשר נקבע לו סיווג ביטחוני.

הדרך לפרסם פרטים שנאסרו לפרסום בתקנות אלו היא בפנייה אל הצנזורה. התקנות קובעות כי על הצנזור להתייעץ עם הגורם הרלוונטי בשירות על פי נוהל שנקבע בין השב"כ לצנזורה לעניין זה.⁷⁷ הסודיות של השירות ופעולותיו זוכה להגנה מיוחדת גם מכוח חוק חופש המידע, המוציא את שירות הביטחון הכללי, את רשויות הביטחון המונחות על ידיו ואת המידע ש"נוצר, שנאסף או שמוחזק" בידי מתחולתו של חוק חופש המידע.⁷⁸ הוראות החיסיון והסודיות החלות מכוח

12.5.1998). בעניין זה ראו ע"א 9705/11, ליאורה גלט ברקוביץ נ' ברוך קרא ואח' (פורסם בנבו, 2014).

75 "מיקומם, כחובתם ותכניהם הפנימיות". תקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והיתר לפרסום מידע האסור לפרסום), התשס"ד-2004.

76 "משימות, יכולות, דרכי פעולה ותכניות פעולה חשאיות, כשירות מבצעת ואמצעים מסוגים של יחידות השירות", ש.ס.

77 "הגורם המופקד על הנושא" בשב"כ, בהתאם לנוהל [שלא פורסם] שנקבע בין השב"כ לצנזורה לעניין הדרך להמיר פרסום פרטים כאמור". ש.ס, סעיף 3.

78 סעיף 14(א)(2) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. לעניין זה ראו גם את פסק דינו של השופט הנדל בבג"ץ 2662/09, התנועה לחופש המידע נ' משרד ראש הממשלה (פורסם בנבו, 2011), בכל הנוגע לדרישת העותרים למסור נתונים סטטיסטיים על מניעת מפגש של עצור עם עורך דין על בסיס ההגנה הכפולה של סעיף 14 לחוק חופש המידע וסעיף 19 לחוק השב"כ. וראו גם את פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין עתירת האגודה לזכויות האזרח לפרסם את מספר היתרי האזנות הסתר המוצאות למטרה ביטחון המדינה בתוך דנ"מ 8020/15, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד ראש הממשלה (פורסם בנבו, 2016).

חוק השב"כ וחוק חופש המידע מבססות משטר סודיות הרמטי כמעט על פרטים חשובים יותר וחשובים פחות הנוגעים לשירות.

נראה כי עם השתנות העיתים וההכרה הגוברת בחשיבות המידע כמשאב ציבורי רב-ערך, דומה כי הגיעה העת לבחינה מחודשת של הצדקת החיסיון על סדרת הוראות והסדרים שנקבעו בהתאם לחוק השב"כ, על מנת להוציאם לאור ולגלותם לציבור, לרבות כללים שחל עליהם חיסיון סטטוטורי.

2.7

קביעת מנגנוני פיקוח ייחודיים על פעילות השירות

כמפורט בפרק 10 להלן, חוק השב"כ הסדיר מנגנוני פיקוח ייחודיים על השירות, פיקוח פרלמנטרי ופיקוח של הרשות המבצעת, בצורה של ועדת שרים מיוחדת, וכן נקבעו בחוק

מנגנוני פיקוח אחרים, בעיקר של היועץ המשפטי לממשלה ומבקר השירות, נוסף לסמכות הפיקוח הכללית של מבקר המדינה.

2.8

סיכום

שירות הביטחון הכללי פועל במסגרת החוק, בכפוף לחוק ועל פי הוראות החוק. כך בשטחי ישראל, כך בשטחי יהודה ושומרון וכך בפעילותו

ברצועת עזה ובחו"ל. ההסדרים המשפטיים הישירים כוללים דברי חקיקה ייעודיים, בראש ובראשונה חוק השב"כ, וכן דברי חקיקה אחרים המתייחסים ישירות לפעילות השירות ומאפשרים לו למלא את תפקידו וייעודו.

לנוכח הרגישות הרבה של פעולות השירות בחברה דמוקרטית יש עיסוק מתמיד של מערכת בתי המשפט, בראש ובראשונה בית המשפט העליון, בקביעת גבולות המותר והאסור בעניינים עקרוניים לפעילותו. בית המשפט העליון עסק פעמים רבות בעניינים הקשורים לפעילות השירות, כולל בשנים האחרונות. הוא עשה זאת במגוון תחומים, לרבות בתחומי החקירות, הסיכול הממוקד, הזימונים לתשאולים, הבידוק הביטחוני בנמלי האוויר ועוד. נוסף על כך, מערכת בתי המשפט עוסקת מדי יום ביומו בשמיעת תיקים של נאשמים בעבירות ביטחון

ובבחינת פרקטיקת החקירה שננקטה כלפיהם, וכן בביקורת שיפוטית שוטפת על סנקציות מינהליות ואחרות שהשירות יוזם.

הסכיבה המשפטית הרלוונטית כוללת גם מעורבות עמוקה של היועץ המשפטי לממשלה בפעילות השירות, הן כגורם מאפשר והן כגורם מפקח, בהתאם להוראות החוק. כל אלה מהווים את המערכת המשפטית שהשירות פועל בתוכה, והלכה למעשה אין שום עניין שהשירות פועל בו ושמצוי מחוץ לגדרי המשפט, בוודאי לא להלכה.

פרק 3

ייעוד השירות, תפקידיו ומבנהו

–

על מנת ללמוד על דמותו של השירות, מקומו במערכת שהוא פועל בה ומשרעת סמכויותיו, יש לבחון בראש ובראשונה את דברי החקיקה העוסקים בייעודו, בתפקידיו ובסמכויות שהוקנו לו. בחוק שירות הביטחון הכללי נקבעו שני הרכיבים הראשוניים בזיקה הרדית ביניהם: הייעוד מופיע בסעיף 7(א) לחוק, והתפקידים מופיעים בסעיף 7(ב) לחוק. התפקידים נגזרים מהייעוד ויוצקים לתוכו תוכן. רבות מסמכויותיו של השירות עוגנו בחוק זה אולם מקצתן נותרו בחוקים אחרים וכולן ביחד מקנות לשירות את הכלים הדרושים לו למילוי ייעודו ותפקידיו.

3.1

ייעוד השירות

סעיף הייעוד שבחוק השב"כ קובע את המסגרת התפקודית והמשפטית הכללית שהשירות פועל בתוכה. זהו היגד-על הנותן משמעות כוללת

לתפקידי השירות והסכר מהותי לצורך החברתי שבגיניו המדינה מצאה לנכון להקים ארגון זה ולהפקיד בידיו סמכויות כה נרחבות.¹ לייעוד יש משמעות קונספטואלית החשובה גם לשם קביעת היחס בין השירות לבין ארגוני הביטחון האחרים, ואפשר ללמוד ממנו על גבולות הגזרה ואזורי החפיפה בינו לבין ארגונים אלו. לעניין זה יש משמעות חשובה בהבהרת תחומי האחריות, הן של השירות והן של הארגונים הביטחוניים האחרים, בתחומים המשיקים לייעוד השירות.² הקושי בהבחנה חדה בין תפקידיהם של ארגוני הביטחון ואחריותם נובע גם מכך שלרוב ארגוני הביטחון האחרים אין סעיף "ייעוד" דומה.

סעיף הייעוד קובע כי השירות מופקד על "שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין".³

מכאן שעל פי ייעודו, השירות הוא בראש ובראשונה ארגון ביטחוני, חלק מהמערך המגן על ביטחון המדינה המופקד על אותה גזרה שייעד לו המחוקק. מנוסח הדברים נראה כי הייעוד הוא פונקציונלי ולא גאוגרפי: החוק לא תחם לשירות גבולות גאוגרפיים, לאמור, לא מופיעה בו הגבלה שלפיה השירות יפעל בתחום הגאוגרפי של ישראל או באזורים שבשליטתה. גם בפועל השירות מופקד

1 בג"ץ 5277/13, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הביטחון הכללי (פורסם בנבו, 7.2.2017), פסקה כו למשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין:

תפקידיו של השב"כ מנוסחים איפוא באופן רחב ועיקרם 'שמירת בטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה'. תכלית חוק השב"כ לעגן בחוק ולהבהיר את סמכויות השירות, כמו גם את הפיקוח עליו. הסמכויות שניתנו לשירות למילוי תפקידיו רחבות הן והכלים המוקנים לו מגוונים.

2 למשל, היחס בין אחריות השב"כ ובין אחריות המשטרה להתרעות על הפרות סדר על רקע לאומני.

3 סעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ).

על האבטחה של מוסדות מדינה שונים, גם אם חלק ממוסדות אלו שוכנים מחוץ לגבולותיה – כגון שגרירויות ואבטחת תעופה. נוסף על כך, גם מנוסח הסיפא של סעיף הייעוד, "וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה", ניתן ללמוד כי מבחינה עקרונית אין מגבלה גאוגרפית לתחומי פעילותו של השירות, והם נגזרים בעיקר מחלוקת אחריות בין-ארגונית בינו לבין ארגוני הביטחון האחרים, כמו המוסד, משטרת ישראל ואגף המודיעין של צה"ל.

השוואה לארגוני ביטחון פנים דומים במדינות אחרות מעלה כי ברובן שאלת הגבולות לפעילותם היא פונקציונלית ולא גאוגרפית.⁴

באנגליה, ה-MI5 הוא הארגון המקביל לשב"כ, ותפקידו מוגדרים בחוק.⁵ נראה כי בחוק הבריטי אין מגבלה פורמלית על התחום הגאוגרפי של הפעילות, ובעניינים מסוימים, כמו הבטחת החוסן הכלכלי של אנגליה מפני פעולות שמקורן במדינות זרות, נראה כי ההפך הוא הנכון.⁶

4 להרחבה במשפט משווה בין שירותי ביטחון פנים שונים לבין שירות הביטחון הכללי ראו אריאל צימרמן ומרדכי קרמניצר, הצעת חוק השב"כ – ניתוח משווה: הערות מרכזיות להצעת החוק, לאור המשפט המשווה, נייר עמדה 3, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997.

5 Security Service Act, 1989

6 למשל, בין תפקידי הארגון, כאמור בסעיף 31(3) לחוק:

It shall also be the function of the Service to safeguard the economic well-being of the United Kingdom against threats posed by the actions or intentions of persons outside the British Islands.

על כך אמר המזכיר לענייני הפנים (Home Secretary):

The purpose is to allow the Security Service to safeguard the United Kingdom's economic well-being from hostile foreign actions and adverse developments arising outside these islands. It relates to foreign affairs and not to the domestic affairs of this country. [...] It is proper that the Security Service should be able to join with others in safeguarding the nation's economic well-being from outside threat (*H.C Deb.*, 145, 17.1.1989, §221).

בקנדה, ה־Canadian Security Intelligence Service הוא ארגון ביטחון הפנים המקביל לשב"כ. התשובה לשאלה אם החוק מחייב ארגון זה לפעול אך ורק בתוך קנדה היא מורכבת.⁷ מחד גיסא, בסעיף הקובע את יעדי הארגון נאמר במפורש כי הארגון עשוי להידרש למלא את ייעודו בתוך קנדה או מחוץ לה.⁸ מאידך גיסא, החוק כולל הסתייגות שלפיה בכל הקשור לקשרי חוץ (foreign affairs) הארגון מוגבל לפעול בתוך קנדה.⁹

באוסטרליה, הארגון המקביל לשירות הביטחון הכללי נקרא ASIO (Australian Security Intelligence Organization). מבחינת יעדיו נראה כי הוא מוגבל לפעול רק בתוך אוסטרליה.¹⁰ למשל, ASIO מוסמך לאסוף מידע על מודיעין

הוא אף הוסיף דוגמה:

It can happen that there is a threat from abroad in respect of a commodity upon which we are particularly dependent. One can think of oil as being such an example from the past.

בעניין החוק בכללותו נקבע:

It sets out to say what the Security Service can do rather than what it cannot do.

7 החוק המסמיך הוא Canadian Security Intelligence Service Act (1985)

8 שם, סעיף 12(2):

For greater certainty, the Service may perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.

9 Subject to this section, the Service may, in relation to the defence of Canada or the conduct of the international affairs of Canada, assist the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, within Canada, in the collection of information or intelligence relating to the capabilities, intentions or activities of (a) any foreign state or group of foreign states.

ראו גם David Collins, "Spies Like Them: The Canadian Security Intelligence Service and Its Place in World Intelligence," *Sydney L. Rev.* 24 (2002), pp. 515-516

10 Australian Security Intelligence Organization Act (1979), §17

זר (לדוגמה על ידי פריצה למחשבים של גורמים מחוץ לאוסטרליה) אם ורק אם האיסוף יתבצע מתוך אוסטרליה.¹¹

בארצות הברית, הארגון הדומה לשב"כ (אף של-FBI יש גם תפקידי שיטור מובהקים) הוא ה-FBI. ארגון זה פועל מכוח הנחיות של הנשיא ושל התובע הכללי, ובכפוף אליהן הוא מוסמך לפעול גם מחוץ לארצות הברית.¹²

מכל מקום, דומה כי הגלובליזציה חידדה את טשטוש הגבולות, תרתי משמע, גם בתחומים של טרור, ריגול ושאר האיומים שארגוני ביטחון הפנים מתמודדים עימם, ולכן שאלת המפתח קשורה יותר בתיחום של הייעוד והתפקידים של הארגון מאשר בתיחום הפעילות הגאוגרפית שלו. נראה כי קו זה משותף לרוב שירותי המודיעין במדינות הדמוקרטיות.¹³

11 "to obtain within Australia foreign intelligence" ש.ט. להרחבה וביקורת ראו *abc net*, "ASIO's Overseas Powers Dramatically Expanded,"

12 Executive Order 12333, §1.14(b)

Conduct counterintelligence activities outside the United States in coordination with the CIA as required by procedures agreed upon by the Director of Central Intelligence and the Attorney General.

ראו באחר *National Archives*. וראו גם אחר ה-FBI. להרחבה נוספת על ה-FBI ראו John T. Ellif, *The Reform of FBI Intelligence Operations*, Princeton: Princeton University Press, 2016

13 ראו אריה רוטר, חוק שירות הביטחון הכללי - אנטומיה של חקיקה: מהתהליכים הפנים-ארגוניים ועד לחוק הכנסת - ביטוי לשינוי התפיסה ביחסים שבין חוק לביטחון בישראל, מרכז המחקר, המכללה לביטחון לאומי, 2010. רוטר עורך השוואה בין ייעוד השירות לבין הייעוד שקבעו מדינות אחרות לשירות ביטחון הפנים שלהן מעלה כי בצד חפיפה לא מעטה בין תחומי האחריות במדינות שונות, קיימים גם הבדלים, לעיתים גדולים. באופן כללי, וכפי שרוטר מציין, הקו המחבר הוא הנטייה להרחיב את הייעוד והתפקידים של הארגונים לביטחון הפנים. בבריטניה החוק מטיל על שירות ביטחון הפנים הבריטי (הידוע יותר כ-MI5) משימות אחדות, בהן הגנה על ביטחון אנגליה, אחריות על הגנת האיתנות הכלכלית של בריטניה מפני איומים חיצוניים וסיוע לרשויות אכיפת חוק אחרות בפעולתו כנגד פשע חמור. גם באוסטרליה ייעוד השירות מנוסח בצורה רחבה ביותר. משימתו העיקרית היא להשיג מידע מודיעיני רלוונטי לביטחון, לעבד אותו ולהשתמש בו. נוסח זה כמעט מצוי בחוק הניו זילנדי. בקנדה החוק מנוסח בצורה מוהדקת מעט יותר, ולפיו האיסוף המודיעיני למטרת ביטחון המדינה צריך לכלול רק את המידע הנחוץ לצורך זה. עיון בנוסח הייעוד במדינות אלו מעלה כי במדינות רבות יש נטייה להרחיב את מנדט השירות החשאי ולהגדירו בצורה רחבה. מצד אחר, מנגנון ההרחבה הקיים בחוק הישראלי ייחודי למדי.

על פי נוסח הייעוד, השירות הוא ארגון הגנתי באופיו. תפקידו הוא מניעה וסיכול של סיכון לפגיעה בשלושה נושאים שהחוק מונה: האחד, שמירה על ביטחון המדינה; השני, שמירה על סדרי המשטר הדמוקרטי; והשלישי הוא שמירה על מוסדות המשטר הדמוקרטי. במסגרת ההגנה על נושאים אלו השירות מופקד על התמודדות עם חמישה איומים ספציפיים, שאותם מונה המחוקק, והם טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה. אחריות השירות מנוסחת באופן רחב, הן לסיכול פעילות קיימת והן למניעת פעילות עתידית שעלולה לפגוע באותם נושאים שעל שמירתם והגנתם הוא מופקד.¹⁴

ואולם בחוק נקבע כי נושאים אלו אינם רשימה סגורה וכי ייתכן שהשירות יידרש לעסוק בנושאים נוספים מעבר לשלושת העניינים שנקבעו בו במפורש. לפיכך קבע המחוקק מסלול המאפשר הטלת תפקידים נוספים על השירות, מסלול שאינו מחייב את תיקון חוק השב"כ, בהתאם למנגנון הוספה מיוחד שנקבע בחוק.¹⁵ זהו מנגנון שגלומה בו בעייתיות חוקתית, באשר הנושאים הנוספים אינם טעונים חקיקה ראשית ואף אינם טעונים פרסום.¹⁶

3.1.1. שלושת הנושאים המרכזיים שעליהם מופקד השירות
 החוק תחם את העניינים שהשירות מופקד על שמירתם. בכך הוציא המחוקק מאחריותו של הארגון עניינים כגון ריגול תעשייתי ופשע מאורגן, בשונה ממדינות שעניינים אלו נכללים

14 "בפעילותו צופה השירות בעיקרו, ובזה גם ייחודו, לצד פני הווה גם פני עתיד. הוא מבקש לטפל פעילות קיימת העלולה לאיים על בטחון המדינה, ולמנוע פעילות עתידית בעלת אופי כאמור". בג"ץ האגודה לזכויות האזרח (לעיל הערה 1).

15 על פי הסיפא של סעיף 7(א) לחוק השב"כ:

וכן יפעל השירות לשמירה ולקיודם של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין.

16 למשל, תיתכן הטלת תפקיד על השירות במסגרת מאבק של הממשלה ב-BDS. מאחר שהטלת תפקיד על השב"כ גוררת מניה וביה הפעלת הסמכויות הרחבות שניתנו בידינו, כאמור, לא רצוי כלל שתפקיד יוטל בלא דיון ציבורי ובלא עיגון בחוק.

בהן תחת אחריותו של שירות הביטחון הפנימי.¹⁷ ואולם, גם הנושאים שנקבעו בחוק מחייבים ביאור וליבון, שכן היקפם אינו ברור מאליהם וייתכנו להם פרשנויות שונות.

3.1.1.1. שמירה על ביטחון המדינה

הנושא הראשון שהשירות מופקד עליו הוא "שמירה על ביטחון המדינה".¹⁸ זוהי משימת הליבה של השירות, בדומה לכל הארגונים המופקדים על ביטחון פנים. החוק קובע כי השירות מופקד על שמירת ביטחון המדינה מפני פעולות טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה. כלומר יריביו של השירות במילוי משימתו זו הם בעיקר מחבלים וארגוני טרור, מרגלים וארגוני ביון יריבים וכן אלה המבקשים לחשוף את סודות המדינה, יהא המניע לכך אשר יהא. זו תמצית קיומו ותכלית הווייתו של כל שירות לביטחון פנים.¹⁹ סיכול של מעשי טרור ומעשי פגיעה במשטר ובשלטון, חשיפת מעשי ריגול של מדינות זרות ומניעת חשיפה של סודות המדינה – מטעמים אידיאולוגיים, בשל רדיפת בצע או ממניעים אחרים – הם הלחם והחמאה של פעילות השירות. לכך מוקצים רוב משאביו, וייעוד זה הוא ההצדקה העיקרית להענקת הסמכויות המיוחדות שנמסרו לו. למותר לציין כי המונח "ביטחון המדינה" הוא מונח רחב המזמין פרשנויות שונות, חלקן עלולות להרחיבו ולמתוח את גבולותיו יתר על המידה, ולכן טוב עשה המחוקק כאשר מנה במפורש את האיומים הקונקרטיים על ביטחון המדינה שאותם נדרש השירות לסכל.

17 דוגמה מובהקת היא בייעודו של ה-FBI, הכולל מלחמה בפשע מאורגן.

18 סעיף 7(א) לחוק השב"כ.

The primary task of the Service is the protection of national security against a number of possible threats which are listed illustratively (but not exclusively) in the section. They comprise, first, espionage, terrorism and sabotage and the activities of agents of foreign power.

Ian Leigh & Laurence Lustgart, "Legislation – THE SECURITY SERVICE ACT, 1989," *The Modern Law Review* 52 (1989), p. 804.

3.1.1.2. שמירה על סדרי המשטר הדמוקרטי

לשאלה מה נכלל במסגרת משימת השמירה על "סדרי המשטר הדמוקרטי" ייתכן שיינתנו תשובות שונות. אפשרות אחת לראות בפעולות כנגד סדרי המשטר הדמוקרטי ככאלה הנכללות בגדריו של פרק ח' לחוק העונשין, שכותרתו "פגיעות בסדרי המשטר והחברה". פרק זה כולל עניינים אחדים, ובהם עבירות המרדה,²⁰ אימונים צבאיים אסורים ועבירות בנשק,²¹ הסתה לגזענות או לאלימות,²² עבירות שנאה,²³ התאגדויות אסורות,²⁴ פרסום ידיעות כוזבות הגורמות פחד ובהלה,²⁵ פגיעה במדינת חוץ²⁶ ופגיעות ברגשי דת ומסורת.²⁷ מנקודת מבט זו, משמעות הדברים היא שתפקידי השירות הם בין השאר להבטיח את קיומו של הסדר החברתי המינימלי החיוני לקיומה של דמוקרטיה. נגזר מכך שהשירות נדרש לתת מענה לאיום העיקרי על סדר חברתי זה, שהוא עבריינות אידיאולוגית לסוגיה.

הקשר בין עבריינות על רקע אידיאולוגי לבין פגיעה בסדרי המשטר הדמוקרטי הודגש בפסיקת בתי המשפט במקרים שהובאו לפניו. כך קבע בית המשפט העליון, בפסק הדין שבו דחה את הערעור שהגיש אביגדור אסקין על הרשעתו בהנחת ראש חזיר על קבר עז א-דין אל-קסאם כי "במציאות הישראלית יש בביצוע עבירות על רקע אידיאולוגי המביאות להעמקת האיבה בין קבוצות שונות של האוכלוסייה משום ערעור על סדרי המשטר הדמוקרטי".²⁸ ראית העבריינות

20 דנ"פ 1789/98, מדינת ישראל נ' בנימין כהנא, פ"ד נ"ד 5, 145.

21 סעיפים 143-144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

22 שם, פרק ח, סימן א.1.

23 שם, פרק ח, סימן א.2.

24 שם, סימן ב.

25 שם, סעיף 159.

26 שם, פרק ח, סימן ה.

27 שם, סימן ז.

28 "כך כאשר מדובר במעשים המכוונים לפגוע ברגשות האוכלוסייה המוסלמית וכך גם כאשר המעשים מכוונים כנגד קבוצה אידיאולוגית אחרת, שיש לעברייין יריבות עימה".

האידיאולוגית כמכוונת לערער את סדרי המשטר הדמוקרטי עולה גם מפסיקת בית המשפט המחוזי בעניין אחר, שבו נדונה הצתה על רקע לאומני.²⁹

כלומר, את אחריות השירות לשמירה על סדרי המשטר הדמוקרטי אפשר לפרש כך: סדרי המשטר הדמוקרטי, שעל הבטחתם מופקד השירות, מחייבים את מימוש האפשרות לקיום חיים משותפים בין הקבוצות השונות באוכלוסייה, והמשמעות היא שעל השירות לסכל עבריינות אידיאולוגית שמטרתה לקעקע את הבסיס לחיים המשותפים. הבנה מלאה של תפקיד השירות בעניין עדין זה מחייבת ליבון של "הדילמה הדמוקרטית", שמהותה היא המתח המובנה בין הגנה על חירויות הפרט לבין הגנה על המשטר.³⁰

ע"פ 8469/99, אביגדור אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד, נה 2 65. באותה פרשה, שבה הורשע עוד חבר, ציין בית המשפט העליון:

היה בתוכנית הפלילית של המערער והרשטיק - לו בוצעה - כדי לפגוע ביציבות המשטר ובמבנה הארגוני של השלטון הדמוקרטי. כאמור, במימוש התוכנית להשלכת ראש חזיר להר הבית היה כדי להביא, בגדר אפשרות סבירה ואף "קרובה לודאי", לשסע חברתי עמוק ביותר בין מוסלמים ויהודים; מעשה כגון זה, המבוסס על פרובוקציה דתית בוטה, במקום שהוא קדוש למיליוני מוסלמים והנתון בליבה של מחלוקת דתית ולאומית קשה ומרה, במועד שהוא יום חג דתי בו צפויים להיות במקום מתפללים רבים, עלול - בגדר אפשרות סבירה ואף קרובה לודאי - להתדרדר למעשי התפרעות ולאלימות, ולהביא לפגיעה קשה בסדר הציבורי עד כדי ערעור סדרי המשטר התקינים. לצערנו, נסיון החיים מלמד כי במקום רגיש זה, אף התנהגות שאינה כה פרובוקטיבית יש בה כדי להביא להתלקחות שסופה מי ישורנו.

ע"פ 3338/99, דמיאן פקוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2000).

29 ע"פ 201/03 (נצרת), מדינת ישראל נ' רביע בכר (פורסם בנבו, 2004). בגזר הדין הרשיע בית המשפט המחוזי בנצרת את הנאשם בהצתה על רקע לאומני.

ברור כי במעשים המיוחסים לנאשם יש מעבר לסיכון הממשי שבצעם ההצתה, גם סיכון להמשך מעשי הנקמה, ערעור סדרי השלטון הדמוקרטי במדינה בה אמרות הקבוצות האתניות כולל להיות מוגנות על ידי סדרי השלטון והמשפט במדינה.

30 "העברות נגד המשטר הדמוקרטי הן תופעה מורכבת מבחינת התפיסה החברתית והמשפטית. [...] ההגנה על המשטר וההגנה על זכויות היסוד הפוליטיות של האזרחים [...] כרוכות זו בזו ובמידה מסוימת גם מנוגדות זו לזו. כך יצירת הגנה חזקה על המשטר מובילה להחלשת ההגנה על הזכויות הפוליטיות של האזרחים, וגם להפך: הגנה מוחלטת על חירויות הפרט עלולה להוביל לפגיעה בהגנה על המשטר הדמוקרטי עצמו". חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר, עברות נגד המשטר, מחקר מדיניות 70, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008, עמ' 19-20.

על מנת לצמצם את המתח שב"דילמה הדמוקרטית" נראה כי יש לקבוע כי, ככלל, הטיפול בעבריינות לא חמורה כנגד סדרי המשטר והחברה יהיה באחריות המשטרה, ורק בנסיבות שיש בהן חומרה מיוחדת, היינו שיש בהן כדי לסכן את סדרי המשטר הדמוקרטי עצמם, להביא להתנגשויות אלימות בין חלקי החברה או לשבש את היכולת לקיים את המשטר הדמוקרטי, רק אז ראוי להשתמש בכלים ובסמכויות העודפות שניתנו בידי שירות הביטחון הכללי במטרה לסכל איומים חמורים כאלה.

היבט אפשרי אחר של המונח "סדרי המשטר הדמוקרטי" קשור ברכיב הבסיסי של קיום הדמוקרטיה, והוא הגנה על הליך הבחירות לכנסת, לרבות הזכות לבחור ולהיבחר. גדרי הזכות להיבחר נקבעו בחוק-יסוד: הכנסת. שם, בסעיף 7א, נקבעו הכללים בעניין מניעת השתתפות של אדם או רשימה בבחירות לכנסת.³¹

כלומר, ייתכן שמהאחריות המוטלת על השירות לשמור על סדרי המשטר הדמוקרטי אפשר להסיק כי השירות מופקד גם על מימוש החוק המרכזי הנוגע לקיום המשטר הדמוקרטי העוסק בבחירות לכנסת, בעיקר בהיבט של הנימוקים למניעת היבחרות לכנסת של אדם או רשימה. מכאן עולה שאלת ההצדקה לאיסוף מידע על ידי השירות שיוכל לשמש כתשתית להחלטה של ועדת הבחירות המרכזית בעניין מניעת השתתפות של אדם או רשימה בבחירות לכנסת. מובן שזוהו עניין רגיש מאין כמותו, שכן עצם האיסוף של מידע הקשור במפלגות פוליטיות או באישים פוליטיים על ידי ארגון כמו השב"כ מייצר סכנה אינהרנטית וממשית לחופש הביטוי וההתאגדות ולזכות לבחור ולהיבחר.

נראה כי אין כל הצדקה שהשב"כ יפקח על מפלגות פוליטיות או יאסוף עליהן מידע באופן יזום לטובת חוק הבחירות לכנסת. השנים שבהן פיקוח כזה התקיים חלפו בשנות ה-50 של המאה העשרים, ואסור בתכלית האיסור לחזור לימים רחוקים אלו, שכן עצם איסוף מידע מסוג זה פוגע בסדרי המשטר הדמוקרטי

31 סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. בין היתר -

אם יש במטרוחיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; (2) הסתה לגזענות; (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

שהוא אמור להגן עליו. יש לקבוע כי רק במקרה שמגיע לידי השירות מידע רלוונטי, שנאסף מכוח תפקידיו האחרים (למשל במהלך חקירת חשוד), הוא יוסמך להעבירו ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שהיועץ המשפטי לממשלה ישקול אם להעבירו ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית. ואולם בכל מקרה אחר על השירות להישמר מכל משמר מאיסוף יזום של מידע על מפלגות ועל אישים פוליטיים, וזהו קו אדום שאין לחצותו.

היבט אחר של הגנה על הבחירות לכנסת הוא מניעת התערבות של מדינה או ישות זרה בהן והגנה מפני ניסיונות לשיבושן. פעולות לשיבוש הבחירות עשויות לכלול שיבוש ישיר של תהליך הבחירות, למשל בדרך של פגיעה במחשבים של ועדת הבחירות המרכזית, או שיבוש עקיף, למשל על ידי פריצה למחשבי מפלגות ופרסום תוכנם של דברים שנגנבו בפריצה במטרה להשפיע על הבחירות, או בכל דרך אחרת של מהלך השפעה המאורגן ומבוצע מטעם ישות זרה והמכוון להשפיע על הבחירות. הדוגמאות מהשנים האחרונות המצביעות על התערבות מאורגנת של מדינות זרות בתהליכי הבחירות של מדינות אחרות, בין היתר בארצות הברית (2016) ובצרפת (2017), הן תמרור אזהרה לכל המדינות הדמוקרטיות והן מחייבות ליבון מעמיק בעניין תפקיד השירות בשמירה על סדרי המשטר הדמוקרטי. דומה כי בכל הנוגע להתערבות זרה המכוונת לפגיעה בתהליך הבחירות, לשירות יש תפקיד חיוני באיתור, בסיכול, במתן ייעוץ ובהערכת מצב בעניין התקיפה כאמור, כחלק ממימוש תפקידו להגנה על סדרי המשטר הדמוקרטי.³²

3.1.1.3. שמירה על מוסדות המשטר הדמוקרטי

הנושא השלישי שהשירות מופקד עליו הוא שמירה על מוסדות המשטר הדמוקרטי. את המונח "מוסדות המשטר הדמוקרטי" אפשר להבין כמכוון לשני רבדים עיקריים. הרובד האחד הוא אבטחה בפועל או הנחיית האבטחה של מוסדות ממשל החינויים לתפקוד הדמוקרטיה – כגון משכן הנשיא, משכנו של ראש הממשלה ומוסדות ממשלה מרכזיים – הן בהיבט אבטחה פיזית והן בהיבט

32 רון שמיר ואלי בכר, התקפות סייבר על מערכת הבחירות – איך מתמודדים? מחקר מדיניות 136, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019.

של שמירה על סודות המדינה המצויים במוסדות אלו. ניתן להבין את אחריות השירות בעניין זה כגורם המופקד על הגנה מערכתית-כוללת של מוסדות אלו, לרבות הגנה פיזית והגנה על היכולת התפקודית של המוסדות הדמוקרטיים, בין באופן ישיר ובין בדרך של קביעת הנחיות אבטחה לקציני הביטחון של הגופים ופיקוח על ביצוען.³³

הרוכז השני של ההגנה על מוסדות המשטר הדמוקרטי מכוון להגנת בעלי תפקידים בכירים המסמלים את הדמוקרטיה או שפגיעה בהם תסכן את הדמוקרטיה. הביטוי המעשי לכך הוא באחריות ישירה שהוטלה על השב"כ לאבטחת אישים אחדים הממלאים תפקידים החיוניים לקיום המשטר הדמוקרטי – למשל הנשיא, ראש הממשלה, ראש האופוזיציה, נשיא בית המשפט העליון ואישים שנקבעו בוועדה מייעצת מיוחדת ואושרו על ידי הממשלה, כמפורט בפרק 9, העוסק בתפקידי השב"כ בתחום האבטחה.

לשון החוק מאפשרת גם פרשנות מרחיבה יותר של המונח "מוסדות" המשטר הדמוקרטי – למשל, הגנה על קיומה של תקשורת חופשית או על איתנות המערכת הפיננסית, אולם נראה כי הדרך שיש לנקוט היא פרשנות צרה של החוק לעניין מהות תפקידיו של השירות בתחום זה, בעיקר לנוכח סמכויותיו הרבות של השירות למימוש תפקידיו. לפיכך, את אותם העניינים שאינם נופלים במובהק בתחום האחריות של השירות יש להותיר בידי המערכת לאכיפת החוק, בעיקר המשטרה.

3.1.2. חמשת האיומים שהשירות מופקד על סינוולם
 כאמור, חמשת האיומים על ביטחון המדינה ועל סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו שנמנו בחוק ככאלה שהשירות אמון על סיכולם הם: טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה.

3.1.2.1. טיכול מעשי טרור

טרור הוא איום מרכזי שהשירות מתמודד עימו. איום הטרור קיבל ביטוי כולל ועדכני בחוק המאבק בטרור, שקבע הגדרות חדשות למושגים בתחום הטרור וחיידר כלים משפטיים העומדים לרשות השב"כ בתחום זה.³⁴ קונקרטי, נקבעו בחוק המאבק בטרור שורה של הגדרות הרלוונטיות להבנת אחריות השירות בתחום סיכול הטרור, בין היתר הגדרות של "ארגון טרור" ו"חבר בארגון טרור", "מעשה טרור", "עבירת טרור" ו"עבירת טרור חמורה", "רכוש טרור" ו"רכוש של ארגון טרור".³⁵ ההגדרות החשובות ביותר הן של "מעשה טרור", שכן סיווגו של מעשה כ"מעשה טרור" גורר אחריו משמעויות משפטיות וחברתיות רחבות, וכן הגדרת "ארגון טרור", הכוללת הן ארגון הפועל במישרין לביצוע מעשי טרור והן "ארגוני מעטפת" הפועלים על מנת לסייע לארגונים המבצעים מעשי טרור. מכל מקום, הגדרות אלו מספקות תשתית משפטית מוגדרת, גם אם רחבה יחסית, לתיחום האחריות של השירות לסיכול טרור.

3.1.2.2. טיכול מעשי חבלה

נראה כי המונח "חבלה" הוא תרגומו של המונח המופיע בחוק הבריטי sabotage.³⁶ פירוט של מונח זה מצוי בסעיף 145 לחוק העונשין, שכותרתו "התאגדות אסורה".³⁷ במסגרת סעיף זה נקבעה "התאגדות אסורה" כהתארגנות למטרת ביצוע מעשי חבלה. היינו כאשר אנשים מתארגנים כדי להטיף, להסית או לעודד את מיטוט סדרי השלטון בישראל במהפכה או במעשי חבלה, או להפיל בכוח או באלימות את הממשלה החוקית של ישראל או להרוס נכס של המדינה – זוהי התארגנות אסורה, שכן מטרתה היא לחבל בסדרי המשטר הדמוקרטי.³⁸

34 ראו ההגדרה למעשה טרור ולארגון טרור בסעיף 2 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (ההגדרה לקוחה מתוך חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, שבוטל).

35 סעיף 1 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

36 Security Service Act 1989, Sec. 2

37 סעיף 145 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

38 שם, סעיף 145(1):

חבר בני אדם, מואגד או לא מואגד, שבחוקתו או בתעמולתו או בדרך אחרת הוא מטיף, מסיח או מעודד לאחת מפעולות אסורות אלה: (א) למוטט את סדרי

מכאן ניתן לפרש את אחריות השירות לסיכול מעשי חבלה ככוללת מניעת חבלות בגוף וברכוש, כהגדרתן בסעיף זה, ובלבד, כאמור, שהן מכוונות כנגד ביטחון המדינה או סדרי המשטר הדמוקרטי. הלכה למעשה, לאור ההגדרה הרחבה של מעשה טרור שבחוק המאבק בטרור, נראה כי המונח "חבלה" חופף במידה רבה את הגדרת "מעשה טרור", וקשה לראות היכן הוא מוסיף על הגדרה זו.

3.1.2.3. סיכול חתרנות

חוק השב"כ מטיל על השירות תפקיד לסכל חתרנות. הגדרת החתרנות היא עניין סבוך יותר, משום שבניגוד לנושאים האחרים שהשירות מופקד עליהם, המונח "חתרנות" אינו מבואר בחוק השב"כ או בחוקים אחרים, לרבות חוק העונשין, ולכן על מנת שלמונח "חתרנות" תהיה משמעות אופרטיבית השירות נאלץ, מאז ומתמיד, להגדיר את המונח בעצמו. בשנת 2009 אימץ השירות הגדרת "חתרנות" בנוסח שאותו אישר היועץ המשפטי לממשלה. על פי הגדרה זו "חתרנות" היא "פעילות, אף בלתי אלימה, שיש בה היבטים חשאיים, הנובעת ממניעים אידיאולוגיים או מאינטרסים של גורמים זרים, אשר מטרתה או תוצאתה המסתברת היא עבירה על החוק או סיכון בטחון המדינה, או פגיעה בסדרי המשטר הדמוקרטי או מוסדותיו או פגיעה באינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה אותם קבעה הממשלה בהתאם לחוק השב"כ".³⁹

זוהי הגדרה פתוחה, במובן זה שהיא מאפשרת פרשנות רחבה. הבעיה העיקרית נובעת מן החיכוך הטבוע בה עם חירויות וזכויות אדם ואזרח, בעיקר חירויות פוליטיות. מאחר שלשם מימוש ייעוד השירות ותפקידיו ניתנו בידיו סמכויות נרחבות לאיסוף וסיכול, הרי שמצירוף של הגדרה רחבה ופתוחה עם אגד סמכויות אלו יחד מתחייבת זהירות מיוחדת בעיסוק השירות בנושא. ואכן, כפי שציין השופט רובינשטיין בפסק הדין שעסק בשאלת סמכות השב"כ לזמן אזרחים לשיחות אזהרה

השלטון בישראל במהפכה או במעשי חבלה; (ב) להפיל בכוח או באלימות את הממשלה החוקית של ישראל או של מדינה אחרת, או כל ממשל מאורגן; (ג) להרוס נכס של המדינה או נכס המשמש למסחר בפנים המדינה או עם ארצות אחרות, או לפגוע בנכסים כאמור.

39 הנוסח מופיע בחשבות המדינה לעתירה בבג"ץ האגודה לזכויות האזרח (לעיל הערה 1).

כחלק מייעודו לסיכול חתרנות, האתגר הוא יישום ההגדרה במציאות באופן מאוזן הלוקח בחשבון את המחיר במונחי הפגיעה בחירויות הפוליטיות.⁴⁰

3.1.2.4. סינון ריגול

הגדרת "ריגול" נכללת בחוק העונשין וכוללת איסוף והעברה של ידיעות הן לגורם זר הן לגורם בלתי מוסמך.⁴¹ מבחינת ייעוד השירות ותפקידיו, ההבדל בין ריגול לחשיפת סודות מדינה נובע הן מטיבן השונה של העבירות והן מהפעולות השונות הנדרשות לסיכולן. סיכול ריגול מתמקד, בדרך כלל, בחשיפת פעולות של מדינות וישויות זרות לאסוף מידע מסווג, בין היתר, אך לא רק, באמצעות סוכנים. מכאן שפעולות לסיכול ריגול מכוונות, בין היתר, גם לחשיפת מי שאוספים ומעבירים מידע לגורמים זרים או גורמים בלתי מוסמכים. הקושי העיקרי נובע מהגדרה רחבה מדי של המונח "ריגול" ו"ריגול חמור" שבחוק העונשין, הכולל גם פעולות של איסוף ידיעות סודיות שבוצעו בלא כוונה לפגוע בביטחון המדינה והחזקתן.

3.1.2.5. סינון חשיפת סודות המדינה

משימה אחרת של השירות, המושקעים בה מאמצים ואמצעים רבים, היא מניעה של חשיפת סודות המדינה. עיקרן של פעולות השירות למניעת חשיפת סודות המדינה הוא באבטחה של מידע מסווג וביצוע פעולות של התאמה ביטחונית

40 "האתגר – אתגר לא פשוט – הוא יישומה בחיי המעשה, תוך פרשנות הוגנת ומאוזנת ולא תוך להיטות-יתר". השופט רובינשטיין, שם.

41 עבירות הכלולות בסימן ד לחוק העונשין. וראו גם תפ"ח (ת"א) 1055/01, מדינת ישראל נ' יצחק יעקב (פורסם בנבו, 2002); ע"פ 8445/11, ענת קס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2012). בעניין זה ראו את הצעת חוק העונשין (תיקון 114) (שינוי הוראות לעניין ריגול), התשע"ב-2011, שעניינו הצעה לבטל את סעיף 113 לחוק העונשין, שעניינו מסירת ידיעה סודית, ולחוקק תחתי סעיף דומה בתוכנו (116א), ועונש מופחת בצידו (10 שנות מאסר במקום 15 שנים). כמו כן הוצע לחקק את סעיף 113(ג) כך שפעולות הקשורות להחזקת ידיעה סודית בלא סמכות (השגה, איסוף, הכנה, רישום או החזקה) שבוצעו בלא כוונה לפגוע בביטחון המדינה לא ייכללו במסגרתו, אלא ייקבעו בסעיף חדש (116ב(א)), שכותרתו איננה "ריגול חמור" אלא "איסוף מידע סודי". לפי הצעת התיקון העונש על העבירה ייוותר – מאסר 7 שנים (הצעות חוק 428, 26.12.2011).

למועסקים במשרות מסווגות. אחריות השירות לסכל חשיפת סודות מדינה עוסקת בנדבך שאין בו, בדרך כלל, כוונה לפגוע בביטחון המדינה, אולם תוצאתו עשויה להיות פגיעה כאמור.⁴²

ייעוד השירות לסיכול חשיפת סודות המדינה הוא הבסיס לסמכויות שניתנו בידיו לקבוע כללי סיווג למשרות ותפקידים,⁴³ לבדוק התאמה של מועמדים ומועסקים במשרות מסווגות ואף להאזין בהאזנות סתר לעובדים כמערכת הביטחון במטרה לאתר או למנוע דליפת מידע מסווג.⁴⁴

3.1.3. הביקורת על סעיף סעיף הייעוד עורר ביקורת משני טעמים. הטעם הראשון הוא שסעיף זה מנוסח בצורה עמומה מדי. על פי הטענה, העמימות מעלה חשש שהיא תנוצל להרחבת-יתר של תפקידי השירות ותחומי פעילותו. החוקרים קרמניצר וצימרמן ציינו כי הנטייה להרחבת-יתר של תפקידי שירותי הביטחון עולה גם על פי הניסיון שנצבר במדינות רבות, ומכאן נובעת המסקנה שאין להתיר עמימות בנוסח הייעוד והתפקידים אלא יש להגדירם בצורה ברורה וחדה, לרבות מנגנוני פיקוח שיבטיחו אי-חריגה מהמנדט שניתן לשירות הביטחון.⁴⁵

42 גם המחוקק הבחין בין סוגי העבירות. למשל, עבירה של גילוי בהפרת חובה (סעיף 117 לחוק העונשין) נכללת בסימן שכותרתו "סודות רשמיים", ולא בסימן העוסק בריגול.

(א) גילוי בהפרת חובה: עובד הציבור שמסר, ללא סמכות כדיו, ידיעה שהגיעה אליו בחוקף תפקידו, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה, וכן מי שהגיעה אליו ידיעה בחוקף תפקידו כעובד הציבור, ולאחר שחדל מהיות עובד הציבור מטרה, ללא סמכות כדיו, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה, דינו – מאסר שלוש שנים. (ב) עובד הציבור שהתחיל במסירת ידיעה שהגיעה אליו בחוקף תפקידו, או שעשה מעשה שיש בו כדי לסכן בטיחותה של ידיעה כאמור, דינו – מאסר שנה אחת. (ג) הגיעה לאדם ידיעה בחוקף תפקידו כעובד הציבור, והוא החזיקה, ללא סמכות כדיו, בניגוד להוראות שניתנו לו בדבר החזקתה, או לאחר שחדל מהיות עובד הציבור, דינו – מאסר שנה אחת.

43 סעיף 7(ב)(3) וסעיף 15 לחוק השב"כ.

44 סעיף 4 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

45 "הניסיון העולמי מלמד כי לשירותי הבטחון יש נטייה טבעית להרחיב את תחומי עיסוקם, גם לפעילויות אשר לא ראוי כי יעסקו בהם. מהות החוק, כפי שהיא נתפשת

הקושי נובע מכך שמחד גיסא, ניסוח רחב ועמום מעניק גמישות רבה לנוכח האיזמים המשתנים, ומאידך גיסא – הוא עלול להביא את השירות לעיסוק בנושאים הרחוקים מהמנדט שניתן לו, בהסתמך על פרשנות מרחיבה ולא על מתן הסמכה מפורשת בחוק. קונקרטי, דומה כי סעיף ייעודי שבחוק השב"כ מנוסח בצורה כללית יותר ומפורטת פחות מהסעיפים העוסקים בתפקידים, שהם קונקרטיים וממוקדים יותר. הניסיון שנצבר מלמד כי בשנים שחלפו מאז חקיקת החוק השירות לא התנדב ליטול על עצמו הרחבת סמכויות בדרך של פרשנות מרחיבה לייעוד, כך שנראה כי החשש שבבסיס ביקורת זו לא התממש.

ביקורת נוספת על סעיף הייעוד נוגעת באפשרות שקבע המחוקק להרחיב את ייעוד השירות ותפקידיו תוך כדי שימוש במנגנון שאינו מצריך את תיקון החוק. זהו מנגנון שאין דומה לו בחוקים העוסקים בשירותי ביטחון הפנים במדינות אחרות⁴⁶ – הרחבת ייעוד השירות ותפקידיו, שלא בדרך של תיקון חוק השב"כ מתאפשרת באמצעות "סעיף סל", המנוסח כך: "וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין".⁴⁷ נראה כי הביטוי "אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה" הוא היגד פתוח ורחב ביותר, העשוי לכלול נושאים החורגים הרבה מעבר לזיקה ישירה לביטחון המדינה.

כלומר, את ייעוד השירות הממשלה מוסמכת להרחיב באמצעות החלטות ממשלה. ואולם, את הפסקה הזאת יש לקרוא עם הסעיף הקובע כי הטלת תפקידים נוספים על השירות תתאפשר אך ורק "באישור ועדת הכנסת לענייני השירות שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה".⁴⁸ כלומר הרחבת ייעוד השירות ותפקידיו מחייבת מנגנון כפול: ראשית בהחלטת

במדינות אחרות, הנה להסדיר את פעולות השירות ולתחום את פעילותו ואת סמכויותיו. שני האמצעים להשגת המטרה הנם קביעת מנדט ברור בחוק וקיום מערך ביקורת משמעותי. הגדרות כלליות, דוגמת זו שבהצעת החוק, באשר לייעוד ותפקיד השירות, מסכלות לחלוטין את מטרת החוק". צימרמן וקרמניצר (לעיל הערה 4), עמ' 18. ראו גם רוטר (לעיל הערה 13), עמ' 75.

46 צימרמן וקרמניצר (לעיל הערה 4), עמ' 18.

47 סעיף 7(א) לחוק השב"כ, הסיפא.

48 שם, סעיף 7(ב)(6).

ממשלה, והשלמתו באישור ועדת הכנסת לענייני השירות. יש לציין כי מנגנון זה מקפל בתוכו גם הימנעות מהצורך בפרסום של המשימות שיתווספו לשירות בדרך זו, באשר הן הדיונים בוועדת השרים והן הדיונים בוועדת הכנסת לענייני השירות חסויים ופרסומם אסור.

ואכן הטעם העיקרי לביקורת הוא שהרחבת הייעוד, לא כל שכן הטלת תפקיד נוסף על השירות, גוררת מניה וביה אפשרות להפעיל את סמכויות השירות בתחומים נוספים, בלא שהרחבה זו זכתה לליבון ציבורי ובלא שהיא מובאת כלל לידיעת הציבור.⁴⁹

נראה כי ההיגיון בקיומו של סעיף הרחבה כה יוצא דופן הוא מענה לסיטואציה אפשרית שבה קיימת דחיפות מיוחדת בהטלת משימה חיונית נוספת על השירות, או משימה שהסודיות המיוחדת שלה מצדיקה הימנעות מפרסום.⁵⁰ עד כה סעיף זה שימש במקרים אחדים. למשל, בהסמכת השירות לטפל בשיקומם של סוכנים וסייענים;⁵¹ בהטלת משימות של איסוף מידע לטובת פעילויות של גורמי מודיעין אחרים בקהיליית המודיעין; וכן במקרים שלא פורסמו ושלא עוגנו בחקיקה.⁵² דומה

49 קרמניצר וצימרמן הציגו ביקורת נוקבת לסעיף. לדבריהם –

באף מדינה אין סעיף שיורי כדוגמת סעיף 7(ו) [סעיף 7(ב)] כפי שהתקבל בחוק]. אפילו באנגליה, שחוקקה את החוק הבעייתי ביותר אשר ספג ביקורת על עמימות הגדרותיו, לא הגיעו לדרגת עמימות כה גדולה כמו בהצעת החוק הישראלי.

צימרמן וקרמניצר (לעיל הערה 4), עמ' 18.

50 "הניסוח התיימר להקיף את כל משימותיו המסורתיות של השירות, אמנם בזהירות ניסוחית רבה. לצד רשימת הסמכויות והתפקידים הושאר במכוון פתח מילוט להרחבת תחומי העיסוק של השירות, כדי לאפשר חופש תמרון עתידי לדרג המדיני, וכן כדי להקיף תחומי עיסוק שאינם כלולים באופן קבוע או בלעדי בהכרח במנדט השירות". רוטר (לעיל הערה 13), עמ' 75.

51 החלטת ממשלה 118 משנת 1992. ראו גם מנחם הופנונג, "מחיר המידע, קליטה ושיקום של סיעני מערכת הביטחון בערי ישראל", משפט וממשל יח (תשע"ז), עמ' 68.

52 "הכוונה מכל מקום לאפשר פעילות כמו שיקום סוכנים, איסוף מידע ופעילות מבצעית למטרות גורמי ביטחון וקהילייה אחרים, שיתוף פעולה עם גורמים אחרים בארץ ובחול"ל שלא על בסיס ביטחוני במובנו המצומצם וכיו"ב". רוטר (לעיל הערה 13), עמ' 75 הערה 90. "הכוונה הייתה לשמר את יכולתו של השירות לפעול בתחום האיסוף לטובת קהיליית הביטחון והמודיעין הישראלית בכללותה, לרבות שיתוף פעולה עם גורמי מודיעין זרים וסיוע להם. מחמת רגישות הנושאים ננקטה כאן לשון זהירה, בבחינת מועט המחזיק את המרובה". שם, עמ' 40.

כי במקרים אלו לא הייתה דחיפות או סודיות מיוחדת, ומכאן שלא הייתה הצדקה שלא לפעול בדרך המלך, שהיא ליבון ציבורי של הייעוד והתפקידים הנוספים במסגרת הצעה לתיקון חוק השב"כ וקיום של הליכי חקיקה גיילים, לרבות פרסום.

כאמור לעיל, מקריאת שני הסעיפים יחדיו עולה כי הממשלה אינה מוסמכת לבדה להטיל על השירות את הטיפול בפועל בתחומים נוספים אלא היא מחויבת לקבל את אישור הכנסת על ידי ועדת הכנסת לענייני השירות, שהיא ועדת המשנה לשירותים חשאי של ועדת החוץ והביטחון.⁵³ בפועל בשיטת המשטר בישראל לממשלה יש שליטה ניכרת ביותר בכנסת, כך שרמת ההפרדה של הרשויות בין הממשלה לפרלמנט נמוכה יחסית, ודאי בהיעדר תהליכי בקרה הקיימים במדינות אחרות, כמו שני בתי מחוקקים. לפיכך מנגנון זה – שבו ועדת השרים לענייני השב"כ מחליטה בשם הממשלה ולאחר מכן סמכות האישור עוברת לוועדת הכנסת לענייני השב"כ, המוסמכת לאשר תיקון לעניין מרכזי, שהוא גבולות המנדט של השירות – אינו מספק את האיזונים הנדרשים.

נראה כי בשל החשיבות הציבורית בקביעת היקפו של מנדט השירות, החיונית הן לאמון הציבור והן לגיטימציה להפעלת סמכויות השירות, יש לפרסם כל אירוע או הליך המתבסס על סעיף זה, כפי שהתפרסמו בחוק תפקידיו האחרים של השירות, ולהביא לחקיקה מפורשת של כל העניינים שהתקבלו בדרך זו. נוסף על כך ראוי לקבוע כי מטעמים ציבוריים, מהותיים וחוקתיים שימוש במנגנון האמור יהיה בעל אופי זמני שאורכו ייקבע מראש וכי את התוספת לייעוד ולתפקידים יש להביא בתוך פרק זמן סביר שייקבע בחוק לאישור הכנסת באמצעות תיקון לחוק השב"כ.

3.2

תפקידי השירות

המחוקק פירט⁵⁴ את התפקידים הקונקרטיים שעל

השירות למלא על מנת שיוכל לממש את ייעודו,

שהוא שמירה על ביטחון המדינה, על סדרי

המשטר הדמוקרטי ועל מוסדותיו. להלן יפורטו תפקידיו של השירות כפי שהם מופיעים בחוק השב"כ, ראשון ראשון ואחרון אחרון.

53 סעיף 6(א) לחוק השב"כ.

54 בסעיף 7(ב) לחוק השב"כ.

3.2.1. סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו. "סיכול ומניעה" הוא מוטיב מרכזי המייחד, במידה רבה, את תפקיד השירות ומעצב את אופיו. בהתאם לרכיב זה מצופה מהשירות למנוע ולסכל מבעוד מועד את הפעילות הבלתי חוקית שהטיפול בה הוא באחריותו, היינו עוד בטרם היא יוצאת לפועל, ולא רק לחשוף את מבצעה.

הצלחתן של פעולות המניעה והסיכול היא המדרד העיקרי שלפיו החברה כוחנת את יעילות השירות, לכך הוא מכוון את מאמציו וזהו מאפיין מרכזי של אופן פעילותו. הציפייה מהשירות למנוע פעולות כנגד ביטחון המדינה שונה, למשל, מהציפייה מהמשטרה, שעיקרה הוא "תפיסת עבריינים ותביעתם לדין"⁵⁵, היינו תפיסת העבריינים לאחר שבוצע מעשה העבריינות. הברזל זה הוא הסיבה המכרעת לכך שהחברה מסרה בידי השירות סמכויות מרחיקות לכת, באיסוף, בחקירה ובמעצר, כמו גם בהפעלת סמכויות מינהליות ייחודיות. מובן שהצורך בביצוע משימת הסיכול אינו גורע מהחובה המוטלת על השירות לחשוף את המחבלים והמרגלים והגורמים האחרים הפועלים נגד ביטחון המדינה ולהביאם לדין, גם כאשר מאמצי הסיכול והמניעה המוקדמת נכשלו, שכן גם העמדה לדין של מי שפעלו נגד ביטחון המדינה היא רכיב חשוב בסיכול פעילות עתידית. ואולם, עצם התרחשותו של פיגוע נתפס ככישלון של משימת המניעה המוטלת על השירות, הן בציפייה החברתית המוקדמת אליו, ציפייה שהחוק נותן לה ביטוי מפורש, והן בחוויה הפנימית של אנשי השירות.

מלשון החוק עולה כי על מאמצי הסיכול להיות מכוונים לפעילות "בלתי חוקית" במהותה. דרישה זו תוחמת את פעילות השירות רק לאותם עניינים שטבועה בהם אי-חוקיות, ומכאן שחשש בעלמא שאין בו קרבה ממשית לפעילות בלתי חוקית או פעולות סיכול ומניעה בשל עמדות פוליטיות שאינן מוצאות חן בעיני מאן

דהוא אינם חלק מתפקידי השירות. מובן שחשיבותו של תנאי זה תלויה בכך שהחוקים עצמם יהלמו את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

3.2.2. תפקידי האבטחה החוק מונה שלושה תפקידים המוטלים על השירותים בתחום האבטחה: הראשון – אחריות ישירה של השירות לביצוע בפועל של תפקידי אבטחה מסוימים; השני – אחריות לקביעת כללי סיווג של תפקידים ומשרות וקביעת התאמה ביטחונית למי שמועמד לתפקידים ולמשרות אלו; השלישי הוא הנחיית אבטחה לגופים ובעניינים המפורטים בחוק.

3.2.2.1. אחריות ישירה לביצוע אבטחה

אחד מתפקידי השירות הוא "אבטחת אנשים, מידע ומקומות שקבעה הממשלה"⁵⁶. לפי סעיף זה לשב"כ יש אחריות ישירה לביצוע משימות אבטחה קונקרטיות שהממשלה קובעת. עניינים אלו מתפרשים על פני שטחי פעולה נרחבים, שיפורטו להלן בפרק 9, ועיקרם הוא אחריות לאבטחה פיזית של אישים מסוימים, אבטחת מידע ספציפי ואבטחת מקומות שאותם קבעה הממשלה.

3.2.2.2. אחריות השירות לאבטחת מידע בדרך של סיווג תפקידים וקביעת התאמה ביטחונית

תפקידים אחרים בתחום האבטחה המוטלים על השירותים הם לקבוע את ההוראות לסיווג משרות ותפקידים בסיווג ביטחוני, וכהשלמה לכך לקבוע את התאמתם הביטחונית של מועמדים למשרות או תפקידים שסווגו בסיווג ביטחוני.⁵⁷

56 סעיף 7(ב)(2) לחוק השב"כ.

57 "קביעת הוראות בדבר סיווג בטחוני לתפקידים ולמשרות בשירות הציבורי ובגופים אחרים, כפי שקבעה הממשלה, [...] וכן קביעה של התאמה ביטחונית של אדם לתפקיד או למשרה שסווגו בסיווג ביטחוני". שם, סעיף 7(ב)(3).

בשתי משימות אלו לשירות יש תפקידים שונים. כאשר מדובר בסיווג ביטחוני למשרות ולתפקידים, אחריות השירות היא לקבוע את הכללים וההוראות שלפיהם מתבצע סיווג המשרות והתפקידים כאמור, אולם האחריות לבצע בפועל את סיווג המשרות והתפקידים אינה מוטלת על השירות אלא על ממוני הביטחון (הקב"טים) באותם גופים. לעומת זאת, אחריות השירות לקביעת ההתאמה הביטחונית הקונקרטית של המועמדים לתפקידים ולמשרות שסווגו בסיווג ביטחוני היא אחריות ישירה ובלעדית המוטלת על השירות.⁵⁸

3.2.2.3. אחריות להנחיית משרדי ממשלה וגופים אחרים בנושאי אבטחה

מעבר לתפקידי השירות המפורטים לעיל, הוטל על השירות התפקיד של "קביעת נהלי אבטחה לגופים שקבעה הממשלה".⁵⁹ זהו תפקיד שמהותו היא הנחיית האבטחה של אותם גופים, הכוללים בעיקר משרדי ממשלה, וגופים אלו מונחים על ידי השירות בעיקר באמצעות קביעת נהלי האבטחה ובקרה על מימושם. אופן הפעלת סמכות זו של השירות קבוע בחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים,⁶⁰ שבו נקבעו הסדרים מפורטים לעניין אופן מתן הנחיות ביטחון, לרבות סמכויות השירות לקביעת הוראות אבטחה לגופים הנקובים בו, הן לעניין אבטחה פיזית והן לעניין אבטחת מידע.

ראוי לציין כי מרבית סודות המדינה מצויים בגופי הביטחון השונים – כמו צה"ל, המוסד, מערכת הביטחון והמשטרה – אולם גופים אלו אינם מונחים על ידי השירות בענייני אבטחה, אלא הם קובעים את נהלי האבטחה לעצמם.

58 ענייני ההתאמה הביטחונית הם חלק מאבטחת סודות המדינה, והם יידונו בנפרד בהרחבה בהמשך. השלמה לסעיף זה מצויה שם, סעיף 15; וכן בכללים ובתקנות מכוחו הקובעים בתקנות שירות הביטחון הכללי (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני לעובדיו, הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת אי התאמה ביטחונית), התשס"ג-2003.

59 סעיף 7(ב)(4) לחוק השב"כ.

60 החוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998.

3.2.3. תפקידי השירות בביצוע מחקר, ייעוץ והערכת מצב

תפקיד נוסף של השירות הוא "קיום מחקר מודיעין ומתן ייעוץ והערכת מצב לממשלה לגופים אחרים שקבעה הממשלה".⁶¹ סעיף זה מגלם אחריות כפולה. ראשית, על השירות הוטל לבצע מחקר מודיעיני, לרבות אחריות לגיבוש הערכות מודיעין. רוחב יריעת המחקר ונושאייה לא הוגדרו בסעיף, אולם מובן שנמנים בהם כלל העניינים שבתחום עיסוקו של השירות. נושאים אלו הם, בין היתר, מגמות טרור ואיומי הטרור מארגוני טרור פלסטיניים ומארגוני הג'יהאד העולמי, טרור שמקורו בחברה היהודית והמיעוטים בישראל, איומים לתקיפות הסייבר, ריגול כנגד ישראל ותחומים הקשורים במבצעים, באבטחה ועוד.

התפקיד השני בתחום המחקר הוא לספק ייעוץ והערכת מצב לממשלה ולגופים אחרים שקבעה הממשלה. משמעות הדבר היא שהשירות, כחלק ממילוי תפקידו, מייצע לא רק לראש הממשלה, שהוא הממונה הישיר על השירות, אלא לממשלה כולה. נראה שאת המונח "ממשלה" שבסעיף זה יש לפרש ככולל הן את הממשלה כגוף והן כל אחד משרי הממשלה. עולה מכך החובה לספק לשרים ייעוץ והערכת מצב שהם זקוקים להם לצורך מילוי תפקידם. נראה כי אם ראש הממשלה ינחה את ראש השירות שלא להיפגש עם שר הביטחון או שר החוץ לשם ייעוץ והערכת מצב שבתחומי עיסוקם של שרים אלו, למשל בשל מחלוקות פוליטיות או בין-אישיות, הנחיה כזו עלולה לסתור את האחריות שהוטלה על השירות בסעיף זה.

אף שהדברים לא נאמרו בחוק במפורש, נראה כי בתוך תפקידו המחקרי של השירות מגולם, באופן מובנה, הצורך לאפשר לגוף המחקר עצמאות מחקרית. כידוע, אחת ההמלצות המרכזיות של דוח ועדת אגרנט למחדלי מלחמת יום כיפור קשורה בחובה לקיים עצמאות מחקרית של גופי המודיעין וההערכה⁶² – על מנת למנוע חזרה על גיבוש קונספציה כללית וחשיבה קבוצתית. גם מלקח זה נובע כי יחידת המחקר בשב"כ חייבת לשמור על עצמאות מחקרית, הן בתוך השב"כ והן מול גופי ההערכה והמחקר הפועלים בארגוני הביטחון האחרים.

61 סעיף 7(ב) (5) לחוק השב"כ.

62 לדוח ועדת החקירה – מלחמת יום הכיפורים (ועדת אגרנט) ראו אתר ארכיון צה"ל.

בארגון היררכי וממושמע כמו השב"כ קל לגלוש למצב שבו יחידת המחקר מפתחת תרבות ארגונית המכוונת את עצמה לדברים שראשי השירות או הקברניטים רוצים לשמוע, בעיקר כאשר מדובר בסוגיות רגישות מבחינה פוליטית. דוגמה לחוות דעת "חשודה" כזאת היא חוות הדעת החסויה שנמסרה לבית המשפט העליון בפרשת פינוי המאחז עמונה,⁶³ שם תמך השב"כ בבקשת המדינה לארכה נוספת, ובאופן חריג ויוצא דופן לאירועים אחרים חיווה את דעתו שהפינוי עלול "להשליך על היבטים מדיניים וביטחוניים באזור כולו, במציאות הרגישה בה מצויה כעת מדינת ישראל". החשדנות כלפי חוות הדעת נובעת מכך שהיא תאמה את האינטרס הפוליטי של הממשלה לדחות את הפינוי ומכך שהשב"כ נמנע מלהתערב במימוש צווים משפטיים אחרים כנגד יהודים וערבים כאחד, אף שברבים מצווים אלו יש חשש להשלכות מדיניות וביטחוניות, כי המציאות היא לעולם "רגישה".

לפיכך ועל מנת לקיים את החובה לחקור ולספק ייעוץ והערכת מצב אובייקטיביים ובלתי תלויים יש צורך במבנה ובמעמד מתאימים ליחידת המחקר בשב"כ, כטיפוח תרבות ארגונית המטפחת יושרה מקצועית, ובקיומה של מערכת ציפיות מוסדית מושרשת שהעצמאות היא חלק ממנה. מובן שחשוב ביותר למנות אנשים ראויים המסוגלים לממש ציפיה זו הלכה למעשה.

התפקיד האחרון המנוי בחוק הוא "איסוף וקבלת מידע לשמירה ולקידום העניינים המפורטים בסעיף זה".⁶⁴ מלשון הסעיף עולה כי תפקיד השירות לאוסף מידע מוגבל אך ורק לטובת קידום התפקידים המהותיים של השירות.⁶⁵

63 בג"ץ 9949/08, מרים חסן עבד אלקרים חמאד ואח' נ' שר הביטחון ואח' (פורסם בנבו, 2016).

64 סעיף 7(ב)(7) לחוק השב"כ, התשס"ב-2002.

65 אותם תפקידים המפורטים שם, סעיף 7(ב)(1)-(6).

לא לגמרי ברור מדוע סעיף זה הוכנס במסגרת תפקידי השירות, שהרי מייד לאחר מכן, בסעיף הסמכויות, נקבע כי השירות מוסמך, לצורך מילוי תפקידיו, "לקבל ולאסוף מידע" באמצעות עובדיו.⁶⁶ הסבר אפשרי להכנסת האחריות לאיסוף ולקבלת מידע גם לרשימת התפקידים נעוץ בלשונו של חוק הגנת הפרטיות.⁶⁷ לפי החוק ניתן להעביר מידע בין גופים ציבוריים אם מסירת המידע "היא במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע והיא דרושה לביצוע חיקוק או למטרה במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע או מקבלו".⁶⁸ נראה כי על מנת להסמיך את השירות לקבל מידע מגופים אחרים בהתאם לחוק הגנת הפרטיות, עלה הצורך להוסיף כחלק מהחוק את התפקיד של איסוף מידע וקבלתו לרשימת תפקידי השירות.

מאחר שארגון מודיעין הוא בראש ובראשונה מנגנון משוכלל לאיסוף מידע, לקבלת מידע ולעיבודו, ועל בסיסו מתבצעות כל פעולות הסיכול ורבות מפעולות האבטחה, נראה כי מנסחי החוק לא רצו להסתכן, והסמכות לאסוף ולקבל מידע נכנסה הן לסעיף התפקידים והן לסעיף הסמכויות.

3.2.5. תפקידים נוספים נוסף לתפקידים שצינו מפורשות בחוק השב"כ, הוטלו על השירות תפקידים בדרך של החלטות

ממשלה וכן במנגנון ההוספה שנקבע בחוק.⁶⁹ כך,

למשל, בהחלטת ממשלה הוטלה על השירות משימת שיקום סוכנים וסייענים,⁷⁰ וכן נוסף לו תפקיד של אבטחת תשתיות מחשב חיוניות,⁷¹ ומכוח החלטה זו הוקמה הרשות הממלכתית לאבטחת מידע, שפעלה שנים רבות בתוך השירות כחלק ממנו. הרשות הייתה אמונה על הנחיה מקצועית לגופים שנקבעו, בכל הקשור לאבטחת

66 שם, סעיף 8(א)(1).

67 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

68 שם, סעיף 23(1)ג(א).

69 מנגנון ההוספה שנקבע בסעיף הייעוד ובסעיף 7(ב)(6) לחוק השב"כ.

70 החלטת ממשלה ב/118 מיום 13.1.1994.

71 החלטה ב/84 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי משנת 2002.

תשתיות מחשב חיוניות המצויות באותם הגופים, כיצד לפעול נגד איומי טרור וחבלה בתחום אבטחת מידע מסווג וכיצד להתמודד עם איומי ריגול וחשיפה. החלטה זו שונתה בשתי החלטות מאוחרות יותר של הממשלה,⁷² שמכוון הוקם מטה הסייבר הלאומי. החלטות מאוחרות אלו שינו את אחריות השירות בכל הקשור לאבטחת תשתיות המחשב החיוניות, ונקבע בהן כי סמכויותיו בתחום זה יועברו בהדרגה למטה הסייבר הלאומי, וכך אכן אירע הלכה למעשה.

נראה כי לאחר חקיקת חוק השב"כ הטלת תפקידים על השירות באמצעות החלטות ממשלה אינה אפשרית עוד מבחינה משפטית, שכן על פי החוק, הוספת תפקידים לתפקידי השירות אפשרית רק באמצעות מנגנון ההוספה שנקבע או באמצעות תיקון חוק השב"כ עצמו, אך לא בדרך של החלטת ממשלה, כפי שאירע קודם לחקיקתו.

3.3

היחס בין ייעוד השירות לייעודם של ארגוני ביטחון אחרים בישראל

השירות פועל לצד ארגוני ביטחון אחרים, בעיקר צה"ל, המשטרה והמוסד, אולם קווי התיחום בין הארגונים אינם בהירים כל צורכם, באשר חוק השב"כ לא נוסח במונחים של בלעדיות השירות על העניינים שנמסרו לאחריותו. במהלך הדיונים בחקיקת חוק השב"כ הוחלט שלא לעסוק בשאלת הבלעדיות, הן בשל הקושי בתחיתת הגבולות בין הארגונים והן כדי לשמר בידי הממשלה את הגמישות בהטלת תפקידים על ארגוני הביטחון.⁷³

72 החלטת ממשלה 3611 מיום 7.8.2011; החלטות ממשלה 2443-2444 מיום 15.2.2015.

73 רוטר מצייין כי -

נושא משיק שעלה לדיון אך הוסר בשלבים המתקדמים של העבודה היה השאלה אם מן הראוי לקבוע לצד המנדט של השירות גם את עקרון הבלעדיות שלו, דהיינו, שרק הוא, ואין בלחו, רשאי לעסוק בנושאים שיועדו לו. למרות חשיבותה העקרונית של השאלה, היא הוסרה מעל הפרק, בין השאר מנימוקים טכניים של קושי במיון ובתחיתת הגבולות שבין גופי האכיפה והמודיעין השונים וכן כדי שלא לכבול את ידי הממשלה ברצותה להטיל תפקידים ולחלק תחומי אחריות בין גופי הביטחון והמודיעין שלה.

רוטר (לעיל הערה 13), עמ' 75.

שאלת גבולות הגזרה בין הארגונים אינה פשוטה כלל ועיקר. אחת הסיבות לכך היא העובדה שלמעט השירות, הגדרת ייעודם של ארגוני הביטחון אינה כתובה בחוק אלא נלמדת ממקורות שונים שהבסיסים הנורמטיביים שלהם שונים זה מזה. היוצא מכך הוא שיש תחומים מסוימים, פורמליים ומעשיים, של ממשק וחפיפה בין ארגוני הביטחון, ובמהלך השנים הם עוררו מחלוקות בין הארגונים. בשל מחלוקות אלו נוצרו מנגנונים שונים לחלוקת אחריות ולתיאום בין הארגונים, בעיקר בתחומים שלא מצאו את פתרונם בהידברות בין ראשי הארגונים. למשל, האלוף (במיל') רפאל ורדי הופקד, לפני שנים לא מעטות, על איתור נקודות מחלוקת בממשקים של השב"כ, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים (להלן: המוסד) ואמ"ן ועל פתרונן, ולצורך זה עמד בראש צוות שחיבר מסמכים העוסקים בכך הקרויים בעגת הארגונים "מגנה כרטה".⁷⁴ המסמך הראשון הושלם בסוף שנות ה-90 של המאה ה-20, והמסמך השני בשנת 2005. ואולם, גם לאחר מסמכי ה"מגנה כרטה" נותרו נקודות מחלוקת לא מעטות שהארגונים לא הצליחו להגיע לפתרון מוסכם שלהן.⁷⁵

3.3.1. התייחסוּם בִּין
השב"כ למוסד
 בישראל לא קיים חוק המסדיר את פעילות המוסד. זהו חסר בעייתי כשלעצמו, והוא בולט בעיקר על רקע הסדרת ארגוני מודיעין מקבילים בכל המדינות הדמוקרטיות לפני עשורים רבים, ובמיוחד לאחר חקיקת חוק השב"כ. ואקום זה מקרין גם על הממשק בין ייעוד השירות לייעוד המוסד. ייעודו של המוסד נגזר, ככל הנראה, מהחלטות ממשלה או מאישור השר הממונה על המוסד, הוא ראש הממשלה. נוסף על כך, את ייעודו של המוסד אפשר ללמוד מאתר האינטרנט של הארגון. שם נכתב כי "המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים

74 ארי שועלי, "ארגוני המודיעין בישראל: מעקרונות ה'מגנה כרטה' לשילוביות", מודיעין הלכה ומעשה 1 (2016), עמ' 118.

75 "אין הגדרה ברורה של המשימות או התפקידים של ראש אגף המודיעין. אין גם חלוקת סמכויות ברורה וחדה ואחריות מוסדית, בין ארגונית, בין אגף המודיעין לבין המוסד ולבין שירות הביטחון הכללי". אהרן זאבי פרקש ודב תמרי, ואיך נדע: מודיעין, מבצעים מדינאות, תל אביב: ידיעות אחרונות, ספרי חמד, 2011, עמ' 22-23.

הוא ארגון ממלכתי המופקד על הפעילות החשאית בחו"ל - איסוף מידע, סיכול איומי נשק בלתי קונבנציונאלי וטרור, ביצוע מבצעים מיוחדים, הצלת יהודים בחו"ל ומתן מודיעין לראש הממשלה, לממשלה ולמערכת הביטחון בנושאי ביטחון וחוץ.⁷⁶ המשמעות המשפטית של ייעוד זה, שלא מבואר בו מהו הבסיס הנורמטיבי שלו, אינה ברורה, אולם זהו העוגן הפורמלי (למחצה) היחיד שעל פיו הציבור יכול להבין על אילו תחומים המוסד מופקד.

מיייעוד המוסד כפי שהוצג לעיל אפשר ללמוד כי קו התיחום הבולט בינו לבין השירות הוא מיקוד הפעילות המבצעית של המוסד בחו"ל: השירות פועל בישראל ובשטחים, ומופקד על הגנת מוסדות ישראליים בחו"ל, כמו שגרירויות, ואילו המוסד פועל למימוש יעדיו מחוץ לישראל. חלוקה זו אינה חדה, ולעיתים ישנם מצבי ביניים, בוודאי בעידן המודרני, שבו הטרור גלובלי ומונחה לעיתים על ידי פעילים או על ידי מפקדות הממוקמות בחו"ל. בשל כך, הגבולות הפיזיים אינם מהווים מעצור לפעולות טרור וחבלה, קל וחומר כאשר מדובר בהתמודדות במרחב הקיברנטי. גם פעולות של איסוף וסיכול הנשענות על פלטפורמות שמקורן בחו"ל, או להפך – פעולות של איסוף וסיכול המתבצעים בחו"ל בפלטפורמות שמקורן בישראל או בשטחים – מחייבות שיתוף פעולה בין הארגונים וקיום מנגנוני תיאום שיסנכרנו בין העקרונות הכלליים לבין המורכבות שהמציאות מציגה לעיתים. עניינים אלו יצרו במהלך השנים, בצד שיתוף פעולה מתמשך וטוב בדרך כלל, גם מתיחויות ועימותים בשאלות של סמכות ואחריות בין הגופים.

3.3.2. התיחום בין השב"כ לתשטרה
 גם קביעת היחס בין ייעודו של השירות ותפקידיו בתחום ביטחון הפנים ובין הייעוד והתפקידים של משטרת ישראל היא משימה לא פשוטה, משום שבעניין הייעוד פקודת המשטרה אינה משתמשת בלשון מפורשת.⁷⁷ על ייעוד

⁷⁶ "ייעוד ותפקידים", אתר המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, דצמבר 2019.

⁷⁷ פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

המשטרה אפשר ללמוד מההוראות הבאות. ראשית, מפקודת המשטרה עולה כי תפקיד המשטרה הוא לעסוק "במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש".⁷⁸ שנית, נוסף לאמור בפקודת המשטרה, הוטלה עליה, בהתאם להחלטת ממשלה משנת 1973, גם אחריות לכיטחון הפנים.⁷⁹ מכוח החלטת ממשלה זו נקבעה הוראה נגזרת המפרטת את תפיסת המשטרה בעניין אחריותה לכיטחון הפנים.⁸⁰ ואולם, מהגדרת ייעודה זה של המשטרה עולה חוסר בהירות בכל הנוגע לתחומה גבול האחריות שבין השירות לבין המשטרה, שכן ייעוד המשטרה בתחום השמירה על ביטחון הפנים חופף במידה רבה לייעוד השירות. כך גם תפקיד המשטרה בכל הקשור בהתמודדות עם פגיעים חבלניים ובמניעה של פגיעים חבלניים, בחקירת חשודים בעבירות ביטחון ועוד.

נקודת מחלוקת עיקרית בין המשטרה לשב"כ, שהייתה מוקד לעימותים בין הארגונים, היא חלוקת האחריות בתחום איסוף המודיעין הקשור בהפרות סדר: ברוח הוועדה לחקירת אירועי הר הבית משנת 1990 בראשות אלוף (במיל') צבי זמיר נקבע כי השב"כ אחראי על איסוף מידע על התארגנויות להפרות סדר, ואילו המשטרה אחראית על איסוף "מודיעין רחוב", היינו מידע על התארגנויות ספונטניות ואירועים בלתי מתוכננים.⁸¹

78 שם, סעיף 3.

79 החלטת ממשלה 411 מיום 26.1.1975.

80 הוראה 2.01.01 של הוראות המשטרה. המשטרה מופקדת על "ביצוע התפקידים והמשימות בתחומים האלה: לחימה בפשיעה: חקירת עבירות, גילוי עבריינים והבאתם לדין, חשיפה של עבירות בלתי מדווחות ומניעת עבירות. שמירה על הסדר הציבורי: טיפול בפניות אזרחים בנושאים של הפרות חוק וסדר, טיפול בהפגנות ובהתקלוינות בלתי חוקיות, טיפול בנושא של רישוי עסקים, אחריות לאבטחת הציבור. ביטחון הפנים: שמירה על שלום הציבור ולחימה בפעילות חבלנית עוינת - טיפול בפגיעים חבלניים ומניעה של פגיעים חבלניים. כך על פי "ייעוד ותפקידים", אתר המשטרה, נובמבר 2017.

81 ועדת הבירור לבדיקת האירועים בהר הבית ביום ב', י"ט בתשרי תשנ"א, 8 באוקטובר 1990: דין וחשבון, 1990.

הקשים באיסוף המידע הביאו לכך שהשב"כ נטל על עצמו את איסוף המידע על התארגנות להפרת סדר ואילו הפרות הסדר ואלימות הרחוב הבלתי מאורגנות נותרו בתחום טיפולה של משטרת ישראל. [...] מבלי להיכנס לפירוט נוסף סבורה הוועדה, כי חלוקת המשימות בין השב"כ והמשטרה נכונה ואין לשנותה.

מאוחר יותר, בוועדת אור, אשר הוקמה בעקבות אירועי אוקטובר 2000,⁸² עלה שוב במלוא חריפותו עניין חלוקת האחריות על האיסוף וההתרעה בין שב"כ למשטרה.⁸³ השאלה הייתה מי הגורם האחראי על איסוף מודיעיני והתרעה על אירועי אלימות נרחבים שמקורם בקבוצות בחברה הישראלית, ובאופן קונקרטי בהתייחס לאירועי אוקטובר 2000, בחברה הערבית בישראל.

ועדת אור המליצה כי הממשק בין אחריות השב"כ לאחריות המשטרה ייקבע לאחר דיון וליבון בין שני הגופים. בעקבות ועדת אור הקימה הממשלה ועדת שרים ליישום ההמלצות של דוח ועדת אור בראשות השר יוסף (טומי) לפיד. בהתייחסה לממשק בין השב"כ למשטרה אימצה ועדת לפיד את הסיכום בין המפקח הכללי של משטרת ישראל לבין שירות הביטחון הכללי שנקבע לאחר האירועים לעניין חלוקת האחריות בין גופים אלו בכל הנוגע להפרות סדר. לפי הסיכום "האחריות על איסוף והערכת מודיעין בתחום הסדר הציבורי על רקע לאומני חתרני תהיה על השב"כ (בתחומי ישראל, איו"ש ואזח"ע) ואילו האחריות על איסוף והערכת מודיעין בתחום הסדר הציבורי שאינו על רקע לאומני חתרני תהיה על משטרת ישראל".⁸⁴

לשאלה מהי "הפרת סדר על רקע לאומני" נקבע באותו סיכום כי זוהי "פעילות בתחום הסדר הציבורי, שמבוצעת על ידי קבוצה או בודד, ממניעים אידיאולוגיים חתרניים, על רקע לאומני, אשר עלולה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו". הוועדה קבעה כי נוהל מפורט יותר לעניין חלוקת

כמו כן סבורה הוועדה כי 'מודיעין הרחוב' צריך להיות חלק אורגאני של מפקדת המחוז במשטרת ישראל, ויש לתת עדיפות להקמתה של מערכת איסוף זאת על פני הקמתן של יחידות ארציות" (שם, עמ' 51).

82 ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000: דין וחשבון, 2003.

83 בדוח ועדת אור נקבע, בלא ביסוס כלשהו, כי בתחום ערביי ישראל השב"כ הוא "המעריך הלאומי". עם זאת, יש לזכור כי האירועים התרחשו עוד בטרם חקיקת חוק השב"כ, כך האחריות הפורמלית לא נשענה, בכל הנוגע לשירות, על הוראות החוק. ראו שם, פסקה 64 לשער החמישי.

84 "הממשק בין משטרת ישראל לבין שירות הביטחון הכללי - הסדרת תחומי האחריות בין גופים אלה בנושא המודיעין בכל הקשור להפרות סדר". החלטת ממשלה 2040, 2004.

האחריות יובא לאישור הממשלה וייקבע לו מנגנון מעקב בוועדת השרים לענייני השירות. לא ברור אם נוהל ומנגנון מעקב שכזה אכן מתקיימים בפועל.

נראה אפוא כי בממשק בין השב"כ למשטרה, הוטלה על השב"כ עיקר האחריות המודיעינית לטיפול באירועי טרור, לרבות התרעה על הפרות סדר על רקע לאומני.⁸⁵ בכל הנוגע להיבט המבצעי, הפיזי, של הלחימה בטרור ולטיפול המבצעי באירועי טרור בשטחי ישראל למשטרה ישנה אחריות כמעט בלעדית. אחריות זו שונה כאשר מדובר בשטחי איו"ש, שם האחריות לטיפול באירועי טרור מחולקת בין הצבא לבין מחוז ש"י במשטרה – שהוקם כחלק מלקחי ועדת שמגר.⁸⁶

מאחר שמקרי הגבול הם רבים ומטושטשים, בוודאי במקרים שלא ברור אם האירוע הוא פלילי או ביטחוני, יש צורך במנגנון לתיאום ויידוע הדדי בין השב"כ למשטרה, על מנת שהדברים לא ייפלו בין הכיסאות. כך בחקירות על אחזקת נשק, כאשר לא תמיד ברור היכן עובר הקו בין הפלילי לביטחוני, כך בחשד למעשי אלימות ועוד. שימור פרקטיקת תיאום רצופה ופתוחה יחסית ומנגנוני החלטה יעילים הם הערובה לכך שחלוקת האחריות תתממש למעשה ולא רק להלכה.

3.3.3. התייחסות | עד כה ייעודו של צה"ל לא נקבע בחקיקה. תחום האחריות של צה"ל, כפי שנקבע בפקודות מטכ"ל, וייעוד צה"ל, כנוסחו באתר צה"ל באינטרנט, הוא "להגן על קיומה של מדינת ישראל, על עצמאותה ועל בטחון אזרחיה ותושביה".⁸⁷ החוסר הבולט בייעוד ובהגדרת תפקידים מפורטים לצה"ל, שהוא הארגון הגדול והעוצמתי בישראל, שהשפעתו מגעת לכל תחומי החיים, מצריך הסדרה מפורטת

85 חלוקת האחריות בין המשטרה לשב"כ בתחום החקירות תידון להלן בפרק 4.

86 דוח ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה בחברון, התשנ"ד.

87 "ייעוד וייחוד", אתר צה"ל, דצמבר 2019.

יותר מהקיימת.⁸⁸ בתוך צה"ל, החיל הרלוונטי לעניין חלוקת האחריות בין השב"כ לבין צה"ל הוא אגף המודיעין של צה"ל (אמ"ן). ייעודו, בהתאם לאמור באתר האינטרנט של צה"ל, הוא, בין היתר, גיבוש תמונת מצב מודיעינית והעברת מודיעין קונקרטי לפעולות ממוקדות בתקופות שבין מלחמות.⁸⁹

עמימות הנוסח של ייעוד צה"ל וטשטוש הגבולות בין ייעוד אמ"ן לבין ייעוד השירות עשויים להביא לחפיפה פוטנציאלית באיומים שהשירות והצבא מופקדים על סיכולם. לעמימות זו יש שורשים ארוכי שנים. למשל, עם כניסת צה"ל ללבנון במלחמת לבנון הראשונה (1982) הוטלה על השירות האחריות לכיסוי המודיעיני של השטחים שצה"ל שלט עליהם בלבנון, למניעת פגיעה בחיילי צה"ל ולמניעת טרור כנגד מדינת ישראל.⁹⁰ אחריות זו נותרה בעינה במשך 18 שנים ובוטלה רק עם יציאת צה"ל מלבנון בשנת 2000.

גם כיום קיים חוסר בהירות בחלוקת האחריות המודיעינית של השב"כ ושל אמ"ן בכיסוי המודיעיני של רצועת עזה. מדינת ישראל התנתקה מרצועת עזה בקיץ 2005, ומאז ההתנתקות רצועת עזה היא במידה רבה אזור שמאפייניו הם

88 חוסר זה הניע את צביה גרוס, היועצת המשפטית לשעבר של מערכת הביטחון, ואת שמואל אבן, חוקר במכון למחקרי ביטחון לאומי, לפרסם הצעה לחוק צה"ל הכוללת ייעוד ותפקידים. ההצעה מגדירה את ייעוד הצבא ותפקידיו:

הצעת עקרונות לחוק צה"ל: 1. ייעוד צה"ל – (א) להגן על מדינת ישראל, חושביה וריבונותה. (ב) למלא כל משימה חוקית שתוטל על ידי הממשלה לשם ביטחון המדינה ושלוש חושביה; ובכלל זה למלא יעדים ביטחוניים-לאומיים.

שמואל אבן וצביה גרוס, הצעה לחוק צה"ל: הסדרת האחריות והסמכות בין הדרג המדיני לדרג הצבאי בעקבות לקחי מלחמת לבנון השנייה, מזכר 93, תל אביב: אוניברסיטת תל אביב, המכון למחקרי ביטחון לאומי INSS, 2008.

89 "משימות האגף: 1. התראה למלחמה: אמ"ן (ובראשו ראש אמ"ן) הינו המתריע הלאומי למלחמה ואחראי על גיבוש תמונת המצב המודיעינית הכלל-גזרתית, ממנה נגזרים איומי הייחוס של מדינת ישראל; 2. גיבוש תמונת מצב מודיעינית בשגרה ובחירום; 3. בט"ש: העברת ידיעות מודיעיניות לכוחות לוחמים לצורך ביטחון שוטף ושמירה על הפסקת אש; 4. מב"ס: העברת מודיעין קונקרטי לפעולות ממוקדות אשר מטרתן דחיית העימות הבא. זאת על ידי מניעה מהאויב לפתח יכולות שיאפשרו לו להפר את מאזן ההתרעה של ישראל מול אויביה שישנו את יחסי הכוחות האזוריים". אגף המודיעין, אתר צה"ל, דצמבר 2019.

90 עמוס גלבוש ואפרים לפיד (עורכים), מלאכת מחשבת: 60 שנות מודיעין ישראלי – מבט מבפנים, תל אביב: ידיעות אחרונות, ספרי חמד, 2008, עמ' 98.

של "ארץ יעד", היינו אזור גאוגרפי ששולטת בו ישות מדינית עוינת ואשר לא מתקיימת בתוכה שליטה צבאית של ישראל. יתר על כן, ממשלת החמאס בעזה והזרוע הצבאית של החמאס פועלות בשנים האחרונות במתווה כפול – הן של ביצוע ואכוונה של פעולות טרור והן של ארגון עצמי בגרודים ובחטיבות וביצוע פעולות שמאפייניהן צבאיים למחצה. מכאן שלכאורה האחריות המודיעינית להשגת מידע על הנעשה ברצועת עזה הייתה צריכה להיות של אמ"ן ושל המוסד, האמון על איסוף וסיכול בחו"ל. בפועל, בשל ההיכרות רבת השנים של השב"כ עם הרצועה, מערך המקורות המפותח שנותר בידי השב"כ, הזיקה הגאוגרפית ההדוקה ושיקולים הנובעים מהיחסים בין הגדה לרצועה הותירו את האחריות המודיעינית, בעיקר לסיכול טרור, בידי השב"כ, ואילו לאמ"ן יש אחריות בבנייה של "בנק המטרות" לתקיפה למקרה של עימות, ומכאן נגזרת אחריותו לכיסוי מודיעיני שיאפשר את איסוף המידע הנחוץ לכך.⁹¹

שאלה אחרת העולה בהקשר זה היא מהי האחריות המודיעינית של שב"כ על ארגוני טרור הפועלים מסיני. לכאורה גם כאן מדובר בשטח שהוא חלק ממדינה ריבונית שהאחריות המודיעינית לאיסוף מידע על איומים מתחומה היא של המוסד או של אמ"ן. בפועל קיימת עמימות בשאלה זו, לפחות כפי שהדברים ידועים בציבור.

יש מקום לקבוע כי בשאלות אלו של חלוקת האחריות בין גופי המודיעין יקפידו על יתר בהירות ושקיפות ציבורית.⁹² בראש ובראשונה לעניין זה יש חשיבות

91 ראו עמוס ידלון, אתגרי קהילת המודיעין בישראל, תל אביב: המכון למחקרי ביטחון לאומי, 2017, עמ' 144.

92 "גם תחמת גבולות האחריות שבין גופי המדינה העוסקים בביטחון המדינה ושולם הציבור, בינם לבין עצמם, חיונית, ולא תמיד הייתה ברורה באופן מניח את הדעת. חלק ניכר מהדיון בוועדות החקירה שעסקו בפעילות של השירות ושל גורמי ביטחון פנים נוספים, כמו ועדות שמגר בעקבות הטבח במערת המכפלה ובעקבות רצח ראש הממשלה, יוחד לבחינת תחומי האחריות של המשטרה, הצבא והשירות, היכן הם נושקים זה בזה, היכן הם חופפים והיכן הם חסרים. אופי הפעילות האיסופית והחשאית יכול להעלות גם שאלות לגבי הקו המפריד בין פעילות המוסד לפעילות השירות. בחינת החלטות הממשלה שהונפקו במשך השנים ואשר עוסקות בתחומי האחריות הנ"ל העלתה כי אין חפיפה מלאה בין האמור בהן ובין תחומי האחריות שהשירות נשא בהם בפועל, ואף לא בקביעת קווי הגבול שבין גופי האכיפה בינם לבין עצמם". רוטר (לעיל הערה 16), עמ' 37.

מקצועית, שהרי כידוע ההיסטוריה של מדינת ישראל שזורה בוועדות חקירה שעסקו בשאלות שנבעו מחוסר בהירות לגבי חלוקת התפקידים והאחריות בין הגופים. גם מבחינה ציבורית חשוב לקבוע ולפרסם את חלוקת האחריות על איסוף המודיעין בין הגופים ואת מנגנוני התיאום העקרוניים ביניהם ולהביא לידיעת הציבור גם את העקרונות לחלוקה, באשר על פניו אין כל סיבה לשמור את הפרטים האלה בסוד.⁹³

3.3.4. התייחסו בין השב"כ המלמ"ב הוא יחידה במשרד הביטחון שבמגוון תפקידיה אחראית גם על אבטחה של יחידות המשרד, על אבטחת מידע בתעשיות הנשק הישראליות ועל אבטחת המידע ביחידות סמך, לדוגמה הקריה למחקר גרעיני. בראשית דרכו היה המלמ"ב יחידה הכפופה לאגף האבטחה בשב"כ. במרוצת השנים, ולאחר מאבקים בין-ארגוניים, הפך ליחידה בעלת סמכויות עצמאיות.

המלמ"ב מוזכר בחוקים שונים, כמו למשל בחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, בהיותו גורם המוסמך, במקום השב"כ, למנות את קציני הביטחון ביחידות של משרד הביטחון ושל מפעלים הקשורים למערכת הביטחון,⁹⁴ בחוק המרשם הפלילי כגוף הזכאי לקבל מידע מן המרשם הפלילי לצורך מילוי תפקידיו,⁹⁵ ובחוקים אחרים.

ייעודו של המלמ"ב, תפקידיו וסמכויותיו אינם מוסדרים בחוק, ומכאן שהיחס בין תפקידיו לבין תפקידי השירות אינם ידועים לציבור. ככל הידוע, עקרונות התייחסו והתיאום בין הגופים נקבעו ברוח שחיבר האלוף רפאל ורדי בסוף שנות ה-90. הממשלה אימצה עקרונות אלו, אולם תוכנם ומהותם אינם ידועים.

93 השוו להמלצות הוועדה שהוקמה לאחר התקפות 11 בספטמבר בארצות הברית בחוץ The 9-11 Commission Report: 407-419 אתר The 9-11 Commission.

94 סעיף 21 לחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשמ"ח-1998.

95 התוספת הראשונה לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.

נראה כי אין עוד הצדקה למצב דברים זה. המלמ"ב פועל בתחומים החשאיים ביותר של אבטחת סודות המדינה, ולכן מחיר תקלה אפשרית בשל ממשקי אחריות לא ברורים עלול להיות גבוה במיוחד. מכאן שיש עניין ציבורי מובהק בפרסום של תחומי האחריות של המלמ"ב, וכנגזרת מכך, של העקרונות לתיאום ולתיחום, באשר אין בפרסום העקרונות כדי לפגוע בסודיות הנושאים עצמם שעליהם הוא מופקד.

3.4

מבנה השירות

בהתאם לחוק יסודות התקציב, תקציב השב"כ הוא חלק מתקציב הביטחון, והוא נקבע, עם שאר הגופים הביטחוניים, בוועדה משותפת של ועדת הכספים וועדת החוץ והביטחון של הכנסת.⁹⁶ התקציב ופירוטו סודיים ואינם מפורסמים לציבור, כמו גם היקף כוח האדם המועסק בשירות. באופן סכמטי, דרך הפעולה של השירות מתבססת על מבנה ושיטה שהתפתחו בו לאורך השנים, כדלקמן.

3.4.1. תחום הסיכול: היבטים מבניים
מבנה השירות נועד לשרת את הייעוד והתפקידים שהותוו לו ולתמוך במימושן היעיל של הסמכויות שהוקנו לו על מנת שיוכל לבצע את משימותיו. מבנה השירות מושתת על שני אדנים עיקריים: האחד, התמחות במקצועות המודיעין – לדוגמה מפעיל סוכנים (רכז), חוקר, מפיק (מאזין) ודסקאי; האחר, תרבות ארגונית ומערכות מידע – שנועדו לאפשר אינטגרציה מקסימלית ומהירה בין היחידות והדיסציפלינות המקצועיות. במילים אחרות, אין בשירות סוכן יחיד המיומן בביצוע כלל הפעולות של איש המודיעין, אלא מדובר בקבוצות עבודה המורכבות ממומחים בתחומי המודיעין השונים ובדפוסי עבודה המאפשרים פעולה משולבת ומתואמת. אלו הם מבני הבסיס המרכיבים את יחידות העבודה בתחום הסיכול.

3.4.2. תבונה השירות לפי תצורה גאוגרפית ונושאים

החלוקה הגאוגרפית לאגפים מרחביים-סיכוליים מבטאת את התפיסה שהכיסוי המודיעיני מתבסס על חלוקה לתאי שטח. חלוקה זו גוררת מינוי של צוותי עבודה מודיעיניים האחראיים למודיעין באותו תא שטח. לפיכך השירות חולק לאגפים מרחביים הפרושים בשלושה מרחבים גאוגרפיים: צפון; ירושלים ואיו"ש; מרחב דרום. אגפים אלו אחראיים לכיסוי המודיעין בעניין המיעוט הערבי החי בשטחי ישראל ולסיכול טרור וריגול מהאוכלוסייה הפלסטינית ביהודה ושומרון ורצועת עזה, על פי חלוקה לתאי שטח נפתיים.

לצד האגפים המרחביים יצר השירות שני אגפי סיכול משלימים. האחד, אגף סיכול מודיעיני האחראי על סיכול טרור המגיע מחוץ לישראל – לרבות חזבאללה, הג'יהאד העולמי ומדינות ערב. האגף האחר כולל כמה חטיבות – חטיבה האחראית על סיכול טרור שמקורו באוכלוסייה היהודית בישראל ובשטחים, חטיבה האחראית על סיכול ריגול שמקורו איננו ממדינות ערב וחטיבה האחראית על ההתאמה הביטחונית לתפקידים מסווגים. תוצאת הדברים היא שסיכול פעולות של טרור וחתרנות מהחברה הערבית בישראל מבוסס על יחידות גאוגרפיות, ואילו סיכול של טרור וחתרנות מהחברה היהודית בישראל מבוסס על חטיבה נושאית. נראה שההפרדה המבנית בין העיסוק בסיכול טרור וריגול בחברה היהודית ובין העיסוק בסיכול טרור וריגול בחברה הערבית אינה מתאימה עוד לשב"כ במדינה דמוקרטית, ומבנה זה דורש עיון מחדש.

נוסף לאגפי הסיכול המרחביים ואגפי הסיכול המשלימים קיימים בשירות אגפים נושאים-מקצועיים שתפקידם להיות גופי מטה או גופי ביצוע מרכזיים. למשל, אגף החקירות הוא אגף מטה לפיתוח תורת החקירה ולהנחלתה לחוקרים המשרתים במרחבים ובאגפים הסיכוליים. בד בבד אגף החקירות משמש בתפקיד יחידת ביצוע לחקירות בתחומים ספציפיים. אגף המבצעים הוא אגף ביצוע מרכזי המשמש את כלל המרחבים והאגפים הסיכוליים. אגף הטכנולוגיה והסיגינט הוא אגף ביצוע מרכזי המפתח כלים טכנולוגיים ייעודיים לכלל יחידות השירות ומשמש גם כאגף מטה לפיתוח תורת העבודה ולהכשרת אנשי ההפקה וההאזנה במרחבים ובאגפים הסיכוליים. במקרים מיוחדים אגף הטכנולוגיה והסיגינט משמש גם בתפקיד יחידת הביצוע של פעולות האזנה והפקה. אגף האבטחה כולל

יחידת ביצוע, שהיא היחידה לאבטחת אישים ומשלחות, וכן יחידות שעוסקות בהנחיית האבטחה לגופים וליחידות בתוך השירות ומחוצה לו. גם אגפים אחרים, בהם האגף לייעוץ משפטי, אגף לוגיסטיקה ואגף משאבי אנוש, פועלים באותה הדרך.

פרק 4

סמכויות השירות באיסוף מידע ובקבלת מידע

—

לשם מילוי תפקידיו של השירות נמסרו בידי סמכויות רבות הפזורות בדברי חקיקה שונים. אחדות מהסמכויות הן סמכויות ישירות, שאותן הוא מפעיל באופן עצמאי ומבלי להיזקק לגופים

אחרים. ישנן סמכויות נוספות שהשירות מפעיל שבהן מעמדו הוא לכאורה של גוף ממליץ בלבד, אולם הלכה למעשה השירות הוא היוזם והמפעיל את הסמכות והוא הגורם הדומיננטי שעליו מבוססת ההחלטה של בעל הסמכות. חוק השב"כ ריכז חלק ניכר מסמכויות השירות, אם כי סמכויות מרכזיות, כמו האזנת סתר, מצויות בחוקים אחרים.

4.1 סמכויות כלליות של השירות

את הסמכויות הישירות שהוענקו לשירות חילק המחוקק לסמכויות כלליות וסמכויות קונקרטיות.¹ קו התיחום בין סמכות כללית לסמכות קונקרטית אינו ברור לגמרי, ונראה כי אין טעם מעשי בבירור עיוני של השאלה אם סמכות לחיפוש מודיעיני במעברי גבול או אם הסמכות לשימוש בנתוני תקשורת, למשל, הן בבחינת סמכויות כלליות או קונקרטיות. מכל מקום, חוק השב"כ עצמו קיבץ אוסף סמכויות בסעיף שכותרתו "סמכויות כלליות של השירות".² סעיף זה מונה סמכויות – בהן איסוף מידע וקבלת מידע, העברת מידע לגופים, חקירת חשודים וחשדות, הפעלת סוכנים וכניסה לחצרים לשם ביצוע פעולות אבטחה. סמכויות רבות אחרות – ישירות ועקיפות, כלליות וקונקרטיות – מפורטות הן בחוק השב"כ והן בדברי חקיקה אחרים, והן יידונו בפרק זה ובפרקים הבאים.

4.2

הסמכות הכללית של השירות לאיסוף מידע ולקבלת מידע

איסוף מידע הוא נשמת אפו של כל ארגון מודיעיני והבסיס לכל פעולותיו. היכולת לאסוף מידע רלוונטי, לעבד אותו בקצב שיוכל להדביק את האירועים ולתרגמו לפעולת סיכול היא הקובעת, במידה רבה, את יעילות הארגון ויכולתו לעמוד במשימותיו. בדרך כלל המגבלות העיקריות על איסוף המידע נובעות ממגבלות רגולטוריות, ונוגעות בעיקר במאגרי מידע המוחזקים בידי המדינה או גופים פרטיים. מגבלות מסוג שונה הן מגבלות מבצעיות, שם השאלות העיקריות נוגעות לעצם אפשרות הגישה ליעדים שבהם מצוי המידע שמבקשים לאסוף.

בעידן המידע שבו אנו חיים, חלק לא פחות חשוב מיכולת האיסוף עצמה הוא היכולת לעבד בזמן אמת את כמויות המידע העצומות שנאספו. ארגון מודיעין מודרני נדרש לכלים טכנולוגיים מתוחכמים על מנת שיהיה באפשרותו לקשר בין סוגי מידע המתקבלים ממקורות שונים ובאופנים שונים ולהפיק מהם תובנות מודיעיניות מבצעיות. לפיכך יכולת עיבוד המותאמת לכמויות המידע ולפורמט

1 ראו סעיפים 8-11 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

שבו המידע מתקבל מהמקורות השונים והצגתו בצורה המאפשרת הסקת מסקנות מודיעיניות הן תנאי מהותי ליעילות פעולתו של ארגון מודיעיני, הנדרש ליכולות אלו על מנת שיוכל לקבל החלטות במועדן.

על החשיבות הרבה של איסוף מידע וקבלת מידע, הן כהסמכה כללית והן כמסגרת לסמכויות קונקרטיות, אפשר ללמוד גם מכך שבחוק השב"כ הסמכות לקבל ולאסוף מידע נמנית הן עם תפקידי השירות³ והן עם סמכויותיו.⁴ קבלה ואיסוף של מידע הם, אפוא, הן תפקיד מתפקידי השירות והן סמכות מסמכויותיו. לצמד זה חשיבות רבה, בעיקר לנוכח הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות, אשר בצד האיסורים על הפרת פרטיות כולל פרק המסדיר את כללי העברת המידע בין גופים ציבוריים.⁵

סמכויות השירות לאיסוף מידע כוללות, ראשית, קבלת מידע ממאגרי מידע "רגילים", לרבות מאגרים הנוצרים ומוחזקים על ידי גופים ציבוריים, וכן קבלת מידע ואיסוף מידע ממאגרים מיוחדים, כגון מאגר המרשם הפלילי והמאגר הביומטרי. גישה למאגרים המיוחדים טעונה עמידה בכללים ספציפיים הנובעים מרגישותם היתרה. נוסף על כך סמכויות השירות לאיסוף מידע כוללות הסמכה לביצוע פעולות איסוף מגוונות, כגון האזנת סתר, קבלת נתוני תקשורת, מעקבים סמויים, חיפושים סמויים, הפעלת סוכנים ועוד. בצד סמכויות האיסוף וקבלת המידע של השירות ניתנה לשירות הסמכה, במגבלות מסוימות, להעביר מידע המצוי בשירות לגופים אחרים.

התוצאה המצטברת של הסמכויות לאיסוף המידע על ידי השירות והנגישות הממשית למקורות מידע רבים היא קיום בפועל של מאגר מידע אדיר ממדים המצטבר בשירות ושל אפשרויות זמינות העומדות לרשותו לאיסוף מידע נוסף

3 סעיף 7(ב)(7) לחוק השב"כ, שכותרתו "ייעוד השב"כ ותפקידיו", מצוין את התפקידים: "איסוף וקבלת מידע לשמירה ולקידום העניינים המפורטים בסעיף זה".

4 שם, סעיף 8(א)(1), שכותרתו "סמכויות כלליות של השירות", קובע כי השירות לצורך מילוי תפקידיו מוסמך "לקבל ולאסוף מידע" באמצעות עובדיו.

5 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, פרק ד: "מסירת מידע או ידיעות מאת גופים ציבוריים".

בהיקף גדול ביותר על אזרחי ישראל ותושבי ישראל. השימוש בכלים טכנולוגיים המאפשרים ניתוח מידע בהיקף עצום, עם יכולות לקישור המידע ולהצלבתו, מביא ליכולת ליצור תמונת מודיעין מפורטת הכוללת, פוטנציאלית, מידע רב על האזרחים והתושבים בישראל, הרבה יותר מהנאגר ברשויות אחרות. אם בעבר עסק השירות באיסוף מידע וצבירת מידע במסגרת "תיק אישי" פיזי, שבו נצברו ידיעות על הפרטים שבהם גילה השירות עניין במסגרת תפקידיו, הרי שזה שנים רבות, מבחינה מעשית, היקף המידע הפוטנציאלי שנמצא בידי השב"כ לגבי כל אזרח או תושב בישראל הוא רב ביותר, אף בלי שבוצעו פעולות לאיסוף מידע ממוקד על אותו אזרח או תושב.

מאגר המידע שנצבר בשב"כ הוא בסופו של דבר הבסיס להחלטותיו במגוון רחב של עניינים, החל בהחלטות בדבר התאמה ביטחונית וכלה במעצר וחקירה. בשל העובדה שבהתאם לקבוע בחוק הגנת הפרטיות לאזרחים אין זכות עיון במידע המוחזק אצל רשות ביטחון,⁶ לרבות בידי השב"כ, קל וחומר לדרוש את תיקונו,⁷ ובשילוב היעדר תחולתו של חוק חופש המידע בעניינים הנוגעים לארגוני הביטחון, כולל השירות,⁸ מתחייבת זהירות יתרה מצד רשויות הביטחון, והשב"כ בפרט, בכל הנוגע לאימות המידע המצוי ברשותן, בפרט כשמידע זה עשוי לשמש בסיס לסנקציות מרחיקות לכת.

4.2.1. הסמכות לקבל מידע ממאגרי מידע כלליים
 מהגדרת "גוף ציבורי" בחוק הגנת הפרטיות עולה כי השב"כ נמנה עם הגופים הציבוריים שהחוק חל עליהם,⁹ ולפיכך הוא כפוף להסדרים לעניין סמכותם של גופים ציבוריים בכלל וגופי הביטחון בפרט לקבל מידע ממאגרי מידע הנוצרים ומוחזקים על ידי גופים ציבוריים אחרים.¹⁰ החוק

6 שם, סעיף 13.

7 שם, סעיף 14.

8 סעיף 14 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

9 סעיף 23 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

10 שם, פרק ד.

קובע איסור כללי על גופים ציבוריים למסור מידע המצוי ברשותם ובאותה נשימה מונה סייגים לאיסור זה, ובראשם הקביעה שאיסור זה אינו חל על רשויות הביטחון, ובכלל זה על שירות הביטחון הכללי.¹¹ כאמור בסעיף, רשות ביטחון פטורה מהאיסור על קבלת מידע או מסירת מידע כל עוד הן נעשות "לשם מילוי תפקידה, ובלבד שהקבלה או המסירה לא נאסרה בחיקוק".¹²

מעבר להחרגה קונקרטית זו של רשויות הביטחון, השירות יכול להסתמך גם על הסייגים לאיסור הכללי על העברת מידע בין גופים ציבוריים. סייגים אלו מאפשרים העברת מידע בין גופים ציבוריים – בכפוף לכך שההעברה לא נאסרה בחוק או בעקרונות של אתיקה מקצועית (כמו למשל ביחסים בין עורך דין ללקוח), באחת מן החלופות המנויות בחוק הגנת הפרטיות.¹³

התוצאה היא שהוראות חוק הגנת הפרטיות מאפשרות לשירות לקבל מידע הדרוש לו לשם מילוי תפקידו ממאגרי מידע רבים מאוד – בהם מרשם האוכלוסין, המוסד לביטוח לאומי, רשות הרישוי וכיו"ב. למעשה כל המאגרים המוחזקים בידי משרדי הממשלה וגופים ציבוריים עשויים לעבור לרשות השב"כ, ובלבד שהשירות יוכל להצביע על כך שמאגרים אלו דרושים לו לצורך מילוי תפקידיו או לצורך הפעלת סמכויותיו. מכאן נובעת החשיבות הגדולה של קביעת הצורך והסמכות של השירות לקבל או למסור מידע, הן בסעיף התפקידים והן בסעיף הסמכויות שבחוק השב"כ.

היקפו עצום הממדים של המידע הנגיש לשירות מעלה את שאלת המידתיות שבהעברת המידע וכן שאלות בעניין הגורמים שתהיה להם היכולת לקבל את

11 שם, סעיף 23ב.

12 שם, סעיף 23ב(ב).

13 אם העברת מידע היא בין גופים ציבוריים, אם "מסירת המידע היא במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע והיא דרושה למטרת ביצוע חיקוק או למטרה במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע או מקבלו" (שם, סעיף 23ג(1)(א)); וכן אם "העברת מידע בין גופים ציבוריים" אם מסירת המידע היא "לגוף ציבורי הרשאי לדרוש אותו מידע על פי דין מכל מקור אחר" (שם, סעיף 23ג(1)(ב) לחוק); או אם "מסירת המידע דרושה למטרת ביצוע כל חיקוק או למטרה במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע או מקבלו" (שם, סעיף 23ג(2)).

המידע ולעיין בו. נראה כי כגישה עקרונית, ולאור דרישת המידתיות, יש לצמצם את היקף המידע הנמסר, והמידע שיועבר יהיה בהתאם לחשיבות התכלית שלשמה הוא נמסר, "כך שיועבר רק המידע הדרוש".¹⁴ עוד נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי יש לצמצם את מספר עובדי הציבור הנגישים למידע.¹⁵ זו ההלכה הכללית, והיא חלה גם על השירות בבואו לבקש מידע על פי סעיפים אלו.

לנוכח היקף המידע המועבר לשירות ובשל הרגישות הנדרשת בעניינים אלו, נראה כי יש מקום לקבוע כללים ברורים של מדרג הסמכויות לבקשת מידע ושל הגורמים שישורשו לעיין במידע, על מנת להבטיח כי היקף המידע המבוקש יהלום את הצורך הקונקרטי וכן לקבוע את רשימת המורשים לגשת למידע, על פי ההצדקה העניינית לכך. על מנת להגביר את אמון הציבור ולהבטיח כי עניינים אלו לא ייוותרו בד' אמות השירות בלבד נראה כי יש להעמיד כללים אלו לאישורה של הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים, שהיא הגוף הרגולטורי האחראי על הגנת המידע בגופים ציבוריים ופרטיים,¹⁶ וכן לאישור של ועדת השרים וועדת הכנסת לענייני השירות. לעניין זה יש להזכיר את קיומו של מאגר המידע של השב"כ עצמו, שגם עליו חלות ההוראות שבחוק הגנת הפרטיות והתקנות שהותקנו מכוחו לעניין כללי אבטחת המידע.¹⁷

על חריגה מרוח החוק, אם לא מהוראותיו המפורשות, ניתן ללמוד מאותו אירוע שבו האוניברסיטאות העבירו לשב"כ, לפי בקשתו, רשימות של בוגריהן, לצורך איתור עובדים פוטנציאליים לגיוס לשב"כ. המקרה התברר בעקבות פנייתה של ח"כ תמר זנדברג אל משרד ראש הממשלה, ובתשובה לפנייה אושר שמדובר

14 בג"ץ 8070/98, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח (4) 842 (2004).

15 ש.ש.

16 "הרשות להגנת הפרטיות הינה הגוף המסדיר, המפקח והאוכף על פי חוק הגנת הפרטיות בישראל. כרגולטור הפועל להגנה על זכות היסוד לפרטיות ולהגנת מידע אישי בישראל, הרשות להגנת הפרטיות מופקדת על הגנת המידע האישי במאגרי מידע דיגיטליים ועל ביצורה של הזכות לפרטיות. לתכלית זו מפעילה רגולציה, לרבות אכיפה מנהלית ופליילית, על כלל הגופים בישראל – פרטיים, עסקיים וציבוריים, המחזיקים או המעבדים מידע אישי דיגיטלי". אתר הרשות להגנת הפרטיות, דצמבר 2019.

17 תקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז-2017.

בפנייה לצורך גיוס מועמדים לשורות השב"כ. לפניית עיתון "הארץ" בנושא השיב השירות כי לפי עמדתו מוקנית לו הסמכות לבקש את רשימות הבוגרים לצורך גיוס מועמדים לשירות, וסמכות זו נשענת על הוראות חוק הגנת הפרטיות בצירוף חוק השב"כ.¹⁸ בעקבות תשובה זו פנתה האגודה לזכויות האזרח אל השב"כ וטענה, בתמצית, כי גיוס עובדים אינו נמנה עם ייעוד השירות ותפקידיו, ולכן הפנייה אל האוניברסיטאות וקבלת המידע מהן אינן בסמכותו והתבצעו שלא כדין.¹⁹ לאחר שנמלך בדעתו חזר בו השירות מעמדתו והשיב לאגודה לזכויות האזרח כי לאחר בחינת הנושא "הוחלט כי לא נמשיך עוד לפנות למוסדות להשכלה גבוהה בבקשה לקבל רשימות בוגרים".²⁰

אפיזודה זו מדגימה הן את השימוש הנרחב שעושה השב"כ בסמכותו לקבל מידע מגופים ציבוריים והן את המגבלות שהתכלית לקבלת המידע – "לצורך תפקידיו" – מציבה. בתמצית, בקשת מידע וקבלת מידע המתבססת על אינטרסים החורגים מתפקידי השב"כ הן חריגה מסמכותו. עולה מכך הצורך להגדיר בצורה חדה יותר את גבולות המותר והאסור בקבלת מידע ובשימוש בו. לנוכח ההיקף ההולך וגדל של מאגרי המידע ולנוכח הסמכויות הגדולות שיש לשב"כ בגישה למאגרים אלו ייתכן שיש מקום למעורבות של הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים בקביעת כללים בנושא ולא להותירם אך לכללים פנימיים של השירות.

עניין אחר העשוי להשפיע על אופן השימוש בסמכויות השב"כ לשם קבלת מידע ממאגרי מידע הוא כניסתן לתוקף של תקנות הרגולציה האירופית להגנת הפרטיות (GDPR).²¹ התקנות האירופיות הן ניסיון מקיף לקבוע כללים בני אכיפה על ממשלות וארגונים בעניין איסוף מידע אישי ושימוש בו. אף שהתקנות עצמן

18 "סמכותו של השירות לקבלת המידע המבוקש הינה מכוח סעיפים 23 ב' וג' לחוק להגנת הפרטיות תשמ"א-1981, וכן סעי' 7(ב)(7) לחוק שירות הביטחון הכללי התשס"ב-2002. סמכות חוקית זאת מפורטת בכל בקשה כאמור, וככל שזו נענית בחיוב על ידי האוניברסיטה, מחאפשרת העברת המידע המבוקש". מצוטט אצל חיים לוינסון ורויטל חובל, "אוניברסיטאות מעבירות לשב"כ רשימות בוגרים עם פרטים מזהים", הארץ, 11.6.2015.

19 עו"ד דן יקיר ועו"ד אבנר פינצ'וק, אתר האגודה לזכויות האזרח, 15.6.2015.

20 תשובת היועץ המשפטי של השב"כ מיום 7.3.2016, אתר האגודה לזכויות האזרח.

21 General Data Protection Regulation. נכנסו לתוקף ביום 25.5.2018.

כוללות החרגות ניכרות לארגוני ביטחון,²² ההסדרה המקיפה בתחום הגנת הפרטיות במאגרי מידע שתקנות ה-GDPR מבטאות עשויה להיות רלוונטית גם לארגונים מחוץ לאירופה, כולל ארגוני ביטחון המחזיקים מידע על אזרחים אירופאים או המבקשים מידע מארגונים אירופיים, או מארגונים ישראליים המחזיקים מידע על אזרחי אירופה.

4.2.2. הסמכות לקבל נוסף למאגרי המידע שחלות עליהם הוראות החוק **מידע ממאגרי מידע הכלליות**, קיימים מאגרי מידע רגיש במיוחד. מה **מיוחדים** שמייחד מאגרים אלו הוא שקבלת מידע מהם טעונה הסמכה קונקרטיית, בהתאם לחוק הספציפי העוסק באותו מאגר. בחוקים אלו מופיעים התנאים הקונקרטיים הדרושים לקבלת מידע מאותם מאגרים.²³ בכמה מן המאגרים המיוחדים השירות נמנה מפורשות עם הגופים או הרשויות הרשאים לקבל את המידע. מאגרי מידע מיוחדים שלשירות ניתנה הסמכה קונקרטיית כגוף הרשאי לקבל מהם מידע מפורטים להלן.

4.2.2.1. מאגר המרשם הפלילי

זהו מאגר שכינונו ואופן קבלת מידע האגור בו מוסדרים בחוק ספציפי, הוא חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים ובתקנות שתוקנו מכוחו.²⁴ המרשם הפלילי כולל מידע רגיש, בין היתר על הרשעותיו הפליליות של אדם, על צווי מבחן שהוצאו ועל צווים לתועלת הציבור שניתנו גם ללא הרשעה. נוסף על כך המאגר כולל מידע הקשור להליכים פליליים, לרבות תיקים פתוחים (מב"דים). מדובר במאגר חסוי בניהולה של משטרת ישראל, והגישה אל המידע הכלול בו היא בהתאם

22 למשל שם, סעיף 23.

23 למשל מהמאגר שבחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.

24 חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.

לקבוע בחוק.²⁵ גישת השב"כ למרשם הפלילי מוסדרת בסעיף 4 לחוק.²⁶ כמו כן, החוק מאפשר לשב"כ להעביר מידע שהתקבל מהמרשם הפלילי לגופים אחרים.²⁷

4.2.2.2. מאגר מידע גנטי

חוק מידע גנטי²⁸ נועד להסדיר קבלה ושמירה של תוצאות בדיקות גנטיות, שעיקרן נטילת דגימת די-אן-איי של אדם לשם אפיון והשוואה של רצפי די-אן-איי המצויים במאגר.²⁹ החוק כולל הוראות לעניין שמירת המידע הגנטי ולעניין מסירת מידע גנטי וכן הוראות מיוחדות לעניין מסירת מידע גנטי מן המאגר לרשויות ביטחון, ובכלל זה לשירות הביטחון הכללי.³⁰ עוד כולל החוק הוראות לעניין השימוש של רשויות הביטחון במידע גנטי הנמסר להן, אופן שמירת המידע הגנטי המתקבל מהמאגר והעברת מידע גנטי לגופים אחרים,³¹ ונקבעה בו הסמכה לתקן תקנות קונקרטיות לעניין רשויות הביטחון.³²

4.2.2.3. המאגר הביומטרי

המאגר נוצר במסגרת המעבר למסמכי זיהוי ביומטריים, כתוצאה של הרצון לצמצם את תופעת הזיזופים של דרכונים ותעודות זהות.³³ המאגר כולל מידע

25 שם, סעיף 3.

26 "גישה למרשם: (א) המרשם יהיה פתוח לפני הגופים המפורטים להלן והם יהיו רשאים להעביר ביניהם מידע מן המירשם, הכל במידה שהדבר דרוש למילוי תפקידיהם: [...] (2) שירות הבטחון הכללי, לפי כללים שיקבע ראש שירות הבטחון הכללי". שם, סעיף 4.

27 כמפורט בתוספת הראשונה לחוק.

28 חוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

29 שם, סעיף 2.

30 שם, סעיף 31.

31 שם, סעיפים 32-37.

32 שם, סעיף 36. תקנות כאלה טרם חוקנו.

33 חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונחוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009.

הנוגע לאמצעי זיהוי ביומטריים, ועל עצם הקמתו ניטש ויכוח חריף, בעיקר מול העמדה הגורסת שמאגר כזה אינו נחוץ, הוא פוגע בפרטיות ועצם הקמתו מהווה סיכון לפריצה, להעתקת זהות ועוד.³⁴ במאגר נכללים אמצעי זיהוי הביומטריים, שהם תמונת תווי הפנים של האדם, טביעות אצבע של שתי האצבעות המורות,³⁵ וכן "נתוני הזיהוי הביומטריים", שהם נתונים ביומטריים שהופקו מאמצעי זיהוי ביומטריים, ואפשר להשתמש בהם לצורך זיהוי או אימות זהותו של אדם.³⁶ החוק העניק לשירות, בהיותו אחד הגופים הנמנים עם רשויות הביטחון המפורטות בסעיף ההגדרות,³⁷ סמכות לקבל מידע ממאגר המידע הביומטרי. סמכות זו רחבה, ונקבע במסגרתה כי הרשות לניהול המאגר הביומטרי תעביר לרשויות הביטחון, ובכללן השב"כ, מידע מתוך המאגר הביומטרי ותאפשר להן גישה למאגר לצורך מימוש ייעודן ותפקידיהן, בהתאם לכללים שייקבעו.³⁸ מאחר שהכללים אינם מפורסמים,³⁹ לא ידוע אילו הסדרים נכללים בהם לעניין העברת המידע לרשויות הביטחון ואילו הגבלות נכללות בו לעניין העברת מידע שהתקבל מהמאגר הביומטרי.⁴⁰

4.2.2.4. מאגר דיווחים בעלי אופי כלכלי שהוקם מכוח החוק לאיסור הלבנת הון⁴¹

מאגר זה כולל דיווחים על עסקאות כלכליות החייבות בדיווח שהתקבלו בהתאם לחוקים שנועדו להילחם בהיבטים הכלכליים של עבריינות פלילית וביטחונית, כמו החוק לאיסור הלבנת הון, חוק המאבק בטרור,⁴² חוק המאבק בתוכנית הגרעין

34 ראו עומר טנא, "חוק המאגר הביומטרי: סיכונים והזדמנויות", המשפט יז (2013), עמ' 440-428.

35 הגדרת "אמצעי זיהוי ביומטריים" שבסעיף 21 לחוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים.

36 הגדרת "נתוני זיהוי ביומטריים" שם, סעיף 2; פרק ד.

37 שם, סעיף 2.

38 שם, סעיף 21.

39 שם, סעיף 36.

40 שם, סעיף 22.

41 סעיף 28 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000.

42 סעיפים 33-36 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

של איראן,⁴³ פקודת המסחר עם האויב,⁴⁴ וכן לפי החוק למניעת הפצה ומימון של נשק להשמדה המונית.⁴⁵ לניהול המאגר ולהעברת מידע ממנו בהתאם לחוק נקבעה רשות מוסמכת במשרד המשפטים.

בהתאם לקבוע בחוק, שירות הביטחון הכללי הוסמך לקבל מידע מהמאגר הנחון לו לשם ביצוע תפקידים קונקרטיים שנקבעו בחוק, בין היתר לצורך מניעה וחקירה של פעילות של ארגוני טרור, של מעשי טרור, מימון טרור ומניעת פעילות כלכלית עם גורם זר המסייע לפגיעה בביטחון המדינה.⁴⁶ כאמור בחוק, המידע יועבר בכפוף להגשת בקשה מנומקת, בהתאם לכללים שיקבע שר המשפטים ושיפורטו בהם בעלי התפקידים שיהיו רשאים לבקש ולקבל את המידע האמור. נוסף על כך החוק קובע כי "הרשות המוסמכת" תוכל להעביר מיוזמתה מידע מן המאגר למטרות שונות הכרוכות בביטחון המדינה.⁴⁷ השימוש במידע שהועבר מהמאגר לשירות הביטחון הכללי ולגופי ביטחון אחרים הנקובים בחוק מותר לצורך ביצוע דברי החקיקה הנקובים בו, או לשם חקירת עבירות נוספות, או למניעת פגיעה בביטחון המדינה.⁴⁸ כלומר, העברת המידע לרשויות הביטחון, ובכלל זה לשירות הביטחון הכללי, תוכל לשמש גם לחקירות אחרות, בהתאם לתפקידה של אותם גופים ולא רק לעניינים שלשמן הועבר המידע.

43 סעיף 8(ב)(1) לחוק המאבק בתכנית הגרעין של איראן, התשע"ב-2012.

44 סעיף 5 לפקודת המסחר עם האויב, 1939.

45 סעיף 8(ב)(1) לחוק למניעת הפצה ומימון של נשק להשמדה המונית, התשע"ח-2018.

46 "לצורך מניעה וחקירה של פעילות של ארגוני טרור וארגוני טרור מוכרזים, של מעשי טרור ושל מימון ארגונים או מעשים כאמור, מניעת סחר עם האויב, מניעת פעילות כלכלית עם גורם זר מסייע או של פגיעה בביטחון המדינה". סעיף 30(ג) לחוק איסור הלבנת הון. ראו גם תקנות איסור הלבנת הון (כללים לשימוש במידע שהועבר למשטרת ישראל ולשירות הביטחון הכללי לשם חקירת עבירות נוספות ולהעברתו לרשות אחרת), התשס"ו-2006.

47 "מניעה וחקירה של עבירות לפי חוק זה, לפי חוק המאבק בטרור, לפי פקודת המסחר עם האויב ולפי סעיף 29(א) לחוק המאבק בתכנית הגרעין של איראן, ההגנה על ביטחון המדינה או המלחמה בארגוני טרור, בארגוני טרור מוכרזים ובמעשי טרור". סעיף 30(ה) לחוק איסור הלבנת הון.

48 "לשם חקירת עבירות נוספות שלא לפי חוק זה ומניעתן, לשם גילוי עבריינים והעמדתם לדין, ולשם מניעה וחקירה של פעילות של ארגוני טרור או של פגיעה בביטחון המדינה, הכל בהתאם לכללים שייקבעו". שם, סעיף 30(ז).

לא ברור מדוע נקבעו הבדלים כה גדולים בין הנגישות הרחבה שניתנה לשירות למאגר הביומטרי ובין הנגישות המוגבלת יותר, הכרוכה בהגשת בקשות מפורטות ומנומקות יותר, אל המאגר שהוקם מכוח החוק לאיסור הלבנת הון. על פניו המידע הקשור למימון טרור ושימוש ברכוש טרור הוא מידע שהזיקה שלו לייעוד השירות ולתפקידיו אינה פחותה מהמידע הכלול בחוק המאגר הביומטרי, ומכל מקום נראה כי לכל הפחות נכון לפעול לאחידות רבה יותר בין הכללים המסדירים את הגישה של רשויות הביטחון, ובכללן של שירות הביטחון הכללי למאגרי המידע המיוחדים.

4.2.3. הסמכות לאסוף נוסף לסמכות לקבל מידע, חוק השב"כ מסמיך את השירות גם לאסוף מידע. סמכות זו יש לקרוא מידע

עם חוק הגנת הפרטיות, האוסר על שורה של פעולות של איסוף מידע אם יש בפעולות אלו כדי לפגוע בפרטיותו של אדם, כגון בילוש או התחקות אחרי אדם, צילומו ברשות היחיד, העתקת תוכן של כתב שלא נועד לפרסום, שימוש בדיעה על ענייניו הפרטיים של אדם ומסירתה לאחר, ועוד איסורים המפורטים בחוק הגנת הפרטיות.⁴⁹

ואולם, בחוק הגנת הפרטיות נכללת הוראת פטור לרשויות הביטחון, לרבות השב"כ, בגין פגיעה בפרטיות אם נעשתה "באופן סביר, במסגרת תפקידם ולשם מילוי".⁵⁰ מכאן חשיבות ההסמכה המופיעה בחוק השב"כ לאסוף מידע הדרוש לשירות לשם מילוי תפקידיו, וכך פעילויות מבצעיות שלו, כמו מעקב סמוי וצילום סמוי, שכן פעולות אלו מתאפשרות על סמך הפטור מהאיסור שבחוק הגנת הפרטיות. נראה כי נכון יותר שפעילויות הפוגעות בפרטיות יוסמכו באמצעות הרשאה מפורשת, היינו באמצעות הוראה מסמיכה ומפורטת בחוק – הכוללת תנאים, הגבלות ומנגנוני פיקוח – ולא בדרך של פטור מאיסור, כמו הפטור שניתן בחוק הגנת הפרטיות, וראוי לשקול תיקון של מצב דברים זה.

49 סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, החשמ"א-1981.

50 "רשות בטחון, או מי שנמנה עם עובדיה או פועל מטעמה, לא ישאו באחריות לפי חוק זה על פגיעה שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי. [...] (א) 'רשות בטחון', לענין סעיף זה – כל אחד מאלה: [...] (3) שירות בטחון כללי". שם, סעיף 19(ב).

הסמכות להעביר מידע לגופים אחרים

כהשלמה לסמכות הכללית לאסוף ולקבל מידע, החוק מאפשר לשירות להעביר לגופים אחרים מידע שקיים או שהתקבל אצלו.⁵¹ השירות משתמש שימוש קבוע בהסמכה זו לשם העברת

מידע לרשויות ולגופים אחרים בעניינים שהם במסגרת תפקידיו וסמכויותיו בהתאם לכללים שנקבעו לעניין זה. באשר למידע שהתקבל בשירות ממאגרי מידע מוגנים שלגביהם נקבעו הסדרים מיוחדים, כדוגמת המרשם הפלילי והמאגר הביומטרי, השירות כפוף לכללים הקונקרטיים להעברת מידע שנקבעו בכל אחד מחוקים אלו.⁵²

הכללים המאפשרים מסירת מידע הם חסויים ולא פורסמו לציבור, ולכן אי-אפשר לדעת אילו הגבלות נקבעו בהם. מן הראוי שכללים אלו ימנו באופן מפורש את המגבלות להעברת המידע המצוי בידי השירות לגופים אחרים, שכן בהתאם לסמכויות הרבות לאיסוף מידע ולקבלת מידע, לרבות ממאגרי מידע אחרים, מצטבר בידי השב"כ ריכוז מידע עצום, שהיקפו הכולל הוא בלא אח ורע בארגונים הציבוריים. מאגר אדירים זה "קורץ" לרשויות רבות שהיו ששות להשתמש במידע האצור בו לצורכיהן. לפיכך נראה כי הכלל החשוב ביותר שיש לקבוע הוא הגבלה על השירות שלא להעביר את המידע שברשותו לגופים אחרים אלא אם העברת המידע היא במסגרת הסמכויות והתפקידים של השב"כ. החריגים לכלל זה צריכים להיות רק מקרים שבהם הגוף שמבקש את המידע הוא ארגון ביטחוני אחר המבקש את המידע לצורך מילוי תפקידו, או גוף שיש לו סמכויות פיקוח על השירות, דוגמת מבקר המדינה או היועץ המשפטי לממשלה, לצורך מטרת פיקוח בלבד.

טלו למשל מקרה שבו הביטוח הלאומי מבקש גישה למאגרי המידע של השירות על מנת לבחון שמא מקבלי קצבאות מסוימים מתגוררים בישראל או בשטחי הרשות הפלסטינית. אין חולק כי מידע זה נחוץ לביטוח הלאומי לצורך מילוי

51 "להעביר מידע לגופים אחרים בהתאם לכללים שייקבעו ובכפוף להוראות כל דין". סעיף 8(א)(2) לחוק השב"כ.

52 סעיפים 4(ג) ו-5(ב) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים; סעיף 22 לחוק אמצעי זיהוי ביומטריים.

תפקידיו. משכך, ומאחר שחוק הגנת הפרטיות מאפשר לגוף ציבורי לדרוש מגוף ציבורי אחר להעביר אליו מידע הדרוש לו למילוי תפקידיו, נראה כי על פניו, ובהתאם לאמור בחוק הגנת הפרטיות,⁵³ למוסד לביטוח לאומי, שהוא גוף ציבורי כהגדרתו בחוק, יש הסמכות לדרוש את המידע מהשירות, שאף הוא גוף ציבורי לפי חוק הגנת הפרטיות, ולכן לשב"כ יש סמכות, לכאורה, להעביר את המידע המבוקש.⁵⁴ השאלה היא אם מוצדק, מבחינת האינטרס הציבורי, לאפשר העברת מידע שכזה מהשירות אל המוסד לביטוח לאומי. נראה כי התשובה לכך שלילית. אין כל הצדקה לכך שסמכויותיו יוצאות הדופן של השירות באיסוף מידע ובקבלת מידע, אשר הוענקו לו על ידי המחוקק על מנת להילחם בטרור ולקדם עניינים ביטחוניים אחרים, יאפשרו לרשויות אחרות נגישות למאגר זה לתכליות שונות מהתכליות שלשמן היא ניתנה. מבחינה משפטית יש לקרוא את ההגבלה בחוק השב"כ, הקובעת כי העברת המידע מהשירות לגופים אחרים תהיה "לצורך מילוי תפקידיו" של השירות,⁵⁵ כ"דין ספציפי" הגובר על ההוראה הכללית שבחוק הגנת הפרטיות, מכוח כללי הפרשנות המשפטיים, שלפיהם חוק ספציפי גובר על הוראת חוק כללית.⁵⁶ כך יש לנהוג גם בעניין זה.

סמכותו של השירות להעביר מידע לצורך מילוי תפקידיו נדונה בעניינו של אחדד אבו עג'ווה, שביקש להתמנות לאימאם במסגד ג'באליה ביפו. במסגרת הליכי המכרז לתפקיד, שפרסם האגף לעדות דתיות במשרד הפנים, העביר השירות למשרד הפנים מידע על אבו עג'ווה שממנו עולה לכאורה מעורבותו בפעילות עוינת בפרט ובהסתה נגד המדינה ונגד יהודים בכלל. על בסיס מידע זה החליטה ועדת המינויים של משרד הפנים שלא לבחור את אבו עג'ווה לתפקיד. בית הדין האזורי לעבודה נדרש לעניין בשל תביעה שהגיש אבו עג'ווה ופסק כי

53 סעיף 23 לחוק הגנת הפרטיות, החשמ"א-1981.

54 שם, סעיף 23.

55 סעיף 8 לחוק השב"כ.

56 מכוח הכלל של *Lex specialis derogat legi generali*. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית, שריגים-ליאון: נבו, 1992, עמ' 551; ע"פ 946/04, מדינת ישראל נ' עובד, פ"ד נח (6) 951 (2004); בש"פ 4073/17, אילנה ראדה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2018).

לא הייתה מניעה לכך שהשב"כ העביר את המידע לוועדה ולא היה פגם בבקשת הוועדה מהשב"כ להיעזר במידע שהתקבל לגביו מהשב"כ.⁵⁷ בית הדין הארצי לעבודה לא התערב בפסק דינו של בית הדין האזורי, אך נמנע מלהכריע בעצמו בשאלה זו.⁵⁸ נראה כי בית הדין קיבל את התפיסה שאיסוף מידע והעברת מידע על דברי הסתה של מועמד למשרת אימאם קשורים בקשר ישיר לביטחון המדינה ולפיכך איסופם והעברתם מצויים בגדר תפקידי השירות.

נראה כי אין מקום לכך שהכללים להעברת המידע מהשירות לגופים אחרים יישמרו תחת מעטה סודיות וחיסיון, ועניין זה מצדיק חשיבה מחדש. הכללים לאילו גופים מותר להעביר מידע שהצטבר בשירות, באילו תנאים, קל וחומר כאשר מדובר בשירותי מודיעין זרים, הם מעניינו המובהק של הציבור, וכרוכות בהם שאלות נכבדות של פרטיות. שאלות אלו מתחדדות ככל שהנגישות למידע גדלה. גם לשירות עצמו יש אינטרס בכך, על מנת שיהיה חשוף פחות ללחצים מצד בעלי עניין, ובכך תישמר הלגיטימציה הציבורית שהביאה למתן הרשאה לנגישות כה רחבה למאגרי מידע. שמירת הלגיטימציה מחייבת סמכויותיו הרחבות של השירות בתחום איסוף מידע וקבלת מידע יישמרו לצורכי ייעודו ותפקידיו בלבד.

57 תע"א 12015-08, אחמד אבו עג'ווה נ' מדינת ישראל משרד הפנים (פורסם בנבו, 2011), דברי השופט סאמט מיום 29.3.2011:

לא הייתה כל מניעה חוקית לקבלתו ו/או העברתו של מידע זה על ידי השב"כ, אין כל פגם בכך שהועדה ביקשה להיעזר בבואה לדון במועמדותו של החובע, במידע שהתקבל לגביו מהשב"כ.

58 ע"ע 4695-05-11, אחמד אבו עג'ווה נ' מדינת ישראל (20.12.2011).

פרק 5

סמכויות מיוחדות של השירות באיסוף מידע

—

5.1 סמכות האיסוף באמצעות האזנות סתר

5.1.1. נללי
האזנת סתר היא כלי מרכזי לאיסוף מידע המשמש את כל גורמי המודיעין והאכיפה, לרבות שירות הביטחון הכללי. החוק המסדיר את הסמכות והאופן לביצוע האזנת סתר הוא חוק האזנת סתר,¹ למעט האזנת סתר לחברי כנסת, המוסדרת בחוק חסינות

1 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

חברי הכנסת.² הן חוק האזנת סתר והן חוק חסינות חברי הכנסת קובעים שני מסלולים שונים להאזנות סתר: מסלול נפרד להאזנות למטרות ביטחון המדינה ומסלול אחר להאזנות סתר שנועדו למנוע עבירות פליליות ולגלות עבריינים. כפי שיפורט להלן, החוק קובע הבדלים ניכרים בין המסלולים, כך שהדרישות מרשויות הביטחון להיתר האזנת סתר למטרת ביטחון המדינה מקילות מאוד בהשוואה לדרישות במסלול הפלילי, החל על רשויות החקירה האחרות, בהן משטרת ישראל והמשטרה הצבאית החוקרת.

בהתאם להגדרה שבחוק האזנת סתר, האזנת סתר היא האזנה לשיחת הזולת, לרבות קליטה או העתקה של שיחת הזולת, באמצעות מכשיר, בלא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה.³ סעיף ההגדרות קובע עוד כי שיחה כוללת גם העברת מסרי בזק, לרבות תקשורת מחשבים. מכאן שהעברת תוכן בין נמענים באמצעות מחשב מוגדרת כ"שיחה" שהאזנה לה טעונה היתר. בחוק נקבעו סטנדרטים אחרות המוגדרות שיחה שהאזנה לה אינה טעונה היתר.⁴

אחד המצבים הוא האזנת סתר על ידי אדם שהוסמך לכך לשיחה המתבצעת ברשות הרבים. המונח "רשות הרבים" מוגדר בחוק "מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו, וכן מקום שבו מוחזק אותה שעה עצור או אסיר".⁵ חשיבותה של הוראה זו היא בעיקר בתחום החקירות, באפשרות להאזין לעצורים או לאסירים. נוסף על כך אפשר להשתמש בהסמכה זו בקליטת תוכן מרשתות חברתיות בנסיבות שאפשר לראות בהן את רשות הרבים כהגדרתה בחוק, היינו כאשר המידע המצוי שם נגיש ופתוח לכלל המשתמשים.

כאמור לעיל, קיימים הבדלים מהותיים בין המסלול הביטחוני לפלילי. ראשית, היתר להאזנת סתר מטעמי ביטחון ניתן על ידי השר, שלהלכה יכול להיות ראש הממשלה או שר הביטחון, אך למעשה ניתנים כולם על ידי ראש הממשלה, ואילו

2 חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951.

3 סעיף 1 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

4 שם, סעיף 8.

5 שם, סעיף 8(א).

מתן היתר להאזנת סתר מטעמים פליליים הוא בסמכות בית המשפט.⁶ אין זה הברדל של מה בכך, שכן תהליך האישור ואופן הבריקה הכרוך בו על ידי השר הממונה קלים הרבה יותר מתהליך האישור ואופן הבריקה שמתבצעים בבית המשפט, הן מהבחינה הפרוצדורלית והן מהבחינה המהותית והפרקטית.

נוסף על כך, ובהתאם לפסיקת בתי המשפט,⁷ האזנת סתר מטעמים פליליים כפופה לכללי מיון וסיווג שיכשירו אותה כראיה בהליך פלילי ובמיוחד באשר האזנת הסתר היא לשיחה שהעדות עליה חסויה, כמו של עורכי דין, רופאים ועוד.⁸ כללי מיון וסיווג אלו מסרבליים מאוד את העבודה הנדרשת, כך שהאזנת סתר במסלול הפלילי מחייבת השקעת עבודה רבה, בהשוואה לזו הנדרשת לשם מימוש האזנת סתר למטרת ביטחון המדינה, שכן בדרך כלל האזנת סתר למטרת ביטחון המדינה לא נועדה לשמש ראיה במשפט ולכן לא חלים עליה כללי המיון והסיווג הנדרשים במסלול הפלילי. בדומה לכך, גם הכללים הקשורים בהאזנת סתר לבעלי חיסיון ולחברי כנסת קובעים פרוצדורה שונה בין האזנת סתר מטעמים פליליים לבין האזנת סתר מטעמים ביטחוניים, באופן שמקל מאוד על קבלת היתר האזנת סתר לצורך ביטחוני ועל אופן מימושו.

היקף השימוש של השב"כ בהאזנת סתר הוא חסוי. עתירה בנושא שהגישה האגודה לזכויות האזרח בבקשה לחשוף את מספר ההיתרים שקיבל השב"כ לביצוע האזנת סתר נדחתה על ידי בית המשפט העליון,⁹ מן הטעם שחוק חופש המידע פוטר את השב"כ מלגלות מידע שנוצר ונאסף או שנוצר ומוחזק על ידו.¹⁰ אף שהעתירה נוסחה כנגד ראש הממשלה ולא כנגד השב"כ, קיבל בית המשפט את עמדת המדינה שמבחינה עובדתית ומהותית המידע מוחזק בשב"כ ולכן הוא פטור מלגלותו. גם הבקשה לדיון נוסף בנושא נדחתה על ידי נשיאת בית המשפט

6 ראו שם, סעיפים 4, 6.

7 בש"פ 2043/05, מדינת ישראל נ' גד זאבי, 15.9.2005 (לא פורסם).

8 בש"פ 7064/08, מדינת ישראל נ' ליאורה ברקו, 13.8.2009 (לא פורסם).

9 עע"מ 4349/14, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד ראש הממשלה.

10 סעיף 14(א)(2) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

העליון.¹¹ דומה כי אין הצדקה ממשית להסתרת מספרי האזנות הסתר שהשב"כ מבצע, בוודאי כאשר מדובר בהאזנות סתר לאזרחי ישראל ולתושבי ישראל, ושגה בית המשפט העליון כאשר החליט לדחות את העתירה בנושא. אין מדובר כלל בחשיפת פרטים סודיים, כמו שמות האנשים שכנגדם ניתן הצו להאזנת סתר, אלא מדובר בגילוי של היקף מספרי של ההאזנות שבוצעו על פי החוק, כך שיהיה אפשר להשוות את המספר לדמוקרטיה אחרות ולהבין אם ההיקף השתנה במהלך השנים, ובכך לאפשר בקרה ציבורית, מינימלית ככל שתהיה, על השימוש בסמכות כה חודרנית.

האזנות הסתר המבוצעות על ידי השב"כ נחלקות לחמישה סוגים עיקריים:

- (1) האזנת סתר והאזנת סתר דחופה במקרים רגילים;
- (2) האזנת סתר רגילה והאזנת סתר דחופה לבעלי חיסיון (רופא, פסיכולוג, עורך דין, כוהן דת) ולעיתונאים;
- (3) האזנת סתר לחברי כנסת;
- (4) האזנת סתר לעובדים במערכת הביטחון לשם מניעת דלף ביטחוני;
- (5) האזנת סתר שאינה טעונה היתר – האזנות סתר שחוק האזנת סתר קובע שאינן טעונות היתר והן האזנות סתר המתבצעות לפלסטינים בשטחים.

5.1.2. האזנת סתר מטעמי

ביטחון המדינה: סמכות

השב"כ להאזנת סתר במקרים

רגילים ובמקרים דחופים

5.1.2.1. האזנת סתר רגילה

סמכות השב"כ לבצע האזנת סתר קבועה בפרק ב' לחוק האזנת סתר שכותרתו "האזנת סתר למטרת בטחון המדינה". זהו פרק נפרד מהפרק העוסק בסמכויות

להאזנת סתר "למניעת עבירות וגילוי עבריינים"¹², החלות על האזנות סתר למטרות של חקירות פליליות ומופעלות על ידי המשטרה ורשויות חקירה אחרות.

בהתאם לחוק האזנת סתר, האזנת סתר מטעמי ביטחון המדינה יכולה להתבצע על פי בקשה מאת רשות ביטחון, שלפי חוק האזנת סתר הן אגף המודיעין בצה"ל או שירות הביטחון הכללי.¹³ הלכה למעשה, האזנות הסתר למטרת ביטחון המדינה, רובן ככולן, מבוצעות על פי בקשה של השב"כ.

בקשה להיתר להאזנת סתר רגילה קבועה בסעיף 4 לחוק. על פיו, "שר", שהוא ראש הממשלה או שר הביטחון,¹⁴ רשאי להתיר בכתב האזנת סתר אם "נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות בטחון ואם שוכנע לאחר ששקל גם את מידת הפגיעה בפרטיות כי הדבר דרוש מטעמי ביטחון המדינה".¹⁵ כלומר, הגורם המוסמך להתיר האזנת סתר מטעמי ביטחון המדינה הוא ראש הממשלה או שר הביטחון, בכפוף לבקשה להיתר להאזנת סתר המוגשת אליו מאת ראש רשות הביטחון, בעניינינו ראש השב"כ או ראש אמ"ן.

כאמור בחוק, הפנייה חייבת להתבצע בכתב, ומכאן שאין להתיר האזנת סתר בעל פה ואין לקבל בקשה בעל פה להיתר האזנת סתר. מאחר שהחוק קובע כי סמכויות השר אינן ניתנות לאצילה,¹⁶ מתחייב ליצור מנגנון תפעול שיקיים את דרישות החוק, היינו שכל בקשה ובקשה תוגש ותאושר בכתב על ידי ראש הממשלה או שר הביטחון. מאחר שבפועל כל הבקשות מאושרות על ידי ראש הממשלה, התוצאה היא מנגנון המכביד מאוד על אדם עסוק כמו ראש הממשלה, החייב בהתאם לחוק, לאשר בעצמו בכתב כל בקשה להאזנת סתר, והכבדה זו עלולה להקרין על האפשרות הממשית של ראש הממשלה לבקר את הבקשות המוגשות לאישורו ולחתימתו.

12 פרק ג לחוק האזנת סתר.

13 שם, סעיף 1.

14 שם.

15 שם, סעיף 4(א).

16 שם, סעיף 14(א).

נוסף על כך, הבקשה חייבת להיות מראש רשות הביטחון אל השר המאשר. במילים אחרות, מלשון החוק עולה כי ראש הממשלה יכול להתיר או לא להתיר בקשה שמופנית אליו מראש השב"כ, אולם נראה כי אינו יכול לאשר או להורות על האזנת סתר אם לא הובאה לפניו בקשה של הגורם המקצועי, הוא ראש השב"כ. הטעם לכך הוא שבקשה להאזנת סתר אינה עומדת כשלעצמה אלא היא כלי לחקירה ולבריור שחייב להתבסס על נימוקים מקצועיים ועל חשד סביר. מכאן שראש הממשלה אינו מוסמך להתיר או להנחות לבצע האזנת סתר למאן שהוא אם הגורם המקצועי, קרי השב"כ, אינו סבור כי האזנת סתר נחוצה ואינו מבקש היתר לבצעה מראש הממשלה.

בהתאם לאמור בחוק, ההיתר צריך לכלול את הפרטים הבאים:

(1) פרטי זהות היעד שאליו מתבקש היתר ההאזנה: הבקשה שעל בסיסה ניתן ההיתר צריכה לפרט את זהות האדם שהאזנת הסתר מבוקשת לו, ואם זהותו אינה ידועה, או שיש צורך בהאזנה לקו או למתקן מסוים – את הקו או המתקן שמבקשים להאזין לו. למשל, כאשר מבוקשת האזנה למכשיר טלפון שידוע שהוא משמש התארגנות טרור אך בעת בקשת ההיתר לא ידוע מי האדם הספציפי שישתמש בו.¹⁷

(2) פרטי מיקום: על בקשת ההיתר לכלול את מקום ההאזנה, אם המקום ידוע מראש.¹⁸ ניתן לציין את מקום ההאזנה כאשר מדובר בהאזנה למתקן טלפון קווי או כאשר מבוקש היתר להאזנת סתר באמצעות קליטה מיקרופונית במקום מסוים.

(3) פרטים לעניין אופן ההאזנה: הבקשה וההיתר שהוצא מכוחה צריכים לכלול את אופן ההאזנה, למשל אם ההאזנה היא לקו הטלפון, או האזנת סתר לתקשורת בין מחשבים, או האזנה מיקרופונית לחדר שהדוברים נמצאים בו וכיו"ב.

17 ש, סעיף 4(ב).

18 ש.ש.

(4) אורך התקופה המבוקשת: חובה לפרט בבקשה את אורך התקופה המבוקשת להיתר.¹⁹ החוק מגביל את התקופה המקסימלית לשלושה חודשים, וכולל אפשרות לבקש את חידוש ההיתר מדי פעם בפעם.²⁰

אף שהחוק אינו מורה כך במפורש, ראוי שהבקשה תכלול את התקופות הקודמות שבה ניתנו היתרים להאזנת סתר לאדם שמבקשים להאזין לו, על מנת שניתן יהיה להיתר יוכל לקיים את חובתו לשקול את טעמי הביטחון אל מול הפגיעה בפרטיות, המתעצמת והולכת ככל שתוקף ההיתר מוארך שוב ושוב.

(5) טעמים מהותיים לשיקול הדעת: הוראת האיזון שהחוק קובע היא שעל "השר" לשקול אם הבקשה דרושה "מטעמי ביטחון המדינה", וכנגדה עליו לבחון את "מידת הפגיעה בפרטיות" הכרוכה בהיתר ההאזנה. מאחר שהפגיעה בפרטיות היא בבחינת נתון קבוע בכל האזנת סתר, נראה כי על השר לבחון בעיקר עד כמה ההאזנה דרושה בהיבטי ביטחון המדינה. העולה מכך שלבקשה להיתר להאזנת סתר יש אופי פרטני וקונקרטי, ואין מדובר בבקשה להיתר גורף. מכאן שיש לפרט ככל האפשר את הטעמים להאזנה ולתחם את הבקשה ליעד ההאזנה בלבד, שכן בהיעדר כללים ברורים, קביעת מבחן המידתיות בהקשר זה, נותרת לשון פתוחה מדי.

לפיכך, ולאור חשיבות העניין, ראוי לקבוע בתקנות את הפורמט המדויק של הבקשה ושל ההיתר מכוחה, ולהוסיף לנוסח הבקשה פרטים רלוונטיים להבהרת הצורך הביטחוני ופרטים הנחוצים לשם קיום החובה לשקול את הפגיעה בפרטיות. כך למשל, יש לדרוש כי הבקשה תכלול, בין היתר, מידע על משך התקופה המצטברת של ההאזנה, אם היו תקופות קודמות שבהן ניתן היה להאזנת סתר לאותו אדם, ואם כן מה עלה בפעולות ההאזנה שבוצעו. נוסף על כך, אם פרק הזמן המצטבר עולה על שנה, ראוי לדרוש לצרף לבקשה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ובכך ליצור מערכת של מנגנונים מאוזנים ולפרט את הפרמטרים הרלוונטיים לשיקול דעת שעל בסיסם יוכל השר לקיים את האיזון בין הצורך הביטחוני ובין מידת הפגיעה בפרטיות, החיוני לבחינת בקשת ההיתר.

19 שם, טע"ף 4(א).

כאמור לעיל, אף שחוק האזנת סתר מציין ששר הביטחון וראש הממשלה שניהם מוסמכים להתיר האזנת סתר מטעמי ביטחון המדינה, בפועל ההיתרים רובם ככולם ניתנים על ידי ראש הממשלה. החוק קובע כי אם ניתן היתר על ידי שר הביטחון, עליו להודיע "מיד" לראש הממשלה על מתן ההיתר,²¹ על מנת להבטיח כי כל היתרי האזנת הסתר שניתנו לטובת ביטחון המדינה יהיו בידעת גורם אחד, הוא ראש הממשלה.

עניין אחר הקבוע בחוק הוא היעדר האפשרות לאצול את הסמכות להתיר האזנת סתר מראש הממשלה או שר הביטחון לשרים אחרים.²² בהתאם לחוק-יסוד: הממשלה²³ מותר להעביר את הסמכות לשר אחר רק אם אותו השר ממלא את מקומו של ראש הממשלה או שר הביטחון בשל יציאתם לחו"ל או בשל נבצרות, ולמשך אותו זמן בלבד.

כמפורט בפרק 10, שני מנגנוני הבקרה העיקריים על מתן היתרי האזנת סתר לטובת ביטחון המדינה שנקבעו בחוק הם: האחד על ידי היועץ המשפטי לממשלה,²⁴ והאחר מנגנון בקרה פרלמנטרי על ידי ועדה משותפת של הכנסת, המורכבת מוועדת החוץ והביטחון ומוועדת החוקה – חוק ומשפט.²⁵ נוסף לסמכויות הביקורת הקונקרטיות שבידי שני גורמים אלו, קיימות סמכויות ביקורת כלליות גם למבקר הפנימי של השב"כ וכן למבקר המדינה. סמכויותיהם כוללות גם סמכות לביקורת על האזנות הסתר המבוצעות בשב"כ, ובמהלך השנים ביקורות כאלה אכן בוצעו מפעם לפעם, אם כי בדרך כלל דוחות הביקורת בתחום זה אינם מתפרסמים. לאור העובדה שרוב רובן של האזנות הסתר לטובת ביטחון המדינה אינן נבחנות בערכאות משפטיות כלשהן, יש חשיבות מיוחדת לכך שמנגנוני הביקורת של מבקר המדינה ומבקר השב"כ יכחנו בצורה אינטנסיבית יותר את אופן הפעלת הסמכות החודרנית הזאת, שכן בנושא קונקרטי זה אין

21 ש, סעיף 4(ד).

22 ש, סעיף 14.

23 סעיפים 16, 24 לחוק-יסוד: הממשלה.

24 סעיף 4(ד) לחוק האזנת סתר.

25 ש, סעיף 4(ה).

תחליף לתפקידם כנאמני הציבור וכמפקחים מטעמו על תקינותה של הפעלת סמכות להאזנת הסתר.

חוק האזנת סתר קובע כי בקשה להיתר האזנת סתר יכולה לכלול שתי בקשות להיתרים נלווים. האחת, סמכות לצרף לבקשה להיתר להאזנת סתר גם בקשה להיתר להיכנס למקום "לצורך התקנת אמצעים הנדרשים להאזנה, פירוקם או סילוקם".²⁶ בבקשת היתר כאמור חובה לציין את המקום הספציפי שאליו מבוקש היתר הכניסה. דוגמה מובהקת לכך היא שימוש במיקרופונים לצורך האזנה, שלצורך התקנתם יש להיכנס למקום שבו מבקשים להאזין האזנת נפח. למימוש האזנות מסוג זה החוק מאפשר להתיר כניסה פיזית למקום שבו מתבצעת ההאזנה לצורך התקנה או פירוק של האמצעים הדרושים לביצועה. מובן שכדי להצליח בביצוע הכניסה למקום לשם התקנת אותם האמצעים יש לבצע כניסה סמויה, היינו להיכנס לאותו מבנה שלא בידיעתם של בעלי המקום ולא בהסכמתם.²⁷ בדרך כלל השב"כ אינו זקוק למקור סמכות זה על מנת להיכנס למקומות או למבנים שכן יש בידו סמכות כניסה למקומות כאמור מכוח סמכות נפרדת, שעניינה כניסה לחצרים לצורך חיפוש סמוי לצורכי מודיעין.²⁸ ייתכן מאוד שנוכח לקבוע כי לצורך כניסה לשם התקנה או פירוק של אמצעי האזנה תידרש בקשה נלווית לבקשת האזנת הסתר וכי אין להסתפק בסמכויות שבסעיף 10 לחוק השב"כ.

סמכות נלווית נוספת שניתן לצרף לבקשה להאזנת סתר היא בקשה להיתר להפקת נתוני תקשורת של הקו או המנוי שניתן להם היתר האזנת הסתר, למשך אותו פרק הזמן שבו ניתן ההיתר להאזנת הסתר.²⁹ מאחר שבדרך כלל סמכויות השב"כ בעניין קבלת נתוני תקשורת מכסות את המצבים הללו בלי לעורר קושי

26 שם, סעיף 10א.

27 שם.

28 מכוח סעיף 10 לחוק השב"כ.

29 סעיף 99 לחוק האזנת סתר.

מיוחד, ³⁰ נראה כי סעיף זה רלוונטי יותר להאזנת סתר פלילית מאשר לבקשה להאזנת סתר ביטחונית, אולם מבחינה עקרונית, אין מניעה לבקש היתר לשימוש בסמכות נלווית זו גם לצורכי האזנת סתר מטעמים ביטחוניים.

5.1.2.2. האזנת סתר לשיחות חסויות

האינטרס החברתי להותיר לכל אדם את המרחב האוטונומי לדבר עם אנשי מקצוע מסוימים הנקובים בחוק (עורך דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי או כוהן דת) מבלי להיות חשוף לאפשרות שאיש המקצוע יעיד על השיחה וימסור לרשויות החקירה מידע על תוכנה של השיחה הביא ליצירת הסדר מיוחד בפקודת הראיות הנוגע לחיסיון של שיחות עם אנשי המקצוע שנמנו בו.³¹ יש להדגיש כי "בעל החיסיון" אינו איש המקצוע עצמו, אלא האדם שהגיע לקבל טיפול או ייעוץ מאיש המקצוע. במילים אחרות, החיסיון הוא של המתיעץ ורק בידיו הזכות לוותר עליו, ולא בידי איש המקצוע. מטעם זה נקבע בחוק האזנת סתר מנגנון מיוחד לקבלת היתר להאזנת סתר לשיחות שעל פי פקודת הראיות, העדות עליהן חסויה.³²

בבסיסו של ההסדר שבחוק האזנת סתר עומדת התפיסה שהחיסיון על סוד השיחה בין אדם לבעלי המקצוע הנקובים בחוק חולש גם על האזנת סתר לאותה שיחה, ולכן שיחות אלו חסויות גם מפני האזנה. רק אם יש בסיס לחשד שבעל המקצוע מעורב בעצמו בביצוע עבירה אפשר להתיר האזנת סתר, שכן אין כל חסינות לבעל מקצוע החשוד בעצמו בביצוע עבירה. כאשר מדובר במסלול הביטחוני, יש להראות כי בעל המקצוע מעורב בעבירה שהיא "מסוג פשע שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, והאזנת הסתר דרושה מטעמי ביטחון המדינה".³³ כלומר, הבקשה להתיר האזנת סתר לבעל מקצוע צריכה לכלול שלושה אלמנטים:

30 ראו הדיון להלן לעניין סמכויות השירות לקבל נתוני תקשורת בהתאם לסעיף 11 לחוק השב"כ.

31 פרק ג לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

32 סעיף 9א לחוק האזנת סתר. הסעיף מאגד הן האזנת סתר לשיחות חסויות מטעמי ביטחון והן האזנת סתר לשיחות חסויות מטעמים פליליים.

33 שם, סעיף 9א(1).

ראשית, איש המקצוע חשוד בעצמו במעורבות בעבירה כנגד ביטחון המדינה; שנית, מדובר בעבירה שחומרתה היא מסוג פשע, היינו שדינה הוא למעלה משלוש שנות מאסר; שלישית, יש להראות כי קיים קשר בין האזנת הסתר לבין השגת התכלית החקירתית או המודיעינית, כלומר האזנת הסתר נדרשת לשם ברור החשד לקיומה של עבירת הביטחון.

כאשר מדובר בבקשה להיתר להאזנת סתר לשיחות חסויות מטעמים ביטחוניים החוק נוקט פרוצדורה שונה מהאזנת סתר רגילה מטעמי ביטחון המדינה. ראשית, הגורם המוסמך לתת את ההיתר הוא גורם משפטי, נשיא או סגן נשיא של בית משפט מחוזי, ולא רשות מינהלית כמו ראש הממשלה או שר הביטחון, המוסמכים להיתר האזנת סתר רגילה במסלול הביטחוני. נוסף על כך, על הבקשה להיות מוגשת על ידי ראש רשות הביטחון (ראש השב"כ) לאחר שאושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה.³⁴ לאחר הגשת הבקשה, ואם נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו נעתרו לבקשה והתירו האזנת סתר מטעמי ביטחון לבעל חיסיון, ניתן לבצע את פעולה ההאזנה.

משניתן היתר להאזנת סתר מטעמי ביטחון המדינה, אופן מימוש ההיתר זהה לדרך הרגילה בה מבצעים האזנת סתר. יש להדגיש כי קיים הבדל משמעותי בדרך מימוש ההאזנה בין המסלול הביטחוני להיתר האזנת סתר לבעל חיסיון ובין המסלול הפלילי. עיקר ההבדל הוא בכך שבמסלול הפלילי נקבע הסדר שלפיו ביצוע ההאזנה יהיה בדרך של הקלטה בלבד,³⁵ והיא תועבר, כהקלטה או כתמליל, לעיונו של השופט שנתן את ההיתר. על השופט להאזין להקלטה או לקרוא את התמליל ולקבוע איזה חלק מהם רלוונטי לבקשת היתר ההאזנה או שיש בו מידע בקשר לעבירה אחרת, ורק חלק זה הוא יעביר לידי הרשות החוקרת – בדרך כלל המשטרה.³⁶ כאמור, במסלול הביטחוני אין דרישה כזו, והפרוצדורה לביצוע ההאזנה זהה להאזנה רגילה.

34 שם, סעיף 9א(2)(ב).

35 "אלא אם כן הורה השופט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, על דרך אחרת". שם, סעיף 9א(ג).

36 שם, סעיפים 9א(2)(ג)-(ה).

5.1.2.3. האזנת סתר לחברי כנסת

בשל מעמדם הרם של חברי הכנסת, וכן מחשש מפני שיקול פוליטי ומשיקולים של הפרדת הרשויות ושמירת האיזונים הדמוקרטיים בעניין רגיש זה מחד גיסא, ובשל הצורך להבטיח בדיקה של חשדות ביטחוניים או פליליים שעולים נגד חבר כנסת מאידך גיסא, נקבע בחוק חסינות חברי הכנסת מסלול ייחודי באשר להיתר להאזנת סתר לחברי הכנסת.³⁷ על פי סעיף זה, הדרך לקבל היתר להאזנת סתר לחבר כנסת מטעמי ביטחון המדינה מחייבת את קיומם של הרכיבים האלה:

(1) על הבקשה להצביע על חשד שחבר הכנסת מעורב בעבירה מסוג פשע שיש בה סכנה לביטחון המדינה, ועל כך שהאזנת הסתר הכרחית על מנת לכרר את החשד.³⁸

(2) מבחינת הפרוצדורה, על הבקשה להיות מוגשת בכתב על ידי ראש רשות ביטחון ובאישור היועץ המשפטי לממשלה.³⁹ על הבקשה לכלול את זהות חבר הכנסת שמבקשים להאזין לו, את פרטי הקו או המקום שבו מבוקשת ההאזנה, במקרה שהם ידועים מראש, וכן את דרך ההאזנה (לקו הטלפון, האזנה מיקרופונית או אחרת).

(3) הבקשה תוגש לשופט בית המשפט העליון, ובמהלך הדיון, המתקיים במעמד צד אחד, יתייצב מטעם ראש השירות עובד בדרגת ראש מחלקה לפחות (דרגה מקבילה לניצב משנה במשטרה).

(4) אם ניתן היתר, הוא יעמוד בתוקפו לתקופה של עד 3 חודשים, אולם ניתן לבקש את הארכתו שוב ושוב באותו תהליך אישור.⁴⁰

(5) החוק קובע כי השופט שנתן את ההיתר רשאי לתת גם היתר להתקנת האמצעים הדרושים להאזנה, אולם היתר זה לא יחול על משכן הכנסת ורחבתו,

37 סעיף א2 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, ס"ח חשי"א, 80, 3.7.1951, 228.

38 שם, סעיף א2(ב)(1).

39 שם, סעיף א2(ב)-(ג).

40 שם, סעיף א2(ה)-(ו).

מפאת חסינותם של מקומות אלו, אלא אם יושב ראש הכנסת נתן את הסכמתו לכך.⁴¹

סוגיה אחרת הקשורה בחבר כנסת היא השאלה כיצד יש לנהוג אם במהלך האזנת סתר רגילה מתברר כי הצד השני לשיחה של מי שניתן לו היתר האזנה הוא חבר כנסת. כאשר מדובר בהיתר שניתן להאזנת סתר במסלול הפלילי, אזי חוק האזנת סתר מורה כי על המאזין להפסיק את ההאזנה לשיחה מייד עם היודע לו שהשיחה מתנהלת עם חבר כנסת ולהעביר את ההקלטה לשופט שנתן את ההיתר להאזנת הסתר.⁴² על השופט להקשיב לשיחה, ואם מצא כי מדובר בשיחה הרלוונטית להיתר שניתן וכן אם השתכנע כי "הצורך בגילוי החומר [...] עולה על החשש לפגיעה ביכולתו של חבר הכנסת למלא את תפקידו" יורה להעביר חומר האזנה זה לידי המשטרה,⁴³ וכן יורה מה לעשות בשאר החומר שנקלט במסגרת היתר זה.

ואולם, החוק שותק לגבי האזנת סתר בעניין שיחה שנקלטה בין מושא ההאזנה לבין חבר כנסת במסלול הביטחוני. משתיקת החוק במסלול הביטחוני אפשר להסיק כי נותר שיקול דעת רחב לרשויות הביטחון בשאלה כיצד לנהוג בעניין זה. נראה כי ככלל, הכללים לגבי שיחה שבמהלכה מתברר כי הצד השני לשיחה הוא חבר כנסת מחייבים את עצירת השיחה ופנייה לדרג בכיר (ראש השירות) על מנת לאשר את המשך ההאזנה, ובלבד שראש השירות השתכנע, בדומה למבחן האיזון במסלול הפלילי, כי מדובר בשיחה הרלוונטית להיתר שניתן וכן כי הצורך בהמשך ההאזנה עולה על החשש לפגיעה ביכולתו של חבר הכנסת למלא את תפקידו. במקרה שעולה חשד שחבר הכנסת עצמו מעורב בעבירה – יש לפנות למסלול של בקשת היתר להאזנה לחבר כנסת.

במקרים רבים ניתוח נתוני התקשורת מאפשר לזהות כי הצד השני לשיחה הוא חבר כנסת, עוד בטרם נשמעה מילה אחת בין המשווחים. נראה כי, ראשית, על מערכות ההאזנה להיות מעודכנות כדי שתוכלנה להתריע על קיומה של שיחה

41 שם, סעיף 2(ז); סעיף 6 לחוק משכן הכנסת רחבתו ומשמר הכנסת, התשכ"ח-1968.

42 סעיף 7 לחוק האזנת סתר.

43 שם, סעיף 7(ג).

כזו. נוסף על כך, מקרה כזה אינו נופל בתחום המונח "בדרך אגב",⁴⁴ ולכן האזנה לשיחה כזו מצריכה הליך אישור מיוחד בטרם האזנה לה. מכל מקום, הדעת נותנת כי רגישות האזנה לשיחה שמעורב בה חבר כנסת מחייבת, לכל הפחות, נהלים פנימיים בעניין השאלה אימתי יש להפיק שיחה כזו, מי רשאי להיחשף למידע העולה ממנה וכיו"ב הנחיות לטיפול זהיר במידע כזה, על מנת למנוע כל חשש לשימוש לרעה במידע על נבחר ציבור שעלה בהאזנת סתר, ורצוי שנהלים אלו יאושרו על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

5.1.2.4. האזנת סתר לעובד מערכת הביטחון לשם איתור או תניעה של דליפת מידע ביטחוני

סמכות נוספת לביצוע האזנת סתר מטעמי ביטחון נעוצה בצורך למנוע דליפת מידע ביטחוני מאת עובדי מערכת הביטחון החשופים למידע מסווג.⁴⁵ להבדיל מהאזנת סתר לאדם כלשהו מטעמים של פגיעה בביטחון המדינה, המצריכה חשד או לפחות הצבעה על טעם שעניינו מניעת פגיעה בביטחון המדינה במובנו הרחב, כאן הטעם הוא שמירה על סודות המדינה על ידי מניעה או איתור של דלף מידע ביטחוני. זוהי סמכות חריגה, שמטרתה מניעתית, והיא שונה מהמטרה החקירתית-מודיעינית הקיימת בדרך כלל בהאזנת סתר רגילה למטרות ביטחון המדינה. נוסף על כך, היעדים הפוטנציאליים להאזנה הם עובדי מערכת הביטחון עצמם החשופים למידע הביטחוני שאת דליפתו מבקשים למנוע או לאתר, כלומר יעדי ההאזנה כאן הם בשר מבשרה של המערכת ולא גורמים המנסים לפגוע בביטחון המדינה, שהם בדרך כלל היעדים להאזנת סתר רגילה מטעמי ביטחון המדינה.

הגדרת "עובדי מערכת הביטחון" בסעיף זה היא רחבה, וכוללת את כל מי ש"נושא משרה או ממלא תפקיד שסווג סיווג ביטחוני בגוף שעל-פי החלטת הממשלה אבטחתו מונחית על-ידי שירות הביטחון הכללי". נוסף על כך ההגדרה כוללת גם את כל מי שמועסק בחברה אזרחית, אם חברה זו קשורה בחוזה עם

⁴⁴ ראו החלטת השופט לוי מיום 17.6.2018 בחו"ח פ"פ 16512-08-17, מדינת ישראל נ' קירשנבאום ואח'.

⁴⁵ סעיף 4א לחוק האזנת סתר.

גוף ביטחוני ואבטחתה מונחית, ישירות או בעקיפין, על ידי שירות הביטחון הכללי.⁴⁶ התוצאה היא מספר גדול מאוד של עובדי מדינה ועובדים בחברות פרטיות הקשורות בחוזה עם מערכת הביטחון שסעיף זה חל עליהם. החוק מחייב כי עובדים העלולים להיות חשופים להאזנת סתר לפי סעיף זה יקבלו הודעה על כך עם קליטתם לעבודה, והודעה כזו תובא שוב לידיעתם מדי שנה, כל עוד הם מועסקים בתפקיד המסווג.⁴⁷ יש מקום לוודא כי הוראה זו אכן מקוימת כלשונה ולא התמססה ברבות השנים.

החוק קובע עוד כי האזנת הסתר על פי סעיף זה תתבצע אך ורק למכשיר שניתן לעובד על ידי מעסיקו, לרבות מכשיר טלפון נייד, מחשב או כל ציוד קצה אחר שניתן לעובד על ידי מעסיקו.⁴⁸ כלומר, אין להשתמש בסמכות זו כדי להאזין לטלפון פרטי של עובד, היינו מכשיר שלא נופק לו על ידי מעסיקו. הסיבה לכך היא שאין מדובר בחשד קונקרטי כלפי היעד להאזנה אלא בהאזנה שההיגיון שלה הוא מניעת דלף ביטחוני.

מכאן שבמקרה שעולה חשד קונקרטי כלפי עובד של מערכת הביטחון לפעילות הפוגעת בביטחון המדינה יש לבקש היתר רגיל להאזנת סתר מטעמי ביטחון, כך שיהיה מותר להאזין לכל מכשיר טלפון שברשותו, ולא להשתמש בסמכות ההאזנה למניעת דלף ביטחוני.

הגורם המוסמך לבקש האזנת סתר מטעמי ביטחון הוא ראש רשות ביטחון (ראש השב"כ או ראש אמ"ן), והגורם המוסמך לאשר את הבקשה הוא ראש הממשלה או שר הביטחון. על הבקשה להיות מוגשת בכתב, ועליה לפרט את זהות האנשים, המתקנים או הקווים שמבוקשת להם ההאזנה. תוקף ההיתר מוגבל ל-15 ימים, אולם ניתן להאריכו עד לתקופה של 30 ימים. האזנת סתר על פי סעיף זה לתקופה שמעבר ל-30 ימים טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה.⁴⁹ מנגנון

46 שם, סעיף 4א(ד).

47 שם, סעיף 4א(ב1).

48 שם, סעיף 4א(א).

49 שם, סעיף 4א(ב).

השלמה לסעיף זה נקבע על ידי שר הביטחון בכללים חסויים בהתייעצות עם שר המשפטים, והם אסורים לפרסום.⁵⁰

האזנת סתר למניעת דלף מידע ביטחוני היא סעיף הסמכות היחיד שלא נקבע בו מנגנון בקרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או על ידי גורם שיפוטי כלשהו. מאחר שאין מדובר בהאזנה לגורמים עוינים אלא לעובדי מדינה ואזרחים אחרים המועסקים בחברות הקשורות בחוזים עם מערכת הביטחון, מוצע לקבוע בחוק כי חומר המופק מהאזנה במסגרת סמכות זו שאין בו חשש לעבירות על ביטחון המדינה יושמד ולא יישמר. נוסף על כך מוצע לקבוע כי חומר האזנה שעלה במסגרת הפעלת סמכות זו שהשב"כ או רשות אחרת מבקשים לשמרו יועבר לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה, ומנגנון זה ישמש כגורם בקרה מפני שימוש לרעה בסמכות זו.

נוסף על כך עולה חשש שבקונסטלציה מסוימת סעיף זה עלול להיות מנוצל לפיקוח על בכירים במערכת הביטחון, לרבות ראשי מערכת הביטחון עצמם, החשופים למידע מסווג כעניין הטבוע במהות תפקידם. אין מדובר בחשש בעלמא, שכן חשש כזה, שלא בורר לעומקו, עלה מפי ראש המוסד לשעבר במסגרת תחקיר עיתונאי.⁵¹ נראה כי האינטרס שבעלי תפקידים בכירים ביותר במערכת הביטחון לא יהיו חשופים להאזנות סתר מטעמים זרים מחייב לקבוע מנגנוני בקרה מפני שימוש לרעה בהסמכה זו. מוצע כי כל האזנת סתר לבעל תפקיד בדרגת בכירות מסוימת (למשל, אלוף ומעלה או מקבילים) לא תבוצע במסלול זה אלא רק במסלול הרגיל, היינו אם קיימים טעמי ביטחון קונקרטיים המצדיקים האזנת סתר כזו.

5.1.2.5. האזנת סתר במקרים דחופים

חוק האזנת סתר מכיר בכך שבהאזנת סתר רגילה, בהאזנת סתר לשיחה חסויה או בהאזנת סתר למניעת דלף ביטחוני ייתכנו מקרים שבהם צורכי הביטחון יחייבו מתן היתר דחוף להאזנת סתר, ולגבי אותם מקרים החוק קבע מנגנון שלפיו ראש רשות הביטחון (ראש השב"כ או ראש אמ"ן) יוכל ליתן היתר להאזנה דחופה. מעניין להיווכח כי מנגנון כזה לא נקבע להאזנת סתר לחברי כנסת.

50 שם, סעיף 4(ב)-(ג).

51 ריאיון עם חמיר פרדו, עובדה, 31.5.2018.

היתר להאזנת סתר דחופה ניתן אם שוכנע ראש רשות הביטחון כי "ביטחון המדינה מחייב האזנת סתר שאינה סובלת דיחוי, וכי אין סיפק לקבל בעוד מועד היתר".⁵² משמעות הדברים היא שאין מדובר בעניין שבנוחות אלא יש להצביע על הכרח ביטחוני דחוף. החוק קובע כי בהאזנות סתר רגילות או בהאזנות סתר מכוח הסמכות למניעת דלף מידע ביטחוני, ההיתר של ראש השב"כ או ראש אמ"ן להאזנת סתר דחופה חייב להינתן בכתב ולכלול את הפרטים הנדרשים בבקשה להיתר רגיל. תוקף ההיתר להאזנת סתר דחופה הוא עד 48 שעות. כאשר מדובר בהאזנת סתר דחופה בקטגוריות של האזנת סתר רגילה או האזנת סתר למניעת דלף ביטחוני או לאיתורו, על ראש רשות הביטחון שנתן את ההיתר להאזנה דחופה להודיע על כך מייד לשר (קרי, לראש הממשלה או לשר הביטחון), והשר רשאי לאשר בדיעבד את ההיתר או לבטלו.

בהאזנת סתר דחופה המתבצעת תחת הקטגוריה של האזנה לשיחה חסויה, על ראש רשות הביטחון להודיע מייד ליועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה יכול לבטל את ההיתר שנתן ראש רשות הביטחון, או לחלופין לפעול על מנת לאשר את ההיתר בדיעבד, על ידי הגשת בקשה לנשיא או לסגן הנשיא של בית המשפט המחוזי להתיר בדיעבד את האזנת הסתר לשיחה החסויה, ואם הצורך בהאזנה עודנו קיים, לבקש באותה הזדמנות היתר האזנה בדרך הרגילה.

השירות נזקק לשם מילוי תפקידיו לאיסוף מידע גם על ידי חיפושים שנועדו למטרות מודיעין. לפיכך ניתנו בידי עובדי השב"כ סמכויות חיפוש נרחבות – הן לביצוע חיפושים גלויים והן לביצוע חיפושים סמויים למטרות מודיעין.

5.2

סמכויות השירות לאיסוף מידע באמצעות חיפושים וחיפושים סמויים לצורכי מודיעין

5.2.1. חיפוש למטרות חודיעין במעברי גבול מעברי הגבול של ישראל – לרכות המעברים הבינלאומיים, היבשתיים, האוויריים או הימיים, וכן המעברים הפנימיים בין ישראל לרשות הפלסטינית – הם אתרים ספציפיים שבהם ניתנה לעובדי שירות שהוסמכו לכך היתרים לבצע חיפוש גלויים או סמויים לצורכי מודיעין, ובלבד שהחיפוש מתבצע בתוך המתחם הפיזי של אותם אתרים.⁵³ הסיבה לייחוד הסמכות לחיפוש למטרות מודיעין במעברי גבול היא שבאתרים אלו יש תנועה מהירה יחסית של ישראלים וזרים אל ישראל וממנה בלא שזהות הנכנסים או היוצאים ידועה תמיד מראש ובלא שיש סיפק לבקש היתר חיפוש מראש. יתר על כן, התנהגות חשודה של אדם במעבר הגבול עלולה להיות אף היא שיקול לביצוע חיפוש למטרות מודיעין.

לפיכך המנגנון שנקבע בחוק הוא הסמכת עובדי שב"כ מסוימים, המוצבים באופן קבוע או זמני במעברי הגבול, לחיפוש במתחם מעבר הגבול. במילים אחרות, השימוש בסמכות זו מוגבל למתחם הגאוגרפי המגודר של מעבר הגבול, ואין להשתמש בסמכות זו לשם חיפוש גלוי או סמוי בכלים או בגופו של אדם שלא נמצא פיזית במעבר הגבול או לחפש בכבודה או בטובין אחרים אם הם יצאו משטח מעבר הגבול. בתוך מתחם מעבר הגבול ההיתר לבצע חיפוש גלוי או סמוי נמסרה לעובדים שהוסמכו במיוחד לשם כך, והפעלת סמכותם לשם מילוי תפקידי השירות כפופה לשיקול דעתם במקום ובלא צורך להיזקק להיתר קונקרטי נוסף לביצוע חיפוש על אדם או על כבודה כאלו או אחרים.

הסמכות לבצע חיפוש במעברי גבול ניתנה לשם מילוי תפקידי השירות הנקובים בחוק השב"כ,⁵⁴ היינו, לשם סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה,⁵⁵ לשם ביצוע משימות האבטחה שהשירות

53 סעיף 9 (ד) לחוק השב"כ.

54 שם, סעיפים 7(ב)(1), 7(ב)(2), 7(ב)(6).

55 "סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו". שם, סעיף 7(ב)(1).

מופקד עליהן,⁵⁶ וכן למילוי התפקידים האחרים שקבעה הממשלה,⁵⁷ שחלקם לא מפורסמים ולא ידועים בציבור. עניין אחרון זה מעלה חשש שמא הסמכות החריגה של חיפושים גלויים וסמויים במעברי הגבול של ישראל תופעל למטרות שהציבור לא מודע להן.

החוק מונה שני מצבים אפשריים לביצוע החיפוש. האחד, חיפוש גלוי, המתבצע בנוכחות האדם אשר בכליו מחפשים. האחר, חיפוש סמוי, המתבצע שלא בפניו של האדם שבכליו מחפשים ואף שלא בידיעתו. מנוסח הסעיף עולה כי דרך המלך היא חיפוש גלוי, אולם לעובד שהוסמך לכך ניתן שיקול דעת להחליט כי האמצעי המתאים יותר להשגת היעדים הוא חיפוש סמוי. סמכות החיפוש הגלוי היא לחיפוש ב"גופו של אדם, בכליו, במטענו, בכלי רכבו או בטובין אחרים שבידיו",⁵⁸ והיא מאפשרת לאסוף מידע ואף לתפוס חפץ שבידיו, בכפוף לתקנות שהותקנו לעניין זה.⁵⁹ כאשר מדובר בחיפוש סמוי אפשר לחפש בכלים, במטען, בכלי הרכב או בטובין אחרים שאינם על גופו של אדם.

כאמור בתקנות, תפיסת חפץ שנתפס בחיפוש גלוי, דהיינו בנוכחותו של האדם, מאפשרת לו לעמוד על זכויותיו, לדעת אם השימוש בסמכות לתפוס חפץ בוצע כדין ולעקוב אחר תקינות ההחזקה וההחזרה של החפץ שנעשה בו החיפוש, והכול בהתאם לחוק ולתקנות. אם האדם סבור שלא נהגו בו בהתאם לסמכות שברדיו, פתוחה בפניו הדרך לסעד משפטי. לעומת זאת, חיפוש שלא בנוכחותו של האדם ובלא ידיעתו הכרוך בתפיסת חפץ מעלה קושי אינהרנטי של מעקב ובקרה. לפיכך נקבע בתקנות מסלול שונה לתפיסת חפץ בחיפוש גלוי לעומת חיפוש סמוי.

הכלל, הנוגע הן לחיפוש גלוי והן לחיפוש סמוי, הוא שחפץ שנתפס יוחזק למשך הזמן הדרוש על מנת לבדוק אותו או להעתיקו, ומשהסתיימה עילת התפיסה

56 "אבטחת אנשים, מידע ומקומות, שקבעה הממשלה". שם, סעיף 7(ב)(2).

57 "פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". שם, סעיף 7(ב)(6).

58 שם, סעיף 9(א).

59 תקנות שירות הביטחון הכללי (חפץ שנתפס), החשט"ד-2004.

יש להחזירו לאדם שהחפץ נלקח ממנו, והכול לא יאוחר מ-10 ימים ממועד התפיסה.⁶⁰ התקנות מורות כי בסמכות ראש אגף בשירות להאריך את תקופת התפיסה עד ל-30 ימים מהמועד שבו נתפס החפץ, ואילו ראש השירות רשאי להאריך את תקופת התפיסה עד לפרק זמן מצטבר של 90 ימים ממועד התפיסה.⁶¹ במקרה שראש השירות מגיע לכלל מסקנה שמטעמים של ביטחון המדינה אין להחזיר את החפץ שנתפס לבעליו, בסמכותו להורות אם להמשיך להחזיק בחפץ שנתפס או להשמידו.

כאשר מדובר בחיפוש גלוי, החלטה של ראש השירות שלא להחזיר את החפץ או להשמידו תובא לידיעתו של בעל החפץ שנתפס. במקרה כזה, וכן אם החפץ ניוזק או אבד, ראש השירות רשאי להחליט כי יוחזר לאדם חפץ אחר, זהה או שווה ערך, או כי השירות יפצה את האדם שממנו נלקח החפץ.⁶² כאשר מדובר בחיפוש סמוי שבמהלכו נתפס חפץ, בדרך כלל אי-אפשר להביא לידיעת האדם שבכליו בוצע החיפוש הסמוי את החלטתו של ראש השירות שלא להחזיר לו את החפץ. אם ראש השירות מצא כי מטעמים של ביטחון המדינה אין למסור הודעה לאדם שבמהלך חיפוש סמוי נתפס חפץ ולא הוחזר, עליו לקבל את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה – הן להחלטה שלא להודיע לאדם על תפיסת החפץ או על השמדתו, והן להחלטתו מה ייעשה בחפץ.⁶³ מצב היפותטי כזה של הסמכות המפורטת כאן מתגשם לדוגמה במקרה של צורך חיוני בבדיקה של מכשיר שנתפס כשעצם הבדיקה עלולה לגרום נזק למכשיר. אם השב"כ מגיע למסקנה שהבדיקה חיונית ושלא ייגרם נזק מבצעי כתוצאה מאי-החזרת הפריט, ייתכן שישתמש בסמכות זו, בכפוף לאישור היועץ המשפטי לממשלה.

בשל חריגותה של הסמכות ועל מנת להבטיח כי הסמכות שניתנה לשירות לבצע חיפוש סמוי וליטול במהלך החיפוש חפץ שהוא קניינו הפרטי של

60 שם, סעיף 1(א).

61 שם, סעיף 1(ב)-(ג).

62 "יוחזר תחתיו חפץ זהה או שווה ערך או כי השירות יפצה את האדם שממנו נלקח החפץ בסכום שיקבע ראש השירות, בהתחשב בשווי החפץ או הנזק שנגרם". שם, סעיף 3.

63 שם, סעיף 2(ב).

אדם, מבלי להודיע לו דבר ומבלי להחזירו, תשמש רק במקרים הכרחיים ורק בהתאם לטעמים הקבועים בחוק – קבע המחוקק שהיועץ המשפטי לממשלה הוא גורם הבקרה בתהליך. מעבר לעניין קונקרטי זה, הסעיף אינו קובע כל מנגנון בקרה על השימוש בסמכויות חיפוש נרחבות אלו, גם לא בדיעבד. גם אם קיימת הצדקה שלא להיזקק להיתרים קונקרטיים מראש אלא להותיר שיקול דעת לעובדי השירות שהוסמכו לכך לפעול לשם מילוי תפקידי השירות ולבצע חיפושים, גלויים או סמויים, על פי שיקול דעתם במקום, נראה כי נדרשת בקרה, ולו בדיעבד, על הפעלת סמכויות כה חודרניות של השירות במעברי הגבול. נראה כי בדומה לאמור בחוק האזנת סתר, נכון להוסיף לסעיף חובה של דיווח חודשי, בדיעבד, לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה על מספר החיפושים שבוצעו, על זהות האנשים שסמכות החיפוש הופעלה בעניינם והנימוקים לה וכן חובה של דיווח שנתי לוועדת הכנסת לענייני השירות על מספר החיפושים הסמויים והגלויים.

5.2.2. חיפוש סמוי
למטרות מודיעין
בכלי רכב ובחצרים

בשונה מסמכות החיפוש במעברי גבול, המוגבלת למתחם מעבר הגבול בעת שהאדם או הטובין שמתבקש בהם החיפוש מצויים פיזית במקום, הסמכות לחיפוש סמוי למטרות מודיעין בכלי רכב ובחצרים אינה מוגבלת למקום או למועד.⁶⁴ לפיכך, בניגוד להסמכה הכללית לעובדים ספציפיים לחיפוש גלוי או סמוי במעברי גבול, יש צורך בהיתר פרטני וקונקרטי לביצוע פעולת חיפוש סמוי בכלי רכב ובחצרים שאינם במעברי גבול. סמכות זו מקנה לשירות יכולות חיפוש חודרניות המתבצעות תמיד בצורה חשאית.

חיפוש סמוי טעון היתר קונקרטי, בכתב, על ידי ראש הממשלה לבעלי תפקידים מקרב עובדי השירות, שנקבעו בהוראות השירות.⁶⁵ כלומר, על פי לשונו של החוק אין אפשרות להסמיך את מי שאינו עובד השירות להיכנס לחצרים או לכלי

64 סעיף 10 לחוק השב"כ.

65 שם, סעיף 10(א).

רכב לשם חיפוש סמוי למטרות מודיעין.⁶⁶ עניין זה עלול לעורר קושי, מאחר שיייתכן מצב שבו יהא צורך לשתף בפעולה בעל יכולות ספציפיות (למשל מומחה טכנולוגי, דובר של שפה נדירה וכו'), גם אם הוא עובד ברשות ביטחון אחרת או אפילו אזרח המגויס למבצע למטרה ספציפית. ייתכן שנכון יהיה לתקן את הנוסח ולקבוע כי ההיתר יכול להיות קונקרטי, תוך כדי נקיבה בתוך ההיתר עצמו בשם המפורש של האדם המוסמך לבצע את החיפוש הסמוי, ובכך לאפשר את השתתפותם של בעלי יכולות ייחודיות הנדרשות לכיצוע של חיפוש סמוי זה, מבלי שיהיו בהכרח עובדי השירות שהגדרתם בחוק.

הסמכות משתרעת על חיפוש ב"חצרים" – היינו במבנים, בתים ותכולתם והחצרות הצמודות אליהם – וכן בתוך כלי רכב. על מנת ליתן את ההיתר המבוקש, על ראש הממשלה להשתכנע כי מצוי בהם מידע חיוני למילוי תפקידי השירות וכי אי-אפשר להשיג את המידע בדרך אחרת.⁶⁷

על ההיתר לפרט מהם כלי הרכב או החצרים שבהם ניתן לחפש את המידע שמבקשים לאסוף, עד כמה שהוא ידוע מראש, ומהו אורך תוקפו של ההיתר.⁶⁸ החוק שותק לגבי השאלה אם היתר שניתן לתקופה מסוימת מאפשר כניסה לחצרים או לכלי רכב יותר מפעם אחת במשך תקופת ההיתר. במילים אחרות, אם ההיתר פוקע לאחר כניסה אחת לכלי הרכב ולחצרים או שהוא נותר בתוקפו לכל אורך התקופה שהוצא לה. מצד אחד, הסעיף נוקט ניסוח המצביע על פעילות חד-פעמית למטרה מסוימת, ומאידך גיסא, ההיתר ניתן לפרק זמן שבמהלכו הוא לכאורה נותר בתוקף גם אם שימש לכמה כניסות סמויות לאותם כלי רכב או חצרים.

נראה כי לאור נוסחו של הסעיף ותכליתו, שהיא חיפוש סמוי למטרות מודיעין, ייתכנו מקרים שבהם על מנת להשלים את המשימה יהא צורך ביותר מכניסה

66 "עובד השירות" – עובד המדינה בשירות הביטחון הכללי". על פי הגדרתו שם, סעיף 1.

67 "באותו כלי רכב או באותם חצרים מצוי מידע חיוני לשם מילוי תפקידי השירות לפי סעיף 7(ב)(1), (2) או (6), וכי לא ניתן, באופן סביר, להשיג את מטרת החיפוש בדרך אחרת". שם, סעיף 10(א).

68 שם, סעיף 10(ג).

אחת, למשל במצבים שיש חומר רב שנדרש להעתיק ואין דרך לעשות זאת בבת אחת, או שלימוד המכשולים לכניסה לחצרים מסוימים והתגברות עליהם מחייבים יותר מכניסה אחת. מכאן שפרשנות סבירה תהיה שבמקרה שבמשך תקופת ההיתר יש צורך ביותר מכניסה אחת לחצרים, על מנת להגשים את מטרת החיפוש הסמוי, המפורטת בהיתר, אין צורך להיזקק להיתר נוסף, למרות הפגיעה בפרטיות כתוצאה של כניסות מרובות לכלי הרכב או לחצרים בהשוואה לכניסה בודדת.

בדומה להאזנת סתר, גם כאן החוק מאפשר לראש השירות ליתן היתר לחיפוש סמוי לצורכי מודיעין במקרים דחופים, "אם שוכנע כי החיפוש הוא חיוני ואינו סובל דיחוי, וכי אין סיפק לקבל היתר [...] בעוד מועד".⁶⁹ אם נתן ראש השירות היתר לחיפוש סמוי במקרה דחוף, עליו להודיע על כך לראש הממשלה בתוך 72 שעות ממתן ההיתר. כמו כן, ובדומה למנגנון שבחוק האזנת סתר, גורם הבקרה המופקד על תחום זה הוא היועץ המשפטי לממשלה, וראש השירות נדרש לדווח לו אחת ל-30 ימים על היתרים שניתנו לפי סעיף זה.⁷⁰

5.2.3. חיפוש סמוי
לצורכי מודיעין במחשב
ובחומר מחשב

במקרים רבים שבהם נדרש היתר לחיפוש סמוי במחשב אין הכרח לבצע את החיפוש על ידי כניסה פיזית לחצרים או לכלי הרכב שבהם נמצא המחשב, אלא אפשר לבצעו מרחוק, בחדירה למחשב על ידי פריצה למחשב (hacking). פרשנות אפשרית היא שהסמכות החוקית לכניסה מרחוק למחשב נשענת אף היא על היתר לחיפוש סמוי מכוח סעיף 10 לחוק השב"כ, בתנאי שמתן ההיתר לחיפוש סמוי בחצרים כולל בתוכו גם היתר לחדירה למחשב המצוי שם. לפי דרך פרשנות זו, היתר זה מכשיר את החיפוש, גובר על האיסור הקבוע בחוק המחשבים,⁷¹ ואין הוא מהווה חדירה שלא כדיון.

69 שם, סעיף 10(ב).

70 שם, סעיף 10(ד).

71 "החודר שלא כדיון לחומר מחשב הנמצא במחשב, דינו - מאסר שלוש שנים; לענין זה, 'חדירה לחומר מחשב' - חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו, אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979". סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995.

עם התקדמות הטכנולוגיה, המונח "מחשב" מקיף יותר ויותר חפצים, ובמיוחד עם כניסת האינטרנט של הדברים (IOT – Internet of Things) לכל בית – מטלוויזיה חכמה, דרך עוזר וירטואלי חכם, ועד מקרר חכם. כל אלה מאפשרים איסוף מידע רב באמצעות חדירה וחיפוש סמוי מרחוק, לעיתים בשילוב האזנת סתר. כתוצאה מכך ההיתר לביצוע חיפוש סמוי במחשב מרחוק מכוח סעיף זה הוא אחד המקורות העיקריים לאיסוף מידע המצוי במחשב. כאמור, פרשנות אפשרית היא שהסמכות להתיר כניסה לכלי רכב ולחצרים לשם חיפוש סמוי לצורכי מודיעין כוללת גם היתר לכניסה מרחוק לשם חיפוש סמוי במחשב. ואולם, כדי שלא להסתמך על פרשנות זו בלבד, הציעה הממשלה במסגרת הצעת חוק המאבק בטרור, הן בנוסחו משנת 2011 והן בנוסח משנת 2015,⁷² לתקן את חוק השב"כ, כדי "להסדיר במפורש סמכויות הנדרשות לשירות הביטחון הכללי [...] נוכח הצרכים המשתנים בהתמודדותו עם פעילות טרור, בעיקר זו המבוצעת תוך שימוש במחשבים".⁷³ ההצעה מבקשת לתקן הן את סעיף 9 לחוק, העוסק בחיפוש גלוי וסמוי במעברי גבול, והן את סעיף 10, העוסק בחיפוש סמוי למטרות מודיעין בכלי רכב ובחצרים.

על פי ההצעה, לסעיף 9 יוספו המילים "לרבות מחשב או חומר מחשב". בסעיף 10 לחוק תוחלף המילה שבכותרת "בחצרים" במילים "בחצרים ובמחשב", ובסעיף 10(א) יוסף "וכן לבצע חדירה לחומר מחשב והכול [...] באותם חצרים או באותו חומר מחשב". התיקונים המוצעים, אם יתקבלו, יסדירו ויבהירו במפורש כי הסמכות לבצע חיפוש סמוי לצורכי מודיעין כוללת גם חיפוש במחשב או בחומר מחשב.

מאחר שבנסיבות מסוימות חדירה למחשב מרחוק עשויה ליהפך להאזנת סתר (אם בזמן החדירה תהיה תשדורת של תוכן כלשהו), ומאחר שבמסלול הביטחוני ראש הממשלה הוא הגורם המוסמך להתיר הן האזנת סתר והן חיפוש סמוי למטרות מודיעין, חובר, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, היתר משולב. ההיתר משלב הן את חוק האזנת סתר והן את סעיף 10 לחוק השב"כ, והוא המתיר לבצע בעת החדירה הסמויה למחשב גם האזנת סתר לאותו המחשב, והכול באותה הסמכה עצמה שעליה חתום ראש הממשלה.

72 הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, הצ"ח 949, 31.8.2015.

פתרונות אלו, שיש בהם מענה להשתנות הסביבה הטכנולוגית ולצורך להתאים את התפיסה, השפה, המונחים, ההסמכות וההיתרים לסביבה החדשה, אינם רק התאמה של המציאות המשפטית למציאות הטכנולוגית. הם מקפלים בתוכם דילמות עמוקות, שכן הטכנולוגיה מאפשרת כיום יכולות פיקוח חסרות תקדים, בכל היבט שהוא. יכולות איסוף המידע שהטכנולוגיה מאפשרת קשורות הן ביכולות פיקוח על מספר גדול מאוד של אנשים (mass surveillance) והן ביכולות פיקוח הנשענות על כך שקיים מספר גדל והולך של מכשירים ביתיים הקולטים ומשדרים באופן רצוף (IOT) ולכן הם עשויים לנטר כל העת את פעולותינו ובכך מאפשרים לארגוני ביטחון המצוידים בהיתרים משפטיים וטכנולוגיה מתאימה לפקח על כל צעד מצעדינו. התוצאה היא יכולות פיקוח הולכות וגדלות, שיש להן השפעות חברתיות עמוקות, ולכן נדרשת הבנה ציבורית של היקפן ועומקן ונדרש ליבון חברתי בסוגי ההרשאות הניתנות לארגוני הביטחון ולאמצעי הבקרה למניעת שימוש לרעה בסמכויות אלו.⁷⁴

5.2.4. חיפוש סמוי לצורכי חוק אינו מתייחס לחיפוש סמוי לצורכי מודיעין אצל בעלי המקצוע המנויים בפקודת הראויות
 החוק אינו מתייחס לחיפוש סמוי לצורכי מודיעין אצל מי שהשיח עימם זכאי לחיסיון לפי פקודת הראויות (עורך דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי או כוהן דת). לכאורה אפשר להסיק מכך כי אין מגבלה חוקית על חיפוש סמוי אצל בעל חיסיון מכוח סעיף 10 לחוק השב"כ. נראה כי המסקנה הנכונה היא שעניין זה הוא לקונה בחוק שאין להסכין עימה עוד, והיא אמורה לבוא על תיקונה בהצעה שהגישה הממשלה במסגרת הצעת חוק המאבק בטרור. לפי ההצעה, חיפוש סמוי אצל בעל מקצוע כאמור, לרבות חיפוש במחשב, לא יתבצע אלא באישור בית המשפט, ובהתאם למנגנון הקבוע לעניין בעלי חיסיון בחוק האזנת סתר.⁷⁵

74 לדיון נרחב בסוגיות אלו ראו עמיר כהנא ויובל שני, רגולציה של מעקב מקוון בדיון הישראלי ובדיון המשווה, מחקר מדיניות 123, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019.

75 וזה נוסח ההצעה לחיקון סעיף 10 לחוק השב"כ:

אחרי סעיף קטן (ד) יבוא: "(ה) על אף סעיפים קטנים (א) עד (ד), לא יבוצע חיפוש סמוי אצל עורך דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי או כהן דת ולא

הצעה זו ראויה, כמובן, להתקבל, אך נראה כי חסרה בה התייחסות מיוחדת לחיסיון עיתונאי, וכן ההגבלה שראוי לקבוע שאין להתיר חיפוש סמוי במחשב אצל עיתונאי אם התכלית היא גילוי מקורותיו העיתונאיים. עד להשלמת תיקון החוק מתחייב כי לכל הפחות העובדה שמדובר בבעל חיסיון תצוין מפורשות בבקשת ההיתר, כך שבעל הסמכות יהיה מודע לכך בבואו לשקול את אישור הבקשה. כמו כן, יש להביא, במפורש ובמודגש, פיקוח כזה ליריעת היועץ המשפטי לממשלה מתוקף סמכותו כגורם מבקר בנושא זה.

5.3

הסמכות לקבלת נתוני תקשורת ושימוש בהם

עידן המידע מאופיין בשטף של מידע ובנגישות עצומה למידע שכל אדם מייצר בכל רגע נתון. לפיכך, במאה ה-21 היכולת לקבל נתונים הנאגרים אצל ספקי התקשורת, לרבות "נתוני

תקשורת"⁷⁶, היא יכולת איטוף חשובה ביותר וחיונית מאין כמוה. כולנו מייצרים כל העת עקבות אלקטרוניות – בין באופן אקטיבי (למשל על ידי התקשורת) ובין באופן פסיבי (למשל על ידי עצם החזקת מכשיר טלפון המחובר לרשת ומשדר נתוני מיקום), והללו נאגרים בשגרה על ידי ספקי תקשורת, נצברים לאורך שנים וכמעט בלתי ניתנים למחיקה.

הדרך של ארגוני המודיעין והמוסדות לאכיפת החוק להשתמש בנתוני התקשורת היא שילוב בין הסדרים משפטיים לבין פיתוח יכולות טכנולוגיות ייעודיות ושימוש בהן. שילוב זה מאפשר לארגוני הביטחון להשתמש במאגרים של נתוני תקשורת לשם יצירת תמונת מודיעין על מי שהם מבקשים לפקח וכן לסכל ולמנוע פעולות טרור על ידי השימוש ביכולות מתקדמות המתבססות על ניתוח נתונים

חבוצע חדירה לחומר מחשב המשמש בעלי מקצוע כאמור אלא באישור בית משפט, ויחולו לעניין זה הוראות סעיף 9א(א)(1) ו-(ב) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, בשינויים המחוייבים; אין באמור בסעיף קטן זה כדי לגרוע מסמכות ראש רשות ביטחון לפי סעיף 5 לחוק האמור.

הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015 (לעיל הערה 72), 1151.

76 "נתוני תקשורת" – נתוני מיקום, נתוני מנוי או נתוני תעבורה, והכל למעט תוכנו של מסר בזק". ההגדרה מתוך סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007.

אלו הפעולות הטכנולוגיות המאפשרות להפיק בצורה יעילה מידע רלוונטי ממאגר הנתונים כוללות שימוש בטכנולוגיית כריית מידע (Data Mining), המאפשרת לבצע חיתוכים של מאגרי נתונים אדירי ממדים (Big Data) ולחלץ מהם תובנות רלוונטיות או כל מידע הדרוש למילוי תפקידה של רשות מודיעין או מוסד לאכיפת חוק. שימוש במערכות טכנולוגיית מידע משוכללות, הכוללות רכיבים של בינה מלאכותית (AI) ולמידת מכונה (ML), מאפשר לבצע חיתוכים מורכבים גם עם מאגרי מידע אחרים, ובכך להעשיר את התובנה המודיעינית ולהגביר מאוד את יכולות הסיכול והשיבוש של פעולות טרור וריגול.

שירות הביטחון הכללי נהנה מסמכות רחבה ביותר לאיסוף מידע מספקי תקשורת, והיא המאפשרת לו לקיים מאגר נתוני תקשורת עצמאי וליישם משטר שימוש נוח בנתוני התקשורת המוזרמים למאגר. סמכות זו שונה במהותה, רחבה ומקיפה הרבה יותר מהסמכות הקבועה בחוק סדר הדין הפלילי שניתנה לגופים לאכיפת החוק.⁷⁷ הסעיף המסמיך שבחוק השב"כ כולל שני חלקים עיקריים: האחד – מתן סמכות לבניית מאגר מידע של נתוני תקשורת; השני – הסדרים לאופן השימוש במאגר מידע זה.⁷⁸

5.3.1. קבלת נתוני תקשורת ואגירתם תכוח חוק השב"כ

בהתאם לחוק השב"כ,⁷⁹ ראש הממשלה מוסמך לקבוע בכללים (חסויים) כי "סוגי מידע המצויים במאגרי מידע של בעל רישיון, שיפורטו בכללים, דרושים לשירות לצורכי מילוי תפקידיו לפי חוק זה, וכי על בעל הרישיון להעביר מידע מסוגים אלה לידי השירות". כלומר, החוק מקנה לראש הממשלה סמכות כפולה: ראשית, לקבוע מהם סוגי המידע המצויים בידי בעלי הרישיון⁸⁰ אשר דרושים לשירות לשם מילוי תפקידיו; שנית, להורות לבעל הרישיון כאמור להעביר מידע מהסוגים שקבע לידי השירות.

77 ש.ס.

78 סעיף 11 לחוק השב"כ.

79 ש.ס, סעיף 11(ב) לחוק השב"כ.

80 "מי שקיבל רישיון כללי או מיוחד לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק". סעיף 1 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

בהתאם להגדרה שבחוק התקשורת, בעלי רישיון הם בעלי רישיון כללי ובעלי רישיון מיוחד כהגדרתם בחוק. בעלי רישיון כללי הם כל חברות התקשורת הנייחת והסלולר, המפעילות של שירותי התקשורת הבינלאומיים ועוד. בעלי רישיון מיוחד הם כמה מאות חברות הפועלות בגזרות שונות בתחום התקשורת – למשל, חברות הנותנות שירותי גישה ומיתוג לאינטרנט, שירותים אלחוטיים או טלפוניה, ניתוב שיחה והעברת מסרים, שירותי לוויין, תמסורת פנים-מדינתית ובין-מדינתית, ועוד. כלומר, ייתכן שחברות אלו, בעלות רישיון כללי או מיוחד, יקבלו הוראה מראש הממשלה, בהתאם לכללים מכוח חוק השב"כ, להעביר לשב"כ את סוגי המידע הנקובים ומפורטים בהוראה.

סוגי המידע שבעלי הרישיונות שקיבלו הוראה כאמור מצווים להעביר אינם מפורטים בחוק אלא מצויים בכללים. הגדרת המונח "מידע" שבחוק השב"כ היא "לרבות נתוני תקשורת ולמעט תוכן שיחה".⁸¹ מהגדרה זו עולה כי המידע שניתן לדרוש מבעל הרישיון להעביר לידי השירות כולל לא רק נתוני תקשורת אלא גם נתונים אחרים. החוק מבהיר במפורש כי הדרישה להעברת נתונים אלו אסור שתכלול את קבלת תוכנם של המסרים המועברים, באשר את דרך קבלת התוכן של השיחות והמסרים מסדיר חוק האזנת סתר.

כדי לענות על השאלה מהם סוגי הנתונים הנכללים בביטוי "נתוני תקשורת" (שאינו מוגדר בחוק השב"כ) אפשר להקיש מחוק סדר הדין הפלילי (נתוני תקשורת). על פי סעיף ההגדרות שבחוק זה, נתוני תקשורת כוללים הן נתוני מיקום הן נתוני מנוי והן נתוני תעבורה.⁸² נתוני המיקום הם נתוני האיקוץ של ציוד הקצה הנמצא ברשות המנוי.⁸³ נתוני המנוי כוללים את סוג השירות הניתן למנוי, השם, הכתובת ומספר זיהוי של המנוי, פרטים של אמצעי התשלום של המנוי, הכתובת שבה הותקן מתקן הבזק שבשימוש המנוי וכן נתונים מזהים של מתקן

81 "מידע" – לרבות נתוני תקשורת ולמעט תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979". סעיף 11(א) לחוק השב"כ.

82 סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007.

בזק ברשות המנוי.⁸⁴ נתוני תעבורה כוללים את סוג המסר שהועבר, נתונים מזהים של מתקן בזק שהוא מקור המסר, יעדו או נתיב שלו, נתונים מזהים של המנוי שהוא מקור המסר או יעדו, מועד השידור או הקבלה של המסר, משך המסר, נפחו או היקפו.⁸⁵

נוסף לנתוני התקשורת ראש הממשלה מוסמך להורות לבעל הרישיון להעביר לשירות נתונים אחרים הדרושים לשם מילוי תפקידיו. בדומה לסמכות שניתנה למשטרה,⁸⁶ נראה כי מידע נוסף זה כולל בעיקר את נתוני התשתית של הרשת של בעל הרישיון, לרבות מיקומי אנטנות ונתונים טכניים של הרשת, המאפשרים להבין ולנתח בצורה טובה יותר את נתוני התקשורת המתקבלים מבעל הרישיון.

אם כן, לפי סעיף זה בעלי הרישיונות שקיבלו הוראה מראש הממשלה מצוויים להעביר לשירות הביטחון הכללי את המידע הנכלל ב"נתוני תקשורת", אשר הגדרתם כוללת לכל הפחות את האמור בחוק סדר הדין הפלילי, לרבות נתוני תשתית הרשת של חברת התקשורת, ונתונים אלו הם הבסיס למאגר נתוני התקשורת הנצבר בשב"כ. יש לחזור ולהדגיש כי אין מדובר בנתונים על אודות חשודים אלא בהעברה סדירה, גורפת ושוטפת של כלל הנתונים המצויים בחברות התקשורת לידי השירות. המשמעות היא שבשלב של בניית המאגר אין הבחנה בין אזרחים תמימים ליעדים מודיעיניים, שכן הנתונים המועברים והנאגרים בשב"כ הם נתונים של כלל המשתמשים בשירותים של בעלי הרישיון שקיבלו הוראה להעביר את המידע לשב"כ.

חוק השב"כ קובע עוד כי יותקנו כללים המפרטים את אופן ההעברה של סוגי המידע לשירות וכן כללים שיסוכם בין ראש הממשלה לשר המשפטים בדבר "אופן החזקתו ושמירתו" של מידע שהועבר לשירות לפי סעיף זה.⁸⁷

84 ש.ש.

85 ש.ש.

86 ש.ש, סעיף 6(א)(2).

87 סעיף 11(ה) לחוק השב"כ.

לעניין ההוראות המחייבות למחיקה או ביעור של נתונים ששמירתם אינה נדרשת נקבע כי אף עניינים אלו יוסדרו בכללים.⁸⁸ יש להדגיש כי כללי הביעור מתייחסים אל נתוני התקשורת שנאספו והמצויים במאגר שהוקם מכוח החוק, אולם כאשר מדובר בנתונים שעובדו לידיעה מודיעינית, גם אם מקורה של הידיעה הוא ניתוח של נתוני תקשורת, כללי הביעור לא יחולו עליהם, וכך ידיעות מודיעיניות, גם אם הן נשענות על נתוני תקשורת, לא יבוערו.

נוסף על כך, חוק השב"כ מקנה לראש הממשלה סמכות להורות לבעל רישיון מהו משך הזמן שבו בעל הרישיון נדרש לשמור אצלו את נתוני התקשורת.⁸⁹ ואולם, לנוכח הטכניקה שנבחרה, שעיקרה העברת הנתונים למאגר שבשב"כ ושמירתו שם, וכן ההוראות הנפרדות לעניין שמירת המידע וביעורו הנכללות בחוק, דומה שהוראה זו היא בבחינת חגורת ביטחון יותר מצורך ממשי. ייתכן שהוראה זו באה לקבוע כללי שמירה לאותם בעלי רישיונות שלא קיבלו הוראה להעביר את נתוני התקשורת שברשותם לשב"כ מתוך רצון לשמר את הנתונים במשך פרק הזמן שנקבע בכללים.

התוצאה היא שהוראות אלו יוצרות מאגר ייחודי ועצום ממדים של נתוני תקשורת ונתונים אחרים המצויים ברשות חברות התקשורת ומועברים למאגר באופן שגרתי ובלתי מבחין (bulk collection), והם נצברים ונשמרים שם לפרק הזמן שנקבע בכללים. המאגר מאפשר, בכפוף לתנאי השימוש הקבועים בחוק, להפעיל כלי ניתוח טכנולוגיים על נתוני העתק (big data) המצטברים בו ולהפיק תובנות מודיעיניות חשובות על בסיס ניתוח של נתוני המאגר ונתונים המתווספים לשאר הנתונים שהשירות רשאי לאסוף מכוח סמכויותיו האחרות.

לשם השוואה, מאגר נתוני התקשורת שהמטרה הוסמכה להחזיק שונה במידה ניכרת בהיקפו מהיקפו של המאגר שהוקם בשירות מכוח ההסמכה שבחוק השב"כ.⁹⁰ לדוגמה, בחוק סדר הדין הפלילי הוסמך ראש אגף החקירות והמודיעין

88 ש.ם.

89 ש.ם.

90 טעיפים 6, 7 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), התשס"ח-2007.

של המשטרה לדרוש מבעל רישיון להעביר לידיו קובץ הכולל את נתוני הזיהוי של מנוי שלו וכן את המספרים המזהים של מכשירי הטלפון או רכיב מרכיביהם ("מספרי הברזל") וכן את נתוני האנטנות המשמשות את בעל הרישיון. תוצאתן של הוראות אלו היא שבידי המשטרה מאגר נתונים קטן ומצומצם לאין שיעור מן המאגר שהקים השב"כ על פי ההסמכה שבחוק השב"כ, ולפיכך המשטרה ושאר ארגוני החקירה שחוק סדר הדין הפלילי חל עליהם נדרשים, ברוב המכריע של המקרים, לקבל נתוני תקשורת באמצעות צווים שיפוטיים ולא מתוך מאגר הנתונים העומד לרשותם.

5.3.2. סמכות משלימה לאיסוף נתוני תקשורת - מלבר שתי ההוראות העיקריות לעניין איסוף נתוני תקשורת המצויות בסעיף 11 לחוק השב"כ ולחוק נתוני תקשורת קיים מסלול נוסף המתבסס על האפשרות הקבועה בחוק האזנת סתר לכלול בבקשות להאזנת סתר גם בקשה להפיק את נתוני התקשורת של המתקן שלגביו הותרה האזנת הסתר.⁹¹ לפי חוק האזנת סתר, השב"כ והמשטרה רשאים לבקש מהגורם שהתיר את האזנת הסתר (בכל הנוגע לשב"כ מדובר בראש הממשלה במקרים רגילים, ובנשיא או בסגן נשיא בית משפט מחוזי בהיתרים להאזנת סתר לבעלי חיסיון) שבמסגרת היתר ההאזנה יתיר גם הפקת נתוני תקשורת. מובן שמסלול זה כרוך אך ורק במי שניתן לגביו היתר להאזנת סתר.

השוואה לחוק חסינות חברי הכנסת, לעניין היתר לקבלת נתוני תקשורת על אודות חבר כנסת, מעלה כי המחוקק לא כלל שם הוראה דומה המאפשרת לבקש מבעל הסמכות שיתיר גם הפקת נתוני תקשורת על חברי כנסת. מכל מקום, לאור הסמכות הרחבה שיש בידי השב"כ לקבל לידיו את כלל נתוני התקשורת, נראה כי סמכות נוספת אינה מעלה או מורידה לגבי היקף נתוני התקשורת המצויים במאגר שהוקם בשב"כ. במאגר השב"כ נכללים אוטומטית כלל נתוני התקשורת,

91 "ניתן היתר לפי חוק זה, רשאי נותן ההיתר, אם התבקש לכך, להתיר גם הפקת נתוני תקשורת כמשמעותם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, של המנוי או מיתקן הבזק שההאזנה הותרה לגביהם, למשך תקופת חוקו של ההיתר". סעיף 99 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

לרבות של בעלי חיסיון וחברי כנסת, ולפיכך משטר השימוש במאגר הוא העניין המשמעותי, יותר מעצם צבירת הנתונים במאגר, המתבצעת, כאמור, באורח בלתי מבחין.

5.3.3. משטר השימוש במאגר נתוני התקשורת שנבנה מכוח החוק
במאגר נתוני התקשורת נמצא בשב"כ, וחוק השב"כ מסדיר את האופן שבו יהיה אפשר להשתמש בנתונים הנכללים בה. החוק קובע כי בעל הסמכות להתיר לעובדי השירות את השימוש במאגר המידע שנבנה לפי סעיף זה הוא ראש השב"כ, אם שוכנע כי "הדבר דרוש לשירות לצורכי מילוי תפקידיו לפי חוק זה"⁹². החוק קובע עוד כי בהיתר הניתן על ידי ראש השב"כ יש לפרט, ככל האפשר, "פרטים לענין המידע הנדרש, והמטרה שלשמה הוא נדרש ופרטים לענין מאגר המידע שבו הוא מצוי"⁹³. תוקף ההיתר לשימוש במאגר הנתונים הניתן על ידי ראש השב"כ הוא עד 6 חודשים, וניתן לשוב ולחדשו.

באופן מעשי, בשל הדינמיות וטבעו המתגלגל של החיפוש במאגר נתוני התקשורת, ההיתר ניתן הלכה למעשה לעובדים שהחיפוש במאגר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם, לשם מילוי תפקידם, וככל האפשר באותו קטע מתוך המאגר הדרוש להם לצורך מילוי תפקידם. כלומר, משטר השימוש הוא משטר של היתרים שראש השירות נותן לעובדי השירות, והחוק אינו קובע דרישה לאישור שיפוטי לשם שימוש במאגר נתוני התקשורת שברשות השב"כ. הסיבה העיקרית לכך היא שעיקר השימוש של השירות במאגר הנתונים הוא לצורך מודיעיני, ושיטת השימוש כוללת לא רק איתור ומעקב אחרי חשודים ספציפיים אלא גם שיטות מתחכמות של "כריית מידע" שאינן קשורות בהכרח לחקירה קונקרטית הנכללת בהיתר או בצו שיפוטי מסורתי, המכוון בדרך כלל כלפי חשוד זה או אחר. זהו קו חשוב המבדיל בין הסמכות והפרקטיקה של האזנות סתר או חיפושים

92 סעיף 11(ג) לחוק השב"כ.

סמויים, הטעונים היתר קונקרטי המכוון לאדם או למקום או למתקן ספציפי, לביין הסמכות והפרקטיקה הננקטות בתחום נתוני התקשורת בעניינים ביטחוניים.

5.3.4. הפרשנות הראויה עד כתיבת שורות אלו, אופן השימוש של השב"כ לאופן השימוש במאגר בהסמכה שהוענקה לו בסעיף 11 לחוק השב"כ לא עמד לביקורת שיפוטית. לעומת זאת, כנגד חוקתיות ההוראות בחוק סדר הדין הפלילי לעניין השימוש בנתוני תקשורת הגישה האגודה לזכויות האזרח עתירה עקרונית.⁹⁴ בפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בחודש מאי 2012 נדחתה העתירה אך נקבעו בפסק הדין כללים פרשניים אחרים לאופן יישום החוק. חלק מהעניינים שנדונו בעתירה זו רלוונטיים גם להסדרים הקבועים בחוק השב"כ.

5.3.4.1. האיזון בין הצורך הביטחוני לאיסוף ועיבוד של נתוני תקשורת ובין ההגנה על הזכות לפרטיות

פסק הדין מנסה להתמודד עם הצורך של רשויות החקירה באיסוף של נתוני תקשורת ובשימוש בהם – מצד אחד פעולות אלו הכרחיות ללחימה יעילה בארגוני הפשע, המנצלים את האנונימיות המתאפשרת בשימוש ברשתות התקשורת המודרניות, ומצד אחר הן פוגעות בפרטיות האזרחים. נוסף על כך בית המשפט מציין כי במידה רבה ההתנהלות של פרטים בעידן המידע מהווה "ויתור משתמע" מטעמים של המשתמשים על זכותם לפרטיות, כאשר האינטראקציות במרחב הווירטואלי נעשות "תוך ידיעה ברורה באשר לפוטנציאל חשיפתו של מידע זה".⁹⁵ בית המשפט מוסיף ומציין כי למורכבות זו נוסף החשש התמידי מפני כוחה של המדינה, שעלולה לרכז בידיה מידע רב על אודות האזרחים ולהשתמש

94 בג"ץ 3809/08, האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' משטרת ישראל, המשטרה הצבאית החוקרת ואח' (פורסם בנוב, 2012). עיקר פסק הדין ניתן מאת הנשיאה ביניש.

95 סעיף 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, שם.

בו לרעה,⁹⁶ במיוחד כאשר האמצעים הטכנולוגיים מאפשרים עיבוד ומיצוי של מידע בהיקף ובצורה שלא נודעו בעבר. יתר על כן, החוק מאפשר לקבל נתוני תקשורת על כל אדם המעורב בעבירה, בין שהוא הקורבן, בין שהוא החשוד, בין שהוא גורם אחר היכול להוביל את גורמי החקירה אל קצה חוט,⁹⁷ לרבות מי שאינם מעורבים כלל בעבירה, כלומר כל אדם. להלכה, הרשויות יכולות לצפות בהרגלי השימוש של כל אחד מהאנשים שעולים במהלך החקירה, בטלפון הנייד, במחשב ובאינטרנט, וכן לאתר את הרשת החברתית שלו ואת פעילותו של אדם הן בשעות עבודתו והן בשעות הפנאי.⁹⁸ מעקב כזה עשוי לגלות פרטים רבים ביותר על טווח רחב של אזרחים ותושבים הנקשרים במידה זו או אחרת לחקירה, ובדיקה כזו מהווה פגיעה משמעותית ורחבה בפרטיות, לרבות בענייני בריאות, העדפות מיניות ועוד.

בית המשפט קובע כי למול חשש זה לפגיעה בפרטיות ולשימוש לרעה של השלטון במידע העצום הנאגר בידי יש לבחון ולאזן את הצורך של השלטון למלא את תפקידיו, במיוחד לנוכח העובדה שעבריינים פליליים וגורמים עוינים משתמשים באותה טכנולוגיה ובאותן רשתות חברתיות עצמן. המשמעות היא שמדינה חפצת חיים אינה יכולה להרשות לעצמה לפגור בקרב הטכנולוגי. לפיכך בית המשפט הגיע לכלל מסקנה שמניעה מהרשויות להשתמש שימוש "מאוזן וסביר" בכלים הטכנולוגיים העומדים לרשותן "עלולה לפגוע בצורה משמעותית ביכולתן לבצע את חובתן באכיפת החוק".⁹⁹

נראה כי הניתוח בבית המשפט בעניין הוראות סדר הדין הפלילי בנושא קבלה של נתוני תקשורת ושימוש בהם רלוונטי, מכוח קל וחומר, גם להסדר הקבוע בחוק השב"כ. ראשית, היקפו הגדול לאין שיעור של המאגר העומד לרשות השב"כ, בהשוואה למאגר המצומצם העומד לרשות המשטרה, מהווה הבדל ניכר. נוסף

96 כדברי השופט גרוניס בבג"ץ 8070/98, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, פסקה 2 לפסק דינו (2004).

97 בג"ץ המשטרה (לעיל הערה 94), פסקה 7.

98 ש.ש.

99 ש.ש, פסקה 5.

על כך, היעדר הצורך בצווים שיפוטיים לשם שימוש במאגר והשימוש בהיתרים פנימיים בלבד מאפשרים שימוש בכלים טכנולוגיים רבי עוצמה להפקת מידע רב ביותר על האדם שמבקשים להתחקות אחריו, ובתוך כך על אחרים שנכרכים בחקירה. שתי עובדות אלו מחייבות חשיבה מחודשת על נקודת האיזון הראויה. יתר על כן, בעוד הנתונים הנמסרים לשימוש המשטרה ניתנים לה לצורך מוגדר של חקירה, אין כל הגבלה כזו על השימוש במאגר הנתונים שניתן לשב"כ, האמור להשתמש במאגר "לצורך מילוי תפקידיו לפי חוק זה".¹⁰⁰ דהיינו ניתנה בידי השירות הרשאה פתוחה למדי.

5.3.4.2. האם קיים הבדל בין הפגיעה בפרטיות בגין נתוני תקשורת לבין הפגיעה בפרטיות בגין האזנת סתר?

האם קיים הבדל איכותי ממשי, בהיבטי הפגיעה בפרטיות, בין האזנת סתר לבין איסוף נתוני תקשורת? מהשוני שבין ההסדרים המשפטיים החלים על האזנת סתר לבין ההסדרים החלים על נתוני תקשורת עולה כי ככל הנראה המחוקק סבר כי הפגיעה בפרטיות כתוצאה של האזנת סתר חמורה מהפגיעה כתוצאה של איסוף נתוני תקשורת. למשל, האזנת סתר למטרת ביטחון המדינה מחייבת היתר פרטני, לעומת היתר כללי יותר כשמדובר בנתוני תקשורת; האזנת סתר מחייבת היתר מראש הממשלה, לעומת היתר מראש השירות, הדרוש בעניין נתוני תקשורת, ועוד. גם מתגובת המדינה לעתירת האגודה לזכויות האזרח בעניין חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) עולה כי עמדת המדינה היא שהפגיעה הנגרמת כתוצאה של האזנת סתר חמורה מהפגיעה הנגרמת עקב הפעולות שמבצעות רשויות החקירה לפי חוק נתוני תקשורת, בעיקר משום שחוק נתוני תקשורת "אינו מאפשר האזנה ממש לשיחות או קריאה של המסרים הכתובים המועברים, בעוד שחוק האזנת סתר מאפשר חשיפה עמוקה בהרכבה של פרטיות אדם".¹⁰¹ בית המשפט לא קבע עמדה לעניין

100 סעיף 11(ג) לחוק השב"כ.

101 בג"ץ המשטרה (לעיל הערה 94), פסקה 8.

זה, אך ציין כי עמדה זו של המדינה מקובלת גם בשיטות משפט אחרות, למשל האמריקאית והבריטית.¹⁰²

נראה כי יש לבחון שוב את העמדה שלפיה יש הבדל איכותי ממשי בין האזנת סתר לבין נתוני תקשורת בהיבט של פגיעה בפרטיות, מכמה טעמים. ראשית, היתר להאזנת סתר תקף מרגע הוצאתו ולהבא, ואינו מאפשר שמיעת שיחות בטרם כניסתו לתוקף. לעומת זאת היתר לשימוש בנתוני תקשורת מאפשר חיפוש בהיסטוריה של הנתונים, הנאגרים לעיתים במשך שנים ארוכות. עומק החיפוש לאחור תלוי אפוא באורך הזמן שבו נשמרו הנתונים – במאגרים שבחברות התקשורת, במאגר שהוקם בשב"כ מכוח חוק השב"כ או במאגר המשטרתי שהוקם בהתאם לחוק סדר הדין הפלילי (נתוני תקשורת). ככל מקרה מדובר בהיסטוריית נתונים שנשמרו במשך שנים ומאפשרת ניתוח רב-עוצמה על נתוני השיחות של מושא הבדיקה (למעט התוכן), ניתוח של קשריו, מיפוי נתוני המיקום שלו, איתור זהות אנשים אחרים ששהו לידו ועוד.

נוסף על כך, היתר להאזנת סתר אינו מאפשר כשלעצמו מעקב אחרי תנועותיו של האדם בפרק הזמן שבו הוא בתוקף, ולעומתו איסוף באמצעות נתוני תקשורת מאפשר מעקב רציף אחרי תנועותיו באמצעות כל המכשירים שברשותו הפולטים נתוני מיקום. למשל, הטלפון הסלולרי ומכשירי ג'י-פי-אס, כרטיסי סים המותקנים בכלי הרכב של האדם ועוד.

כמו כן, ההגבלות שחלות בחוק האזנת סתר על האזנה לבעלי מקצוע מסוימים או לחברי כנסת אינן חלות בתחום נתוני התקשורת, והאיסוף על ידי שימוש באמצעי זה אינו מוגבל. בית המשפט אימץ בדעת רוב את עמדת המדינה שאיסוף נתוני תקשורת אינו פוגע בחסינות המקצועיים – משום שקבלת נתונים הנוגעים לעצם ההתקשרות בין בעל החיסיון לאיש המקצוע "אינה חוסה תחת הגנת החסינות כפי שהוכרו בשיטת המשפט הישראלית".¹⁰³ הסייג היחיד שנקבע בפסק הדין קשור בחיסיון לעיתונאי. שם קבע בית המשפט כי מאחר שעצם הקשר בין אדם לעיתונאי הוא-הוא הערך המוגן, ולא בהכרח התוכן שהוחלף ביניהם, אזי יש

102 ש.ם.

103 ש.ם, פסקה 9.

צורך בהגנה מיוחדת על איסוף נתוני תקשורת הנוגעים לחסיון עיתונאי. לפיכך נפסק כי אם העיתונאי אינו חשוד בעבירה ואינו הקורבן לעבירה, לא יינתן היתר לאיסוף נתוני התעבורה שלו. ראוי לציין את דעת המיעוט, מאת השופט מלצר, שאין להתיר איסוף נתוני תקשורת על בעל חסיון אלא בדרך של צו שיפוטי, בשל הפגיעה המשמעותית הפוטנציאלית בחסיונות של בעלי מקצוע ובזכויות החוקתיות המוגנות שלהם. ובאשר לשימוש בנתוני תקשורת על עיתונאים, השופט מלצר הביע חשש שהגבלת האיסוף לנתוני תעבורה בלבד עלולה לפתוח פתח לעקיפת האיסור על חשיפת מקורות עיתונאיים (למשל בדרך של הצלבת נתוני מיקום). לכן, לעמדתו יש לאסור גם איסוף מידע זה, אלא אם ניתן צו שיפוטי לעניין.

נראה כי יש טעמים חזקים המחייבים את עמדתו של השופט מלצר יותר משאת דעת הרוב, שכן דעת הרוב אינה מתחשבת בכל ההשלכות והיכולות הגלומות בניתוח מבוסס טכנולוגיה חכמה של נתוני תקשורת. אף שהדיון בעתירה נסב אך ורק על ניתוח הסמכות המסורה לרשויות החקירה בתחום הפלילי, ולא על חוק השב"כ, דומה כי אין מקום להבחין בין השניים, ויש לקבוע כי לעניין חוק השב"כ תחול פרשנות זהה בכל הנוגע לחיסיון של בעלי מקצוע, לרבות חיסיון עיתונאי. הטעם לכך הוא שהמחוקק ראה לנכון לקבוע הן בהיבטים של חוק האזנת סתר והן בהצעת התיקון לחוק השב"כ לעניין חיפושים סמויים את הצורך בצו שיפוטי לקבלת היתרים מטעמי ביטחון בעניין בעלי חסיון, ואין מקום להבחין בין סמכויות אלו לבין הסמכות בעניין נתוני תקשורת. מאחר ששימוש בנתוני תקשורת אינו נופל בחדירתו לפרטיות מהפגיעה בפרטיות הנגרמת על ידי חוק האזנת סתר, יש לאמץ את הכללים הנוגעים לכדיקת בעלי חסיון וליישם בתוך משטר היתרי השימוש במאגר נתוני התקשורת, כך שהיתר לשימוש בנתוני תקשורת על בעל חסיון יצריך קבלת היתר מבית המשפט.

5.3.4.3. שימוש בנתוני תקשורת לצורך קונקרטי מול צורך כללי

בפסק הדין בעניין חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) נקבע כי הגם שלשונו של חוק זה מאפשרת, לכאורה, איסוף של נתוני תקשורת גם למטרות מודיעיניות כלליות, בית המשפט הגיע למסקנה שאין סמכות ליתן צו

לטובת "פעילות מודיעינית כללית", אלא רק לטובת בקשה קונקרטיה שעיקרה גילוי עבריינים ועבירות.¹⁰⁴

דומה כי ההבדל בין התכליות השונות העומדות בבסיס פעולתו של שירות הביטחון הכללי ובין התכליות של גורמי החקירה האחרים מצדיק הבחנה גם לעניין סמכות האיסוף הכללית. הצורך לסכל מבעוד מועד איומי טרור וריגול ולהגן על המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מחייב דרכי פעולה שיש בהן התחקות אחרי אופיים של ארגוני הטרור וסוכנויות הביון הפועלות כדי לרגל אחרי ישראל וללמוד על דפוסי פעולתם. לפיכך, ובניגוד להגבלות המוטלות על המשטרה ורשויות החקירה האחרות, נכון לאפשר לשב"כ להשתמש באיסוף נתוני תקשורת וניתוח גם לצורך פעילות מודיעינית כללית, ולא רק לשם חקירת עבירות או עבריינים קונקרטיים. על כן אין להגביל את ההיקף של איסוף נתוני התקשורת לחקירות קונקרטיות אלא לאפשר לשב"כ גם איסוף מודיעיני כללי המסתמך על מאגר נתוני התקשורת שבידיו, אך יש לאפשר זאת על פי נהלים פנימיים שיבטיחו כי איסוף וניתוח של נתוני התקשורת יבוצעו אך ורק למטרות אלו ומתוך נקיטת אמצעי בקרה ופיקוח הולמים, שיבטיחו את מידתיות השימוש לתכלית זו.

5.3.5. הצורך בשינוי ההסדר הקיים לעניין איסוף ושימוש בנתוני תקשורת על ידי שירות הביטחון הכללי

כאמור, ההסדר החקיקתי הקיים בחוק השב"כ הקים מערך כפול, יוצא דופן בעוצמתו, של מאגר נתוני תקשורת המצוי פיזית בשב"כ ושל משטר היתרי שימוש במאגר המצוי כולו בסמכות ראש השב"כ. בחלוף השנים מאז חקיקת חוק השב"כ נראה כי הסדר כפול זה הוא רבי-עוצמה מדי, חסרים בו כלמים של ממש, ועצם קיומו בתצורתו הנוכחית הוא פוטנציאל מסוכן לשימוש לרעה בכוח הגלום בו.

104 "הפרשנות החוקתית הראויה [...] הינה כי רשויות החקירה מוסמכות לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו על-פי החוק אך לצורך גילוי עבירות או עבריינים קונקרטיים, ולא לצורכי פעילות מודיעינית כללית ביחס לעבירות או עבריינים". שם, פסקה 16.

ראשית, קיומם של מאגר כה רחב היקף הנוגע לכלל האזרחים ושל כלי ניתוח טכנולוגיים רבי-עוצמה המסוגלים לפלח את הנתונים ולהביא ליכולת פיקוח ממשית חודרנית ביותר מאפשר לקיים מצב של "פיקוח מתמיד" רב-היקף וחודרני על אזרחי ישראל ותושבי ישראל. האפשרות הזמינה, והקיימת מבחינה טכנולוגית כבר כעת, לקיום משטר פיקוח מתמיד על אזרחים מעוררת חשש קבוע המחייב הסדרה אפקטיבית שתמנע או תצמצם מאוד את האפשרות לשימוש לרעה במאגר נתונים זה. שנית, השימוש במאגר הנתונים נשען על היתרים מאת ראש השירות, שהוא הגורם שאמור לאזן בין הצורך הביטחוני לבין היבטי הפגיעה בפרטיות הנגרמים כתוצאה של השימוש במאגר. זוהי ציפייה לא סבירה מראש ארגון ביטחוני, כאשר עצם תפקידו, הנמדד לפי הישגים במישור הביטחוני, מביא להטיה מובנית לטובת שימוש-יתר באמצעי הפיקוח שמאגר הנתונים מאפשר.

לפיכך יש לשקול שינוי ניכר בהסדרים שנקבעו, אשר מחד גיסא ישמרו את היתרון המבצעי הברור של השב"כ הגלום בשימוש בנתוני תקשורת למימוש ייעודו ותפקידיו, ומאידך גיסא יצמצמו את החשש משימוש לרעה בכוח הטמון במאגר נתוני התקשורת ובהסדרים הקיימים לשימוש בו. עיקרם של השינויים המוצעים הוא כדלקמן:

(1) הפרדה מבנית של המאגר: למרות היתרון המבצעי הניכר בקיומו של מאגר נתוני תקשורת מרכזי שנועד לצרכים ביטחוניים ושמחיקת פרטים הכלולים בו וביעור שלהם אינם תלויים בחברות התקשורת אלא בצורכי הביטחון, אין הצדקה שמאגר זה יהיה בידי השב"כ. לפיכך יש להפריד הפרדה משפטית וארגונית בין מאגר נתוני התקשורת לבין השב"כ. במילים אחרות, המאגר צריך להיות כפוף לרשות נבדלת מהשב"כ באופן שהשימוש בו יהיה כפוף למילוי מוקפד של היתרים ובקשות שיופנו לאותה רשות מאת השב"כ.

(2) משטר היתרים שונה: היתרי שימוש במאגר הנתונים צריכים להיות באישור גורם שאינו חלק מהשב"כ. נראה כי יש הצדקה להקים לצורך כך רשות מינהלית, או סמי-משפטית, למשל בראשות שופט בדימוס, שאליה יופנו בקשות מאת השב"כ, ורשות זו תודא כי הבקשות עומדות בתנאי החוק והכללים ואינן חורגות מהם. רשות זו תוכל גם לנטר ביעילות את הבקשות ולקבוע סטנדרט של הנמקה

שיאפשר בקרה על השימוש בנתונים. רשויות מעין אלה הוקמו בשנים האחרונות במדינות אחדות,¹⁰⁵ וראוי לאמץ הסדרים אלו גם בישראל.

(3) הגבלה דווקנית של מטרות השימוש במאגר: יש להגביל את השימוש במאגר נתוני התקשורת לסיכול ריגול, טרור, וחבלה בלבד, ולא לאפשר שימוש במאגר נתוני התקשורת לצרכים אחרים שלא נקבעו במפורש. יש להבין כי עצם קיומו של מאגר נתוני תקשורת עשוי למשוך אליו בקשות לשימוש ממגוון גורמים למגוון צרכים. למשל, לא מובן מאליו שיש לאפשר שימוש במאגר נתוני התקשורת לטובת בדיקות התאמה ביטחונית, באשר בדיקות כאלה מקיפות מדי שנה בשנה מספר גדול מאוד של אזרחים שעל פניו אינם חשודים בדבר. לכל הפחות מוצע לקבוע כי שימוש במאגר נתוני התקשורת לצורך בדיקות ביטחון יהיה באישור של בעל סמכות בכיר ומטעמים שיירשמו, על מנת שיהיה אפשר להגביל את השימוש לצרכים אלו ולאפשר פיקוח עליו, וזו רק דוגמה אחת מני רבות.

(4) ייחוד השימוש במאגר: יש לקבוע כי מאגר נתוני התקשורת נועד למילוי הייעוד והתפקידים של שירות הביטחון הכללי בלבד, ולאסור במפורש שימוש של רשויות אחרות במאגר. למשל, השירות סירב להעמיד לרשות מבקר המדינה נתוני תקשורת שביקש במסגרת חקירת פרשת הרפז,¹⁰⁶ מאחר שהעברת המידע המבוקש לא נכללה במסגרת תפקידיו של השירות שלשמו ניתנה לו הסמכות מלכתחילה. היועץ המשפטי לממשלה תמך בעמדת השירות, כנגד עמדת מבקר המדינה, ולפיכך המידע לא הועבר למבקר, למורת רוחו הגלויה.¹⁰⁷ ואולם, מעצם מורת הרוח של המבקר מסירוב השב"כ אפשר ללמוד כי עניין זה אינו מובן מאליו, ומכאן הצורך בהסדרה מפורשת.

105 למשל, באנגליה הוקמה בשנת 2017 רשות פיקוח מרכזית (IPCO) מכוח חוק מיוחד (Investigatory Powers Act, 2016). בהולנד קיימת נציבות פיקוח (CTIVD) הפועלת גם בחוסם נתוני התקשורת. ראו עמיר כהנא ויובל שני, "כיסוי חלקי: ביקורת שיפוטית על מעקב מדינה מקוון בישראל", פרלמנט 83 (2019) (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה).

106 מבקר המדינה, דוח ביקורת על פרשת "מסמך הרפז", 2013.

107 שם, עמ' 24-25.

(5) פיקוח יעיל: יש לקבוע מנגנון פיקוח יעיל על השימוש בנתוני תקשורת – הן פיקוח פרלמנטרי והן פיקוח של ועדת השרים לענייני השב"כ – ולהתקין כללים ברורים לעניין צורת הפיקוח, הדיווח והצגת הנתונים.

מצד אחד הסדרים אלו חיוניים לשמירת יכולותיו של השירות להשתמש בכלים הטכנולוגיים הנשענים על מאגר נתוני תקשורת מרכזי כרכיב חיוני בסיכול טרור וריגול, ומצד אחר הם יאפשרו פיקוח ובקרה שיבטיחו כי לא יהיה שימוש לרעה במאגר.

מאז ומתמיד הייתה הפעלה חשאית של סוכנים (הנקראים גם "סייענים", "מקורות אנושיים", או לפי המינוח בחוק השב"כ "הפועלים מטעם השירות"¹⁰⁸) כלי מרכזי באיסוף מידע על ידי השירות. בעגת שירותי הביון, האיסוף באמצעות

מקורות אנושיים קרוי "יומינט" (HUMINT – human intelligence). למרות ההתקדמות העצומה בטכנולוגיה, אין תחליף לסוכן האנושי, והשב"כ, ככל ארגוני המודיעין, משקיע מאמץ גדול בגיוס ובהפעלה של סוכנים, לרבות טיפול בסוכנים ש"נשרפו".¹⁰⁹

אף שהפעלת סוכנים היא פרקטיקה שכל ארגוני המודיעין וכן ארגוני אכיפת החוק משתמשים בה, השב"כ הוא הגוף היחיד שהפעלת סוכנים נכללת במפורש ובצורה ישירה בתחום סמכויותיו. למשל, על סמכות המשטרה להפעיל סוכנים אפשר ללמוד רק בעקיפין, מהגדרת "עד" המופיעה בחוק להגנה על עדים, שם נקבע כי "עד" הוא "מי שמסר מידע לרשות המוסמכת לחקור עבירות על פי דין, וכל אדם ששיתף פעולה או הסכים לשתף פעולה עם רשות כאמור או עם רשויות התביעה, במסגרת חקירת עבירה או הבאה לדין של חשוד בביצוע עבירה".¹¹⁰

108 סעיפים 18-19 לחוק השב"כ.

109 לעניין זה ראו מנחם הופנונג, "מחיר המידע: קליטה ושיקום של סייעני מערכת הבטחון בערי ישראל", משפט וממשל יח (2017), עמ' 55-97.

110 סעיף 1 לחוק להגנה על עדים, התשס"ט-2008.

5.4

סמכויות השירות

לאיסוף מידע

באמצעות הפעלת סוכנים

בחוק השב"כ ישנה הסמכה ישירה, המופיעה כחלק מהסמכויות הכלליות של השב"כ, שם נקבע כי לצורך מילוי תפקידי השירות הוא מוסמך באמצעות עובדיו "להסתייע באדם שאינו עובד השירות לשם ביצוע משימות, בהתאם לכללים שייקבעו"¹¹¹. כלומר, החוק מעניק לשב"כ הסמכה כללית להסתייע בסוכנים הפרטים בעניין אופן הגיוס, קשרי ההפעלה, דרך סיום הקשר עם הסוכן ועניינים אחרים הכרוכים בקשרי המפעיל עם הסוכן הותקנו בכללים חסויים.

חוק השב"כ מתייחס להפעלת סוכנים גם באופנים אחרים: החוק מעניק לסוכנים, כמו גם לעובדי השירות, הגנה מפני אחריות פלילית או אזרחית.¹¹² לפיכך, על מנת שהסוכן יוכל ליהנות מן ההגנה שבסעיף, עליו למלא תנאים מצטברים: הפעילות שבגינה מתבקשת ההגנה מפני אחריות פלילית או אזרחית בוצעה במסגרת תפקידו כסוכן ולשם מילוי – דהיינו, בעת ביצוע המעשים שבשלהם מתבקשת ההגנה שבסעיף 18 פעל הסוכן במסגרת יחסי מפעיל-סוכן פעילים והפעולות שביצע היו "לשם מילוי" של התפקיד; על מנת לזכות בהגנה מפני סנקציות משפטיות, על הרשויות להשתכנע כי הפעולות של הסוכן נעשו בצורה סבירה, היינו שקיים קשר הגיוני ופרופורציונלי בין הפעילות שביצע לבין מילוי משימותיו; במקרים שפעולת הסוכן עמדה בתנאים המצטברים שנסקרו לעיל, ייחנה הסוכן מפטור מלא מאחריות פלילית ואזרחית. למותר לציין כי הסיפא של הסעיף, הנוגע לאחריות משמעית, אינו חל על הפועל מטעם השירות, באשר הדין המשמעתי חל על עובדי מדינה בלבד, וסוכני שירות הפועלים מטעמו, רובם ככולם אינם עובדי מדינה.

הקושי העיקרי בסעיף ההגנה נעוץ בכך שלשם הפעלתו נדרשת הודעה פורמלית שמדובר במי שפעל מטעם השירות – עניין שמטעמים ברורים הן השירות והן סוכניו משתדלים להימנע ממנו ככל יכולתם. זו הסיבה העיקרית לכך שהן השב"כ והן סוכניו יעדיפו בדרך כלל לנקוט דרכים אחרות להגנה על הסוכנים,

111 סעיף 8(א)(4) לחוק השב"כ.

112 "עובד השירות או הפועל מטעם השירות לא יישא באחריות פלילית או אזרחית למעשה או למחדל שעשה בתום לב ובאופן סביר במסגרת תפקידו ולשם מילוי; ואולם אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מאחריות משמעית לפי כל דין". שם, סעיף 18 (כותרתו "סייג לאחריות").

שלא יהיו כרוכות בהודעה פורמלית על דבר היותו של אותו אדם סוכן השב"כ, למשל בדרך של תשלום כספי, וזוהי סיבה מרכזית לכך שסעיף ההגנה לא נדון עד כה בערכאות משפטיות, לפחות לא כאלה הגלויות לציבור.

שכבת הגנה נוספת על זהותם של סוכני השב"כ, ובצידה חובה מיוחדת החלה על הסוכנים, כלולה בהוראות הסודיות שבחוק השב"כ.¹¹³ ראשית, סעיף 19 בחוק השב"כ מחיל איסור פלילי על גילוי זהותם של הפועלים מטעם השירות בעבר או בהווה,¹¹⁴ בדומה לאיסור על גילוי זהותם של עובדי השירות עצמם. החוק קובע כי המגלה פרטים אלו צפוי לסנקציה פלילית חמורה של 3 שנות מאסר, ואם הגילוי הוא תוצאה של רשלנות יהיה צפוי לשנת מאסר אחת.¹¹⁵

נוסף על כך, החוק מטיל על סוכני השב"כ חובה מיוחדת לשמור בסוד את הדברים שנודעו להם במהלך הפעלתם על ידי השירות. כך, אם אדם שאינו עובד השירות ואינו פועל מטעמו מגלה מידע חסוי הוא צפוי לעונש של עד 3 שנות מאסר (או שנת מאסר אם הגילוי הוא תוצאה של רשלנות), אולם אם עובד השירות או סוכן שפעל מטעם השירות הם שגילו את הפרטים החסויים, הם צפויים לעונש מוגבר, חמור יותר, של 5 שנות מאסר (או 3 שנות מאסר אם הגילוי הוא תוצאה של רשלנות).¹¹⁶ הטעם לכך הוא שעל הסוכן מוטלת חובת אמון מיוחדת, שכן מטבע תפקידו עשויים להיות מופקדים בידי סודות מדינה, ולכן נקבעה סנקציה חמורה יותר כלפי סוכן שמגלה מידע חסוי ובכך מפר את האמון שניתן בו.

בהפעלת סוכנים, בעיקר הפועלים ביעדים אלימים, כרוכות בעיות אינהרנטיות המייצרות דילמות אישיות, ארגוניות ומשפטיות כבדות משקל. רובם המכריע של התיקים המשפטיים שעסקו בענייני הפעלת סוכנים הם תחת צו איסור פרסום, כך שאין יכולת לפרט כאן את הסוגיות המשפטיות שהתעוררו בהם.

113 שם, סעיף 19.

114 שם. "סודיות ועונשין (א)(1) כללים, הוראות השירות, נוהלי השירות וזהות עובדי השירות והפועלים מטעמו, בעבר או בהווה, וכן פרטים אחרים בנוגע לשירות שייקבעו בתקנות, הם חסויים וגילויים או פרסומם אסור".

115 שם, סעיף 19(ב)(1).

116 שם, סעיף 19(ב)(2).

מקרה מאלף שאפשר ללמוד ממנו על הבעייתיות בהפעלת סוכנים הוא פרשת סוכן השב"כ אבישי רביב, המכונה "שמפניה". רביב הופעל על ידי "החטיבה היהודית" בשב"כ בקרב גורמי הימין הקיצוני, ולאחר רצח ראש הממשלה יצחק רבין נחשד בכך שהיה ברשותו מידע שהיה יכול להוביל את השירות למתכנני הרצח עוד בטרם יצא אל הפועל. לאחר חשיפתו כסוכן שב"כ התברר כי רביב פעל לא אחת בניגוד גמור להנחיות מפעיליו, ובין היתר יצר פרובוקציות בשם ארגון שהקים, שנקרא אי"ל. סוגיית הפעלתו של רביב הסעירה את הציבור, ועסקו בה הן ועדת החקירה לעניין רצח ראש הממשלה יצחק רבין (ועדת שמגר)¹¹⁷ והן בתי המשפט שדנו בעניינו של רביב, שבשלב מסוים נחשד כי הסתיר ממפעיליו כי ידע על תכנון הרצח.

ועדת החקירה לעניין רצח ראש הממשלה יצחק רבין התייחסה בהרחבה לסוגיית הפעלתו של רביב בנספח הסודי לדוח שפרסמה. בחלק הגלוי הסתפקה הוועדה באמירות לקוניות. ראשית, היא עמדה על ההכרח שבהפעלת סוכנים, באשר "אין סיכול מודיעיני אם אין מידע".¹¹⁸ הוועדה עמדה על הבעייתיות הכרוכה באישיות הסוכן, שכן הסוכן המספק מידע מגיע לא אחת מן העולם העברייני שבתוכו הוא פועל, משמע, "סוכן אינו בהכרח תמים ובר לבב",¹¹⁹ כדברי הוועדה. לנוכח נתוני בסיס אלו קבעה הוועדה שעל הגוף המפעיל, כמו השב"כ, חלות חובות מיוחדות בהפעלת הסוכן. בראש ובראשונה חובת הארגון היא לקיים פיקוח יעיל על הסוכן ולא להתיר לו לבצע מעשי עבירה יזומים לפי רצונו, באשר לדעת הוועדה, לעיתים הסוכן סבור כי הוא חסין בכל אשר יעשה.¹²⁰ מכאן שאחת המטרות העיקריות של הפיקוח היא להבטיח כי לא תהיה עבריינות יזומה מצד הסוכן, ובעיקר עבריינות שכרוכות בה פרובוקציות, שכן עבריינות כזו עלולה לפעול כבומרנג, היא פוגעת באמינותו של הגוף המפעיל ובשדרה הנורמטיבית שעל בסיסה שומה עליו לפעול.¹²¹

117 ועדת החקירה לעניין רצח ראש הממשלה מר יצחק רבין ז"ל - דין וחשבון (1996).

118 ש.ס, עמ' 198.

119 ש.ס.

120 "מעמדו מקנה לו חסינות מובטחת מראש". ש.ס.

121 ש.ס.

רביב עצמו נחקר ממושכות בחשד שהסתיר ממפעיליו מידע על תכנון הרצח, אולם בסופה של החקירה השתכנעו חוקרי השב"כ כי גרסתו של רביב, שלפיה לא היה בכוונתו להסתיר ממפעיליו את מה ששמע, היא גרסת אמת. למרות מסקנה זו של החקירה החליט היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין להעמידו לדין בעבירת אי-מניעת פשע. בית משפט השלום בירושלים זיכה את רביב, ובפסק דינו האיר את המורכבות הגלומה בהפעלת סוכן ביעד אידיאולוגי אלים. בהצצה למורכבות זו יש עניין מיוחד, שכן היא מאפיינת מקרים רבים של הפעלת סוכנים.¹²²

כפי שבית המשפט מציין, הקשיים המיוחדים בהפעלת סוכן נובעים ממספר מרכיבים. ראשית, לעיתים קרובות קיימת בעייתיות באישיות הסוכן: כל סוכן חי בהכרח בעולם של שקר ובהעמדת פנים מתמדת, באשר מטבע הדברים, האנשים הסובבים אותו, לרבות בני משפחתו, אינם מודעים להיותו סוכן. לעיתים, כמו במקרה של רביב, העמדת הפנים נוגעת גם ברבדים אחרים. למשל, רביב היה חילוני והעמיד פני דתי אך לא הייתה לו כל זיקה לאורח החיים שסיגל לעצמו.¹²³ ועוד, החשש המתמיד מפני חשיפה גורם לסוכן לבצע מעשים גם בניגוד להנחיות מפעיליו. כפי שבית המשפט קבע, היעדר הגבולות בין אמת לשקר עלול לגרום לסוכן לחרוג חריגות קשות מההנחיות. לגבי רביב קבע בית המשפט כי הוא "שיקר את סוכביו, את הוריו ואשתו, את התקשורת, ואפילו את השב"כ. ואולם יהא מי שיאמר כי הנאשם שיקר בראש ובראשונה את עצמו. שכן הנאשם מעולם לא זנח את האידיאולגיה הימנית-קיצונית אותה הוא אימץ לעצמו עוד בשחר נעוריו. [...] הנאשם חי בסתירה פנימית מתמדת אשר ספק אם ניתן ליישבה".¹²⁴

יתר על כן, הסוכן מזדהה לעיתים עם הסביבה שבתוכה הוא פועל, והסכמתו לשמש כסוכן נובעת ממניעים מורכבים. למשל, בפרשת רביב קבע בית המשפט כי רביב אימץ לעצמו השקפות ימניות-קיצוניות,¹²⁵ אולם מניעיו של רביב

122 פ"פ [י-ם] 2070/99, מדינת ישראל נ' אבישי רביב (2002).

123 שם, פסקה 69.

124 שם, פסקה 70.

125 שם, פסקה 5.

לשמש כסוכן היו נעוצים, בין היתר, בצורך אישי שלו להיות "מחובר" למערכת המודיעינית ובזיקה האישית שפיתח עם מפעיליו.¹²⁶ בית המשפט נעזר בחוות דעת פסיכיאטרית, וממנה עלה כי ההזדהות עם השב"כ והכוח הגדול שייחס לו נטעו בו תחושת ביטחון ונתנו לו הרגשה של כוח ויכולות, וכן עזרו לו לפתח תחושת ערך עצמי, שלפני כן היה נמוך.¹²⁷ נקל להבין מדוע במקרים רבים מורכבות זו מאפיינת הפעלת סוכנים. יתר על כן, מעל לכל שיקול אחר עומד הצורך התמידי של הסוכן לשמור על שרידותו האישית ולא להיחשף על ידי הסביבה שבתוכה הוא פועל.

בעניין רביב, התוצאה של סתירות אלו הייתה שמצד אחד מפעיליו התאמצו מאוד לשלוט בהתנהגותו, ובמסגרת זו יזמו שיחות אזהרה, וכן ניתקו איתו קשר לפרק זמן מסוים בשל אי-מילוי הנחיותיהם, ואילו מצד אחר כל העת שקלו המפעילים מאזן של חשבון הרווח וההפסד ביחס להמשך הפעלתו של רביב, לרבות "מחירים", שכללו הימנעות מהעמדתו לדין בגין עבירות שלו, בעיקר בשל כך שהאמין שהעבירות שהוא מבצע מבטיחות את שרידותו בסביבה שהוצב בה.

כאמור בפסק הדין בעניינו, בין יתר העבירות שביצע רביב הוא איים על אנשים רבים באוניברסיטת בר-אילן ובאוניברסיטאות אחרות; הוא יזם ולקח חלק פעיל בפעילות אלימה נגד ערבים, אשר כללה ניקוב צמיגים, תקיפות, מכות והפיכת דוכנים; הוא הודה כי במקרים רבים הפכה ערבים מכות נמרצות, ואמר כי בזמן הפעילות נגד הערבים, בעיקר בחברון, הוא וחבריו השתמשו בציוד פוגעני רב, הכולל אקדח, רוגטקות, רובה-קשת, אקדח זיקוקים, דוקרנים, סכינים ואגרופנים; הוא הודה כי הנחה שני אנשים ליידות אבנים על ערבים, והודה כי נהג לאיים בטלפון על אנשי ציבור, לרבות חברי כנסת.¹²⁸ כתוצאה מכך חודשה הפעלתו של רביב רק לאחר שהתחייב בכתב שלא לבצע עבירות ולהתנהג בהתאם להנחיות מפעיליו, ארבעה ימים בלבד לפני הרצח.

126 שם, פסקה 7.

127 שם.

128 שם, פסקה 12.

קושי אחר של הסוכן שהצביע עליו בית המשפט הוא בהבנת האיומים בזירה שהוא פועל בה, לעיתים דווקא משום שהוא בעצמו חלק ממנה. למשל, רביב התוודה בחקירתו ששמע את יגאל עמיר אומר פעמים אחדות כי חל על ראש הממשלה "דין רודף" ו"דין מוסר", והודה כי לא דיווח על כך למפעיליו. ההסבר שמסר רביב לכך שלא דיווח למפעיליו על התבטאויות אלו היה שהוא שמע אמירות דומות מפיהם של עשרות אנשים, וכן משום שרביב לא ראה ביגאל עמיר איום של ממש ולא ייחס להתבטאויותיו חשיבות.¹²⁹ כלומר, דווקא בשל היותו של הסוכן חלק מהזירה האידאולוגית והאלימה, התבטאויות שנחשבות בסביבה אחרת חריגות ומסוכנות עשויות שלא להיחשב בעיניו יוצאות דופן בסביבה שהוא פועל בה.

מאפיינים אלו, של סוכנים הפועלים ביעדים אידיאולוגיים אלימים, הם תמרורי אזהרה שמחייבים את השב"כ לנקוט כל העת אמצעי זהירות על מנת שהגולם לא יקום על יוצרו. מצד אחד, הפעלת סוכנים, בוודאי ביעדים אידיאולוגיים-אלימים, היא צורך חיוני במאמצי האיסוף והסיכול של השב"כ, ואין לה תחליף. יש לזכור כי רביב עצמו היה מהסוכנים הבודדים שהיו קרובים לעמיר ושיכלו, אולי, למנוע את רצח ראש הממשלה רבין. מצד אחר, ברי כי סוכנים החיים בתוך סביבה אלימה ומדווחים על הפעילות בסביבתם חיים בדיסוננס אישי מתמיד ומתהלכים על חבל דק כל העת. לפיכך כללי הפעלה ותהליכי בקרה קפדניים הם כלים חיוניים בידי השב"כ על מנת למלא את תפקידו בסיכול טרור וריגול. אחד הלקחים החשובים מפרשת רביב הוא שעל השירות להקפיד כי כללי הפעולה שהוא נוקט בהפעלת סוכנים ימנעו פגיעה בלגיטימציה הציבורית החיונית לתפקודו ולאמון הציבור בו.

5.5

**איסוף מידע באמצעות
עיקוב וצילום סמוי**

מעקב פיזי אחרי אובייקטים, התחקות אחרי צעדיהם וצילומם הם כלי איסוף קלסיים של כל ארגון מודיעין, ובכלל זה השב"כ. יכולת העיקוב הסמוי וההיטמעות בסביבות שונות – בחברה

הערבית בישראל, בחברה היהודית על גווניה ובתוך היישובים הפלסטיניים ביהודה, בשומרון וגם בעזה – הן כלי חשוב באיסוף ובסיכול מודיעיני, הן בתחום הטרור והן בתחום הריגול, ומצריכות מיומנות גבוהה, אומץ לב וכושר אלתור. נוסף על כך, ההתקדמות הטכנולוגית והנגישות של אמצעי צילום ותצפית, בין היתר באמצעות מטוסים זעירים ללא טייסים ורחפנים, מאפשרות לארגוני מודיעין, ובכלל זה לשב"כ, יכולות מתקדמות של עיקוב וצילום סמוי, מקרוב ומרחוק.

הסמכויות לעיקוב ולצילום הסמוי שיש לשב"כ זכו להסדר משפטי מיוחד, בצורה של פטור מההוראות של חוק הגנת הפרטיות, שכן מחוק הגנת הפרטיות עולה כי פעולות מסוימות שהשב"כ מבצע עלולות לפגוע בפרטיות. חוק הגנת הפרטיות מונה עניינים הפוגעים בפרטיות, בין היתר בילוש או התחקות אחרי אדם העלולים להטרידו,¹³⁰ צילום אדם "כשהוא ברשות היחיד",¹³¹ היינו במקום שאינו מקום ציבורי, וכן פרסום תצלומו של אדם ברבים, בנסיבות העלולות לבזותו או להשפילו.¹³² פעולות אחרות שהחוק מונה העשויות להיות רלוונטיות לפעילות האיסוף הן העתקת תוכן של מכתב או מסמך אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתוכן ללא רשות הנמען או הכותב,¹³³ שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר,¹³⁴ וכן פרסום עניינים שהושגו בדרך של פגיעה בפרטיות, ובאופן קונקרטי פרסומים הנוגעים לצנעת חייו של אדם, "לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו או להתנהגותו ברשות היחיד".¹³⁵

130 סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

131 שם, סעיף 2(3).

132 שם, סעיף 2(4).

133 שם, סעיף 2(5).

134 שם, סעיף 2(9).

135 שם, סעיף 2(11).

עולה מכך ששגרת הפעילות שיחידת המבצעים של השירות מבצעת, לרבות בדרך של עיקוב סמוי וצילום סמוי, עשויה בהחלט להפר את האיסורים שלעיל – כולם או מקצתם. יש לקחת בחשבון כי הגדרת המונח "פרסום" היא הגדרה רחבה,¹³⁶ כך שאפילו העברת המידע בין יחידות השירות עצמן עלולה להיחשב ל"פרסום" בהגדרתו בחוק. ההסדר המשפטי העיקרי שהשירות נשען עליו הוא הפטור המפורש שבחוק הגנת הפרטיות, ולפיו רשות ביטחון וכן עובדיה לא יישאו באחריות בגין פגיעה בפרטיות אם הפגיעה בפרטיות "נעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי".¹³⁷ ואכן, שירות הביטחון הכללי הוא אחד הגופים המנויים בהגדרת "רשות ביטחון" שבחוק הגנת הפרטיות.¹³⁸

ההסדר החקיקתי המלא בעניין פגיעה בפרטיות מבוסס אפוא על שילוב בין הוראות חוק אחדות – החל בתפקיד השירות באיסוף מידע ובקבלת מידע,¹³⁹ עבור בסמכותו המפורשת של השב"כ לקבל ולאסוף מידע באמצעות עובדיו לצורך מילוי תפקידיו,¹⁴⁰ וכלה בהוראות הפטור שבחוק הגנת הפרטיות.¹⁴¹ משילובן של הוראות אלו נובע כי במקרים שפעולות השירות, באמצעות עובדיו, מתבצעות לשם מילוי תפקידיו ובמקרים שיש פרופורציה סבירה בין מידת הפגיעה בפרטיות ובין הצורך הספציפי שבגינה הופרה הפרטיות פעולות אלו ייכללו בהוראת הפטור, והשירות או עובדיו לא ייחשבו כמי שמפרים את האיסורים שבחוק הגנת הפרטיות.

136 סעיף 2 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ו-1965, מגדיר "פרסום" כך:

(א) פרסום, לענין לשון הרע – בין בעל פה ובין בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר. (ב) רואים כפרסום לשון הרע, בלי למעט מדרכי פרסום אחרות – (1) אם היחה מיועדת לאדם זולת הנפגע והגיעה לאותו אדם או לאדם אחר זולת הנפגע; (2) אם היחה בכתב והכתב עשוי היה, לפי הנסיבות, להגיע לאדם זולת הנפגע.

137 סעיף 19(ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

138 שם, סעיף 19(ג)(3).

139 סעיף 7(ב)(7) לחוק השב"כ.

140 שם, סעיף 8(א)(1).

141 סעיף 19(ב) וסעיף 19(ג)(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

מדובר בדרך הסמכה חריגה לאופן שבו הוענקו לשירות עיקר סמכויותיו לשם ביצוע ייעודו ותפקידיו. נראה שמבחינה ציבורית וחוקתית, מעמדה החשוב של הזכות לפרטיות מצדיק כי פגיעה בה תחייב הוראת הסמכה ישירה ומפורשת, שנקבעו לה גדרים וסייגים, ולא בדרך של הוראות פטור.

5.6 טינוס

כמפורט לעיל, השב"כ הוא מערכת משוכללת של יכולות איסוף מידע, והן הבסיס לכל פעולותיו האחרות, בין לשם סיכול ומניעה ובין לשם מחקר והערכת מצב בתחומי פעילותו. לסמכויותיו יש להוסיף גם את המידע הרב הנאסף במהלך חקירות השב"כ, מידע רב המצטבר כתוצאה של תהליך בדיקות הביטחון לעשרות אלפי אנשים בשנה המועמדים למשרות מסווגות, וכן מידע גלוי וזמין המצוי באינטרנט וברשתות החברתיות.

למידע הרב הנאסף על ידי השירות מצטרף המידע המתקבל בשירות מארגוני ביטחון ומודיעין אחרים – הן ארגונים אחרים של קהילת המודיעין הישראלית, בראש ובראשונה המוסד וחיל המודיעין, על יחידותיו השונות, והן מידע רב המגיע משירותים זרים. אומנם, מאז ומתמיד התקיימו קשרים של העברת מידע בין השב"כ לארגוני ביטחון זרים, אולם הגלובליזציה של הטרור והקלות שבה עוברים אנשים, חומרים ורעיונות בין מדינות מחייבים שיתוף פעולה הדוק הרבה יותר מבעבר עם מדינות זרות. לשם כך נבנו מנגנונים להעברת מידע הכוללים הסדרים והסכמים עם מדינות אחרות, ולצידם מערך טכנולוגי תומך. תוצאתם היא מידע רב הזורם לשב"כ כל העת גם מארגונים זרים.

התוצאה המצטברת היא מערך איסוף מידע שאין לו אח ורע במערכות אחרות, בוודאי בכל הנוגע לאזרחי ישראל ולתושבי ישראל, כמו גם לתושבי יהודה, שומרון ורצועת עזה, וכן לחשודים במעורבות בטרור ובריגול הפזורים בעולם כולו.

בדרך כלל השירות אוסף מידע בדרך אקטיבית, היינו במאמצי איסוף מכוונים ליעדי השירות, אולם יש להבין כי יכולות האיסוף של השירות כוללות גם "איסוף פסיבי" מתמיד ורחב היקף על תושבים ואזרחים של ישראל שאין כל חשד שהוא

בעניינם. למשל, אופן האיסוף של נתוני התקשורת מזרים לשירות כל העת נתוני תקשורת על אודות כלל האזרחים, ומידע זה נאגר בשב"כ למשך תקופה ארוכה. גם מאגרי המידע המועברים לשירות מכוח החוק מרשויות אחרות משמשים אותו לשם מילוי תפקידיו וייעודו, אולם מטבע הדברים גם מאגרים אלו כוללים מידע רב על תושבים ואזרחים שאינם חשודים בדבר. נוסף על כך, גם המידע הרב המצטבר כתוצאה מפעולתה של מערכת בדיקות הביטחון לתפקידים ולמשרות מסוגות נאסף על אזרחים ותושבים שמטבע הדברים אינם יעדים של השירות.

ההצטברות עצומת הממדים של מידע זה, בשילוב יכולות האגירה וטכנולוגיית המידע, מביאה למצב שבו על כל אזרח ועל כל תושב בישראל קיים מידע אישי רב, ולשב"כ יש יכולת גישה מיידית אליו, גם אם בדרך כלל הוא נשמר בצורה פסיבית. יכולות איסוף אלו הן עיקר העוצמה של השב"כ, ועליהן מבוססת יעילותו במימוש יעדיו ותפקידיו, החשובים מאוד. האיזון בין הצורך הביטחוני החשוב לבין החשש מפני שימוש לרעה ביכולות ובסמכויות אלו הוא אתגר חברתי, ארגוני ומשפטי חשוב ביותר.

אופן ההתמודדות עם אתגר זה מחייב התייחסות הן לשאלות איסוף המידע, כמתואר בפרק זה, הן לאופן השימוש בו והן לפיקוח יעיל על מימוש הנחיות האיסוף והשימוש.

פרק 6

סמכויות החקירה של השירות

–

חקירת השב"כ היא מכשיר מרכזי למימוש תפקידו של השירות בסיכול טרור ובריגול, ולא פחות מכך, כלי חשוב לאיסוף מידע. כך ראה זאת השירות מאז ומתמיד, ואכן, מיום הקמתו של השירות הייתה בו יחידת חקירות. ואולם, לאורך השנים תחום השימוש בסמכויות השירות בתחום החקירות היה הקונטרוברסלי ביותר, ונלווה לו ויכוח ציבורי סוער במישורים שונים – משפטיים, מוסריים, פוליטיים ותקשורתיים. עתירות אין-ספור הוגשו בענייני חקירות, ועסקו בו ועדות חקירה ובדיקה בכל הרמות. יש לציין כי מבחינה ארגונית יחידת החקירות של השב"כ קטנה עד להתמיה ביחס למספר הנחקרים

6.1 מבוא

במהלך השנים בחקירות השב"כ, והיא קטנה מאוד גם ביחס למספרם של עובדי השירות.¹

המעטפת המשפטית העוסקת בתחום חקירות הביטחון אינה מעוגנת בחוק השב"כ, שבו נקבעה רק סמכות החקירה הכללית,² שכן לא נקבעו בו סמכויות חקירה ספציפיות. סמכויות החקירה המיוחדות שהשירות משתמש בהן הנוגעות לעבירות ביטחון נכללות, בעיקרון, במסגרת החקיקה העוסקת בסדרי דין, והן שונות במידה רבה מאלו החלות בחקירות פליליות רגילות. סמכויות אלו נקובות בשורה של חוקים והסדרים, למשל הסמכות לדחיית מפגש של עצור עם עורך דין קבועה בחוק סדר הדין הפלילי,³ סמכויות מיוחדות הקשורות בסדרי דין מיוחדים בהליכי מעצר נכללות בחוק המאבק בטרור,⁴ תנאי ההחזקה בחקירה בעבירות ביטחון נקובים בתקנות לפי חוק חקירת חשודים,⁵ ועוד. הבסיס העקרוני וההצדקה החברתית לסמכויות נרחבות אלו נעוצים בהבדלים שבין החקירה הביטחונית לפלילית.

השוני בין המטרה הסיכולית של החקירה הביטחונית למטרת החקירה הפלילית הכרוך בסוג האיומים על הסדר החברתי וכן האופי השונה של היריב בתחום הביטחוני לעומת התחום העברייני הם הבסיס העיקרי להצדקה להעניק לשירות סמכויות חקירה ייחודיות

6.2 הצדקה למתן סמכויות מיוחדות בחקירות ביטחון: ההבדל בין חקירה ביטחונית לחקירה פלילית

1 מחוק כמה אלפי עובדים בשב"כ ישנם רק כמה עשרות חוקרים ומספר קטן של מחלקות חקירה במטה ובאגפים המרחביים.

2 סעיף 8(ב)(3) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

3 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה) (מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים).

4 חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

5 תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997.

ושונות מאלו המוענקות במישור הפלילי הרגיל. כך הצדיקה ועדת לנדוי את הסמכויות שהעניקה לשב"כ, וברטוריקה דומה השתמשו גם בתי המשפט והכנסת כאשר הם נדרשו להצדיק הענקת סמכויות מיוחדות בחקירות השב"כ.⁶ ההבדלים העיקריים נובעים מכך שהחקירה הביטחונית היא בעלת תכלית כפולה – סיכולית וראייתית – שבמקרים רבים מתקיימת בו זמנית באותה חקירה עצמה. בראש ובראשונה, מטרת החקירה הביטחונית היא מניעתית, היינו עומד בבסיסה ההכרח להשיג מפי הנחקר, לעיתים קרובות בדחיפות ובלא שהיות, מידע שישמש לסיכול פעילות טרור העומדת להתבצע או סיכול מעשי ריגול. לעיתים קרובות התכלית המניעתית המודגשת בסעיף הייעוד של השב"כ, משמעותה בתחום החקירות היא הצורך בגילוי של כוונות, פעולות תכנון וקשירת קשר לפעילות שטרם בוצעה. לפיכך, ובאופן מובנה, מתחם הראיות הפוטנציאליות העומד בפני החוקר המבקש לחשוף כוונות לפעולה שטרם באה לעולם מצומצם ביותר, בוודאי בהשוואה למקרים שבהם אירוע כבר התרחש ויש ראיות פורנזיות ואחרות כתוצאה של עצם ביצוע בפועל של העבירה. זאת ועוד, גם כשמדובר בחקירת אירוע שכבר התרחש, קיים קושי אינהרנטי באיסוף ראיות. קושי זה נובע משתי סיבות עיקריות: האחת, היעדרם של עדים המוכנים לשתף פעולה עם הרשויות, במיוחד עדים המשתייכים לקבוצה התומכת בארגון הטרור; האחרת, היעדר גישה במקרים רבים לזירה הפיזית שבה התרחש האירוע וש ממנו אפשר לאסוף ראיות. במקרים רבים זירת הפעילות בחקירות טרור נמצאת מחוץ לשטח שבשליטת ישראל, וכאשר מדובר בחקירות ריגול, ברוב המקרים המפעיל יושב בארץ זרה, ואין אפשרות מעשית להגיע למקום לשם איסוף ראיות. זו אחת הסיבות העיקריות לכך שהחקירה הביטחונית חותרת להגיע למידע ולראיות המבוססים במידה רבה על הודאת הנחקר. כדי לעשות זאת נדרשים כלים ייחודיים של חקירה.

נוסף לסיכול פעילות העומדת להתבצע, לחקירה בשב"כ יש גם תכלית של השגת ראיות קבילות להעמדה לדין של חשודים בעבירות כנגד ביטחון המדינה, שכן העמדה לדין של חשודים בפעילות טרור וריגול, ואם יורשעו, כליאתם לתקופות

6 ועדת לנדוי – ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת – דין וחשבון, 1987, עמ' 14-15 (להלן: דוח ועדת לנדוי).

7 למשל, בדברי ההסבר לפרק ה להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011 (611), 27.7.2011.

ממושכות, הן עצמן רכיבים חיוניים בלחימה בעבריינות הביטחונית, ושום חברה חפצת חיים אינה יכולה לוותר עליהם. מכאן נובע המאמץ המערכתי והמשפטי הגדול שמטרתו מצד אחד לאפשר לשירות כלים מיוחדים לביצוע יעיל של חקירותיו ומצד אחר לוודא כי השימוש בכלים אלו לא יפגע ביכולת להסתמך על תוצרי החקירה לצרכים ראיתיים. זהו חבל דק, והדילמה כיצד לפסוע עליו עוברת כחוט השני בכל האמצעים שהשב"כ נוקט בחקירותיו.

נוסף על כך, במקרים רבים החקירה הביטחונית היא של נחקרים שהם חלק מארגון טרור – בשונה מעברייני הפועל לבדו, או עם שותף או שותפים בודדים. הארגונים שמולם פועל השב"כ פיתחו לאורך השנים יכולת-נגד המקשה מאוד על החקירה הביטחונית. מאפייניה העיקריים הם: אינדוקטרינציה אידיאולוגית חזקה המתייחסת אל ההודאה בפני חוקרי השב"כ כאל מעשה בגידה בקבוצת ההשתייכות החברתית או בחבריהם לארגון הטרור, לימוד שיטתי והנחלה ממוסדת לפעילי הארגון של דרכי התמודדות מול שיטות החקירה של השב"כ ומערכת תמיכה ארגונית, כלכלית, משפטית, פסיכולוגית וחברתית חזקה הרואה בחברי הקבוצה גיבורים הפועלים לטובת החברה. אומנם גם בארגוני פשיעה יש תופעות כאלו, בעוצמה זו או אחרת, אולם ככלל, הרכיב האידיאולוגי הוא גורם חזק ביותר בארגוני הטרור, בשונה מהגיבוי והבידוד החברתי היחסי של עבריינים פליליים.

עוד הבדל נעוץ בכך שפעמים רבות פעולות הסיכול של השב"כ, לרבות מעצר חשודים, מתבססות על מקורות מודיעיניים חשאיים, בין שמדובר במקורות אנושיים ובין שמדובר במקורות טכנולוגיים. ההכרח המבצעי הוא לשמור על מקורות מידע אלו ועל יכולתם להמשיך לשמש כמקורות. שימוש במקורות מודיעיניים כראיה עלול, בסבירות גבוהה, להביא לחשיפתם, ומכאן הקושי המהותי להשתמש בהם כראיות שבעזרתן יהיה אפשר לבסס את האישום כנגד החשודים. גם אינטרס זה מעצים את הצורך להתבסס על הודאה של הנחקר כתחליף לחוסר היכולת להסתמך על המידע המודיעיני כראיה.

עניין בולט נוסף המבדיל את החקירה הביטחונית מהפלילית הוא שחקירה של נחקר בעניינים ביטחוניים אינה מכוונת רק למטרת איסוף ראיות למקרה הספציפי שהוא עילת החקירה אלא משמשת גם לשם חשיפת עבירות אחרות ולשם איסוף

מידע והרחבת המידע הרלוונטי על הנחקר, על סביבתו, על חבריו לארגון, ועוד – כל זאת בלא קשר הכרחי לעבירה שעליה הוא נחקר. למותר לציין כי זו בהחלט לא עילה ראויה לחקירה וודאי שלא למעצר, אולם איסוף המידע מנחקרים שהם חברי ארגון טרור הוא תכלית חשובה הנספחת לעילת החקירה והמעצר.

המאפיינים המנויים לעיל עומדים בבסיס ההבדל בין החקירה הפלילית לחקירה הביטחונית המודיעינית. הם מסבירים את חשיבותה המיוחדת של החקירה במאמץ הסיכול, מכתיבים את אופייה ומשמשים בסיס להצדקת הכלים שניתנו לשב"כ לשם מימושה. לפיכך, ולאור החשיבות הרבה של כלי החקירה והרצון להגיע לתוצאה שתאפשר סיכול טרור וריגול בצורה אפקטיבית, שוכנעו המחוקק והמערכת המשפטית כולה כי יש להקנות בידי השב"כ כלים אחרים, עוצמתיים יותר, מהכלים שניתנים בידי המשטרה.

את חקירות השב"כ יוזם השירות, והוא אחראי על ביצוען בפועל, קובע את משכן (בכפוף להחלטות בתי המשפט) ומבצע את פעולות החקירה הנלוות, לרבות תחבולות חקירה. בחקירות השב"כ משולבים גם חוקרים של משטרת ישראל וסוהרים השייכים לשירות בתי הסוהר, אולם האחריות

6.3

אופן הניהול של חקירת השב"כ והמערכת הנורמטיבית שהיא מתבססת עליה

הכוללת על החקירה ותוצאותיה היא של השב"כ. מהלכה הסכמטי של חקירת השב"כ הוא כדלקמן. חקירת שב"כ מתחילה, לרוב, בהחלטה על מעצר חשוד, לאחר שהתגבשה כנגדו עילת מעצר כדין. בדרך כלל מעצר בשטחים מתבצע על ידי צה"ל, ומעצר בישראל מבוצע על ידי משטרת ישראל. החשוד מובא על ידי היחידה שביצעה את המעצר לאחד ממתקני החקירות של השב"כ, המצויים כולם בתוך שטח מדינת ישראל, מסונפים לבתי מעצר או לבתי כלא, שעליהם מופקד שירות בתי הסוהר. אחריות השב"כ כוללת את החקירה הפרונטלית, היינו ישיבות חקירה של החשוד עם חוקרי השב"כ, הפעלת סמכויות הכרוכות בחקירה, לרבות הסמכות לדחות מפגש עם עורך דין, ייזום תחבולות חקירה, לרבות עימותים והפעלת מדוכבים, וביצוען, והחלטה על סיום החקירה בכפוף להחלטות בתי המשפט בדבר הארכות המעצר. האחריות

הכוללת על החקירה מוטלת על השירות, ובשל הדומיננטיות שלו בביצוע החקירות מוטל עליו להבטיח כי גם העניינים שבטיפולם של המשטרה או שירות בתי הסוהר המתבצעים כחלק אינהרנטי מחקירת השב"כ מתקיימים ומתבצעים הלכה למעשה.

חוקרי המשטרה המשולבים בחקירות השב"כ אחראים בדרך כלל על פתיחת תיק החקירה (תיק הפ"א), על איסוף הראיות, לרבות גביית הודעות מהחשוד ומעדים רלוונטיים, על איסוף ראיות וממצאים מהזירה, על פעולות חקירה פורנזיות ופעולות אחרות לפי הנחיית חוקרי השב"כ, עד להגשת תיק החקירה לפרקליטות לשם הגשת כתב אישום. שירות בתי הסוהר אחראי על תנאי ההחזקה של החשוד במתקן החקירות, לרבות אמצעי האבטחה, הובלתו להארכות מעצר, מזון, מקלחות, טיפול רפואי וכל הכרוך בהיבטים הלוגיסטיים של שהיית העצור במתקן המעצר.

מאז אמצע שנות התשעים, בעקבות פינוי מרכזי הערים הפלסטיניות מכוח הסכמי אוסלו, כל מתקני החקירה של השב"כ מצויים בתחומי מדינת ישראל. במתקנים אלו נחקרים כלל העצורים, לרבות עצורים רבים שהם תושבי יהודה ושומרון. המסגרת החוקית הכללית שבה נקבעה אפשרות החזקתם של עצורי השטחים בישראל עוגנה בחקיקה⁸ שהותקנה עוד בשנת 1967, ומאז מוארכת מעת לעת. ההוראה המהותית קובעת כי ניתן להחזיק במעצר בישראל גם את מי שנעצר מכוח תחיקת הביטחון.⁹

השאלה בעניין חוקיות החזקתם במעצר של תושבי השטחים במתקני כליאה המצויים בשטח ישראל נובעת מהמתח בין החובה הכללית הקבועה באמנת ז'נווה בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, ולפיה על המעצמה הכובשת להחזיק

8 תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967.

9 "מי שניחנו נגדו פקודת מעצר או צו מעצר באזור מכוח סמכות שהוענקה על ידי מנשר או צו של מפקד, יהיו מעצרו והחזקתו במעצר ניתנים לביצוע בישראל בדרך שמבצעים בישראל פקודת מעצר או צו מעצר וכן ניתן להעבירו למעצר באזור שבו נעברה העבירה". שם, תקנה 6(ב). הוראה מקבילה מצויה גם בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (1651), התש"ע-2009, סעיפים 265(א), 266(א).

עצורים מהשטחים שבשליטתה במתקנים המצויים באותם שטחים,¹⁰ לכין הוראות הדין הישראלי¹¹ ותחיקת הביטחון בשטחים,¹² המאפשרות החזקה כזו. עניין זה נדון בפסקי דין אחדים שניתנו בבית המשפט העליון,¹³ אשר חזר ואישר כי החזקתם של תושבי השטחים בבתי מעצר בישראל מותרת על פי הדין בישראל. הטעמים העיקריים לפסיקתו של בית המשפט העליון נשענים על כך שמבחינה מעשית יש קושי רב בהקמת מערכת בתי מעצר בשטחים, על עליונות תוקפה של חקיקת הכנסת שאישרה את החזקת עצורי השטחים בישראל, וכן על כך שישראל מקיימת בפועל את הוראותיו המהותיות של המשפט הבינלאומי לעניין החזקת עצורים, לרבות ביקורי קרובי משפחה.¹⁴ נימוקיו אלו של בית המשפט העליון זכו לביקורת בעיקר מהטעם שחקיקת הכנסת אינה יכולה לגבור על הוראות הדין

10 סעיפים 49, 76, 78 לאמנת ז'נווה.

11 בעיקר תקנה 6 לתקנות שעת חירום, התשכ"ז-1967; בג"ץ בית המשפט העליון 2690/09, "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם, האגודה לזכויות האזרח בישראל, המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית אלוף גד שמני, שר הבטחון ח"כ אהוד ברק, השר לביטחון פנים ח"כ אבי דיכטר ואח' (פורסם ב־28.3.2010 LawData).

12 סעיפים 265(א), 266(א) לצו בדבר הוראות ביטחון, התש"ע-2009; בג"ץ יש דין (לעיל הערה 11).

13 בין היתר בג"ץ 253/88, סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3): 301 (1988); בג"ץ 6504/95, ואג'יה נ' מדינת ישראל; בג"ץ יש דין (לעיל הערה 11).

14 "בנסיבות שנוצרו יש לתת את הדעת למשמעות המעשית של הקמת מתקני כליאה חדשים באזור בהיקף הנדרש לאחר יציאת כוחות צה"ל מהערים בהן שכנו מתקנים בעבר, הקמה שבמהלכה עלולים להיפגע הן העצורים מבחינת תנאי החזקתם והן התושבים המקומיים שבשטחם ייבנו המתקנים. בהחלתן של הוראות אמנת ג'נבה יש ליישמן בהתאמה למציאות שלא נחזתה על-ידי מנסחי האמנה; יש גם להביא בחשבון את הקרבה הגיאוגרפית של האזור לישראל ואת העובדה שאין בהחזקת העצורים בישראל, כדי לשלול מהם בהכרח ביקורי משפחות או סיוע משפטי. יש, אפוא, להפריד בין החובה לקיים את ההוראות ההומניטריות של האמנה לקיום תנאי המעצר של העצורים לבין הטענה בדבר מיקום המעצר; בהתחשב בכך ששאלת מיקום המעצר הוסדרה עוד לפני שנים בחקיקת הכנסת וחוקיותה אושרה בפסיקתו של בית משפט זה ובהתחשב בכך שבתנאי החזקה של ישראל באזור ובמציאות השוררת בין ישראל לאזור, עצם החזקה במתקני כליאה בישראל אינה פוגעת בהוראות המהותיות של המשפט הבינלאומי". דברי הנשיאה ביניש, שם.

הבינלאומי וכן מהטעם שהלכה למעשה מתקיימת הגבלה של גישת משפחות העצורים לישראל.¹⁵

לשאלה אימתי יחול הדין הישראלי ואימתי תחול תחיקת הביטחון לעניין דיני המעצר והחקירה של חשוד תושב יהודה ושומרון הנחקר בישראל קבע בית המשפט העליון כי כאשר מדובר ב"דינים המהותיים" של המעצר תחול על העצור תושב השטחים תחיקת הביטחון, וכאשר מדובר בתנאי ההחזקה במעצר יחול הדין הישראלי.¹⁶ באופן קונקרטי קבע בית המשפט העליון כי הדינים בדבר מניעת פגישה עם עורך דין, כמו גם הדינים באשר לאורך תקופת המעצר, אינם דינים העוסקים בדרך "ביצוע" המעצר (שעליהם חל הדין הישראלי) אלא הם דינים מהותיים של מעצר, שעליהם חלה תחיקת הביטחון. לפיכך התקופה של מניעת מפגש של עצור עם עורך דין ואורך תקופת המעצר ייקבעו על פי תחיקת הביטחון, ואילו תנאי ההחזקה של עצור במעצר בישראל (מזון, טיפול רפואי, מיטה, מקלחת וכו') ייקבעו על פי החוק הישראלי.

התוצאה המעשית היא שבכל מתקני המעצר והחקירה ששוהים בו הן עצורים תושבי יהודה ושומרון והן עצורים תושבי ישראל (וכן זרים ותושבי רצועת עזה) כל העצורים שווים ביניהם בתנאי ההחזקה, אולם ההוראות לעניין תקופות המעצר וסמכויות כגון מניעת מפגש עצור עם עורך דין יהיה שונות: על תושבי יהודה ושומרון תחול תחיקת הביטחון בשטחים, ואילו על תושבי ישראל, על זרים ועל תושבי רצועת עזה יחול הדין הישראלי.

זוהי אנומליה משפטית ומוסרית, ויש מקום להרהר שוב בתקפותה. נראה כי לנוכח ההוראות שנקבעו בחוק המאבק בטרור לעניין קיומם של סדרי דין מיוחדים

15 ראו למשל "ביקורים אסורים: הפגיעה בזכות לביקורי משפחה של פלסטינים הכלואים בישראל", דוח בצלם, 2006.

16 הטעם להבחנה זו נעוץ בהוראות תקנה 6(ב) לתקנות שעת חירום, התשכ"ז-1967, הקובעות כי "מי שניתנו נגדו פקודת מעצר או צו מעצר באזור מכוח סמכות שהוענקה על-ידי מנשר או צו של מפקד, יהיו מעצרו והחזקתו במעצר ניתנים לביצוע בישראל, בדרך שמבצעים בישראל פקודת מעצר או צו מעצר". ראו גם בג"ץ 1622/96 אל-אחמר נ' שירות הבטחון הכללי, פ"ד נ(2) 749 (1996); בש"פ 613/13, פלוני נ' משטרת ישראל ואח' (פורסם בנבו, 2013).

בחקירות ביטחון¹⁷ הגיעה העת להחילן גם על תושבי יהודה ושומרון המוחזקים במעצר לחקירה בישראל. החלת סדרי דין אלו משמעותה השוואה של סדרי הדין המהותיים, לרבות השוואת אורכן של תקופות המעצר וסמכויות מניעת המפגש בין עצור לעורך דין בין כל העצורים המוחזקים בישראל – אזרחים, זרים ותושבי רצועת עזה. השוני ייותר רק לעניין ניהול המשפט: תושבי יהודה ושומרון יישפטו בבתי המשפט הצבאיים, בהתאם לעבירות המנויות בתחיקת הביטחון, ואילו תושבי ישראל, זרים ותושבי רצועת עזה יישפטו בישראל בהתאם לחוק בישראל.

6.4

סמכויות החקירה המיוחדות בעבירות ביטחון

חקירה בעבירות ביטחון שונה מחקירה פלילית רגילה, ושוני זה מתבסס על קשת רחבה של סמכויות שנקבעו בחקיקה ושניתן להפעיל אך ורק בחקירה בחשד לביצוע עבירות ביטחון. לסמכויות

אלו יש להוסיף את ההסדרים המיוחדים בתחום סדרי הדין ובתחום כללי החיסיון בעבירות ביטחון, והוראות אלו יחדיו מהוות את המערכת הנורמטיבית של החקירות בתחום הביטחון. הסמכויות המיוחדות בחקירות בתחום הביטחון כוללות עניינים כמו התנאים להפעלת לחץ פיזי בחקירות; מניעת מפגש של עצור עם עורך דין; מניעת ידיעה על מעצר במקרים חריגים; אופן תיעוד החקירה; אזהרה בחקירת ביטחון; סדרי דין מיוחדים ותנאי החזקה במעצר. להלן יידונו עניינים אלו כסדרם.

6.4.1. הפעלת אמצעי שאלת הפעלת לחץ פיזי בחקירות השב"כ – המכונה כפי אנשי השב"כ "סוגיית ההיתרים בחקירה", ובפי ארגוני זכויות האדם "סוגיית העינויים" – היא בלי ספק הסוגיה השנויה במחלוקת ביותר במסגרת המותר והאסור בחקירות ביטחון. שאלה זו הייתה מוקד לוויכוח ציבורי ומשפטי ארוך שנים, היא העסיקה גם מדינות אחרת, ובמידה רבה העיסוק בה לא הסתיים עד

17 חוק המאבק בטרור, פרק ד: "עצור בעבירת ביטחון חמורה – הוראות מיוחדות".

היום.¹⁸ להלן יפורטו אבני הדרך בסוגיית הפעלת אמצעים פיזיים בחקירות השב"כ.

6.4.1.1. ממלחמת ששת הימים ועד דוח ועדת לנדוי

מלחמת ששת הימים הייתה קו פרשת המים גם בתחום חקירות השב"כ. על פי ממצאי ועדת לנדוי, עד מלחמת ששת הימים לא הופעל לחץ פיזי בחקירות של שירות הביטחון הכללי. ראש השב"כ הראשון, איסר הראל, כתב כי אחד העקרונות שקבע עם הקמת השירות היה שהמעצר והחקירה יהיו בסמכות המשטרה, ואילו חוקרי השירות יצורפו אל המחלקה המשטרתית ויפעלו תחת הכללים החוקיים החלים על החקירה המשטרתית.¹⁹

התוצאות של מלחמת ששת הימים וכניסת השב"כ לפעילות מסיבית בשטחים שנכבשו במלחמה זו שינו מהיסוד את דרך התנהלותו של השירות גם בתחום החקירות. כמשתמע מדוח לנדוי, הפעלת לחץ פיזי כשיטה ממוסדת בחקירות השב"כ החלה בתחילת שנות השבעים.²⁰ לפי המיוחס לראש הממשלה מנחם בגין הוא אסר על ראש השב"כ דאז אברהם אחיטוב להשתמש בעינויים בחקירות השב"כ,²¹ ובדברים אלו יש במשתמע אישור לכך שלפחות בתקופה שקדמה להחלטה זו נעשה שימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ. מדוח לנדוי ניתן להסיק כי השימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ נמשך גם לאחר ההנחיה שנתן בגין, ובמשמע, תוך כדי הפרת ההנחיה. על פי ממצאי דוח לנדוי, משנת 1971 לערך ועד 1987 התקיים שימוש שיטתי בלחץ פיזי בחקירות השב"כ, אולם

18 לדיון מפורט ועדכני בסוגיה זו ראו מרדכי קרמניצר, אביעד בן יהודה, נמרוד רוזר, גיל רוטשילד אליאסי ויונתן רום, על חבל דק: המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2017, עמ' 46-128.

19 "אך אז הם יהיו נתונים למשמעת המשטרה, בכל הנוגע לסמכות החוקית ולפרוצדורה". איסר הראל, בטחון ודמוקרטיה, תל אביב: עידנים, 1989, עמ' 164-165.

20 דוח ועדת לנדוי (לעיל הערה 6), עמ' 19-25.

21 מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס, חשבון נפש דמוקרטי לפי משנתו של מנחם בגין, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011, עמ' 7; דרור בר יוסף, חרות האדם בהשקפתו של מנחם בגין "בראשית ברא אלהים את היחיד", ירושלים: מרכז מורשת מנחם בגין, 2014, עמ' 59.

במשפטי הזוטא נהגו חוקרי השב"כ להכחיש באופן עקבי את השימוש באמצעים פיזיים, בהתאם להחלטה ארגונית ממוסדת. במילים אחרות, בתקופה זו נהגה שיטה כפולה: שימוש באמצעים פיזיים מזה והכחשתם העקבית מזה. ועדת לנדוי מצאה כי זו הייתה הנורמה במשך כ-16 שנה, באישורם המפורש של ראשי השירות, ובידיעתם של היועצים המשפטיים של השירות.²²

שיטה זו התפוצצה בשנת 1984, בעקבות פרשת קו 300,²³ ופתיחתו מחדש של משפט הקצין עזאת נאפסו. נאפסו, קצין צה"ל ממוצא צ'רקסי, עמד לדין והורשע בבגידה, בריגול ובסיוע לאויב במלחמה, ועקב כך נדון ל-18 שנות מאסר בפועל. במשפט הזוטא הוא טען כי הודאתו, שהייתה אחת הראיות המרכזיות במשפטו, הוצאה ממנו על ידי אלימות ואיומים של חוקרי השב"כ. בעקבות פרשת קו 300 והספקות שעוד קודם לכן ריחפו בעניין חקירת נאפסו, הורה ראש השירות יוסף הרמלין, שהוחזר לתפקיד לאחר פרישת אברהם שלום, על בדיקה פנימית בעניין חקירת נאפסו.²⁴ הבדיקה העלתה כי מרבית הטענות של נאפסו על אופן חקירתו היו נכונות. בעקבות הבדיקה התאפשר לנאפסו לערער לפני בית המשפט העליון, ובפסק הדין הוחלט להפחית את עונשו ל-24 חודשי מאסר בפועל ולהותיר את ההרשעה אך ורק באישום של חריגה מסמכות.²⁵

ואולם, במסגרת הבדיקה שנפתחה סביב פרשת נאפסו טענו החוקרים כי שיטות החקירה האלימות שאירעו במהלכה, כמו גם השקרים וההכחשות של חוקרי השב"כ לפני בית המשפט שדן בעניין, לא היו בגדר חריג אלא הנורמה.²⁶ בעקבות הסערה שעוררה פרשה זו והמלצת בית המשפט העליון לבירור מעמיק שלה החליטה הממשלה להקים ועדת חקירה ממלכתית לעניין שיטות החקירה של

22 דוח ועדת לנדוי (לעיל הערה 6), עמ' 20-21.

23 להרחבה ראו לעיל בפרק 1.

24 יוסף הרמלין עמד בראש השירות בשנים 1964-1974, ולאחר הדחת אברהם שלום בעקבות אירועי קו 300 נקרא לעמוד בראשו והיה ראש השירות גם בשנים 1986-1988.

25 ע"פ 124/87, סגן עזאת נאפסו נ' החובע הצבאי הראשי, פ"ד מא (2) 631.

26 דוח ועדת לנדוי (לעיל הערה 6), עמ' 6.

שירות הביטחון הכללי בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס השופט משה לנדוי.²⁷

ממצאי ועדת לנדוי אישרו את קיום השיטה הפסולה של הפעלת לחץ פיזי והסתרתו מהמערכת המשפטית באמצעות עדויות שקר. דוח הוועדה קבע, ראשית, את המובן מאליו: על השירות חל איסור לעשות דין לעצמו תוך כדי ביצוע עבירות פליליות, הן במהלך החקירה והן בעדויות השקר. ואולם ועדת לנדוי לא הסתפקה בגינוי השיטה הפסולה שנהגה בשירות. הוועדה שוכנעה, וכך קבעה בדיון וחשבון שלה, כי חקירה יעילה בטרור לא תיתכן בלי שימוש באמצעי לחץ שיופעלו על הנחקרים.²⁸ לשאלה מהם אותם "אמצעי לחץ" הנדרשים לקיומה של "חקירה יעילה" השיבה הוועדה כי אמצעי הלחץ צריכים להתרכז בעיקר בלחץ פסיכולוגי לא-אליים, וכן בחקירה נמרצת וממושכת, לרבות שימוש בתחבולות ובמעשי הטעיה. אולם כאשר שימוש באמצעים אלו אינו משיג את המטרה, "אין להימנע מהפעלת מידה מתונה של לחץ פיסי".²⁹ המילים "מידה מתונה של לחץ פיסי", או לחץ פיזי מתון, היו לתו ההיכר של דוח ועדת לנדוי.

ועדת לנדוי לא הסתפקה בקביעה כללית, ובחלק החסוי של הדוח ניסחה קובץ הנחיות לחוקר השירות המגדיר את גבולות המותר לחוקר השב"כ בהפעלת אמצעים פיזיים. הוועדה קבעה בדוח שפרסמה כי הפעלת סוגי האמצעים שפורטו בנספח הסודי של הדוח אינה עולה לכלל עינויים, התעללות או השפלת הנחקר.³⁰ נוסף על כך הוועדה הגדירה את העקרונות שקיומם יבטיח הפעלה נכונה של האמצעים שקבעה:³¹ ראשית, "אסור להפריז" בהפעלת הלחץ על הנחקר, על מנת שהדברים לא יגיעו לידי עינויים, התעללות או פגיעה חמורה בכבוד; שנית, יש לנהוג במידתיות, כלומר חובה לאזן בין חומרת הסכנה שיש למנוע לבין

27 לצידו של משה לנדוי ישבו השופט בדימוס יעקב מלך והאלוף במיל' יצחק חופי.

28 "חקירה יעילה של חשודים בפח"ע לא תהא בלי שימוש באמצעי לחץ כדי לגבור על רצון עיקש שלא לגלות מידע ועל פחדו של הנחקר שיבולע לו מידי אנשי ארגונו, אם יגלה מידע". שם, עמ' 71.

29 שם, עמ' 71-72.

30 "רחוקה מהפעלת עינויי גוף או נפש, מהתעללות בנחקר או מהשפלת כבוד האדם שלו". שם, עמ' 72.

31 שם, עמ' 53.

האמצעים שאותם ניתן להפעיל, ובמילים אחרות, על החוקר לבחון כל העת את חומרת הסכנה בהתאם למידע המצוי בידיו ולאזנו מול חומרת האמצעים הננקטים; שלישית, יש לקבוע מראש את המגבלות המוטלות על השימוש באמצעים פיזיים, בשל הבעייתיות האינהרנטית הגלומה בשימוש בהם ולגדר אותן בנהלים מחייבים; לבסוף, יש לכוון מנגנוני בקרה ופיקוח, שיבטיחו כי הנחיות אלו אכן מקוימות בפועל, ולנקוט ענישה תקיפה, פלילית או משמעית, על כל חריגה מהנחיות אלו.³² את תפיסתה המשפטית המהותית השעינה הוועדה על הגנת הצורך שבחוק העונשין, כנוסחו אז:

ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו או בגופם או בכבודם של אחרים שהגנתם עליו או ברכוש שהופקד בידו, ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע.³³

הגנת הצורך מעניקה למי שנהנה ממנה פטור מוחלט מאחריות פלילית, והיא מבוססת כל כולה על התפיסה המכונה "הרע במיעוטו". הוועדה אימצה את הפרשנות של פרופ' ש"ז פלר לעניין התנאים המצטברים לקיום הגנה זו, שהם: ראשית, שהחוקר פעל כדי למנוע חבלה חמורה לגופם של אחרים, "שהגנתם עליו"; שנית, שלא היה אפשר למנוע את אותו הנזק בדרך אחרת; ולבסוף, שלמטרה זו לא עשה יותר ממה שהיה נחוץ במידת הסבירות ושהנזק שגרם על ידי כך אינו מופרז בנסיבות העניין.³⁴

32 שם, עמ' 77-81.

33 באותה העת דובר בסעיף 22 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, והוא הובא כאן כלשונו שם. כיום סעיף 34 לחוק העונשין. לשם השוואה מובא כאן נוסח הסעיף היום, 34א:

צורך - לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נחון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

34 דוח ועדת לנדוי (לעיל הערה 6), עמ' 48.

ועדת לנדוי קבעה תנאי נוסף להגנה בנסיבות של ביצוע חקירה תחת סייג הצורך, והוא דרישה להשגה מיידית של המידע מידי הנחקר – להבדיל מדרישה אפשרית נוקשה הרבה יותר, של מיידיות הסכנה. במילים אחרות, ועדת לנדוי קבעה כי דרישת המיידיות מתקיימת גם אם האירוע שמבקשים למנוע אמור להתרחש בעוד פרק זמן של ימים או שבועות, ובלבד שבעת החקירה קיימת סכירות גבוהה להתממשות הסכנה ואין דרך שאינה כרוכה בהפעלת לחץ פיזי למנוע אותה.³⁵ הוועדה דחתה אפוא את התנאי של מיידיות הסכנה וכיכרה על פניה את החובה להצביע על ההכרח להשגה מיידית של המידע – גם אם הסכנה למימוש הכוונה האסורה אינה מיידית או קרובה.

המלצותיה של ועדת לנדוי היו חסרות תקדים: בפעם הראשונה ועדת חקירה ממלכתית הציעה לצייד את שירות הביטחון הכללי בהיתר להפעיל כנגד נחקרים בחקירות טרור אמצעים פיזיים קונקרטיים שפורטו ונקבעו בחלק החסוי של הדוח. בהמלצות אלו נתנה הוועדה, שבראשה עמד נשיא בית משפט עליון בדימוס, גושפנקה ולגיטימציה משפטית וציבורית להפעלת אמצעים אלו והביעה את דעתה, עם כובד המשקל המשפטי של חבריה, שהפעלת אמצעים כאלה לא תפגע בקבילות הראיות שהושגו בעקבות הפעלתם. נוסף על כך המליצה הוועדה לכונן מנגנון סטטוטורי בצורה של ועדת שרים קבועה, רמת דרג, בראשות ראש הממשלה ובהשתתפות שרים בכירים, לרבות שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה, לפיקוח על המלצות הוועדה בכל הנוגע להפעלת אמצעי לחץ פיזי בחקירות ולאשרר את הפעלתם בהתאם לנסיבות המשתנות.

ממשלת ישראל אימצה את דוח ועדת לנדוי,³⁶ ובעקבות אימוץ ההמלצות הוקמה ועדת שרים מיוחדת בראשות ראש הממשלה. הוועדה התכנסה אחת לשלושה חודשים כדי לקבל דיווח על השימוש באמצעים אלו וכן לאשרר מעת לעת את משטר ההיתרים שניתן בידי חוקרי השירות להפעלת אמצעים פיזיים בנסיבות שנקבעו.

35 שם, עמ' 49-50. לשם השוואה, ביח המשפט העליון, שנדרש לנושא, ציין: "כלומר, שקיימת מידח סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ". בג"ץ 5100/94, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג (4) 817.

6.4.1.2. מדוח ועדת לנדוי ועד פסק הדין ב"בג"ץ העינויים" (1999)

לאחר הטלטלה הגדולה של חשיפת שיטת השקרים לבתי המשפט שהייתה נהוגה בשב"כ ובעקבות המלצות דוח לנדוי החלה יחידת החקירות של השב"כ להסתגל למציאות החדשה. השירות החל לפעול בהתאם להנחיות שנקבעו בנספח הסודי של הדוח כפי שאושרו ועודכנו מעת לעת על ידי ועדת השרים המיוחדת לענייני חקירות שב"כ ובגיבוי היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה. האינתיפאדה שפרצה בשלהי שנת 1987, חודשים ספורים לאחר פרסום דוח לנדוי, הביאה למספר חסר תקדים, בוודאי עד אותם ימים, של אירועי טרור, שגררו אחריהם מעצרים המוניים, וכתוצאה מכך חלה עלייה תלולה במספר הנחקרים שהשב"כ נדרש להתמודד עימם. על רקע מציאות זו תהליך ההסתגלות, ההטמעה והדבקות בכללים שנקבעו בהסתמך על המלצות ועדת לנדוי לא אירע מייד אלא ארך זמן ממושך יחסית. יתר על כן, יש לזכור כי ועדת לנדוי לא כללה המלצות אישיות כנגד אנשי מערך החקירות, כך שרוב רובם של החוקרים ששירתו באגף החקירות נותרו בתפקידם גם לאחר פרסום הדוח. גם בכך יש להסביר, אולי, מדוע תהליך ההסתגלות של יחידת החקירות לכללים שנקבעו בוועדת לנדוי היה כרוך בחריגות ובתקלות.

להלכה, השירות החל לפעול בהתאם להנחיות שבנספח הסודי לדוח לנדוי, אשר כלל את רשימת האמצעים הפיזיים שהתירה הוועדה להפעיל בנסיבות שפורטו באותו נספח. ואולם, בעצם הימים שבהם ישבה ועדת לנדוי על המדוכה מת עציר פלסטיני, עווד חמדאן, במהלך חקירתו במתקן החקירות בג'נין.³⁷ בדיקת המקרה העלתה כי העציר נחנק למוות לאחר שחוקריו הניחו על ראשו שק. בעקבות האירוע ואי-אמירת האמת בתהליך הבדיקה הפנימית הושעה סגן ראש אגף החקירות מתפקידו, ושירותו בשב"כ הגיע לסיומו.

בחודש דצמבר 1989, כשנתיים לאחר דוח ועדת לנדוי, מת העציר חאלד שיח' עלי במהלך חקירתו במתקן החקירות בעזה בחשד לפעילות במסגרת ארגון הג'יהאד האסלאמי. בדיקת המקרה פתחה תיבת פנדורה: החקירה העלתה כי בחקירת שיח' עלי התרחשו חריגות חמורות מהנהלים, ובין היתר נמצא כי במהלך החקירה

הכו החוקרים את שיח' עלי בבטנו, ומכות אלו גרמו למותו.³⁸ בעקבות החקירה הוגש כתב אישום כנגד שני חוקרים, ובמסגרת עסקת טיעון נידונו השניים ל-6 חודשי מאסר בפועל.³⁹ לימים טענו שני החוקרים כי ראשי השירות וחבריהם לחצו עליהם לקבל על עצמם את מלוא האשמה, שכן בפועל חריגות כאלה היו בבחינת נורמה במתקן החקירות בעזה.⁴⁰

בעקבות הפרשה הוקמה ועדת בדיקה בראשות המשנה לפרקליטת המדינה רחל סוכר. כן עסקה בפרשה מבקרת המדינה מרים בן פורת, במסגרת בדיקה שערכה בעניין התנהלות אגף החקירות בשנים 1988-1992. בדיקות אלו שפכו אור עגום על ההתנהלות של יחידת החקירות בשירות בשנים אלו. הרוח של בדיקת מבקרת המדינה אושר לפרסום רק בחלקו, שנים לאחר שנכתב ורק לאחר מאבק ממושך, ומתמציטו עולה כי במתקן החקירות בעזה התקיימו חריגות ביודעין מהכללים שקבעה ועדת לנדוי וכי חריגות אלו הצביעו על כשלים של ראשי השירות.⁴¹ מבקרת המדינה קבעה עוד כי גם אחרי פרסום דוח ועדת לנדוי לא נעקרה התופעה של אמירת שקר מקרב החוקרים.⁴² ממצאים קשים אלו, שנים ספורות בלבד לאחר פרסום דוח ועדת לנדוי, וכן מאסרם של שני חוקרי שב"כ הביאו

38 שם, עמ' 152.

39 פס"ד פלוניס, השופטת מ' ארד (לא פורסם); ע"פ 532/91 (לא פורסם). הנשיא ברק:

על המדינה ועל רשויותיה, כולל השירות, לשמור על התנהגות הומניטרית ועל צלם אנוש ביחסים של אנשי פח"ע, כדי לקיים את ה"אני מאמין" של המדינה עצמה, כמדינת חוק המושתתת על מושגי יסוד של מוסר. כל פגיעה במושגי יסוד אלה, אפילו כלפי מבקשי נפשה, עלולה להחנקם בנו בהשחתת המידות כלפי פנים.

מצוטט בבג"ץ 2581/91, מוראד עדנאן טלחאת ואחי' נ' ממשלת ישראל ואחי', פ"ד מז 837.

40 ע"ע 1443/04, פלוני אלמוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 2007).

41 "מסכת כשלים המלמדת שמי שאחראים על הארגון כולו נכשלו קשות בתפקידם לקיים את פעולת השב"כ במסגרת החוק" תוך כדי "חריגות מקביעותיה של ועדת לנדוי ומנוהלי השב"כ. [...] החריגות לא נבעו בעיקרן מאי-ידיעת גבולות המותר והאסור אלא בוצעו ביודעין". "תמצית מדוח הביקורת בנושא מערך החקירות בשירות הביטחון הכללי (שב"כ) בשנים 1988-1992", אחר מבקר המדינה, 2000.

42 "היו ביניהם ששיקרו בעת מחן עדות בפני ערכאות שיפוטיות או רשויות חקירה ובדיקה אחרות, והיו ששיקרו בדיווחים לממונים ולאחרים בתוך השב"כ עצמו". שם.

להלם בשירות בכלל ובאגף החקירות בפרט ולפעולה נמרצת שנועדה לעקור מהשורש חריגות מסוג זה.⁴³

הפרקטיקה שנהגה בתקופה זו בחקירות שב"כ בתחום הטרור הייתה הפעלה שגרתית של האמצעים הפיזיים שהותרו לשימוש בחקירות טרור על ידי ועדת השרים שפעלה על בסיס ממצאי ועדת לנדוי. יש לדעת כי לארגון מבצעי המכוון לתוצאה של סיכול טרור יש נטייה קבועה ומתמדת להשתמש בכל האמצעים העומדים לרשותו להשגת ייעודו, וגם בשל כך תדירות השימוש באמצעים שהתירה ועדת לנדוי הלכה והתרחבה במהלך השנים. במידה רבה, מה שוועדת לנדוי ראתה כאמצעי חריג היה לכלל. לדוגמה, כיסוי ראשיהם של נחקרים למשך שעות ארוכות, מניעת שינה וחשיפה למוזיקה רועשת היו מנת חלקם של רוב עצורי השב"כ בשנים הללו. כן נעשה שימוש באמצעים אחרים, כגון הטלת השגרה של הפעלת האמצעים הפיזיים התקיימה תוך כדי עימות משפטי וציבורי מתמשך עם ארגוני זכויות אדם בארץ ובחו"ל, ששבו ותקפו את החוקיות של שיטות הפעולה של השירות באמצעות פרסום דוחות, התבטאויות של מובילי דעת קהל, ובעיקר סדרה של עתירות לבג"ץ כנגד השימוש באמצעים הפיזיים שהתירה ועדת לנדוי.⁴⁴

תקיפה חזיתית ראשונה של המלצות ועדת לנדוי הייתה בשנת 1991, בעתירה מטעם הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל באמצעות העותר מוראד עדנאן סלחאט.⁴⁵ בעתירה נטען כי יש להורות לחוקרי השב"כ שלא לפעול על פי המלצות ועדת לנדוי בכל הקשור להפעלת אמצעי לחץ בחקירה, לאסור עליהם להפעיל בחקירה אמצעי לחץ המפורטים בנספח הסודי של דוח לנדוי וכן לפרסם בציבור את החלק החסוי של הדוח. עוד הועלתה הטענה שהמלצות ועדת לנדוי אינן חוקיות מבחינת הדין הפלילי, באשר השימוש באמצעים המפורטים בהן עלול לפגוע פגיעה קשה בזכות השתיקה של החשוד. כן נטען כי יש בהמלצות

43 פרי (לעיל הערה 37), עמ' 153.

44 "חקירת פלסטינים בתקופת האינתיפאדה: התעללות, 'לחץ פיסי מתון', או עינויים?" אתר בצלם, 1991; "הזכות שלא להיות נתון בעינויים, מתוך דוח האגודה: 'זכויות האדם בישראל - תמונת מצב'", אתר האגודה לזכויות האזרח, 1996.

45 בג"ץ סלחאט (לעיל הערה 39).

האמורות משום מתן היתר לעינויים וכי הן עומדות בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי כמו גם להוראות חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהתקבל בכנסת סמוך לאחר הגשת העתירה. העותרים טענו עוד כי הבסיס המשפטי שעליו השעינה ועדת לנדוי את המלצותיה, שהוא הגנת הצורך בחוק העונשין, איננו יכול לשמש בסיס לכללים נורמטיביים שנקבעו מראש, אלא אך ורק לשם בחינה בדיעבד של הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.

בתשובתה של המדינה לעתירה נטען כי אין מדובר באמצעים המופעלים בצורה אוטומטית ובלתי מבחינה, שכן בהנחיות שחוקרי השב"כ פועלים לפיהן מתקיים קשר בין מידת הסכנה המוערכת מהנחקר הספציפי לבין טיב האמצעים הקונקרטיים הננקטים כנגדו, וכי בכל מקרה ומקרה מיושם מבחן פרטני הנוגע לנסיבות המיוחדות של אותה חקירה. נוסף על כך, המדינה ביקשה מבית המשפט לדחות את העתירה, שכן אופייה הפך כללי ו"תאורטי", באשר חקירת העותר הספציפי הסתיימה עוד קודם להגשת העתירה. עמדת המדינה הייתה שיש להותיר את ההכרעה בסוגיות שהעלו העותרים להליכים שמתעוררת בהם שאלה קונקרטית – למשל בהליך הנקרא "משפט זוטא", שעניינו בירור משפטי של טענה לפסילת הודאה של נאשמים ספציפיים במהלך משפטם וכחלק ממנו, שהוצאה באמצעים שלפי הטענה אינם חוקיים.

בית המשפט העליון דחה את העתירה בקבלו את טענת המדינה שאין היא מבוססת על מקרה קונקרטי (שכן כאמור חקירת העותר הסתיימה עוד קודם להגשת העתירה) ולכן אין מקום לדון בה לגופה.⁴⁶ בית המשפט קבע כי טענות אלו יש להעלות בהקשר של סיטואציה עובדתית ספציפית ולא כעניין תאורטי. נוסף על כך השופטים סברו כי העתירה היא לאמיתו של דבר בקשה לשמש כ"ועדת חקירה על ועדת חקירה" וקבעו שתפקיד זה חורג מתפקידו של בית המשפט.

דחיית העתירה לא ריפתה את ידיהם של ארגוני זכויות האדם, ובשנת 1994 הגישו הוועד הציבורי נגד עינויים, האגודה לזכויות האזרח וארגונים אחרים עתירה עקרונית שכוונה אף היא כנגד החוקיות של הפעלת אמצעים פיזיים על

ידי שירות הביטחון הכללי במהלך חקירות.⁴⁷ לעתירה זו צורפו עתירות שהגישו במהלך השנים האגודה לזכויות האזרח והמוקד להגנת הפרט וכן עתירות של עצירים פלסטינים שלפי טענתם במהלך חקירתם הופעלו אמצעים פיזיים.

הטענות העיקריות היו שהשיטות הננקטות באופן נרחב בחקירות השב"כ נוגדות את הדין הבינלאומי, במיוחד את האמנה נגד עינויים וכן את הוראות המשפט החל בישראל, שכן שיטות חקירה אלו אסורות לפי החוק, וסייג הצורך אינו יכול לשמש להן מקור הסמכה. במישור הקונקרטי הועלו טענות כנגד אמצעי חקירה אחדים שתוארו בעתירות: טלטול; המתנה בתנוחת "שאבח" – שלפי הנטען בעתירות תמציתה היא הושבת הנחקר על כיסא נמוך כשהוא אזוק בתנוחה מכאיבה; השמעת מוזיקה בעוצמה גבוהה לפרקי זמן ממושכים; כיסוי ראשו של הנחקר בשק; "כריעת צפרדע" – כריעה על קצות אצבעות הרגליים למשך כמה דקות; מניעת שינה לפרקי זמן ארוכים והידוק יתר של אזיקים.

המדינה לא הכחישה את רוב הטענות בדבר האמצעים הפיזיים כפי שפורטו בעתירות, ואף אישרה את השימוש באמצעי הטלטול. רק את השימוש בהידוק האזיקים הכחישה המדינה מפורשות, וכאמור – לא הכחישה ולא אישרה את השימוש באמצעים האחרים שנטענו בעתירה. הצעת המדינה להציג לבית המשפט במעמד צד אחד את אמצעי החקירה המתבצעים בפועל נדחתה על ידי העותרים.

טענתה המשפטית העיקרית של המדינה הייתה שהגנת הצורך שבחוק העונשין מקימה את הבסיס להנחיות לחוקרי השירות באשר לנסיבות שבהן היא חלה ולאמצעים המותרים בנסיבות אלו. לתפיסת המדינה, כל זמן שהאמצעים מתבצעים לפי ההנחיות, הפעלת אמצעים פיזיים במהלך חקירה תחסה תחת הגנת הצורך. לטענת המדינה הנחיות אלו ניתנו בהתאם להמלצותיה המפורשות של ועדת חקירה ממלכתית, היא ועדת לנדוי, שאומצו על ידי הממשלה ועל פי הנחיות של ועדת השרים המיוחדת לעניין חקירות השב"כ בראשות ראש הממשלה. לעמדת המדינה, האמצעים הנכללים בהן אינם עולים לכדי "עינויים", "יחס אכזרי ולא אנושי" או "יחס משפיל", האסורים לפי המשפט הבינלאומי, ואף לא בבחינת "גרימת סבל וכאב חמורים". לפיכך, לטענת המדינה, אמצעים אלו

47 בג"ץ הוועד נגד עינויים נ' ראש הממשלה (לעיל הערה 35).

מותרים גם לפי המשפט הישראלי, שכן מטרתם היא שמירה על ביטחון המדינה והצלת חיי אדם.

העתירה הוגשה בשנת 1994, ופסק הדין ניתן בשנת 1999. במהלך 5 השנים שבהן הייתה העתירה העקרונית תלויה ועומדת בבית המשפט העליון הוגשו עשרות רבות של עתירות קונקרטיות בעניין שיטות החקירה של השב"כ. בשנים אלו אירעו מקרי מוות אחדים של עצירים פלסטינים במהלך חקירתם בשב"כ.⁴⁸ גם אם לא נמצא בכלם קשר סיבתי בין המוות להפעלת אמצעים פיזיים, מקרי מוות אלו חידדו את הדילמה שבין ההכרח להיאבק ביעילות בטרור לבין הקושי המשפטי והחברתי להתיר הפעלה שיטתית וממוסדת של אמצעים פיזיים בחקירות של פעילי טרור.

באפריל 1995 מת העציר עבד א-צאמד חריזאת במהלך חקירתו בשב"כ בבית המעצר במגרש הרוסים בירושלים. חקירת המוות חשפה בפעם הראשונה לפני הציבור את השימוש בשיטת הטלטול,⁴⁹ שעיקרה אחיזת העציר בכגדיו וטלטולו בחוזקה קדימה ואחורה.⁵⁰ נוסף לכך נחשף עימות בין השב"כ לבין מערכת המשפט – בעיקר היועץ המשפטי לממשלה דאז מיכאל בן יאיר – בשאלת אופן הפיקוח על הפעלת ההיתרים שאושרו לשירות.⁵¹ המחלקה לחקירת שוטרים שחקרה בעניין מותו של חריזאת לא מצאה בסיס לאישום פלילי נגד חוקרי השב"כ שהשתתפו בחקירה, אלא לכל היותר חריגה שאופייה משמעתית. עתירה שהוגשה כנגד החלטת המחלקה לחקירת שוטרים שלא להעמיד לדין פלילי את חוקרי השב"כ שהשתתפו בחקירה אלא להסתפק בדין משמעתית נדחתה בבית

48 "דו"ח מקרה: מותו של מצטפא ברכאת באגף החקירות במתקן הכליאה בטול כרם", בצלם, 1992. לאזכור מותו של מוסטפא עכאווי במתקן החקירות בחברון ראו שם, עמ' 10, ובמקומות אחרים.

49 בג"ץ 2150/96, חריזאת ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (לא פורסם, 2002).

50 כמפורט בהודעה המדינה שם בעניין חריזאת מיום 15.11.2001.

51 "מיכאל בן יאיר רצה להכתיב ולאשר לי מראש את ההיתרים המיוחדים, בכל מקרה ומקרה ומובן שלכך התנגדתי בכל חוקף". כרמי גילון, שב"כ בין הקרעים, תל אביב: ידיעות אחרונות, 2000, עמ' 394.

המשפט העליון,⁵² אשר אימץ את הטענה שהחוקרים לא יכלו לצפות את התוצאה הקטלנית, מאחר שהיה זה אמצעי חקירה נפוץ בשירות הביטחון הכללי והשימוש בו בעבר לא גרם תוצאות דומות. בסופו של דבר הועמד חוקר שב"כ אחד לדין משמעתי לפני בית הדין המשמעתי המיוחד של חוקרי השב"כ והמוסד בראשות השופט המחוזי עודד מודריק, הוא הורשע בעבירת משמעת קלה יחסית וחרז לשרת בשב"כ.⁵³

בעקבות החשיפה של שיטת הטלטול עקב מותו של חריזאת הגישה האגודה לזכויות האזרח עתירה ובה תקפה ישירות את חוקיות השימוש בטלטול.⁵⁴ בית המשפט העליון החליט לצרף עתירה זו לעתירה העקרונית כנגד החוקיות של שיטות החקירה של השב"כ. בחלוף השנים ועם ריבוי העתירות לא היה עוד מנוס מהכרעה משפטית ברורה בסוגיה זו.

6.4.1.3. ההחלטה ב"בג"ץ העינויים" ומשמעותה

פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 5100/94 שניתן בספטמבר 1999 היה שיאו של המאבק המהותי, הציבורי והמשפטי באחת הסוגיות המרכזיות שהונחו לפניו בעניין היחסים שבין חוק, מוסר ויעילות המאבק בטרור. לפסק הדין חשיבות רבה, הן במישור העקרוני והן הקונקרטי, והוא אבן דרך בהיסטוריה המשפטית והחברתית של מדינת ישראל בכלל ושל השב"כ בפרט.

פסק הדין פותח בתיאור הדילמה הקשה של מדינת ישראל במלחמתה בטרור רצחני, אולם מדגיש כי האיסורים על אלימות כלפי גופו של הנחקר או נפשו הם איסורים מוחלטים. דהיינו, אין להם חריגים, ואין "לאזנס" עם שיקולים אחרים. עוד נקבע כהנחת מוצא עקרונית שהסמכות המסורה לחוקרי השירות, כמו סמכותם של חוקרי המשטרה, משמעה ניהול חקירה שאינה חורגת מסמכויות החקירה הכלליות הנגזרות מצורכי החקירה ומהדין הכללי. סמכויות חקירה

52 בג"ץ חריזאת (לעיל הערה 49).

53 גילון (לעיל הערה 51), עמ' 395.

54 בג"ץ 4054/95, האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל ואח' (צורפה לבג"ץ הוועד נגד עינויים נ' ראש הממשלה (לעיל הערה 35)).

כלליות אלו משקפות את חובת ניהולה של "חקירה סבירה", וזו אינה יכולה לכלול עינויים, יחס אכזרי משפיל או בלתי אנושי כלפי הנחקר, ואין להשתמש במהלכה "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים".⁵⁵

בחלק המהותי של פסק הדין בחן בית המשפט את טענת המדינה ששיטות החקירה שנמנו בנספח הסודי של דוח לנדוי מותרות להפעלה על ידי חוקרי השב"כ וזאת בסיטואציה המקיימת את סייג הצורך, דהיינו על מנת למנוע פגיעה בחיי אדם או בגופו. בתמצית, השאלה שעמדה במוקד פסק דינו של בית המשפט העליון היא אם קיים מקור סמכות משפטי שיש בכוחו להתיר לחוקרי שב"כ להפעיל אמצעים פיזיים כנגד עצור המצוי בחקירה, ואם כן, באילו נסיבות.

בית המשפט קבע, בניגוד לתפיסה שבבסיס המלצות דוח לנדוי, כי סייג הצורך אינו יכול לשמש מקור של הסמכה מראש, בצורה של הנחיות או נהלים הקובעים מתי ובאיזו סיטואציה ניתן להפעיל אמצעים פיזיים בחקירה, מהותם, משכם וכו'. במילותיו של הנשיא ברק: "לדעתנו, אין להסיק מהסייג של 'צורך' סמכות כללית לקביעת הנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה על ידי חוקרי השב"כ".⁵⁶ כלומר, בית המשפט העליון הכריע כי לא ניתן לשאוב סמכות למתן הנחיות מסייג הצורך, והנחיות כאלה חייבות להישען על מקור הסמכה מפורש הקבוע בחוק. במילים אחרות, טענת פטור מאחריות משפטית, כמו טענת הצורך, אינה יכולה לשמש בסיס להנחיות להפעלת אמצעים פיזיים.⁵⁷

55 בג"ץ הוועד נגד עינויים נ' ראש הממשלה (שם), פסקה 23.

56 "הסייג של 'צורך' אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט באמצעים פיזיים במהלך חקירה. [...] הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין 'צורך'. סייג זה עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה [...] אופי זה של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מנהלית כללית. זו מבוססת על קביעת אמות מידה כלליות, הצופה פני העתיד". שם, פסקה 36.

57 "לשון אחר: הנחיות כלליות לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה חייבות לשאוב את כוחן מהסמכה המעוגנת במשפט ולא מסייגים לאחריות פלילית. עקרון ה'צורך' אינו יכול לשמש בסיס לסמכות". שם, פסקה 37.

בשורה התחתונה קבע בית המשפט העליון כי אין סמכות לממשלה או לראשי השב"כ לקבוע הנחיות, כללים או היתרים אשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה.⁵⁸ כלומר, הנספח הסודי של ועדת לנדוי, הנהלים שקבע השב"כ באישור הממשלה ועל בסיס המלצות ועדת לנדוי לעניין סוגי האמצעים הפיזיים שניתן להפעיל כנגד נחקר והנסיבות שבהן ניתן להפעילם – כל אלה בוטלו בפסק הדין לנוכח קביעתו שנהלים, הנחיות והיתרים אלו הוצאו בחוסר סמכות.

ואולם בית המשפט העליון הותיר בפסק דינו שני חרירים שדרכם תיתכן בכל זאת הפעלת אמצעים פיזיים בחקירה. החריר הראשון הוא במצב שהאמצעים הפיזיים נובעים מצורכי החקירה ואינם אמצעי העומד לעצמו. כך למשל, ניתן למנוע שינה מנחקר אולם זאת אך ורק אם מניעת השינה נובעת מהצורך בחקירה ממושכת ורצופה בשל חומרת החשדות הנחקרים, ולא כאמצעי לעצמו. באופן דומה הסמכות לאזוק נחקר מוצדקת רק אם היא נובעת מצורכי החקירה ובראשם ההגנה על החוקרים, ולא כאמצעי העומד לעצמו. לפיכך מניעת שינה ואיזוק הנחקר, אם הם חורגים מצורכי החקירה גופה, אינם מותרים. לעומת זאת אמצעי החקירה שהעותרים טענו כי הם ננקטים דרך קבע – בהם איזוק בתנוחה מכאיבה (שיטת ה"שאבח"),⁵⁹ הטלטול וכריעת הצפרדע – הם שיטות שחורגות מסמכויות החקירה הטבועות, ולכן נקבע בפסק הדין כי בהיעדר הסמכה מפורשת בדין אסור להפעילם.⁶⁰ החריר השני שהותיר פסק הדין נוגע באפשרות המעשית שניתנה לחוקרי השב"כ להחליט במקרים קונקרטיים על הפעלת אמצעים פיזיים כנגד נחקר מתוך הסתמכות על סייג הצורך, אולם נקבע כי טענת הצורך תוכל לעלות רק כטענת הגנה בדיעבד ולא כהיתר מראש.

58 "על פי המצב המשפטי הקיים, אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הביטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה". שם, פסקה 38.

59 כאמור שם, בפסקה 10 – כבילה בתנוחה לא נוחה לכיסא קטן עם כיסוי ראש וחשיפה למוזיקה חזקה, והכול לאורך שעות ארוכות.

60 שם, פסקאות 24-31.

כדי להגיע לתוצאה זו נדרש בית המשפט העליון להרחיב את הגנת הצורך בשני היבטים חשובים. ההיבט הראשון הוא האפשרות להחיל אותה גם על אדם הפועל במסגרת ארגונית. בית המשפט קבע כי אף שסייג הצורך מעצם טבעו מבטא הכרעה ספונטנית ואינדיווידואלית המתרחשת במישור הפרטי, טענת הצורך עשויה לעמוד גם לאדם הפועל במסגרת ארגונית, כמו חוקר הפועל במסגרת תפקידו בשב"כ, ולא רק לאדם הפועל במישור הפרטי. כנובע מקביעה עקרונית זו, בית המשפט ראה את הסיטואציה של "פצצה מתקתקת", שבפועל היא מסכנה שאליה מגיע השב"כ על בסיס ניתוח מידע שמגיע אליו, כמצב שסייג הצורך עשוי לחול עליו.

הרחבה נוספת היא באימוץ קביעת ועדת לנדוי לעניין האפשרות לראות את הגנת הצורך כחלה גם על חקירה שנועדה למנוע מקרים שיתרחשו בעתיד, ולא רק על חקירה שנועדה למנוע סיכון המתקיים בו זמנית עם הפעולה לסיכולו. בית המשפט קבע כי סייג הצורך עשוי לחול על עניין שדורש פעולה מיידית ולא רק על עניין שיש לו תוצאה מיידית. במילים אחרות, הסיטואציה של צורך עשויה לחול גם במהלך חקירה המתקיימת כעת, אם היא באה למנוע אירוע קטלני שעלול להתרחש ברמת ודאות גבוהה בטווח של ימים או שבועות ואין דרך סבירה אחרת למנוע אותו. זהו הברדל משמעותי מהסיטואציה של צורך במישור הפרטי, שבה אדם נקלע למצב שבו עליו להחליט באופן ספונטני, לאור מצב עוברתי נתון, אם מדובר במקרה שהתערבותו מחויבת על מנת למנוע פגיעה בחייו של אדם אחר הנתון בסכנה או בגופו כאשר הסכנה היא לנגד עיניו. כאמור, בית המשפט אפשר לראות כסיטואציה של צורך גם מצב שבו הסכנה היא עתידית, אולם מידת ודאותה קובעת אם מוצדק להפעיל מייד אמצעים למיגור הסכנה, גם אם התרחשותה היא בטווח של ימים או שבועות.

התוצאה החשובה היא שבית המשפט לא שלל מחוקר שב"כ את האפשרות לטעון כי פעולה קונקרטית שנקט במסגרת חקירה ושכרוכה בהפעלת אמצעים פיזיים כנגד נחקר חוסה תחת הגנת הצורך ולכן אותו חוקר יהיה פטור מאחריות פלילית.⁶¹ קביעה משפטית זו היא המאפשרת לשב"כ להפעיל במקרים מיוחדים

61 "אחריותו הפלילית תיבחן במסגרת סייג ה'צורך', ועל פי הנחתנו [...], אם נטיבות המקרה מקיימות את דרישות הסייג, עשוי החוקר לחסות תחת כנפיו. כשם שקיומו של הסייג

אמצעים פיזיים בחקירות גם לאחר פסק הדין. ההבדל המכריע הוא שחוקר שהחליט לפעול כך לא יוכל להסתמך על מערכת נהלים ואישורים כפי שהיה טרם פסק הדין, שכן מערכת נהלים ואישורים זו בוטלה, אלא על החלטה קונקרטית, שיש בה, להלכה לפחות, מידה מובנית של חוסר ודאות בשאלה אם החלטתו להפעיל אמצעים פיזיים, בהסתמך על הגנת הצורך, תאושר בדיעבד על ידי היועץ המשפטי לממשלה. ואולם למעשה חוסר הוודאות הוא תאורטי למדי, באשר בשנים הרבות שמאז פסק הדין, בכל המקרים שבהם פעלו חוקרי השב"כ בהסתמך על הגנת הצורך לא הועמד איש מהם בסיכון פלילי.

קשה להפריז בחשיבותו של פסק הדין: הוא ביטל את ההמלצה המרכזית של ועדת חקירה ממלכתית תריסר שנים קודם לכן, שלפיה סייג הצורך יכול לשמש בסיס להנחיות ולנהלים שיתירו הפעלת אמצעים פיזיים מסוימים בסיטואציות שיוגדרו מראש, וביטל באחת פרקטיקה שנקט השב"כ באישור מפורש ומתמשך של הדרג המדיני והדרג המשפטי העליון של המדינה במשך כל השנים שחלפו מאז דוח לנדוי. מבחינת השב"כ, פעולותיו בתקופה זו בתחום הפעלת האמצעים בחקירות היו כולן במסגרת הדין ובמסגרת ההנחיות והאישורים שהתקבלו מהגורמים המוסמכים ביותר. השב"כ פעל על בסיס דוח של ועדת חקירה ממלכתית שהמלצותיה אומצו על ידי הממשלה ועל יסוד מערכת של אישורים, היתרים ומגבלות שאושרה על ידי ועדת השרים המיוחדת לחקירות השב"כ שהתכנסה מעת לעת בראשות ראש הממשלה ובהשתתפות הגורמים המשפטיים הבכירים ביותר. זו הסיבה שהעתירה העקרונית המכונה "בג"ץ העינויים" קרויה עד היום כפי אנשי השב"כ "בג"ץ ההיתרים".⁶² ההבדל אינו רק טרמינולוגי אלא ההבדל הוא בהשקפה ובתפיסה: אנשי השירות חשו, בוודאי בתקופה שמאז פרסום דוח ועדת לנדוי, כי כל פעולותיהם מגובות על ידי המערכת הפוליטית והמשפטית הבכירה ביותר.

בדבר 'צורך' אינו יוצר סמכות, כך העדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה'צורך' או סייגים נוספים לאחריות פלילית". שם, פסקה 38.

62 בג"ץ העינויים, או בג"ץ ההיתרים, הוא בג"ץ 5100/94, הוועד הציבורי נגד עינויים ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (לעיל הערה 35).

מבחינה משפטית קיבל בית המשפט, להלכה ולמעשה, את העיקרון ואת ההיגיון של תפיסת הרע במיעוטו שעליו הסתמכה גם ועדת לנדוי, אולם צמצם מאוד את תחולתה והיקפה – ממקור הסמכה לשימוש שיטתי ונרחב אל משעול משפטי מצומצם שניתן בדוחק להשתמש בו בסיטואציות חריגות. במידה רבה אפשר לומר כי בג"ץ ייחד את הפעלת האמצעים הפיזיים שהתירה ועדת לנדוי למקרים חריגים ממש, ובהפעלת אמצעים כאלה כרך בית המשפט בהחלטתו סיכון משפטי לכל מי שיהיה מעורב בהחלטה או בהפעלה של אמצעים אלו.

6.4.1.4. המצב הנוהג מאז פסק הדין בג"ץ "העינויים"

בעקבות פסק הדין הוציא ראש אגף החקירות הנחיה מיידית להפסיק לאלתר את השימוש בנוהל ההיתרים בחקירה.⁶³ בסדרה של התייעצויות נערך השירות כדי לגבש, עם היועץ המשפטי לממשלה ועם משרד המשפטים, את העקרונות שלפיהם יש לפעול בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון.

הצעד הראשון היה מאמץ לגבש הסדר בחקיקה ראשית שיקבע את סמכות השב"כ להשתמש באמצעים פיזיים בחקירותיו. לאחר הכנה ממושכת של צוות משותף בראשות המשנה לפרקליטת המדינה רחל סוכר והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה מני מזוז וכן נציגי שב"כ וגופים אחרים, הוכנה הצעת חוק בנושא שהייתה אמורה להיכלל במסגרת חקיקת חוק השב"כ.⁶⁴ בסופו של דבר, לאחר דיונים נוקבים הוחלט שלא לקדם את היוזמה לחוקק חוק המתיר הפעלת אמצעים פיזיים בחקירה, בעיקר בשל החשש שסעיף כזה לא יוכל לעמוד בביקורת ציבורית, משפטית ובינלאומית.

לאחר שנזנח הרעיון של תיקון חקיקה שתסמיך את השב"כ להפעיל אמצעים פיזיים בחקירותיו, לא נותר אלא לפעול בהתאם לאמור בפסק הדין ולאפשרות

63 "טרור לא מנצחים: ריאיון עם אריה רוטר", הפרקליטים 19 (2008), עמ' 28-34.

64 "אני מאמין, שמטעמים הקשורים למציאות הביטחונית של ישראל ומטעמים של גישה מוסרית כלפי חוקרי השב"כ, הממלאים את תפקידם בשליחותנו, עלינו לשקול אפשרות של חוק המהווה בעצם חקיקה מפורשת של 'הגנת הצורך' מראש, להבדיל מ'הגנת הצורך' העומדת לחוקר בדיעבד על פי הנחיותיו של היועץ המשפטי והדין הפלילי". דברי ראש הממשלה אהוד ברק בדיון בכנסת, 14.3.2000.

שהותיר בית המשפט העליון להפעיל אמצעים פיזיים כנגד נחקר אם החוקר פעל מתוך תחושה של צורך. בית המשפט קבע בפסק דינו כי היועץ המשפטי לממשלה יוכל "להדריך עצמו" באשר לנסיבות שיחליט שלא להעמיד לדין במקרים שיובאו לפניו חוקרים שפעלו מתוך תחושה של צורך.⁶⁵

בהתאם לקביעה זו פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז אליקים רובינשטיין באוקטובר 1999 מסמך ובו פרס את מדיניותו בנושא.⁶⁶ ההנחות ביסודו של המסמך הן, ראשית, שמדינת ישראל מצויה עדיין במאבק בטרור והשב"כ הוא הגוף העיקרי שעליו מוטלת הנשיאה בעול זה; שנית, שאנשי השירות הם שליחי המדינה הפועלים על פי דין וזכאים למידה של ודאות משפטית, וכן, כל זמן שאנשי השירות פועלים בהתאם למצב המשפטי כפי שהותווה בפסק הדין, הם זכאים להגנה; לבסוף, מאחר שהיועץ המשפטי אינו הרשות המחוקקת אזי מסמך ההדרכה אנוס לתחום את עצמו לפרשנות הדין, בהתאם לפסק הדין.

לגופם של דברים, מסמך ההדרכה קובע כי היועץ המשפטי לממשלה יידרש רק לבחינה "בדיעבדית", היינו בחינה שלאחר מעשה, ובכפוף לכך שהחוקרים פעלו בתחושה של צורך. במקרה כזה ישקול היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין חוקר שהפעיל אמצעים פיזיים כנגד נחקר. כשיובא לפניו מקרה כזה, היועץ המשפטי לממשלה יבחן אם אכן הנסיבות האובייקטיביות הצביעו על כך שהפעולה נדרשה לשם מניעת סכנה מוחשית לפגיעה בביטחון המדינה, בחייו של אדם או בגופו, על כך שלא הייתה דרך סבירה אחרת להשגת המידע וכן אם מתקיים יחס מידתי בין האמצעי שהופעל ובין טיב הסכנה שמבקשים למנוע.⁶⁷ הנובע מכך הוא שבדיקת היועץ תהא לעולם *post factum*, לאחר מעשה, באופן פרטני וקונקרטי

65 בג"ץ הוועד נגד עינויים נ' ראש הממשלה (לעיל הערה 35), פסקה 38.

66 אליקים רובינשטיין, "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ)", הפרקליט מד (ג) (תש"ס), עמ' 419.

67 היועץ המשפטי לממשלה קבע במסמך שפרסם כי אם חוקר נקט במהלך חקירה "אמצעי חקירה הדרוש באופן מידי לשם מניעת סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בביטחון המדינה, בחיי אדם, בחרותו או בשלמות גופו ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגת המידע של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה הייתה סבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה – ישקול היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בנסיבות אלה בהליכים פליליים". עמ' 421.

לאירוע עצמו, בהתאם לתנאים המהותיים שפורטו לעיל. הבדיקה בדיעבד תכלול גם את שאלת מידתיות האמצעים שננקטו, והכול בכפוף לסייג המהותי שאמצעים אלו אינם עולים כדי "עינויים" או "יחס משפיל ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים", כהגדרתם באמנה נגד עינויים, שכן אין דרך משפטית המאפשרת להכשיר, מראש או בדיעבד, מעשים המוגדרים כ"עינויים". מכאן, קבע היועץ, פעילות שגרתית של איסוף מידע בדבר ארגוני הטרור ופעילותם באופן כללי אינה נכללת בפעולות הבאות לסכל סכנה מוחשית.⁶⁸ כלומר הסכנה לפגיעה בחיי אדם שיש בה כדי להצדיק את הגנת הצורך צריכה להיות ודאית וקונקרטית באופייה ובטיבה.

למותר לציין כי במערכת ארגונית מסודרת והיררכית כמו השב"כ קשה לצפות וקשה לקבל כי כל חוקר יוכל לפעול כראות עינו, בוודאי בסוגיה כה רגישה ובעייתית כמו הפעלת אמצעים פיזיים כנגד נחקר. לאור הקביעה בפסק הדין שסייג הצורך אינו יכול לשמש מקור סמכות נורמטיבי, היינו שלא ניתן לבסס על סייג זה מערכת של היתרים ואישורים, נותרה השאלה כיצד ליישב את פסק הדין, האוסר, מחד גיסא, קביעת נהלים ואישורים, ומאידך גיסא מכיר באפשרות של הפעלת אמצעים פיזיים בכפוף לטענת צורך – עם ההכרח לקיים בקרה ארגונית על סיטואציות אלו.

לעניין זה קבע היועץ המשפטי לממשלה במסמך ההדרכה כי "ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לעניין".⁶⁹ פסקה זו מבטאת את דרך הפעולה שהתיר היועץ המשפטי לממשלה, לאמור: התייעצויות לעניין מקרה קונקרטי אפשר לקיים וניתן לתעד, אולם כללים, נהלים והיתרים לשימוש באמצעים פיזיים בחקירה – אסור. האפשרות לקיים התייעצויות פנימיות במקרים קונקרטיים חיונית לעמנום המתח בין פעולה קיצונית ורגישה כמו החלטה על הפעלת אמצעים פיזיים כנגד נחקר, לבין האיסור הכללי ליצור נורמה המאפשרת הסמכה מראש לנקיטת אמצעים פיזיים כנגד

68 "אינה יכולה, לכשעצמה, להיחפס כפעולה המקדמת פניה של 'סכנה מוחשית'". שם, עמ' 422.

69 ש.ש.

נחקרים. הצורך לאפשר התייעצויות חיוני במיוחד בשב"כ, שהוא ארגון היררכי שיש בו מערכת נהלים פנימית מפותחת לכל דבר ועניין.

התוצאה היא שמצד אחד נאסר על השב"כ לקיים מערכת נהלים המתירה מראש הפעלת אמצעים פיזיים על נחקרים, ומצד אחר היועץ המשפטי לממשלה התיר במסמך שפרסם את קיומה של "מערכת התייעצויות ואישורים" בתוך הארגון באשר להתנהלות בסיטואציה קונקרטי. למערכת התייעצויות זו יש חשיבות גם באופן הפעלת שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה עצמו בעת שמובאת להחלטתו בקשה שלא להעמיד לדין את החוקר או החוקרים שהפעילו אמצעים פיזיים כנגד נחקר, שכן התמונה הכללית של מערכת התייעצויות והאישורים בשב"כ בשאלות מהם השיקולים ומיהם הדרגים שהיו מעורבים בכך פרושה לנגד עיני היועץ המשפטי לממשלה כבואו להחליט בשאלת החלת פטור מאחריות לחוקרי השב"כ מכוח הגנת הצורך.

הסיטואציה שנוצרה כתוצאה של החלטת בג"ץ ומסמך ההדרכה העצמית של היועץ המשפטי לממשלה היא שהחלטה בעניין מצב של צורך המאפשר להפעיל אמצעים פיזיים כנגד נחקר היא החלטה שהמוקד שלה הוא מבצעי ולא משפטי והיא מתקבלת בסיטואציה קונקרטית על ידי הגורמים הבכירים ביותר בשב"כ. התוצאה המעשית היא הטלת הגבלות ופיקוח הדוק על אופן ניהול החקירה על מנת שלא כל חוקר יפעל כראות עיניו. הדיווח על כך שהופעלו אמצעים פיזיים בחקירה מובא מייד לאחר ביצועה אל היועץ המשפטי לממשלה, והוא הגורם היחיד שמוסמך לקבוע אם פעולה זו מקיימת את התנאים שנקבעו במסמך ההדרכה העצמית, היינו אם מדובר בסיטואציה המקיימת את הגנת הצורך ואם האמצעים שנקטו עומדים בכללים שנקבעו לעניין זה. עם קבלת התמונה על האמצעים שנקטו והשיקולים בעניין, היועץ המשפטי לממשלה ישקול אם יש מקום לפטור את החוקר וכל מי שהשתתף בהחלטה ובביצוע של הפעלת האמצעים הפיזיים מהעמדה לדין בגין הפעלת אמצעים פיזיים כנגד הנחקר. זהו המצב המשפטי וזהו אופן הפעולה הנוהג מאז שנת 1999.

מקרים שהשתמשו בהם באמצעים פיזיים במהלך חקירה מתוך הסתמכות על הגנת הצורך תוארו בדוחות של ארגוני זכויות אדם, כמו הוועד הציבורי נגד

עינויים בישראל, האגודה לזכויות האזרח וארגון בצלם.⁷⁰ על רקע מקרים אלו הגיש הוועד הציבורי נגד עינויים בשנת 2009 בקשה לבית המשפט העליון לאסור את ראש הממשלה וראש השב"כ בהליך לפי פקודת ביזיון בית המשפט בטענה שאופן הפעולה שתואר לעיל מפר את החלטת בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 5100/94.⁷¹ בית המשפט העליון דחה את הבקשה לאחר שקיבל את טענות המדינה שהאמור בפסק הדין בעניין העינויים מקוים ונשמר, וכן שמדובר במקרים בודדים ונדירים שמופעלת בהם דרך פעולה זו. כמו כן, בית המשפט קיבל את טענת המדינה שכל עניין שכזה מובא להחלטתו האישית של היועץ המשפטי לממשלה ושאינו בנמצא נוהל הקובע מראש הפעלת אמצעים חריגים לשעת אותו הצורך, כפי שטענו העותרים.⁷²

השאלה אם אותם אמצעים פיזיים שהשב"כ מפעיל בחקירה תחת הגנת הצורך הם בגדר עינויים כהגדרתם באמנה עלתה בעתירה שהגיש הוועד הציבורי נגד עינויים בעניינו של אסעד אבו גוש.⁷³ החשדות כנגד אבו גוש, שהוא פעיל טרור מומחה חבלה המשתיך לחמאס, היו שהוא מסתיר מידע על מעבדות לייצור חומרי נפץ של חמאס וכן שהוא מעורב בהכנת פיגוע העומד להתרחש בטווח זמן מידי, לרבות הסתרת חגורת נפץ מוכנה לשימוש. חשדות אלו אכן אומתו לאחר שהופעלו כנגד אבו גוש אמצעים פיזיים. בעתירה תקף הוועד הציבורי נגד עינויים את החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בחקירה פלילית כנגד חוקרי שב"כ שהיו מעורבים בחקירה. הוא עשה זאת לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה קיבל את טענת החוקרים שהחקירה והאמצעים שהופעלו במהלכה חוסים תחת הגנת הצורך ואינם מגיעים לכלל עינויים. העותרים טענו כי האמצעים שהופעלו בחקירה הם בגדר עינויים כהגדרתם באמנה נגד עינויים, ולכן מבחינת כללי

70 למשל דוח משוחף לבצלם והוועד הציבורי נגד עינויים שכותרתו "בתכלית האיטור: עינוי עצירים פלסטינים והתעללות בהם על-ידי כוחות הביטחון של ישראל", מאי 2007.

71 בשג"ץ 5100/94, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלה ישראל ואח' (פורסם בנבו, 2009).

72 ש. ש.

73 בג"ץ 5722/12, אסעד אבו גוש ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 2017).

המשפט הבינלאומי אין להחיל עליהם את סייג הצורך. לחלופין נטען בעתירה שגם אם האמצעים שהופעלו לא הגיעו לכלל הגדרת עינויים, הסיטואציה שבה הופעלו אינה נכללת תחת סייג הצורך. מטעמים אלו דרשו העותרים כי תיפתח חקירה פלילית כנגד החוקרים שהיו מעורבים בהפעלת האמצעים הפיזיים כנגד הנחקר.

בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה שהחשדות כנגד אבו גוש וטיב המידע שעליו נשענו חשדות אלו הצדיקו את הגדרת הסיטואציה כמבססת טענת צורך על ידי החוקרים שפעלו לסיכול הסכנה.⁷⁴ לשאלה המהותית, אם האמצעים הפיזיים שהופעלו על אבו גוש עולים לכדי עינויים כהגדרתה באמנה נגד עינויים, ובעיקר לשאלה אם האמצעים שהופעלו הם בכחינת "מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור",⁷⁵ נקבע בהחלטת בית המשפט כי בנסיבות הקונקרטיות של הפעלת האמצעים הפיזיים בחקירת אבו גוש אין מדובר בעינויים. בית המשפט ציין כי שיטות החקירה הקונקרטיות שהופעלו נגד אבו גוש הוצגו לבית המשפט כחלק מהמידע הסודי שהועבר אליו, ולאחר עיון בחומר קבע בית המשפט כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לראות באמצעים שהופעלו עינויים היא "החלטה סבירה ועניינית, אשר ניתנה ללא פניות, ותוך הפעלת שיקולים רלוונטיים בלבד",⁷⁶ ולכן דחה את העתירה.

באופן דומה נדחתה עתירה של נחקר בשם פראס טביש, שבמהלך חקירתו הופעלו "אמצעי חקירה מיוחדים". עיקרה של העתירה כוון כנגד חוקיות ההנחיה של היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין במסמך ההדרכה העצמית.⁷⁷ בית המשפט העליון, מאת השופט אלרון, קיבל את עמדת המדינה ש"אמצעי החקירה המיוחדים" שהופעלו באותו מקרה חוסים תחת הגנת הצורך. בעתירה זו הייתה מחלוקת עובדתית, שכן חלק ניכר מטענות טביש הוכחו על ידי השב"כ,

74 שם, סעיפים 42-48 לפסק דינו של השופט שוהם.

75 סעיף 1 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים, כחבי אמנה 1039, 31, 249. נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2 בנובמבר 1991.

76 בג"ץ אבו גוש (לעיל הערה 73), סעיף 26 לפסק דינו של השופט שוהם.

77 בג"ץ 9018/17, פראס טביש ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 2018).

וממצאי הבריקה שנערכה אף הם לא תמכו בגרסתו. לפיכך דחה בית המשפט את טענת טביש שהאמצעים שהופעלו הם עינויים, כהגדרתם באמנה. כמו כן נדחתה הטענה המרכזית של העותרים שלפיה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה סותרות את פסק הדין העקרוני בבג"ץ העינויים. העותרים ביקשו לקיים דיון נוסף בפסק הדין, ואחת מטענותיהם הופנתה כנגד חוות דעתו של השופט מינץ, שממנה עולה כי לדעתו "עינויים הינם אסורים, למעט במקרים חריגים ביותר", כלומר, עלול להשתמע מכך כי לדעת השופט מינץ יש חריגים לאיסור הכללי על עינויים. הנשיאה דחתה את הבקשה לקיים דיון נוסף,⁷⁸ אולם תיקנה את דברי השופט מינץ, וקבעה כי "ככל שמשתמע מקביעתו של השופט מינץ כי במקרים חריגים ביותר העינויים מותרים מלכתחילה, הרי שיש בכך משום אי־דיוק".⁷⁹

לסיכום, המצב המשפטי בעניין הפעלת אמצעים פיזיים בחקירות השב"כ כפי שהתגבש מאז פסק הדין העקרוני בבג"ץ העינויים הוא כדלקמן. ראשית, אין להפעיל אמצעים פיזיים בחקירות שב"כ ואין להתיר נוהל או נורמה המאפשרים זאת. ואולם, בסיטואציה שבה חוקר בשירות סבור כי חיוני להשיג מידע מנחקר על מנת לסכל באופן מיידי פיגוע המסכן חיי אדם, אזי אם החוקר יפעיל אמצעים פיזיים כלפי נחקר בסיטואציה כאמור ייתכן שייחנה מפטור מאחריות פלילית על בסיס הגנת הצורך. החוקר רשאי להתייעץ בעניין זה עם דרגים בכירים ממנו, והלכה למעשה ההתייעצויות יכולות להגיע עד ראש השב"כ, הקובע מגבלות לאמצעים שהחוקרים מבקשים לנקוט כדי להציל את אותו מידע. לאחר מעשה, כל מקרה שבו הופעלו אמצעים פיזיים כלפי נחקר חייב להיות מדווח מיד ליועץ המשפטי לממשלה, והוא רשאי לשקול אי־העמדה לדין של חוקר או חוקרים שפעלו מתוך תחושה שהסיטואציה היא של צורך, בהתאם לחומרת המידע שהיה בידם.

החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את החוקר או החוקרים שהיו מעורבים בהחלטה ובביצוע של הפעלת אמצעים פיזיים תינתן בכפוף לכך שהאמצעים שננקטו לא הגיעו לדרגת עינויים כהגדרתם באמנה כנגד עינויים

78 דנג"ץ 9105/18, פראס טביש ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 2019).

ונוסף על כך שהאמצעים שננקטו היו פרופורציונליים לסכנה שמבקשים למנוע. אם היועץ המשפטי לממשלה ישתכנע כי הנסיבות שהוצגו לפניו הצדיקו את הפעלת האמצעים הפיזיים שננקטו במקרה הקונקרטי ייהנה החוקר מהגנת סייג הצורך ויינתן לו פטור מהעמדה לדין.

בפועל, מאז ניתן פסק הדין בשנת 1999, בכל המקרים שהפעלת אמצעים מיוחדים במסגרת סייג הצורך הובאה לפני היועצים המשפטיים לממשלה הם החליטו כי אין לנקוט הליכים פליליים או משמעתיים כנגד מי מחוקרי השב"כ.⁸⁰ זהו מצב יוצא דופן עד מאוד, והוא יצר יצור מוזר ומשונה מבחינה משפטית ומעשית. מצב זה מותיר את ראש השב"כ ואת אנשי השב"כ בסיטואציה שבה מחד גיסא המערכת המשפטית מאפשרת חרך שבו ננסיבות מסוימות אפשר לנקוט כלפי נחקר אמצעים פיזיים, כאשר הסיטואציה היא סיכול פיגוע העלול לעלות בחיים. יש להבין כי מבחינת השב"כ, בהיותו גוף מבצעי שיעודו המרכזי הוא סיכול טרור, "אפשר" משמעותו היא כמעט בגדר חובה. מאידך גיסא, אסור לשב"כ לקבוע כללים מראש לעניין המותר והאסור בהפעלת אמצעים פיזיים בחקירות ואין כל אפשרות משפטית להביא את הנושא להסדרה מראש אף לא מול היועץ המשפטי לממשלה – לא ככלל ואפילו לא במקרה קונקרטי. הפעולות בתחום זה חייבות להיבחן אך ורק בדיעבד.⁸¹

התוצאה היא יצירת עמימות מכוונת במצב עניינים שהוא שדה מוקשים משפטי וחברתי. אין ספק שעובד ציבור, בין שהוא חוקר בין שהוא ראש השב"כ, זכאי למידה של ודאות משפטית בפעולותיו, שכן הוא פועל במסגרת המדינה ולמען מטרות שקבעה המדינה ולא לתועלתו האישית. ודאות כזו אינה קיימת כלל ועיקר בסיטואציה זו, החושפת את הארגון, ראשיו וחוקריו להליכה בנתיב לא מוסדר ולא ברור, לפי המשפט הפנימי ולא פחות מכך לפי המשפט הבינלאומי. יתר על

80 ככל הידוע, חקירה פלילית שנפתחה בשנת 2018 כנגד חוקר שב"כ לא עסקה בהפעלת אמצעים מיוחדים במסגרת סייג הצורך.

81 כחריג לכך נטען כי היועץ המשפטי לממשלה יהודה וינשטיין אישר לראש השב"כ יורם כהן "אישית וקונקרטית" להפעיל "אמצעים מיוחדים" בחקירת החשודים ברצח משפחת דוואבשה בכפר דומא. חיים לוינסון, "היועץ המשפטי לממשלה אישר לענות את החשודים בפרשת דומא", הארץ, 31.12.2015.

כן, למרות החלטות בית המשפט העליון נראה כי קיים סיכון ממשי שהמשפט הבינלאומי ייטה לראות בהפעלת אמצעים פיזיים כלפי נחקרים הפרה של האמנה הבינלאומית כנגד עינויים. הסדר כזה, בעצם היותו "שלא כדרך הטבע" המשפטי, מעיד על כך שאין לו מקום בחברה מתוקנת.

נראה כי הגיעה העת לשנות את המבנה האנומלי שנוצר ולבטל את האפשרות שהגנת הצורך תיתפס כחלה על סיטואציה מוסדית, להבדיל מהגנה במישור הפרטי, באופן שייאסר על ראש השב"כ וחוקרי השב"כ להפעיל אמצעים פיזיים בחקירות, ללא סייגים וחריגים. ייתכן מאוד שהתוצאה תהיה שהחברה בישראל תצטרך לספוג, לעיתים, פיגועים שלא יסוכלו, בשל אי-יכולת להשתמש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ, אולם גם במצב הדברים הנוכחי ייתכנו מקרים כאלה. גם כיום האמצעים הפיזיים שהשב"כ משתמש בהם מוגבלים מאוד, מטבע הדברים, ותמיד יימצא מי שגם הפעלת אמצעים אלו לא תשכור את כוח רצונו, ואין לדברים סוף. ביטחון מוחלט אינו יעד ריאלי בשום סיטואציה, וסיכונים מחושבים הם לחם חוקו של כל ארגון ביטחון ושל כל חברה דמוקרטית. תחום החקירות אינו יוצא מכלל זה.

6.4.1.5. קבילותן של הודאות שהתקבלו לאחר ביצוע חקירה שהופעלו בה אמצעים פיזיים

סוגיה אחרת העולה בחקירות המתקיימות תחת הגנת הצורך היא שאלת הקבילות הראייתית של תוצאי החקירה המתקבלים בעקבות הפעלת אמצעים פיזיים. מקרה בולט הוא עניינו של עבאס א-סייד.⁸² א-סייד, מפקד חמאס בכיר ודובר החמאס בטול כרם, היה האחראי לאחד הפיגועים המזוועים ביותר שהתרחשו בישראל, כמי שתכנן את הפיגוע במלון פארק בנתניה בליל הסדר בשנת 2002 שבו נרצחו 30 בני אדם וכ-160 נפצעו ושלה את המחבל לביצוע הפיגוע. נוסף על כך א-סייד תכנן את הפיגוע בקניון השרון בנתניה, גייס ושילח את המחבל המתאבד בפיגוע זה שבו נהרגו 5 בני אדם ונפצעו 86. בעת מעצרו נחשד א-סייד כי ברשותו אמצעי חבלה נוספים מוכנים לשימוש, לרבות חגורות נפץ ואפילו בקבוקן ציאניד שנועד לביצוע פיגוע טרור, וכי עמד בקשר עם מפגעים פוטנציאליים שהביעו את

נכונותם לבצע פיגועי התאבדות נוספים. המידע שברשות השב"כ הצביע על כך שבאמצעות כל הארסנל הקטלני שברשותו א-סייד נמצא בשלבים אחרונים לפני הוצאה לפועל של פיגועים המוניים ולפיכך חוקריו הגדירוהו "פצצה מתקתקת".⁸³ בשל כך חקירתו הוכרזה כחקירה שחל עליה סייג הצורך ובמהלכה הופעלו כנגדו אמצעים פיזיים.

בתום חקירתו הועמד א-סייד לדין בבית משפט בישראל. במהלך משפטו, שהתנהל בבית המשפט המחוזי בתל אביב, לא הייתה מחלוקת שבחקירתו הופעלו אמצעים פיזיים,⁸⁴ אולם חרף הפעלת האמצעים הפיזיים קבע בית המשפט המחוזי כי א-סייד מסר את הודאתו מרצונו הטוב והחופשי.⁸⁵ כתוצאה מכך הורשע א-סייד ברצח של 35 בני אדם ונגזרו עליו עונשי מאסר עולם מצטברים. א-סייד ערער על ההרשעה לבית המשפט העליון. בפסק דין שניתן בנובמבר 2011 אישר בית המשפט העליון את ההרשעה, ובשניים משלושת האישומים ביסס את ההרשעה על ראיות שאינן מסתמכות על הודאתו של א-סייד.⁸⁶ השאלה בעניין קבילות ההודאה שניתנה לאחר שימוש באמצעים פיזיים התחדדה באישום בעניין הפיגוע בקניון השרון בנתניה, שם לא היה אפשר לחמוק מבדיקת קבילות ההודאה של א-סייד במהלך חקירתו לפני חוקרי השב"כ, שעליה חזר גם לפני חוקרי המשטרה, באשר הראיה המרכזית באישום זה הייתה הודאתו.

לא הייתה מחלוקת שהודאתו בשב"כ התקבלה לאחר השימוש באמצעים פיזיים, ולמרות זאת בית המשפט קיבל את הודאתו כפי שנגבתה על ידי חוקרי המשטרה. בית המשפט העליון הפריד בין ההודאה לפני חוקרי השב"כ, שלה הוא לא נתן כל משקל, ובין ההודאה שניתנה לפני חוקרי המשטרה – ולה ניתן משקל מלא. ההודאה התקבלה כראיה לאחר שבית המשפט התרשם כי רצונו הטוב והחופשי של א-סייד לא ניטל בעת החקירה במשטרה וכי הייתה לא-סייד שליטה במתן

83 שם, פסקה 3.

84 תפ"ח (ת"א) 1147/02, מדינת ישראל נ' עבאס בן מוחמד אל-סייד (הכרעת הדין), 120.

85 "הוכח כי לא נשברה רוחו של המערער גם בעקבות הפעלת האמצעים המיוחדים שנקטו כלפיו והוא מסר הודאתו מרצונו הטוב והחופשי". שם.

86 ע"פ עבאס אל סיד (לעיל הערה 82).

ההודאה, ונוסף על כך הסתמך בית המשפט על משקלה של ההודאה והגיונה הפנימי.⁸⁷

זהו פסק דין יוצא דופן, בוודאי על רקע המגמה הכללית בפסיקה של השנים האחרונות הנותנת משקל גובר והולך לזכויות החשודים. בית המשפט העליון אישר קבילותה של הודאת עצור שניתנה לאחר חקירה שהופעלו בה כנגדו אמצעים פיזיים, ונתן משקל מלא להודעה שמסר במשטרה סמוך לאחר הפעלת אותם אמצעים פיזיים על ידי חוקרי השב"כ.

החלטה נוספת העוסקת במשקל הראייתי של הודאות שנגבו לאחר חקירה שהופעלו בה אמצעים פיזיים ניתנה בבית המשפט המחוזי במחוז המרכז במסגרת משפט זוטא בפרשת שריפתם למוות של שלושה מבני משפחת דוואבשה בהצתת ביתם בכפר דומא והפציעה הקשה של ילד שנפגע מההצתה.⁸⁸ בהתאם לכתב האישום, החשודים נחקרו בחשד שהיו חברים בארגון טרור, שהיו מעורבים בכיצוע הפיגוע במשפחת דוואבשה ובפיגועי הצתה אחרים וכן שתכננו פיגועים כנגד פלסטינים ממניע גזעני.

בית המשפט המחוזי התמקד בשאלת השפעתה של נקיטת האמצעים הפיזיים בחקירה על קבילות ההודאות וקבע כי ההודאות שנגבו במהלך החקירות שהופעלו בהן אמצעים פיזיים כנגד הנחקרים פסולות ואינן קבילות כראיה. לאור החלטה זו נמנע בית המשפט מלקבוע אם האמצעים הפיזיים שהופעלו כנגד הנחקרים בתיק זה עולים לכדי עינויים לפי הגדרתם באמנה.

לגבי הנאשם הראשון קבע בית המשפט כי הודאה עוקבת שניתנה סמוך לאחר חקירה שהופעלו בה אמצעים פיזיים דינה להיפסל, שכן לא הוצג לבית המשפט תיעוד המאפשר התרשמות אם ההודאה ניתנה "חופשית ומרצון".⁸⁹ לעומת זאת הודאות עוקבות שניתנו 36 שעות לאחר חקירה שהופעלו בה אמצעים פיזיים ולגביהן הוצג לבית המשפט תיעוד חזותי שממנו התרשמו השופטים כי ההודאה

87 שם, פסקה 10.

88 תפ"ח (מרכז) 16-01-932, מדינת ישראל נ' עמירס בן אוליאל (פורסם בנבו, 2018).

89 שם, פסקאות 250-254 לפסק הדין.

ניתנה במצב "חופשי ומרצון" התקבלו על ידי בית המשפט כראיות קבילות כנגד החשוד.⁹⁰ לגבי הנאשם השני, שהוא קטין, בית המשפט פסל הודאות שנגבו בתקופה של ארבעה ימים שבה עבר החשוד שלוש חקירות שהופעלו בהן אמצעים פיזיים. החלטת בית המשפט לפסול את תוצרי החקירות האלה התבססה על היעדר האפשרות להתרשם ממצבו של הנאשם וכן על הרצף והאינטנסיביות של החקירות שהופעלו בהן אמצעים פיזיים. בית המשפט קבע כי אי-אפשר לנתק בין החקירות שהופעלו בהן אמצעים פיזיים לבין מצבו של הנחקר בעת מסירת ההודאות, והחליט שלא לקבלן.⁹¹

החלטות אלו מדגימות את הבעייתיות הנובעת מהעירוב המובנה בין החלק הסיכולי בחקירה, בוודאי אם הוא כולל הפעלת אמצעים פיזיים, אשר הפעלת האמצעים הפיזיים נועדה לקדמו, לבין הכללים הראייתיים לעניין קבילות ראיות במשפט פלילי. מצד אחד ההכרח לסיכול טרור הוא העומד בבסיס של הפעלת האמצעים הפיזיים בחקירה, ומצד אחר הודאות שנמסרות במהלך החקירה, על כל חלקיה, לרבות על מעשים חמורים שנעשו בעבר, יכולות לשמש כראיות בהליך הפלילי המתקיים לאחר החקירה. הקושי ליישב בין החלק הסיכולי לבין עולם הראיות הפלילי הוא קושי מובנה, ובתי המשפט מתקשים למצוא לו פתרון.

ייתכן מאוד שאחת המסקנות הנובעות מהחלטות בית המשפט שהוזכרו לעיל היא הצורך בהנחיה לחוקרים בדבר ההכרח בסרטוט קו ברור יותר במהלך החקירה, שיתועד כדבעי, בין החלק הסיכולי, שבו יובהר לחשוד כי סדרי החקירה הפלילית הרגילה אינם מתקיימים באותו פרק זמן, ומשמעות הדבר היא שתוצאה הראייתיים של תקופת חקירה זו לא יהיו קבילים, ובין החלק הרגיל, שבו המבחנים לגבי תוצרי הראייתיים יהיו הכללים הרגילים הנוהגים במשפט פלילי. סרטוט הקו צריך להיות מובהר לחשוד, על מנת להקות את החשש שעלול לקנן בקרבו שמא אם לא ישתף פעולה באותו חלק "רגיל" של החקירה הוא צפוי להיות מוחזר לסיטואציה של חקירה שבה יופעלו כנגדו אמצעים פיזיים.

90 שם, פסקאות 288, 299, 308, 324, 362 לפסק הדין.

91 שם, פסקאות 534-535, 563, 574 לפסק הדין.

כמתואר בהרחבה בפרק זה, הקשיים המוסריים, המשפטיים והראייתיים, כל אחד מהם בנפרד וכולם ביחד ובמצטבר, מוליכים למסקנה שאין להמשיך בהסדר-לא-הסדר זה, למרות המחיר שהחברה בישראל עלולה לשלם כתוצאה מכך. הבעייתיות המוסרית והמשפטית שסוג חקירות כזה מטיל על מדינת ישראל גבוהה מדי להכלה. לפיכך, וכאמור לעיל, דומה שהגיעה העת להפסיק את המסלול המשפטי המאפשר להפעיל "אמצעים מיוחדים" בחקירה – בלא כל חריגים.

6.4.2. מניעת מפגש בין
עצור החשוד בעבירות
ביטחון לבין עורך דין
 דחיית המפגש בין עצור המצוי בחקירה בחדר לעבירות ביטחון לבין עורך דינו ("מניעת מפגש" בשמה הרגילה) היא סמכות חריגה, שכן כמעט שאינה מתקיימת בסדר הדין הפלילי

הרגיל.⁹² סמכות זו מופעלת בחקירות ביטחוניות בצורה רחבה יחסית ומשמשת כלי מרכזי בחקירות אלו משום שהיא מאפשרת לחוקרי השב"כ לבצע פעולות ותרגילי חקירה שלעיתים קרובות מהווים תנאי להצלחת החקירה הביטחונית.

על הפעלת הסמכות לדחיית מפגש של עצור עם עורך דין, המתרחשת במרבית החקירות בעבירות ביטחון, נמתחת ביקורת קבועה מצד ארגוני זכויות האדם,⁹³ ואולם רובם המכריע של ההליכים המשפטיים כנגד הפעלת הסמכות במקרים קונקרטיים נדחים על ידי בתי המשפט, על ערכאותיהם השונות.⁹⁴ הסמכויות העיקריות העוסקות בדחיית מפגש בין עצור החשוד בעבירות ביטחון לעורך דינו

92 למעט דחייה של עד 48 שעות במקרים חריגים, בהתאם לסעיף 34 לחוק המעצרים.

93 ראו למשל, "מניעת מפגש עם עו"ד – מסוכנת", אתר האגודה לזכויות האזרח, 22.7.2010; "כשהחריג הופך לכלל – מניעת מפגש בין עצירים פלסטיניים לבין עורכי דינם", אתר הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, אוקטובר 2010; "איסור מפגש עם עו"ד עלול להביא להודאות שווא", אתר ארגון חננו, 20.4.2016.

94 על השיח בין בית המשפט לרשויות הביטחון ותוצאתו במקרים רבים בהסדרים שאינם מקבלים ביטוי בהחלטות בית המשפט ראו דוד זכריה, קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור, ירושלים: האוניברסיטה העברית בירושלים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, 2012.

מוסדרות לעצורים שחל עליהם הדין הישראלי בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה) (מעצרים) (להלן חוק המעצרים),⁹⁵ ולתושבי השטחים באמצעות הצו בדבר הוראות ביטחון.⁹⁶

הסמכות למניעת מפגש בין חשוד הנמצא בחקירה בתנאי מעצר לכיין עורך דינו מתנגשת בזכות ההיוועצות של עצור עם עורך דינו, זכות שלגביה נקבע הן בחקיקה והן בשורה ארוכה של פסיקת בית המשפט העליון כי היא בעלת מעמד חוקתי מרכזי,⁹⁷ שכן זכותו של עצור להיפגש עם עורך דין היא זכות יסוד, הנגזרת מזכות האדם לחירות אישית ולהליך הוגן, וכנגדה קמה חובתן של הרשויות לאפשר לעצור את מימוש הזכות.

בית המשפט שב והדגיש כי הזכות להיוועצות עם סגור בשלב החקירה היא חשובה במיוחד בשל פערי הכוחות הגדולים בין העצור לחוקריו, במיוחד בתנאי מעצר. כמו כן, יש במימוש זכות ההיוועצות כדי להבטיח את הגינות הליכי החקירה והיא מסייעת לעצור להיות מודע למכלול זכויותיו – בין היתר הזכות לחקירה הוגנת, הזכות להימנע מהפללה עצמית וזכות השתיקה. לפיכך זכות ההיוועצות נתפסת כהיבט של זכות השתיקה.⁹⁸ נוסף על כך, זכות ההיוועצות עם עורך דין עשויה לסייע לאמינות הראיות המושגות בחקירה, בהן מסדר זיהוי והודאה, לרבות מניעת מסירתן של הודאות שווא. לאור מעמדה החשוב של זכות ההיוועצות של עצור עם עורך דין, חריגה ממימוש חובת ההיוועצות בדין הפלילי הרגיל בדרך של דחיית המפגש של עצור עם עורך דין היא מצומצמת ביותר, הן להלכה והן למעשה. העילות המצדיקות את מימוש הסמכות לדחיית מפגש עם עורך דין בדין הפלילי הרגיל הן "טובת החקירה", המאפשרת לדחות את המפגש לשעות ספורות בלבד, ו"שמירה על בטחון המדינה או על חיי אדם לצורך סיכול

95 חוק המעצרים.

96 צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (1651), התש"ע-2009.

97 "מעמדה הרם ומרכזיותה", כלשונה של הנשיאה ביניש בפסקה 14 בחוך בג"ץ 5121/98, טורי רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא [1] 461 (2006).

98 ש.ש.

פשע", המאפשרת דחיית מפגש על ידי קצין משטרה בדרגת רב־פקד ומעלה לתקופה של עד 48 שעות לכל היותר.⁹⁹

בעבירות כנגד ביטחון המדינה קבע המחוקק מסלול משפטי ייחודי לעניין הסמכות לדחיית מפגש של עצור עם עורך דין מטעמי ביטחון המדינה. ההסדר המשפטי לעניין דחיית מפגש של עצור עם עורך דין לגבי נחקרים שהדין בישראל חל עליהם (אזרחי ישראל ותושבי ישראל, זרים העצורים בישראל ותושבי רצועת עזה) מוסדר בחוק המעצרים ובתקנות שהוצאו מכוחו.¹⁰⁰ עיקרו של ההסדר הוא בהקניית סמכות לבעלי תפקידים בשב"כ לדחות פגישה של עצור עם עורך דין בהתאם לשתי העילות הקבועות בחוק, שהן ביטחון המדינה וטובת החקירה. החוק מאפשר לבעלי תפקידים שנקבעו לכך מיחידת החוקרים לדחות מפגש של עצור עם עורך דינו עד 10 ימים במצטבר,¹⁰¹ ולאחר מכן הסמכות להמשך דחיית מפגש העצור עם עורך הדין עוברת לנשיא בית משפט מחוזי או לסגנו, והם מוסמכים להאריך את תקופת המניעה ב־11 ימים נוספים, ובסך הכול 21 ימים לכל היותר.¹⁰²

הפעלת הסמכות לדחיית המפגש של עצור עם עורך דין מותנית בכך שעילת המעצר, היינו העבירה שהעצור חשוד בה, נכללת בעבירות המנויות בחוק,¹⁰³ וכן בכך שמתקיים אחד התנאים הבאים: הפגישה עם עורך הדין "עלולה לשבש מעצרו של חשודים אחרים";¹⁰⁴ הפגישה "עלולה להפריע לגילוי ראיה או לפישתה, או לשבש את החקירה בכל דרך אחרת";¹⁰⁵ או שמניעת המפגש של

99 סעיף 34 לחוק המעצרים.

100 חוק המעצרים; תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (דחיית פגישה עצור בעבירות בטחון עם עורך דין), התשנ"ז-1997 (להלן: תקנות דחיית פגישה עצור עם עורך דין).

101 שם, סעיף 35(ג).

102 שם, סעיף 35(ד).

103 סעיף 35(ב) לחוק המעצרים.

104 שם, סעיף 35(א)(1).

105 שם, סעיף 35(א)(2).

העצור עם עורך הדין "דרושה כדי לסכל עבירה או כדי לשמור על חיי אדם".¹⁰⁶ אלו הם תנאים חלופיים, ודי באחד מהם על מנת לבסס את הסמכות להוצאת צו למניעת מפגש של העצור עם עורך דין.

בהתאם לתקנות שהוצאו בעניין דחיית מפגש עצור עם עורך דין, "הממונה על החקירה", שבשב"כ הוא ראש צוות או ראש מחלקת חוקרים שהוסמכו לכך על ידי ראש השירות, מוסמך להוציא בכתב צו לדחיית מפגש של עצור עם עורך דין לתקופה או לתקופות של עד 6 ימים.¹⁰⁷ במקרה של צורך להאריך את התקופה מעבר ל-6 ימים ועד ל-10 ימים לכל היותר – הגורם המוסמך להאריך את התקופה הוא ראש מחלקה בשירות.¹⁰⁸

אם העצור או בא כוחו הגישו ערר על צו דחיית מפגש שהוצא על ידי ממונה, יידון הערר לפני נשיא בית משפט מחוזי, ובהיעדרו לפני סגן נשיא של בית משפט מחוזי.¹⁰⁹ על פי התקנות, הדיון בערר יתקיים בהיעדר העצור אלא אם החליט בית המשפט אחרת. במקרה שבתקופה של דחיית המפגש יתקיימו הליכים לפני בית המשפט המחייבים נוכחות של העצור (כגון הליכי מעצר), אזי בהליכים אלו העצור ועורך הדין יישבו בנפרד זה מזה על מנת שלא לסכל את מטרתה של מניעת המפגש, אלא אם החליט בית המשפט אחרת.¹¹⁰

במקרה שהעילות לדחיית המפגש מתקיימות ועולה צורך להאריך את צו דחיית המפגש מעבר ל-10 ימים ועד למקסימום של 21 ימים מיום תחילת המניעה, הגורם המוסמך לאשר הארכה זו הוא נשיא בית משפט מחוזי או סגנו. בקשה להארכה של דחיית המפגש תוגש לבית המשפט מלווה בתצהיר ובצירוף אישור

106 שם, סעיף 35(א)(3).

107 במשטרה מוסמך לכך קצין בדרגת סגן ניצב שהוסמך לכך על ידי המפקח"ל, ובצה"ל קצין בדרגת סגן אלוף שהוסמך על ידי ראש אמ"ן. סעיף 2(א) לתקנות דחיית פגישת עצור עם עורך דין, התשנ"ז-1997.

108 במשטרה מוסמך לכך קצין משטרה בדרגת ניצב משנה, ובצה"ל קצין צה"ל בדרגת אלוף משנה שהוסמכו לכך. שם, סעיף 2(ב).

109 סעיף 35(ה) לחוק המעצרים.

110 שם, סעיף 35(ו).

מאת היועץ המשפטי לממשלה. כאמור בחוק, הדיון בבקשה יתקיים במעמד צד אחד, אולם הפרקטיקה היא שמתקיים "חלק גלוי" בהשתתפות הסנגור ו"חלק חסוי" בנוכחות נציגי המדינה והשופט בלבד, ובו מוצג לשופט המידע שבבסיס הבקשה. החליט נשיא בית המשפט המחוזי לאשר את הבקשה והוציא צו מניעת מפגש מעבר ל-10 ימי מניעה, רשאים העצור או בא כוחו לערור על ההחלטה, וערר זה יידון בבית המשפט העליון לפני שופט אחד ("דן יחיד", בלשון החוק).¹¹¹

על מנת לאפשר באופן אפקטיבי את מימוש זכויות העצור – בראש ובראשונה את מודעותו לכך שהוצא נגדו צו דחיית מפגש, בין היתר על מנת שיוכל להשתמש בזכותו לערור כנגד הצו, וכן ידיעתו באשר למועד פקיעת הצו, על מנת שיוכל לממש את זכות ההיוועצות עם סיום המניעה, נקבעה בהלכה הפסוקה ובחקיקה גופא חובה ליידע את העצור ואת בא כוחו על הוצאת הצו, על משכו של הצו, וכאשר בטלה העילה או פקע הצו – על כך שהוסרה המניעה לקיום זכות ההיוועצות.

פסק הדין המנחה הוא בג"ץ סופיאן עבדאללה,¹¹² שם קבע המשנה לנשיא מנחם אלון את חובת ההודעה לעצור.¹¹³ בהתאם לכך נקבעה חובה זו הן בחוק¹¹⁴ והן בתקנות,¹¹⁵ ומכאן שרשויות החקירה נדרשות להודיע לעצור ולמי שהוא נקב בשמו על כך שהוצא צו למנוע ממנו את המפגש ועל משך המניעה.

111 שם, סעיף 35(ד).

112 בג"ץ 3412/91, עבדאללה סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז 843 (2).

113 "מן הזכות היסודית של העצור להיפגש עם עורך דין, נגזרת ומשתמעת הזכות לקבל הודעה על קיומה של זכות זו והחובה המוטלת על הרשויות להודיע על כך לעצור. [...] אשר על כן זכאי הוא העצור, ומחוייבות הן הרשויות, להודיע לו על זכותו להיפגש עם עורך דין". שם, סעיפים 10-11 לפסק הדין.

114 סעיף 35(ג) לחוק המעצרים.

115 סעיף 3 לתקנות דחיית פגישת עצור עם עורך דין, התשנ"ז-1997.

הסמכות לדחיית מפגש של עצור מהשטחים עם עורך דין נקבעה בצו בדבר הוראות ביטחון החל בשטחי יהודה ושומרון.¹¹⁶ בהתאם לאמור בצו נקבעו שתי רשויות מוסמכות להוצאת צו מניעת מפגש עצור עם עורך דין: "הממונה על החקירה", שהוא ראש צוות חוקרים בשירות הביטחון הכללי;¹¹⁷ "רשות מאשרת", שהיא ראש מחלקת חקירות בשירות הביטחון הכללי.¹¹⁸ העילות שבגינן ניתן להוציא צו מניעת מפגש מנוסחות באופן רחב: אם "הדבר דרוש מטעמים של בטחון האזור, או אם [...] טובת החקירה מחייבת זאת".¹¹⁹

התקופה של מניעת המפגש הנקובה בצו בדבר הוראות ביטחון ארוכה מהתקופה הקבועה בדין בישראל. "הממונה על החקירה" מוסמך להוציא צו המונע מפגש של עצור עם עורך דין לתקופה או לתקופות שלא תעלינה על 15 ימים; "רשות מאשרת" מוסמכת להאריך את צו מניעת המפגש לתקופה או לתקופות של עד 15 ימים, ובסך הכול לא יותר מ-30 ימים במצטבר; שופט של בית משפט צבאי בשטחים מוסמך להאריך את צו מניעת המפגש לתקופה או לתקופות שלא תעלינה על 30 ימים נוספים. כלומר התקופה המקסימלית של מניעת המפגש לעצור תושב יהודה ושומרון היא 60 ימים,¹²⁰ לעומת תקופה מקסימלית של 21 ימים לפי הדין בישראל.

על החלטת בית המשפט הצבאי ניתן לערור לפני בית המשפט הצבאי לערעורים בשטחים. כנגד החלטת בית המשפט הצבאי לערעורים ניתן לעתור לערכאה שלישית, באמצעות עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. ואכן, לאורך השנים הוגשו לבג"ץ עתירות רבות כנגד צווים למניעת מפגש שהוצאו בהתאם לתחיקת

116 סעיפים 58-59 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (1651), התש"ע-2009.

117 וכן קצין משטרה בדרגת רב־פקד או קצין צה"ל שהוסמך לכך על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור. שם, סעיף 58.

118 וכן קצין משטרה בדרגת סגן ניצב לפחות וקצין צה"ל בדרגת סגן אלוף לפחות שהוסמך לכך על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור. שם.

119 ש.ס.

120 בעבר היה אפשר להאריך את תקופת מניעת המפגש של עצור עם עורך דין לפי הצו בדבר הוראות ביטחון לתקופה נוספת של 30 ימים, היינו עד 90 ימים במצטבר, אולם הוראה זו בוטלה.

הביטחון בשטחים. בשל אופיו המיוחד של ההליך, בית המשפט הגבוה לצדק דן בעתירות אלו לגופן ולא כערכאת ביקורת, ובחלק לא מבוטל מההליכים העתירות מסתיימות בהסדרים בין השב"כ לבין העותרים, בלא התערבות שיפוטית פורמלית.¹²¹ חשוב לציין כי גם לאחר שזכות ההיוועצות עם עורך דין הלכה והתקבעה בפסיקת בית המשפט העליון כבעלת מעמד חוקתי רם במיוחד,¹²² מגמה זו לא השפיעה על היחס של בית המשפט לאיזונים שנקבעו בעניין דחיית מפגש של עצור עם עורך דין בעבירות ביטחון ולא ניכר שינוי בפסיקת בתי המשפט בעניין זה גם לאחר פסק הדין בעניין יששכרוב והאזכורים הרבים של פסק דין זה בפסיקה שבאה לאחריו.¹²³

בהצעת חוק שהונחה על שולחן הכנסת המבקשת לעגן בחקיקה את המלצותיה של הוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין סדר דין פלילי וראיות,¹²⁴ הוצע לשנות את מבנהו של ההסדר הקבוע כיום בחוק המעצרים, באופן שמצד אחד תיוותר האפשרות להאריך את תקופת המניעה הכוללת עד 21 ימים ומצד אחר יוכנסו כללים מחמירים יותר לפעולה ולהחלטה הן בתהליך הארכת המניעה והן בעילות למניעת המפגש. לדוגמה, בהצעת החוק מוצע להחמיר את אחת העילות לדחיית המפגש כך ש"דחיית הפגישה תאפשר מעצר של אחרים, אשר עשוי למנוע פגיעה בחיי אדם, או שתמנע פגיעה בחיי אדם בכל דרך אחרת, או שדחיית הפגישה תמנע פגיעה חמורה וקשה בביטחון המדינה",¹²⁵ להוסיף רכיבים הסתברותיים של "אפשרות סבירה", "אפשרות ממשית" ו"הסתברות גבוהה" להתממשות העילות,

121 זכריה (לעיל הערה 94), עמ' 180-184, 233.

122 נקודת ציון בולטת היא כמובן פסק הדין בעניין יששכרוב (לעיל הערה 97) ודברי הנשיאה ביניש שם: "נוכח מכלול הטעמים האמורים, אין חולק בדבר מעמדה הרם ומרכזיותה של זכות ההיוועצות בעורך-דין בשיטתנו המשפטית" (סעיף 14 לפסק דינה). וראו גם פסק הדין בחור ע"פ 1301/06, עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, סג (2) 177; ע"פ 2868/13, אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2018); ועוד.

123 ע"פ יששכרוב (לעיל הערה 97).

124 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (תיקון מס' 14) (היוועצות עם עורך דין בעבירות ביטחון), התשע"ו-2015, שבאה בעקבות המלצות הוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין סדר דין פלילי וראיות, בעניין עיגון זכויות יסוד של נחקרים. ההצעה עברה בקריאה ראשונה ביום 14 בדצמבר 2015.

125 שם, סעיף 35(ד).

ובהתאמה לעילות השונות ולמשך המניעה המתבקשת. נוסף על כך התיקון מבקש לקבוע ארבע מדרגות הארכה, במקום שלוש המדרגות הקיימות כיום, וכן להוסיף קומה רביעית במדרג האישורים, שלפיה הארכת המניעה עד ל־21 ימים תהיה באישור שופט של בית המשפט העליון לבקשת ראש שירות הביטחון הכללי.¹²⁶ דומה כי יש טעם רב בהצעה זו, אשר מחד גיסא מאפשרת לשמר במקרים חיוניים את השימוש במניעת מפגש לתקופה ממושכת, ומאידך גיסא מדרגת בצורה נכונה יותר את העילות למניעת המפגש. נראה כי הגיעה העת לקדמה.

הגבלה אחרת על זכות הייצוג בעבירות ביטחון נקבעה בחוק המאבק בטרור.¹²⁷ בהתאם לחוק זה, הממונה על החקירה¹²⁸ רשאי שלא לאפשר פגישה של עורך דין עם יותר מעצור אחד באותה פרשה במקרה של חשד לעבירת ביטחון חמורה, כהגדרתה בחוק המאבק בטרור, אם מצא כי פגישה כאמור עלולה לפגוע "פגיעה ממשית" בחקירה. תוקפה של מניעה זו לא יעלה על 30 ימים, והארכת התקופה טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה.¹²⁹ החלטה כאמור יש למסור לכל אחד מהעצורים שמינו את עורך הדין וכן לעורך הדין שהמניעה חלה לגביו. יש לציין כי "עורך דין אחד" כולל גם כל עורך דין אחר מאותו משרד. המשמעות היא שאם הממונה על החקירה מחליט להגביל את הייצוג, כאמור, משרד עורכי דין כולו, גם אם הוא כולל עורכי דין רבים, לא יוכל לייצג יותר מעצור אחד באותה פרשה.

הוראות לעניין מניעת מפגש של עצור עם עורך דין מצויות לא רק בהליך הפלילי אלא גם בחקיקה בעניין מעצרים מינהליים. בהליך של מעצר מינהלי לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים החוק מאפשר ל"ממונה", כהגדרתו שם,¹³⁰

126 שם, סעיף 35(ו).

127 סעיף 52, שכותרתו "מניעת פגישה של עורך דין עם יותר מעצור אחד באותה חקירה", לחוק המאבק בטרור.

128 שהוא ראש מחלקת חוקרים בשב"כ או קצין משטרה בדרגת סגן ניצב ומעלה שהוסמך על ידי המפכ"ל.

129 סעיף 52(ב) לחוק המאבק בטרור.

130 קצין בדרגת אלוף משנה ומעלה שהוסמך לכך או ראש מחלקת חוקרים בשירות.

לדחות מפגש של עצור עם עורך דין לתקופה של עד עשרה ימים.¹³¹ הוראות לעניין הארכת התקופה וזכות הערר זהות במהותן להוראות שבחוק סדר הדין הפלילי.¹³² משמעות הדברים היא שאף שמדובר בחוק שהוא כלי מינהלי במהותו ולא פלילי, הרי שבשל האפשרות לחקור כלוא שנעצר לפי חוק זה, ניתנה הסמכה להורות על דחיית מפגש של עצור עם עורך דין במנגנון דומה לאמור בחוק המעצרים.

לעומת זאת, החוק העוסק במעצרים מינהליים בישראל, אינו כולל הוראה מסמיכה לדחיית מפגש של עצור מינהלי עם עורך דין.¹³³ הוראה לעניין הסמכות לדחיית מפגש של עצור עם עורך דין מצויה בתקנות מכוחו,¹³⁴ שם נקבע כי הסמכות לדחיית המפגש מוקנית למפקד מתקן הכליאה שהעצור המינהלי מוחזק בו, ובכפוף לאישור שר הביטחון רשאי המפקד שלא להתיר פגישה עם עורך דין לתקופה שאינה עולה על 15 יום, "אם שוכנע שטעמים של בטחון המדינה מחייבים זאת".¹³⁵ גם בהצעת החוק הממשלתית להחלפת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) בהוראות במסגרת חוק המאבק בטרור אין כדי לשנות מצב דברים זה.

התכלית להפעלת סמכות למניעת המפגש במהלך מעצר מינהלי שונה מתכלית הפעלתה במסגרת חקירה, באשר הגורם המוסמך אינו גורם חקירתי והטעמים לדחיית המפגש אינם טעמים הקשורים לחקירה אלא טעמיה אחרים, למשל מניעה של העברת מסרים מהעצור המינהלי. כאשר הרשויות מבקשות לחקור עציר מינהלי עליהן להוציא לעצור המינהלי צו מעצר בהתאם לחוק סדר הדין הפלילי ולהעבירו, מהמסלול המינהלי למסלול הפלילי. רק במסלול הפלילי, בו

131 חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.

132 שם, סעיף 6.

133 למעט הגבלת זכות הייצוג "למי שאושר לשמש סניגור בבתי הדין הצבאיים באישור בלתי מסוייג", כאמור בסעיף 318א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. ראו בסעיף 8(ב) לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979.

134 סעיף 12 לתקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), התשמ"א-1981.

135 שם, סעיף 12(ב).

חלים על העצור הוראות סדר הדין הפלילי ולא דיני המעצר המנהלי, וכנגזרת מכך, העברתו הפיזית ממתקן מעצר בו שוהים עצורים מנהליים למתקן מעצר בו נחקרים עצורים פליליים, אפשר לנקוט סמכות של דחיית המפגש מהטעמים שבחוק המעצרים.

לגבי עצורים מינהליים תושבי השטחים, הצו בדבר הוראות ביטחון שותק לעניין סמכות למניעת מפגש שלהם עם עורך דין. גם הסמכות להתקין תקנות לעניין סדרי הדין במעצר מינהלי לא מומשה,¹³⁶ כך שהסדר המשפטי בתחיקת הביטחון החלה בשטחים אינו כולל כל הוראה לעניין מניעת מפגש. גם בעניין זה, במקרה שיש צורך בחקירת עצור מינהלי יש להוציא כנגדו צו מעצר לחקירה ("מעצר ימים"), להעביר את העצור מהמסלול המינהלי לפלילי ולהפעיל את הסמכויות הנקובות בפרק ג' לצו בדבר הוראות ביטחון,¹³⁷ לרבות מניעת מפגש של עצור עם עורך דין.

לסיכום, ההסדרים למניעת מפגש של עצור המצוי בחקירה עם עורך דין הם הבסיס המשפטי לאחד האמצעים השכיחים ביותר הננקטים בחקירות ביטחוניות של השב"כ, הן בישראל והן בשטחים. הכללים הפנימיים להפעלת הסמכות, בעיקר חובת ההודעה, חודדו בפסיקת בית המשפט העליון ובחקיקה. גם השינויים שאירעו במרוצת השנים במעמד החוקתי של זכות ההיוועצות, הן לנוכח חוקי היסוד והן לנוכח התפתחויות בפסיקה, לא שינו ככלל את ההסדרים המשפטיים והמעשיים להפעלת הסמכות על ידי השב"כ, שכן סמכות זו נתפסת כחיונית להצלחת החקירה הביטחונית. יתר על כן, חוק המאבק בטרור הוסיף הגבלה לזכות ההיוועצות, שהיא האפשרות שלא לאפשר למשרד עורכי דין אחד לייצג יותר מחשוד אחד באותה עבירה.

נראה כי תזכיר החוק שמונח כאבן שאין לה הופכין במשך שנים ומבקש להכניס הסדר של מדרג פנימי בתוך תקופת המניעה הוא הצעה בכיוון הנכון, שכן מצד אחד הוא משמר את האפשרות למנוע מפגש של עצור עם עורך דין לתקופה

136 סעיף 294 לצו בדבר הוראות ביטחון, התש"ע-2009.

137 שם, פרק ג: "עיקוב, מעצר, שחרור, חיפוש, תפיסה וחילוט".

ממושכת בנסיבות המצדיקות זאת, ומצד אחר מביא לצמצום בשימוש הגורף של סמכות זו במהלך כלל חקירות הביטחון.

בהליכים מינהליים הסמכות למניעת מפגש של עצור עם עורך דין מטעמי חקירה משתרעת גם על עצורים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אולם אינה קיימת בחוקים אחרים בעניין מעצר מינהלי – בישראל או בשטחים. כאשר עצור מוחזק במעצר מינהלי, העברתו לחקירה היא על ידי הוצאת צו מעצר לחקירה ("מעצר ימים"), הגורר את הסמכות לדחות מפגש של העצור עם עורך דינו. נראה כי אין מקום לקביעת סמכות למנוע מפגש של עצור עם עורך דין בהליכי מעצר מינהלי אלא יש להותירה להליכי חקירה בלבד.

6.4.3. הסמכות לתנוע החובה הכללית להודיע על מעצרו של אדם חלה **ידיעה על מעצרו של** בעניין כלל העצורים, הן הפליליים והן החשודים **חשוד בעבירות ביטחון** בעבירות ביטחון. החובה היא למסור "ללא דיחוי" הודעה כפולה, הן על עצם המעצר והן על מקום הימצאו של העצור, ל"אדם קרוב לו" שהעצור נקב בשמו, ובלבד שאפשר לאתר את אותו אדם באמצעים סבירים.¹³⁸ נוסף על כך, חובת ההודעה כוללת מסירת הודעה לעורך הדין שהעצור נקב בשמו או שבחר מתוך רשימת עורכי דין המוכנים לשמש כסגורים שהציג לו הקצין שהורה על מעצרו.¹³⁹

כאשר מדובר בעצור החשוד בעבירות ביטחון החוק מאפשר לעכב את מסירת הידיעה על המעצר, אם החליט על כך שופט של בית משפט מחוזי ואם שר הביטחון אישר בכתב כי "ביטחון המדינה מחייב את סודיות המעצר".¹⁴⁰ סמכותו של בית המשפט המחוזי להוציא צו עיכוב ידיעה על מעצר מוגבלת ל-48 שעות, וניתן להאריכה מעת לעת עד לתקופה של 15 ימים ממועד המעצר. לשם השוואה, הוראה דומה קיימת לגבי עבירות פליליות חמורות שעונשן 10 שנות מאסר ומעלה, באישור המפקח הכללי של המשטרה, אולם עיכוב ידיעה על מעצר

138 סעיף 33(א) לחוק המעצרים.

139 שם, סעיפים 33(ב)-(ג).

140 שם, סעיף 36.

של חשוד בפלילים מוגבל לתקופה מקסימלית של עד 7 ימים ממועד המעצר.¹⁴¹ תחיקת הביטחון בשטחי יהודה ושומרון החלה על עצורים תושבי השטחים כוללת הוראה מקבילה,¹⁴² המאפשרת לשופט צבאי לעכב מסירת ידיעה על מעצר של חשוד בעבירות ביטחון עד לתקופה מקסימלית של 12 ימים מיום המעצר.

סמכויות אלו מופעלות באורח נדיר יחסית, ובתי המשפט כמעט שלא נדרשו להפעיל את הסמכות האמורה. הרלוונטיות של סמכות זו קשורה בעיקר לחקירות בענייני ריגול, ועיכוב הידיעה על מעצר נועד להסתיר מהיריב כי הסוכן התגלה, לעיתים לצורך ניסיון "הכפלה" של הסוכן ולעיתים לשם "משחקי מודיעין" עם המפעיל כאשר המפעיל אינו יודע כי הסוכן נמצא במעצר.

6.4.4. הסדרים מיוחדים סוגיית האופן של תיעוד החקירות המתנהלות

לעניין תיעוד חקירות שב"כ על ידי חוקרי שירות הביטחון הכללי ועל ידי המשטרה – באותם חלקים שבהם העצורים נחקרים על ידי חוקרי משטרה – מגלמת דילמה מהותית המלווה עניין זה מראשיתו: מחד גיסא, השב"כ חושש כי תיעוד מפורט של החקירות יפגע בכלי החקירה, כאשר רוב רובם של העצורים משתייכים לארגונים המבקשים ללמוד את שיטות החקירה, ותיעוד מדוקדק של מהלך החקירה יסייע בידם לתדרך את אנשיהם בצורה טובה יותר כיצד לעמוד בחקירה; מאידך גיסא, השב"כ מעוניין כי אותם נחקרים שלגביהם קיימות ראיות יועמדו לדין בהתאם לכללים החלים במשפט הפלילי, ולפיכך יש לו עניין מובהק בהצלחה של איסוף הראיות הנוצרות במהלך החקירה, לרבות לעניין קבילותן ומשקלן, וראיות, כמו חומרי החקירה כולם, מחייבות תיעוד. עד תחילת שנות השמונים סבר השב"כ כי איננו מחויב לשמור את חומרי החקירה, ומקל וחומר איננו מחויב לתעד את מהלכי החקירה. התיעוד שהיה הבסיס להגשת כתבי אישום היה אך ורק האמרות שנגבו על ידי חוקרי המשטרה, וכן ראיות חפציות, אם נתפסו, גם הן בדרך כלל על ידי חוקרי המשטרה.

141 שם, סעיף 36(א)-(ב).

142 סעיף 55 לצו בדבר הוראות ביטחון, החש"ע-2009.

דוח ועדת לנדוי מציין כי באחד מגלגולי פרשת נאפסו קיבל בית המשפט העליון את העיקרון שעמד בבסיס התנהלותו של השירות באותם ימים, לאמור שחקירת השב"כ אינה חקירה פלילית במהותה אלא חקירה סיכולית-מודיעינית שכלליה שונים.¹⁴³ באותו פסק הדין, המצוטט ברוח לנדוי, נקבע כי ההבדל ביניהן הוא בכך "שחקירת המשטרה מתנהלת על פי כללים קבועים שאין בכוחו של החוקר לשנותם ואילו זו של השירות ניהולה מסודר במידה רבה לשיקול דעתו של החוקר עצמו או הממונה עליו".¹⁴⁴ בית המשפט סיכם באותו פסק דין את עמדתו בקביעה ש"דרכי ניהולה של חקירה כזו אינן עניין לבית המשפט לענות בו [...] כל עוד אין באמצעי החקירה משום עבירה על החוק, לא יבדוק בית המשפט את דרכי החקירה, אם טובות או יעילות או סבירות הן אם לאו".¹⁴⁵ בכך בית המשפט העליון פטר את עצמו מלדון בשאלות על אופן הניהול של חקירת השב"כ.

לעניין הקונקרטי של תיעוד החקירה ושמירת חומר החקירה על ידי חוקרי השירות ציין בית המשפט העליון באותה פרשה את הפרקטיקה שלפיה חוקרי השירות אוספים במהלך החקירה את מה שנחוץ בעיניהם לתכלית הביטחוני-מודיעינית ומשמידים את מה שאינו נחוץ, ובמשתמע מפסק הדין – בית המשפט העליון הסכים עם אופן פעולה זה. דוח ועדת לנדוי מצטט את פסק הדין ומציין כי הסייג היחיד שהציב בית המשפט הוא אם החומר הושמד "במטרה להעלימו מעיני בית המשפט, שכן אז ההשמדה היא בלתי חוקית".¹⁴⁶ באותו מקרה קונקרטי שנדון בפסק הדין השתכנע בית המשפט כי השמדת החומר הייתה חלק משגרת הפעולה הרגילה של השירות ולכן החליט שלא להתערב בשיקול הדעת של השירות, שמצטבר בידי חומר מודיעיני רב, שכן "ההשמדה לאחר השימוש יאה לו מטעמים ביטחוניים מובהקים".¹⁴⁷ העתירה נדחתה אפוא, והשירות המשיך בתהליך עבודה שבו החוקרים הם שהחליטו לפי שיקול דעתם המוחלט אילו

143 בג"ץ 780/80 (לא פורסם).

144 דוח ועדת לנדוי (לעיל הערה 6), עמ' 35.

145 ש.ס.

146 ש.ס, עמ' 36.

147 ש.ס.

חומרי חקירה לתעד ומה מחומרי החקירה לשמור או להשמיד, במיוחד לאור האישור שנתן בית המשפט העליון לאופן פעולה זה.

שנתיים מאוחר יותר, ביולי 1983, בפסק הדין בעניין אבו סנינה החליט השופט גולדברג לשנות את ההלכה שנפסקה ולהתערב באופן התייעוד של חומרי החקירה הנאספים במהלך חקירת השב"כ ובאופן שמירתם.¹⁴⁸ לאחר שתיאר את האופן שבו השירות אינו מתעד ואינו מבצע רישום של מהלכי החקירה, ונוסף על כך מחליט אילו חומרים מחומרי החקירה יישמרו ואילו יושמדו, פסק השופט גולדברג כי "דרך זו פסולה היא, ואין להמשיך וללכת בה".¹⁴⁹ הטעם שנתן לכך השופט גולדברג הוא שכאשר חקירת השירות וחקירת המשטרה משולבות זו בזו, אין כל הצדקה לנהל הקיים ובמיוחד להשמדת מסמכים שהם חומרי חקירה מובהקים.¹⁵⁰

כמה שנים מאוחר יותר, כאשר נדונה פרשת נאפסו, חזר בית המשפט העליון על חובת התייעוד ושמירת חומר החקירה,¹⁵¹ תוך כדי ביקורת על השמדת חומרי חקירה שאירעה גם בפרשה זו.¹⁵² הנשיא שמגר הדגיש כי בעקבות פסק הדין בעניין אבו סנינה "הוצאו הוראות, המחייבות עריכתן של תרשומות ושמירתם

148 ע"פ 343/82, עדנאן בן דאוד אבו-סנינה ואח'י נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (4) 505.

149 ש.ס.

בשולי פסק הדין ולא בשולי הדברים רואה אני מקום להעיר לעניין שנחגלה במהלך הדיון בבית המשפט קמא, הנוגע לנהולי החקירה של השב"כ. כפי שעולה מחקירתו של איש השב"כ המכונה "סמי", לא זו בלבד שאין חוקרי השב"כ מנהלים רישומים על חקירת חשודים על-ידיהם ועל תאריכי החקירה [...] אלא שגם אין הם שומרים תמיד על מסמכים, שכותב החשוד במהלך החקירה, וחלק מהם מושמד. שיקול הדעת לגבי מסמכים שנשמרים ואלה הנזרקים הוא, לדברי העד, שרירותי גרידא, ולפי "שיקול-דעת" זה מועבר על-ידיהם רק חלק מהמסמכים שכתב החשוד לידי התביעה.

150 ובמילותיו של השופט גולדברג: "על אחת כמה וכמה שאין כל הצדקה להשמדת מסמכים, שיש בהם כדי לשקף את כל שהתרחש בחקירה ולאפשר לבית המשפט לחרוץ את הדין בידיעת כל העובדות לאמיתן". ש.ס.

151 ע"פ עיזאת נאפסו (לעיל הערה 25), 631.

152 "בהקשר זה מן הנכון להזכיר, כי בבית הדין המיוחד גם נחברר, שחוקרי שירות הביטחון הכללי, אשר ניהלו את חקירתו של המערער, לא שמרו את התרשומות ואת רישומי העזר האחרים, שאותם ערכו במהלך החקירה, ומחקו הקלטות של שלבי החקירה השונים, כאשר נסתיימה, לדעתם, החקירה שנוהלה על ידיהם. כתוצאה מכך נמנעה מן התביעה הכללית ומן הסניגוריה גם יחד ידיעה על מהלכי החקירה, כפי שהשתקפו ברישומים

של כל רישום ושל כל הקלטה"¹⁵³ וקבע כי יש להשוות בין הכללים החלים על המשטרה לבין הכללים החלים על השב"כ, וכפי שהמשטרה "חייבת להקפיד על עריכת תרשומות ועל שמירת כל רישום והקלטה שנערכו במהלך החקירה, כך גם דינו של שירות הביטחון הכללי"¹⁵⁴.

פסקי דין אלו סימנו את תחילתו של שינוי, הן תפיסתי והן פרקטי. עד לתקופה זו התפיסה העצמית של השירות הייתה שהחקירות שבאחריותו עוסקות בתחום "מודיעיני סיכולי" בלבד, ולכן פטורות מחובת תיעוד כלשהי. אחרי שנות דור שבהן נהגה פרקטיקה זו, החליט בית המשפט העליון להתערב בה ולקרב במידה מסוימת את חקירת השב"כ לכללים המשפטיים הנהוגים בחקירה פלילית. ואולם, השינוי התרחש באופן חלקי בלבד, באופן שבו שמירת חומרי החקירה הפכה לחובה מוחלטת, אולם החובה של תיעוד החקירה ורישום הדברים העולים במהלכה התקדמה דרך חלקית בלבד.

1.4.4.6. אופן התיעוד - בצורת זיכרון דברים (זכ"ד)

בעקבות פסקי דין אלו שנינה ונאפסו החלו חוקרי השב"כ לתעד את מהלך החקירה, אולם תיעוד זה שונה במהותו מהתיעוד הנהוג בגביית הודעה משטרית. אופן התיעוד של חוקרי השב"כ הוא ברישום דוח על בסיס דברי הנחקר, הקרוי "זכ"ד" (זיכרון דברים), ולכל ישיבת חקירה, יהא אורכה אשר יהא, נרשם זכ"ד נפרד. הזכ"ד אינו פרוטוקול מילולי של הנאמר או נעשה בחדר החקירות אלא תמצית בלבד.

הזכ"ד נרשם תמיד בעברית, גם כאשר החקירה מתנהלת בפועל בשפה אחרת. הפרטים הנכללים בו הם מועד החקירה (התאריך והשעות של ישיבת החקירה), כינויי החוקרים שהשתתפו באותה ישיבת חקירה, לרבות חוקרים שהשתתפו בה בצורה חלקית בלבד. בזכ"ד נרשמים עיקרי הדברים שעלו בישיבה בצורה של

ובהקלטה, וממילא הוגבלה היכולת לחקור את העדים, שנטלו חלק בחקירה, ונפגעה יכולתו של המערער לתמוך טענותיו בעניין החקירה ברישומים או בהקלטות". שם, סעיף 7.

153 ש.ש

154 ש.ש

סיכום ולא של שאלות ותשובות וכן כל אירוע אחר שאירע במהלכה. עיקרו של הזכ"ד הוא תמצית הדברים שמסר החשוד במהלך אותה ישיבת חקירה, ולרוב לא נרשמות בו השאלות ששאלו החוקרים במהלכה. להבדיל מהודעה משטרתית רגילה, הזכ"ד אינו מובא לעיון או לאישור הנחקר, וממילא אין הוא חותם עליה. יתר על כן, במקרים רבים הזכ"ד לא יירשם במהלך החקירה עצמה אלא סמוך לאחר סיומה. הזכ"ד הוא חומר חקירה גלוי, היינו בעת הגשת כתב אישום מועברים הזכ"דים לעיון הנאשם כחלק מחומר החקירה. בדרך כלל הזכ"דים אינם מוגשים על ידי התביעה כראיות במשפט, בעיקר בשל משקלם המוגבל מבחינה ראייתית, הנובע מאופן עריכתם. זו שיטת התייעוד הנהוגה בחקירות השב"כ מאז תחילת שנות השמונים ועד היום.

בית המשפט העליון נדרש לא אחת לשאלת שיטת רישום זו ולמשמעותה המשפטית. בפרשת סמירק¹⁵⁵ קבעה השופטת ביניש כי ככלל, זכ"דים שנרשמים על ידי חוקרי השב"כ קבילים כראיה, אולם משקלו הראייתי של הזכ"ד שונה ממשקלה של הודעה משטרתית מפורטת, הנרשמת בצורת שאלות ותשובות, חתומה על ידי הנחקר ומוגשת בצירוף עדות לגבי נסיבות גבייתה. לפיכך נקבע כי משקלה של תרשומת בצורה של זכ"ד ייקבע בהתאם להיקף הרישום והתייעוד ומידת הפירוט שהוא כולל, וכן המועד שבו נרשמו הדברים. בית המשפט העליון קבע כי על חוקרי השב"כ להקפיד על תרשומת מדויקת ומפורטת ככל האפשר של פעולות החקירה ותוכן הדברים שעלו במסגרתה, וכן על רישום הזכ"ד סמוך ככל האפשר למועד אמירת הדברים.¹⁵⁶

אופן רישום הזכ"דים ומשקלם עלו בהרחבה גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין עאצי מוחסיין.¹⁵⁷ השופט בנימיני תיאר את אופן התייעוד של חקירת השב"כ, השונה מהתייעוד בחקירת משטרה, באופן הבא:

155 ע"פ 6613/99, סטיבן סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 529.

156 "באשר לחקירות השב"כ, אף שמקובל כי עיקר תכליתן וייעודן הוא בסיכול, הרי שאין עוד חולק כי מחייבות הן תיעוד ורישום. אשר על כן, מחוייבים חוקרי השב"כ על-פי סדרי הנוהל הנהוגים בחקירותיהם, להקפיד על תרשומות מדויקות ביחס לפעולות הנעשות במהלך החקירה ועל רישום מפורט ככל האפשר של תוכן הדברים שהושמעו במסגרתה, בסמוך ככל הניתן למועד אמירתם". שם, פסקה 9 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

157 תפ"ח (ת"א) 1074/02, מדינת ישראל נ' מוחסיין עאצי, תשס"ג (1) 403.

חוקרי השב"כ אינם מתעדים את מהלך החקירה במלואה, והתרשומות שהם רושמים בעת החקירה (זכ"דים) אינן משקפות את מהלכה בצורה מלאה. החוקרים אינם רושמים את הודעת החשוד כפי שנאמרה, ברצף כרונולוגי, ואף לא בהכרח את השאלות שנשאל החשוד והנתונים שהוצגו לו. מדובר, למעשה, בתמצית חקירה, כפי שכינתה זאת ב"כ המדינה עצמה. [...] בעוד שחוקר משטרתי מקריא את ההודעה לחשוד בזמן גבייתה או בסיומה, ומחתים את החשוד על נכונות הדברים שנרשמו בה – הרי שהזכ"ד מוקלד למחשב בעת החקירה, ואין לנחקר כל יכולת לדעת מה נרשם. [...] בעוד שחוקרי המשטרה הונחו מפורשות על-ידי בית המשפט העליון לרשום הודעה שנגבתה מחשוד בשפה בה התנהלה [...] הרי שחוקרי השב"כ רשמו את דברי הנאשם ושאר החשודים בשפה העברית, למרות שחקירתם התנהלה בערבית.¹⁵⁸

לפיכך קבע בית המשפט כי משקל הזכ"דים, בשל אופן רישומם, עשוי להיות פחות ממשקלה של הודעה משטרית, וההכרעה הקונקרטית תהא לפי נסיבותיו של כל תיק. כאשר מתברר כי אין מדובר ב"תרשומות מדויקות" או ב"רישום מפורט ככל האפשר של תוכן הדברים" שנאמרו במהלך החקירה, כפי שהודגש בפסק הדין בעניין סמירק, יש בכך כדי להפחית באופן ניכר את משקל הזכ"דים. השופט בנימיני חידד את שאלת היחס בין התכלית המודיעינית ובין המשקל הראייתי של חקירת השב"כ, והדגיש כי לא ניתן לאחוז בחבל משני קצותיו, ובמילותיו:

אכן, מטרת החקירה של השב"כ היא סיכול פיגועים, ולא איסוף ראיות לצורך הליך משפטי, ולנוכח תכלית זו אין פסול בדרך בה נהג השב"כ בנוגע לאופן רישום הזכ"דים. ואולם, תכלית חקירתית זו איננה יכולה לבוא על חשבון זכויות הנאשם. המדינה איננה יכולה להצהיר – מחד – כי תכלית החקירה, ומטרת רישום הזכ"דים, איננה גביית ראיות לצורך

הליך משפטי, ומאידך – להגיש זכ"דים אלו כראיה משפטית בעלת משקל מלא, ולהסתמך עליהם כאילו היו הודעה בכתב שנגבתה מהנאשם בדרך המקובלת.¹⁵⁹

ואולם, למרות דברים אלו, ההלכה שקבעה השופטת ביניש בעניין סמירק, שלפיה זיכרונות הדברים של חוקרי השב"כ יהיו קבילים כראיה אולם משקלם ייקבע בהתאם למידת הפירוט שלהם ולמועד רישומם, היא ההלכה הנוהגת, ובתי המשפט שבו ואישרו אותה מאז בשורת פסקי דין.¹⁶⁰

נראה כי למרות ה"שעטנז" שהצביע עליו השופט בנימיני, אופן הרישום בחקירות השב"כ הוא פשרה סבירה בין ההכרח לשמור על כלי החקירה של השב"כ מפני יריבים אידיאולוגיים נחושים, הלומדים את שיטות הפעולה של השירות, מחנכים את פעיליהם כיצד לעמוד בחקירות ומשתמשים בכלי המשפט הפלילי במטרה לשבש את החקירה ככל האפשר, לבין האינטרס החברתי, הסיכולי והמשפטי שלא לאבד כליל את הערך הראייתי של אמירות של החשודים. שיקול הדעת הרחב של בתי המשפט לעניין משקל הזכ"דים מבטיח שימוש זהיר ומצומצם בהם, כפי שהדבר קורה בפועל, כך שההסתמכות הראייתית נשענת ברובם המכריע של המקרים לא על הזכ"דים אלא על אמרות שנגבו על ידי אנשי משטרה, ובמקרים מיוחדים על הקלטות וראיות אחרות הנוצרות במהלך החקירה.

6.4.4.2. פטור מתייעוד חזותי וקולי בחקירות השב"כ

בשונה מחקירות פליליות, לשב"כ ולמשטרה יש פטור מתייעוד חקירות ביטחון. בשנת 2002 חוקק חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), ובו הוראות לעניין תיעוד חזותי בחקירות משטרה.¹⁶¹ החוק היה תוצאה של המלצות ועדת גולדברג,

159 שם, סעיף 81 לפסק הדין.

160 תפ"ח (ת"א) 1158/02, מדינת ישראל נ' מרואן בן חטיב ברגוחי (פורסם בנבו, 2004); ע"פ 645/05, שחר דביר זליגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2006); ע"פ 9826/05, ג'מאל מחאגינה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2008); ע"פ 4089/07, עאז סייף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2010); תפ"ח (ת"א), 14-11-51040, מדינת ישראל נ' נור אלדין חאשיה (פורסם בנבו, 2016).

161 חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002.

שקבעה כי "מעלתה העיקרית של ההקלטה בוידאו שהיא מאפשרת לצופה בה 'נוכחות' בזמן החקירה. כתוצאה מכך יקטן עוד יותר מספר הטענות נגד אופן החקירה, ובידי בית המשפט יהא להגיע, במידה רבה יותר, לחקר האמת".¹⁶² חוק זה אינו חל על השב"כ כרשות חקירה, באשר החוק הגדיר את המונח "חקירה" "תשאול או גביית הודעה בקשר לעבירה, בידי שוטר".¹⁶³ היינו, החוק לא הוחל על רשויות חקירה שאינן המשטרה, אלא אפשר לשר לביטחון הפנים להחיל את הוראות החוק, כולן או מקצתן, על רשות אחרת המוסמכת לחקור על פי דין.¹⁶⁴ ואכן, בהתאם לאמור בסעיף, הוחל החוק בשנת 2014 על חקירת חשודים לפי חוק השיפוט הצבאי, היינו על חקירות של המשטרה הצבאית החוקרת.¹⁶⁵ התוצאה היא שעל חקירות של השירות לא חלה חובת התייעוד החזותי הקבועה בחוק חקירת חשודים, באשר לא הוצא כל צו המחיל את הוראות חוק זה על השב"כ.

חקירות השב"כ משולכות בגביית הודעות מהנחקרים על ידי אנשי משטרה, ולכן על אותו חלק בחקירת השב"כ שבו נגבית הודעה מחשוד על ידי איש משטרה, שהוא קצר ביותר ביחס לאורך החקירה כולה, היו צריכות לחול הוראות החוק המחייבות תיעוד חלק זה בוידאו. ואולם, כבר בעת חקיקת החוק נכללה בו הוראת שעה אשר פטרה חקירות חשודים בעבירות ביטחון מחובות התייעוד הכלולות בחוק.¹⁶⁶ במילים אחרות, בעבירות ביטחון ניתן פטור מחובת התייעוד גם על החלק בחקירה הכיטחונית שבו שוטרים הם שגובים אמרה מהחשוד, ופטור זה הוארך שוב ושוב.

162 דוח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר, 1994, עמ' 32.

163 סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002.

164 שם, סעיף 16(ג). באישור השר הממונה על רשות החקירה, בהתייעצות עם שר המשפטים, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת.

165 צו סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (חקירת חשודים לפי חוק השיפוט הצבאי), התשע"ד-2014.

166 סעיף 17 לחוק בנוסחו המקורי עד שנת 2016 כלל הוראה בזו הלשון:

הוראת שעה: בתקופה שמיום התחילה ועד תום 12 שנים מיום התחילה, לא תחול החובה לתעד חקירת חשוד בתיעוד חזותי או בתיעוד קולי לפי סעיפים 7 ו-11 על חקירת חשוד בעבירת ביטחון.

במרוצת השנים הפטור מתיעוד בחקירה הביטחונית זכה לביקורת, בעיקר מארגוני זכויות אדם. נושא זה עלה גם בוועדת טירקל, שבדקה את האופן שבו המדינה מקיימת את כללי המשפט הבינלאומי בעניין חקירות של עצורים פלסטינים.¹⁶⁷ ועדת טירקל המליצה מפורשות, בדוח השני שפרסמה, "לערך תיעוד חזותי מלא של כל חקירות השב"כ, לפי כללים שיקבע היועץ המשפטי לממשלה בתאום עם ראש השב"כ".¹⁶⁸ הוועדה נסמכה בהמלצתה על עדותו של ראש השב"כ דאז,¹⁶⁹ והמליצה לתעד את כלל חקירות השב"כ, היינו הן את החלק (שהוא עיקר החקירה) שבו חוקרי השב"כ חוקרים את החשוד והן את החלק שבו החשוד מוסר עדות לפני חוקרי המשטרה המשולבים בחקירת השב"כ.

בעקבות ועדת טירקל הוקם צוות ממשלתי ליישום המלצותיה (ועדת צ'חנובר), ובחודש אוגוסט 2015 הגיש הצוות לממשלה את המלצותיו.¹⁷⁰ בדוח שפרסמה הציעה ועדת צ'חנובר לממשלה שלא לקבל את המלצות ועדת טירקל בנושא תיעוד חקירות השב"כ,¹⁷¹ והטעמים העיקריים לכך היו החשש מפגיעה באפקטיביות החקירות של השב"כ, לימוד שיטות החקירה על ידי ארגוני הטרור והחשש שמא התיעוד ירתיע נחקרים מלהודות, בשל הגינוי שהם צפויים לו מסביבתם.

ועדת צ'חנובר הציעה חלופה להיעדר התיעוד והמליצה להתקין מצלמות בכל חדרי החקירות של השב"כ שבהן יוכל לצפות גורם בקרה שיוכל לפקח עליהן.¹⁷²

167 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, דו"ח שני – מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי, 2013.

168 שם, עמ' 356.

169 שם, עמ' 347.

170 הוועדה ציינה כי "ראש השב"כ, בעדותו בפני הוועדה, הציע לשקול בחיוב תיעוד חזותי של חקירות שב"כ. לדבריו, 'גם אם לא כולם תמיד אוהבים את זה אני חושב שזה יהיה נכון'". דוח צוות לבחינה וליישום הדוח השני של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31.5.2010 בנושא הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על-פי המשפט הבין-לאומי, אוגוסט 2015 (להלן: ועדת צ'חנובר).

171 שם, המלצה 15, עמ' 30-32.

172 ועדת צ'חנובר המליצה כי –

יחקנו מצלמות בכל חדרי החקירות של השב"כ, והן ישרו בקביעות ובמעגל סגור את המתרחש בחדר החקירה "בזמן-אמת" לחדר בקרה [...] שיהיה נגיש

על מנת להימנע מתיעוד החקירה, ובעקבות כך מהעברתו כחומר חקירה לסנגוריה, המליצה ועדת צ'חנובר כי הגורם המפקח יערוך תרשומת תמציתית על הדברים שראה במהלך הפיקוח, אך לא יישמר תיעוד מהצילומים. לחוקרים לא תהיה כל אינדיקציה מתי הגורם המפקח צופה בהם בחדר הבקרה. הוועדה המליצה עוד כי אם יסבור הגורם המפקח כי במהלך החקירה השתמשו באמצעים פסולים, תהיה חובת דיווח מיידית בנושא למבקר תלונות הנחקרים, שהוא גורם הפיקוח על חקירות השב"כ.¹⁷³

הממשלה אימצה את המלצותיה של ועדת צ'חנובר, והמחוקק השתכנע כי יש להמיר את הוראת השעה בעניין הפטור מתיעוד חקירות ביטחון בפטור קבוע, ואכן, בתיקון חקיקה שהתקבל בשנת 2016 הוחלף נוסח הסעיף מהוראת שעה להוראת פטור קבועה.¹⁷⁴ כאמור, על חקירת השב"כ ממילא לא חל החוק מלכתחילה, כך שמדובר אך ורק על אותו חלק בחקירת השב"כ שבו נגבית מהנחקר אמרה על ידי אנשי משטרה. הטעמים העיקריים שהובאו לכך הם החשש מפני מניפולציה אפשרית של הנחקר, אם יידע כי גביית ההודעה מול חוקר המשטרה מתועדת בתיעוד חזותי, החשש שמא נחקרים יחששו למסור הודעות המתועדות בצילום, שכן הודעה מצולמת תמנע מהם את האפשרות לטעון כלפי סביבתם כי אולצו למסור את ההודעה, וכן חשש מחשיפת שיטות ואמצעי חקירות גם של החלק המשטרה.

בעקבות דוח צ'חנובר הוסף בחוק חקירת חשודים רכיב החל רק בחקירת ביטחון, של "פיקוח ובקרה אקראיים על חקירות אלה".¹⁷⁵ בפועל, הפיקוח והבקרה חלים

וזמין לגורם מפקח מטעם משרד המשפטים בכל עת וללא התראה מוקדמת, ויאפשר צפייה בנעשה בכל אחד מחדרי החקירות שבהם מתנהלת חקירה באותו הזמן (שם, עמ' 31).

173 שם, עמ' 32.

174 סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002.

175 ובנוסחו כעת:

חקירת חשוד בעבירה ביטחון (תיקונים: התשס"ח, התשע"ב, התשע"ז): (א) החובה לתעד חקירת חשוד בתיעוד חזותי או בתיעוד קולי לפי סעיפים 7 ו-11 לא תחול על חקירת חשוד בעבירה ביטחון ואולם יבוצעו פיקוח ובקרה אקראיים על חקירות אלה, כפי שייקבע בנהלים פנימיים של משטרת ישראל, באישור השר

על כל חלקיה של חקירת השב"כ, הן על החלק העיקרי שבו חוקרי השב"כ הם המבצעים את החקירה והן על החלק שבו שוטרים גובים עדות מהנחקר. על פי דיווח של משרד המשפטים לכנסת הפיקוח החל בפועל בשנת 2018 עם התקנה של מצלמות ומערכת טכנולוגית תומכת, ו"התצפיות מתקיימות בכל ימות השבוע, בכל שעות היממה"¹⁷⁶. כאמור, מהותם העיקרית של אמצעי פיקוח ובקרה אלו היא אפשרות טכנית לצפייה בחקירה בלא שהצפייה כרוכה בתיעוד מצולם.

כלומר, המצב הנוהג, הקבוע כיום בהסדרים המעוגנים בחקיקה ראשית כהסדרי קבע, הוא שבחקירות ביטחון אין חובת תיעוד חזותי כלל – לא בחלק של חקירת השב"כ ולא בחלק שבו המשטרה גובה הודעות מהחשודים. דומה כי זו תוצאה קיצונית מדי. די בכך שחקירת השב"כ עצמה פטורה מתיעוד חזותי, ואין מקום להוסיף לכך גם פטור מהחלק שבו נגבית הודעה מהחשוד על ידי שוטר. זאת ועוד, עבירות ביטחון כרוכות, לרוב, בענישה כבדה במיוחד, ובמקרים רבים הן מסתמכות על הודעה שהחשוד מוסר לפני איש משטרה. בחקירות ביטחון גביית ההודעה על ידי איש משטרה היא חלק משולב ושזור בחקירת השב"כ, ובדרך כלל לא כאקט המסיים את החקירה אלא כחלק מתמשך בתוך חקירת השב"כ. נראה כי הטעם של אי-הרשעת חפים והאפשרות להתרשם ממצבו של הנחקר בעת מסירת ההודעה המשטרית, שלעיתים קרובות תוכנה הוא הודאה בחשדות, לפחות כאשנב מסוים גם אם מוגבל למצבו של הנחקר בחקירת השב"כ עצמה, מצדיקים שינוי של החקיקה כך שהמשטרה תחויב בתיעוד חזותי באותו חלק של החקירה הביטחונית שבו החשוד מוסר הודעה לפני שוטר.

בכך יאוזן השיקול של האינטרס החשוב של אי-חשיפת שיטות החקירה של השב"כ עם האינטרס החשוב לא פחות של ההתרשמות של בית המשפט היושב בדין ממצבו של הנחקר בעת גביית ההודעה מול שוטר.

לביטחון הפנים והיועץ המשפטי לממשלה, ובלבד שיתאפשר לגורם המפקח לערוך פיקוח ובקרה על כל החקירות המתנהלות, בכל עת, בלא התראה מראש ובלא ידיעת החוקרים, ויתנהל רישום על קיום הבדיקה. [...] השר לביטחון הפנים ושר המשפטים ידווחו לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, ב־1 ביולי מדי שנה, על יישום הוראות סעיף זה.

6.4.5. אזהרה בחקירות שב"כ כידוע, אזהרה בתחילת חקירה היא יסוד מוסד בחקירות פליליות,¹⁷⁷ אולם השב"כ לא החיל על עצמו את החובה להזהיר נחקרים החשודים בעבירות ביטחון – לא בנוסח הקובע זכות להימנע מהפללה עצמית ולא בנוסח הרחב, המאפשר זכות שתיקה מלאה לנחקר החשוד בפלילים.¹⁷⁸ התקדמות מסוימת בעניין זה חלה בשנים האחרונות, כאשר לחשוד בחקירת שב"כ ניתן דף ובו רשימת זכויות (הקרוי בעגה השב"כית "זכותון"), הכתוב בעברית, ערבית ואנגלית.¹⁷⁹ בין היתר הדף כולל אזכור של הזכות להימנע מהפללה עצמית, אולם השב"כ לא הכפיף את עצמו לנוסח שבחוק, ולא ויתר על האפשרות שבחקירות מסוימות חשוד בעבירות ביטחון לא יוזהר עם תחילת חקירתו. אומנם בעת שנגבית מהחשוד המצוי בחקירת שב"כ אמרה משטרתית היא נפתחת, כמקובל, בהקראת האזהרה לחשוד, אולם בדרך כלל הודעה מהחשוד לא נגבית בתחילתה של החקירה, כך ששייכות חקירה לא מעטות עשויות להתקיים בטרם מוקרא לחשוד נוסח האזהרה.

המשמעות הראייתית של היעדר האזהרה בחקירת שב"כ נדונה בהרחבה בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת סמירק.¹⁸⁰ סטיבן סמירק, נתין גרמני שהוחרר

177 רע"א 5381/91, חוגלה שיווק (1982) בע"מ, חוגלה כימיקלים (1986) בע"מ נ' משה אריאל, פ"ד מו (3) 378; רע"פ 4142/04, סמל (מילי) איחי מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב (1) 378; ע"פ 3237/15, און יהודה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2016).

178 "שמיעת טענות העצור: (א) לא יחליט הקצין הממונה על מעצרו של אדם, על המשך מעצרו או על שחרורו בערובה, ולא יקבע את סוג הערובה, גובהה ותנאיה, בלי שיתן תחילה לאותו אדם הזדמנות להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו כי אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, כי כל דבר שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו וכן כי הימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו". סעיף 28(א) לחוק המעצרים. וראו גם: "תוכן האזהרה: (א) וזאת האזהרה: 'אתה חשוד בביצוע עבירה פלונית, האם ברצונך לומר דבר בקשר לעבירה האמורה אין אתה חייב לומר דבר אם אין רצונך בכך, ואולם כל מה שתאמר יירשם ויכול לשמש ראיה במשפטך". סעיף 267 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. לעניין זה ראו תזכיר לחיקון חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשע"ב-2012. שם מוצע כי לנחקר שהוא חשוד תעמוד זכות שתיקה מלאה וכי הוא לא יהיה חייב לומר דבר.

179 פסקה 16 לח"פ (י-ם) 216/03, מדינת ישראל נ' שחר דביר זליגר (פורסם בנבו, 2004).

180 ע"פ סמירק (לעיל הערה 155).

ארצה בשליחות החזבאללה, נעצר ונחקר בשדה התעופה עם הגעתו לישראל על ידי חוקרי השב"כ, וחקירתו נמשכה ברכב שהסיע אותו משדה התעופה למתקן החקירות. לא הייתה מחלוקת כי בשלב זה הוא לא הוזהר, ורק בשלב מאוחר יותר הובא לפני חוקרי משטרה, הוזהר ונגבתה ממנו הודעה שהייתה ראייה מרכזית במשפטו.

בית המשפט העליון, בהרכב בראשות השופטת ביניש חזר, ראשית, על הכללים המשפטיים הבסיסיים הנוהגים בחקירה פלילית שלפיהם מהזכות להימנע מהפללה עצמית נגזרת זכות השתיקה של החשוד. מכאן נובעת חובת החוקר להבהיר לחשוד, בטרם ימסור את גרסתו, כי אין הוא חייב לומר דבר. "אזהרת החשוד נועדה לוודא כי הוא ער לזכותו הבסיסית לשתוק, וכי ויתר במודע ומתוך רצון חופשי על זכות זו בעת מסירת אמרתו".¹⁸¹ ואולם חוקרי השב"כ אינם נוהגים להזהיר חשודים בדבר זכותם לשתוק ואינם מבהירים להם כי כל מה שיאמרו עלול לשמש נגדם כראיה במשפט, בהסתמך על הטענה, שהועלתה גם בהליכים לפני בית המשפט המחוזי, שלפיה התכלית הבסיסית של חקירת השב"כ אינה איסוף ראיות לצורך ניהול הליך משפטי, אלא "גילוי של מידע הנוגע לפעילות עויינת נגד בטחון המדינה, במטרה למונעה ולסכלה".¹⁸²

בית המשפט העליון קיבל עמדה זו ופסק כי ככלל, כאשר מטרתה של חקירת השב"כ היא מניעה וסיכול של פעילות טרוריסטית, הרי בשל הסכנה הנשקפת מהחשוד והצורך המידי לאסוף מידע, "אין לעמוד על קיומה של אזהרה".¹⁸³ בעניינו הקונקרטי של סמירק השתכנע בית המשפט כי הייתה זו חקירה סיכולית מובהקת, ולכן "אין לומר כי הימנעותם של חוקרי השב"כ מאזהרת המערער בדבר זכותו לשתוק הייתה פסולה".¹⁸⁴

באשר לשאלת הקבילות, בית המשפט חזר על ההלכה שככלל בהיעדר אזהרה כשלעצמה אין כדי לפסול הודאה, כל עוד הוכח כי ההודאה ניתנה מרצון טוב

181 שם, פסקה 8.

182 שם.

183 שם, השופטת ביניש, בהסכמת חבריה להרכב השופטים לוי ונאור.

184 שם.

וחופשי.¹⁸⁵ במילים אחרות, בית המשפט העליון ראה בהיעדר האזהרה בחקירה שתכליתה סיכולית סוג של פגם, ואם וכאשר בית המשפט משתכנע כי לא היה בו כדי לשלול את יכולתו של החשוד לכחור אם להודות במיוחס לו, אזי פגם זה לא יביא בהכרח לפסילת הודאתו.¹⁸⁶ בית המשפט נמנע אפוא מלקבוע בעניין זה כלל פסילה גורף אם כי השאיר פתח לדיון מקיף בשאלה זו בעתיד.

האם מותר לחוקרי השב"כ ללכת צעד נוסף ולומר לחשוד (שלא הוזהר) כי חובה עליו, במשמע לומר לו כי קיימת חובה שבדין, לשתף פעולה ולהתוודות לפני חוקריו? שאלה זו התעוררה בעניינו של נחקר בשם חליל נמרי,¹⁸⁷ שנאמר לו על ידי חוקרי השב"כ לפני יציאתו לשחזור כי "עליו" לומר אמת, ללא אזכור זכות השתיקה. בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות אלו זוהי אמירה בעייתית בהחלט. הטעם לכך הוא שהלכת סמירק, הפוטרת לכאורה את השב"כ מאזהרות בתנאים מסוימים, אינה יכולה להצדיק אמירה מטעם חוקר שב"כ המכוונת את הנחקר לשתף פעולה בהליך המשטרה.¹⁸⁸ גם במקרה זה נמנע בית המשפט מלפסול את הפעולה אולם הפחית מאוד ממשקלה. ואכן, בתי המשפט מבחינים בין פגם באזהרה, או אף היעדר אזהרה, לבין היעדר אזהרה שנלווית לה יצירת רושם מטעה לגבי המצב החוקי, שכן אמירה כזו, בהיעדר אזהרה, מהווה צעד אחד רחוק מדי בשלילת יכולתו של הנחקר להבין את מצבו המשפטי, ולכן אין לבצעה.¹⁸⁹

לפיכך, מצב של היעדר אזהרה בחקירת השב"כ לא יביא לפסילת ההודאה שנתן חשוד, אם בית המשפט השתכנע כי מדובר בחקירה בעלת טעם סיכולי. ואולם, על חוקרי השב"כ להימנע ממצב שבו נמסר לחשוד מידע מטעה לגבי המצב החוקי, ועניין זה אסור בתכלית, במיוחד במצב שבכוונת מכוון אין מזכירים לפני החשוד את זכות השתיקה.

185 שם, פסקה 8.

186 ע"פ יששכרוב (לעיל הערה 97), 522; ע"פ און יהודה (לעיל הערה 177), פסקה 7 לפסק דינה של השופטת חיות.

187 תפ"ח (ב"ש) 15-12-67631, מדינת ישראל נ' חליל נמרי (פורסם בנוב, 2017).

188 שם, סעיף 161.

189 ע"פ 4415/16, מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 17 (פורסם בנוב, 2017).

אם כן, השאלה הרלוונטית היא שאלת המשקל של אמרות, זכ"דים, שניתנו בשלב החקירה שבו לא הוזנה החשוד, גם אם לפני מסירת ההודעה המשטרתית ניתנה אזהרה כדין. יש לקחת בחשבון כי הערכת המשקל נגזרת, במצטבר, הן מהיעדר האזהרה והן מדרך רישום הדברים בזכ"ד, השונה מהדרך שבה נגבית הודעה מחשוד על ידי המשטרה. בעניין סמירק קבע בית המשפט כי היעדר האזהרה והבעייתיות הגלומה באופן הרישום מפחיתים ממשקל הזכ"דים, כך שלא ניתן להסתמך עליהם אילו היו ראייה יחידה לחובת הנאשם, אולם הוא פסק כי הזכ"דים יכולים לשמש כתוספת ראייתית.¹⁹⁰

סיכומם של דברים: בית המשפט ראה בהיעדר אזהרה בחקירת שב"כ, בוודאי בחלק הסיכולי של החקירה, רע הכרחי. לעניין קבילות הראיות ומשקל הראיות קיבל בית המשפט את הזכ"דים שנרשמו על ידי החוקרים כראיה גם בשלב שהחשוד טרם הוזנה, אולם הוא הפחית מאוד ממשקלם. עם זאת, בית המשפט לא נמנע מלתת משקל מלא לראיה שהתקבלה בחלק שבו נגבתה מהחשוד הודעה על ידי שוטר, תוך כדי אזהרה ורישום כדין של ההודעה המשטרתית, אף שראיה זו נגבתה בעקבות חקירת השב"כ שקדמה לה, שבה לא ניתנה לחשוד אזהרה.

נראה כי אזהרה בטרם חקירה היא עניין כה מושרש בדין ובפסיקה בארץ ובעולם, עד שאין מקום לקבל עוד מצב של אי-קיום חובה זו. כל אדם החשוף לתרבות הפופולרית מכיר את אזהרת החשוד בטרם חקירה, ועניין זה הוא חלק כה בסיסי בדיני המעצר והחקירה עד שהימנעות ממנו היא אנכרוניזם שיש להעבירו מהעולם. מתן דף זכויות בתחילת החקירה, הכולל נוסח אזהרה כרבעי, ובלבד שהחשוד מסוגל להבינו בלשונו, הוא פתרון סביר המקיים את החובה להעמיד את

190 "אציין עוד כי אין להתעלם מכך שהמערער הובל באופן בהול לחקירה בשדה-התעופה מיד לאחר נחיתתו, כשהוא בארץ זרה לו ואינו דובר שפתה, כשמסביבו מספר רב יחסית של חוקרים שהפנו אליו שאלות, וכל זאת בלא שהוזנה בדבר זכותו לשוק. בהתחשב בנסיבות האמורות, אילו היו העדויות האמורות והזכ"דים שברקע העדות, הראיה היחידה העומדת בבסיס הרשעתו של המערער, לא ניתן היה להסתפק בכך כדי להרשיעו. אולם בנסיבות עניינו של המערער, נראה כי התשתית העיקרית להרשעה מצויה בהודעה המשטרתית [...] שנגבתה מן המערער תחת אזהרה על-ידי רפ"ק טילברמן". ע"פ סמירק (לעיל הערה 155), פסקה 9.

החשוד על זכותו הבסיסית לזכות השתיקה, ועניין זה חייב להיות פרקטיקה החלה בכל חקירות השב"כ ללא יוצא מהכלל.

6.4.6. סדרי דין מיוחדים הרציונל שלפיו חקירה בענייני ביטחון מצריכה הסדרים מיוחדים מוצא את ביטויו גם בסדרי דין מיוחדים שנקבעו לחקירות בתחום הביטחון. מקדמת דנא, עוד בחקיקה שקדמה לנוסח הקיים של חוק העונשין, נקבעו סדרי דין מיוחדים לעבירות ביטחון (בגידה וריגול),¹⁹¹ והוראות אלו הועתקו גם לחוק העונשין בפרקים העוסקים בעבירות ביטחון.¹⁹² הסדרים אלו כוללים הוראות שונות, בין היתר לעניין האפשרות להורות על מעצר חשוד לתקופות מעצר ארוכות (עד 30 ימים בכל פעם ועד 4 חודשים בסך הכול) בסמכות שופט של בית המשפט העליון,¹⁹³ והם מקניזים לקצין משטרה סמכות מעצר לתקופה של עד 15 ימים בטרם הבאת החשוד לפני שופט והחזקתו במקום מעצר שייקבע על ידי שר הביטחון.¹⁹⁴ כן נקבעו הוראות מיוחדות לעניין סודיות הדיון,¹⁹⁵ ובכלל זה ניתנה לבית המשפט היושב בדין הסמכות לקבוע כי הנאשם או סנגורו לא יהיו נוכחים בהליך מסוים או לא יעיינו בראיה מסוימת, ובית המשפט רשאי למנות סנגור מיוחד לעניין העיון בראיה המסוימת. נוסף על כך ניתנה לבית המשפט הסמכות לקבוע כי הוא יישב בהליך מסוים במקום שמחוץ לבניין בית המשפט וכן כי דבר שנאמר או ראיה שהוגשה בהליך מסוים יישמרו בסוד. נוסף על כך נכללות בחוק

191 סעיף 38 לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), החש"ז-1957.

192 בעניין עבירות המנויות בסימנים ב' וד' לחוק זה, סעיפים 123-129 לחוק העונשין, החש"ז-1977.

193 שם, סעיף 124.

194 שם, סעיף 125.

195 שם, סעיף 128.

העונשין הוראות מיוחדות לעניין חיפוש משטרתי או צבאי¹⁹⁶ וכן לעניין חילוט מכשירי עבירה.¹⁹⁷

סעיפים אלו שבחוק העונשין סוטים סטייה כה ניכרת מסדרי הדין הכלליים הנוהגים בדין הפלילי עד שאף שהוראות אלו כתובות עלי חוק, הלכה למעשה הן אות מתה שאין נוהגים לפיה וגורמי האכיפה או הפרקליטות אינם מבקשים כלל להפעילם.¹⁹⁸

בעקבות נסיגת זה"ל מרצועת עזה במסגרת תוכנית ההתנתקות (2005) וביטול תחיקת הביטחון ששררה במקום מאז 1967 הוכפף מעצרו של תושבי רצועת עזה לחוקי מדינת ישראל. השב"כ העלה את החשש שהכלים שהחוק הישראלי מעמיד לחקירת חשודים בטרור עלולים שלא להספיק לחקירה יעילה של חשודים בטרור מקרב תושבי רצועת עזה שייחקרו בישראל. מטעם זה הוחלט לקבוע בחקיקה הישראלית סדרי דין מיוחדים בעבירות ביטחון. אלו סדרי דין שתחולתם כללית, היינו סעיפים אלו חלים על כל מי שנעצר בחשד לעבירות ביטחון, ולא רק על עצורים תושבי רצועת עזה, שאופן חקירתם היה המניע לחקיקה. בשנת 2006 נחקקה אפוא הוראת שעה מיוחדת שתיקנה את חוק סדר הדין הפלילי בכל הנוגע לחשודים העצורים בעבירות ביטחון.¹⁹⁹ הוראת שעה זו עמדה בתוקפה כעשור, עד שבשנת 2016 הוחלפה בפרק ד' לחוק המאבק בטרור,²⁰⁰ בו אומצה הוראת השעה ככתבה וכלשוונה.

196 שם, סעיפים 126-127.

197 שם, סעיף 129.

198 ראו ע"פ 514/69, פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 477 - עדות שנשמעה שלא בנוכחות הנאשם לפי סעיף 38 לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), התשי"ז-1957. הוא קדם לסעיף 128 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. וראו גם הניסיון להשתמש בסעיף 128 ולהגיש ידיעה לעיון הסנגור בלי שהנאשם יוכל לעיין בה בתוך ע"פ 6411/98, נחום מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 150.

199 חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006.

200 חוק המאבק בטרור.

מטרתם של הסדרים מיוחדים אלו בחקירת חשודים בטרור היא לאפשר רצף חקירה לא מופרע וארוך ככל האפשר החיוני לתנופת החקירה, וכמו כן לאפשר לחוקרים לתכנן ולבצע תחבולות חקירה, לעיתים תחבולות מתוחכמות ועתירות השקעה במיוחד. דוגמה לכך נחשפה בפרשת בן אוליאל, שבו בית מעצר שלם שימש מקום שבו הסוהרים והעצורים היו כולם, למעט החשוד האמיתי כמובן, אנשי משטרה ששימשו כמדובבים.²⁰¹ סדרי דין מיוחדים אלו, בשילוב הסמכות לדחיית מפגש עם עורך דיין, מאפשרים לחוקרים ליצור בעיני הנחקר תמונת מציאות מלאכותית, שעשויה לשכנע אותו לשתף פעולה עם חוקריו ולמסור להם את הידוע לו על נושא החקירה.

עיקרי ההסדרים המיוחדים בחקירות טרור הם כדלקמן:

(1) השהיה של הבאת עצור לפני שופט²⁰²

על פי דיני המעצר הרגילים יש להביא עצור החשוד בפלילים לדיון בהארכת מעצרו לפני שופט בתוך 24 שעות ממועד מעצרו.²⁰³ ואולם, בעבירות טרור נקבעו בחוק המאבק בטרור הסדרים מיוחדים לעניין מועד הבאת עצור להארכת מעצר ראשונה לפני שופט, והם מאפשרים, במדרגים שונים, עיכוב של הבאת העצור לפני שופט עד ל-96 שעות לכל היותר ממועד המעצר.²⁰⁴

להלן פירוט המדרגים שנקבעו.

201 סעיף 365 להחלטת הזוטא בתפ"ח (מרכז) בן אוליאל (לעיל הערה 88).

202 סעיף 46 לחוק המאבק בטרור.

203 סעיף 29(א) לחוק המעצרים. אם נדרשות פעולות חקירה דחופות ניתן לעכב את הבאת העצור לפני שופט עד 48 שעות ממועד המעצר.

פעולות חקירה דחופות: על אף הוראות סעיף 29, אם מצא הקצין הממונה כי יש צורך לבצע פעולת חקירה דחופה, שלא ניתן לבצעה אלא תוך כדי מעצרו של החשוד, ולא ניתן לדחותה עד לאחר הבאת העצור בפני שופט, או שיש צורך בפעולה דחופה הנדרשת בקשר לחקירה בעבירה כאמור בסעיף 35(ב), רשאי הוא להשהות את הבאת העצור בפני שופט, לצורך ביצוע אותה פעולה לתקופה שלא תעלה על 48 שעות מתחילת המעצר (שם, סעיף 30).

204 סעיף 46 לחוק המאבק בטרור.

העילה	בעל הסמכות	פרק הזמן המקסימלי ממועד המעצר עד להבאה לפני שופט
"אם שוכנע כי הפסקת החקירה [...] עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה"	קצין ממונה (ראש צוות החקירה)	עד 48 שעות
"אם שוכנע כי הפסקת החקירה [...] עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם"	קצין ממונה באישור ראש אגף החקירות בשב"כ	עד 72 שעות
"אם שוכנע כי הפסקת החקירה [...] עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם"	ביח משפט, לבקשת ראש השירות שהוגשה בכתב בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה	עד 96 שעות

(2) הארכת תקופת המעצר המקסימלית לצורכי חקירה

בהתאם לחוק סדר הדין הפלילי, התקופה המקסימלית ששופט רשאי להאריך בהחלטתו את מעצרו של חשוד בפלילים לצורכי חקירה היא 15 ימים.²⁰⁵ התקופה המצטברת המקסימלית שבה ניתן להחזיק עצור בחקירה בטרם הגשת כתב אישום היא 30 ימים.²⁰⁶

205 סעיף 17(א) לחוק המעצרים.

206 שם, סעיף 17(ב). "אלא אם כן הבקשה למעצר נוסף הוגשה באישור היועץ המשפטי".

כאשר מדובר בעבירות ביטחון, התקופה המקסימלית ששופט רשאי לקבוע להארכת מעצרו של עצור החשוד בעבירת ביטחון חמורה היא 20 ימים.²⁰⁷ בהתאמה – תקופת המעצר המקסימלית עד להגשת כתב אישום היא 35 ימים. כאמור, שני התנאים המהותיים להחלטה הם שהארכת המעצר לתקופה העולה על 15 ימים לא תתקבל אלא בדיון שהתקיים בנוכחות החשוד ושהמעצר לא יוארך אלא אם שוכנע השופט כי "אם לא יוחזק העצור במעצר לצורך המשך החקירה קיימת אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם".²⁰⁸

(3) הסמכות לקיים דיון בהארכת מעצר של חשוד בעבירת ביטחון חמורה שלא בנוכחות החשוד

זוהי אולי ההוראה הקונטרוברסלית ביותר בין סדרי הדין המיוחדים למעצר חשוד בעבירות ביטחון. נוסחה הנוכחי נחקק בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון,²⁰⁹ שפסל את הנוסח הקודם של הסעיף, כפי שהופיע בהוראת השעה משנת 2006.²¹⁰

207 סעיף 1(47) לחוק המאבק בטרור.

208 ש.ס.

209 בג"ץ 2028/08, הוועד הציבורי נגד עינויים ואח' נ' שר המשפטים ואח' (פורסם בנוב, 2008); בש"פ 8823/07, פלוני נ' מדינת ישראל, סג (3) 500.

210 "דיון שלא בנוכחות עצור בעבירת ביטחון: הוראות סעיפים 2(16) ו-57 לחוק המעצרים, לענין נוכחותו של עצור בדיונים כאמור באותם סעיפים, יחולו לגבי נוכחות עצור בעבירת ביטחון בתקופת המעצר כאמור בסעיף 1(4), בשינויים אלה: (1) ציווה בית המשפט, בנוכחות עצור בעבירת ביטחון, על מעצרו לתקופה הקצרה מ-20 ימים, רשאי בית המשפט, שלא בנוכחות העצור, להאריך את מעצרו לתקופה שלא תעלה על יתרת התקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו, אם הוגשה לו בקשה לכך, באישור הגורם המאשר, והוא שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם; (2) בית המשפט רשאי להורות על דיון בבקשה לעיון חוזר לפי סעיף 52 לחוק המעצרים או בערר לפי סעיף 53 לחוק האמור, שלא בנוכחות העצור, אם הוגשה לו בקשה לכך באישור הגורם המאשר, והוא שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה; (3) הוראות סעיף 15(ג) עד (ח) לחוק המעצרים יחולו, בשינויים המחויבים, גם על דיון בשאלת נוכחות העצור בהליכים כאמור בסעיף זה; (4) החלטת בית משפט שהתקבלה בדיון שהתקיים שלא בנוכחות העצור בעבירת ביטחון לפי סעיף זה, תובא לידיעת העצור בהקדם האפשרי, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת, לבקשת נציג המדינה, אם שוכנע כי הדבר עלול למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם". סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), תשס"ו-2006.

עיקרי ההוראה היו מתן אפשרות לבית המשפט להאריך את מעצרו של חשוד בעבירות ביטחון, גם במסגרת דיון שלא בנוכחותו, בתנאים ולתקופות המפורטים בסעיף. הסעיף התיר לבית המשפט לקיים דיון שלא בנוכחות העצור גם בבקשה לדיון חוזר או לערר.

כנגד הוראה זו הוגש הליך במסגרת דיון פלילי (בש"פ), ואליו צורפה עתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח. בשל חשיבותו החוקתית נדון העניין בהרכב מורחב של 7 שופטים, והם החליטו בפסק דינם כי יש לפסול את הסעיף המאפשר דיון בלא נוכחות החשוד. עיקרי פסק הדין הם כדלקמן: ראשית, בית המשפט קבע כי הוראת הסעיף מנוגדת להוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באשר "כלל יסוד של המשפט הפלילי הוא כי אין אדם נשפט שלא בפניו"²¹¹. בית המשפט פסק כי הוראה זו היא "בעלת מעמד חוקתי על-חוקי", הכוללת הגנה על החירות ועל הכבוד וכנגזרת ממנה קמה חובת בית המשפט לכבד אותה. נוסף על כך בית המשפט קבע כי הזכות להיות נוכח במשפט מגלמת את האינטרס הציבורי של קיום הליך הוגן, באשר היא חיונית לפרישת ההגנה של הנאשם, והיא רכיב קריטי באמון הנאשם ובאמון הציבור בהליך הפלילי. כנגזרת מכך, גם לחשוד ולעצור יש זכות להיות נוכחים בהליכי המעצר, שכן "הזכות להליך פלילי הוגן מתפרסת על כל שלביו של ההליך הפלילי"²¹². מכאן שההגנה החוקתית על הזכות משתרעת גם על הליכי המעצר. מזווית הבחינה החוקתית נפסק כי הסעיף אינו עומד במבחני המידתיות, שכן הפגיעה האפשרית בחקירה אינה שקולה לפגיעתו הקשה בהליכי הביקורת השיפוטית: "הביקורת הרציפה על הליך המעצר לצורך חקירה חשובה לשמירת זכויות האדם, לפחות כפי שהחקירה הרציפה חשובה לצורך הגשמת מטרות החקירה"²¹³. בשל כך בית המשפט קבע כי הפגיעה בחקירה המתרחשת בגין הבאת החשוד לבית המשפט לצורך הארכת מעצר צריכה להתבצע ב"דרכים שהן מידתיות יותר מאשר מניעת נוכחותו של העצור בהליך"²¹⁴.

211 סעיף 15 לפסק דינו של השופט ריבלין בבש"פ פלוני נ' מדינת ישראל (לעיל הערה 209).

212 שם, סעיף 19.

213 שם, סעיף 31.

214 שם, סעיף 32.

עם זאת, מפסקי הדין של השופטים נאור וגרוניס, הגם שהצטרפו לעמדת חבריהם שלפיה הוראת הסעיף דינה להתבטל, אפשר ללמוד כי הם סבורים כי תיקון שיצמצם את הפגיעה בזכות החוקתית כדי להבטיח את הצלחת החקירה עשוי לעבור את מבחני החוקיות, שהנוסח הנוכחי אינו עומד בהם.²¹⁵

בעקבות החלטת בית המשפט העליון נפנתה המדינה לחוקק מחדש את הסעיף, בהכנסת שינויי נוסח מסוימים. תיקון הסעיף וחקיקתו מחדש מאפשרים גם כיום, בתנאים מסוימים, להאריך את מעצרו של חשוד בעבירות ביטחון שלא בנוכחותו.

על פי המצב המשפטי הנוכחי, התנאים המצטברים להארכת מעצר של חשוד שלא בנוכחותו הם כדלקמן:

- (1) הארכת המעצר הקודמת הייתה בנוכחות העצור.
- (2) התקופה המבוקשת לא תעלה על 20 ימים מיום הארכת המעצר הקודמת.
- (3) הגורם המאשר הוא שופט של בית המשפט העליון, על פי בקשה מאת ראש אגף החקירות בשב"כ שהוגשה בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.
- (4) התנאי המהותי – אם בית המשפט שוכנע כי "אם תופסק החקירה לשם הבאת העצור לדיון קיימת אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם". תקופת המעצר המוארכת תהיה לתקופה או תקופות נוספות שלא תעלינה על 72 שעות כל אחת, ולא יותר מ-144 שעות בסך הכול, ובלבד שהארכת המעצר הכוללת לא תחרוג מ-20 ימים ממועד הארכת המעצר שהתקבלה, ניתנה או אושרה בנוכחות העצור.²¹⁶

התוצאה היא שבהתקיים התנאים המצטברים המפורטים לעיל קיימת כיום האפשרות להארכת מעצר של חשוד בעבירת ביטחון חמורה שלא בנוכחותו. עד כתיבת שורות אלו חוקיותה של הוראה מתוקנת זו לא הותקפה בבית המשפט.

נראה כי השימוש המצומצם מאוד בסמכות זו ושמירתה למקרים חריגים ביותר מצדיקים את קיומה, גם לנוכח החריגה מהעיקרון היסודי שלאדם יש זכות

215 שס, סעיף 4 לפסק דינה של השופטת נאור; סעיף 6 לפסק דינו של השופט גרוניס.

216 סעיף 48 לחוק המאבק בטרור.

בסיסית ליטול חלק בכל ההליכים הפליליים הקשורים אליו. אם בשלב כלשהו בעתיד יתפתו גורמי הביטחון ויסטו מהצמצום והזהירות המתחייבים מהשימוש בסמכות כה חריגה בשיטה המשפטית, יהיה מקום להרהר שוב בהצדקה לה.

(4) סדרי דין מיוחדים לעניין הבאת עצור להליכי מעצר: עיון חוזר ועוד

על מנת להבטיח את רצף החקירה בעבירות ביטחון חמורות נקבעו הסדרים מיוחדים בעבירות ביטחון גם לעניין עיון חוזר ועוד, ועיקרם צמצום הפגיעה בחקירה הנגרמת עקב הצורך להביא את העצור לדיונים בהליכים אלו. סדרי הדין הפליליים בעבירות רגילות המאפשרים לעצור לבקש עיון חוזר בהחלטת בית המשפט שניתנה לגביו, מטעמים כמו אם נתגלו עובדות חדשות, אם השתנו נסיבות רלוונטיות או אם חלף זמן ניכר מעת מתן ההחלטה.²¹⁷ חוק המעצרים מקנה לעצור זכות להיות נוכח בדיון בבקשה לעיון חוזר.²¹⁸ ואולם, כאשר עצור החשוד בעבירות ביטחון חמורות מבקש עיון חוזר בהחלטת בית המשפט לגביו, נקבע בחוק המאבק בטרור כי ראשית, על בית המשפט לקיים דיון מקדמי, בלא נוכחותו, שתכליתו לברר אם יש עילה לדיון בעיון חוזר. מכאן שעיון חוזר יתקיים רק לאחר שבית המשפט שוכנע, בדיון מקדמי בלא נוכחות העצור, כי יש עילה לבקשה.²¹⁹ יתר על כן, גם אם החליט בית המשפט כי קיימת עילה לדיון בעיון חוזר, המחוקק הסמיך את בית המשפט לקיים את העיון החוזר שלא בנוכחות העצור, אם ראש אגף החקירות בשירות ביקש זאת ואם בית המשפט "שוכנע כי אם תופסק החקירה לשם הבאת העצור לדיון קיימת אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם".²²⁰ נוסף על כך נקבעו בחוק הסדרים מיוחדים לגבי ערר. חוק המעצרים מאפשר לעצור בחשד לביצוע עבירות פליליות רגילות לערר על החלטות בית

217 "עיון חוזר בהחלטת בית המשפט: (א) עצור, משוחרר בערובה או תובע רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר, בענין הנוגע למעצר, לשחרור או להפרת תנאי השחרור בערובה, לרבות בהחלטה לפי סעיף זה, אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה". סעיף 52 לחוק המעצרים.

218 שם, סעיף 57.

219 סעיף 49 לחוק המאבק בטרור.

220 שם, סעיף 49(ב). וראו גם שם, סעיף 50(ב).

המשפט בעניינו,²²¹ וקובע כי דיון על ערר כאמור יתקיים בנוכחות העצור.²²² ואולם, כאשר מדובר בעצור החשוד בעבירות ביטחון חמורות נקבעו סדרי דין מיוחדים, שלפיהם העצור המבקש לערור מוגבל בהגשת ערר ללווה זמנים של עד שלושים שעות ממועד ההחלטה שעליה הוא מבקש לערור, אם כי בית המשפט מוסמך להאריך מועד זה "מטעמים שיירשמו, אם שוכנע כי הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין לעצור".²²³ נוסף על כך, סדרי הדין המיוחדים בחקירת עצור החשוד בעבירות ביטחון חמורה מאפשרים לבית המשפט לקיים את הדין בערר שהגיש העצור גם בלא נוכחותו של העצור, לבקשת ראש אגף החקירות בשב"כ ו"אם שוכנע כי אם תופסק החקירה לשם הבאת העצור לדיון קיימת אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם".²²⁴

(5) סדרי דין מיוחדים בתחיקת הביטחון לעצורים תושבי יהודה ושומרון

בעקבות השינוי בסדרי הדין לגבי חשודים בעבירות ביטחון העצורים לפי הדין בישראל, כמפורט לעיל, תוקן הצו בדבר הוראות ביטחון החל על עצורים שהם תושבי יהודה ושומרון ונקבעו בו הסדרים דומים.²²⁵ עם זאת, התקופות שנקבעו בתחיקת הביטחון בשטחים ארוכות מאלו שנקבעו בחוק המאבק בטרור. כך, הבאת חשוד בעבירות ביטחון שנעצר על ידי קצין משטרה להארכת מעצר לפני שופט צבאי, המחויבת בדין הרגיל להתבצע בתוך 96 שעות,²²⁶ ניתנת להארכה לפרק זמן של עד 6 ימים ממועד המעצר, באישור ראש מחלקת חקירות בשירות, אם שוכנע קצין משטרה כי הפסקת חקירתו של העצור "תפגע פגיעה ממשית בחקירה".²²⁷ תקופה זו ניתנת להארכה נוספת, עד 8 ימים ממועד המעצר, באישור ראש אגף החקירות בשירות, אם שוכנע קצין משטרה כי הפסקת חקירתו של

221 סעיף 53 לחוק המעצרים.

222 שם, סעיף 57.

223 סעיף 50(א)(1) לחוק המאבק בטרור.

224 שם, סעיף 50(ב).

225 סעיף 52 לצו בדבר הוראות ביטחון, החש"ע-2009.

226 שם, סעיף 31(ג)(2).

227 שם, סעיף 32(א).

העצור "עלולה לפגוע בביצוע פעולת חקירה חיונית, אשר נועדה למנוע פגיעה בחיי אדם".²²⁸ גם לעניין נוכחות העצור בדיונים להארכת מעצר נקבעו הסדרים דומים לאלו שנקבעו בחקיקה הישראלית, המאפשרים לקיים דיונים אלו בלא נוכחות העצור, בתנאים קבועים בצו,²²⁹ וכן נקבעו הוראות לעניין הסמכות לקיום דיון בבקשה לעיון חוזר ולערר בלא נוכחות העצור.²³⁰

את סדרת ההסדרים המיוחדים הללו הנוגעים לסדרי דין בחקירות של חשודים בעבירות ביטחון חמורות יש לקרוא עם ההוראות הנוספות בחקירות ביטחון, בעיקר לעניין מניעת מפגש של עצור עם עורך דין. תוצאתם המצטברת היא שבסופו של דבר הן המחוקק והן בית המשפט מאשרים לחוקרי השב"כ אפשרויות פעולה החורגות באופן לא מבוטל מהתחום המוגדר בסדרי הדין לחקירה פלילית רגילה, אולם הסדרים מיוחדים אלו אינם מביאים לפגיעה בקבילות ובמשקל תוצאה הראייתיים של חקירת השב"כ.

6.4.7. תנאי החזקה מיוחדים לעצורים החשודים בעבירות ביטחון

החוק בישראל מבחין בין תנאי ההחזקה במעצר החלים על עצורים בעבירות פליליות רגילות לבין תנאי ההחזקה במעצר החלים על עצורים החשודים בעבירות ביטחון. הבחנה זו מעוגנת בתקנות סדר הדין הפלילי הקובעות את תנאי ההחזקה במעצר.²³¹ עיקרי ההבדלים בתנאי ההחזקה במעצר בין עצור פלילי לעצור החשוד בעבירות ביטחון הם: לעצור החשוד בעבירת ביטחון אין זכות לטיול יומי;²³² לעצור החשוד בעבירות ביטחון אין זכות לשימוש בטלפון;²³³ עצור החשוד בעבירות ביטחון אינו זכאי

228 שם, סעיף 32(ב).

229 שם, סעיף 52(ד).

230 שם, סעיף 52(1ד), (ה), (ה1).

231 סעיף 22 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997.

232 שם, סעיף 22(ב)(3).

233 שם, סעיף 22(ג).

לעבוד עבודת עצורים;²³⁴ בתא שמוחזק בו עצור החשוד בעבירות ביטחון אין חובה לספק מיטה – כנגד זאת יש חובה לספק לעצור מזון כפול;²³⁵ בתא שמוחזק בו עצור החשוד בעבירות ביטחון אין חובה להתקין מדפים לחפצים אישיים;²³⁶ לעצור החשוד בעבירות ביטחון מותר להחזיק רק בחלק של רשימת החפצים האישיים המותרים לעצור רגיל – עיקר השוני הוא איסור להחזיק מכשירי חשמל כלשהם, לרבות מקלט טלוויזיה, רדיו ומכונת גילוח, כלי כתיבה, עיתונים וספרים.²³⁷

במהלך השנים עלו טענות רבות מאת עצורים ביטחוניים על תנאי כליאתם,²³⁸ גם אם תנאים אלו עומדים לכאורה בהוראות התקנות לעניין עצורים ביטחוניים. בית המשפט העליון הדגיש פעמים רבות בפסיקותיו את החובה לשמור על כבוד האדם, גם כשמדובר בעצור ובאסיר, ואת האחריות של מדינת ישראל להחיל את הנורמות המינימליות הבינלאומיות על תנאי הכליאה של עצורים ואסירים, קל וחומר ליישם את הנורמות הקבועות בחוק ובתקנות, ובין היתר לחייב את המדינה לעמוד בסטנדרט מינימלי של שטח מחיה לעצור או אסיר, מיטה, אור שמש ועוד.²³⁹ בפסק הדין בעניין שטח מינימלי לעצור נקבע כי על המדינה להבטיח כי השטח המינימלי לעצור יהיה 4.5 מ"ר, ועל המדינה ליישם הוראה זו בתוך שנה וחצי ממועד פסק הדין (יוני 2017). בהליכים מאוחרים לפסק הדין הודיעה המדינה לבג"ץ כי לגבי מתקני החקירה של השב"כ היא תוכל לעמוד בהוראות פסק הדין רק בשנת 2026.²⁴⁰

234 ש.ם.

235 ש.ם, סעיפים 22(א)(1)(ב); 22(ב)(2).

236 ש.ם, סעיף 22(א)(1)(ב).

237 ש.ם, סעיף 22(ב)(1).

238 ע"פ 1784/14, אשרף עאשור ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2015).

239 רע"ב 818/03, יצחק זרקה נ' שרות במי הסוהר, אתר נבו, 2003; בג"ץ 4634/04, רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד טב (1) 762.

240 בג"ץ 1892/14, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, הודעה מטעם המדינה מיום 29.7.2018.

ההצדקה להבדל בין תנאי ההחזקה במעצר של עצירים ביטחוניים לפליליים נובעת מהשיקולים המיוחדים בחקירת עצורים החשודים בעבירות ביטחון. יישום התקנות הנוגעות לתנאי ההחזקה במעצר הוא באחריותו של שירות בתי הסוהר, שכן מתקני החקירה הם חלק ממתקני המעצר שניהולם מסור בידי שירות בתי הסוהר.²⁴¹ האמור בתקנות ההחזקה במעצר חל גם על עצורי שטחים הנחקרים בישראל, שכן החוק קובע כי על עצורי שטחים הנחקרים בישראל חלים תנאי ההחזקה השוררים לפי החוק בישראל.²⁴²

החובה לסטנדרט אנושי מינימלי גם בתנאי ההחזקה של עצורים ביטחוניים חייבת לעמוד מעל לכל מחלוקת פוליטית. זהו הרציונל שבפסק הדין לעניין החלת ההחלטה בעניין שטח מינימלי לעצור גם על עצורים החשודים בעבירות ביטחון, המשווה את התנאים המינימליים של העצורים כולם, שכן לכל העצורים מגיע מינימום של כבוד אנושי. מעבר לשטח המחיה המינימלי, דומה כי העניין הבעייתי ביותר בתנאי ההחזקה של עצורים ביטחוניים הוא היעדר החובה לספק מיטה, ובמקומה מזרן כפול. השיקול שלא לספק מיטה לעצור, רגיל או ביטחוני, אינו יכול עוד לעמוד בדרישות הדין וכבוד האדם,²⁴³ וייתבו רשויות הביטחון, שב"ס ושב"כ להעביר עניין זה מן העולם בלא דיחוי נוסף.

מקבץ הסמכויות המיוחדות בעבירות ביטחוניות מקיף את כל העניינים הקשורים לתנאי החקירה של עצור בעבירות ביטחון. כמפורט לעיל, לכל אחת מסמכויות אלו רציונל ומגבלות, אולם יש להבין כי לעיתים קרובות

6.5 סיכום

241 ע"פ אשרף עאשור (לעיל הערה 238), פסקה 65.

242 "מי שניתנו נגדו פקודת-מעצר או צו-מעצר באזור מכוח סמכות שהוענקה על ידי מנשר או צו של מפקד, יהיו מעצרו והחזקתו במעצר ניתנים לביצוע בישראל בדרך שמבצעים בישראל פקודת-מעצר או צו-מעצר וכן ניתן להעבירו למעצר באזור שבו נעברה העבירה". סעיף 6(ב) לחוק לארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשל"ח-1977.

243 רע"ב זרקה (לעיל הערה 239); בג"ץ רופאים לזכויות אדם (לעיל הערה 239).

סמכויות אלו מופעלות כשהן באות ביחד ובמרוכז, כולן או חלקן, וכי להפעלתן יחדיו עשוי להיות משקל מצטבר הגדול מהמשקל של כל אחת מהן בנפרד.

ריכוז סמכויות זה הוא שהופך את החקירה הביטחונית לאפקטיבית כל כך, ובה בעת, הוא שמביא לביקורת של ארגוני זכויות האדם על הפגיעה בזכויות חשודים ולחשש מפני הודאות שווא. טענה מרכזית הנשמעת מארגוני זכויות האדם היא שהפעלת סמכויות אלו יחדיו עלולה להביא למצב של *incommunicado*, היינו מצב של בידוד העצור מהסביבה, ממשפחתו, מעורכי דינו ומביקורת שיפוטית אפקטיבית.²⁴⁴ על פי הטענה, במצב דברים זה קל יותר לבצע חריגות וקל יותר לשבור את רוחו של הנחקר. כנגד טענות אלו ניתן להצביע על סדרה של הגנות – כגון מערכת בקרה חיצונית של הממונה על תלונות נחקרים (ראו הרחבה בעניין המבט"ן בפרק 10, העוסק במנגנוני הפיקוח על פעילות השירות), כולל יכולת צפייה בזמן אמת בנעשה בחדרי החקירות, ביקורת שיפוטית רציפה וביקורים סדירים של הצלב האדום – שיש בהן כדי להפחית למינימום את הסיכון לבידוד וניתוק של העצור מהעולם החיצון.

בצד המהותי יש מקום לשקול שורה של תיקונים בהסדרים המיוחדים שנקבעו לחקירות בתחום הביטחון, כמפורט בעניינים שנסקרו בפרק זה – לרבות בהפעלת אמצעים פיזיים בחקירות, קידום תזכיר החוק לעניין ההסדרים למניעת מפגש של עצור עם עורך דין, תיעוד החלק שבו נגבית הודעה משטרית מעצור החשוד בעבירות ביטחון, החלת אזהרה כסטנדרט בחקירת שב"כ ושיפור תנאי ההחזקה של נחקר מבחינת התאמת גודל השטח המוקצה לעצור ביטחוני לשטח המוקצה לעצור פלילי רגיל, קביעת הזכות למיטה לכל עצור ומימושה וכן המלצות אחרות שנסקרו בפרק זה.

ואולם, כל אלה אינם יכולים להיות תחליף לסטנדרט ניהולי וערכי במערך החקירות עצמו: החל בשמירה על רמה גבוהה של איכות החוקרים וחינוכם לחתירה לחקר האמת ולא להשגת הודאות, עבור בהטמעת ההבנה שכלי החקירה

244 למשל: "הרציונל העומד בבסיסו של המשטר הנוכחי הוא זהה: ניתוק הנחקר מן העולם החיצון ושימוש בתנאי כליאה קשים כאמצעי להפעלת לחץ פסיכולוגי ולהחלשת הגוף, במקביל לחקירה הפרונטלית בחדר החקירות". "עינויים והתעללות במסגרת חקירות: דוח", אתר בצלם, נובמבר 2017.

שניתנו לשירות עלולים להביא להודאות שווא ומכאן הצורך לכרוך כל העת את נכונות ההודאות בעיקר דרך קבלת פרטים מוכמנים, שלא היו ידועים לחוקרים לפני ההודאה, בקיום מערכת מתמדת של הפקת לקחים והטמעתם בנוהלי עבודה ובכינון מערך בקרה פנימי חזק ואפקטיבי, וכלה בהחלת סטנדרט משמעותי תקיף בכל חריגה מהנהלים.

הקפדה ניהולית על סטנדרטים אלו היא הערובה הטובה ביותר להצלחה בחקירות כמכשיר מרכזי בסיכול טרור וריגול, לחיזוק של אמון הציבור בשירות ולמניעת שימוש לרעה בסמכויות יוצאות הדופן שניתנו לשירות בכיצוע חקירותיו.

פרק 7

תפקידו של השב"כ בסיכול ממוקד

—

ולפעמים, גם אחרי שעשית עבודה או מבצע "סופר נקי" – אף אחד לא נפגע חוץ מהמחבלים עצמם – גם אז יש לפעמים סיטואציות שאחרי זה אתה, או אני לפחות, עוצר לרגע [...] אתה אומר: יש פה משהו לא טבעי במצב הזה. והמשהו הלא טבעי זה בעצם הכוח שיש לך לקחת משלשה אנשים, מחבלים, כן?, אבל לקחת את החיים שלהם בשנייה באותה סיטואציה.¹

סיכול ממוקד, במובן של התנקשות מכוונת בפעיל טרור על מנת לסכל את פעילותו ולמנוע את הרעה שהוא מתכנן לגרום, הוא אחד האמצעים הדרסטיים ביותר שמדינה יכולה לנקוט במלחמתה בטרור, וכרוכות בו שאלות עמוקות של מוסר במלחמה.² התנקשויות אינן שיטה חדשה שמדינות נוקטות

7.1

סיכול ממוקד מהו?

1 דבריו של יובל דיסקין, אצל דרור מורה, שומרי הסף: שישה ראשי שב"כ מדברים, חל אביב: ידיעות אחרונות, 2014, עמ' 327.

2 מרדכי קרמניצר, האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה: מחקר מדיניות 60, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2006.

במלחמתן בטרור, וגם מקומה של ישראל לא נפקד בהן. מאז ומתמיד דרכה של מדינת ישראל במלחמה בטרור שהיא מנהלת הייתה רצופה פגיעות והתנקשויות שכוונו למבצעי טרור ומחוללי טרור, שנים רבות בטרם החלה מדיניות הסיכול הממוקד. למשל, כאשר שליחיה פגעו במתכנני הטבח בספורטאים הישראלים באולימפיאדת מינכן בשנות השבעים של המאה העשרים דרך חיסול בכיר אש"ף חליל אל-זויר (אבו ג'יהאד) בפרוורי תוניס (1988);³ בהתנקשות במזכ"ל הח-זבאללה עבאס מוסאווי בלבנון (1992);⁴ בחיסולו של יחיא עיאש,⁵ מי שכונה "המהנדס" של החמאס, ברצועת עזה בשנת 1996; כאשר ניסתה להתנקש בח'אלד משעל (1997), ובאירועים רבים אחרים. רבות מפעולות אלו אירעו מבלי שמדינת ישראל נטלה אחריות פומבית לביצוען, גם במקרים שלא היה לאיש ספק שמדינת ישראל היא העומדת מאחורי הפעולות.

השוני בין פעולות ההתנקשות בעבר לבין פעולות הסיכול הממוקד הוא, ראשית, בכך ש"סיכול ממוקד" הוא שיטת ביצוע ממוסדת ורחבת היקף יחסית, ולא פעולה ספוראדית ונקודתית כבעבר. כמו כן, הסיכול הממוקד בדרך כלל מתבצע בגלוי, לעיתים קרובות באמצעות הצבא, וברוב המקרים המדינה מקבלת אחריות פומבית על הפעולה. בתקופה הראשונה שבה ננקטה שיטה זו ביצעה ישראל פעולות סיכול ממוקד הן בשטחי הגדה המערבית והן ברצועת עזה, ומאז שוך האינתיפאדה השנייה, בעיקר ברצועת עזה. אם בעבר פעולות אלו היו מחוץ לטווח ההתערבות המשפטי והכלליים המשפטיים טבלו בסוג של אזור מדומים, הרי שכיום, לאחר שבית המשפט העליון נתן את דעתו בצורה מפורשת על התנאים שרק בהתקיימם פעילות כזו מותרת, נקבעה מסגרת משפטית-מבצעית מוסדרת. עם הזמן עוד מדינות, בראשן ארצות הברית, אימצו את שיטת הפעולה ואת עיקרי התפיסה המשפטית שבבסיסה. כתוצאה של התפתחויות אלו קיים כיום מסד משפטי, מבצעי וקונספטואלי, והוא מהווה בסיס לדיון בינלאומי ער בסוגיה זו, על היבטיו השונים.

3 משה זונדר, סירת מטכ"ל, ירושלים, כתר, 2000, עמ' 238-248.

4 רונן ברגמן, מדינת ישראל תעשה הכל: הקרב החשאי על השבויים והנעדרים, אור יהודה: כנרת זמורה ביתן דביר, 2009, עמ' 348-367.

5 כרמי גילון, שב"כ בין הקרעים, תל אביב: ידיעות אחרונות, 2000, עמ' 355-361.

פעולת הסיכול הממוקד הראשונה במתכונתה זו התרחשה סמוך לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה. בבוקר 9 בנובמבר 2000 נורה טיל ממסוק קרב לעבר חוסיין עביאת, פעיל תנזים של הפתח מבית סאחור שליד בית לחם, פגע בו והרגו.⁶ בתקיפה זו נהרגו גם שתי עוברות אורח. הסוגיה המוסרית של הפגיעה בבלתי מעורבים בשיטת פעולה זו הומחשה אפוא כבר מן האירוע הראשון. הביטוי למגמה החדשה ניתן מפיו של ראש הממשלה אהוד ברק, שצוטט לאחר התקיפה באומרו כי תקיפה זו היא "לא פעולה אלא מגמה, שמעמידה סטנדרט חדש לפעילות. מי שפוגע בנו, ייפגע".⁷ ככל הידוע, תקיפה זו לא הייתה מלווה בחוות דעת משפטית כלשהי, וה"לבוש" המשפטי נתפר רק לאחר ההחלטה והביצוע.

ההתנתקות בעביאת הייתה יריית הפתיחה, תרתי משמע, לשיטת פעולה שנקראה מאז "סיכול ממוקד". תכלית הפעולה היא הרג מכוון, על ידי המדינה, של מי שהיא רואה בו מחבל שאינו זכאי להגנה על פי כללי המשפט הבינלאומי, ובלבד שאין דרך סבירה להביא למעצרו. זהו תהליך סדור ומובנה, כמעט בירוקרטי, שבו מתקיים שיתוף פעולה מודיעיני ומבצעי בין צה"ל לשב"כ. באופן סכמטי, תהליך "הסיכול הממוקד" מתחיל באיתור פעיל טרור שיש מידע ממשי על מעורבות ישירה שלו בהוצאה לפועל של פיגועים ועל כוונתו להוציא לפועל פיגוע קטלני. במקרה שנסללת האפשרות להביא למעצרו ואם המידע מצביע על כך שאין דרך לסכל את הפיגוע המתוכנן אלא בפגיעה באותו פעיל טרור, מתגבשת המלצה לפגיעה בו, והמלצה זו מובאת לאישורו של הדרג המדיני. משאשר הדרג המדיני את הפגיעה מתחיל שלב התכנון המבצעי ונקבעות ההתניות הקונקרטריות לביצוע. כאשר מתברר כי קיימת הזדמנות מבצעית בתנאים שנקבעו, הצבא מפעיל את הכלים המתאימים, לרוב כלי טיס או יחידות מיוחדות, במהלך מתוכנן ומכוון המשתדל לפגוע בפעיל וככל האפשר להימנע מפגיעה בבלתי מעורבים. זוהי התכנית הכללית שהתגבשה, וכך הוצאו לפועל רוב רובם של מבצעי הסיכול הממוקד בשנים שחלפו מאז הפגיעה בחוסיין עביאת. מאז חיסולו של עביאת בוצעו פעולות סיכול ממוקד רבות, ובמהלכן נהרגו מאות מחבלים פלסטינים

6 תנזים או תנטיים - ההתארגנות הצבאית של תנועת הפתח.

7 פליקס פריש ועלי ואקד, "ברק: מי שפוגע בנו ייפגע", ynet, 11.11.2000.

שהיו היעד לפגיעה, ומלבדם נהרגו במבצעים אלו עוד מאות פלסטינים בלתי מעורבים אשר לא היו היעדים למבצע ההתנקשות, אם כי היחס בין מספר הנפגעים הבלתי מעורבים לבין היעדים לסיכול ממוקד גדל מאוד במהלך השנים.⁸

הביטויים "סיכול ממוקד" ו"פגיעה מונעת" הם הביטויים השגורים לתבנית זו, בעיקר בפיהם של אנשי כוחות הביטחון. גורמים אחרים יכנו אותה בדרך כלל בשמות אחרים, לדוגמה "התנקשות" או "חיסול", "targeted killings", וכיוצא באלה שמות, המבטאים התנגדות לשיטת פעולה זו. הוויכוח בין התומכים למתנגדים קשור לשאלות של מדיניות, משפט ומוסר הכרוכות אלה באלה לבלי הפרד.

מצדדיה של דרך פעולה זו רואים בה הכרח בל יגונה ושיטה יעילה להתמודדות עם איומי טרור מוחשיים שאי אפשר לבלום בדרך אחרת. יתרונה המוסרי הוא בשיבוש וסיכול המזימה להוציא לפועל פיגועי טרור כנגד אזרחים או חיילים באמצעות פגיעה מדויקת במחבלים, וככל הניתן – בהם בלבד. נוסף על כך, סיכול ממוקד הוא פעולה מתוחמת ומובחנת שפגיעתה בבלתי מעורבים נמוכה בהרבה משיטות פעולה צבאיות אחרות, הכרוכות בדרך כלל במספר נפגעים גדול הרבה יותר, ובוודאי בניגוד לטרור, שפועל כמעט על פי הגדרה בצורה לא מובחנת. יתרון אחר הוא ששיטת פעולה זו יוצרת הרתעה ושיבוש של פעילות היריב, מעצם הצורך של פעילי הטרור להקדיש מאמצים ואמצעים להגנה על עצמם.

מבקריה של דרך פעולה זו רואים בה הוצאה להורג ללא משפט, וככזו פעולה לא חוקית ולא מוסרית, המנוגדת למשפט הבינלאומי. חיצי ביקורת מכוונים גם אל הסודיות המובנית בתהליך, המונעת מהציבור את היכולת לבקר באופן אמיתי את פעולת הרשויות, ובכך נמנעות השקיפות והאחריותיות (accountability), החיוניות לביטחון הציבורי הנחוץ. כמו כן, יש הרואים בה פעולה העלולה לשמש לקידום מטרות זרות, כגון מטרות פוליטיות, או תוצאה של מניעים אישיים של פוליטיקאים או של אנשי ביטחון בכירים.

8 מערכת הביטחון אינה מפרסמת נתונים רשמיים בנושא. ראו Amos Harel, "Pinpoint Attacks on Gaza More Precise," *Haaretz*, December 30, 2007

המסגרת המשפטית לביצוע פעולות סיכול ממוקד

זמן לא ארוך אחרי חיסולו של עביאת, בדצמבר 2000, חוסל מפגיעת צלפים פעיל תנזים בשם ת'אבת ת'אבת כאשר יצא מביתו בטול כרם, לא רחוק מהגבול עם ישראל. אלמנתו סיהאם ת'אבת

הגישה עתירה לבג"ץ בדרישה לעצור את מדיניות "ההוצאה להורג ללא משפט", וכן טענה כנגד ההצדקה הקונקרטית לפגיעה בת'אבת, אשר תואר בעתירה כפעיל שלום שהשתתף פעמים רבות בפעילות משותפת עם פעילי שלום ישראלים. עוד נטען בעתירה שבמאמץ סביר היה אפשר לעצור את החשוד. עתירה זו אוחדה עם עתירה שהגיש באותו עניין חבר הכנסת מוחמד ברכה.⁹

בית המשפט העליון דחה את העתירה בהחלטה לקונית במיוחד ופסק כי "ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בהם".¹⁰ כך, במילים ספורות, קיבל בית המשפט העליון את טענת "חוסר השפיטות" שהעלתה המדינה, ביכר להימנע כליל מלהיכנס לגופו של עניין ודחה את העתירה. יש לזכור כי פסק הדין ניתן בינואר 2002, בעיצומו של גל פיגועי טרור ששטף אז את ישראל, וסביר להניח כי בית המשפט לא אבה להיראות כמי שפוגע במאמצים של כוחות הביטחון להתמודד עם פיגועי ההתאבדות שאיימו על הביטחון ועל תחושת הביטחון של אזרחי המדינה. סיהאם ת'אבת הגישה עתירה נוספת לבג"ץ, ובה דרשה מהיועץ המשפטי לממשלה להורות על פתיחת חקירה בעניין נסיבות הריגתו של בעלה.¹¹ במקביל, בינואר 2002 הגיש הוועד נגד עינויים עתירה עקרונית בעניין מדיניות הסיכול הממוקד,¹² ובית המשפט החליט כי עתירתה השנייה של סיהאם ת'אבת תידון עם העתירה העקרונית בנושא.

הדיונים המשפטיים בעתירה העקרונית כנגד מדיניות הסיכול הממוקד נמשכו שנים ארוכות, עד לפסק דין שניתן בדצמבר 2006. במשך כל אותן שנים, שנות

9 בג"ץ 192/01, ד"ר סיהאם תאבת נ' ראש הממשלה ושר הביטחון; שאוחד עם בג"ץ 5872/01, ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו (1) 3.

10 בהרכב השופטים מצא, חשין ולוי. שם.

11 בג"ץ 474/02, סיהאם תאבת נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנוב, 2011).

12 בג"ץ 769/02, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', סב (1) 507.

האינתיפאדה השנייה, התרחשו פיגועי טרור רבים ורצחניים ונהרגו בהם מאות ישראלים. כחלק מהמאבק בטרור האלים בוצעו בשנים אלו עשרות רבות של מבצעי סיכול ממוקד. הצבא התבסס בפעולות אלו על חוות דעת משפטית של הפרקליט הצבאי הראשי ושאותה אימץ היועץ המשפטי לממשלה, והשב"כ פעל על בסיס חוות דעת משפטיות פנימיות ונהלים אשר תרגמו את הכללים לדרך פעולה מבצעית. בהתאם לכך עוצבו תהליכי העבודה שלפיהם פעלו צה"ל והשב"כ. חוות דעת אלו התוו כללי מותר ואסור בהסתמך על עקרונות המשפט הבינלאומי – עקרונות שהיו הבסיס לתשובת המדינה בעתירה העקרונית שהמשיכה להידון לפני בית המשפט העליון.

במסגרת ההתמודדות עם העתירה העקרונית כנגד מדיניות הסיכול הממוקד החליטה המדינה, בתחילת הדרך, לחזור על טענת חוסר השפיטות וביקשה מבית המשפט לסלק את העתירה על הסף.¹³ ואולם, לאחר שבית המשפט קבע כי על המדינה להתייחס לגופם של דברים,¹⁴ נמנעה המדינה בהמשך הדיונים מלחזור על טיעון חוסר השפיטות, ובסופו של דבר ביכרה את בירור העניין לגופו.¹⁵ יש לזכור כי הימנעות מלברר את הסוגיה בבתי המשפט בישראל הייתה עלולה לגרור את המדינה להתדיינויות בנושא בטריבונלים זרים, שהיו עלולים לקבוע כי חלה כאן דוקטרינת "הסמכות האוניברסלית" הקיימת במשפטן הפנימי של מדינות רבות בעניין טענות על פשעי מלחמה, וניצנים למגמה זו החלו להופיע כבר אז.¹⁶

ביולי 2002 בוצעה פעולת הסיכול הממוקד המהדהדת ביותר כנגד מי שנחשב באותה תקופה למפקד הזרוע הצבאית של החמאס, צלאח שחאדה, על ידי הטלת פצצה במשקל של טונה ממטוס לעבר הבית שבו זוהה שחאדה. נוסף לשחאדה ולפעיל חמאס אחר ששהה עימו, נהרגו בפעולה זו 14 אנשים שלא היו יעד לפגיעה, בהם אשתו של שחאדה ובתו, ועשרות נפצעו. לפני פעולה זו וגם לאחריה

13 חגובה מטעם המדינה מיום 20.3.2002.

14 בג"ץ הוועד נגד עינויים (לעיל הערה 12), החלטה מיום 18.4.2002.

15 ראו שם, האמור בסעיף 9 לפסק הדין של הנשיא ברק; ולגבי טענת השפיטות בכלל – שם, סעיפים 47-54.

16 במדינות רבות – בהן בלגיה, בריטניה, ספרד, הולנד וניו זילנד – היו ניסיונות לתביעות ולהוצאת צווי מעצר כנגד בכירים ישראלים בטענה שיש להפעיל את הסמכות האוניברסלית.

לא היה עוד מבצע סיכול ממוקד שגבה מספר כה גדול של הרוגים ופצועים בלתי מעורבים. הפעולה עוררה ויכוח חריף גם בתוך מערכת הביטחון, בין היתר עקב התבטאות אומללה של מפקד חיל האוויר דאז, דן חלוץ, בריאיון למוסף "הארץ", בעניין "מכה קלה באירון", שלדבריו ממצה את תחושותיו כאשר הוא משחרר פצצה מכנף המטוס.¹⁷ בעיני רבים הייתה התבטאות זו סמל לאטימות מוסרית ואחד המניעים לסרבנות של טייסים מספר בחיל האוויר.¹⁸

בעקבות ההתנקשות בשחאדה פנו יואב הס ותנועת יש גבול אל הפרקליט הצבאי הראשי ואל היועץ המשפטי לממשלה בדרישה לפתוח בחקירה פלילית בעניין נסיבות הפגיעה בשחאדה. לאחר שהשניים – הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה – סירבו לדרישה, הגישו יואב הס ותנועת יש גבול עתירה לבג"ץ בדרישה להורות ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט הצבאי הראשי לפתוח בחקירה פלילית בעניין חוקיות הסיכול הממוקד והפגיעה בצלאח שחאדה.¹⁹ כמו בעתירת סיהאם ת'אבת, גם במקרה זה קבע בית המשפט העליון כי הדיון בעתירה זו יושהה עד להחלטה בעתירה העקרונית בעניין הסיכול הממוקד שהגיש הוועד נגד עינויים.²⁰

זמנו של פסק הדין העקרוני בנושא חוקיות הסיכול הממוקד הגיע בדצמבר 2006, קרוב ל-5 שנים לאחר הגשת העתירה העקרונית בנושא. פסק הדין ניתן מאת ההרכב הבכיר של בית המשפט העליון, בראשות הנשיא היוצא ברק,

17 בריאיון לורד לוי-ברזילי במוסף הארץ, 24.8.2002, צוטט חלוץ באומרו:

אם את בכל זאת מאוד רוצה לדעת מה אני מרגיש כשאני משחרר פצצה, אז אני אומר לך: אני מרגיש מכה קלה באירון, כתוצאה משיחרור הפצצה. כעבור שנייה זה עובר, וזה הכל. זה מה שאני מרגיש.

18 "מכתב הטייסים" הוא מכתב שחתמו עליו 27 אנשי צוות אוויר בחיל האוויר שעיקרו סירוב להשתתף בתקיפת מטרוח באזורים מאוכלסים בשטחים. בין היתר נכתב בו:

אנחנו, שחונכנו לאהוב את מדינת ישראל ולתרום למפעל הציונות, מסרבים לקחת חלק בתקיפות חיל האוויר במרכזי אוכלוסייה אזרחית. אנחנו, שצבא ההגנה לישראל וחיל האוויר הם חלק בלתי נפרד מאיתנו, מסרבים להמשיך ולפגוע באזרחים חפים מפשע.

"טייסי חיל האוויר במילי: לא נתקוף בשטחים", ynet, 24.9.2003. בעניין זה ראו יפתח ספקטור, רם וברור, תל אביב: ידיעות אחרונות, 2008.

19 בג"ץ 8794/03, יואב הס ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' (פורסם בנבו, 2008).

20 החלטה מיום 22.3.2004.

הנשיאה הנכנסת ביניש והשופט ריבלין. זהו פסק דין מכונן, תקדימי, שקשה להפריז בחשיבותו, ובו נקבעו בפעם הראשונה כללי המותר והאסור המשפטיים שבמסגרתם רשאים כוחות הביטחון לפעול בתחום רגיש זה. בכך הוסרה עננת חוסר הוודאות שריחפה מעל התפיסה המשפטית והמבצעית שמכוחה התקבלו ההחלטות לפעול במבצעים רבים של סיכול ממוקד, ונושא סבוך זה זכה לבהירות רבה יותר, בוודאי מבחינה משפטית.

7.3

משמעות פסק הדין בעתירה העקרונית בעניין חוקיות הסיכול הממוקד

קביעותיו העיקריות של בית המשפט בפסק הדין היו כדלקמן.

7.3.1. ביצוע פעולת סיכול ממוקד מותנה במצב של עימות מזוין ומוגבל לאזור העימות המזוין

בית המשפט העליון קבע כי המסגרת המשפטית הכללית של פעולת הסיכול הממוקד נגזרת מטיבו של העימות שישראל מצויה בו, שהוא "עימות מזוין" (armed conflict).²¹ בית המשפט הגדיר את גבולותיו הגאוגרפיים של העימות המזוין כפי שהיו בעת מתן פסק הדין ליהודה, שומרון ורצועת עזה.²² עולה מכך כי לכאורה אין לפעול בסיכול ממוקד מחוץ לאזור שבו מתקיים בפועל עימות מזוין, ונראה כי כיום עימות זה מתקיים בעיקר מול רצועת עזה.

קביעה זו שבפסק הדין מצביעה על פער מול תפיסתן של מדינות אחרות, בראשן ארצות הברית. על פי התפיסה האמריקאית, פעולות של סיכול ממוקד (lethal action against designated terrorist targets) מבוצעות דווקא מחוץ לאזורי

21 בג"ץ הוועד נגד עינויים (לעיל הערה 12), סעיף 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

22 שם, סעיף 18 לפסק דינו של הנשיא ברק; סעיף 2 לפסק דינו של השופט ריבלין.

הלחימה הפעילים, שכן באזורים אלו המסגרת המשפטית והוראות הפתיחה באש שונות.²³ ארצות הברית רואה בעימות עם ארגוני הטרור, כמו אל-קאעידה והמדינה האסלאמית, עימות גלובלי, המצדיק מבחינה משפטית פגיעה בטרוריסטים גם מחוץ לאזורים פעילים של עימות מזוין.²⁴ ברומה לכך, גם ממשלת בריטניה קבעה כי מבחינה עקרונית פעולות של סיכול ממוקד יכולות להתבצע, בתנאים מסוימים, גם באזורים שלא מתנהל בהם עימות מזוין פעיל.²⁵

מנגד, יש הטוענים כי ביצוע פעולות סיכול ממוקד בעת שלום בשטחה של מדינה אחרת עלול להיות עבירה של תוקפנות, המוגדרת "שימוש בכוח חמוש כנגד ריבונותה, שלמותה הטריטוריאלית ועצמאותה המדינית של מדינה אחרת או פגיעה בכל אלו בדרך אחרת",²⁶ והיא אסורה גם לפי אמנות בינלאומיות אחרות.²⁷

נראה כי הגלובליות של איום הטרוריות, במיוחד לנוכח כך שקיימות "מדינות כושלות" (failed states) שאינן יכולות או רוצות להתעמת עם פעילי טרור הפועלים בשטחן, עשויה להצדיק את הגישה שאין לכבול את ידיה של מדינה לנוכח איום טרור ממשי וחמור העלול להיות מופעל כלפיה גם מחוץ לאזורים של

Presidential Policy Guidance (PPG), *Procedures for approving direct action against terrorist targets located outside the United States and areas of active hostilities*, May 22, 2013

Attorney General Eric Holder Speaks at Northwestern University School of Law, Chicago, U.S. Department of Justice, March 5, 2012

Jeremy Wright, Attorney General's Speech at International Institute for Strategic Studies, "The Modern Law of Self-defence", lecture, 60V.UK, January 11, 2017

"Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition". G.A. Res. 3314, Art. 1

27 ראו קרמניצר (לעיל הערה 2). עולה (שם, עמ' 13) כי האיטור מבוסס על אמנה ניו יורק בדבר מניעת פשעים כנגד אנשים הזכאים להגנה בינלאומית וענישה עליהם, העוסקת בעיקר בהגנה על דיפלומטים ואנשי ממשל, וכן על אמנות אזוריות (אמנה אפריקאית ואמנה אירופית). נוסף על כך אפשר ללמוד על האיטור מהאמנות הקובעות כי רצח הוא עבירה בת הסגרה.

סכסוך מזוין פעיל, והבסיס המשפטי לעמדה של ארצות הברית ובריטניה בעניין זה מאפשר לאמץ גישה עקרונית זו גם בישראל.

7.3.2. המשטר
המשפטי החל על פעולת סיכול ממוקד
 כנגזרת מכך שהמצב שבמסגרתו הדיון מתקיים מוגדר "עימות מזוין", בית המשפט קובע כי המשטר המשפטי החל עליה מורכב מדיני ניהול הלחימה (jus in bello), לרבות דיני התפיסה הלוחמתית, שאותם משלים משפט זכויות האדם הבינלאומי.²⁸ רובד משפטי נוסף הוא דיני המשפט המינהלי הישראלי, החלים על עובדי ציבור (לרבות חיילי צה"ל ואנשי השב"כ) הפועלים מטעם מדינת ישראל,²⁹ ומשמעותם העיקרית לענייננו היא שמכוח כללי המשפט המינהלי בעלי התפקידים הפועלים מטעם מדינת ישראל בהוצאה לפועל של פעולת סיכול ממוקד מחויבים לנהוג בסבירות על פי כללים והנחיות פנימיות מתאימות ובלא שיקולים זרים.

המסגרת המשפטית הכללית של המלחמה בארגוני הטרור היא אפוא המסגרת של דיני העימות המזוין, ומכאן שמדובר בענף של המשפט הבינלאומי הדין ב"סכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי".³⁰ את כללי המשפט הבינלאומי הרלוונטיים לעימות המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור אפשר ללמוד מהמקורות בעניין עימות מזוין בין צבאות. על עימות כזה חלות, בין היתר, אמנות האג משנת 1899 ומשנת 1907,³¹ שלהוראותיהן יש מעמד של משפט בינלאומי מנהגי,³² וכן אמנת ז'נווה הרביעית.³³ יש לציין כי ישראל היא צד לאמנה זו, ואף שהיא לא אומצה במפורש

28 פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק, בחוך בג"ץ הוועד נגד עינויים (לעיל הערה 12).

29 שם.

30 שם, פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

The Hague Conventions of 1899 (II) and 1907 (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land

32 היינו, הן חלק מהמשפט של ישראל בלי צורך בקליטה מפורשת באמצעות חקיקה.

Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949

בחקיקה הישראלית, הוראותיה המנהגיות מחייבות את המדינה מבחינה משפטית. נוסף על כך דיני העימות המזוין הבינלאומי מעוגנים בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נווה.³⁴ גם במקרה זה, אף שישראל אינה צד לפרוטוקול זה והוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלית, הרי שההוראות בפרוטוקול הראשון שיש להן תוקף מנהגי הן בעלות כוח מחייב גם במשפטנו.

משמעות הדברים היא שהעקרונות הבסיסיים של המשפט הבינלאומי, ובהם עקרונות ההבחנה והמידתיות, שבסיסם הוא איזון בין השיקולים הצבאיים לשיקולים ההומניטריים, מחייבים את מדינת ישראל, כצד לסכסוך, במלחמתה בטרור.

7.3.3. יישום עקרון ההבחנה על הכללים בעניין פעולת סיכול ממוקד
 עקרון ההבחנה שבין לוחמים ומטרות צבאיות, שהם יעד לגיטימי לפגיעה צבאית, לבין אזרחים ומטרות אזרחיות, שבהם אסור לפגוע,³⁵ הוא עקרון יסודי, באשר המשפט הבינלאומי רואה באזרחים ובמטרות אזרחיות מוגנים מפני פגיעה.

מכאן החשיבות הגדולה של ההבחנה בין מי שמותר לפגוע בו במסגרת העימות המזוין לבין מי שאסור בתכלית האיסור לפגוע בו, בוודאי לא בכוונת מכוון.

נוסף על כך, גם כאשר מדובר במטרות צבאיות המשפט הבינלאומי קובע הגבלות על דרכי הפגיעה המותרות.³⁶ למשל, אסור להשתמש בכלי נשק מסוימים, כמו כדורי דום-דום, נשק כימי או ביולוגי ועוד הגבלות, ואסור להשתמש בשיטות לחימה מסוימות, למשל התחזות לכוח רפואי לשם הסתוות לקראת תקיפה. בכפוף

34 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Protocol I, 1977

35 פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא ברק בחוק בג"ץ הוועד נגד עינויים (לעיל הערה 12).

להגבלות אלו, שאוסרות על פגיעה בשיטות הנקראות במשפט הבינלאומי "דרכים בוגדניות"³⁷, פגיעה במטרות צבאיות ובלוחמים מותרת בעת עימות מזוין.

לשם יישום של עקרון ההבחנה נדרש בית המשפט העליון להכריע בשאלת הסיווג של מחבלים, היינו אם הם בבחינת לוחמים, שמותר לפגוע בהם, או אם הם אזרחים, שהפגיעה בהם אסורה, והבחנה זו עומדת במרכז הדיון שבפסק הדין. בית המשפט קבע לעניין זה כי המעמד של מחבלים הוא של "לוחמים בלתי חוקיים"³⁸ – היינו אין מדובר בלוחמים, באשר אין הם משתייכים לצבא, אינם נושאים סממנים חיצוניים של לוחמים, כמו מדים ונשק, ואינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה. לפיכך נקודת המוצא היא שמחבלים וטרוריסטים הם אזרחים, אולם בעת שהם נוטלים "חלק ישיר" במעשי האיבה הם הופכים ליעד לגיטימי לפגיעה צבאית. התוצאה היא שמצד אחד אין להם מעמד של לוחמים לעניין הזכאות להיחשב כשבויי מלחמה, וניתן להעמידם לדין בגין פעולות שהשתתפו בהן, ומצד אחר בעת שהם נוטלים "חלק ישיר" בפעולות האיבה הם מאבדים את חסינותם כאזרחים.³⁹ לעניין זה "מעשי איבה" (hostilities) עשויים לכלול פעולות הן כנגד כוחות צבאיים והן כנגד אזרחים.⁴⁰

בית המשפט מפרק את ההגדרה שלפיה אזרח מאבד את חסינותו "בעת נטילת חלק ישיר במעשי האיבה" למרכיביה: לעניין השאלה מה ייחשב כנטילת "חלק ישיר" (direct) במעשי האיבה נקבע כי בהגדרה זו ייכללו, בין היתר, פעולות כדוגמת מי שנושא נשק והוא בדרכו למקום שבו ישתמש בנשק, או בעת שהוא משתמש בו בפועל במהלך פעולות איבה או כאשר הוא בדרכו חזרה לאחר השימוש בנשק, וכן מי שאוסף מידע על הצבא, או מי שמוביל את מי שישתתפו במעשי האיבה אל מקום הפעולה, מי שמפקד או מפקח על הפעילות, מנהל אותה

37 סעיף 37 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נווה מיום 12.8.1949.

38 פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא ברק בתוך בג"ץ הוועד נגד עינויים (לעיל הערה 12).

39 ראו פסקאות 24-32 לפסק דינו של הנשיא ברק, שם. וראו גם פסקאות 12-14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש בתוך ע"פ 6659/06, פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד טב (4) 329, העומדת על מעמדם של לוחמים בלתי חוקיים ונקיטת האמצעים כנגדם (חיסול ממוקד או מעצר), בהתאם לפעולותיהם.

40 פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק, בג"ץ הוועד נגד עינויים (לעיל הערה 12).

או נוטל חלק פעיל בהוצאתה לפועל.⁴¹ כל אחת מהפעולות הללו נכללות בהגדרת "נטילת חלק ישיר במעשי האיבה" ולפיכך יביאו להסרת ההגנה המוקנית לאזרח ממי שמשותף בביצוען. בית המשפט מדגיש כי אין מדובר ברשימה סגורה, אלא הפונקציה של הפעילות היא שתקבע את התשובה לשאלה אם באותו מקרה מדובר במי שנוטל "חלק ישיר" בפעולות האיבה.

לעומת זאת פעולות שאינן נחשבות כ"נטילת חלק ישיר בפעולות האיבה" הן, למשל, תמיכה כללית בפעולות האיבה, הפצת תעמולה התומכת במבצעים, סיוע בניית או אסטרטגי או תמיכה לוגיסטית-כללית, וכן מכירת מזון או תרופות ללוחמים בלתי חוקיים. מי שיפעל בקטגוריה זו לא יאבד את חסינותו כאזרח מפני פגיעה צבאית.⁴² גם כאן אין מדובר ברשימה סגורה, באשר הסיווג נובע משאלת הפונקציה המהותית של הפעולה. יש להדגיש כי הדיון בעניין זה נוגע אך ורק בשאלת הלגיטימיות של ביצוע פעולת סיכול ממוקד, ובכל מקרה מי שמסייע לפעולות איבה ניתן להעמידו לדין בשל כך, גם אם הוא חסין מפני פגיעה צבאית ישירה.

בית המשפט נדרש גם לשאלת מעמדם של אזרחים המהווים מגן חי לטרוריסטים, וקבע כי מי שמחבלים הכריחו אותו לשמש כמגן חי אינו מאבד את מעמדו כאזרח הזכאי להגנה ולכן זכויותיו לא נפגעות, אולם מי שמתנדב לשמש כמגן חי למחבלים ייחשב כמי ש"נוטל חלק ישיר" בפעולות האיבה ולכן מאבד את חסינותו מפגיעה.⁴³

קביעה זו אינה מובנת מאליה. אחד המקרים שתפיסה זו הוחלה בו הלכה למעשה ובתכנון מראש היה הפעולה כנגד צלאח שחאדה – אז היה ברור וידוע כי אשתו, שלא הייתה פעילת טרור בעצמה, נמצאת עימו בכל שעות היממה ומהווה, למעשה, מגן חי מרצון. ההחלטה לביצוע הסיכול התקבלה חרף הידיעה שקרוב לוודאי אשתו תיהרג בפעולה, וכך אכן אירע. למעט סוג מקרה כזה, קיימת, ככלל, רתיעה מלפגוע במגינים חיים, גם אם הם נמצאים שם מרצון. זאת ועוד, שאלת הרצון של מי שמצוי בסביבה שבה הלחץ החברתי להביע סולידריות עם המחבלים

41 שם, פסקאות 34-35.

42 שם, פסקה 35.

43 שם, פסקה 36.

גדול אינה תמיד פשוטה וברורה, כך שהפרקטיקה שלפיה הצבא נמנע ככלל מלפגוע במגינים חיים, גם אלה הנמצאים במקום מרצון, היא נכונה וראוי לדבוק בה ככל האפשר.

שאלה אחרת נוגעת לתיחום פרק הזמן שבו אותם אזרחים נמצאים במעמד של לוחמים בלתי חוקיים, במילים אחרות, מהו משך הזמן שבמסגרתו אפשר לראות אותם כמי שנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה ולכן כמטרה צבאית לגיטימית. תיחום זמנים זה הוא סוגיה קשה, ובית המשפט מנסה בפסק דינו לקבוע את אמות המידה לגבולותיו. גם כאן אין מדובר ברשימה סגורה. למשל, בית המשפט קובע כי מי שנוטל חלק ישיר במעשי איבה באופן חד-פעמי או ספוראדי, ולאחר מכן מנתק את עצמו מהפעילות, חוזר בכך למעמד של אזרח המוגן מפני תקיפה צבאית, ואין לתקוף אותו בגין הפעילות שנטל בה חלק בעבר.⁴⁴ מצד אחר, מי שהצטרף לארגון טרור ומבצע שרשרת של מעשי איבה, חסינותו מפגיעה ניטלת ממנו גם בתקופות שבין הפעולות, שכן אין הן אלא "דלת מסתובבת", ומכאן שפרקי הזמן המוקדשים להתכוננות לביצוע פעולות איבה נוספות אינם מקנים לאותו אדם חסינות, ולכן ניתן לפגוע באותו אדם גם בפרקי זמן אלו.⁴⁵

אחד העקרונות החשובים שבית המשפט משמר במסגרת השיקולים של רשויות הביטחון בבואן להחליט אם לבצע פעולת סיכול ממוקד הוא עקרון המידתיות, שהוא עיקרון הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט הישראלי הפנימי. מעקרון

המידתיות נובעת החובה לנקוט צעד שפגיעתו פחותה ככל האפשר, ובראש ובראשונה העדפת מעצר, אם ניתן, על פני סיכול ממוקד.⁴⁶ מעקרון המידתיות נובעת גם החובה לקיומו של יחס ראוי בין הצורך הצבאי לבין הנזק שעלול

7.3.4. אופן יישום העקרונות המשפטיים הכלליים על ביצוע פעולות סיכול ממוקד

44 שם, פסקה 39.

45 שם, פסקה 40.

46 שם.

להיגרם לאזרחים לא מעורבים בפעולת סיכול ממוקד.⁴⁷ החלת עיקרון זה חשובה במיוחד, שכן בפעולות כאלה, אשר במקרים רבים מתרחשות בסביבה מאוכלסת בצפיפות, עלולים להיפגע אזרחים תמימים השוהים בקרבת מקום. לפיכך פגיעה בהם, המכונה לעיתים "אובדן נלווה" (collateral damage) לפגיעה ביעד של סיכול ממוקד, חייבת לתאום את עקרון המידתיות. כך, כאשר מדובר באזרחים המתגוררים או עובדים בתוך יעד המשמש מטרה צבאית לגיטימית, וכך באירוע אחר שבו אפשר לצפות מראש שייתכן שייפגעו ממנו גם אזרחים תמימים.

כפי שבית המשפט מציין, זהו מבחן ערכי ממדרגה ראשונה, ונקודת האיזון אינה ניתנת לכימות מראש. לא בכדי נמנע בית המשפט, כפי שנמנעו גם טריבונלים אחרים, למשל ועדת הבדיקה לעניין הפגיעה בצלאח שחאדה, מלקבוע סרגל או אמת מידה ברורה למציאת נקודת האיזון, כאשר חוץ ממקרי הקיצון קשה לקבוע מסמרות לאיתורה. לכן בית המשפט מסתפק בקביעת "מתחם" שבתוכו ההכרעה תהיה של הגורמים המחליטים ברשות המבצעת.⁴⁸ בית המשפט קובע כי נקודת המוצא של "הצורך הצבאי" משפיעה מאוד על נקודת האיזון ולפיכך יש לברר היטב את התכלית הצבאית של הפעולה ולוודא כי תכלית זו היא ממשית וקונקרטיית.⁴⁹

כדי שיהיה אפשר להבטיח כי הכללים יופעלו הלכה למעשה, נקבעו בפסק הדין התניות למבצעי סיכול ממוקד. ראשית, נובע ממבחני המידתיות שיש לבחון תמיד אם אפשר להשתמש באמצעי שפגיעתו פחותה, כגון מעצר, שכן מדינת חוק דמוקרטית חייבת להעדיף תמיד העמדה לדין על פני שימוש בכוח. השאלה הנגזרת מכך היא איזה סיכון לביטחונם של חיילי צה"ל אפשר לדרוש מהמדינה ליטול בכוחה לשקול מעצר של חשוד ואיזה סיכון ייחשב לסיכון לא סביר. זוהי שאלה קשה, מבחינה מוסרית ומשפטית, אין לה פתרון חד, וניטשת סביבה מחלוקת.⁵⁰ מכל מקום, קשה לקבל את התפיסה שאין לסכן בשום אופן

47 שם, פסקאות 45-46.

48 שם, פסקה 58.

49 "ישירה וצפויה", בלשון פסק הדין. שם, פסקה 46.

50 לדוגמאות ראו אליאב שוחטמן, סיכון חיילי צה"ל לשם מניעת פגיעה באזרחי אויב בשולי מבצע "חומת מגן", נייר עמדה 151, שערי תקווה: מרכז אריאל למחקרי מדיניות,

את חיילי צה"ל, היא המחיר בחייהם של אזרחי האויב אשר יהא. למדינה יש אחריות מוסרית ומשפטית כלפי חייהם של אזרחים תמימים, גם אם הם נתיני האויב. נראה כי גישתם של מלומדים כמו וולצר והלברטל משקפת את האיזון הנכון, היינו: אמת המידה לסיכון אזרחי האויב צריכה להיות דומה לאמת המידה שיש לנקוט על מנת שלא לסכן את אזרחי מדינתך שלך, ולפי אמת מידה זו יש לבחון ולשקול את סבירות הסיכונים במעצר לעומת הסיכון לחיי אזרחים בעקבות פעולת סיכול ממוקד זה מול זה.⁵¹

מובן שהתוצאה המשפטית שבית המשפט מגיע אליה, בוודאי בכל הנוגע לפגיעה אפשרית באזרחים תמימים, מחייבת את הרשויות הנוגעות בדבר – צה"ל, השב"כ והדרג המדיני המאשר את הפעולות – ליישם את עקרון המידתיות, אולם אין בכך כדי לפטור את הגורמים המחליטים מלעסוק גם בהיבט המוסרי ובמחיר החברתי של החלטה כזו. לשם השוואה, בעוד מדינת ישראל דבקה ככלל באיזון שהתווה בית המשפט העליון המתבסס על עקרון המידתיות, עם כל הבעייתיות ביישומו של עיקרון זה, מדינות אחרות קבעו רף אחר, הקרוב יותר לאיסור להוציא לפועל מבצע סיכול ממוקד אם יש סבירות של קרוב לוודאי שייפגעו בו אזרחים תמימים.

עיקרון נוסף העולה מפסק הדין הוא החובה להחליט על ביצוע פעולה רק על סמך מידע מבוסס ו"כדוק ביותר",⁵² בשל הדרסטיזציה הטבועה בפעולת הסיכול הממוקד. היינו נדרשת מן הרשויות (צה"ל והשב"כ) לבחון את המידע בחינה קפדנית ויסודית, ולוודא שהוא עדכני, מלא וכולל את כל הפרטים הרלוונטיים.

2002: עמוס ידלין ואסא כשר, "האתיקה הצבאית של הלחימה בטרור: עקרונות ונימוקים", מאזני משפט ו (2007), עמ' 387; אבישי מרגלית ומייקל וולצר, "כך לא מנהלים מלחמה צודקת", הארץ, 8.4.2009; רועי קונפנינו ומרדכי קרמניצר, "לגיטימיות הפגיעה בחפים מפשע במלחמה האחרונה בעזה: הערה על קדימות מוסרית, סיכון ורוח צה"ל", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 26.7.2009; משה הלברטל, "אתגרים מוסריים בלחימה אי-סימטרית", משפט ועסקים יז (2014), עמ' 505-541; אסא כשר ועמוס ידלין, "חיי אדם בלחימה בטרור: חגובות על המאמר 'דילמת הסיכון' של מייקל וולצר", משפט ועסקים יז (2014), עמ' 171-186; עידית שפרן-גיטלמן, "על החובה לסכן חיילים על מנת להימנע מפגיעה באזרחי האויב", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 13.7.2017.

51 הלברטל (לעיל הערה 50), עמ' 505-541; מרגלית וולצר (לעיל הערה 50). גם קונפנינו וקרמניצר תומכים בה (לעיל הערה 50).

52 בג"ץ הוועד נגד עינויים (לעיל הערה 12), פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

תנאי אחר שנקבע בפסק הדין הוא שאם בתקיפה נפגעו אזרחים שאינם מעורבים במעשי האיבה, חובה לנקוט בדיעבד בדיקה יסודית, עצמאית ואובייקטיבית,⁵³ על מנת לוודא כי התקיפה בוצעה כלפי מי שעומד בתבחינים שנקבעו ולהפיק לקחים מתאימים אם לא כך אירע.

לסיכום חלק זה, קשה להפריז בחשיבותו של פסק הדין בעניין הסיכול הממוקד, הן בהיותו פורץ דרך בקביעת כללי המותר והאסור בתחום סבוך זה והן ביצירת התשתית המבצעית והמשפטית – שמצד אחד מאפשרת למדינת ישראל ללחום ביעילות בטרור, ומצד אחר קובעת סייגים והתניות במישור הערכי וגם במישור האופרטיבי. למקרא פסק הדין, שאישר את התפיסה שבאורה פעלו גורמי הביטחון, ניתן היה לשמוע את אנחת הרווחה אצל הגורמים המבצעיים והמשפטיים שעסקו בנושא במערכת הביטחון, לאחר שבמשך שנים פעלו בלא כל ודאות באשר ליציבות הקרקע המשפטית שצעדו עליה.

למותר לציין כי השב"כ וצה"ל מילאו ברוקנות את האמור בפסק הדין. עם זאת, בשנים שחלפו, ולאור הניסיון שהצטבר הן בישראל והן במדינות שפעלו בצורה דומה, נראה כי יש מקום להוסיף פעולות וצעדים בתחום כללי המידתיות, בתחום השקיפות והאחריותיות ובתחומים אחרים המפורטים להלן על מנת לחזק את הבסיס הציבורי ואמות המידה המוסריות של פעולות הסיכול הממוקד.

7.4

מקרה מבחן: הוועדה לבחינת הסיכול הממוקד ננגד צלאח שחאדה

את ההכרעה העקרונית של בית המשפט העליון בפסק הדין המונומנטלי בסוגיית הסיכול הממוקד היה צריך לפרוט מייד לפרקטיקות הפעולה הנגזרות מההכרעה המשפטית. כאמור לעיל, במהלך הדיון בעתירה בעניין הפגיעה

בצלאח שחאדה הסכימה המדינה להצעת בית המשפט לכונן ועדת בדיקה מיוחדת לבחינה של פעולת הסיכול הממוקד בשחאדה. בעקבות הסכמה זו מונתה ועדת בדיקה כאמור, בראשות הפרקליט הצבאי הראשי לשעבר צבי ענבר, ובהשתתפות

שני נציגים של מערכת הביטחון.⁵⁴ במהלך דיוני הוועדה צבי ענבר הלך לעולמו והוא הוחלף בשופטת בית המשפט העליון (בדימוס) טובה שטרסברג-כהן. במסגרת הדוח שפרסמה הוועדה בחודש פברואר 2011 נקבעו עקרונות הפעולה הקונקרטיים לעניין דרכי הפעולה בביצוע פעולות סיכול ממוקד, לרבות בעניין תפקידיו של שירות הביטחון הכללי וחובותיו, כדלקמן.⁵⁵

7.4.1. אחריות השב"כ וצה"ל בתכנון ובביצוע של פעולת סיכול ממוקד

מדוח ועדת שטרסברג-כהן עולה, ראשית, כי באופן סכמטי אפשר לחלק מבצעים של סיכול ממוקד לשני שלבים עיקריים שיש ביניהם רצף כרונולוגי. בשלב הראשון נבחר היעד לפעולה, במסגרתו מתרחש תהליך שבו נבחנת שאלת הלגיטימיות של תקיפת היעד בהתאם לכללים שהותוו בפסיקת בית המשפט העליון. בכפוף לאישור השלב הראשון שמדובר ביעד לגיטימי לפגיעה, מתקדם התהליך לשלב השני שהוא התכנון המבצעי, והוא נמשך עד לביצוע התקיפה.⁵⁶ בהתאם לחלוקה זו נקבעה גם אחריות הגופים השונים המשתתפים בייזום, בתכנון ובביצוע של מבצע סיכול ממוקד.

על פי קביעת ועדת שטרסברג-כהן, אחריות הגופים הנוטלים חלק בתהליך זה בכל אחד מהשלבים היא כדלקמן: השלב הראשון מתחיל בהמלצה של השב"כ למבצע סיכול ממוקד, בכפוף לכך שהמבצע נועד למנוע פעילות עוינת המאיימת על חיים של אזרחים או חיילים שאי-אפשר לסכלה בדרך אחרת. מכאן שהאחריות לייזום מבצע סיכול ממוקד היא של השב"כ,⁵⁷ שכן תמונת המצב המודיעינית המלאה, שממנה עולה הצורך המבצעי, מצויה בדרך כלל בידיו. משעלה הצורך בפעולת סיכול ממוקד על בסיס התרעה מודיעינית, תפקידו של השב"כ הוא

54 האלוף במיל' יצחק אימון ויצחק דר.

55 דוח הוועדה המיוחדת לבחינת פעולת סיכול ממוקד - צלאח שחאדה, 2011 (להלן: דוח ועדת שטרסברג-כהן).

56 ש, עמ' 25.

57 ש.

להעביר המלצה מנומקת לצה"ל ולדרג המדיני המפרטת את המידע המודיעיני שההמלצה מתבססת עליו, בכפוף לכך שטיבו של המידע הוא חד-משמעי, מעודכן, ברור ומהימן ברמה הגבוהה ביותר. המידע המודיעיני חייב להיות כזה שיש בו כדי לבסס את חוות הדעת המשפטית המצורפת להמלצה שמדובר ביעד לגיטימי לתקיפה.

לאחר קבלת ההמלצה של השב"כ, אחריותו של צה"ל היא לכרוך בדיקה עצמאית של טיב המידע המודיעיני וכן לבחון בחינה משפטית עצמאית נוספת של התאמת האמור בהמלצת השב"כ לכללים שנקבעו בעניין לגיטימיות הפגיעה ביעד. כבר בשלב זה על הצבא לבחון אם אי-אפשר באופן סביר לנקוט אמצעי אחר שפגיעתו פחותה, לאמור – אם לא ניתן לסכל או לשבש את פעילות הטרור שמבקשים למנוע באמצעים אחרים, כגון מעצר. רק אם שתי השאלות נענות בחיוב, כלומר שמדובר ביעד לגיטימי לפגיעה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי וכן שאי-אפשר, באופן סביר, לסכל את פעילותו באמצעי שפגיעתו פחותה, היינו במעצר, על צה"ל לצרף את המלצתו לביצוע סיכול ממוקד כנגד אותו יעד.

החלק האחרון בשלב זה הוא אישור הפגיעה ביעד על ידי הדרג המדיני: אישור סופי של הפגיעה ביעד טעון החלטה של הדרג המדיני, לאחר ששקל את כלל המשמעויות וההשלכות של הפגיעה ביעד, מבחינת התגובה האפשרית למבצע, מבחינה ציבורית ותקשורתית, מבחינת יחסי החוץ של ישראל וכיוצא באלו שיקולים. לשם כך, ועל מנת לסייע לדרג המדיני לקבל החלטה מושכלת, נראה כי חובה על הדרג המבצעי (שב"כ וצה"ל) לצרף את המלצותיהם והערכותיהם בעניין המשמעויות הרלוונטיות שעל הדרג המדיני לשקול, בהתאם ליעד ולמאפייניו וכן לתוצאות ולהשלכות צפויות של הפעולה.

לאחר שלב אישור היעד, השלב הבא הוא שלב התכנון המבצעי, ובו נקבעים שיטת הפגיעה ביעד, מיקומה ומועדה ושאר התנאים הרלוונטיים לביצוע.⁵⁸ בשלב התכנון המבצעי, אחריות השב"כ היא בראש ובראשונה לגבש תמונה מודיעינית של שגרת פעילותו של היעד, על מנת לאתר את ההזדמנות המתאימה לפגיעה בו תוך כדי הימנעות מפגיעה באזרחים לא מעורבים או סיכון לפגיעה מינימלית

בהם. כלקח מהפגיעה בצלאח שחאדה קבעה הוועדה מפורשות את אחריותו של השב"כ לאסוף לא רק מידע לגבי היעד ושגרת פעילותו אלא גם מידע שיאפשר את הערכת הפגיעה הצפויה באחרים כתוצאה מהפעולה. הוועדה קבעה כי לשם כך על השב"כ לאסוף מידע ולהשקיע מאמץ מודיעיני ראוי לא רק באיסוף מידע על היעד לפגיעה, היינו מידע הקשור בזמן ובמקום שבהם יהיה אפשר לבצע את פעולת הסיכול המוקד כנגד היעד,⁵⁹ אלא גם על סביבתו הפיזית הקרובה, היינו על מי שעלול להיפגע כתוצאה נלווית לפגיעה ביעד עצמו.⁶⁰

בשלב התכנון המבצעי אחריות הצבא היא לקבוע את שיטת הביצוע, וכנגזרת מכך על איזו יחידה צבאית יוטל הביצוע, מה סוג הנשק שישמש במבצע וכן את הערכתו אם צפויה פגיעה באזרחים בלתי מעורבים כתוצאה מהפעולה, ואם כן להעריך את היקפה. עולה מכך שהערכת הפגיעה באזרחים בלתי מעורבים מחייבת שילוב בין השב"כ לצבא. למשל, מומחי חקר הביצועים של הצבא הם האמונים על הערכת הנזקים שייגרמו במרחקי רדיוס שונים ממקום הפגיעה ובהתאם להחלטה מהו החימוש המתאים למבצע, ואילו באחריות השב"כ להעריך, בהתאם להחלטה הצבאית על סוג החימוש – אם וכמה אזרחים בלתי מעורבים עלולים להימצא ברדיוס הרלוונטי לפגיעה. מתוך הערכה משולבת זו נקבעים התנאים שרק בהתקיימם תבוצע המשימה – היינו מתי, באילו שעות והיכן לבצע את הפעולה כך שמצד אחד יושגו יעדי המבצע ומצד אחר לא יופרו כללי המידתיות שנקבעו לעניין סיכון לאזרחים בלתי מעורבים. כללי מידתיות אלו צריכים להיקבע תמיד קונקרטי בהתאם לצורך הצבאי הספציפי.

לאחר השלמת שלב התכנון המבצעי וקביעת ההתניות המבצעיות נדרש אישורו הסופי של הדרג המדיני, קרי ראש הממשלה או שר הביטחון. שיקולי הדרג המדיני, מעבר לאישור שיטת הביצוע והתנאים לביצוע, לרבות לעניין הנזק הנלווה הצפוי של פגיעה באזרחים בלתי מעורבים, אמורים לקחת בחשבון את כלל ההשלכות של המבצע, הן באשר לזהות היעד והן באשר לשיטת הביצוע ומחירה האפשרי

59 שם, עמ' 25.

60 שם, עמ' 107.

בפגיעה בבלתי מעורבים.⁶¹ השלכות אלו יכולות להשפיע על עצם אישור המבצע במתכונת שממליצים עליה השב"כ וצה"ל, כמו גם על קביעת מגבלות על העיתוי לביצוע, על המיקום, או על רכיבים רלוונטיים אחרים.

7.4.2. יישום העקרונות ובחינת תוצאות הפעולה על ידי הוועדה
 לעניין הקונקרטי של הפגיעה בצלחה שחאדה ובנפגעים אחרים (הרוגים ופצועים) במהלך הפגיעה בשחאדה קבעה הוועדה, ראשית, כי אין חשש שאיש מהגורמים שנטלו חלק בפעולה

ביצעו עבירות פליליות.⁶² הוועדה התרכזה אפוא בבחינת מידתיות הפגיעה באזרחים בלתי מעורבים וקבעה כי החלטה המסתמכת על מידע שהתברר כשגוי, כפי שהיה במבצע זה, אינה עולה לכדי אי-יחוקיות ואין היא בסיס לחקירה או לאישום פלילי, בוודאי כשאין בה כוונה פלילית. הוועדה שבה והצביעה על הקושי האינהרנטי ליישם את עקרון המידתיות בפועל, שכן קשה להעריך את חומרת הפגיעה בחייהם של חפים מפשע לעומת התועלת בפגיעה ביעד שיש לו חשיבות צבאית. הוועדה מביאה לשם השוואה מקרה שבו הופצצה עמדת פיקוד ליד כפר בסרביה ונהרגו בו 87 אזרחים – אז התברר כי המידע בעניין הימצאות אזרחים בקרבת היעד היה שגוי.

מבחינה קונקרטית, בעניין הצורך הצבאי שעמד בבסיס ההחלטה לבצע מבצע סיכול ממוקד כנגד שחאדה קבעה הוועדה ששחאדה, שכינויו בשב"כ היה "הדגלן", בהיותו ראש הזרוע הצבאית של החמאס, היה מעורב ישירות בתכנון ובביצוע פיגועי טרור רבים.⁶³ לפיכך קבעה הוועדה כי הסיכון ממנו היה "וראי, מידי ומשמעותי",⁶⁴ וקיבלה את ההחלטה לראות בו יעד לגיטימי לפגיעה

61 שם, עמ' 85.

62 שם, עמ' 103.

63 שחאדה היה "המוח המתכנן, המארגן, המכוון והמנחה של פעילות טרוריסטית רצחנית. הוא היה הכוח המניע הרעיוני, התכנוני והמבצעי של פעילות החמאס ונדע כמנהיג דומיננטי ונמרץ. עם זאת, לא משך שחאדה ידו ממעורבות ישירה בתכנון וביצוע פעולות טרור רצחניות". שם, עמ' 57.

64 שם, עמ' 65.

כהחלטה העומדת בכללים המשפטיים. לא כך לגבי הפגיעה בבלתי מעורבים, 14 הרוגים ועוד פצועים רבים, שהייתה בלב הבריקה.

הוועדה נפנתה לבחון את לגיטימיות הפגיעה בכל הנפגעים האחרים. ראשית, מלבד שחאדה נהרג בפעולה גם פעיל חמאס, זאהר סלאח אבו חסין, שהיה מעורב בעצמו בתכנון פיגועים. בעניינו קבעה הוועדה כי לאחר שבחנה את המידע לגביו השתכנעה כי אותו פעיל חמאס יכול היה להיחשב בעצמו ליעד לגיטימי לפגיעה, ולכן הפגיעה בו כתוצאת לוואי לפגיעה בשחאדה אינה מעוררת קושי משפטי.

בפעולה נהרגה אשתו של שחאדה, לילה חמיס יוסף. בעניינה מציינת הוועדה כי מהמידע שנאסף בטרם הפעולה היה ידוע כי אשתו שהתה עימו בבית, ולכן הפגיעה בה הייתה צפויה ונלקחה בחשבון מראש. הוועדה קבעה כי אף שהאשה לא הייתה מעורבת בעצמה בפעילות טרור, הרי שבנסיבות העניין היא היוותה מגן חי מרצון, ומטעם זה הפגיעה בה באורח נלווה, גם אם צפוי ואינהרנטי להחלטה לפגיעה בשחאדה, הייתה שיקול "מידתי ולגיטימי", כלשונה, בנסיבות העניין.⁶⁵

בפעולה נהרגה גם בתו הקטינה של שחאדה – אימאן – ששהתה עימו בבית שהופצץ. בעניינה מצאה הוועדה כי מותה הוא תוצאה של הערכה שגויה לגבי הימצאה באותו מבנה ולא כתוצאה של מעשה מכוון.⁶⁶

לגבי מותם של 11 אנשים, לרבות נשים וילדים, שאין מחלוקת שהיו אזרחים תמימים שהתגוררו בקרבת הבית שהופצץ, קבעה הוועדה כי מספר ההרוגים מקרב האזרחים הבלתי מעורבים לא היה פרי של החלטה מודעת ומפורשת אלא תוצאה של מידע שגוי שהיה בידי מקבלי ההחלטות לגבי איוש המבנים שהיו בסמוך לביתו של שחאדה ולגבי מספר האנשים שהתגוררו באותם מבנים. הוועדה קבעה כי הסיבה לכשל בהערכה היא דלות המידע שאסף השב"כ באשר למבנים שבסביבת הבית שהופצץ.⁶⁷ הוועדה קבעה כי חוסר המידע היה תולדה של גורמים אחרים, בין היתר העובדה שמאמץ האיסוף התמקד בשחאדה עצמו.

65 שם, עמ' 67.

66 שם, עמ' 69.

67 שם, עמ' 71-79.

נוסף על כך, דלות המידע נבעה מהחלטה להימנע מלנקוט פעולות איסוף, מחשש לפגיעה בביטחון המבצע אם יתגלו המאמצים לאיסוף מידע על סביבת הבית, וכן בשל מיעוט הזמן שעמד לרשות המתכננים. התוצאה היא שנוצר חוסר איזון בין האינטרסים, באופן שנתן משקל-יתר למאמצי האיסוף על שחאדה ומשקל-חסר לאינטרס שלא לחרוג מכללי המידתיות בפגיעה בבלתי מעורבים, וכנגזרת מכך התקיימה בדיקה חסרה מאוד של מספר האנשים הצפויים להיפגע. הוועדה נמנעה מלקבוע מהו המספר שייחשב מידתי בנסיבות אלו וחזרה על התפיסה שאין לקבוע מסמרות בעניין זה.⁶⁸ הוועדה אימצה את עמדתם של גורמי הביטחון, שהצהירו לפניה כי תוצאות הפגיעה בבלתי מעורבים בפעולה זו היו, גם לפי דעת גורמי הביטחון, בלתי מידתיות, ואילו היה צפוי מספר כזה של נפגעים לא היה המבצע יוצא לפועל. עוד קבעה הוועדה כי הפגיעה בבלתי מעורבים הייתה בנסיבות אלו "בלתי מכוונת בלתי רצונית ובלתי צפויה" וכי תוצאה זו לא נבעה מחוסר אכפתיות או מאדישות.⁶⁹

עניין אחר שהוועדה מציינת ברוח שפרסמה הוא ההתלבטויות והדילמות הקשות שליוו את אישור המבצע בתוך ארגוני הביטחון. כך, גורמים בכירים ביותר, בהם סגן ראש השב"כ וראש אגף המבצעים, התנגדו לביצוע הפעולה באשר הם סברו כי לא מתקיימים התנאים לביצוע הפעולה, ואילו ראש השב"כ, בהמלצת ראש מרחב דרום של השב"כ, הכריע בעד הביצוע, חרף הספקות והדילמות. הוועדה הדגישה בעניין זה כי חובה היה להביא דילמות אלו לפני הדרג המדיני, שלא היה ער להתלבטויות אלו. נוסף על כך המליצה הוועדה להעמיק את מעורבות היועצים המשפטיים בתהליך האישור של מבצעי סיכול ממוקד ולהביא את עמדת היועצים המשפטיים לידיעת הדרג המדיני כדי שיוכל לשקול אותם במסגרת שיקוליו, בעיקר בעניין פגיעה צפויה בחפים מפשע.⁷⁰

68 שם, עמ' 40-42.

69 "לא נבעה מזלזול בחיי אדם או מאדישות להם". שם, עמ' 98.

70 שם, עמ' 110.

7.5

מעבר למשפט:**דילמות חברתיות ומוסריות****בפעולות סיכול ממוקד**

7.5.1. על בחירת היעד סיכול ממוקד הוא פעולה מדינתית אלימה וקביעת העיתוי לפגיעה מן הדרגה העליונה. תוצאותיה בלתי הפיכות והשלכותיה האישיות, החברתיות והפוליטיות, לרבות הגדלת המוטיבציה של היריב למעשי נקם ולמעגל דמים, הן לעיתים משמעותיות מאוד. מצד אחר, במקרים רבים תחושות בציבור של זעם ורצון לתגובה כנגד פיגועים קשים עלולים להפעיל לחץ לביצוע פעולה שתפגין יד קשה, ותחושות כאלה עשויות לחלחל למקבלי ההחלטות. המשמעות היא שצרכים ואינטרסים פוליטיים עלולים אף הם לשמש כתמריץ, גם אם לא תמיד מפורש, להפגין את כוחה של המדינה ואת נחישות מנהיגיה, ומכאן קצרה הדרך לדחוף את המערכת המבצעית לפעול.⁷¹

הלחץ שלעיתים מופעל על ראשי המערכת המבצעית מחייב אותם להבין את אחריותם הציבורית ואת הדרך שבה עליהם לנהוג, בעיקר בהתנהלות מול ראש הממשלה ושר הביטחון. כפי שציין יעקב פרי בעניין זה, על ראש השב"כ להבין את האיזון העדין שבין היותו נתון למרות הדרג המדיני, ובפרט לראש הממשלה, ובין הצורך לשמור על עצמאות מקצועית ומילוי אחריותו כלפי הציבור.⁷² יכולת העמידה במצבים אלו היא אולי מבחנם החשוב ביותר של ראשי המערכות. יש להבין כי בכל רגע נתון קיימים ברשימות של ארגוני הביטחון מספר רב של מי שמזוהים כמחבלים פעילים, ואין קושי מעשי להצביע על מי מהם כיעד לפגיעה, יעד שאפשר להצדיק את הפגיעה בו גם מבחינה משפטית. לפיכך, על

71 כפי שהתבטא ראש השב"כ לשעבר יעקב פרי: "אסור לשירות להיות ספק בנק המטרות על מנת להשביע את רצונו של ראש הממשלה". אצל מורה (לעיל הערה 1), עמ' 285.

72 "עד כמה הוא צריך להיות עצמאי, עד כמה הוא צריך להיות נחוש, עד כמה הוא צריך להיות לא מובל". שם, עמ' 286.

ראשי המערכות הביטחוניות להקפיד על כך שיעדר לפגיעה יהיה מי שהמידע שעל אודותיו מצביע על סיכון מידי וממשי שנשקף מפעילותו, היינו שפעילותו מכוונת להוצאה לפועל של פיגוע שאין דרך סבירה לעצור באמצעים אחרים, וכן שהמידע שבבסיס ההחלטה הוא ברור, משכנע, מהימן ובעל משקל משמעותי.

על הקריטריונים להערכת מיידיות האיום כגורם המצדיק יציאה לפעולה מונעת אפשר ללמוד למשל מהתפיסה בבריטניה,⁷³ שם אימצה הממשלה את אמות המידה שהוצעו במאמר של חוקר המשפט הבינלאומי דניאל ביתלחם (Bethlehem), המציע להעריך את היקף האיום ומיידיות האיום לפי שאלות כמו: מהו אופי האיום ועד כמה הוא קרוב לביצוע, מהי הסבירות שההתקפה אכן תתרחש, האם ההתקפה היא חלק מדרוס הפעולה של המאבק הצבאי המתמשך, מהו ההיקף המשוער של ההתקפה ומהו ההיקף המשוער של התוצאות שהיא עלולה לגרום, ומהי הסבירות להזדמנויות נוספות לסיכול ההתקפה שיגרמו פגיעה אגבית פחותה בהיקפה מאשר אילו פעולת ההגנה העצמית תינקט כעת.⁷⁴

יש טעם רב באימוץ אמות מידה אלו והחלתן גם בישראל. כך או כך, הערכה של מיידיות האיום מסורה כולה לגורמים המבצעיים-מודיעיניים. כפועל יוצא מכך, ההמלצה לאשר אדם כיעד לפגיעה צריכה להגיע "מלמטה למעלה", היינו מהדרג המבצע-מודיעיני, שהמידע לגבי הערכת האיום ומיידיותו מצוי בידיו, אל הדרג המדיני, ולא להפך.

73 Wright (לעיל הערה 25).

74 "(a) The nature and immediacy of the threat; (b) The probability of an attack; (c) Whether the anticipated attack is part of a concerted pattern of continuing armed activity; (d) The likely scale of the attack and the injury, loss or damage likely to result therefrom in the absence of mitigating action; and (e) The likelihood that there will be other opportunities to undertake effective action in self-defense that may be expected to cause less serious collateral injury, loss or damage." Daniel Bethlehem, "Principles Relevant to the Scope of a State's Right of Self-Defense against an Imminent or Actual Armed Attack by Non-state Actors," *American Journal of International Law* 106 (2012), p. 769

עניין אחר שיש להקפיד עליו הוא שהיעד שנבחר הוא מי שיש עליו מידע אישי וקונקרטי. מונחים שלעיתים נשמעים, כמו למשל "תשתית מתקתת"⁷⁵, שמשמעותם עלולה להיות טשטוש המיקוד בסיכול פעולתו של אדם קונקרטי והעברתו לשיקול "קבוצתי", אמורפי יותר, הם מונחים ותפיסות שאין להם מקום בתחום זה, וסכנתם מרובה מתועלתם.⁷⁶

גם לעיתוי יש חשיבות רבה. לבחירת העיתוי יש תמיד שיקולים מבצעיים, אולם הדרג המדיני עשוי לשיקול גם שיקולים אחרים, כמו ההשלכות המדיניות והאחרות של עיתוי זה או אחר. למותר לציין כי לדרג המבצעי אסור בתכלית האיסור להכניס לתוך שיקולי העיתוי שיקולים פוליטיים-מפלגתיים,⁷⁷ ואם לדרג המדיני יש נימוקים אחרים לביצוע או לדחיית המלצה לפעולה, על הנימוקים לעלות בבהירות ובמפורש.

**7.5.2. על פגיעה
בבלתי מעורבים**
סוגיית הפגיעה בבלתי מעורבים היא אחת הסוגיות המוסריות הקשות ביותר, ודומה כי המסגרת המשפטית אינה נותנת מענה מלא לדילמות הקשורות בה. כאמור בפסק דין של בית המשפט העליון, המסגרת המשפטית

75 ראו התייחסות של יובל דיסקין לנושא אצל מורה (לעיל הערה 1), עמ' 297, 314. ביטוי זה עלה גם בהחלטה בעניין חפ"ח 16-01-932, מדינת ישראל נ' בן אוליאל ואחי (פורסם נבנו, 2018), פסקה 128. הביקורת של קרמניצר ויובל שני בעניין זה באה לידי ביטוי במילים אלו:

הפרקליטות החליפה בטיעוניה במשפט הזוטא את הביטוי "פצצה מתקתת" בביטוי "תשתית מתקתת". זהו אינו שינוי סמנטי, אלא שינוי המבטא תפיסה לפיה אמצעי המסוגל לפגוע משמעותית בפעולתו של ארגון טרור עשוי לבסס טענת צורך ביחס לפגיעה קיצונית בזכויות הנחקר, בלי קשר להחקפת טרור ספציפית שהחקירה נועדה לסכל.

מרדכי קרמניצר ויובל שני, "האם חייבים לאכול את פירות העץ המורעל?", בלוג סיווג ביטחוני, אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 24.7.2018.

76 כדברי ראש השב"כ לשעבר אבי דיכטר: "צריך שיהיה משהו קונקרטי, לא כוונה כללית". אצל מורה (לעיל הערה 1), עמ' 283.

77 כפי שציין ראש השב"כ לשעבר אבי דיכטר: "אתה לא יכול לבוא מזהם עם שיקול פוליטי". שם, עמ' 286.

מתמצית בעיקרה בשאלת המידתיות בין הצורך הצבאי לבין היקף הפגיעה הצפוי בבלתי מעורבים, ומכאן מתברר כי יש להצביע על צורך צבאי ישיר וצפוי כדי שיהיה אפשר להעריך אם הפגיעה בבלתי מעורבים היא פגיעה מידתית. ואולם, נראה כי זהו סטנדרט פתוח ואמורפי מדי, ואמת המידה המוסרית שבו רופפת וחמקמקה מדי. סטנדרט שונה נקבע לעניין זה בממשל אובמה, ומצא את ביטויו הן בנאום פומבי שנשא הנשיא אובמה,⁷⁸ והן במסמך ההנחיות הנשיאותי שפרסם.⁷⁹ בתמצית, הכלל שקבע ממשל אובמה הוא שלא תינקט פעולת סיכול ממוקד אלא אם יש סבירות של "קרוב לוודאי" (there must be near-certainty) ששום אזרח בלתי מעורב לא ייהרג או ייפצע. הנחיה בלשון זהה מופיעה גם במסמך ההנחיות הנשיאותי.⁸⁰

הרף הנורמטיבי שהציב הנשיא אובמה, שלפיו לא תאושר פעולת סיכול ממוקד אם בסבירות גבוהה ייפגעו בה אזרחים בלתי מעורבים, נותן ביטוי ממשי, מעשי וברור לדרישת הפרופורציונליות, שכן הפרופורציונליות כשלעצמה היא כה סובייקטיבית, כה חסרת גבולות ברורים, כל כך רעועה מבחינה מוסרית, עד שהותרתה בלא עוגן ממשי עלולה להביאה כנימוק להצדקת הכרעות לא מוסריות.

לפיכך, אמת מידה שנבחרה על ידי ממשל אובמה, וככל הידוע לא שונתה בממשל טראמפ, מבטאת בחירה מוסרית ובהירות מוסרית. זוהי עמדה אמיצה, שכן המשפט מאפשר לבחור גם בעמדה עמומה יותר, שלוקחת בחשבון פגיעה בחפים מפשע. העמדה שנקט ממשל אובמה היא עמדה מפורשת וברורה שמבטאת מסר ציבורי וחברתי. היא עמדה אמיצה גם משום שהיא נוטלת סיכונים, באשר ההזדמנות המבצעית לפגוע במחבל המתכנן פיגועים או הנמצא בשלב מתקדם להוצאת פיגועים עלולה שלא לחזור, והמחיר הפוליטי ייגבה בוודאות ממי שנתן את ההנחיה שלא לבצע. את הסטנדרט באשר לפגיעה בבלתי מעורבים קבע הדרג המדיני העליון, שהכתיב אמת מידה מוסרית ברורה לדרגים המבצעים ולא הותיר

Obama's Speech on Drone Policy, *New York Times*, May 23, 2013 78

Presidential Policy Guidance 2013 (לעיל הערה 23). 79

"near certainty that non-combatants will not be injured or killed" 80

סעיף 1C: Guidelines for Operational Plans (8)(b) 80

את הדילמה המוסרית והחברתית להחלטתם.⁸¹ זוהי אמת מידה שראוי לאמץ גם בישראל.

7.5.3. על ריסון הכוח ואחריותיות (accountability)
 כאשר מדינה מצוידת בכלים, בטכנולוגיה ובמודיעין – שארצות הברית וגם ישראל משופעות בו – עולה החשש שסיכול ממוקד ייתפס כתרופת פלא לכל בעיה. בנאום שנשא הנשיא אובמה הוא הדגיש כי גם פעולות שיהיו מוצדקות וחוקיות אינן תמיד מוסריות בהכרח או אפילו חכמות מבחינה טקטית או אסטרטגית.⁸² לכן, ועל מנת למנוע שימוש לרעה בכוח, חובה לרסן את הכוח (constraint of power). אחת הדרכים לריסון הכוח היא מערכת של דיווחים ואחריותות.

במסמך ההנחיות הנשיאותי נקבעו שתי דרכים עיקריות למימוש האחריותות:⁸³ האחת, דיווח בכתב, בדיעבד, לא יאוחר מ-48 שעות מביצוע הסיכול הממוקד, אשר יכלול פרטים כגון תיאור היעד ושיטת הפגיעה, הערכה לגבי נפגעים בפעולה, הערכה לגבי השגה של יעדי המבצע, מידע רלוונטי שהגיע לאחר הפעולה ועוד, והעברתו למועצה לביטחון לאומי (National Security Council – NSC); נוסף על כך נקבע מנגנון דיווח לוועדה מיוחדת בקונגרס, בהתאם לפרמטרים שבהנחיה הנשיאותית.⁸⁴

81 כפי שעולה למשל בכתבה על ראש השב"כ נדב ארגמן (אמירה לם, "חי משב"כ לשב"כ", ידיעות אחרונות, 29.8.2018):

פעם נשאל ארגמן אם הוא לא חשש שבפעולה הזו גם ייפגעו חפים מפשע. "אם, למשל, ג'עברי היה נוסע במונית, והיה ברור שנהג המונית החף מפשע ייהרג גם הוא", השיב ארגמן, "בכל זאת המבצע היה יוצא לפועל. כי יש מחירים שלפעמים צריך לשלם".

82 Obama's Speech 2013 (לעיל הערה 78).

83 Presidential Policy Guidance 2013 (לעיל הערה 23), סעיף 6.

84 שם, סעיף 7.

בישראל, בהתאם לפסק דינו של בית המשפט העליון, הוטלה חובה לקיים בדיקה עצמאית בדיעבד בכל מקרה שנפגעו בלתי מעורבים.⁸⁵ לאחר שנים אחדות שבהן לא קיים פסק דינו של בית המשפט העליון בנושא הוקמה ועדה כאמור,⁸⁶ אולם זהות חבריה לא פורסמה, לא פורסמו דרכי הפנייה אליה ולא פורסמו האירועים שבדקה ומהם ממצאי הבדיקות. נראה כי הגיעה העת לקבוע ולפרסם את הכללים שיבטיחו אחריות של הגופים, במובן של שקיפות גדולה יותר של ועדת הבדיקה בדיעבד, חבריה, סמכויותיה, דרכי הפנייה אליה, התיקים שהיא בודקת ועיקר ממצאיה. עוד חשוב לקבוע כי ועדת המשנה של ועדת החוץ והביטחון תקבל דיווחים שוטפים, על פי פרמטרים שתקבע, גם על מבצעים שהתקיימו, וכן כי ממצאי ועדת הבדיקה יועברו לוועדת המשנה, ואחת לשנה יידונו בה הממצאים, המסקנות וההמלצות.

7.5.4 על שקיפות סיכול ממוקד הוא פעולה מורכבת. הוא כולל

מערכות שונות – מודיעיניות, מבצעיות

ציבוריות

ומדיניות – ומערב דילמות מוסריות מן המעלה

הראשונה. השלכותיו עלולות להיות פיגועי נקם ואובדן של חיי אדם רבים. מהי המערכת של קבלת ההחלטות והשיקולים העקרוניים במסגרת תהליך זה ומיהם הגורמים שצריכים להיות מעורבים בו? הבעיה העיקרית בשיטת לחימה זו היא ההסתמכות הנרחבת על מודיעין, שלעיתים קרובות עלול להיות שגוי, ולא על זיהוי בפועל, בעין ממש, של הגורמים הלוחמים, כפי שהיה בלחימה הקלסית. מעטה הסודיות משתרע לא רק על זיהוי היעד לתקיפה ואיתורו אלא גם על אופן השימוש במידע ודרך קבלת ההחלטות, שכולם סמויים מעין הציבור. מעטה

85 "יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית". בג"ץ הוועד נגד עינניים (לעיל הערה 12), פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא ברק, וכן פסקאות 54, 60; וכן שם, בפסק דינה של השופטת ביניש.

86 דובר משרד הביטחון צוטט כדלקמן:

הוקמה ועדה שבראשה עומד נשיא לשעבר של בתי משפט שלום וחברים בה: משפטן בכיר המומחה לדין בינלאומי, נציג שב"כ בדימוס ואלוף במילואים. מפאת רגישות עיסוק הוועדה אין אנו חושפים את שמות החברים בה.

אמיר אורן, "הוועדה לסיכולים ממוקדים שצה"ל הקים ומסתיר", הארץ, 31.5.2014.

חשאיות זה מחליש מאוד את יכולת הבקרה של הציבור על דרך הפעולה ומותרת שיקול דעת רחב מאוד, רחב מדי, לגורמים המבצעים. מכאן החשיבות המיוחדת שיש לשקיפות מקסימלית בתהליכים הקשורים בשיטת פעולה כה דרסטית.

כמפורט לעיל, בארצות הברית הן התפיסה המשפטית והן המבצעית, ובמיוחד ההנחיות הנשיאותיות לתנאים שאפשר לפעול בהם בסיכול הממוקד, וכן תהליך האישור המבצעי והפרמטרים שיש לקיים במסגרתו פורסמו ברבים. שלושת הנאומים – של התובע הכללי, ראש ה-CIA והנשיא אובמה – וכן פרסומן של ההנחיות הנשיאותיות הציבו לפני הציבור האמריקאי את תפיסת הממשל, מפי דובריו הבכירים ביותר. התפיסה שהוצגה לציבור נגעה גם בעניין אופן הפעלת הכוחות הצבאיים האמריקאיים בפעולות סיכול ממוקד, לרבות השיקולים שיש לשקול והבדיקות שיש לקיים בטרם החלטה כזו, ומבלי להתחמק מהכרעה בשאלה המוסרית של הסיכון לפגיעה בכלתי מעורבים.

ההבנה שמדובר בעניין שהוא בראש ובראשונה הכרעה חברתית-פוליטית של הדרג הנבחר העליון, ורק לאחר מכן פעולה מבצעית ההולמת את הכללים המשפטיים, היא המוקד בתפיסה זו. שורש העניין הוא שמדובר במוצא אחרון מול איום ממשי שאין דרך אחרת לסכלו ושכפוף לכללים מוסריים-אתיים שבמידה רבה מטילים מגבלות אף יותר ממה שהמשפט מתיר. שאלה נפרדת היא אם ארצות הברית עומדת בכללים אלו, אולם בכל אופן יש חשיבות רבה – ציבורית, ערכית, חינוכית ומשפטית – לקביעת הכללים בסוגיה רגישה זו ולהבאתם בפני הציבור.

בבריטניה התעורר שיה פומבי בנושא בין הפרלמנט לממשלת בריטניה, ובמסגרתו הובאו לידעת הציבור חלקים מהתפיסה בעניין התנאים לביצוע סיכולים ממוקדים, לרבות השימוש במל"טים במסגרת זו.⁸⁷ את התפיסה של ממשלת בריטניה בעניין הבסיס המשפטי פרש היועץ המשפטי לממשלה ג'רמי

"The Government's Policy on the use of Drones for Targeted Killing: 87 Second Report of Session 2015-2016," House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, parliament.uk; "Government Response to the Committee's Second Report of Session 2015-16 Fourth Report of Session 2016-17," House of Commons, House of Lords, Joint Committee on Human Rights, parliament.uk

רייט (Wright) בהרצאה פומבית שנשא בינואר 2017, ובה פירט את התפיסה לגבי חוקיות הסיכול הממוקד,⁸⁸ ופרש את התנאים לביצועו, מנקודת מבטה של ממשלת בריטניה, לרבות פירוט הפרמטרים הרלוונטיים לבחינת מיידיות האיום המצדיקה יציאה לפעולה מונעת. גם ברוח שהגיש הרווח המיוחד לעצרת האו"ם בשנת 2013 הודגשה חשיבות השקיפות בעניין זה, ובעיקר החשיבות של פרסום הכללים שהמדינה פועלת לפיהם בעת שהיא קובעת מיהו "יעד לגיטימי לפגיעה" על מנת שיהיה אפשר לדעת איזו התנהגות עלולה לחשוף אזרחים לפגיעה קטלנית.⁸⁹

בישראל, למעט פסיקת בית המשפט ופרסום עמדה של ועדת הבדיקה בעניין שחאדה, לציבור אין כל מידע בעניין עמדת הממשלה בשאלות אלו. נראה כי גם בישראל יש לפרסם ברבים, במגבלות הסודיות, את העקרונות והתהליכים שבהם מתבצעת פעולה של סיכול ממוקד, לרבות אחריות הגופים והפרמטרים הנוגעים בשאלת המידתיות. עניין כה רגיש מבחינה ציבורית לא ראוי ולא רצוי שיוותר כולו לוט בערפל, וכפי שביטחונה של ארצות הברית לא נפגע מפרסום ההנחיות הכלליות לתהליך ולעקרונות של ביצוע סיכול ממוקד – כך אפשר לעשות גם בישראל.

7.6 סיכום

הסיכול הממוקד נוצר כמענה לקושי לפגוע בפעילי טרור המהווים איום ממשי ומיידי ושאינן דרך סבירה אחרת לסכל את כוונתם הרצחנית. דרך פעולה זו מבוססת על מודיעין ועל טכנולוגיה מתקדמת, ולא פחות מכך, על נורמות חברתיות מוסריות ומשפטיות. יש לחדד אותן ולהקפיד עליהן.

פסיקתו המונומנטלית של בית המשפט העליון ויישום הכללים על התהליך המבצעי היו, ועודם, בסיס חיוני לגיבוש התפיסה בישראל בנושא סבוך זה, הן

88 Wright (לעיל הערה 25).

89 Ben Emmerson, "Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism," submitted in accordance with General Assembly Resolution 66/171 and Human Rights Council Resolution 15/15, *Lawfare*, September 9, 2013

החברתית הן המבצעית והן המשפטית. בחלוף השנים הצטברו לקחים ותובנות, הן מהניסיון שנצבר בישראל והן מהליבון בדמוקרטיות אחרות, ויש בהם כדי לחדד נושאים חיוניים.⁹⁰ ראשית, הוא מבהיר שמושג המידתיות כאמת מידה לבחינת סטנדרט הפגיעה בבלתי מעורבים אינו נותן תשובות מספיקות, הוא פתוח מדי ומאפשר קשת רחבה מדי של מצבים. ההמלצה העיקרית בעניין זה היא לאמץ את הקו שנקבע בארצות הברית ובבריטניה, ולפיו אין לאזן בין הצורך הצבאי ובין פגיעה בבלתי מעורבים, ולפיכך יש לנקוט כלל שאין לבצע פעולת סיכול ממוקד אם בסבירות גבוהה כתוצאה ממנה ייפגעו אזרחים לא מעורבים.

נוסף על כך, בשל הדרסטיות של הפעולה ובשל הסודיות הטבועה במקרים הקונקרטיים, יש ערך רב בפרסום של תהליכי הייזום והביצוע ועקרונותיהם, וכן של אחריות הגופים, של כללי הפתיחה באש, בעיקר כמה שקשור לסיכון לפגיעה בבלתי מעורבים, ושל תהליכי הדיווח והבקרה. פרסום כזה הוא אפשרי, הוא קיים במדינות אחרות, והוא חיוני לשם דיון ציבורי ולגיטימציה ציבורית. כמו כן, תהליכי הבקרה והביקורת – לרבות כינון ועדת הבדיקה בדיעבד, הדרכים לפעולתה ולפנייה אליה ועיקר ממצאיה – חשובים ביותר לקיום תהליך של בקרה והפקת לקחים. באחריות הגורמים המפקחים – בהם מבקר המדינה, ועדת השרים וועדת הכנסת לענייני השב"כ – לבחון באופן עיתי את תהליך הסיכול הממוקד ולוודא כי העקרונות נשמרים ומבוצעים ככתבם, כלשונם וכרוחם.

Shiri Krebs, Amichai Cohen, & Tal Mimran, "Don't Ask, Don't Tell": 90
Secrecy, Security, and Oversight of Targeted Killing Operations, Policy
 Paper 9E, Jerusalem: The Israel Democracy Institute, 2015

פרק 8

סמכויות מינהליות המופעלות באמצעות שירות הביטחון הכללי

—

בצד פעולות מעצר וחקירה, חלק ניכר של מא-
מצי השירות לסיכול ומניעה של פעילות בלתי
חוקית שנועדה לפגוע בביטחון המדינה הוא
על ידי שימוש רחב בשורה של אמצעים מינהליים. העיקרון הבסיסי של כל
האמצעים המינהליים הוא שהם צופים פני עתיד, היינו נועדו למניעה ולסיכול
ולא להענשה או סנקציה על פעילות בעבר. מנקודת מוצא עקרונית זו נובע
כי הן טיב החשד והן הכללים הדיוניים בהפעלת אמצעים מינהליים שונים
בצורה מהותית מהכללים הנהוגים בהליך הפלילי. הבדלים עמוקים אלו נר-
געים, בין היתר, לאופי ולרמת החשד, לטיב הראיות, לחובות הגילוי לחשוד
ועוד. עוצמתם של הכללים המינהליים והשוני הניכר בין הכללים הדיוניים
ובין הנהג בהליך הפלילי מאפשרים לשירות לבצע את פעולות הסיכול שהוא

8.1 כללי

אמון עליהן מבלי לפגוע במקורות המידע שהוא מתבסס עליהם. זאת ועוד, נקיטת אמצעים מינהליים היא פעולת סיכול מהירה יחסית, המאפשרת לטפל ביעילות במניעת איומים מידיים. מאפיינים אלו הם העומדים בבסיס הביקורת בעניין עצם לגיטימיות השימוש באמצעים מינהליים, והביקורת מכוונת הן לעניין ההצדקה לנקוט אמצעים אלו והן לעניין היקף השימוש, לסדרי הדין הנהוגים ועוד.

ככלל, האמצעים המינהליים מופעלים כמעט תמיד בעקבות המלצה מטעם השב"כ לבעל סמכות אחר, מחוץ לשירות, להפעיל את הסמכות שהופקדה בידיו. הסמכויות המינהליות העיקריות שנעשה בהן שימוש בעניינים ביטחוניים הן בעיקר סמכויות המסורות לראש הממשלה, לשר הביטחון, לשר הפנים, למפקד פיקוד העורף או למפקד הצבאי בשטחים. למשל, הוצאת צו מעצר מינהלי בישראל היא בסמכות שר הביטחון, ואם מדובר בצו לתושבי השטחים – בסמכות מפקד צבאי; שר הפנים הוא הרשות המוסמכת לעניין החלטה בדבר מניעת יציאה מישראל, ולעניינים מינהליים אחרים.

במקרים חריגים יחסית הדרג המדיני הוא שילחץ על השירות להשתמש בסמכויות המינהליות, למשל בהריסת בתים או בהוצאת תנועה אל מחוץ לחוק,¹ אולם גם אז לא תיתכן הפעלת סמכות מינהלית בלא שהשב"כ יחווה חוות דעת מקצועית, ושירות ביטחון הממלא את תפקידו הציבורי נאמנה לא ימליץ על נקיטת אמצעי שאין לו בסיס או צידוק מקצועי. לעניין זה אישיותו של ראש השב"כ, משקלו וכושר העמידה שלו בלחצים הם גורם חשוב ביותר. מכל מקום, מאחר שבדרך כלל השירות הוא הגורם היוזם של הפעלת האמצעי המינהלי ושהמידע שהוא אוסף נמצא בבסיס ההמלצה, אזי השב"כ הוא שיעמוד בהתמודדות הן בחזית המשפטית והן בזירה הציבורית של מהלכים אלו.

הפעלת האמצעים המינהליים מתחילה בהכנת הבקשה בשב"כ, עליה אחראית יחידת הדסק הרלוונטית, שבה מרוכזת תמונת המודיעין. לעיתים קרובות מדובר

1 על ידיעות בעניין הסתייגות השב"כ מהוצאת התנועה האסלאמית אל מחוץ לחוק בשנת 2015 ראו, לדוגמה, ברק רביד, גילי כהן, ג'קי חורי, יהונתן ליס ואלמוג בן זכרי, "הקבינט הכריז על הפלג הצפוני של התנועה האיסלאמית התאחדות בלתי מותרת", הארץ, 17.11.2015.

במספר גדול של ידיעות הנוגעות בפעילותו של מי שכנגדו מכוונת ההמלצה לנקיטת הסנקציה המינהלית, אולם בדרך כלל המניע המיידית, ה"טריגר" לנקיטת האמצעי המינהלי, מרוכז במספר קטן יחסית של ידיעות. הבקשה מורכבת מסיכום המפנה לידיעות הגולמיות הרלוונטיות, ובסופו המלצה מנומקת המתייחסת הן לטיב הסנקציה המינהלית המבוקשת והן לאורך הזמן שבו הפעלתה מבוקשת. טופס הבקשה המנומק ונספחיו הם מסמך הבסיס, ועליו נכתבות ההתייחסויות של כלל הגורמים, המבצעיים והמשפטיים, בתוך השב"כ. לאחר סיום מסכת האישורים הפנימית עובר הסיכום, בצורת המלצה מנומקת, לבעל הסמכות הרלוונטי מחוץ לשב"כ. מכאן שמבחינת השב"כ נקיטת אמצעים מינהליים היא תהליך הכרוך בתשומות מרובות – מהכנת הבקשה וסיכום המידע הרלוונטי, דרך שרשרת קבלת האישורים המתאימים בתוך השירות, ולאחר מכן הגשתה לאישורו של בעל הסמכות מחוץ לשב"כ. כמעט תמיד הפעלת הסנקציה המינהלית גוררת אחריה דיונים משפטיים, לרבות במסגרת הליכי ביקורת שיפוטית, או בשל הגשת עתירות, לעיתים בדיונים ובערכאות אחרים, וככל שהצו מוארך התהליך חוזר על עצמו.

העיקרון הראשון המשותף לכלל האמצעים המינהליים המופעלים מטעמי ביטחון המדינה הוא החובה להראות כי מדובר בצעד מניעתי ולא בענישה או גמול על פעילות בעבר.² נוסף על כך, מאחר שלמסלול הפלילי יש עדיפות משפטית מובהקת, יש להראות כי אין דרך סבירה להעמיד את האדם לדין פלילי.³ כמו כן, בנקיטת הליכים מינהליים לא נחשף החומר הסודי שבבסיס ההמלצה לאדם שכנגדו מופעלים האמצעים וכן לא לבא כוחו. חלף זאת, מועברת אליו תמצית לקונית בדרך כלל, בצורת פרפרזה. נוסף על כך, אף שכל האמצעים המינהליים כפופים לביקורת שיפוטית, מותרת בהם סטייה מדינית הראיות הנהוגים במשפט פלילי. למשל, לעניין דרישות לקבילות הראיות. הביקורת השיפוטית מתמקדת בדרך כלל בשאלת ההתאמה של האמצעי לתכלית המניעית, וכן נבחנת תדיר

2 עמ"מ 2/82, לרנר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (3) 531; עמ"מ 4/94, בן חורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (5) 329; עמ"מ 8607/04, טלי פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (3) 258.

3 בג"ץ 7015/02, עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (6) 373; בג"ץ 6025/03, לואי סלאמה, עבד אל ראזק פארג ואחי' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואחי', פ"ד נז (6) 721.

שאלת המידתיות.⁴ בשל חומרתן של הסנקציות המינהליות בנושאים ביטחוניים והסטייה מדיני הראיות נאלץ בית המשפט לצלול לבחינה מהותית של החלטת הרשות ולא להסתפק בבחינת שיקול הדעת המינהלי בלבד. תבנית כללית זו חלה על כל ההליכים המינהליים.

קושי מרכזי נובע מכך שהחלטה על נקיטת אמצעים מינהליים לשם סיכול טרור מבוססת על מידע מודיעיני. בדרך כלל מקורותיו של מידע כזה יהיו סוכני השב"כ, היינו מקורות אנושיים, או שימוש באמצעים טכניים, כגון האזנת סתר או ניתוח נתוני תקשורת.⁵ עניין זה מחייב את השב"כ להעמיק היטב, בראש ובראשונה לצרכיו שלו, וגם כדי לשכנע את הגורמים המאשרים כי מקורות המידע שהמלצה מתבססת עליהם הם אמין ומהימנים. נוסף על כך על השב"כ לשכנע כי מניתוח המידע עולה מסקנה חד-משמעית, הן בעניין טיב האיום הנשקף מהאדם שהוא היעד לאמצעי המינהלי והן בעניין זיהויו של האדם כמי שהמידע מכוון אליו. יש לדעת כי פעמים רבות המסקנה המודיעינית מבוססת על תצרף של ידיעות ולא על פריט מידע ממוקד, מלא וברור. לעיתים קרובות היעדים שהשב"כ מפקח עליהם משתמשים במילות קוד או בעגה המוכרת להם, ומכאן שהבנה ברורה של הטקסט ופרשנותו הן חלק חשוב במקצועיות של אנשי האיסוף והניתוח של השב"כ, ועליהם לשכנע את הגורמים המאשרים והמפקחים כי המסקנה המבצעית שלהם מן המידע המודיעיני, שהיא הבסיס להפעלת הסנקציה המינהלית, היא בסבירות של קרוב לוודאי.

כמפורט להלן, האמצעים המינהליים העיקריים שהשירות משתמש בהם לשם מילוי ייעודו ותפקידיו הם צווים של מעצר מינהלי וצווי הגבלה לסוגיהם, לרבות צו מניעת יציאה מהארץ, וכן הכרזות על ארגוני טרור ועל פעילי טרור, וצווים שונים הנגזרים מהכרזות אלו, כגון חילוט, סגירת מקומות ומניעת פעולות נוספות. השירות גם מעורב בהמלצות לעניין צווים להריסות בתים. מלבד אמצעים אלו

4 דנ"פ 7048/97, פלונים נ' שר הביטחון, פד"י נד (1) 721, 738, 744-745; עמ"מ טלי פחימה (לעיל הערה 2).

5 המרכז למורשת המודיעין, "ביג דאטה ומודיעין", מודיעין הלכה למעשה, 2018, עמ' 24-32; עמיר כהנא ויובל שני, רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה, מחקר מדיניות 123, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019, עמ' 261-264.

פזורות בחקיקה סמכויות נוספות המאפשרות הוצאת צווים מינהליים למטרות של ביטחון המדינה. בין היתר סמכויות אלו כוללות את סמכויות שר הפנים לבטל רישיון לשיכת קבע שניתן לפי חוק הכניסה לישראל, לרבות מטעמי ביטחון המדינה,⁶ את סמכות שר הפנים שלא ליתן היתר לאיחוד משפחות אם קיימת "מניעה ביטחונית", על בסיס חוות דעת של גורמי הביטחון,⁷ את סמכות רשם המפלגות שלא לרשום מפלגה, בין היתר משיקולים של ביטחון המדינה,⁸ וסמכויות מינהליות אחרות המצויות בחוקים שונים.

אמצעים מינהליים אחרים שבעבר שימשו למטרות ביטחון בוטלו במרוצת השנים, בהם גירוש של פעילי טרור, שהוא סמכות שבוטלה בישראל בשנת 1979,⁹ אולם נותרה בתוקפה ביהודה ושומרון. פרקטיקה זו נפסקה בפועל בתחילת שנות ה-90 של המאה ה-20. כמו כן נמחקה מספר החוקים הסמכות שהייתה בידי שר הפנים לבטל רישיון להוצאת עיתון.¹⁰

האמצעים המינהליים שהשב"כ נוקט במסגרת תפקידיו לסיכול טרור נדונו לא אחת מהיבטים שונים.¹¹ לנוכח היקפן הרחב של הסמכויות המינהליות, הדיון

6 סעיף 11א לחוק הכניסה לישראל, החשי"ב-1952.

7 סעיף 4ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), החשס"ג-2003.

8 סעיף 5 לחוק המפלגות, החשנ"ב-1992.

9 מכוח הסמכות שבתקנה 112 לתקנות הגנה (שעת חירום), שבוטלה בישראל בשנת 1979.

10 סמכות שנקבעה בפקודת העיתונות ובתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ומכוחה בוטלו או לא ניתנו במרוצת השנים רישיונות להוצאת עיתון. סמכות זו בוטלה סופית בשנת 2017, בחוק לביטול פקודת העיתונות, החשע"ז-2017.

11 למשל, אופיר פוירשטיין, "ללא משפט: מעצר מנהלי של פלסטינים על-ידי ישראל וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים", אתר בצלם, אוקטובר 2009; אלעד גיל, יוגב חובל וענבר לוי, **אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסות בתים, גירוש ותיחום מגורים**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010; עמיחי כהן וטל מימרן, **עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים: חשיבה מחדש: מחקר מדיניות 112**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016; מרדכי קרמניצר, אביעד בן יהודה, נמרוד רוזלר, גיל רוטשילד אליאסי ויונתן רום, **על חבל דק: המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2017; גיא הרפז ועמיחי כהן, "על קיבעון ודינמיות: עיון מחודש בהריסות בתים בפסיקות בית המשפט העליון", **מחקרי משפט**

במלוא ההיבטים הנוגעים בעצם הפעלת הסמכויות המינהליות הוא עניין לחיבור נפרד. עם זאת, מאחר שהשימוש של השירות באמצעים המינהליים כה משמעותי יידונו להלן עיקר האמצעים וההלכות הקשורות בהפעלתם ותפקיד השב"כ במסגרת זו.

8.2

מעצר מינהלי, צווי הגבלה ופיקוח, מניעת יציאה מהארץ

כמפורט להלן, הסמכויות להוצאת צווי מעצר מינהלי כנגד אדם, להוצאת צווי הגבלה ופיקוח ולמניעה מאדם לצאת מישראל הן סמכויות המצויות כיום בדברי חקיקה אחרים. במסגרת חקיקת חוק המאבק בטרור נעשה ניסיון לאחד את הסמכויות בדבר חקיקה חדש, הצעת חוק בעניין מצויה עדיין בהליכי חקיקה.¹²

8.2.1. מעצרים מינהליים לתפסת השב"כ, מעצרים מינהליים הם כלי מרכזי במסגרת מאמציו לסיכול טרור, ולאורך השנים נעשה בהם שימוש נרחב, בעיקר כנגד פלסטינים חשודים בטרור מהגדה ומהרצועה, וכן כנגד חשודים בטרור מקרב אזרחי ישראל, יהודים וערבים. השימוש במעצר מינהלי מלווה בביקורת חריפה מצד ארגוני זכויות אדם וגורמים נוספים, הן על עצם הפעלת האמצעי של מעצר בלא משפט,¹³ הן על היקף השימוש באמצעי זה,¹⁴ בעיקר כנגד פלסטינים, והן על אפקטיביות הביקורת השיפוטית.¹⁵

לא Shiri Krebs, "Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 45 (3) (2012), p. 639

12 שם החוק המוצע הוא "חוק סמכויות מנהליות (מעצרים והגבלות)".

13 פוירשטיין (לעיל הערה 11).

14 "נחונים על מעצר מנהלי בשטחים", אחר בצלם, 2020.

15 Krebs (לעיל הערה 11): 639; עמיר פוקס, "די למעצר המנהלי", אחר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 6.8.2015.

מעצרים מינהליים בישראל ובשטחים מתבססים על שלושה מקורות משפטיים עיקריים – שניים מתוכם הם דברי חקיקה של הכנסת, והשלישי תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי החלה בשטחים:

(1) מעצר מינהלי בהתאם לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים)¹⁶ – מעצר מינהלי בהתאם לחוק זה מופעל כנגד ישראלים המתגוררים בישראל או בשטחים וכן כנגד זרים השוהים בישראל. מאז ביטול השליטה הצבאית הישראלית ברצועה בשנת 2005, צווי מעצר מינהלי לפי חוק זה מופעלים גם כנגד תושבי רצועת עזה.

(2) מעצר מינהלי בהתאם לתחיקת הביטחון בשטחים¹⁷ – מופעל כנגד פלסטינים תושבי השטחים, וכן בעיקרון עשוי להיות מופעל גם כנגד ישראלים וזרים השוהים בשטחים.

(3) מעצר מינהלי מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים¹⁸ – חל על עצורים שאינם אזרחי ישראל או תושבי השטחים המשתייכים לארגוני טרור הפועלים מחוץ לישראל (למשל בלבנון או סוריה) וכן על תושבי רצועת עזה, בעיקר כאלה הנתפסים בעת מבצעים צבאיים ופעולות לחימה.

מבחינה מספרית היקף השימוש במעצר המינהלי כנגד פלסטינים בשטחים משתנה בתקופות שונות, מכמה עשרות ברוב השנים עד כמה מאות, ובשנים מסוימות כמה אלפי עצורים בו זמנית. על פי נתוני בצלם מספר העצורים המינהליים לפי שנים הוא כדלקמן:¹⁹

16 חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979.

17 דנ"פ 7048/97, פלונים נ' שר הביטחון (לעיל הערה 4), פ"ד נד (1) 744.

18 חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.

19 נתונים על מעצר מינהלי בשטחים 2020 (לעיל הערה 14).

מספר העצורים	השנה	מספר העצורים	השנה
835	2005	1,794	1989
783	2006	[אין נתון]	1990
847	2007	348	1991
546	2008	510	1992
278	2009	125	1993
204	2010	163	1994
307	2011	224	1995
178	2012	267	1996
150	2013	354	1997
472	2014	81	1998
601	2015	18	1999
536	2016	12	2000
439	2017	34	2001
496	2018	960	2002
464	2019	1,007	2003
		638	2004

לעומת זאת מספר צווי מעצר מינהלי כנגד ישראלים שהוצאו מכוח החוק בישראל הוא נמוך הרבה יותר. יש שנים שבהן לא היו כלל עצורים מינהליים, ויש שנים שבהן הוצאו צוויים כאלה כנגד עצור אחד או שניים, ובדרך כלל מדובר במספר חד-ספרתי של עצורים לשנה. מספר העצורים המינהליים בישראל בין 1 בינואר 2005 ל-1 בנובמבר 2015 היה 91, מתוכם 56 ערבים ו-35 יהודים.²⁰

היקף השימוש במעצרים מינהליים מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אף הוא נמוך ביותר בעיתות שגרה, אולם בעת לחימה בפועל במהלך מבצעים צבאיים, כפי שאירע ברצועת עזה בשנים האחרונות, מספר העצורים עלול לעלות לכדי כמה עשרות עצורים ואף כמה מאות עצורים, אולם זאת לתקופה קצרה יחסית.

20 "נתונים על עצורים מנהליים", מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2015.

8.2.1.1. סמכות המעצר המינהלי בישראל מחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים)

הסמכות לעצור בישראל אדם במעצר מינהלי, תחילתה במורשת תקנות ההגנה שהוחלו בישראל על ידי שלטונות המנדט הבריטי, שם הן הופעלו בעיקר כנגד המחתרות העבריות טרם הקמת המדינה. תקנות אלו כללו גם הוראות בדבר מעצר מינהלי.²¹ עם הקמת המדינה נשארו תקנות ההגנה בתוקף והן עמדו בתוקפן עד שנת 1979. לא ייפלא כי תקנות ההגנה שאפשרו מעצר מינהלי זכו לביקורת נוקבת ממנהיגי חירות מנחם בגין. בכנסת הראשונה, בשנת 1951, קרא חבר הכנסת בגין מעל דוכן הכנסת כך:

אבל מן הרגע הראשון השמענו את האזהרה: אם החוקים – אלה, חוקי הטרור של שלטון דיכוי, יישארו במדינת-ישראל – ביום מן הימים לא ימצא חוג שלא ייפגע מהם. בא היום אשר בו חוג אחר נפגע מהם, ואין זה חשוב מיהו הנפגע. אין זה חשוב כלל מיהו היושב במחנה ריכוז במדינת-ישראל – ייתמו מחנות ריכוז במדינת-ישראל! [...] קיום חוקי-חירום אלה הוא חרפה, הפעלתם – פשע. ועל-כן, לסיום הדיון, אני מציע שתי הצעות החלטה: (א) הכנסת מטילה על הממשלה לבטל ללא דיחוי את צווי המעצר שהיא הוציאה על-פי חוקי חירום; (ב) הכנסת מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להביא לפני הכנסת תוך שבוע ימים הצעת חוק לכיטול תקנות ההגנה,²² 1945.

מנחם בגין התמנה לראש ממשלה בשנת 1977. בשנת 1979, בעצה אחת עם שר המשפטים שמואל תמיר, שבעצמו היה חבר אצ"ל בעברו, חוקקו שניהם את חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים),²³ שהחליף את הסעיף שבתקנות שעת חירום,²⁴

21 סעיפים 111-112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

22 דברי ח"כ מנחם בגין, פרוטוקול הישיבה ה-254 של הכנסת הראשונה מיום 21 מאי 1951, דברי הכנסת, התשי"א, עמ' 1807.

23 חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979.

24 סעיף 111 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

ובכך המירו את החקיקה המנדטורית, שהייתה שנואה על שניהם, בחקיקה של כנסת ישראל. זהו דבר החקיקה שמכוחו מבוצעים מאז מעצרים מינהליים בישראל.²⁵

חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) תלוי בהכרזה על קיומו של מצב חירום,²⁶ ולפיכך מדי שנה הכנסת מאריכה את ההכרזה על קיומו של מצב החירום כתנאי להמשך תוקפם של החוקים התלויים בהכרזה זו, לרבות חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים). בעל הסמכות להוצאת צו מעצר מינהלי הוא שר הביטחון, והטעמים שעשויים להביא להוצאת הצו הם אם היה לשר הביטחון "יסוד סביר להניח" שטעמי ביטחון מדינה או הציבור "מחייבים" את מעצרו של פלוני בצו מעצר מינהלי.²⁷

תכליתו של צו המעצר המינהלי היא מניעתית בלבד ולא ענישתית,²⁸ ומכאן שעל הרשות להראות כי ההצדקה שבבסיס הוצאת הצו היא מניעת סכנה שמהותה צריכה להיות מפורשת בו. היקפה של סכנה זו וטיבה צריכים לעמוד לנגד עיני בית המשפט גם בשאלות המידתיות, כמובן של בחינת הקשר בין נקיטת אמצעי זה של צו מעצר מינהלי לבין הסכנה שרוצים למנוע, אורך תקופת המעצר המבוקשת וכיו"ב, וכן כמובן שבית המשפט השתכנע כי המעצר המינהלי הוא בבחינת אמצעי אחרון, שישמש רק במקום שאמצעים אחרים, קיצוניים פחות, אינם יעילים, ולא יהא בהם כדי להשיג את תכליתו של הצו.²⁹ כפועל יוצא מכך, הן במעצר מינהלי בישראל והן במעצר מינהלי לפי תחיקת הביטחון חובה לחקור את העצור כתנאי מקדים להוצאת צו מינהלי, על מנת שכל התשתית הראייתית

25 בעת כתיבת שורות אלו הכנסת שוקדה על החלפת חוק סמכויות שעת חירום בחקיקת חוספת לחוק המאבק בטרור. החוספת תעסוק באמצעים מינהליים, לרבות מעצרים מינהליים.

26 סעיף 1 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979.

27 שם, סעיף 2(א).

28 עמ"מ 4130/09, פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2009); בג"ץ לואי סלאמה ואחי' (לעיל הערה 3), פ"ד נז (6) 721.

29 עמ"מ 3073/17, מדינת ישראל נ' פלוני; עמ"מ 5372/17, מאג'ד אבו ח'דיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2017).

האפשרות תעמוד לנגד עיני הגורם המחליט. בית המשפט העליון קבע כי חובה זו נובעת מהכלל שלפיו כל אימת שאפשר למצות את האפיק הפלילי יש לבכרו על פני נקיטת אמצעים מינהליים.³⁰ לפיכך, על הרשויות ועל בית המשפט לבחון אם התקיימה חקירה כאמור ואם על בסיס החומר המצוי בתיק אי-אפשר לנקוט הליך פלילי.

תקופת המעצר חייבת להיות נקובה בצו המעצר והיא לא תעלה על שישה חודשים, אולם לשר הביטחון יש סמכות להאריך את תוקפו של צו המעצר המינהלי המקורי, אם יש לו יסוד סביר להניח שביטחון המדינה או ביטחון הציבור "עדיין מחייבים את החזקתו של העציר במעצר".³¹ במקרה כזה מסמכותו להוציא צו המאריך את תוקפו של הצו המקורי לתקופה של עד שישה חודשים נוספים. שר הביטחון רשאי להאריך את תוקף הצו שוב ושוב, ככל שהבסיס להוצאת הצו ממשיך להתקיים, בלא הגבלה בחוק על אורך התקופה המקסימלי. על הצו או הצווים המאריכים את תקופת המעצר המקורית חלים אותם ההסדרים כמו בצו המקורי, לרבות כללי הביקורת השיפוטית. ואולם בית המשפט קבע כי מעצר מינהלי אינו יכול להימשך ללא סוף, וכלל המידתיות חייב לחול גם כאן.³² מכאן נובע כי ככל שהמעצר המינהלי מתארך כך גוברת החובה על השב"כ להצביע על הסיכון הנובע מהעצור.³³ משמעות הדברים היא שאם לא מצטבר מידע שיש בו חידוש הרי שהיכולת להסתמך על המידע המקורי שבגינו הוחלט לבצע את המעצר נשחקת עם הזמן.

30 בג"ץ 9441/07, מחמד מצבאח טאה אגבר ואח'י נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'י, פ"ד טב (4) 77.

31 סעיף 2(ב) לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979.

32 "גם כאשר נתונה הסמכות לפגוע בחירות באמצעות צו מעצר, השימוש בסמכות זו חייב להיות מידתי. אין לעבור את 'נקודת השבירה' שמעבר לה, המעצר המינהלי שוב אינו מידתי". דנ"פ 7048/97, פלונים נ' שר הביטחון (לעיל הערה 4), פ"ד נד (1) 744.

33 בג"ץ 11006/04, קאדרי נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 2004); בג"ץ 11026/05, פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'י (פורסם בנבו, 2005); בג"ץ 4960/05, גאפורה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2005).

לעיתים מזומנות, בעקבות הערות של בית המשפט, מושגת הסכמה דיונית, לעיתים בצורת הצהרה חד-צדדית של המדינה, שאם לא יתווסף חומר חדש לא יוארך המעצר המינהלי.³⁴ עניין זה משקף את הקושי האינהרנטי בקביעת נקודת הזמן שבה כבר אין סיכון מן העצור. נדירים המקרים שבהם מתקבל מידע פוזיטיבי שממנו עולה כי העצור סר מדרכו המסוכנת או מידע שיש בו כדי להצביע על כך שהמידע שהביא למעצר היה שגוי וכי מכאן ולהבא אין עוד צורך במעצר מינהלי לשם מניעת הסיכון ממנו. לפיכך, כנגד החשש שמא עם שחרורו של העצור מן המעצר המינהלי יפנה לממש את הכוונות שבגינן נעצר מלכתחילה, מופעלים מבחני המידתיות, שהם במידה רבה אמורפיים וקשים ליישום ברור בהקשר של קביעת אורך תקופת המעצר. גם בתי המשפט אינם אוהבים, בדרך כלל, לפסוק בניגוד לעמדה של רשויות הביטחון, שכן בכך הם נוטלים על עצמם את הסיכון שמא שחרורו של העצור יביא לביצוע פעולת טרור. מצב עניינים זה מביא לכך שפעמים רבות במהלך הדיון המשפטי, ולעיתים לאחר לחץ של בית המשפט, מושגת הסכמה שצו המעצר שנדון בבית המשפט נותר על מכונו, כולו או חלקו, וכנגד הסכמה זו השב"כ מצהיר כי אם לא יתווסף מידע משמעותי חדש לא יוארך צו המעצר.

החוק מכפיף את הצו לחובת ביקורת שיפוטית לפני נשיא בית משפט מחוזי. המועד הראשון הוא בתוך 48 שעות מרגע המעצר.³⁵ המועד השני נקרא בחוק "עיון תקופתי" והוא יתקיים לא יאוחר משלושה חודשים ממועד המעצר, כמובן אם התקופה הנקובה בצו המעצר עולה על שלושה חודשים.³⁶ בסמכות בית המשפט לקבוע לעיון התקופתי מועד קרוב יותר מזה הנקוב בחוק. הדיון בצו המעצר המינהלי לפני נשיא בית משפט מחוזי מתקיים בהליך שבו מותרת, על פי

34 למשל, בג"ץ 2524/16, אעתראף באגס חגאג נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (פורסם בנבו, 2016); עמ"מ 1716/17, פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2017); בג"ץ 8732/17, צלאח מחמוד עטיה־הבל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 2017).

35 סעיף 4 לחוק סמכויות שעת־חירום, החשל"ט-1979.

36 שם, סעיף 5.

החוק,³⁷ סטייה מדיני הראיות. משמעות הדבר היא שבהליך זה הראיות מוגשות שלא בדרך של עדויות, וכן אין דרישות לקבילות הראיות הנהוגות במשפט פלילי,³⁸ אלא בית המשפט מסתמך על מבחני הראיות המינהליות.³⁹ נוסף על כך, הראיות מוצגות לפני נשיא בית המשפט המחוזי במעמד צד אחד, היינו בלא נוכחות של העציר ובא כוחו – אם בית המשפט שוכנע כי גילוי הראיה לעציר או לבא כוחו עלול לפגוע בביטחון המדינה. הלכה למעשה, הצגת הראיות היא במעמד צד אחד, שמשותפים בה נציגי השב"כ והתביעה המציגים את החומר לבית המשפט, ודרך זו מתקיימת בכל המקרים כולם.

בדיון החסוי, המתקיים במעמד צד אחד עם נציגי התביעה ואנשי השב"כ בלבד, נאלץ בית המשפט "לשמש פה" לעצור ולבחון בעצמו את טיב הראיות, מהימנותן, כמותן ומשקלן. בית המשפט קבע כי לנוכח סוג ההליך מזה וחומרת הזכות הנפגעת מזה, על בית המשפט היושב בדין לבחון את החומר שבבסיס המעצר בדיקה "זהירה וקפדנית". משמעות הדברים היא שהבחינה המשפטית אינה מתמצה בכיקורת על טיב ההחלטה המינהלית, אלא בכיקורת "מהותית ולא פרוצדורלית",⁴⁰ המתמקדת בגופם של דברים. על בית המשפט לבחון את מהימנות הראיות, את משקלן, את טיב המקורות שהן נשענות עליהם ואמינותם,⁴¹

37 שם, סעיף 6.

38 בג"ץ 4400/98, אוסמה ג'מיל אסמעיל ברהם נ' שופט משפטי אל"מ משה שפי, פ"ד נב (5) 337.

39 השופט זמיר:

זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המינהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית-משפט, כגון עדות שמיעה. [...] זהו, אם כן, מבחן של סבירות: הרשות המינהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שאדם סביר (ואולי נכון יותר לומר: רשות סבירה) היה סומך עליהם לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק.

בג"ץ 987/94, יורנט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח (5) 412. ראו גם רע"ב 6797/03, מדינת ישראל נ' מחמד אלראזק (פורסם בנבו, 2003).

40 עמ"מ 1381/17, פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2017); עמ"מ מאג'ד אבו ח'ידיר (לעיל הערה 29).

41 בג"ץ 5784/03, סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נז (6) 726; עמ"מ 4130/09, פלוני נ' מדינת ישראל (לעיל הערה 28).

ולבחון את כל אלו ביחס לאורך תקופת המעצר המינהלי המבוקשת, בוודאי כאשר מבוקשת הארכת המעצר.⁴² מכאן שהיקף הביקורת של בית המשפט בדונו בצו מעצר מינהלי רחב משיקול הדעת שניתן לבית המשפט בהקשרים אחרים, בעת שהוא בוחן את החלטותיה של רשות מינהלית,⁴³ והוא הדין בערכאות האחרות הדנות בביקורת על צווי מעצר מינהלי בישראל או בשטחים.⁴⁴

בהקשר זה יש להזכיר כי מדי פעם עולות בפסיקה ובספרות הצעות למיסוד מנגנון של "עורכי דין מיוחדים", היינו רשימה של עורכי דין שלאחר בדיקה ביטחונית יוכלו להיות חשופים למידע הסודי ולטעון לטובת העצור על בסיס המידע שייחשפו לו.⁴⁵ מנגנונים כאלה קיימים במדינות אחדות,⁴⁶ והצעת חוק פרטית בנושא הונחה על שולחן הכנסת בשנת 2017.⁴⁷ הטעמים העיקריים לכך הם שיפור ההליך, קירובו לשיטה האדוורסרית הנוהגת במשפטנו והקהיית התחושה של חוסר האונים של עצור כשהוא מתמודד בהליך שמסתמך על חומר הנסתר מעיניו.⁴⁸ מנגד, החשש הוא מריכוז מידע סודי רב בידי מספר קטן של עורכי דין

42 בג"ץ לואי סלאמה ואח' (לעיל הערה 3).

43 בג"ץ ברהם נ' שפי (לעיל הערה 38).

44 בג"ץ מחמד מצבאח טאה (לעיל הערה 30).

45 יצחק זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", משפטים יט (1989), עמ' 17; עמ"מ 1038/08, מדינת ישראל נ' געאביץ (פורסם בנבו, 2009); בג"ץ 3267/12, תאאר עזי מחמוד חלאחלה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 2012); נתנאל בנישו ומאיר ויגיסר, "ראיות חסויות וסנגורים מיוחדים בהליכי מעצר מנהלי בבתי המשפט הצבאי באזור יהודה ושומרון", *שערי משפט ט (התשע"ח)*, עמ' 61.

46 ליאור בן דוד, "מינוי 'עורכי דין מיוחדים' בהליכים הכוללים שימוש בראיות חסויות מטעמים ביטחוניים: סקירה משווה", מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2016; Daphne Barak-Erez & Matthew C. Waxman, "Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions," *Columbia Journal of Transnational Law* 4 (2009), p. 17.

47 הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז–2017 (הצעת חוק פרטית) שהונחה בכנסת העשרים (2017) בידי חברי הכנסת בצלאל סמוטריץ', יעקב פרי, אבי דיכטר ומיכל רוזין.

48 כמאמר השופט לנדוי: "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח".

בג"ץ 111/53, קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534.

שאינם אמונים על שמירת סוד, מהפרת כללי הייצוג בכך שעורך הדין לאחר שנחשף לחומר לא יורשה להיפגש עם העצור, ובאופן כללי ממתן תחושה מטעה של "הליך הוגן" במקום שכללי המשחק אינם מאפשרים, מטבעם, עמידה על הכללים המשפטיים הנוהגים במשפט פלילי. נראה כי ההצעה למנות עורכי דין מיוחדים רדיקלית מדי, כרוכה בהשקעת משאבים גדולה מאוד, הן פרוצדורליים והן אבטחתיים, ואינה מתאימה להיקף הרחב של מעצרים מינהליים וסנקציות מינהליות אחרות המופעלים בישראל בעניינים ביטחוניים. ייתכן שזמנה יגיע כשהמצב הביטחוני יאפשר שינוי של כללי המשחק.

הרף שבאורו נבחנות הראיות הוא מבחן הוודאות הקרובה, והוא הרף המשפטי הגבוה ביותר. במילים אחרות, על השופט להשתכנע כי החומר המודיעיני מבסס ברמה של ודאות קרובה כי נשקפת לביטחון המדינה והציבור סכנה ממשית מהעצור.⁴⁹ ככל שמתארכת תקופת המעצר כך גובר הנטל על הרשות להראות את חיוניות המעצר ואת הסכנה בשחרורו של העציר, וכן לשכנע כי המשך החזקתו במעצר ושליטת החירות הנמשכת הכרוכה בכך עומדת במבחני המידתיות.⁵⁰

בדיון המשפטי עולה תדיר שאלת היקף הגילוי לעצור של מהות המידע שעל בסיסו התבקש המעצר. ההלכה היא שיש להעביר לעצור כל חומר רלוונטי שעמד בבסיס ההחלטה לנקוט כנגדו הליך של מעצר מינהלי, בכפוף לשמירה על חסיון מקורות המידע. בפועל, בשל הסודיות האינהרנטית הכרוכה בהתבססות על מקורות מודיעיני, הפרטים המועברים לעצור הם בדרך כלל תיאור החשד נגדו, באמצעות קיטוע או פרפרזה, היינו תמצית המידע מועברת באופן שלא יחשוף את מקור המידע אך בצורה שתאפשר לעצור ולבא כוחו להבין, ככל האפשר, את המידע ומשמעותו. למותר לציין את החשיבות הרבה בהעברת פרפרזה מדויקת, שכן זהו החומר היחיד שעומו העצור יכול להתמודד.⁵¹ לפיכך, כבר בהליכים

49 עמ"מ 8788/03, פדרמן נ' שר הבטחון, פ"ד נח (1) 176; עמ"מ עלי פחימה (לעיל הערה 2) 258; עמ"מ 4130/09, פלוני נ' מדינת ישראל (לעיל הערה 28); עמ"מ 1381/17, פלוני נ' מדינת ישראל (לעיל הערה 40).

50 בג"ץ קאדרי (לעיל הערה 33); בג"ץ 11026/05, פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח' (לעיל הערה 33).

51 בג"ץ 4054/16, עבדאלקאדר כאיד חמאד נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח' (פורטם בנבו, 2016).

שבטרם הגשת הבקשה למעצר נדונים בתוך השב"כ ולעיתים קרובות גם בין השב"כ לפרקליטות העניינים המחייבים גילוי כאמור,⁵² ועניין זה נבחן במסגרת הדיון החסוי עם השופט היושב בדיון.

יש לציין כי מסגרת הדיון בחומר החסוי שונה במידה רבה מהמסגרת של הליכי עתירה לגילוי ראייה החוסה תחת תעודת חיסיון המוצאת בהליך פלילי.⁵³ בהליך הפלילי נבחנת השאלה אם בחומר החסוי יש פריטי מידע שעשויים לתרום לזיכוי של הנאשם, שכן אם כך מצב הדברים אין להשאירם חסויים, על מנת למנוע הרשעת חפים, ואילו בהליכי מעצר מינהלי שאין בהם כתב אישום, עיקר הדיון הוא בשאלת היקף הפרפרזה הנוגעת הן בעילת המעצר המינהלי והן במידת המסוכנות המיוחסת לעצור. ברובם המכריע של התיקים בית המשפט מאמץ את הפרפרזה שהועברה לעצור כלשונה,⁵⁴ ורק לעיתים רחוקות, בעקבות הערות מבית המשפט לאחר שהחומר החסוי מוצג לפניו, מבוצעים תיקונים או שיפורים בפרפרזה.⁵⁵

לאחר הדיון ועיון בחומר שהוא הבסיס להוצאת צו המעצר המינהלי, בית המשפט מוסמך לאשר את הצו, לבטלו או להחליט על קיצורו לתקופה שיקבע. להחלטת השופט יש חשיבות רבה לעניין סמכות שר הביטחון להוציא צו מעצר מינהלי חדש כנגד אותו עצור. ברי כי כאשר בית המשפט מחליט לאשר את צו המעצר המינהלי, אין מניעה משפטית להאריך את הצו המקורי אם המידע מצביע על המשך הסיכון הנשקף מהעצור לביטחון המדינה ואם המידע מבסס זאת. ואולם,

52 ראו הערת בית המשפט העליון בנושא בחוך בג"ץ 679/16, ד"ר תאמר מחרוק נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 2016).

53 מכוח סעיפים 44 או 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

54 בהחלטות רבות מספור בית המשפט נוקט את אותו נוסח בדיקו, לאמור "לאחר דיון במעמד שני הצדדים בהסכמת בא כוח העותר עיינו בחומר החסוי נחה דעתנו כי נשקפת סכנה מן העותר וכי יש בסיס לאמור בפרפרזה הגלויה בתגובת המשיב ולפיה", ומאמץ את הפרפרזה שנמסרה לעצור כלשונה.

55 לדוגמה ראו הערת בית המשפט לאחר עיון בחומר החסוי לגבי הפרפרזה שהוצאה בחוך בג"ץ 8566/16, גימיל צרצור נ' המפקד הצבאי לאיו"ש, המינהל האזרחי לאיו"ש ואח' (פורסם בנבו, 2016); וכן עמ"מ 266/15, אדהם אלהנדי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2015).

כאשר בית המשפט מחליט לבטל את הצו, אזי לא ניתן להוציא צו מעצר חדש תחת הצו שבוטל, אלא אם הגיע לאחר החלטה מידע משמעותי חדש שיש בו כדי לבסס הוצאת צו מעצר מינהלי חדש.

חוסר בהירות קיים כאשר בית המשפט מחליט לקצר את צו המעצר ולהעמידו על תקופה קצרה מזו שנקבעה בצו המקורי. השאלה היא אם במקרה כזה שר הביטחון מוסמך להוציא צו חדש, המאריך את הצו המקורי שקוצר (כמובן, אם הוא משתכנע כי נמשכת המסוכנות הנשקפת מהעצור). בית המשפט העליון נדרש לשאלה זו,⁵⁶ וקבע כי על בית המשפט, בבואו להחליט על הקיצור, להבחין בין שני מצבים: האחד, כאשר מדובר בקיצור "לא מהותי" בטיבו, היינו קיצור הנובע מטעמים טכניים, והאחר כשבית המשפט מבקש במפורש להחזיר את הצו לעיון מחודש של המפקד הצבאי לנוכח שינוי בנסיבות או נימוקים אחרים המצדיקים את החזרת הצו לעיון מחודש.⁵⁷ בקיצור שטיבו "לא מהותי" שר הביטחון מוסמך להחליט כי המידע בעניינו של העצור מצביע על מסוכנותו הנמשכת ולהאריך את צו המעצר המקורי, גם אם תקופת המעצר שננקבה בצו המקורי קוצרה. שונה הדבר במקרה שבית המשפט החליט לקצר את צו המעצר קיצור "מהותי", היינו קיצור הנובע מהערכת טיב הראיות, משיקולי מידתיות, מהערכת הסיכון הגלום בשחרורו של העציר ומשיקולים דומים, היורדים לגופם של הדברים. אם בית המשפט החליט לקצר את אורך תקופת המעצר "קיצור מהותי" נשללת סמכותו של שר הביטחון להאריך את הצו שקוצר, אלא אם התקבל מידע חדש שלא עמד לנגד עיני בית המשפט ושמשקלו מצדיק להוציא צו מעצר חדש – חרף הקיצור שהחליט עליו בית המשפט. אם אין זה המצב, ושר הביטחון מבקש להמשיך את צו המעצר המינהלי, הדרך היחידה הפתוחה בפניו היא להגיש ערעור על החלטת בית המשפט.⁵⁸

56 בג"ץ 2320/98, אלמעלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ואח', פ"ד נב (3) 346.

57 בג"ץ 6043/17, פאיז אחמד אבו ורדה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 2017).

58 "המסקנה היא, שמפקד צבאי אינו רשאי להוציא צו מעצר חדש או להאריך צו מעצר קודם בניגוד להחלטת השופט בערעור, גם אם התקבל מידע חדש או חל שינוי בנסיבות מאז הוציא המפקד את הצו, אלא אם המידע התקבל או השינוי חל לאחר החלטת השופט. לנוכח מסקנה זאת, עולה השאלה, מה יעשה מפקד צבאי, שעליו מוטלת האחריות לביטחון האזור,

החוק קובע כי ניתן לערער על החלטת נשיא בית המשפט המחוזי, והערעור יידון לפני שופט יחיד של בית המשפט העליון.⁵⁹ הכללים הדיוניים בערעור הם אותם כללים שנקבעו לדיון לפני נשיא בית המשפט המחוזי.

כאמור לעיל, הממשלה מבקשת לחוקק חוק שיסדיר מחדש את ההוראות הקיימות בעניין מעצרים מינהליים, צווי הגבלה ופיקוח והסמכות למניעת יציאה מהארץ בשל טעמי ביטחון. ככל הנוגע למעצרים מינהליים. אחד מעיקרי ההצעה הוא ביטול ההתניה הקיימת היום בקיום מצב חירום. מבחינה מהותית ההצעה קובעת עילת מעצר מינהלי נוספת, בדרגה גבוהה מהרף הקבוע כיום בחוק, שהיא מניעת פגיעה בחיי אדם או סיכול של עבירת ביטחון חמורה, כהגדרתה בחוק המאבק בטרור. נוסף על כך ההצעה מבקשת לקבוע כי שיקול הדעת בבקשה למעצר מינהלי יתקבל בדרג בכיר וכי בקשה כאמור תוגש על ידי ראש השב"כ.⁶⁰

8.2.1.2. סמכות המעצר המינהלי ביהודה ושומרון: מעצר מינהלי מכוח תחיקת הביטחון בשטחים

סמכות המעצר המינהלי בשטחים קבועה כיום בצו בדבר הוראות ביטחון שהוציא המפקד הצבאי.⁶¹ סמכות המפקד הצבאי היא בהתאם ובכפוף לאמנת ז'נווה הרביעית,⁶² המתירה למעצמה כובשת לעצור אדם הנתון למרותה רק אם

במקרה בו הוא סבור כי החלטת השופט לקצר מעצר מוטעית, וטמונה בה סכנה ממשית לביטחון? החשובה היא, שבמקרה כזה פתוחה בפני המפקד הצבאי הדרך לפנות אל בית משפט זה, בעתירה נגד החלטת השופט, ולבקש שבית המשפט יבטל החלטה זאת וישאיר את צו המעצר כפי שהיה". בג"ץ אלמעמלה ואחי' (לעיל הערה 56).

59 סעיף 7 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), החש"ט-1979.

60 ראו התייחסות להצעה שהפנה המכון הישראלי לדמוקרטיה ליושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט: "נייר עמדה בעניין הצעת חוק סמכויות מינהליות (מעצרים והגבלות)", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 27.10.2016.

61 צו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון), 1651, התש"ע-2009.

62 סעיפים 42-43 לאמנה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (להלן: אמנת ז'נווה הרביעית). ראו Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, August 12, 1949, בתוך כתבי אמנה, כרך 1, עמ' 559.

יש בכך צורך ביטחוני חיוני,⁶³ ובלבד שהמעצר יהיה נתון לביקורת שיפוטית לפחות פעמיים בשנה. מדינת ישראל רואה במעצר המינהלי המופעל בשטחים כלי חיוני למלחמה בטרור, המותר לשימוש בהתאם לאמנות הבינלאומיות, ואילו לפי פרשנותם של ארגוני זכויות האדם, הסמכות שבאמנת ז'נובה מכוונת למקרים מיוחדים וקיצוניים, וטענתם היא שבהפעלתו התדירה כלפי פלסטינים בשטחים המעצר המינהלי משמש כתחליף להעמדה לדין.⁶⁴

על פי הצו בדבר הוראות ביטחון, הסמכות להורות על מעצר מינהלי של אדם המצוי בשטח הנתון למרותו של מפקד כוחות צה"ל באזור שייכת לו "או למפקד צבאי שהוסמך על ידו לעניין סעיף זה".⁶⁵ בפועל המפקדים החתומים על צווי מעצר מינהלי בשטחים הם בדרך כלל קצינים בדרגות אלוף משנה המשרתים במפקדה הצבאית של אזור יהודה ושומרון. בדומה למצב בישראל, תקופת המעצר הנקובה בצו היא עד שישה חודשים, והמפקד הצבאי מוסמך להאריך את תקופת הצו מפעם לפעם. אורך כל צו הארכה מוגבל אף הוא לשישה חודשים לכל היותר.⁶⁶

הביקורת השיפוטית על צווי המעצר המינהלי המוצאים מכוח תחיקת הביטחון מחייבת את הבאת העצור לפני שופט צבאי בתוך שמונה ימים ממועד המעצר.⁶⁷ היינו, בשונה מהמצב בישראל, שבו יש להביא את העצור בתוך 48 שעות לביקורת שיפוטית לפני בעל מעמד שיפוטי בכיר, לדוגמה נשיא בית משפט מחוזי, הדין בשטחים קובע משך זמן ארוך בהרבה (שמונה ימים) והדיון מתקיים לפני שופט צבאי במעמד זוטרי יחסית בהיררכיה השיפוטית. סמכותו של השופט הצבאי היא לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצרו, על בסיס אותם שיקולים של שופט

"only if the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary"

64 למשל "המעצרים המינהליים - מהפרות זכויות האדם החמורות של ישראל", אתר אמנסטי אינטרנשיונל, 12.12.2016.

65 סעיף 285(א) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009.

66 שם, סעיף 285(ב).

67 שם, סעיף 287(א).

בישראל, אולם בעוד ששופט בישראל שוקל את "בטחון המדינה", שופט צבאי בשטחים צריך לשקול את "בטחון האזור".⁶⁸

הכללים הדיוניים הנוהגים בישראל, שעיקרם שמיעת העובדות התומכות בבקשה במעמד צד אחד מבלי שמידע זה גלוי לעצור, מתקיימים גם בהליכי מעצר מינהלי בשטחים. בשונה מהמצב השורר בישראל, שבהם נציג השב"כ מופיע לכל דיון מעצר, בתי המשפט הצבאיים בשטחים מאפשרים להגיש את החומר המודיעיני בכתב, על ידי התובע, שלא בנוכחות נציג השב"כ. ההצדקה המקורית לכך הייתה היקפם הגדול של המעצרים המינהליים בשטחים באינתיפאדה השנייה, ומאז התקבע הנוהג שבית המשפט מקבל לידיו את הסיכום הכתוב, והתביעה הצבאית היא הגורם המשיב על שאלות בית המשפט בנושא. כמו כן, בשונה מהמצב השורר בישראל, במעצר מינהלי בשטחים לא מתקיים הליך של עיון מחודש, כך שהלכה למעשה מתקיימת חובת דיון אחת בכל צו מעצר מינהלי.

הצו בדבר הוראות ביטחון קובע זכות ערעור על החלטת השופט הצבאי. כאמור בצו, הערעור יישמע לפני שופט של בית המשפט הצבאי לערעורים,⁶⁹ ואפשר לעתור לבג"ץ על החלטת בית המשפט הצבאי לערעורים. עתירות כנגד צווי מעצר מינהלי בשטחים נשמעות לפני בג"ץ כעניין שבשגרה, וכתוצאה מכך במעצר מינהלי בשטחים יש בפועל 3 ערכאות – ערכאה ראשונה, ערכאת ערעור ובג"ץ.

8.2.1.3. סמכות המעצר המינהלי מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בא לעולם לאחר פסיקת בג"ץ בעניין "קלפי המיקוח",⁷⁰ ותכליתו המקורית הייתה לעקוף את האיסור שנקבע בפסק

68 "אם הוכח לו שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של בטחון המדינה או של בטחון הציבור או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לעניין". סעיף 4(ג) לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979. ובדומה לכך: "אם הוכח לו שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של בטחון האזור או של בטחון הציבור, או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לעניין". סעיף 287 לצו בדבר הוראות ביטחון, התש"ע-2009.

69 שם, סעיף 288.

70 דנ"פ נ' שר הביטחון (לעיל הערה 4), פ"ד נד (1) 721.

הדין ולאפשר את כליאתם של נתינים זרים החשודים בהיותם פעילים בארגוני טרור, הנחשבים ל"לוחמים בלתי חוקיים", לשם שימוש אפשרי בהם במשא-ומתן צפוי על עסקאות חילופי שבויים.⁷¹ בסופו של דבר נמחקה תכלית זו מהחוק, אולם בעצם חקיקתו נוצר מסלול נוסף של מעצר מינהלי. שאלת חוקיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נדונה במסגרת ערעור שהוגש כנגד מעצרו של שני תושבי רצועת עזה שנעצרו בהתאם להוראות החוק.⁷² בתמצית, בית המשפט העליון אישר את חוקיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אולם גדר לשימוש בו סייגים אחדים.

תכליתו של החוק היא לאפשר מעצר מינהלי של מי שמוגדר כ"לוחם בלתי חוקי" על מנת למנוע סכנה לכיטחון המדינה הנשקפת ממנו, במקרה של מעשי איבה בין ארגון הטרור שאותו עצור משתייך אליו לבין מדינת ישראל, ובמטרה למנוע את חזרתו של אותו אדם ללחימה נגד ישראל. מבחינת תחולתו, חוק זה חל על נתינים זרים וכן על תושבי רצועת עזה, שתחיקת הביטחון בעניינם בוטלה לאחר ההתנתקות ויציאת כוחות צה"ל משטחי הרצועה בשנת 2005. החוק לא יחול על אזרחי ישראל ותושבי ישראל, שלגביהם סמכות המעצר המינהלי היא מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), וככל הנראה גם לא על תושבי יהודה ושומרון, שסמכות המעצר המינהלי לגביהם היא מכוח תחיקת הביטחון שהוציא המפקד הצבאי בשטחים. בית המשפט הותיר אומנם את השאלה לגבי תחולת החוק על תושבי יהודה ושומרון ב"צריך עיון", אולם בפועל, מאז חקיקתו לא נעצרו תושבי יהודה ושומרון מכוח חוק זה.⁷³

החוק חל על אזרחים הנחשבים ל"לוחמים בלתי חוקיים", בהתאם לקביעה בעניין זה בבג"ץ הסיכול הממוקד,⁷⁴ ועל המדינה החוכה להראות מסוכנות אינדיווידואלית הנשקפת לכיטחון המדינה מהעצור. זו נקודה מהותית ביותר,

71 קרמניצר, בן יהודה, רוזלר, רוטשילד אליאסי ורום (לעיל הערה 11), עמ' 142.

72 בהרכב בראשות הנשיאה ביניש והשופטים פרוקצ'יה ולוי. ע"פ 6659/06, פלוני ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד טב (4) 329.

73 שם, סעיף 11.

74 בג"ץ 769/02, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נגד ממשלת ישראל ואח', פ"ד טב (1) 507.

שכן היא עומדת בסתירה מובהקת לתכליתו המקורית של החוק, שהייתה לאפשר מעצר על פי עצם ההשתייכות לארגון עוין, בלי קשר למידת הסיכון הספציפי הנשקף מהעצור. בית המשפט העליון ביטל אפשרות זו ומטעמי הזכות לכבוד ולחירות קבע כי מוטלת על המדינה החובה להראות טעם למעצר הנובע מסיכון ספציפי הנשקף מפעילותו של העצור הקונקרטי כדי להצדיק את המעצר. מאחר שכל תכליתו של החוק היא מניעתית, אזי בית המשפט קבע כי לא די בהוכחת תרומה שולית או רחוקה של העצור לארגון הטרור אלא על המדינה להראות זיקה של ממש שיש בה כדי לקבוע כי העצור הוא חלק ממאמץ הלחימה של אותו ארגון.

המבחנים האחרים שפותחו בפסיקת בית המשפט העליון במרוצת השנים בנוגע למעצרים מינהליים – כגון עדיפות המסלול הפלילי, במקרה שיש ראיות להעמדה לדין; הצורך בראיות "משכנעות וברורות", כמובן של כמות הראיות, איכותן וערכניותן; אפשרות ההסתמכות על ראיות מינהליות, כלומר ראיות שלא היו קבילות במשפט פלילי וכן על חומר חסוי וסדרי דין מיוחדים – כל אלה תקפים גם בהליך המעצר המינהלי לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

8.2.1.4. האם אפשר לוותר על השימוש במעצר מינהלי?

מעצר מינהלי הוא סמכות קיצונית ועומד בסתירה לכללי היסוד של המשפט, המחייבים הליך הוגן, המסתמך על ראיות העומדות ברף הקבילות והמשקל הנהוגים במשפט פלילי, על חשיפת החשוד לראיות נגדו ומתן אפשרות ממשית לחשוד להתעמת עם הראיות, לסתור אותן או למצער לערער את מהימנותן ולעורר ספק סביר באשמתו. אין מחלוקת שמעצר מינהלי אינו מקיים דרישות אלו, ולפיכך עצם האפשרות למעצר מינהלי הוא עניין שיש לבחון תדיר את ההצדקה לקיומו.

נראה כי יש להבחין הבחנה חדה בין המצב בישראל למצב בשטחים: בעוד שבשטחים האוכלוסייה ככלל תומכת במשטר הקיים במדינה ובמערכת המשפט הנגזרת ממשטר זה, הרי שבשטחים המצב הפוך: האוכלוסייה הפלסטינית נמצאת תחת תפיסה לוחמתית וחלים עליה דיני הכיבוש הצבאיים. כלומר, הנחת המוצא היא שלאוכלוסייה זו יש התנגדות בסיסית, עזה ומוחלטת למשטר הצבאי ולמערכת המשפט שנגזרת ממנו. שני מצבי בסיס אלו השונים בתכלית זה מזה

מצדיקים את ההבחנה בין ישראל לשטחים, בוודאי מבחינת היקף השימוש במעצר המינהלי, ובמידה רבה גם את קיומו.

בעוד שבשטחים, הן מבחינת היקף האלימות והטרור לאורך השנים והן מבחינת כללי המשפט הבינלאומי, קיימת הצדקה משפטית ומהותית לנקיטת מעצר מינהלי כדרך אפקטיבית, ולעיתים בלעדית, לסיכול טרור, הרי שבישראל, הן המשטר החברתי והמשפטי בה והן המספרים הנמוכים עד מאוד של העצורים המינהליים מעלים לכאורה ספק באשר לנחיצותו. מובן שביטול השימוש במעצרים מינהליים בישראל כרוך בסיכונים, אולם ייתכן מאוד שהגיעה העת לבחון אם במסגרת האיזונים והמחירים שבצידם שחברה דמוקרטית מקבלת על עצמה על מנת לקיים את ערכי הדמוקרטיה, ובכללם את ערך ההליך ההוגן, לא הגיעה העת לבטל כליל את המעצר המינהלי בישראל. מניסיון ארוך שנים דומני כי המציאות הנפיצה השוררת גם בישראל, לרבות האיום הקבוע סביב סוגיית הר הבית, מכל הצדדים, מצדיקה לעת הזאת שמירת כלי זה בידי הרשויות, אך רק למצבים קיצוניים בלבד שיש בהם סיכון לחיים. השימוש המועט יחסית במעצר מינהלי בישראל מלמד כי הרף למעצר מינהלי גבוה ואינו משמש כעניין של מה בכך. חשוב להמשיך ולשמור רף זה למצבים חריגים, שנועדו למנוע סיכון ממשי לחיים, ולתכלית זו בלבד.

8.2.2. צווי הגבלה ופיקוח אמצעים מינהליים אחרים המשמשים, בעיקר ביוזמת השב"כ, למניעת פגיעה בביטחון המדינה הם צווי הגבלה ופיקוח, הנקראים בלשון תקנות ההגנה (שעת חירום) "צווי צמצום והשגחה".⁷⁵ נוסף על כך, בתקנות לשעת חירום קבועה סמכות בידי שר הפנים למנוע יציאת אדם מישראל.⁷⁶ מאחר שמעקרון המידתיות נובע כי חובה על הרשויות לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה, אזי כל אימת שאפשר להשיג את התכלית המניעתית שביסוד הצו המינהלי בדרך של הגבלה ולא בדרך של מעצר יש להעדיף צו הגבלה על פני צו מעצר מינהלי.

75 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, צווי צמצום והשגחה.

76 תקנה 6 לפקודת הארכת תוקף של תקנות־שעת חירום (יציאה לחוץ-לארץ), החש"ט-1948.

צווי הגבלה ופיקוח עשויים לכלול שורה של מגבלות וחובות, כגון הגבלה שלא להימצא באזור מסוים, הגבלה שלא לצאת מהבית או מאזור הנקוב בצו, או איסור על יצירת קשר עם אנשים מסוימים ששמותיהם או תפקידיהם נקובים בצו, חובת התייצבות בתחנת משטרה במועדים הקבועים בצו ועוד. לעיתים מוטלות על אותו אדם כמה מגבלות יחדיו ולעיתים רק אחת. צווי ההגבלה ניתנים להארכה, ובניגוד לצווי מעצר מינהליים הפעלתם אינה גוררת חובת ביקורת שיפוטית. כתוצאה מכך הביקורת השיפוטית מופעלת רק אם מוגשת עתירה לבית המשפט.

8.2.2.1. מקור הסמכות והיקף הסמכות להוצאת צווי הגבלה בישראל

הסמכות להוצאת צווי הגבלה ופיקוח בישראל מסורה למפקד פיקוד העורף, מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום).⁷⁷ כידוע, תקנות ההגנה נקלטו לתוך הדין הישראלי לאחר סיום המנדט הבריטי והקמת מדינת ישראל,⁷⁸ אז נקבע כי סמכויות שהוענקו לנציב העליון יהיו נתונות לממשלה הזמנית במדינת ישראל. תקנות ההגנה מהוות חקיקה ראשית, ותוקפן אינו מותנה בקיומה של הכרזה לגבי שעת חירום במדינה. בתי המשפט קבעו פעמים רבות כי תקנות ההגנה הן בבחינת דין קיים העומד בתוקפו גם לאחר המהפכה החוקתית, מכוח שמירת הדינים.⁷⁹

סמכותו של מפקד פיקוד העורף מוגבלת לשטח מדינת ישראל בלבד. היינו, אין בסמכותו להוציא צווים מכוח תקנות ההגנה לתושבי השטחים, לרבות כנגד ישראלים המתגוררים בשטחים – לגביהם הסמכות היא מכוח תקנות ההגנה החלות בשטחים ומכוח הצו בדבר הוראות ביטחון. המפקד הצבאי המוסמך בעניין יהודה ושומרון, הן על הפלסטינים והן על הישראלים המתגוררים שם, הוא מפקד פיקוד המרכז.

הסמכויות הנקובות בתקנות ההגנה כוללות הגבלות משני סוגים: האחד, הקרוי בלשון הארכאית של התקנות "צווי צמצום", כולל הגבלות על מקום הימצאו של

77 תקנות 108-110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

78 בהתאם להוראות סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, הח"ח-1948.

79 בג"ץ 8026/16, שמשון רפאל מוריס ואח' נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 2016), והמובאות שם.

האדם, היינו שלא ימצא באזורים הנקובים בצו,⁸⁰ חיובו להודיע על תנועותיו לרשויות,⁸¹ איסור להחזיק או להשתמש בחפצים מסוימים,⁸² וכן הגבלות על קשריו עם אחרים, לרבות הגבלות על חופש הביטוי,⁸³ למשל איסור להיפגש עם זרים. סוג אחר של הגבלות הקבועות בתקנות ההגנה נקרא "צווי השגחה", ובהם כלולות הוראות לעניין התחום שבו יוגבל האדם מלהתגורר בו,⁸⁴ ואם ירצה להעתיקו יידרש להרשאת המשטרה,⁸⁵ וכך אם ירצה לצאת מהתחום המוגבל שנקבע בצו.⁸⁶ כמו כן ניתן לדרוש מהאדם להתייצב בתחנת המשטרה שנרשמה בצו ובמועדים שנקבעו בו,⁸⁷ וכן להורות לו להישאר במעצר בית "לאחר שקיעת החמה ועד להנץ החמה",⁸⁸ ובמהלך זמן זה המשטרה מוסמכת לבקר בבית על מנת לוודא את הימצאותו שם בהתאם לצו.⁸⁹

מי שהוצא נגדו צו מכוח תקנות ההגנה זכאי לשימוע, אם לפני הוצאת הצו ואם סמוך לאחר הוצאת הצו. דרך התקיפה השיפוטית של צווי הגבלה שהוצאו מכוח תקנות ההגנה היא באמצעות עתירה לבג"ץ, והביקורת השיפוטית מתמצית בשתי אמות מידה עיקריות שלאורן בית המשפט בוחן את חוקיות הצו: ראשית, אם צו ההגבלה שהוטל על האדם עולה בקנה אחד עם התכלית המניעתית שבגינה הוצא; שנית, מידתיות הפגיעה באדם שכנגדו הוצא הצו אל מול הצורך הביטחוני שהצו מבקש לענות עליו.⁹⁰

80 תקנה 109(1)(א) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

81 שם, תקנה 109(1)(ב).

82 שם, תקנה 109(1)(ג).

83 שם, תקנה 109(1)(ד).

84 שם, תקנה 110(2)(א).

85 שם, תקנה 110(2)(ב).

86 שם, תקנה 110(ג).

87 שם, תקנה 110(ה).

88 שם, תקנה 110(ו).

89 דומה שהטכנולוגיה (איזוק אלקטרוני וכו') עדיין לא חדרה למחוזות אלו.

90 בג"ץ 5211/04 מרדכי ואנונו ואח' נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח (6) 644, פסקה 7.

8.2.2.2. מקור הסמכות והיקף הסמכות למנוע יציאת אדם מישראל

הסמכות למנוע יציאת אדם מישראל קבועה בפקודת הארכת תוקף של תקנות-שעת חירום (יציאה לחוץ-לארץ), שהיא בגדר חקיקה ראשית,⁹¹ וכאמור שם, סמכות זו מסורה לשר הפנים.⁹² העילה להפעלת הסמכות מנוסחת באופן רחב: "אם קיים יסוד לחשש שיציאתו עלולה לפגוע בבטחון המדינה". לסעיף זה הוספה במפורש סמכות שר הפנים להתיר את האיסור "כתנאים, בסייגים ובהגבלות שייראו לו".⁹³ תוקפה של הוראת חוק זו נשמר גם לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכולל את הפסקה "כל אדם חופשי לצאת מישראל",⁹⁴ מכוח סעיף שמירת הדינים.⁹⁵

המבחן ששר הפנים נדרש לו בבואו להחליט אם לקבל את המלצת השב"כ למנוע יציאת אדם מישראל הוא זכותו של הפרט לחופש תנועה מול שיקולים של ביטחון המדינה. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי המבחן ששר הפנים נדרש להעמיד לנגד עיניו הוא מבחן "החשש הכן והרציני" שיציאתו של אותו אדם מהארץ תפגע בביטחון המדינה.⁹⁶ מכאן שראשית יש להראות קשר סיבתי בין הגבלת חופש התנועה בצורה של מניעת היציאה מהארץ לבין החשש הביטחוני. נוסף על כך יש להראות כי אותו חשש ביטחוני הוא בדרגת חומרה המצדיקה את הפעלת הסמכות וכי הוא עומד בכללי המידתיות מבחינת משך זמן ההגבלה,

91 פקודת הארכת תוקף של תקנות-שעת חירום (יציאה לחוץ-לארץ), התש"ט-1948.

92 שם, תקנה 6. נוסף על כך נדרש היתר מיוחד לאזרח ישראלי המבקש להיכנס לארצות המנויות בחוק למניעת הסתננות (היתר ושיפוט), התשי"ד-1954, והסמכות ליתן היתר זה מצויה כיום בסעיף 7א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ומסורה לשר הפנים או לראש הממשלה.

93 בחיקון שהתקבל בשנת 2018.

94 סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

95 בג"ץ 2390/10, עלא חליחל ואחי' נ' שר הפנים ואחי' (פורסם בנבו, 2010); בג"ץ 5211/04, מרדכי ואנונו ואחי' נ' אלוף פיקוד העורף ואחי' (לעיל הערה 90); בג"ץ 2691/06, שייח' מחמוד ג'בר סיף ועוד 4,010 אחרים נ' ראש ממשלת ישראל ואחי' (פורסם בנבו, 2006); בג"ץ 4706/02, שיחי' ראידי סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו (5) 695.

96 שם; בג"ץ 448/85, עו"ד כמאל דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701.

היקפה הגאוגרפי ומידת הפגיעה הקונקרטית בעניינו האישי של האדם שיציאתו נמנעה.⁹⁷

8.2.2.3. ייזום הוצאת צווי הגבלה ופיקוח בישראל על ידי השב"כ לרבות מניעת יציאה מן הארץ

לצורך מימוש תפקידי השב"כ הוא יוזם הפעלה של צווי הגבלה וצווי מניעת יציאה מן הארץ בהיקף ניכר: בשנים האחרונות הוצאו עשרות צווי הגבלה מכוח תקנות ההגנה, בעיקר כנגד פעילי ימין קיצוני וכן הוצאו עשרות צווי מניעת יציאה מן הארץ.⁹⁸ רוב צווי ההגבלה כללו הגבלה על יצירת קשר עם אחר או אחרים הנקובים בצו, רבים אחרים היו צוויים לאיסור כניסה לאזור מסוים. צוויים מעטים מורים על מעצר בית לילי ועל חובת התייצבות בתחנת משטרה.

צוויים מכוח תקנות אלו מוצאים מזה שנים כנגד מרגל האטום מרדכי ואנונו. צווי הפיקוח שהוצאו כנגד ואנונו, ממועד שחרורו מן הכלא בשנת 2004 ולאורך השנים שחלפו מאז, הם בבחינת חריג המעיד על הכלל. אין עוד ישראלי שכנגדו הוצאו צוויים בהיקף כזה ולאורך זמן כה ממושך. בתי המשפט עסקו לא אחת בעתירות ובהליכים אחרים שנגזרו מצוויים אלו, לרבות הליכים בגין הפרת הצוויים,⁹⁹ ולאחר שהשתכנעו כי יש סיכון מתמשך שהסרת הצוויים תביא לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, גם בחלוף עשרות השנים מאז סיים ואנונו את עבודתו בקריה למחקר גרעיני בדימונה, הם אישרו שוב ושוב את הצוויים.¹⁰⁰

97 בג"ץ שייח' ראיד סלאח (לעיל הערה 95).

98 מנתונים שמסר היועץ המשפטי של פיקוד העורף אלירן בן אליעזר, המופיעים בעמ' 9 לפרוטוקול ישיבת ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 25.10.2017, אחר הכנסת, עולה כי בשנת 2013 הוצאו 12 צוויים; בשנת 2014 הוצאו 18 צוויים; בשנת 2015 – 63 צוויים; בשנת 2016 – 99 צוויים; בחציון הראשון של שנת 2017 הוצאו 46 צוויים.

99 ת"פ 17212-05/16, מדינת ישראל נ' מרדכי ואנונו (פורסם בנבו, 2017).

100 בג"ץ 5881/19, מרדכי ואנונו נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 2019); בג"ץ 5113/15, מרדכי ואנונו נ' היועץ המשפטי לממשלה, מפקד פיקוד העורף ואח' (פורסם בנבו, 2017); בג"ץ 4949/14, מרדכי ואנונו נ' היועץ המשפטי לממשלה, מפקד פיקוד העורף ואח' (פורסם בנבו, 2015). וראו הפירוט שם לגבי ההליכים הקודמים.

8.2.2.4. הסמכות להוצאת צווי הגבלה בשטחים

הסמכות להוצאת צווי הגבלה ופיקוח בשטחי יהודה ושומרון קבועה בצו בדבר הוראות ביטחון.¹⁰¹ סמכות זו כוללת הוצאת צווי הגבלה ופיקוח וכן צווי תיחום מקום מגורים לכל אדם המצוי בשטחי יהודה ושומרון, והוא חל על פלסטינים ועל ישראלים המתגוררים בשטחים. כאמור בצו בדבר הוראות ביטחון, קיימת זכות ערעור על צווי שהוצאו מכוחו, לפני ועדת ערעורים שנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים בשטחים ממנה.

סמכותו של המפקד הצבאי להוציא צווי הגבלה, לרבות צווי תיחום מגורים, נובעת הן מסמכותו בהתאם לאמנות ז'נווה,¹⁰² והן מתחולתן של תקנות ההגנה בשטחי יהודה ושומרון. הכללים לעניין אופן הפעלת שיקול הדעת זהים לכללים הנוהגים בדין הישראלי: ראשית, יש להראות מסוכנות אישית אינדיווידואלית ממי שכנגדו מוצא הצו, ולא די בשיקולי הרתעה כלליים;¹⁰³ שנית, חובה להראות כי קיים קשר בין הסנקציה המבוקשת לבין הסכנה הנשקפת מאותו אדם, על בסיס ראיות "ברורות ומשכנעות",¹⁰⁴ וכי מתקיים מבחן המידתיות.

בשנים האחרונות מוצאים צווי הגבלה ופיקוח וכן צווי תיחום מגורים מכוח סמכותו של המפקד הצבאי בשטחים בעיקר נגד ישראלים. הסיבות העיקריות לכך הן שקשה הרבה יותר לאכוף צווי הגבלה כנגד פלסטינים, ולכן השיקול של הוצאת צו הגבלה מינהלי כתחליף לצו מעצר מינהלי כמעט שלא מתקיים כשמדובר בפלסטינים. נוסף על כך, השאיפה למנוע פעולות טרור מצד פעילי ימין קיצוני כלפי פלסטינים והנכונות הקיימת אצל חלקם לנקוט פעולות אלימות גם כלפי כוחות הביטחון דוחקות את השב"כ לפעול באמצעים שונים, וצווי

101 טימן ג, טעיפים 295-297 לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה והשומרון) (מס' 1651), החש"ע-2009.

102 טעיף 78 לאמנת ז'נווה הרביעית (לעיל הערה 62), עמ' 559.

103 בג"ץ 9535/03 טהא רמאדן ראתב דיוק נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2003); בג"ץ עג'ורי (לעיל הערה 3), פ"ד נו (6) 3.

הגבלה ופיקוח מינהליים הם כלי מרכזי בפעולות המניעה כנגד הסיכון הנשקף מפעילותם של יעדים אלו.

8.2.2.5. צווים מינהליים בישראל ובשטחים - מגמות

כיום מצויה על שולחן הכנסת הצעת חוק,¹⁰⁵ שהדיון בה פוצל מהדיון בחוק המאבק בטרור, הכוללת בין היתר הוראות הבאות להחליף את תקנות ההגנה לעניין צווי הגבלה ופיקוח.¹⁰⁶ עיקרי הצעת החוק הם: ראשית, לקבוע מפורשות את צווי ההגבלה כחלופה ישירה לצו מעצר מינהלי, להעביר את הסמכות להוצאת צו הגבלה מסמכות מפקד צבאי לשר הביטחון ולקבוע רשימת הגבלות הדומה להגבלות המופיעות בתקנות ההגנה, הכוללת גם את הסמכות, המסורה כיום לשר הפנים, להורות על מניעת יציאה מן הארץ של האדם ששמו נקב בצו.¹⁰⁷

צווי הגבלה ופיקוח בישראל ובשטחים וכן צווי מניעת יציאה מן הארץ הם כלים רבי עוצמה וגלומה בהם פגיעה ניכרת בחירויות האדם והאזרח. אין להקל ראש באמצעים אלו, גם אם פגיעתם פחותה מאמצעים אחרים, לדוגמה מעצר מינהלי. מזווית הביטחון מדובר בכלים חשובים בארסנל הסיכול והשיבוש של פעילות כנגד ביטחון המדינה שבידי השב"כ. יתרונותיהם של כלים אלו הם באפשרות להתבסס על מקורות מידע חשאיים וביכולת למנוע סיכון העומד להתרחש, וחשיבותם נובעת גם מכך שמדובר בכלים שפגיעתם פחותה בהרבה מהשימוש במעצר מינהלי.

צווים מינהליים היו לציננים בעיני ארגוני זכויות אדם וגם בעיני תומכיהם של פעילי הימין הקיצוני. בניגוד לאזרחי ישראל הערבים, ובוודאי לפלסטינים, הימין הקיצוני בישראל יודע להגיע לעמדות כוח, לרבות בכנסת, ולכן יש לצפות כי חילוקי הדעות בין רשויות הביטחון ואכיפת החוק, בראש ובראשונה השב"כ ומשרד המשפטים, לבין המבקשים להחליש את הכלים המופעלים על ידו יימשכו ואף יחריפו.

105 הצעת חוק סמכויות מנהליות (מעצרים והגבלות).

106 תקנות 108-110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

107 ראו הפירוט במסמך ההכנה לוועדת החוקה, חוק ומשפט.

8.3 הריסת בתים

קולמוסין רבים נשתברו, וחזקה שעוד ישתברו, בסוגיות החוקיות והמוסריות של הפעלת צווי הריסת בתים כנגד מחבלים,¹⁰⁸ ואף בית המשפט העליון בכבודו ובעצמו משמיע קולות בנושא, מתמהמה, מכעכע, ונמנע במשך שנים ארוכות לומר באופן ברור את דברו. בניגוד לאמצעים המינהליים האחרים, שבהם השיקול העיקרי הוא מניעת הסכנה הנשקפת מפעילותו של האדם שכנגדו מוצא הצו, כאשר מדובר בהריסת בתים שיקול זה אינו קיים, באשר במקרים רבים המחבל נהרג ובמקרים אחרים ייאסר לשנים רבות. לכן שיקולים של הרתעת מפגעים פוטנציאליים, שנדחו על ידי בית המשפט העליון כלא מספקים לשם נקיטת סנקציות אחרות, כצו מינהלי,¹⁰⁹ הם השיקולים הדומיננטיים כאשר מדובר בהריסת בתים. את המחיר המידי משלמת משפחת הנפגע, גם בלא צורך להוכיח כי הם תמכו במחבל, עודדו אותו, או אף היו מודעים לתוכניותו הרצחניות.

זאת ועוד, כל האמצעים המינהליים האחרים, לרבות מעצרים מינהליים, מופעלים כנגד חשודים בפעילות נגד ביטחון המדינה, בין שמדובר ביהודים ובין שמדובר בערבים, ואילו הריסת בתים מופעלת אך ורק כנגד פלסטינים, אם בגדה המערבית כולה (לרבות, כפי שנפסק בבית המשפט העליון, בשטחי A¹¹⁰), ואם במזרח ירושלים.¹¹¹ סוגיות כבדות משקל אלו – של הרצון להרתיע מפגעים פוטנציאליים ובכך להציל חיים, ומצד אחר שאלות של מוסר וחוק המחייבות להימנע מענישת אחרים, לאור הכלל היסודי במשפט שהוא "איש בחטאו יומת",¹¹² בתוספת לחץ ציבורי ופוליטי כבד לפגוע ומייד בבית המחבל, לחץ

108 גיל, תובל ולוי (לעיל הערה 11): כהן ומימרן (לעיל הערה 11): עמיחי כהן, "על שוויון והריסת בתים", אתר המכון לדמוקרטיה, 5.7.2017; גיא הרפז ועמיחי כהן, "הריסת בתים בביקורת בג"צ: יש (בית) שופטים בירושלים", משפט וממשל יט (2018), עמ' 43; גיא הרפז ועמיחי כהן, "הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופע מייד (בדיון נוסף)", משפט וממשל כ: (2019), עמ' 205.

109 בג"ץ עג'ורי (לעיל הערה 3).

110 בג"ץ 5290/14, סעדי עאל עפו קואסמה ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית ואח' (פורסם בנבו, 2014).

111 בג"ץ 5376/16, חוסין אבו חדיר ואח' נ' שר הביטחון ואח' (פורסם בנבו, 2017).

112 לירון ליבמן, האף תספה צדיק עם רשע? אמצעי ביטחון וענישה קולקטיבית, מחקר מדיניות 125, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019.

שאינן לו מקבילה באמצעים מינהליים אחרים – כל אלה עומדות במלוא חריפותן, זו מול זו, בסוגיה זו.

8.3.1. אונן דרך מרכזיות מאז ומתמיד ראתה מדינת ישראל בהריסת בתים כלי הרתעה כנגד מחבלים, וכמהלך

השנים נהרסו אלפי בתים בשטחי יהודה ושומרון, ברצועת עזה (עד להתנתקות) ובמזרח ירושלים. גם לאחר חקיקת חוקי היסוד (1992) נמשכה הריסת בתים במזרח ירושלים. מבחינה משפטית, מאחר שהחוק המסמך היה בתוקפו עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד,¹¹⁵ קבע בית המשפט העליון כי יש לפרש את התקנה המסמיכה, היא תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) ברוח חוקי היסוד.¹¹⁴

בשנת 2005 החליט הרמטכ"ל להפסיק את הריסת הבתים בשטחים, לאחר שאימץ המלצות של צוות בדיקה בראשות האלוף אורי שני. הסיבה העיקרית להמלצה הייתה שאף שדעת המשפטנים הצבאיים היא שמדובר בפעולה חוקית, הריסת בתים אינה נתפסת כאמצעי לגיטימי, בוודאי במבצנים בינלאומיים, ולכן נתונה לביקורת קבועה. שר הביטחון דאז שאול מופז גיבה את החלטת הרמטכ"ל, והריסות הבתים בשטחי יהודה ושומרון הופסקו עד לשנת 2014. הריסות בתים חודשו במזרח ירושלים בשנת 2008, בעקבות סדרת פיגועים, הראשון שבהם התרחש בישיבת מרכז הרב, ולאחריו אירעה שרשרת פיגועי דריסה. מפקד פיקוד העורף חתם על שלושה צווי הריסה, והמבנים נהרסו לאחר שנדחו עתירות שהוגשו כנגד הפעלת הסמכות.¹¹⁵ כאמור, בשנת 2014 חודשו הריסות הבתים גם בגדה המערבית. על פי נתוני בצלם, בשנים 2014–2018 נהרסו למעלה מ-50 בתים מכוח צווים מינהליים שהוצאו בהתאם לתקנה 119.¹¹⁶

113 תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

114 דנג"ץ 2161/96, שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ (4) 485; בג"ץ 10467/03, שרבתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח (1) 810; ובמקומות אחרים.

115 בג"ץ 9353/08, הישאם אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, 2009); בג"ץ 124/09, תיסיר דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 2009); בג"ץ 5696/09, מחמוד מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף – האלוף יאיר גולן (פורסם בנבו, 2009).

116 "נתונים על הריסת בתים כאמצעי ענישה", אתר בצלם, 2019.

8.3.2. שיקולים בהפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) היא
הסמכות להוצאת מקור הסמכות להריסת בתים בישראל, ומכוחה
מוסמך מפקד פיקוד העורף להוציא צווים
להריסת בתים.¹¹⁷ הלכה למעשה סמכות זו של
מפקד פיקוד העורף מופעלת כלפי מחבלים פלסטינים תושבי מזרח ירושלים
בלבד. תקנה 119 לתקנות ההגנה חלה גם בשטחים, ומכוחה מוסמך מפקד פיקוד
המרכז ומפקד צבאי מכוחו להורות על הריסת בתים בשטחי יהודה ושומרון.¹¹⁸
ההלכות המרכזיות העולות מפסיקת בית המשפט בעניין הריסת בתים הן,
בתמצית, כדלקמן.

8.3.2.1. הרתעה ומניעה ולא ענישה

ראשית, מדובר באמצעי הרתעה ולא ענישה. זו הרטוריקה הקבועה של בית המשפט העליון.¹¹⁹ מאחר שברובם המכריע של המקרים המחבל עצמו נהרג או נכלא לשנים ארוכות, ברי כי ההרתעה מכוונת כלפי מפגעים פוטנציאליים, ובמידה מסוימת גם כלפי בני משפחותיהם של אותם מחבלים פוטנציאליים על מנת שיניאו אותם מלכצע פעולה שעלולה להביא להריסת בית המשפחה, כולו או חלקו. בית המשפט שב וחוזר על כך שלדידו התכלית היחידה של ההריסה היא הרתעה. הלחץ הפוליטי והציבורי להיפרע ממחבלים שביצעו מעשים נפשעים לא נעלם מעיני בית המשפט, וכאמור בדברי השופט רובינשטיין: "דבר זה ראוי

117 תקנה 119 "החרמה והריסה של רכוש וכו'" לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

118 וכן מכוח סעיף 264 לצו בדבר הוראות ביטחון, התש"ע-2009. כותרתו "החרמה והריסה של רכוש", והוא קובע:

מפקד צבאי ראשי להפעיל את סמכויותיו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 כלפי בית, מבנה או קרקע המצויים באזור, גם בגין מעשה אשר נעשה מחוץ לאזור ואשר לו היה נעשה באזור היה מאפשר הפעלת סמכויותיו על-פי התקנה האמורה.

119 בג"ץ 4597/14, מוחמד חסאן חליל עואודה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 2014), דברי המשנה לנשיאה, מרים נאור: "ההלכה הפסוקה קבעה כי תכליתה של הריסת הבתים אינה להעניש כי אם להרתיע", וההפניות שם. ראו גם בג"ץ **סעדי עאל עפו קואסמה (לעיל הערה 110)**, דברי השופט דנציגר: "תכליתה של הסמכות המוקנית למפקד הצבאי בתקנה 119 לתקנות ההגנה היא להרתיע מחבלים פוטנציאליים מלבצע פיגועי טרור וליטול חיי אדם, תכלית שלא ניתן להפריז בחשיבותה", וההפניות שם.

שיתנו אל לבם כל הנוגעים בדבר, לרבות בדרגים המדיניים; הרתעה ולא עונש" (ההרגשה במקור).¹²⁰ בשל תכלית זו של הרתעת אחרים, העובדה שהמפגע נהרג או צפוי להיענש בדין פלילי אין בה כדי למנוע את הפעלת הסמכות.¹²¹ יתר על כן, בית המשפט קבע כי על מנת להפעיל את הסמכות אין צורך בהרשעה פלילית אלא די בראיות מינהליות המצביעות על חומרת המעשים המיוחסים למפגע.¹²²

הבעייתיות העיקרית קשורה בכך שבמרבית המקרים מי שייפגע מההריסה הם בני המשפחה של המחבל, גם אם אין כל ראיות שהיו מעורבים בפעילותו הרצחנית, שידעו עליה או שתמכו בה.¹²³ גם לעניין זה קבע בית המשפט כי תכלית זו של הרתעת אחרים מצדיקה את הפעלת הסנקציה גם אם כתוצאה ממנה ייפגעו חפים מפשע. כדי לנסות לאזן את עוצמת הפגיעה נקבעה חובה על המפקד הצבאי להראות את הקשר בין ההריסה לבין שיקולי ההרתעה וכן לפעול באופן מידתי.¹²⁴

ביטוי קונקרטי לדומיננטיות של שיקול ההרתעה ניתן בפסק הדין שביטל את החלטת המפקד הצבאי להרוס בית מכוח תקנה 119, מן הטעם שהחלטת ההריסה התקבלה כשנה לאחר מעשה הטרור. משכך פסק בית המשפט ברוב דעות כי ההחלטה אינה סבירה ואינה ראויה, באשר אין היא מקיימת את יסוד ההרתעה העומד בבסיסה.¹²⁵

120 בג"ץ 1938/16, נג'אח עבד אללטיף אבו אלרוב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2016).

121 בג"ץ 4177/18, נסרין קבהא ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית ואח' (פורסם בנבו, 2018).

122 בג"ץ שרבאחי (לעיל הערה 114), פ"ד נח (1) 810; בג"ץ 8084/02, עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נו (2) 55.

123 בג"ץ 5943/17, פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2017), וההפניות שם; בג"ץ 8786/17, זיאד מוחמד חליל אבו אלרוב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (פורסם בנבו, 2017).

124 "על המפקד הצבאי להראות כי קיים צורך צבאי ממשי בהרתעה, כי הפעלת הסמכות אכן תיצור בפועל את ההרתעה הרצויה וכן כי הפעלת הסמכות תבצע באופן מידתי". בג"ץ טעדי עאל עפו קואסמה (לעיל הערה 110).

125 בג"ץ 6745/15, חאלד אבו חאשיה ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 2015).

שאלה נגזרת היא הערכת יעילותה של ההרתעה. העמדה העקיבה שבית המשפט העליון נוקט היא שעניין זה מסור לשיקול דעת של גורמי הביטחון,¹²⁶ ושזהו עניין שמטבעו עשוי להשתנות עם שינויים במצב הביטחוני. כלומר, גורמי הביטחון רשאים לשנות את המדיניות של הפעלת הסמכות, בוודאי בהתאם לשינויי הנסיבות.¹²⁷

8.3.2.2. קיומה של זיקת מגורים בין המפגע לבין הבית שתבקשים להרוס

כתנאי מקדים להפעלת הסמכות להריסת בית יש להצביע על כך שלמפגע הייתה זיקת מגורים ממשית למבנה,¹²⁸ ולא דווקא זיקת בעלות,¹²⁹ ואם נמצאה זיקת מגורים ממשית, לברוק אם הזיקה היא לחלק מהמבנה או לכולו.¹³⁰ הכלל הוא שאם מתברר כי ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה אזי היא תיחשב לזיקת המגורים הרלוונטית ועל המפקד הצבאי לצמצם את ההריסה ליחידת המגורים של המחבל.¹³¹

8.3.2.3. אופן יישום חובת המידתיות בהריסת בית

בית המשפט צמצם לאורך השנים את טווח הפרשנות של הפעלת הסמכות וקבע כי על המפקד הצבאי לנהוג במידתיות בעת הפעלת הסמכות.¹³² בתמצית, דרישת

126 בג"ץ מוחמד חסאן חליל עואודה (לעיל הערה 119), וההפניות שם.

127 בג"ץ 6288/03, סמירה סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח (2) 289; בג"ץ סעדי עאל עפו קואסמה (לעיל הערה 110).

128 בג"ץ 6026/94, נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח (5) 3.

129 בג"ץ 2492/19, אמין יוסף אבו לילה נ' אלוף פיקוד המרכז (פורסם בנבו, 2019).

130 בג"ץ 7040/15, חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 2015); בג"ץ 5141/16, מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2016).

131 בג"ץ 1730/96, עאדל סאלם ע/רבו סביח נ' האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ (1) 353.

132 בג"ץ עבאסי (לעיל הערה 122), פ"ד נז (2) 55; בג"ץ מוחמד חסאן חליל עואודה ואחי' (לעיל הערה 119), דברי המשנה לנשיאה, מריס נאור:

המידתיות משמעה החובה להצביע על קשר רציונלי בין האמצעי למטרה וכן שהתועלת בהפעלת הסנקציה עולה על הנזק.¹³³ באופן קונקרטי, דרישת המידתיות בהריסות בתים מתבטאת בין היתר בשאלות כגון מתי אפשר להסתפק באטימת חדר ומתי נחוצה הריסה של יחידת המגורים בשלמותה וכן התחשבות בשיקולים רלוונטיים שעליהם הצביעה פסיקת בית המשפט העליון. בין יתר השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול נמנים חומרת המעשה, מספר בני המשפחה העלולים להיפגע מההריסה, לרבות מגורי קטינים בבית, המידע על מעורבותם או תמיכתם במעשה והיתכנות מעשית של הריסה חלקית.

8.3.3. המחלוקת החוקתית בבית המשפט העליון

השאלה בעניין חוקתיות השימוש בסנקציה של הריסות בתים מעסיקה את בית המשפט העליון. שופטיו חלוקים בדעותיהם, והעימות בין הגישות השונות ממשיך להתקיים בלא

שבית המשפט מגיע להסכמה בנושא. טענות חוקתיות כנגד השימוש בתקנה 119 עולות חרשים לבקרים, ולמעשה נטענות כמעט בכל עתירה בעניין הריסות בתים.

עיסוק עקרוני מקיף בסוגיה נדון בעתירה שהגיש המוקד להגנת הפרט.¹³⁴ העותרים כיוונו כנגד חוקיות השימוש בתקנה 119 בשטחים, בין השאר בשל שינויים שחלו במשפט הבינלאומי, המצדיקים עיון מחודש בהלכות שנפסקו זה מכבר. עיקרי הטענות היו: ראשית, הריסת בתים סותרת את כללי המשפט הבינלאומי, ובמיוחד את האיסור, שיש לו תוקף מנהגי, בדבר ענישה קולקטיבית, ולכן התקנה אינה חוקית; הריסת בתים מפרה את עקרון המידתיות החל הן במשפט הבינלאומי והן

לשונה של התקנה מאפשרת הריסת מבנים במימדים רחבים ביותר. אולם, בפרשנותו אף התקנה, צמצם בית משפט זה את יישומה וביצועה וקבע כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו אף שמכותו מכוחה ולפעול במידתיות.

וראו גם ההפניות שם.

133 בג"ץ נגיאח עבד אללטיף אבו אלרוב (לעיל הערה 120).

134 בג"ץ 8091/14, המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון ואח' (פורסם בנבו, 2014), בהרכב השופטים רובינשטיין, חיות וסולברג.

במשפט הישראלי; תקנה 119 משמשת באופן מפלה, משום שהיא מופעלת אך ורק כלפי האוכלוסייה הפלסטינית, אף שהיו מקרים של מעשי טרור קשים על ידי טרוריסטים יהודים. העותרים הדגישו כי גם אם התכלית שבבסיס הריסת הבתים היא הרתעת אחרים, אין בכך להפחית את הפגיעה הלא מידתית בחפים מפשע כתוצאה מההריסה, ובכל מקרה אין בתכלית זו של הרתעה כדי לגבור על האיסור על ענישה קולקטיבית כאמצעי הרתעה. לטענת העותרים מכל הסיבות האמורות השימוש בתקנה 119 הוא פסול מעיקרו, ובפשטות אינו חוקי.

בית המשפט העליון דחה את העתירה נגד חוקיות הריסות הבתים פה אחד וקבע, ראשית, כי הסמכות המשפטית שרירה וקיימת. משנקבע כי נקודת המוצא היא שקיימת סמכות, התמקד הדיון המשפטי בסבירות הפעלתה של הסמכות. לעניין אופן הפעלת הסמכות קבע בית המשפט כי אין לקבוע באופן גורף כי כל הריסה היא בגדר ענישה קולקטיבית אלא יש לבחון את סבירות שיקול הדעת בכל מקרה לגופו, במבחני המידתיות, תוך כדי בחינת עניין ההרתעה. גם את הטענה שמדובר בהפעלה מפלה של הסמכות, כלפי ערבים בלבד, דחה בית המשפט מהנימוק שלא הונחה תשתית ראייתית מתאימה לטענה זו (השופט רובינשטיין), ואילו השופט סולברג קבע בפסק דינו כי "אין צורך באותה הרתעה סביבתית במגזר היהודי", באשר "השוני עולה על כל דמיון. הפער הוא עצום – באיכות הפיגועים, בכמות, ובעיקר לצורך ענייננו, ביחס הסביבה: גינוי תקיף והחלטי מקיר לקיר במגזר היהודי, מה שאין כן בצד שכנגד".¹³⁵ בקשה לדיון נוסף שהגישו העותרים נדחתה על ידי הנשיאה נאור בחודש נובמבר 2015.¹³⁶

ואולם, דחיית הבקשה לדיון נוסף לא הביאה לסיום המחלוקת בבית המשפט העליון. להפך. דומה שההחלטה רק העצימה את הוויכוח העקרוני בתוך בית המשפט בסוגיה זו. כך, זמן לא רב לאחר ההחלטה לדחות את הבקשה לדיון נוסף כתב השופט מזוז על הטענות העקרוניות שעלו כי אלו טענות כבדות משקל הראויות לביטול יסודי, שכן הן לא לובנו כל צורכן בפסיקת בית המשפט

135 שם, סעיף 15 לפסק דינו של השופט סולברג.

136 דג"ץ 360/15, המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר ואח' נ' שר הבטחון ואח' (פורסם בנבו, 2015).

העליון.¹³⁷ על דברים אלו חזר השופט מזוז בשורה של פסקי דין, והוא המבטא הנחוש והעקיב ביותר של הצורך בבירור ההלכה הקיימת, בעיקר כאשר מדובר בהריסה הפוגעת בבני משפחה חפים מפשע.¹³⁸ המבוכה ניכרת גם בדבריו של השופט שוהם באותו פסק דין, המבקש להימנע מלעסוק בסוגיות העקרוניות "לבל יהפוך מוסד זה מ'בית משפט' ל'בית שופטים'".¹³⁹ תהיות דומות וקריאה לבית המשפט העליון לבירור מקיף ויסודי של סוגיה זו על היבטיה השונים נשמעות חדשים לבקרים גם מאת השופט פוגלמן,¹⁴⁰ השופטת ברק-ארז,¹⁴¹ השופט ג'ובראן,¹⁴² ובמידה מסוימת גם השופט זילברטל.¹⁴³

עד כה, חרף הקריאות הרבות מתוך שורת שופטי בית המשפט העליון עצמו, במשך תקופה המצטברת כבר לשנים, לא התקיים דיון עקרוני בעניין בבית המשפט העליון. ואולם, גם כאשר השופטים ממשיכים לפסוק על פי ההלכה הקיימת, המאשרת את סמכות המפקד הצבאי להרוס בית מחבלים בהתאם לתקנה 119, ניטשת כל העת מחלוקת זוטא בהיבטי הסבירות והמידתיות של אופן הפעלת הסמכות: מצד אחד גישה מרחיבה לעניין סמכות המפקד הצבאי,¹⁴⁴ ומצד אחר

137 טענות אלו "לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש ומכל מקום לא מלא ועדכני". בג"ץ 7220/15, דועאא עליוה ואח' ני מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2015), סעיף 3 לפסק דינו של השופט מזוז.

138 בג"ץ 8150/15, דאוד אבו ג'ימל ואח' ני מפקד פיקוד העורף, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2015); בג"ץ 1630/16, מסודי פתחי זכריא ואח' ני מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו, 2016); בג"ץ זיאד מוחמד חליל אבו אלרוב (לעיל הערה 123); בג"ץ 8161/17, בהאא אלג'ימל ואח' ני מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 2017).

139 בג"ץ דועאא עליוה (לעיל הערה 137), סעיף 17 לפסק דינו של השופט שוהם.

140 בג"ץ 5839/15, ראאד סידר ואח' ני מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'; בג"ץ מסודי פתחי זכריא ואח' ני מפקד כוחות צה"ל (לעיל הערה 138).

141 בג"ץ נג'יאח עבד אללטיף אבו אלרוב ואח' (לעיל הערה 120); בג"ץ 8567/15, שפיך חלבי ואח' ני מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2015).

142 בג"ץ נג'יאח עבד אללטיף אבו אלרוב ואח' (לעיל הערה 120).

143 בג"ץ אבו ג'ימל ואח' (לעיל הערה 138).

144 בעיקר השופטים סולברג, עמית, אלרון ושוהם.

גישה המבקשת לצמצם את סמכותו, בעיקר כאשר אין ראיות לכך שבני המשפחה המתגוררים בבית המיועד להריסה ידעו על כוונותיו של המחבל.¹⁴⁵

המשך ההכרה בסמכות להריסת בתים מכוח תקנה 119 מלווה לא אחת ברטוריקה שאפשר לכנותה "יורים ובוכים". בית המשפט מביע את תחושת האי-נוחות שלו מכך שבני משפחה שלא היו מעורבים במעשי המחבל משלמים את מחיר הריסת ביתם, אולם מצדיק זאת בסיכוי שההריסה תמנע מאחרים לבצע מעשי טרור רצחניים.¹⁴⁶

8.3.4. האם אבד הכלל
על הריסות בתים
ככלי לגיטימי
למאבק בטרור

הריסת בתים כאמצעי להרתעה מפני מעשי טרור נראית כשריד לזמנים עברו, ואינה מתאימה עוד למדינה ולמערכת משפט המבקשת לקיים נורמות בסיסיות של משפט. התקנה היא ירושה מהמנדט הבריטי, שכידוע, היה משטר עם מנטליות, אמות מידה ושיטות פעולה קולוניאליסטיות שעברו מן העולם עם סיום הקולוניאליזם.¹⁴⁷ הריסת בתים כאמצעי להרתעה ולענישה היא מעשה כה

145 בעיקר השופטים מזוז, ברון, פוגלמן, ברק-ארז ודנציגר. ראו למשל בג"ץ 1629/16, זיאד עאמר ואח'י נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 2016).

146 דוגמה בולטת לכך נמצאת בדברי השופט טירקל בפרשת סעאדה, המצוטטים שוב ושוב, לאמור:

מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו [...] אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך.

בג"ץ סעאדה (לעיל הערה 127), פ"ד נח (2) 289. וריאציות אחרות אפשר לראות בדברי השופט רובינשטיין: "איש מאתנו אינו דן בחיילים אלה בנוחות כל עיקר", ו"הריסת בתים אינה נושא חביב כל עיקר על איש מאתנו, לשון המעטה, והדבר נאמר שוב ושוב בפסקי דיננו". בג"ץ חלבי (לעיל הערה 141): בג"ץ 5943/17, פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 2017); ובמקומות אחרים.

147 יעל ברדה, "ניהול 'אוכלוסיות מסוכנות': מפרקטיקות חירום קולוניאליות לחוקי המאבק בטרור בהודו ובישראל", תיאוריה וביקורת 44 (2015), עמ' 97-12.

זר למערכת משפט של מדינה מודרנית עד שנזנחה מכבר כמעט בכל המדינות,¹⁴⁸ ואין היא קיימת במערכות משפט דמוקרטיות מזה דורות.

לעיתים קרובות נסב הדיון על שאלת ההצדקה התועלתנית לכיצוע הריסות בתים.¹⁴⁹ גם אם אפשר להראות כי מתקיימת מידה זו או אחרת של הרתעה, הרי שהנזק של האמצעי, היותו מכשיר מובהק של ענישה קולקטיבית, הפעלתו בצורה מפלה, והיותו זר לכל היבט משפטי אחר שניתן להעלות על הדעת מוליכים למסקנה שיש להפסיקו ולמחוק אותו מספר החוקים וממחברת האמצעים למלחמה בטרור. עצם התפיסה שאפשר להעניש בני משפחה של מחבל, מתועב ככל שיהיה, בלי להראות זיקה כלשהי של בני המשפחה למעשה הרצחני, חותר תחת הבסיס ששיטת המשפט מונחת עליו. יתר על כן, מתגנב החשש, בלשון המעטה, שהמניע האמיתי אינו ביטחוני אלא השימוש באמצעי זה נובע מלחץ פוליטי ומרצון ציבורי לנקמה במחבלים. עם כל ההבנה לשיקולים ולמניעים אלו אין הם יכולים להצדיק מעשה שהוא זר כל כך לכל עיקרון משפטי בסיסי, שלא לדבר על כך שהוא מופעל בצורה מפלה כנגד פלסטינים, וכנגדם בלבד.¹⁵⁰

כפי שפרקטיקת הגירושים כאמצעי למלחמה בטרור נעלמה לבלי שוב לפני למעלה מ-20 שנה, כך יש לעשות להריסות הבתים. נראה כי הגיעה העת שבית המשפט העליון יאזור עוז ויפסיק את הריסות הבתים מכוח תקנה 119, שכן היא מורסה משפטית שיש להסיר בלא שהיות נוספות.

מנגנון ההכרזה על ארגון טרור, על הנגזרות הרבות והמשמעותיות של הכרזה כאמור, נקבע בתקנות ההגנה (שעת חירום),¹⁵¹ תחת הכותרת "התאחדויות בלתי מותרות". הפרק קבע את התנאים המהותיים להיותה של

8.4

הכרזה על ארגוני טרור

148 מיכל צור, תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, נייר עמדה 16, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999, עמ' 67; עמית איזנמן, דמוקרטיה בדילמה: אמצעים למאבק בטרור - סקירה משווה, ירושלים: המכון לאסטרטגיה ציונית, 2018.

149 כהן ומימרן (לעיל הערה 11).

150 הרפז וכהן (לעיל הערה 11), עמ' 881-924.

151 תקנה 84 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

התאגדות "התאחדות בלתי מותרת", וכן נקבע בתקנות ההגנה מנגנון שלפיו שר הביטחון רשאי להכריז על התארגנות כ"התאחדות בלתי מותרת", לרבות כל הסתעפות של התארגנות כאמור.¹⁵² הכרזה על ארגון כ"התאחדות בלתי מותרת" גררה שלל סנקציות, פליליות ורכושיות.¹⁵³ פרקטיקה זו של הכרזה על ארגוני טרור כהתאחדויות בלתי מותרות בהתאם לתקנות ההגנה הייתה נהוגה מאז קום המדינה. בצד תקנות ההגנה התקיים עוד מנגנון הכרזה באמצעות שימוש בפקודה למניעת טרור, המסמיכה את הממשלה להכריז על ארגון כ"ארגון טרוריסטי",¹⁵⁴ והכרזה כזו גררה השלכות פליליות חמורות על חברים באותו ארגון. בחוק איסור מימון טרור נקבע מנגנון שלפיו ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי רשאית לאמץ הכרזה על ארגון טרור שהכריזה מדינה מחוץ לישראל.¹⁵⁵

הוראות אלו הוחלפו בחוק המאבק בטרור שהתקבל בשנת 2016, וכתוצאה מכך בוטלו הפקודה למניעת טרור וחוק איסור מימון טרור, וכן הסעיפים מתקנות ההגנה שעסקו בהתאחדות בלתי מותרת.¹⁵⁶ חוק המאבק בטרור קובע מפורשות כי הכרזות שבוצעו טרם כניסתו של החוק לתוקף – לפי הפקודה למניעת טרור, לפי תקנות ההגנה או לפי חוק איסור מימון טרור – יעמדו בתוקפן, ויראו אותן כאילו הוכרזו לפי חוק המאבק בטרור.¹⁵⁷

עיקרי חוק המאבק בטרור לעניין הכרזה על ארגון טרור הם כדלקמן:¹⁵⁸ ראשית, הגורם המוסמך להכריז על ארגון כארגון טרור הוא שר הביטחון,¹⁵⁹ על בסיס המלצה מאת ראש השב"כ או מאת ראש רשות ביטחון אחרת, ובלבד שהוגשה על

152 שם, תקנה 84(ב): וכל "סניף, מרכז, ועד, קבוצה, סיעה, או מוסד של כל חבר כזה".

153 שם, תקנה 84(ב)(2), תקנה 85.

154 סעיף 8 לפקודת מניעת טרור.

155 סעיף 2 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005.

156 סעיפים 73-74, 76 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

157 שם, סעיף 101.

158 וכן התקנות שהותקנו מכוחו בנוגע להכרזה על ארגון טרור – תקנות המאבק בטרור (הכרזה על ארגון טרור ועל פעיל טרור), התשע"ז-2017.

159 סעיף 3(א) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

ידי ראש השב"כ ובצירוף חוות דעתו;¹⁶⁰ שנית, הבקשה טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה.¹⁶¹ כלומר השב"כ הוא הגורם המרכזי המפעיל את תהליך ההכרזה, מעביר את המלצתו המנומקת לאישור היועץ המשפטי לממשלה, ולאחר אישור של היועץ המשפטי לממשלה מועברת ההמלצה לאישור שר הביטחון. זו דרך המלך, אולם החוק קובע כי במקרים מיוחדים שהחליט עליהם ראש הממשלה ניתן להביא את אישור ההכרזה לממשלה או לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ואם כך נקבע – סמכותו של שר הביטחון להכריז על ארגון שהוא ארגון טרור מועברת להחלטת הממשלה או ועדת השרים;¹⁶² מסלול אחר להכרזה על ארגון טרור ועל פעיל טרור הוא באימוץ הכרזה על ידי גורם מוסמך מחוץ לישראל.¹⁶³ מלכתחילה הסמכות לאמץ הכרזה כאמור נמסרה לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, אולם בשנת 2018 תוקן חוק המאבק בטרור,¹⁶⁴ והסמכות לאמץ הכרזה מגורם מחוץ למדינה על ארגון טרור או על פעילי טרור הועברה גם היא לשר הביטחון.

מבחינה מהותית, הכרזה על ארגון כארגון טרור מחייבת, ראשית, להראות כי לארגון זה יש זיקה לישראל. שנית, יש להראות כי בארגון מתקיימות אחת משתי החלופות הנקובות בהגדרת ארגון טרור שבסעיף ההגדרות:¹⁶⁵

החלופה הראשונה עוסקת בארגון הטרור עצמו, היינו חבר בני אדם הפועלים בתבנית מאורגנת ומתמשכת, ויש להראות כי "חבר בני אדם" זה "מבצע מעשי טרור או פועל במטרה שיבוצעו מעשי טרור, ובכלל זה חבר בני אדם כאמור שעוסק באימונים או בהדרכה לביצוע מעשי טרור או שעושה פעולה או עסקה בנשק לביצוע מעשי טרור".¹⁶⁶ על מנת להבין את מלוא היקפה של ההגדרה יש

160 שם, סעיף 3(ב).

161 סמכות היועץ המשפטי הואצלה לפרקליט המדינה וכן למשנים לפרקליט המדינה.

162 סעיף 3(ד) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

163 שם, סעיף 11.

164 חיקון התשע"ח, ספר החוקים 2690, 14.2.2018.

165 סעיף 2 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, הגדרת "ארגון טרור".

166 שם.

לקרוא לתוכה את הגדרת "מעשה טרור" המופיעה בסעיף ההגדרות שבחוק המאבק בטרור. בהתאם להגדרה, "מעשה טרור" משמעו ביצוע מעשי עבירה או איום בכיצוע מעשים כאלה, אם התקיימו בהם התנאים המפורטים בהגדרה.¹⁶⁷ במילים אחרות, "מעשה טרור" הוא נסיבה שבהתקיימותה עבירה הנקובה בחוק העונשין הופכת לעבירת טרור או לעבירת טרור חמורה,¹⁶⁸ נוסף על העבירות המנויות בחוק המאבק בטרור עצמו.

167 "מעשה טרור" – מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:

- (1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;
- (2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;
- (3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:

- (א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;
 - (ב) פגיעה חמורה בבריאות הציבור או בבריאותו;
 - (ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שחגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור;
 - (ד) פגיעה חמורה בקודשי דת; לעניין זה, 'קודשי דת' – מקום פולחן או קבורה ותשמישי קדושה;
 - (ה) פגיעה חמורה בתשתיות, במערכות או בשירותים חיוניים, או שיבוש חמור שלהם, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה;
- לעניין הגדרה זו –

- (א) נעשה המעשה או האיום כאמור בפסקה (3)(א) תוך שימוש בנשק או בסכין, יראו אותו כמעשה טרור גם אם לא התקיים בו האמור בפסקה (2);
- (ב) נעשה המעשה או האיום תוך שימוש בנשק כימי, ביולוגי או רדיואקטיבי, בחומר מזיק או במיתקן רגיש, או תוך פגיעה במיתקן רגיש, העלולים לפי טיבם או סוגם לגרום לפגיעה חמורה בשטח גדול או בציבור גדול, יראו אותו כמעשה טרור גם אם לא התקיים בו האמור בפסקאות (2) או (3);
- (ג) נעשה המעשה או האיום על ידי ארגון טרור או על ידי חבר בארגון טרור, חזקה כי התקיים האמור בפסקאות (1) ו-(2); עורר נאשם ספק לעניין זה, יפעל הספק לטובתו;
- (ד) אין נפקא מינה אם המניע או המטרה המנויים בפסקאות (1) ו-(2) היו המניע או המטרה הבלעדיים או העיקריים למעשה או לאיום;
- (ה) נשק – למעט חלק ואבזר כאמור בסעיף 144(ג) לחוק העונשין.

168 שם, סעיף 2, הגדרות "עבירת טרור" ו"עבירת טרור חמורה".

החלופה השנייה עוסקת בארגונים הפועלים כדי לסייע, "במישרין או בעקיפין", לארגון טרור שהוכרז או הפועלים במטרה לקדם את פעילותו של ארגון הטרור, לרבות בדרך של מימון, ופעילות זו מתבצעת "באופן שיש בו תרומה ממשית או מתמשכת לפעילות הארגון או בזיקה ממשית אליו".¹⁶⁹ חלופה זו עוסקת במה שנקרא "ארגוני מעטפת". בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק מבואר כי ארגוני המעטפת הם "ארגונים שגם שאינם מבצעים מעשי טרור באופן ישיר, למעשה במסגרת פעילותם הם מעודדים ומאפשרים את פעילותם של ארגוני הטרור, ובכך מאפשרים את קיומם של אלה, ומספקים תשתית פורייה לצמיחתם ולהצלחתם".¹⁷⁰ המחלוקת העיקרית בעניין זה נוגעת בהיקף ההגדרה של ארגוני המעטפת. בעוד הצעת החוק השתמשה בלשון מרחיבה,¹⁷¹ הרי בעקבות הביקורת¹⁷² השתנה נוסח ההגדרה, והחוק כפי שהתקבל צמצם את ההגדרה לארגוני המעטפת וקבע כי הם ארגונים שיש להם תרומה "ממשית או מתמשכת" לפעילות הארגון או שיש להם "זיקה ממשית" אל אותו ארגון. כמו כן, נקבע בחוק כי ארגון מעטפת חייב להיות כזה שזיקתו היא לארגון טרור שהוכרז ככזה בהתאם לחוק.

מטרה עיקרית של הכנסת ארגוני המעטפת לתוך הגדרת ארגון טרור, כפי שעולה מהדוגמאות בדברי ההסבר להצעת החוק, הייתה לפגוע במערך המימון, בגיוס הכספים ובהעברת הכספים לארגוני הטרור, באשר מימון הוא אחת הדרכים העיקריות לאפשר ביצוע מעשי טרור. מעבר לסוגיית המימון, מטרה עיקרית אחרת קשורה באפשרות הפגיעה בארגוני צדקה, היינו באותה מעטפת חינוכית וסוציאלית שארגון החמאס, למשל, מפעיל כאמצעי מרכזי לרכישת לבבות, לאינדוקטרינציה ולהגברת השפעתו ואחיזתו החברתית, וכתוצאה מכך לחיזוק התמיכה וההזדהות עם דרכו, לרבות עם פעילותו הטרוריסטית.

169 ש.ם.

170 הצעת חוק המאבק בטרור, הצעות חוק הממשלה 611, כ"ה בתמוז התשע"א, 2.7.2011.

171 ההגדרה בהצעת החוק הייתה "חבר בני אדם המבצע מעשה טרור או עבירת טרור חמורה כהגדרתה בסעיף 49 או הפועל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע מעשה טרור או עבירה כאמור, שאינו ארגון טרור מוכרז".

172 למשל, התייחסות מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מהמכון הישראלי לדמוקרטיה להצעת חוק המאבק בטרור כפי שהועברה לוועדת החוקה חוק ומשפט - "הנדון: הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 10.2.2014.

לנוכח הבעייתיות המובנית בהכרזה על ארגון מעטפת לעומת ההכרזה על ארגון העוסק ישירות בטרור נקבעו בחוק שני סייגים עיקריים: האחד, שבשונה מארגון טרור, שם המבחן הוא מהותי, ארגון ייחשב לארגון מעטפת רק משעה שהוכרז ככזה; שנית, וכאמור לעיל, הכרזה כאמור לא תתבצע אם זיקתו של ארגון המעטפת לארגון הטרור זניחה או שולית, אלא יש להראות כי מתקיימת "זיקה ממשית או מתמשכת" בין ארגון המעטפת לארגון הטרור, על פי שיקול דעתו של הגורם שבסמכותו להכריז, קרי שר הביטחון.

ראוי לציין כי החוק בישראל אינו מאפשר להכריז על אדם כפעיל טרור אלא רק לאמץ הכרזה כזו שבוצעה על ידי ישות מוסמכת זרה ורק אם ההכרזה שבוצעה בחו"ל אינה מתייחסת לאזרח או תושב ישראל. היעדר האפשרות החוקית להכריז בישראל על אזרח או תושב ישראל כפעיל טרור אלא רק לאמץ הכרזות על פעילים שבוצעו על ידי מדינות או ישויות זרות הוא תוצאה מוצהה מאוד, בוודאי ממדינה כמו ישראל, המתיימרת להיות מובילי המאבק בטרור.

עד כה הוכרוזו כמה מאות ארגונים כארגוני טרור וכן אומצו הכרזות ממדינות זרות על ארגוני טרור ועל פעילי טרור, והרשימה מתפרסמת ומתעדכנת מעת לעת באתר משרד הביטחון.¹⁷³ כאמור, הכרזות מתרחשות בתדירות לא נמוכה והן אמצעי משמעותי, בעיקר עקב ההשלכות של הכרזה כאמור. הכרזה על ארגון כארגון טרור מטילה סיכון לענישה פלילית חמורה על העומד בראש ארגון הטרור,¹⁷⁴ על מי שממלא תפקיד בארגון,¹⁷⁵ וכן על חברי הארגון או מי שמגייס חברים לארגון הטרור.¹⁷⁶ נוסף על כך, ההכרזה שארגון הוא ארגון טרור מטילה סיכון פלילי מידי על כל מי שמסייע לארגון הטרור¹⁷⁷ או מזדהה עימו.¹⁷⁸ העבירות

173 הכרזות על ארגוני טרור, התאחדויות בלתי מותרות וצווי החרמה, אתר משרד הביטחון.

174 סעיף 20 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

175 שם, סעיף 21.

176 שם, סעיף 22.

177 שם, סעיף 23.

178 שם, סעיף 24.

הנגזרות מההכרזה כוללות פעולה ברכוש של ארגון טרור או העברת רכוש לארגון טרור,¹⁷⁹ חובות דיווח על רכוש של ארגון טרור וסנקציות על הפרתן.¹⁸⁰ נוסף על כך, הכרזה על ארגון טרור מאפשרת להחיל את ההוראות לחילוט של רכוש ארגון הטרור הכלולות בחוק,¹⁸¹ ולהוציא צווים המגבילים את פעילות ארגון הטרור,¹⁸² לרבות הגבלת שימוש במקום המשמש ארגון טרור.¹⁸³ הכרזה כאמור נוגעת גם בצדדים שלישיים המקיימים קשר עם ארגון הטרור, ובמקרה שהם מקיימים קשר כאמור, והחוק קובע שורת חזקות לעניין זה, אזי הם מעמידים את עצמם בסכנת הפללה.

בפרק זה נסקרו עיקר הסמכויות המינהליות שהשב"כ משתמש בהן, באשר עיסוק במלוא היקפן של הסמכויות המינהליות שהשב"כ מפעיל הוא נושא לחיבור החורג בהיקפו מספר זה, אולם העקרונות שבבסיס דרכי הפעולה של השב"כ והיבטי המשפט המינהלי שבאורם פעולותיו נבחנות משותפים לכל האמצעים המינהליים שהוא יוזם.

מגוון האמצעים המינהליים שהשב"כ משתמש בהם לשם מילוי משימותיו מהווים כלים רבי עוצמה במיוחד. אף שהסמכות להפעלתם מצויה בדרך כלל מחוץ לשב"כ, ברוב המכריע של המקרים היוזמה והראיות המינהליות שבבסיס ההמלצה נשענות על המידע שנאסף בשב"כ ועל הערכת השב"כ לעניין הקשר בין המידע לבין טיב האמצעי שמבקשים לנקוט. מכאן שבתהליך הביקורת השיפוטית המלצות השב"כ הן העומדות לבחינה. העובדה שברוב המכריע של המקרים הדרג המדיני ובתי המשפט מקבלים את המלצות השב"כ מטילה אחריות כבדה על השירות להפעלה מדודה של הסמכויות שמצויות בידיו. יש להדגיש כי השימוש

8.5 סיכום

179 שם, סעיף 32.

180 שם, סעיפים 33-36.

181 שם, סימן ב לפרק ה: "תפיסה וחילוט מנהליים".

182 שם, סעיף 69.

183 שם, סעיף 70.

בכלים מינהליים מצוי בקו הגבול עם זכויות אדם וערכים דמוקרטיים, בעיקר משום שההגנות המשפטיות הקיימות בתחום הפעלת האמצעים המינהליים חלשות מההגנות הנהוגות במשפט הפלילי, ומכאן החשיבות העצומה של הקפדה על ריסון הכוח המופקד בידי השירות בהפעלתם. מכלל הסמכויות המינהליות שנסקרו נראה כי אבד הכלח על השימוש בהריסות בתים ככלי לגיטימי במאבק בטרור, ומוצע לבטל כליל סמכות זו.

פרק 9

סמכויות השירות בתחום האבטחה וההתאמה הביטחונית

—

יעדו המרכזי הראשון במעלה של שירות הביטחון הכללי הוא סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה באמצעות טרור, ריגול וחשיפת סודות המדינה. שתי הדרכים העיקריות שהשירות פועל בהן למימוש יעדו זה הן דרך סיכול ושיבוש, המתבססת על איסוף מודיעיני, ודרך מערך אבטחה.

הציר הראשון בדרך הסיכול והמניעה, ובו מושקעים עיקר משאבי השירות, הוא הציר המודיעיני: דרך פעולתו היא איסוף מידע שמטרתו איתור הכוונה לפגוע בביטחון המדינה, זיהוי המתכננים והוצאה לפועל של פעולה לסיכול או לשיבוש כוונות אלו. למותר לציין כי אין דרך הרמטית לאתר מראש את כל כוונות הפגיעה בביטחון, ואין אפשרות להסתמך על יכולות האיסוף המודיעיניות כדי להבטיח סיכול של פגיעה בביטחון המדינה. לפיכך יש הכרח בקיומו של מערך אבטחה יעיל – הן מערך אבטחה פיזית והן מערך אבטחה להגנה על סודות

המדינה. אבטחה יעילה תקשה על היריב לפגוע באינטרסים חיוניים של המדינה, ותיתן מענה לסיטואציות שבהן המערך המודיעיני אינו מצליח לאסוף, לעבד או לנתח את המידע באופן שיאפשר שיבוש או סיכול של הכוונה לפגוע בביטחון המדינה. יתר על כן, עצם קיומו של מערך אבטחה יעיל עשוי להרתיע תוקפים פוטנציאליים או להקשות עליהם ובכך לסייע למערך המודיעיני לאתר הזדמנויות לאיתור כוונות פגיעה.

האחריות שהוטלה על השירות והסמכויות שניתנו לו בהיבטי אבטחה כרוכות בשני מכלולים עיקריים – אבטחה פיזית ואבטחת סודות מדינה. בתחום האבטחה הפיזית הוטלה על השירות אחריות ביצוע ישירה, היינו אבטחה בפועל של אישים מסוימים וכן אחריות ישירה לאבטחת משלחות רשמיות. נוסף לאחריות הישירה לאבטחה בפועל של תחומים אלו הוטלה על השירות האחריות להנחיית האבטחה של רשויות מדינה, בין היתר כמה ממשרדי הממשלה. דגש מיוחד בתחום זה ניתן לאחריות השב"כ בהנחיית אבטחת התעופה ובהנחיית אבטחת נציגויות ישראליות בעולם.

אחריות חשובה אחרת היא אבטחת מידע מסווג ומניעת דליפתו, כחלק ממימוש תפקיד השירות בשמירת סודות המדינה. מידע מסווג מצוי בידי גורמים ממשלתיים ובידי גופים פרטיים, הוא מצוי בצורת מסמכים פיזיים וכן במערכות ממוחשבות, ונמצא בידיעתם של בעלי תפקידים המשמשים במשרות מסוימות. מצב דברים זה מחייב הקמת מערכת מורכבת של פעולות אבטחה ומניעה. בין היתר, נדרש לקבוע רמות שונות של סיווג מידע, היינו עד כמה החשיפה של אותו המידע עלולה לסכן אינטרסים חיוניים של המדינה וכנגזרת מכך לקבוע הנחיות לשמירה על מידע מסווג. נוסף על כך נדרש לסמן את סוגי המשרות שהמחזיקים בהן חשופים לסודות מדינה, לקבוע הוראות לסיווג של אותן משרות בהתאם לרגישות המידע שממלאי התפקיד חשופים אליו ולפעול כדי לוודא כי ממלאי התפקידים והמועמדים לאותן משרות מסווגות אינם מהווים סיכון ביטחוני.

בשנים האחרונות ניכר שינוי בתחום האחריות לאבטחת מערכות מחשב חיוניות. נושא זה חרג מהתחום הצר של אבטחת סודות המדינה והיה לנושא בעל חשיבות מיוחדת לתפקוד המדינה ומערכתיה החיוניות כנגד איומי סייבר, העלולים להגיע ממדינות, מארגונים ומיחידים. כתוצאה מכך תחום עיסוק זה היה לאחד הנושאים החשובים בהגנה הן על סודות המדינה והן על תפקוד מערכותיה החיוניות, ובשל חשיבותו, תחכמו וההתפתחויות שחלו בו זכה להסדרה מערכתית ודיסציפלינרית

ייחודית תוך כדי העברת חלק מאחריותו של השב"כ בתחום זה אל מערך הסייבר הלאומי שהוקם בשנים האחרונות.

מקור הסמכות המשפטי של השב"כ לביצוע תפקידים אלו מצוי בדברי חקיקה, בכללים ובהחלטות ממשלה שהתקבלו במרוצת השנים, אשר חלקם אינם מפורסמים לציבור, שכן הם התקבלו במסגרת ועדת השרים לענייני שירות הביטחון הכללי, שהחלטותיה חסויות. להלן יסקרו התפקידים והסמכויות של השירות בתחומי האבטחה לסוגיה, כפי שהתפתחו במהלך השנים.

9.1

אחריות השירות לאבטחה

פיזית: אבטחת אישים

ומשלחות

לפי החוק והחלטות הממשלה אחריותו של השב"כ לאבטחת אישים מתבטאת באחריות קבועה לאבטח רשימת אישים, המורכבת משני רבדים: רובד אחד הוא רשימה סגורה של משרות שהאישים המכהנים בהם באותה העת זוכים

לאבטחת השב"כ; רובד שני הוא רשימת אישים שההחלטה שיאובטחו על ידי השב"כ נקבעת על בסיס המלצת ועדה מיוחדת שכווננה לשם כך, לפרק הזמן שנקבע בהחלטתה. כל האישים ונושאי המשרה האחרים שאינם נכללים ברשימה זו אינם מאובטחים על ידי יחידת האבטחה של השירות, אלא, אם הוחלט כי יש לאבטחם, הם מאובטחים על ידי מנגנונים אחרים, למשל יחידות אבטחה שהוקמו במשרדי ממשלה, חברות אבטחה פרטיות או משטרת ישראל, מכוח אחריותה הכללית לשמירה על הסדר הציבורי ועל ביטחון הציבור.

ההחלטה הראשונה שקבעה את חלוקת האחריות בין גופי הביטחון, ובכלל זה את אחריות השירות בענייני אבטחה פיזית, הייתה החלטת הממשלה 411 משנת 1975, וחלקים ממנה תקפים עד היום. ההחלטה קבעה קווי תיחום בין השירות למשטרה והטילה על השירות אחריות לאבטחת מידע, לאבטחת אישים ולאבטחת מתקנים מסוימים. חוק השב"כ החליף חלקים ניכרים מהחלטה 411, וכיום הוא מקור הסמכות לביצוע תפקידי אבטחה על ידי השירות. הסעיף המסמיך בחוק

השב"כ קובע כי לשם מילוי ייעודו של השירות נמנים עם תפקידיו גם "אבטחת אנשים, מידע ומקומות, שקבעה הממשלה".²

כלומר, חוק השב"כ מורה כי לממשלה יש הסמכות לקבוע על אילו אישים, על איזה מידע ובאילו מקומות תוטל על השב"כ האחריות לאבטחתם. הפועל היוצא מכך הוא שאחריות האבטחה של השירות והיקפה נובעים מכוח החוק ועל פי החלטות ממשלה קונקרטיות הנובעות ממנו. במרוצת השנים התקבלו החלטות נוספות בתחומי האבטחה על ידי הממשלה, או על ידי ועדת השרים לענייני השב"כ שהוקמה מכוח חוק השב"כ, לרבות החלטות בעניין חלוקה תקציבית וכן החלטות הנשענות על המלצות ועדה מייעצת שהוקמה לעניין הוספת אישים מאובטחים או גריעת אישים מהאבטחה. החלטות אלו, רובן ככולן, אינן מפורסמות לציבור.

ביצועה בפועל של אבטחת האישים מוטל על החטיבה לאבטחת אישים ומשלחות הפועלת במסגרת אגף האבטחה של השירות ומופקדת על הגנת האישים הנכללים ברשימת האישים המאובטחים שנקבעו בהחלטות הממשלה, ובראשם ראש הממשלה, וכן על אבטחת משלחות רשמיות של מדינת ישראל לחו"ל, כמפורט להלן.

באוקטובר 1957 נעצר משה דואק, צעיר שבאותה העת אובחן כמעורער בנפשו, לאחר שהשליך רימון יד לעבר אולם המליאה של הכנסת מהיצי. באירוע נפצעו ראש הממשלה דוד בן-גוריון והשרים משה חיים שפירא וגולדה מאיר. בעקבות אירוע חמור זה הוקמה ועדת בדיקה בראשות שר הפנים ישראל בר יהודה.³ הוועדה מצאה כי עד אותה העת נוהלה אבטחת ראש הממשלה ושר הביטחון בן-גוריון במשותף על ידי השב"כ ומשטרת ישראל, אולם מבחינה פורמלית לא נקבע גוף שהוטלה עליו בצורה ברורה האחריות לאבטחת אישים. הוועדה המליצה, בין היתר, על הקמת משמר הכנסת, שיהיה הגורם האחראי על אבטחת משכן הכנסת, וכנושא

9.1.1. אבני דרך באבטחת אישים ומשלחות

2 סעיף 7(ב)(2) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

3 ראו סקירה בתוך "משמר הכנסת", אתר הכנסת.

אבטחת אישים המליצה כי האחריות לאבטחת האישים תוטל על השב"כ.⁴ עם אימוץ המלצה זו הוחלט להקים יחידת אבטחה ייעודית שתפעל בשב"כ. בעקבות ההמלצות הוקמה בתוך השירות, בינואר 1958, היחידה לאבטחת אישים, ועיקר עיסוקה לאורך שנים רבות היה אבטחת ראש הממשלה.

אבן דרך נוספת היא טבח הספורטאים באולימפיאדת מינכן בתחילת ספטמבר 1972. אירוע זה היה אחת מהתקפות הטרור הקשות והמזוויעות ביותר של ארגון ספטמבר השחור הפלסטיני שבה נרצחו 11 ספורטאים ומאמני ספורט ישראלים. בעקבות האירוע הקימה הממשלה צוות שתפקידו לבדוק ולברר את סדרי האבטחה של משלחת ישראל לאולימפיאדת מינכן,⁵ בראשות פנחס קופל (מפכ"ל המשטרה לשעבר) ובהשתתפות אביגדור ברתל ומשה קשתי.⁶ בין היתר בדקה הוועדה את סדרי האבטחה שקבעו שירות הביטחון הכללי וגורמים אחרים לקראת האולימפיאדה.

הוועדה הגישה את המלצותיה בסוף ספטמבר 1972. היא מצאה שורת ליקויים בתפקודו של השב"כ.⁷ על פי ממצאי הוועדה השב"כ תפס את אחריותו לאבטחת משלחות כ"גוף מייעץ", שתפקידו מתמצה בקביעת תקנים ונהלים לאבטחה. במקרה הקונקרטי של אבטחת המשלחת לאולימפיאדת מינכן הסתפק השב"כ באישור הנחיות האבטחה שהוציאו קב"ט משרד החינוך וקב"ט הנציגות בכון. הוועדה מצאה כי על אף קיומן של הגדרות רבות בתחום אבטחת משלחות אין גורם אחד האחראי לאבטחת משלחות רשמיות ישראליות בחו"ל. בעקבות ממצאי הוועדה הודחו שלושה בעלי תפקידים בשירות – אחד מהם ראש אגף האבטחה.

4 לעניין זה ראו "השב"כ מקבל אחריות על אבטחת אישים", אתר השב"כ.

5 החלטת ממשלה מיום 11.9.1972 שלפיה "ראש הממשלה תשלים את קבלת המידע בדבר סדרי האבטחה של משלחת ישראל לאולימפיאדת מינכן ותביא לממשלה את ממצאי הבדיקה ומסקנותיה. ראש הממשלה תטיל תפקיד זה על איש או צוות, לפי שיקול דעתה". וראו הודעת ראש הממשלה גולדה מאיר לכנסת, דברי הכנסת מיום ח' חשון תשל"ג, 16.10.1972, עמ' 1.

6 בכתב המינוי נקבע כי "הנכם מחבקים לקבל מידע על סדרי האבטחה של המשלחת מידי ראש ש.ב.כ. (שירות בטחון כללי) ויתר אנשי ש.ב.כ. שטיפלו בנושא, מחברי המשלחת ומכל גורם ישראלי, ממשלתי או פרטי נוסף שתמצאו לנכון". שם.

7 "הצוות אשר התמנה על ידי ראש הממשלה לבדוק ולברר את סדרי האבטחה של משלחת ישראל לאולימפיאדת מינכן 1972 – דין וחשבון", 29.9.1972.

ההמלצה המרכזית של הוועדה הייתה להטיל על השב"כ את האחריות הכוללת לאבטחת משלחות רשמיות לחו"ל. המלצה זו הרחיבה את תפקידי היחידה לאבטחת אישים והוסיפה לתפקידי היחידה גם אבטחת משלחות רשמיות ישראליות בחו"ל, ושמה שונה ליחידה לאבטחת אישים ומשלחות.

הכישלון המר ביותר בתחום האבטחה, ואחד הכישלונות החמורים ביותר של השב"כ בכל תולדותיו היה רצח ראש הממשלה יצחק רבין ב-4 בנובמבר 1995. רצח רבין גרם טלטלה עצומה במדינת ישראל בכלל ובתוך השב"כ בפרט, במיוחד במערך האבטחה וכן ביחידה העוסקת באיסוף ובסיכול פעולות הימין הקיצוני. בין היתר הביא הכישלון בסיכול הרצח להתפטרות ראש השב"כ דאז כרמי גילון ולשינוי יסודי בתפיסת האבטחה שנהגה בשירות עד אותו מועד.

ועדת החקירה הממלכתית שמונתה בעקבות הרצח, בראשות השופט מאיר שמגר, מצאה כשלים חמורים במערך האבטחה של השב"כ והמליצה על שינויים באופן הפעולה של מערך הפעלת הסוכנים של השירות.⁸ לפי דוח ועדת שמגר, הפגם היסודי היה נעוץ בראש ובראשונה בשיטת האבטחה עצמה. הוועדה מצאה כי עד הרצח שיטת האבטחה התבססה על הגנה פיזית-אנושית על ידי מאבטחים וכן הגנה פיזית בביתו של ראש הממשלה, במשרדו וברכבו המשוריין. אבטחת ראש הממשלה כאשר הוא מחוץ לבית או מחוץ לרכב נשענה בעיקרה על הקפתו בטבעת מאבטחים מיומנים ומאומנים ועל פעולות שמטרתן לנסות לאתר מפגע פוטנציאלי באמצעות סריקת השטח בעין בשעה שראש הממשלה בא במגע עם קהל, לעיתים קהל רב מאוד, שלא נבדק. כלומר, בטרם הרצח הנחת המוצא הייתה שגם כאשר עלולים להיות בקהל שבסביבת ראש הממשלה נושאי נשק, לעיתים רבים, מיומנות המאבטחים תוכל לסכל כוונת פגיעה בראש הממשלה. הנחת עבודה זו קרסה כליל ברצח ראש הממשלה רבין.

ועדת שמגר קבעה כי שיטת האבטחה שנהגה בשירות היא בלתי סבירה כאשר תוצאתה היא שכמעט תמיד המתנקש יצליח לירות את הירייה הראשונה, ואילו מאבטח האישים יצליח לירות, במקרה הטוב, רק את הירייה השנייה, היינו לאחר

8 ועדת החקירה לעניין רצח ראש הממשלה מר יצחק רבין ז"ל. עוד בוועדה היו חברים האלוף (במיל') צבי זמיר והפרופ' אריאל רוזן-צבי.

שהמתנקש כבר ירה לעבר ראש הממשלה. מכאן ששיטה זו לא נתנה ואינה יכולה לתת מענה סביר לפעילות של מתנקש שיוכל להגיע לסביבתו הקרובה של ראש הממשלה. איתור מוקדם של מתנקש באמצעות סריקת השטח בעין אינו יכול לשמש מענה שניתן לסמוך עליו. בשל מסקנה זו קבעה הוועדה כי יש לשנות מהיסוד את תפיסת האבטחה ולקבוע כי האישיות המאובטחת, ראש הממשלה במקרה זה, לא יבוא במגע עם קהל שלא נבדק. המלצתה העיקרית של הוועדה היא שיש להבטיח "סטריליות" של המגע בין ראש הממשלה לסביבתו, באמצעות בידוק מוקדם של הקהל המגיע לסביבתו הקרובה של ראש הממשלה. ביצוע משימה זו חשוב לא פחות, ואולי אפילו יותר, ממימונת מעגל האבטחה הצמוד.

היה זה שינוי תפיסתי עמוק, משמעותי, והיו לו השלכות על האופן שבו נבנתה מחדש תורת האבטחה. הגישה של ראש השירות דאז כרמי גילון, שלפיה הצעה זו אינה אלא "יותר מאותו הדבר", היינו שמדובר רק בהגדלת מספר המאבטחים ולא בשינוי התפיסה,⁹ נדחתה על ידי הוועדה. מעבר להיבט הארגוני-פנימי, שינוי התפיסה הביא לשינויים מפליגים גם באופן שבו ראש הממשלה יכול לבצע את התפקיד הפוליטי שלו-עצמו כאישיות פוליטית העומדת לבחירה, לרבות מגע עם אזרחים, קשר עם בוחרים פוטנציאליים, השתתפות בכנסים ועצרות וכיו"ב. השינוי בשיטת האבטחה הקריין וממשיך להקריין עד היום על התרבות הפוליטית ועל אופי הקשר בין ראש הממשלה, שהוא הנבחר החשוב ביותר, לבין בוחריו.

גם לפני הרצח המשימה של אבטחת ראש הממשלה הייתה אחד התפקידים המרכזיים של השירות, ומילויה דרש השקעה ומאמצים רבים. לאחר הרצח שוננו, הוגברו ושופרו לבלי הכר הסדרים הנהוגים באבטחת ראש הממשלה. גם בתחום המודיעין בוצעו שינויים רבים, הן בתפיסת האיום והן באופן איתור בעלי פוטנציאל לממש את כוונותיהם האידיאולוגיות. כמו כן גובשה מחדש תפיסת הפעלת הסוכנים, ובכלל זה הוחל עליהם מערך בקרה מחמיר.

אבן דרך נוספת בתחום זה היא רצח השר רחבעם זאבי (גנדי) באוקטובר 2001. זאבי נרצח במלון הייט בירושלים על ידי חוליית מחבלים מארגון החזית

9 כרמי גילון, שב"כ בין הקרעים, תל אביב: ידיעות אחרונות, 2000, עמ' 326.

העממית בנקמה על ההתנקשות בחייו של מזכ"ל החזית העממית אבו עלי מצטפא באוגוסט 2001. מייד לאחר הרצח מינה ראש השירות דאז, אבי דיכטר, ועדת בדיקה פנימית לבירור העובדות בעניין ההתנקשות בחיי השר זאבי. הוועדה הפנימית מצאה ליקויים בפעולות של אגף האבטחה אך לא הטילה את האחריות לכישלון האבטחה על השירות, בעיקר משום שמצאה כי השר זאבי ערם קשיים רבים על אבטחתו שלו.

במקביל לבדיקה הפנימית, גם ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון בראשות ח"כ דוד מגן נדרשה לבדיקת העניין. ברוח הגלוי שפרסמה ועדת המשנה היא ביקרה אומנם את פעילות היחידה לאבטחת אישים, וקבעה כי נמצאו ליקויים בטיפול לנכח דפוס שהייה הקבוע של השר זאבי בבית המלון, וכן כי "היחידה לקחה בתפיסת מלוא חומרת הסכנה הנשקפת לאישיות מאובטחת, השווה דרך קבע בבית מלון אחד, ונמנעת מ'שבירת שגרה', ולא פעלה בנחישות הנדרשת, כדי לשנות את שגרת ההתנהלות הקבועה הזאת". ואולם, הוועדה לא מצאה כי יש להסיק מסקנות אישיות כלפי ממלאי תפקידים בשירות.¹⁰ המלצותיה העיקריות של ועדת המשנה היו: לקבוע בהחלטת ממשלה את חלוקת האחריות והתפקידים בין גופי הביטחון השונים בתחום זה, לצמצם את מספר האישים שהאחריות לאבטחתם תוטל על שירות הביטחון הכללי ולייסד מנגנון לקביעת זהותם של אישים אלו על ידי ועדה מייעצת שתביא את המלצותיה לפני ועדת השרים לענייני שירות הביטחון הכללי; בעניין אבטחת אישים אחרים המליצה הוועדה כי הם יאובטחו על ידי המשרדים הנוגעים בדבר, והשב"כ יהיה גורם מנחה ומייעץ בלבד.

בעקבות המלצות הוועדה נקבעה רשימה קבועה של תפקידים שהאישים המכהנים בהם יאובטחו על ידי השב"כ, וכן נקבע מנגנון להוספת אישים לרשימת האישים שיאובטחו על ידי השב"כ. ככלל נקבעו שבעה תפקידים המוגדרים "סמלי שלטון" שעל אבטחתם מופקד השב"כ, והם: נשיא המדינה, ראש הממשלה, שר הביטחון, שר החוץ, יושב ראש האופוזיציה, נשיא בית המשפט העליון ויושב ראש הכנסת.

10 ועדת המשנה לענייני מודיעין ושירותים חשאיים, דין וחשבון בעניין רצח השר רחבעם זאבי ז"ל (חלק א), אתר הכנסת.

מעבר לרשימה זו, הוועדה המייעצת שהוקמה לעניין רשאת להמליץ לוועדת השרים לענייני השב"כ להטיל על השב"כ את האחריות לאבטחתם של שרים שיש איום מודיעיני קונקרטי בעניינם, לרבות שרים לשעבר וראשי ממשלה לשעבר, בהתאם להערכת האיום הקונקרטי הנשקף להם. זהו ההסדר הקבוע כיום לעניין אבטחת אישים.

כפי שציין מבקר המדינה ברוח שפרסם, מדובר במערכת אילוצים מובנית, שבה היחידה נדרשת לאזן על בסיס יום-יומי בין שלושה גורמים: "א) הצורך בשמירת האיזון בין צורכי האבטחה לבין צרכיו של המאובטח כבעל תפקיד, כאיש פוליטי וכאדם פרטי; ב) הצורך בשמירת האיזון בין צורכי האבטחה לבין שגרת החיים של הציבור; ג) הצורך לממש את אחריות היחידה במגבלת המשאבים".¹¹ כתוצאה מכך ביצוע האבטחה מתבסס על רמת האבטחה שנקבעה לאישיות המאובטחת, על פי חומרת האיום, סדר עדיפויות וזמינות המשאבים של היחידה.

ההסדר שנקבע משקף את התפיסה, הנכונה במשטר דמוקרטי, שהשב"כ אינו צריך להיות הגוף הקובע את רשימת המאובטחים, אלא תפקידו הוא לבצע את האבטחה של אותה רשימת אישים שנקבעה על ידי הממשלה, באמצעות ועדת השרים לענייני השב"כ, ועל פי המלצות של ועדה מייעצת שמונתה לעניין. לא פחות חשוב מכך, ומאחר שביצוע אבטחה הוא עניין שכרוכה בו השקעת משאבים רבה, החלטות אלו מתקבלות במסגרת סל המשאבים שהוקצה לביצוע האבטחה, עניין המחייב כל העת תיערוף של המלצות אלו. תוצאת הסדר זה היא שאישים אחרים, שאינם נכללים ברשימת האישים המאובטחים על ידי שב"כ, שרים ושאינם שרים, אבטחתם מונחית על ידי השירות בהתאם להערכת המודיעין. לפיכך, הביצוע בפועל של אבטחתם מוטל על יחידות הביטחון בכל משרדי הממשלה (הקב"טים).

9.1.2. סמכויותיהם של המאבטחים ביחידה לאבטחת אישים ומשלחות

כאמור, מקור הסמכות לביצוע תפקידי אבטחה על ידי השירות מצוי בחוק השב"כ ובהחלטות הממשלה שהתקבלו לפיו, ובהם מפורטים נושאי המשרה שאבטחתם באחריות השירות, כמו גם מקומות או מידע שהשב"כ מופקד על אבטחתם. סמכויותיהם של מאבטחי האישים של השירות מעוגנות בהסדרים מיוחדים הקבועים בחוק השב"כ ובהסדרים אחרים, כמפורט להלן.

9.1.2.1. הסמכת המאבטחים להשתמש בסמכויות שוטר מטוימות

חוק השב"כ קובע כי לשם מילוי תפקידי השירות, לרבות בענייני אבטחה, יהיו לבעלי תפקידים מקרב עובדי השירות סמכויות שוטר מסוימות, הקבועות בתוספת לחוק השב"כ.¹² מכוח חוק השב"כ הותקנו תקנות ונקבעו כללים ונהלים שמטרתם להגדיר את אותם עובדי השירות שלשם מילוי תפקידם דרושים להם סמכויות שוטר, להתאים את הסמכויות הקבועות בתוספת לבעלי תפקידים ולקבוע את כללי השימוש בסמכויות שוטר, באופן ההזדהות, ההדרכה ועוד.

התקנות שתוקנו לעניין זה כוללות כמה קביעות: ראשית, על עובד השירות שניתנו לו סמכויות שוטר להחזיק בתעודה מתאימה המעידה על היותו בעל סמכויות אלו; שנית, על עובד השירות המפעיל סמכויות כאמור לזהות את עצמו לפני האדם שכלפיו מופעלת הסמכות; אולם מאחר ששם של עובדי השירות ופרטי זהותם חסויים, אזי במרבית המקרים תישא התעודה את כינויו הרשמי של המחזיק בה, ולא את שמו האמיתי, ועניין זה מקבל ביטוי מפורש בתקנות; לעניין זה, התקנות קובעות את האפשרות שלא למלא את חובת ההזדהות אם עובד השירות הגיע למסקנה שהפעילות המבצעית שלשמה הופעלה הסמכות עלולה להיפגע כתוצאה מהזדהות. פגיעה כאמור, המאפשרת שלא לקיים את חובת ההזדהות, היא למען שמירה על ביטחוננו של איש השירות או של אדם אחר עקב

12 "לשם מילוי תפקידי השירות לפי סעיף 7(ב)(1), (2) או (6), יהיו לבעלי תפקידים מבין עובדי השירות סמכויות שוטר לפי החיקוקים שבתוספת, הכל כפי שנקבע בתקנות או בכללים, בהתייעצות עם השר הממונה על כל חיקוק". סעיף 8(ב) לחוק השב"כ.

החשיפה, או למנוע את חשיפת הפעילות עצמה מחשש שתשתבש עקב פעולות ההזדהות – למשל אם יתברר ליעד המבצע כי ה"שוטור" הניצב מולו הוא למעשה איש שב"כ. באשר למאבטחי האישים, עיקר הסמכויות שמאבטחי אישים נדרשים להן הן בתחום העיכוב והחיפוש.¹³

9.1.2.2. הסמכת המאבטחים להיכנס לשטח פרטי לביצוע משימות אבטחה

חוק השב"כ מקנה לעובדי השירות שהוסמכו לכך את הסמכות "להיכנס לחצרים שאינם מבנה פרטי סגור לשם ביצוע בדיקות וקיום פעולות של אבטחה ומניעה".¹⁴ כאמור בלשון הסעיף, ההסמכה לפי סעיף זה נועדה לאפשר לאנשי האבטחה של השב"כ להיכנס לאותם "חצרים" לשם ביצוע פעולות אבטחה ומניעה, לרבות שהייה בחצרים פרטיים, ובלבד שאין מדובר במבנה פרטי סגור (בית או בית עסק למשל) אלא במעטפת החיצונית של המבנה, כגון גגות, חדרי מדרגות או חצרות הבתים. ההסמכה להיכנס לאותם חצרים ולשהות בהם מוגבלת לפרק זמן של עד 12 שעות, ואם בעל הנכס מסכים לכך ניתן לשהות במקום גם מעבר לפרק זמן זה. אם בעל הנכס מתנגד לשהיית המאבטחים במקום וקיים צורך מבצעי בהמשך השהייה במקום, החוק קובע כי ניתן לפנות אל בית המשפט המוסמך בבקשה להאריך את משך השהייה מעבר ל-12 שעות ובית המשפט רשאי להוציא צו בעניין.

13 דברי החקיקה שבתוספת לחוק השב"כ הם פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות); פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; חוק סמכויות חיפוש בשעת-חירום (הוראת שעה), התשכ"ט-1969; חוק הטיס (בתחון בתעופה האזרחית), התשל"ז-1977; חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996; חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996.

14 "עובד השירות שהוסמך לכך על ידי ראש השירות, רשאי, לשם מילוי תפקידי השירות לפי סעיף 7(ב)2, להיכנס לחצרים שאינם מבנה פרטי סגור לשם ביצוע בדיקות וקיום פעולות של אבטחה ומניעה, ובלבד שכניסה לחצרים כאמור לפרק זמן העולה על 12 שעות טעונה הסכמת המחזיק; לא ניתנה הסכמה כאמור, לא תתבצע כניסה לחצרים אלא באישור בית המשפט ובתנאים שקבע". סעיף 8(ג) לחוק השב"כ.

9.1.2.3. הקניית סמכויות למאבטחים מכוח חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור¹⁵

חוק הסמכויות נועד לשמור על ביטחון הציבור מפני פעולות טרור ומעשי אלימות,¹⁶ ולשם כך מעניק סדרת סמכויות לשוטר, לחייל ולמאבטח. במסגרת הסמכויות שמוקנות בחוק למאבטחים שהוסמכו על פיו ניתנת הסמכות לערוך חיפוש בלא צו, בין היתר "על גופו של אדם, בכלי תחבורה, במטען, בטובין אחרים – בעת כניסה לנמל, לבנין או למקום מגורד",¹⁷ וכן אם למאבטח יש יסוד סביר לחשוד כי אותו אדם מחזיק נשק, או שבכלי תחבורה מצוי נשק, או שהחשוד עומד להשתמש בנשק, אזי הוא רשאי "לערוך חיפוש על גופו של האדם או בכלי התחבורה",¹⁸ והכול בתנאים הנקובים בסעיף.

בחוק זה גם הוענקה למאבטח סמכות לדרוש מאדם הזדהות וכן לתפוס חפץ העלול לפגוע בביטחון הציבור. החוק קובע עוד כי לשם ביצוע סמכויות אלו מותר להשתמש בכוח סביר או להפעיל סמכות עיכוב כנגד החשוד.

9.2

אחריות השירות להנחיית

גופים אחרים בביצוע

משימות אבטחה

9.2.1. תפקיד השירות

לשב"כ יש תפקיד מרכזי בהיותו גורם המנחה את ביצוע האבטחה במשרדי ממשלה, בחברות תעופה, בנציגויות דיפלומטיות ובגופים אחרים, בהתאם להסדרים שנקבעו בחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים.¹⁹ את תפקידו זה השב"כ ממלא במגוון דרכים, בהן קביעה של

בהנחיית האבטחה:

מקורו והיקפו

15 חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק הסמכויות).

16 שם, סעיף 1.

17 שם, סעיף 3(א).

18 שם, סעיף 3(ב).

19 חוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק להסדרת הביטחון).

הסטנדרטים הנדרשים ונוהלי האבטחה למימושם, קביעה של רמת האבטחה הנדרשת בהתאם להערכת המודיעין, הכשרת מאבטחים וקציני ביטחון בבית הספר לאבטחה שהוקם בשב"כ, ובמקרים אחדים מעורבות במינויים בתפקידי מפתח בתחום האבטחה וביצוע בקרות בגופים שעל הנחיית אבטחתם הוא מופקד.

חלוקת האחריות להנחיית האבטחה של משרדי הממשלה ושל גופים אחרים והאופן למימוש ההנחיה מוסדרים כיום בחוק להסדרת הביטחון. טרם חקיקת החוק נשענו סמכויות ההנחיה של השירות על החלטת ממשלה 411 משנת 1975 – שכותרתה "האבטחה בישראל של מתקנים ומוסדות ממלכתיים". בהחלטה 411 נקבע כי המשטרה, מתוקף אחריותה לביטחון הציבור, נושאת באחריות הכוללת לאבטח מוסדות ומתקנים ממשלתיים וציבוריים, ואילו אחריות השירות לאבטחה היא רק על אותם עניינים שנקבעו במפורש, לרבות אישים, מידע ומקומות, שנקבעו בהחלטה זו. בהחלטה נקבע עוד כי ביצוע האבטחה מוטל על הגוף המאובטח עצמו, ואילו תפקידיהם של השב"כ והמשטרה הם לקבוע את הנחיות האבטחה לגופים.

נוסף על כך נקבע בהחלטה 411 כי האחריות הבלעדית בתהליך הסינון הביטחוני למועמדים למשרות מסווגות מוטלת על השב"כ. עוד נקבע בה כי הארגונים הביטחוניים – בהם צה"ל, המוסד, המשטרה, שב"ס ומערכת הביטחון – אינם נתונים להנחיית האבטחה של השב"כ או של המשטרה אלא מבצעים את אבטחתם בעצמם, בלא אחריות של השב"כ על הנחייתם.

לגבי סוגי העניינים הנכללים בתחום ההנחיה נקבע כי הם כוללים את קביעת דוקטרינות האבטחה; קביעת נהלים, שיטות פעולה ואמצעי אבטחה, מתן הוראות לגבי בעיות קונקרטיות, והכול תוך כדי תיאום עם הצרכים הייעודיים של הגופים המאובטחים; הכשרה של קציני ביטחון ועובדי ביטחון אחרים; פיקוח על יעילות האבטחה בכל גוף מאובטח ודיווח על ממצאים גם להנהלת הגוף המאובטח; הזרמה שוטפת ומעודכנת של ידיעות שיש להן קשר לאבטחת הגוף ובמידת הצורך הוראות בדבר נקיטת האמצעים המתחייבים מידיעות אלו; מתן התראות קונקרטיות של פיגוע אפשרי לכלל הגורמים, ובכלל זה לגורמי האבטחה.²⁰

מהאמור לעיל עולה תפיסה מרחיבה של תפקיד ההנחיה, באופן שהגוף המנחה מעורב בכל השלבים: ראשית בגיבוש תורת האבטחה והתאמתה לגוף הקונקרטי, וכן בהוראות בעניין בעיות קונקרטיות שעלולות להתעורר בגוף המאובטח, בהכשרת כוח האדם, בפיקוח על ביצוע האבטחה, במתן הוראות הנגזרות מממצאי הפיקוח ובאחריות לכך שהמודיעין הרלוונטי יועבר לגופים המאובטחים, לרבות התראות.

חלק חשוב מהחלטה 411 הוחלף בחוק להסדרת הביטחון שנחקק בשנת 1998. החוק להסדרת הביטחון, כפי שתוקן במהלך השנים, קובע כיום רשימה של ארבעה גופים מנחים (השב"כ, משטרת ישראל, הממונה על הביטחון במערכת הביטחון [המל"מ"ב] ומערך הסייבר הלאומי) ושורה של גופים מונחים שחלות עליהם הנחיות האבטחה. נוסף על כך החוק מפרק את התחומים שבהם נקבעו היחסים של הנחיית האבטחה לשני מכלולים עיקריים: האחד, תחום האבטחה הפיזית; השני, תחום אבטחת מידע מסווג, הכולל הן את נושא אבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות והן את נושא ההתאמה הביטחונית למועמדים לתפקידים מסווגים.

החוק קובע הסדרה שאופייה מטריציוני ולפיה לכל גורם מנחה נקבעה, ראשית, רשימת הגופים שהוא אחראי על הנחיית אבטחתם, וכן באיזה מן המכלולים והנושאים מוטלת עליו האחריות להנחיה של אותם גופים. במילים אחרות, ייתכן שגוף מונחה מסוים יונחה על ידי השב"כ בתחום ההתאמה הביטחונית, על ידי המשטרה בתחום האבטחה הפיזית ועל ידי מערך הסייבר הלאומי בתחום מערכות המידע הממוחשבות – על פי הרשימה הקבועה בתוספות לחוק הסדרת הביטחון.

מכלול הנחיה ראשון הוא הנחיית האבטחה הפיזית. אבטחה פיזית מוגדרת בחוק "פעולות הדרושות לשם שמירה על ביטחוננו של אדם או שמירה על רכוש, במבנה או במקום של גוף ציבורי, וכן פעולות למניעת פגיעה בכל אחד מאלה"²¹. כלומר, אבטחה פיזית קשורה בשני תחומי פעולה שונים: הן פעולות לשמירה על ביטחונה של אישיות מסוימת והן פעולות לאבטחה של מבנה ציבורי, האנשים הנמצאים בו ותכולתו.

מכלול הנחיה שני הוא בתחום אבטחת מידע מסווג. מכלול זה כולל עניינים אחדים. החשובים שבהם הם אבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות, וכן אבטחת מידע מסווג באמצעות בדיקות התאמה ביטחונית למועסקים במשרות מסווגות. אבטחת המידע המסווג מוגדרת ככלל הפעולות הדרושות לשמירת המידע המסווג, המצוי במסמכים, במחשבים או באמצעי אגירה אחרים.²² ההנחיות לאבטחת מידע מסווג נועדו למנוע דליפה של המידע לגורמים לא מורשים, והן עשויות לכלול איסורים, למשל על הכנסת מכשירי טלפון ניידים למתחמים מסוימים, הפרדת מערכות תקשורת וכיו"ב. בשל העובדה שמערכות ממוחשבות הן הכלי העיקרי לאחסון מידע ולהעברת מידע ובשל אופיין המיוחד, התחום של אבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות זוכה להתייחסות מיוחדת. אבטחת מערכות מידע ממוחשבות היא מכלול הפעולות הדרושות לשמירה על מערכות אלו ועל המידע האגור בהן "וכן פעולות למניעת פגיעה במערכות או במידע כאמור".²³ במילים אחרות, האחריות לאבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות כוללת הן מניעת הוצאת מידע מסווג האגור במערכות אלו והן מניעת פגיעה במערכות אלו, בדרך כלל, אבל לא רק, באמצעות התקפות סייבר מרחוק.

נדבך שלישי בתחום אבטחת המידע המסווג הוא קביעת סוגי המשרות המסווגות ורמת הסיווג שלהן ובדיקות התאמה ביטחונית למועמדים ולמועסקים במשרות אלו. ככלל, אחריות הביצוע של כלל פעולות האבטחה מוטלת על ממונה הביטחון (הקב"ט) של המשרד או הגוף המונחה, ובעניינים הקשורים באבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות מוטלת האחריות לאבטחת מערכות אלו על בעל תפקיד מיוחד שכוונן במסגרת החוק להסדרת הביטחון, שתוארו הוא ה"אחראי על אבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות".²⁴

כאמור, האחריות להנחיית האבטחה בעניינים אלו מתחלקת בין ארגונים אחדים – השב"כ, משטרת ישראל, הממונה על הביטחון במערכת הביטחון (המלמ"ב) והרשות הלאומית להגנת הסייבר – וחלוקת האחריות היא בהיבט של מגוון הנושאים של

22 ש.ש.

23 ש.ש.

24 ש.ש, טע"ף א2.

הנחיית האבטחה, שהם אבטחה פיזית, אבטחת מידע, אבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות והתאמה ביטחונית. חלוקה אחרת היא על פי מיהותם של הגופים המונחים.

הלכה למעשה, הנחיית האבטחה מתבצעת באמצעות מנחה מקצועי סטטוטורי, שבחוק להסדרת הביטחון נקרא "קצין מוסמך", והוא בעל תפקיד שמונה לכך מטעם הגורם המנחה.²⁵ הקצין המוסמך קיבל בחוק שורת סמכויות להנחיה ופיקוח. החוק מקים אפוא מנגנון שמתקיימים בו יחסי הנחיה בין הקצין המוסמך, שהוא הגורם המנחה, לבין ממונה הביטחון, שהוא קצין הביטחון של הגוף המונחה. קצינים מוסמכים כאלה מתמנים בשב"כ, במשטרה, במלמ"ב וברשות הלאומית להגנת הסייבר.

ההוראות המרכזיות לעניין מהות יחסי ההנחיה המקצועית קובעות כי קצין מוסמך רשאי לתת הנחיות מקצועיות "בכל הנוגע לפעולות אבטחה, לרבות הנחיות בעניין בקרה ודיווח".²⁶ כהשלמה לכך נקבעה חובת הגוף המונחה לקיים את ההנחיות המקצועיות של הקצין המוסמך.²⁷ על מנת לוודא כי ההנחיות של הקצין המוסמך מבוצעות בפועל ניתנו לו סמכויות פיקוח על ביצוען, לרבות סמכות להיכנס בכל עת לגוף הציבורי, כדי לבדוק אם מולאו ההוראות וההנחיות שניתנו לו מכוח הסמכות שלו.²⁸ החוק קובע מנגנון עיון מחדש בהנחיות שנתן הקצין המוסמך,²⁹ וכן אפשרות לערור על הנחיה לפני ועדת ערר שנקבעה לכך בחוק.³⁰

הסמכויות הקונקרטיות להנחיית אבטחה שהוטלו על השב"כ הן כדלקמן: הנחיית האבטחה הפיזית, אבטחת המידע וההתאמה הביטחונית בלשכת נשיא המדינה, במשרד ראש הממשלה ובמשרד החוץ.³¹ נוסף על כך, הוטלה על השב"כ

25 שם, סעיף 1.

26 שם, סעיף 10(א).

27 "גוף ציבורי, ממונה ביטחון ואחראי על אבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות, ימלאו אחר הנחיות מקצועיות שניתנו לפי הוראות סעיף קטן (א)". שם, סעיף 10(ב).

28 שם, סעיף 15.

29 שם, סעיף 10.

30 שם, סעיף 11.

31 שם, סעיף 1 והחוספח הראשונה.

אחריות להנחיית האבטחה הפיזית, בעניינים מסוימים, ברשות שדות התעופה ומסוף המטענים המוטסים (ממ"ן), בנמלי הים, בחברות תעופה ישראליות ובחברות ספנות ישראליות ובמינהלת המעברים שבמשרד הביטחון, האחראית על המעברים בין ישראל לרשות הפלסטינית בגדה וברצועה, בעניינים הקשורים באבטחת המעברים.³² כמו כן הוטלה על השירות אחריות ספציפית, בעניינים מסוימים, להנחות חברות תקשורת (כגון בזק, מפעילות הסלולר ועוד) וחברות תשתית תקשורת (כגון חברת מדיטרניאן נאוטילוס)³³ בעניין אבטחה פיזית של מתקנים ומכלולים שבבעלותן – לתכלית של מניעת פגיעה בביטחון המדינה. נוסף להנחיית האבטחה הפיזית השב"כ אחראי להנחיית אבטחת מידע בכל משרדי הממשלה.³⁴

באשר למתן הנחיות בעניין ההתאמה הביטחונית, השב"כ אחראי להנחיית כל משרדי הממשלה לאופן סיווג משרות באותם משרדים על פי הכללים שנקבעו.³⁵ נוסף על כך השב"כ אחראי להנחיית גופים אחרים לעניין התאמה ביטחונית, ובהם הסוכנות היהודית, בנק ישראל, חברת החשמל, מקורות, חברות ממשלתיות המחזיקות שירותים חיוניים כמו רכבת ישראל, הדואר, בתי הזיקוק חברת תשתיות נפט (תש"ן).³⁶

משרעת נרחבת זו של סמכויות להנחיית האבטחה מטילה על השב"כ אחריות רבה בעניין גופים ציבוריים וכן גופים פרטיים מסוימים שיש להם רגישות ביטחונית מיוחדת. תחומי האחריות, הן באבטחה פיזית והן בתחום אבטחת המידע המסווג, ואופני מימושה התפתחו במהלך השנים, כדלקמן.

32 ש.ס.

33 ש.ס, התוספת הרביעית.

34 ש.ס, סעיף 1 והתוספת השנייה.

35 ש.ס.

36 הנמנים ש.ס, התוספת השנייה.

9.2.2. תפקידי השירות
בהנחיית גופים בתחום האבטחה הפיזית
 תפקידי השירות בתחום הנחיית האבטחה הפיזית משתרעים על תחומים רבים: תחום מרכזי הוא הנחיית יחידות הביטחון (הקב"טים) של לשכת נשיא המדינה ושל משרדי הממשלה; תחום אחר הוא הנחיית הממונים על הביטחון בגופים אחרים, המנויים בחוק. ראוי להתעכב על שני תחומים מיוחדים בתחום הנחיית האבטחה המוטל על השירות, שמבחינת היקפם הם הפעילויות החשובות ועתירות המשאבים ביותר: אבטחת התעופה האזרחית ואבטחת נציגויות דיפלומטיות ישראליות בחו"ל.

9.2.3 הנחיית אבטחת תעופה

9.2.3.1 אבני דרך באבטחת תעופה

בשנת 1968 נחטף מטוס אל על לאלג'יריה בידי מחבלים מהחזית העממית לשחרור פלסטין, ובכך ניתן האות לסדרת פיגועים שכוונו נגד התעופה האזרחית לישראל וממנה. חטיפת המטוס, שלא היה מאובטח, למדינה רחוקה ועוינת כמו אלג'יריה הסתיימה לאחר 39 ימים שבהם הוחזקו הנוסעים ואנשי הצוות כבני ערוכה, בעסקת חליפין שבמסגרתה שוחררו 24 מחבלים. אירוע זה חשף נקודת תורפה משמעותית בהגנה על התעופה לישראל וממנה.

כתוצאה ישירה של אירוע חטיפת המטוס לאלג'יריה הוקם בשב"כ מערך שעיסוקו באבטחת תעופה. כניסה לתחום חדש זה של אבטחת התעופה האזרחית חייבה את השירות לפתח תורת לחימה ייחודית המתאימה למטוסים ולשדות תעופה, לגייס מאבטחים בוגרי יחידות מובחרות בצה"ל ולהכשירם בבית ספר ייעודי לאבטחה בראשות מאמנו הראשי, דייב בקרמן, לפתח תפיסה ולגבש נהלים בתחום מערך הבידוק לנוסע, וכל זאת תוך כדי ההכרח לאפשר לתהליך התעופתי-עסקי להתנהל כסדרו.

המענה המהיר שניתן לאבטחת התעופה הוכיח את עצמו כבר לאחר חודשים אחדים, כאשר מאבטח חמוש בשם מרדכי רחמים סיכל פיגוע שכוון כנגד מטוס אל על בשווייץ (1969): חוליה שהשתייכה לארגון החזית העממית לשחרור

פלסטין תקפה מטוס אל על בעת שהיה על הקרקע בשדה התעופה בציריך. במהלך התקרית נהרג חניך טיס בשם יורם פרס, והאירוע הסתיים כאשר רחמים הצליח לחסל את ראש החוליה התוקפת, ושאר חבריה נעצרו על ידי משטרת שווייץ. הייתה זו הפעם הראשונה שבה נודע בפומבי כי ישראל מאבטחת את מטוסי אל על על ידי מאבטחים חמושים. רחמים הועמד לדין בשווייץ אולם כסופו של דבר זוכה ושוחרר.³⁷

הניסיונות לפגוע בתעופה הישראלית נמשכו בסדרה ארוכה של פיגועים וניסיונות פיגוע, בין היתר באתונה (1968), בפיגוע רצחני במיוחד בנמל התעופה לוד (בן גוריון) בידי מחבלים מארגון הטרור הצבא האדום היפני (בשנת 1972),³⁸ ובחטיפת מטוס סבנה (1976).³⁹ נוסף על כך בשנים אלו אירעו פיגועים והיו ניסיונות לפיגועים על ידי מחבלים פלסטינים כנגד חברות תעופה ונמלי תעופה של מדינות אחרות, לדוגמה חטיפת 3 מטוסים לשדה התעופה דוסון (זרקא) בירדן (1970), ופיגועים גם בשדות התעופה וינה ורומא (1985).⁴⁰ עוד פיגועים בולטים היו ניסיון להפיל מטוס אל על באמצעות טילי כתף בקניה (1976); סיכול מזימה של המודיעין הסורי לפוצץ מטוס אל על באמצעות מטען שנמסר לצעירה אירית, אן מארי מרפי, שלא הייתה מודעת לכך שהיא נושאת מטען נפץ שנתן לה ארוסה (1986);⁴¹ ניסיון להפיל מטוס ארקיע שהמריא ממומבסה באמצעות טילי כתף (2002);⁴² והפיגוע שביצעו מחבלים המשתייכים לחזבאללה באוטובוס שהסיע נוסעים ישראלים בשדה התעופה בבורגס שבבולגריה (2012).⁴³

37 "תקיפת מטוס אל על בציריך: פרשת תקיפת מטוס אל על בציריך על ידי טרוריסטים וסיפורו של המאבטח הצעיר שהציל את היום", אתר המרכז למורשת המודיעין, 1969.

38 לעניין זה ראו "הטבח בנמל התעופה לוד (נתב"ג) (1972)", גולדה מאיר: פרויקט הנצחה, אתר ארכיון המדינה.

39 אבנר שור, צוות איתמר: סירת מטכ"ל, האנשים, המבצעים, האווירה, ירושלים: כתר, 2003, עמ' 65-72.

40 ראו "פיגוע כפול בשדות התעופה בווינה וברומא", אתר השב"כ.

41 ראו "סיכול ניסיון פיגוע במטוס 'אל על' בלונדון (1986)", אתר השב"כ.

42 עמוס הראל ויוסי מלמן, "2 טילי הכתף החטיאו את טיסת ארקיע כדקה לאחר ההמראה", הארץ, 29.11.2002.

43 הודעת ראש הממשלה בעניין חקירת הפיגוע בבורגס בעקבות הודעת ממשלת בולגריה, 5.2.2013.

פיגועים כנגד התעופה האזרחית אינם תופעה ישראלית ייחודית. במקביל לפיגועים ולניסיונות הפיגוע בתעופה הישראלית או הקשורים לסכסוך הישראלי-פלסטיני, אירעו התקפות רבות שתחילתן בשנות השישים של המאה העשרים כנגד התעופה האזרחית גם של מדינות אחרות. במאות הפיגועים וניסיונות הפיגוע בעולם כנגד התעופה האזרחית בכללותה נהרגו אלפים, לרבות בפיגועים החמורים מכולם בחטיפת המטוסים בארצות הברית ביום 9.11.2001 ובריסקום, על נוסעיהם, במגדלי התאומים ובמטרות אחרות. כל אלה חייבו את השב"כ, כגורם המנחה, לפתח תורת אבטחה והנחיות אבטחה להגנה על התעופה האזרחית הישראלית.

9.2.3.2. עקרונות להנחיית האבטחה של חברות תעופה ישראליות

ניתוח איומי הטרור כנגד התעופה מעלה כי באופן סכמטי ניתן לחלק את האיומים כנגד התעופה לכאלה המופנים כנגד המטוסים, ובכלל זה חטיפות מטוס, פגיעה במטוס מבחוץ או על ידי החדרת מטען לתוכו או אף שימוש במטוס ככלי נשק, וכן לפיגועים כנגד שדות תעופה, נוסעים ומטוסים על הקרקע. לפיכך אבטחת תעופה היא תחום ייחודי, שמאפייניה נובעים מסביבת העבודה הפיזית בתוך מטוס נוסעים הנמצא באוויר, על המורכבות הכרוכה בצורך בפעולה מהירה ומדודה בתוך קהל נוסעים צפוף ובאופן שפעולת הסיכול עצמה לא תביא לנזק שיסכן את בטיחות הטיסה, ובכלל זה חיי הנוסעים ואנשי הצוות. נוסף על כך יש בעיה אינהרנטית מעצם העובדה שמאבטחי מטוסים וכן מאבטחים ישראלים של משרדי אל על בחו"ל פועלים לפחות בחלק מהזמן בטריטוריה זרה, על המורכבות הטבועה בכך, במיוחד בכל הנוגע לאבטחה חמושה.

המענה המבצעי והארגוני בתחום אבטחת הטיסות, כפי שהתפתח בישראל במרוצת השנים, מורכב וייחודי למדי. רכיביו העיקריים הם: המדינה מממנת את רובו של תקציב אבטחת התעופה,⁴⁴ ואת התקציב מנהל בפועל שירות הביטחון הכללי. מבחינת חלוקת האחריות – הנחיית האבטחה מוטלת על השירות, ואילו

44 הסיכום האחרון, משנת 2013, קבע כי המדינה תישא ב-97.5% מהוצאות הביטחון של חברת אל על בעקבות רפורמת השמיים הפתוחים שהנהיג משרד התחבורה. לדוגמה ראו "אל על נחייב אויר לישראל בע"מ - דוח תקופתי לשנת 2016", עמ' 86-87.

ביצוע האבטחה בפועל מוטל על מערך האבטחה של חברת אל על, שהוא הגורם האחראי על מתן שירותי אבטחת טיסות לכלל המטוסים של חברות ישראליות,⁴⁵ לרבות אבטחת דלפקי חברות תעופה ישראליות בחו"ל. אם בעבר, בעת שאל על הייתה חברה בבעלות המדינה, היה להסדר זה היגיון מסוים, הרי שמאז שאל על היא חברה פרטית, ההסדר שלפיו אל על היא הספקית של שירותי אבטחת הטיסות למתחרותיה, חברות התעופה הישראליות האחרות, הוא בגדר אנומליה.

משמעותה המעשית של הנחיית האבטחה בתצורתה הנוכחית היא שהשב"כ מכשיר את מאבטחי המטוסים בבית הספר לאבטחה שבניהולו, קובע את נוהלי האבטחה ואת רמת האבטחה הנדרשת, מפתח את האמצעים הטכנולוגיים הכרוכים באבטחה וקובע את הסטנדרטים להתקנת אמצעים אלו וכן מטפל בהסדרי הביטחון עם המדינות שבשטחן נוחתים מטוסים של חברות תעופה ישראליות. מנהל מערך אבטחת התעופה בחברת אל על הוא איש שב"כ, והשב"כ אחראי למתן פתרונות מבצעיים ולפיתוח כלים קונקרטיים. בשל סוגיית החימוש, מאבטחי מטוסים מועסקים על פי חוזה עם השב"כ, שכן נדרשת אחריות מדינית לסוגיה זו, ולא ניתן להפעילה דרך חברה פרטית כמו אל על.

9.2.3.3. אחריות השב"כ להנחיה לאבטחת נמלי התעופה והבידוק הביטחוני לנוסע

התחום המשלים לאחריות השב"כ בהנחיה לאבטחת התעופה האזרחית הוא אבטחת נמלי התעופה האזרחיים בישראל. האחריות לביצוע של אבטחת שדות התעופה והבידוק הביטחוני לנוסעים מוטלת על רשות שדות התעופה, בהנחיית השב"כ.

סוגיה חשובה המלווה את תהליך הבידוק הביטחוני לנוסעים היא ההסתמכות על שיטת הבידוק מבוססת התיוג המכונה "פרופילינג".⁴⁶ עיקרה של השיטה

45 הטיסות של מטוסים שנושאים זיהוי ישראלי ויש להם צוותים ישראלים. הסדר זה אינו חל על מטוסים זרים החכורים על ידי חברות ישראליות ואינם נושאים סממנים של חברת תעופה ישראלית.

46 מרכזי קרמניצר, אביעד בן יהודה, נמרוד רוזלר, גיל רוטשילד אליאסי ויונתן רוט, על חבל דק: המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2017, עמ' 196-265.

הוא סיווג הנוסעים לרמות בדיקה אחרות על בסיס הצגת שאלות לנוסע וקביעה של רמת הבדיקה על בסיס השאלון וכן על בסיס תבחנים שמטבע הדברים אינם מפורסמים. הבעיה העיקרית בשיטת בדיקה זו נעוצה בטענה, שהמדינה לא הכחישה, שחלק מהתבחנים, המשמשים גם להבחנה בין אזרחי המדינה, מבוססים על לאומיותו של הנבדק ודתו. לשון אחר, הטענה היא שאזרחים ישראלים ערבים ומוסלמים נבדקים באורח שונה, מחמיר יותר, מנבדקים יהודים.

טענות אלו מלוות את תהליך הבידוק הביטחוני במשך שנים רבות והיו מושא לאינספור תלונות והליכים משפטיים.⁴⁷ העתירה המרכזית בנושא הוגשה בשנת 2007 על ידי האגודה לזכויות האזרח,⁴⁸ והטענה העיקרית בה הייתה פשוטה בתכלית: דרישה מהמדינה לנמק "מדוע לא יבצעו את הבדיקות הביטחוניות בשדות התעופה לכלל אזרחי המדינה לפי קריטריונים שווים, ענייניים ואחידים".⁴⁹ יש להדגיש כי העתירה לא כוונה כלפי רמת הבדיקות המבוצעות כנמלי התעופה, ואף לא כנגד שימוש בקריטריונים לאפיון הנוסעים על פי רמת החשד, אלא התמקדה בעניין אחד בלבד, והוא חוקיותו של קריטריון הלאום כבסיס לנקיטת רמות בידוק שונות לקבוצה מובחנת של אזרחי ישראל, קרי: ערבים.⁵⁰

ההליכים בעתירה זו נמשכו לא פחות מ־7 שנים, ובמרצת שנים אלו התחלפו שופטי ההרכב. במקביל לעתירה התקיימה בשנים אלו עבודת מטה בשב"כ שהשתדלה להגיע לתהליך שיאפשר בידוק שוויוני מלא, ואכן, חלופה כזו הוצעה הן בדיונים אצל היועץ המשפטי לממשלה והן בדיונים אצל ראש הממשלה, אולם

47 ראו למשל ת"א (שלום-ת"א-יפו) 09-11-6783, פרופ' נאדרה שלהוב-קבורקיאן נ' רשות שדות התעופה ואח' (פורסם בנבו, 2015); ת"א (נצרת) 16/12-33419, ניירוז קובטי נ' רשות שדות התעופה ואח' (פורסם בנבו, 2018); ת"א (חי) 15/06-12670, פאיז סלאמה ומוחמד טרחאן נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 2016); תא"מ (בישא) 12-10-2887, הייתם חסניין נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 2014); ת"צ (נצ') 11-07-39713, ניירוז קובטי נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 2012); בש"א 06/6763, סלים כיאט ואח' נ' רשות שדות התעופה ואח' (פורסם בנבו, 2006).

48 בג"ץ 4797/07, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה ואח' (פורסם בנבו, 2015).

49 שם, עמ' 2.

50 שם, עמ' 5.

לנוכח התנגדות של רשות שדות התעופה בשל עלות החלופה היא לא מומשה. כפתרון חלקי הוכנסה לשימוש בנמל התעופה בן גוריון מערכת בדיקה חדשה של כבודת הנוסע הקרויה HBS (hold baggage screening). מערכת זו מבוססת על תיוג הכבודה ושליחתה לבידוק אוטומטי באמצעות מכונות שיקוף ובידוק המצויות במרתף, כך שהבדיקה אינה מתבצעת מול עיני הנוסע. במקרה שהמכונה מעלה חשד הכבודה מועברת לבידיקה ידנית.⁵¹

הכנסת המערכת הפחיתה במידה רבה את התלונות של אזרחים ערבים בגין הפגיעה המתלווה לבידוק הביטחוני בנתב"ג. בשל כך בסופו של הליך, לאחר שבית המשפט התרשם כי הוכנסו שינויים בתהליך הבדיקה שיש בהם כדי לצמצם את "תחושת הפגיעה" בכבודם של האזרחים הערבים, החליט הרכב השופטים (גרונים, רובינשטיין ונאור) לדחות את העתירה בטענה שאינה בשלה להכרעה, שכן לדעת בית המשפט "לעת הזו, העתירה מיצתה עצמה".⁵²

הלכה למעשה בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה ש"החלופה של בחינה מחמירה ואחידה של כל הנוסעים כולם מעוררת אף היא קשיים ניכרים",⁵³ כלומר בפועל, מבלי לומר זאת בפירוש ומבלי לנמק קביעה זו בנימוקים חוקתיים, בית המשפט אפשר לקריטריון הלאום, המבחין בין אזרחי ישראל היהודים והערבים, להמשיך להתקיים. בית המשפט קיבל אפוא את עמדת המדינה שאי-אפשר ליישם בידוק ביטחוני שאינו כולל הבחנה על בסיס לאום "מבלי לפגוע פגיעה קשה בתפקודם התקין של נמלי התעופה וביעילות הבידוק הביטחוני".⁵⁴

ואכן, בעיות היסוד לא נפתרו עם הכנסת מערכת HBS. ראשית, המדינה לא הודיעה כי הבדיקה שוויונית, כלומר, ככל הנראה גם הבידוק ה"אוטומטי" כפוף לתהליכי בדיקה המושפעים מזהותו האתנית של בעל הכבודה. לפיכך, האמור באתר רשות שדות התעופה, שלפיו המערכת עונה "על דרישות היועמ"ש

51 מערכת HBS, אתר רשות שדות התעופה.

52 בג"ץ שדות התעופה (לעיל הערה 47), פס"ד מיום 10.3.2015, בעמ' 7.

53 שם, פסקה 13.

54 שם.

לממשלה מרשות שדות התעופה לבצע הליך בידוק שוויוני לכלל הנוסעים⁵⁵, ככל הנראה אינו מדויק וודאי שאינו משקף את התמונה בכללותה. שנית, מערכת HBS פועלת בנתב"ג בלבד, כך שהבידוק השונה ממשיך להתקיים בטיסות מטרמינלים אחרים, הן בטיסות היוצאות לישראל מנמלי תעופה זרים והן בנמלי תעופה בישראל שלא מותקנת בהם מערכת HBS.

הימנעותו של בית המשפט מלפסוק בסוגיה עקרונית זו, שיש בה ממדים ערכיים ומשפטיים ממעלה ראשונה, ולהכריע בשאלת חוקיות השימוש בקריטריון הלאום כגורם מבחין בבידוק הביטחוני היא אחת ההחלטות הבעייתיות ביותר של בית המשפט העליון מעודו, ועוד בהרכב כה בכיר. לא בכדי כל המדינות הדמוקרטיות, ללא יוצא מהכלל, אינן מתירות להבחין בין אזרחי המדינה על בסיס דת או לאום, ונשענות על הנחיה מפורשת לקיים בידוק שוויוני בין אזרחי אותה מדינה. למותר לציין כי ברוב המדינות קיים מיעוט מוסלמי, לעיתים גדול, ורבות מהמדינות הדמוקרטיות ספגו פיגועי טרור קשים, לרבות פיגועים וניסיונות פיגוע בתעופה האזרחית. משמעות ההחלטה של מדינות אלו שלא להבחין בין אזרחים על בסיס זה היא שגם אם הבידוק האחיד מייקר את תהליך הבדיקה – שכן מימוש הבידוק השוויוני בלי לפגוע ברמת הבדיקה משמעותו בידוק מחמיר יותר לאוכלוסייה רבה יותר – הרי שמחיר זה אינו שקול לפגיעה החמורה והממוסדת במימוש עקרון השוויון בין אזרחי המדינה ובמניעת פגיעה והשפלה על בסיס אתני או דתי.

סוג פגיעה כזה מבוצע בישראל בצורה מפורשת במסגרת נהלים המשווונים למערך הבידוק זה שנים רבות, וכאשר בית המשפט העליון מסכין עימה הוא נותן לה בכך גושפנקה ולגיטימציה משפטית וחברתית. לתמיכה בפועל שבית המשפט העליון מעניק למדיניות בידוק זו יש משמעויות קשות על יחסי יהודים וערבים בישראל. לא בכדי הבידוק הביטחוני בנמלי התעופה היה לאייקון ולסמל לאפליה, לקיפוח ולפגיעה בכבודם של האזרחים הערבים. יתר על כן, פסק הדין מאיר באור עגום את חוסר נכונותו של בית המשפט העליון לעמוד על קיום ערכים דמוקרטיים בסיסיים בשעת מבחן. מפליא הדבר שהרכבים שונים של בית המשפט העליון לא מצאו עוז בנפשם לשים לכך קץ, ובמקום זאת, בסופו של דבר בית המשפט בחר

להימנע מפסיקה ברורה בעניין. הימנעותו של בית המשפט העליון מלפסוק את הפסיקה היחידה האפשרית בנושא, שהיא ביטולו של קריטריון הלאום בבדיקה הביטחונית בנמלי התעופה, מותירה כתם מכוער במיוחד על בית המשפט ועל הדמוקרטיה בישראל.

9.2.4 הנחיית האבטחה בהיסטוריה של פיגועי הטרור כנגד יעדים של נציגויות ישראליות בחו"ל
 ישראלים בחו"ל לא נפקדו פיגועים וניסיונות פיגוע כנגד נציגויות רשמיות של ישראל, ומראשית שנות ה-70 נפרש רצף ארוך של פיגועים וניסיונות פיגוע בשגרירויות ובאנשי סגל דיפלומטי של ישראל. שיטות הפיגוע היו מגוונות – משלוח מעטפות נפץ, פיגועים בשטחן של מדינות אחרות שכוונו כנגד שליחים ישראלים, לדוגמה ניסיון ההתנקשות בשגריר ישראל בבריטניה שלמה ארגוב בשנת 1982, שהביא לפציעתו הקשה ושהיה העילה הפורמלית לפתיחת מלחמת לבנון הראשונה,⁵⁶ פיצוץ מכוניות תופת כנגד שגרירויות, והאירוע הקטלני מכולם היה הפיגוע בשגרירות ישראל בבואנוס איירס (1992) שבו נהרגו 29 בני אדם.⁵⁷ נציגויות דיפלומטיות של מדינת ישראל היו ועודן יעד מועדף לפיגועי טרור.

האחריות לאבטחת הנציגויות מוטלת על יחידת הביטחון במשרד החוץ (בטמ"ח), אולם בדומה לאבטחת התעופה, האחריות להנחיית האבטחה – לרבות קביעה של נוהלי האבטחה ורמת האבטחה, מיקום הנציגויות ואופן הבינוי, תהליכי הבירוק בכניסה לנציגויות וכן המענה לאבטחת הסגל הדיפלומטי (גם אם מבוצע בפועל על ידי המשטרה המקומית) – הוטלה כולה על השב"כ. בדומה לאבטחת התעופה, השב"כ מבצע את תפקידו בהנחיית האבטחה של נציגויות ישראל בחו"ל בצורה הדוקה ביותר. במסגרת זו השב"כ בין היתר מכשיר את המאבטחים וקציני הביטחון, קובע תו תקן לכשירותם, מעורב בגיוס ובפיקוח על איכות כוח האדם,

56 יניב אופק ואורי ברזל, "ההתנקשות בשלמה ארגוב, שגריר ישראל בבריטניה", אתר המרכז לטכנולוגיה חינוכית, 2007.

57 ראו "במלאת 20 שנה – הפיגוע בשגרירות ישראל בבואנוס איירס (1992)", אתר השב"כ.

מבצע את הבקרה עליהם באמצעות מטות גאוגרפיים, מזרים מידע מודיעיני והתראות מודיעיניות ומציב את אנשי השירות בתפקידי מפתח במערך זה.

9.2.5. הצורך בשינוי
ארגוני במערך האבטחה
והנחיית אבטחת התעופה
והנציגויות

התהייה אם נכון להקים רשות שתעסוק באבטחה ובהנחיית האבטחה, הן באבטחת אישים והן בהנחיית האבטחה, כך שהאחריות על כך לא תהיה בידי השב"כ, עולה מדי פעם לדיונים בתוך מערכת הביטחון. יש טעמים נכבדים מדוע נכון להפריד בין ביצוע האבטחה והנחיית האבטחה לבין תפקידי הקלסיים של ארגון מודיעיני כמו השב"כ. בין היתר: האופי הגלוי של האבטחה לעומת דרכי הפעולה החשאיות בדרך כלל של השירות; דיסציפלינת האבטחה ייחודית ואין ממשק הכרחי בינה לבין פעילות השב"כ – כאשר את הדרכים להעברת המודיעין הרלוונטי מהשירות לגוף האבטחה ניתן להסדיר בדרכים אחרות; נוסף על כך מדובר בפעילות בתוך מערכת אזרחית, שחלקה הגדול, כמו חברות התעופה, הוא פרטי ולא ציבורי. גם במדינות אחרות יש הפרדה בין גוף המודיעין לרשויות האבטחה, וקיימים עוד שיקולים ממין זה.⁵⁸

טענות הנגד נוגעות בעיקר בצורך בקווים קצרים ויעילים בין יחידות המודיעין ליחידות האבטחה, בחשיבות ההגנה על המוסדות הדמוקרטיים המגולמים ברשימת סמלי השלטון שהשירות מאבטח, בחשיבות ההגנה על התעופה האזרחית לישראל וממנה ובמשמעות המפליגות של פיגוע חמור במטוס, וכן בעובדה שנצבר ידע וניסיון ארגוני לאורך עשרות השנים שבהן נוהג ההסדר הנוכחי והחשש שידע מצטבר זה ילך לאיבוד אם יחול שינוי גדול במבנה הארגוני.

נראה כי הטעמים בעד הפרדת נושא האבטחה הפיזית מהשב"כ גוברים על הטעמים מנגד. מצב הדברים הנוכחי הוא תוצאה של אבולוציה ולא של תכנון, ונראה כי אינו מתאים עוד למציאות, שהשתנתה שינוי ניכר בעשרים השנים

58 בין היתר עלתה לא מכבר הצעה להקים רשות אבטחה לאומית. על כך ראו חגי ברעם, פרי נובוטני, יצחק (יצ'קו) שד"ר, חיים קניג, עודד רו, צביקה קנפר, שלמה הרנוי ושלמה אהרונישקי, "קווים מנחים לאסטרטגיית אבטחה לאומית", מזכר 192, תל אביב: המכון למחקרי ביטחון לאומי, 2019.

האחרונות, בוודאי בתחום התעופה לאור הפרטתה של חברת אל על. בדומה להקמת מערך הסייבר הלאומי, המבטא את ההכרה שמדובר בתחום מקצועי, רחב היקף, החורג מהתחומים הצרים של ביטחון, כך גם תחום האבטחה – שהוא רחב, עתיר משאבים וכוח אדם, ויש בו התמקצעות ייחודית. כל אלה הם טעמים המצדיקים הקמת רשות נבדלת שתרכז את תחום האבטחה הפיזית, הן בתחום הביצוע והן בתחום ההנחיה, בצורה מקצועית, ייחודית ונפרדת. נראה כי ההצעות שעולות חדשות לבקרים להקמת רשות אבטחה ממלכתית הן הכיוון הנכון מבחינה מבצעית, ארגונית ומשפטית.

9.3

תפקיד השירות בהנחיית אבטחת מידע מסווג

כצד האבטחה הפיזית, אבטחת מידע מסווג ומניעת דליפתו מהוות יסוד חשוב במימוש ייעוד השירות לשמירה על סודות המדינה. מידע מסווג מצוי בידי גורמים ממשלתיים

ובידי גורמים פרטיים בצורת מסמכים פיזיים ובמערכות ממוחשבות, וכן בידי בעלי תפקידים המשמשים במשרות מסוימות. פרישה רחבה זו של מידע מסווג וזיהוי המשרות שהמחזיקים בהן חשופים למידע הכולל סודות מדינה מחייבים קביעת מערכת הכוללת רמות שונות של סיווג מידע וכן כללים לקביעת רגישות המשרות שהמחזיקים בהן חשופים לסודות מדינה. כנגזרת מכך השב"כ נדרש לקבוע הנחיות לשמירה על מידע מסווג, לקבוע מדרג של סיווג משרות בהתאם לרגישות המידע שממלאי התפקיד חשופים אליו ולבצע פעולות שמטרתן לוודא שממלאי התפקידים והמועמדים לתפקידים אינם מהווים סיכון ביטחוני.

9.3.1 קביעת רמות סיווג מידע

חוק השב"כ מורה למחזיק במידע אשר לגביו נקבע סיווג ביטחוני לטפל בו בהתאם להוראות שנקבעו בכללים.⁵⁹ הכללים מפרטים מהו מידע

מסווג, מהו מדרג הרגישות של מידע מסווג ומהן ההוראות שעל המחזיק במידע

לקיים. ההוראות אינן גלויות לציבור, באשר בהתאם לקבוע בחוק השב"כ, הכללים המסדירים עניינים אלו חסויים ופרסומם אסור.

הכללים הקובעים את מדרג הרגישות של מידע מסווג ואת כללי אבטחת המידע מהווים את תו התקן הכללי ואת המקור להנחיה החלה על כל מי שמחזיק במידע מסווג. הצורך באחידות הכללים הקובעים את מדרג הרגישות חל על כל המחזיקים במידע מסווג, בין שהם כפופים להנחיות האבטחה של השב"כ בין שהם עובדים בגופים המחזיקים במידע מסווג גם אם אינם כפופים ישירות להנחיותיו של השירות.⁶⁰ כללים אלו מחייבים את ממוני הביטחון,⁶¹ ולמעשה, וכאמור בחוק, חלים על כל מי שמחזיק במידע מסווג.

מאחר שלא ניתן לדרוש אחריות אלא ממי שהכללים הובאו לידיעתו נקבע במפורש כי "לא תוטל [...] אחריות פלילית או משמעית לפי כללים או הוראות השירות שלא פורסמו, אלא אם כן הובאו לידיעתו בדרך אחרת כפי שקבע ראש השירות או ראש הממשלה".⁶² לפיכך על השירות להביא כללים אלו לידיעת כל מי שמחזיק במידע מסווג כאמור. לאור העובדה שמדובר בעשרות אלפי אנשים שמחזיקים במידע מסווג, אם לא למעלה מכך, נראה כי יש טעם רב לפרסם את הכללים על מנת שהעקרונות לסיווג מידע ולחובת השמירה עליו בהתאם להוראות הקב"טים לא ייוותרו חסויים.

9.3.2. קביעת רמות סיווג דירוג של רמות סיווג של מידע על פי רגישותו של משרות ותפקידים חיוני גם כדי לקבוע את מדרג הסיווג של משרות. בחוק השב"כ נקבע כי אחד מתפקידי השירות הוא לקבוע הוראות בדבר סיווג ביטחוני של תפקידים ומשרות, הן

60 למשל, קצין הכנסת, שמכוח סעיף 8(ב) לחוק משכן הכנסת, רחבתו ומשמר הכנסת, התשכ"ח-1968, ממונה על "אבטחת מידע מסווג של הכנסת או מידע מסווג המצוי ברשותה, ובקשר לכל אלה על אכיפת הוראות חוק זה והוראות שניתנו לפיו".

61 ראו למשל סעיף 1 לצו רשות הספנות והנמלים (הכרזה על אינטרסים חיוניים למדינה בחברת נמל אילת בע"מ), התשע"ג-2012, המורה כי מידע מסווג הוא "מידע או נושא שסיווגם הביטחוני 'שמור', 'סודי' או 'סודי ביותר' כפי שסיווג ממונה הביטחון בחברה"; וראו גם ההוראות בצו החברות הממשלתיות (הכרזה על אינטרסים חיוניים למדינה בחברת בתי זיקוק לנפט בע"מ), התשס"ז-2007; ועוד.

62 סעיף 22 לחוק השב"כ.

בשירות הציבורי והן בגופים אחרים.⁶³ החוק מסייג תפקיד זה ומוסיף כי השב"כ לא יקבע סיווג ביטחוני לנבחרי ציבור ולשופטים, מטעמים של הפרדת רשויות ושל מניעת מצב שבו השב"כ הוא הגורם המאשר מינוי של נבחרי ציבור או קידום שופטים. מעניין שהחוק מבחין בין שופטים במערכת האזרחית לבין שופטים במערכת הצבאית – לגביהם אין מניעה לקבוע את הסיווג הביטחוני של התפקיד ולהורות על בדיקה ביטחונית למועמדים להם. לא ברורה ההצדקה להבחנה זו.

נוסף על כך, החוק מבחין בין שופטים אזרחיים מכהנים, שלגביהם לא ניתן לסווג את המשרות ולברוק את התאמתם הביטחונית, לבין מועמדים לשפיטה, שלגביהם ניתן לבצע בדיקת התאמה ביטחונית.⁶⁴ המשמעות היא שמועמדים לשפיטה במערכת האזרחית נבדקים בבדיקה ביטחונית אולם מרגע שהתמנו לא ייבדק עוד סיווגם הביטחוני, גם כאשר הם יתקדמו בהיררכיה השיפוטית.

התוצאה היא שנבחרי ציבור, שמקצתם חשופים למידע הרגיש ביותר בנמצא, וכן שופטים, שאף מקצתם חשופים לסודות מדינה כמוסים, אינם מחויבים בהליך של סיווג ביטחוני. מובן שאם מתקבלת ידיעת חשד ספציפית בעניין נבחר ציבור או שופט זה או אחר, אין כל מניעה לפתוח בחקירה, באשר אין איש העומד מעל לחוק, אולם בהיעדר חשד כאמור, לא ניתן לבצע בדיקת התאמה ביטחונית לשופטים מכהנים ולנבחרי ציבור.

נראה כי זהו מהלך ראוי המשקף נכונה את האיזונים הדמוקרטיים, והוא תוצר של נטילת סיכון מחושב. הטעם העיקרי הוא לשמר את הפרדת הרשויות ולסכל את החשש ששירות הביטחון יאצור בקרבו מידע רב מדי על נבחרי ציבור ושופטים ובכך יוכל להשפיע בעקיפין על הגופים שהוא נתון לפיקוחם, כמו מערכת המשפט והדרג המדיני.

החוק מורה כי על השירות לקבוע הנחיות לעניין סוגי המשרות בשירות הציבורי ובגופים אחרים שיגדירו את הסיווג הביטחוני ורמת הסיווג של המשרה או

63 שם, טע"ף 7(ב)(3).

64 שם.

התפקיד.⁶⁵ התקנות שתוקנו לעניין זה מגדירות את המונח "סיווג ביטחוני של משרות ותפקידים" על פי רמת הרגישות הביטחונית של התפקיד או המשרה, אשר נגזרת, בין היתר, "מסוג המידע שאליו נחשף המשמש בתפקיד או במשרה וכן מהסיכונים הנובעים מאפשרות ניצול התפקיד או המשרה לשם גרימת נזק לביטחון המדינה".⁶⁶

כלומר, ההגדרה כוללת שני רכיבים אפשריים: האחד, הערכת רגישות המידע שממלא התפקיד או המשרה עשוי להיחשף אליו במסגרת מילוי תפקידו; האחר, בחינה אם התפקיד או המשרה עלולים להיות מנוצלים באופן שיגרום נזק, פיזי בדרך כלל, לביטחון המדינה. במילים אחרות, אם אופי התפקיד עלול להביא לאפשרות שהוא ינוצל לביצוע חבלה שתגרום נזק לביטחון המדינה, למשל, אם במשרת מפעיל בבתי הזיקוק עלול להיות פוטנציאל לגרימת נזק פיזי חמור מכוח אופיו של התפקיד. עניין זה, של הפוטנציאל לנזק לביטחון המדינה, נבחן בצורה עצמאית ומנותקת מהשאלה אם ממלא התפקיד נחשף במסגרת תפקידו למידע מסווג. שני ממדים אלו, כל אחד בנפרד או שילובם יחד, אם שניהם קיימים באותו תפקיד או משרה, הם הפרמטרים שעל פיהם נקבעת רמת הסיווג לתפקיד או למשרה. יש לציין כי הכללים עצמם המשמשים לדירוג רמות הסיווג של התפקידים או המשרות אף הם חסויים.⁶⁷ נראה כי אין הצדקה ממשית לכך שדירוג עקרוני זה, המצוי ממילא ביריעת מספר גדול מאוד של ממלאי תפקידים, ייוותר חסוי.

הלכה למעשה, התפקידים והמשרות בכל ארגון או משרד מסווגים על ידי ממונה הביטחון (הקב"ט) של הגוף הציבורי או הנהלת הגוף, בהתאם ובכפוף להודעה שעל השב"כ להעביר לממונה הביטחון או הנהלת הגוף.⁶⁸ על ההודעה לכלול

65 שם, סעיף 7(ב)(3).

66 סעיף 2 לתקנות שירות הביטחון הכללי (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני לעובדיו, הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת אי התאמה ביטחונית), החש"ג-2003.

67 סעיפים 7(ב)(3) ו-15(א) לחוק השב"כ.

68 סעיף 3 לתקנות השב"כ (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני לעובדיו; הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת אי התאמה ביטחונית), החש"ג-2003.

פרטים בעניין רמות הסיווג הביטחוני לתפקיד או למשרה כפי שנקבעו בכללים, וכן "הנחיות מקצועיות לביצוע הסיווג הביטחוני של תפקידים ומשרות".⁶⁹ נוסף על כך, על השב"כ להודיע לגוף באופן פורמלי כי איוש תפקידים או משרות שסווגו בסיווג ביטחוני מותנה באישור התאמתו הביטחונית של המועמד לתפקיד או למשרה. לשם מימוש תפקידי הפיקוח והבקרה של השב"כ נקבעה בתקנות חובתו של הממונה על הביטחון לסווג את המשרות והתפקידים בגוף שעל אבטחתו הוא ממונה, וכן חובתו להחזיק רשימה הכוללת את שם המשרה או התפקיד, תיאורם והסיווג שנקבע להם, ובצד זאת את פרטיו של ממלא התפקיד ואת ההתאמה הביטחונית שנקבעה לו.⁷⁰

אחידות ההנחיות וכללי הפיקוח על יישומן חיוניים כדי לצמצם ככל האפשר הבדלים בין המבוצע בפועל בגופים שונים וכן כדי למנוע נטייה נפוצה של זליגה כלפי מעלה של רמות הסיווג – עניין המכביד מאוד על בדיקות ההתאמה. בדרך כלל ההחמרה כלפי מעלה של רמות הסיווג נובעת הן מאי־רצון ליטול סיכונים והן מכך שעצם תהליך הבדיקה הביטחונית יכול לסייע מאוד בגיוס כוח אדם איכותי של מועמדים שעמדו בבדיקות ביטחון מחמירות יותר. ההקפדה הרצופה על שמירת רמות הסיווג כך שיהלמו את אופי המשרה היא חלק חשוב בבקרה שהשב"כ נדרש לה, הן לשם אי־פגיעה בחופש העיסוק והן כדי לצמצם ככל האפשר בבדיקות ביטחון מיותרות ואת בזבוז המשאבים הכרוך בכך.

מספר המשרות המסווגות הוא גדול מאוד – לא פחות מעשרות אלפי משרות ותפקידים, אם לא למעלה מזה, שנקבע להם סיווג ביטחוני. מספר גדול זה של משרות בשירות הציבורי ובגופים אחרים עלול להוות חסם למוביליות חברתית ותעסוקתית, בוודאי אם יש בהן הכבדה על נגישות של אוכלוסיות מסוימות לתפקידים אלו. בעיקר הסכנה היא לפגיעה במועמדים מהחברה הערבית בישראל, וכתוצאה מכך פגיעה בסיכויי השתלבותם במקצועות מסוימים או בסיכויי קידומם למשרות שסווגו בסיווג ביטחוני. הקפדה שמספר המשרות המסווגות יישאר מצומצם ככל האפשר היא כיוון אחד. כיוון אחר, חשוב לא פחות, הוא ההבנה

69 ש.ם.

70 ש.ם, טע"ף 4.

שאינ מניעה אמיתית לקבוע התאמה ביטחונית למועמדים ערבים, כך שיהיה ברור לכול, בעיקר לאזרחים הערבים, שאין מניעה עקרונית לקידום למשרות מסוגות בשירות המדינה ושהמשרות האלה אינן חסומות בפניהם.

9.4

תפקיד השירות בהנחיית האבטחה בתחום מערכות מחשב חיוניות

בשנים האחרונות חלים שינויים גדולים, תפיסתיים וארגוניים, בתחום האחריות על הגנה והנחיית האבטחה על מערכות מחשב חיוניות, והם משפיעים באופן ישיר על תפקיד השב"כ בתחום זה, במיוחד לאחר הקמת הרשות הלאומית להגנת הסייבר. עד

שנת 2002 לא הייתה תפיסה לאומית כוללת לעניין האחריות על הגנת מערכות מחשב חיוניות בגופים אזרחיים, ולמעשה רק מערכת הביטחון הגנה על עצמה בצורה ממוסדת מפני התקפות סייבר. לאחר שחודרה ההבנה שבמדינה מודרנית כמו ישראל התקפות סייבר על מערכות מחשב חיוניות עלולות לפגוע פגיעה קשה בביטחונה הלאומי החליטה הממשלה בשנת 2002 להסדיר את נושא ההגנה על תשתיות המחשב הקריטיות של המדינה וקבעה כי יש צורך בכחינה לאומית כוללת של מערכות המחשב החיוניות לתפקוד המדינה וכי הגופים המחזיקים במערכות מחשב חיוניות אלו יוכפפו להסדרה רגולטורית ולהנחיות אבטחה של תשתיות קריטיות אלו.⁷¹

בעקבות הבנה זו החליטה הממשלה להקים את הרשות הממלכתית לאבטחת מידע (רא"מ) כיחידה בתוך שירות הביטחון הכללי וכחלק ממנו. לרשות מונתה ועדת היגוי בראשות ראש המועצה לביטחון לאומי, ותפקידה של הרשות היה לקבוע אילו מהגופים האזרחיים מחזיק תשתית מחשב חיונית, להוסיף גופים אלו למנגנון הסטטוטורי שבחוק להסדרת הביטחון ולהכפיפם להנחיות מטעם הרשות הממלכתית לאבטחת מידע לעניין הגנת המערכות הממוחשבות החיוניות הקיימות בגופים אלו.⁷²

71 החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי ב/84 מיום 19.12.2001 בדבר אחריות להגנה על מערכות ממוחשבות.

72 לסקירה בעניין ראו "המרחב הקיברנטי וההגנה על תשתיות חיוניות", מרכז המחקר והמידע של הכנסת, אתר הכנסת, 2013.

עם ההתפתחות וההתרחבות של איומי הסייבר הקימה הממשלה ועדת מומחים בראשות ראש המועצה הלאומית למחקר ופיתוח האלוף (במיל') יצחק בן ישראל.⁷³ ההמלצות העיקריות של הוועדה היו: הקמת מטה קיברנטי לאומי שייעודו קידום הגנת המרחב הקיברנטי בישראל, ותפקידי המטה העיקריים יהיו לגבש את המדיניות להגנת מערכות ממוחשבות, לרבות התמודדות עם מצבי חירום במרחב הקיברנטי; העלאת המודעות לנושא זה, פיתוח כלים טכנולוגיים לטובת תשתיות המדינה והמגזר האזרחי, ופיתוח כלים רגולטוריים וקשרי חוץ רלוונטיים; הרחבת האבטחה למגזר האזרחי והקמת מטה סייבר לאומי.⁷⁴ בעקבות המלצות אלו התקבלה החלטת ממשלה להקים מטה קיברנטי לאומי במשרד ראש הממשלה, שתפקידו להסדיר את האחריות לטיפול בתחום הקיברנטי, לקדם את יכולת ההגנה על המרחב הקיברנטי בישראל ולקדם את המחקר והפיתוח בתחום הקיברנטי וחישוב-על.⁷⁵ בהמשך להחלטה זו הוקם בשנת 2012 מטה הסייבר הלאומי במשרד ראש הממשלה, ובראשו הועמד ד"ר אביתר מתניה.

לאחר שחלפו כשלוש שנים מאז הקמתו של מטה הסייבר הלאומי ותחילת פעולתו, לרבות גיבוש תפיסה ואסטרטגיה, קיבלה הממשלה בשנת 2015 שתי החלטות המבטאות שינוי בתפיסת ההגנה הלאומית בתחום הסייבר. החלטה אחת היא החלטת הממשלה מס' 76,2443 שעניינה הסדרה של פעילות הממשלה מול המשק בתחום הגנת הסייבר. בהחלטה נקבעו עקרונות להסדרת היערכות הארגונים במשק בתחום הסייבר, במטרה להעלות את רמת החוסן של המגזר האזרחי לאיומי סייבר, לפתח שוק שירותים להגנה מפני פגיעות סייבר, לרבות בניית תשתית לבדיקות ולאישור מוצרי הגנת הסייבר, ולהקים יחידה להכוונה מקצועית בתחום הגנת הסייבר. החלטה אחרת היא החלטת ממשלה מס' 2444, שעניינה הקמת רשות לאומית להגנת הסייבר. מטרת הרשות הן, בין היתר,

73 "המועצה הלאומית למחקר ולפיתוח, דו"ח לשנים 2010-2011", הוגש לוועדת השרים לענייני מדע וטכנולוגיה ולוועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת.

74 שם, עמ' 39.

75 החלטת ממשלה 3611 מיום 7.8.2011, קידום היכולת הלאומית במרחב הקיברנטי.

76 החלטת ממשלה 2443 מיום 15.2.2015, קידום אסדרה לאומית והובלה ממשלתית בהגנת הסייבר.

"לנהל, להפעיל ולבצע בהתאם לצורך את כלל מאמצי ההגנה האופרטיביים ברמה הלאומית במרחב הסייבר [...] ובכלל זה טיפול באיומי סייבר ובאירועי סייבר בזמן אמת", וכן להפעיל את המרכז לסיוע בהתמודדות עם איומי סייבר (CERT הלאומי) עבור כלל המשק.⁷⁷ נוסף על כך הוחלט כי ייקבע מתווה להעברת שטחי הפעולה של הרשות הלאומית לאבטחת מידע שפעלה בשב"כ אל מטה הסייבר הלאומי בתוך שלוש שנים ממועד ההחלטה.

מהלך זה, שהשירות התנגד לו בתקיפות במשך זמן ממושך, קבע את בכירותו של מטה הסייבר הלאומי ואת היותו הגורם המוביל את הגנת המערכות הממוחשבות החיוניות של המדינה בתפיסה כוללת, מודרנית ורחבה הרבה יותר ממה שנקבע בהחלטה ב/84 משנת 2002, וכאמור, חלק גדול מתפקידי השירות שנקבעו בהחלטה ב/84 הועברו לאחריות מטה הסייבר הלאומי.

בדצמבר 2017 החליטה הממשלה לאחד את שתי היחידות (מטה הסייבר הלאומי ורשות הסייבר הלאומית) ליחידה אחת, שתיקרא "מערך הסייבר הלאומי".⁷⁸ כפועל יוצא של החלטות אלו – של הקמת מערך הסייבר הלאומי ושל היותו הגורם המוביל בתחום ההגנה על מערכות ממוחשבות חיוניות – תוקן החוק להסדרת הביטחון, ובצד השב"כ ומשטרת ישראל הוכנס גם מערך הסייבר הלאומי כגורם מנחה לעניין הנחיית אבטחת מידע. כתוצאה מכך האחיות להנחיות בעניין אבטחת המידע, בעיקר בעניין אבטחת מערכות מחשב חיוניות, בחלק מהגופים, הועברה מהשב"כ אל מערך הסייבר הלאומי, בכפוף לקביעה שהנחיה לאבטחת מידע ברמת סיווג שעד "שמור" תבצע "בהתאם לעקרונות" לפי חוק השב"כ הקשורים באבטחת מידע, ואילו הנחיות לאבטחת מידע שסיווגו מעל "שמור" יתבצעו "בהתאם להוראות" השב"כ בעניין שמירת מידע מסווג. במילים אחרות, כאשר מדובר במידע ברגישות גבוהה, החוק להסדרת הביטחון קבע מדרג כפול

77 החלטת ממשלה 2444 מיום 15.2.2015, קידום ההיערכות הלאומית להגנת הסייבר.

78 (1) איחוד יחידות מערך הסייבר הלאומי; (2) מתן פטור ממכרז למשרת ראש מערך הסייבר הלאומי; (3) הוספת משרת ראש מערך הסייבר הלאומי לתוספת לפי סעיף 23 לחוק שירות המדינה (מינויים); (4) קביעת שכר ותנאי שירות של ראש מערך הסייבר הלאומי". החלטת ממשלה 3270 מיום 17.12.2017.

של הנחיה, שלפיו השב"כ מוסמך לתת הוראות לנציג מערך הסייבר הלאומי, שמצידו אחראי להנחות את הגופים המנויים בחוק להסדרת הביטחון.⁷⁹

תוצאתם של מהלכים אלו היא הסדרה מחדש של הסמכויות להנחיה המקצועית בתחום הגנת הסייבר: הגורם הראשי בתחום זה הוא מערך הסייבר הלאומי, האחראי הן על קביעת הדוקטרינה והאסטרטגיה והן על הגנת סייבר בפועל; בעקבות ההסדרה מחדש, תפקיד השב"כ הוא להנחות את מערך הסייבר הלאומי בעניין אבטחת מידע ברגישות גבוהה, היינו מידע שסיווגו גבוה מ"שמור"; נוסף על כך, כאשר מזהה תקיפה מגורמים עוינים, הטיפול המודיעיני והמבצעי עובר לאחריות השב"כ, במסגרת תפקידו הכללי לסיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שנועדה לפגוע בביטחון המדינה.

נראה כי העקרונות המפרידים בין תחומי האחריות של השב"כ לתחומי האחריות של מערך הסייבר הלאומי קשורים בכמה נושאים: ראשית, מערך הסייבר הלאומי הוא רשות הגנה שאינה צריכה לעסוק בחלק ההתקפי של תחום הסייבר; שנית, מערך הסייבר הלאומי צריך לתת מענה לתחום האזרחי בעוד ששב"כ ורשויות הביטחון האחרות יעסקו בהגנת התחומים הביטחוניים; שלישית, במקרה שפעילות ההגנה תחייב ניטור, ברמה כזו או אחרת, של תעבורת האינטרנט של גופים אזרחיים, ניטור זה צריך להיות נחלתו של מערך הסייבר, ורק כאשר יעלה חשד לתקיפת סייבר שיש לה ממדים ביטחוניים (למשל תקיפת סייבר שמקורה במדינה זרה), יועבר הטיפול לידי השב"כ.

נראה כי בעניין זה, שהדינמיות והשינויים הם ממאפייניו העיקריים בשנים האחרונות, טרם נאמרה המילה האחרונה, המקצועית והארגונית, באשר מערך הסייבר הלאומי נמצא עדיין בשלבי עיצוב סמכויותיו ומיקומו במערך ההגנה הלאומי הכללי. קביעת קווי תיחום ואחריות ברורים ככל האפשר בין השב"כ למערך הסייבר הלאומי בתחום סבוך זה חיונית לכך שמחד גיסא מעטפת ההגנה על מדינת ישראל בתחום הגנת הסייבר תעמוד באתגרים הטכנולוגיים תוך כדי תיאום מרבי בין הגופים העוסקים בכך, ומאידך גיסא שלא יורחבו עוד ועוד התפקידים של גוף ביטחוני מובהק כמו השב"כ גם לעניינים הקשורים בגופים אזרחיים במהותם.

79 גופים הנקובים גם בחוספת השנייה וגם בחוספת החמישית לחוק להסדרת הביטחון, התשנ"ח-1998.

9.5

**אחריות השב"כ לאבטחת
סודות מדינה: סמכות לקביעת
התאמה ביטחונית של מועמדים
ושל מועסקים בתפקידים מסווגים**

9.5.1. אבני דרך
בהתפתחות תהליך בדיקת
ההתאמה למועמדים
ולמועסקים בתפקידים
מסווגים

לשב"כ הוענקה הסמכות הבלעדית לקביעת התאמה ביטחונית לתפקידים או למשרות שסווגו בסיווג ביטחוני, על כל התפקידים המסווגים כולם – במערכת הביטחון, בגופים הציבוריים ובגופים אחרים שנקבע כי יש בהם משרות שיש לסווגן בסיווג ביטחוני. קביעת ההתאמה הביטחונית חלה הן על המועמדים לתפקידים או למשרות שסווגו בסיווג ביטחוני, לרבות מי שכבר מועסקים העוברים לתפקידים מסווגים או העוברים לתפקידים שמצריכים בדיקה לרמת סיווג גבוהה יותר, והן על מועסקים בתפקידים מסווגים הנדרשים לתיקוף של ההתאמה הביטחונית במסגרת הליך של בדיקת ביטחון חוזרת. במצטבר מדובר בבדיקות של עשרות אלפי מועמדים ומועסקים בשנה. הסמכות לקביעת התאמה ביטחונית מקפלת בתוכה סמכויות לביצוע מגוון פעולות לאיסוף מידע על המועמד, לרבות שימוש בבדיקת פוליגרף במקרים מסוימים או ברמות סיווג מסוימות.⁸⁰ בסיום תהליך האיסוף, המידע נבחן, מנותח ומשוקלל ביחס לרמת הסיווג של המשרה או התפקיד ומתקבלת החלטה לגבי ההתאמה הביטחונית של המועמד ביחס לרמת הסיווג הנדרשת.

שירות הביטחון עסק בבדיקות התאמה ביטחונית מאז ומעולם. בטרם חקיקת חוק השב"כ נשען הבסיס המשפטי על החלטת הממשלה 411, שבה הוטלה האחריות לבדיקות ביטחון על השב"כ.⁸¹ בבדיקות הביטחון הוגדרו בהחלטה ככלל הפעולות

80 סעיף 7(ב)(39) לחוק השב"כ.

81 החלטת ממשלה 411, סעיף 3(ב).

והאמצעים הננקטים כדי לקבוע את כשרותו הביטחונית של אדם לתפקיד מסווג מסוים. כמו כן הסמכות נשענה על כללי שירות המדינה (מינויים).⁸² ואולם, עד לחקיקת חוק השב"כ אופן ביצוע הבדיקות נקבע במסגרת של נהלים פנימיים, בלא כל מנגנון של הודעה לנבדק, ובדרך כלל בלא הנמקה ובלא אפשרות השגה. התוצאה היא שבהיעדר מנגנון ערר או השגה, הדרך לתקוף החלטה על אי-התאמה ביטחונית של מועמד או מועסק הייתה רק באמצעות פנייה אל בית המשפט המוסמך, לפי העניין – בג"ץ או בתי הדין לעבודה.⁸³

עוד סוגיה שהתעוררה בטרם חקיקת חוק השב"כ הייתה השימוש בבדיקות פולִיגרף במסגרת בדיקות הביטחון. סוגיית השימוש בפולִיגרף העסיקה ועדות בארץ ובעולם אשר בחנו את מהימנותה של בדיקת הפולִיגרף ואת היכולת להסתמך על ממצאי הבדיקה בהליכי חקירה ומשפט.⁸⁴ דוח מבקר המדינה בנושא שפורסם בשנת 1997 סקר את ההיסטוריה של השימוש בפולִיגרף לצורכי סינון ביטחון ומצא כי השימוש בו במסגרת פעילות השב"כ (בחקירות בעיקר) החל כבר בשנות החמישים, אולם רק בשנת 1980 הוכנס במסגרת

82 "נציב השירות רשאי, ביזמתו או על פי בקשת ועדת הבוחנים, לערוך או להורות לאחר לערוך בדיקה של הנחונים האישיים והמקצועיים של מועמד במכרז פלוני, לרבות קבלת חוות־דעת על מועמד מאת מעבידו הנוכחי או מעבידים קודמים, המשטרה, מוסדות הבטחון וממליצים שצויינו על ידי המועמד". סעיף 35 לכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים בחינות ומבחנים), התשכ"א-1961, "בדיקת נתונים אישיים ומקצועיים". וראו גם:

על פי החלטת הממשלה הוטל על שירות הבטחון הכללי תפקיד ביצוע בדיקות בטחון למועמדים לשרת בתפקידים מסווגים, ותפקיד זה מבוצע על ידי היחידה [...] נוטיף לכך כי תפקידה וסמכותה של היחידה נובע גם מהוראות סעיף 41 לכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), תשכ"א-1961 וסעיף 5(ב) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.

דב"ע 3-148, פלוני נ' מדינת ישראל, פד"ע כד 255.

83 שם, סעיף 29 לפסק הדין.

84 למשל "דין וחשבון הוועדה לעניין פולִיגרף", שבת התשמ"א-1981, בראשותו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר יצחק כהן; גרשון בן־שחר, מיה ברה־הלל וישראל ליבליך, "הפולִיגרף (מכונת האמת) בשירות המשפט – סוגיות מדעיות ומשפטיות", משפטים טז (תשמ"ו), עמ' 269; איתן אלעד, "תקפות בדיקות הפולִיגרף בחקירה הפלילית", פלילים ב (1991), עמ' 189.

בדיקות הביטחון.⁸⁵ דוח המבקר ציין עוד כי פרשות הריגול של קלינגברג (1983) וואנונו (1986) הביאו להכנסת בדיקת הפוליגרף כחלק מהליך הבדיקה לרמת הסיווג הגבוהה ביותר, הן למועמדים והן למועסקים, ובשנות התשעים היו לחלק ממתכונת הבדיקה לכל המועמדים לעבודה בשב"כ.⁸⁶

היועץ המשפטי לממשלה דאז אליקים רובינשטיין הסתייג הסתייגות נמרצת מהשימוש בפוליגרף במסגרת בדיקות התאמה ביטחונית.⁸⁷ בעקבות ביקורתו של רובינשטיין החליטה הממשלה, בשנת 1997, למנות ועדה בראשות השופט בדימוס דב לוין, על מנת לבחון את ההיבטים הקשורים בשימוש בבדיקות פוליגרף במסגרת הליך ההתאמה הביטחונית. הוועדה הגישה באותה השנה את הדוח שחיברה באשר לשימוש בפוליגרף במסגרת בדיקות ביטחון.⁸⁸ דוח לוין הדגיש (כנגד דעתו החולקת של המשנה ליועץ המשפטי דאז מני מזוז) את הצורך לאזן בין ההכרח בביצוע בדיקות פוליגרף במסגרת תהליך הבדיקה הביטחונית, בוודאי ברמות הגבוהות, לבין עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומכאן שלפי הוועדה אין לאסור את השימוש בבדיקות פוליגרף אלא יש לקבוע כללים שיביאו לאיזון בין השיקולים השונים, שעיקרם הגנה על סודות המדינה מול שמירת כבוד האדם ופרטיותו.⁸⁹

85 מבקר המדינה, "חוות דעת בנושא 'השימוש בפוליגרף בתהליך בדיקה מהימנותם של מועמדים לתפקידים רגישים'", מרץ 1997.

86 שם, עמ' 6.

87 אליקים רובינשטיין, "על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", עיוני משפט כא (התשנ"ח), עמ' 51.

88 הצוות לעניין בדיקות הפוליגרף בהליך הסינון הביטחוני לתפקידים בשירות הציבורי בראשות השופט (בדימוס) דב לוין, "דין וחשבון: מסקנות והמלצות המוגשות לראש הממשלה", 3.4.1997. (להלן: דוח לוין).

89 "מובן הצורך והרצון לשמור על סודותיה הכמוסים של המדינה מכל משמר ומכאן החשיבות שבנקיטת אמצעי מנע נאותים, לרבות בדיקות הסינון הביטחוני, על מנת למנוע פגיעה בביטחון המדינה וענייניה החיוניים. אולם בה במידה ראוי שישמרו גם זכויות יסוד של האזרח לכבודו ולפרטיותו, בהיותן ערכי יסוד בשיטתנו הדמוקרטית ונר לרגלינו בבואנו ליישם הלכה למעשה את הערכים החוקתיים המעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". שם, עמ' 21.

הממשלה אימצה את המלצות דוח לויז.⁹⁰ עיקרי ההמלצות היו הסמכת השירות לערוך בדיקות פוליגרף במסגרת הליך בדיקת ההתאמה הביטחונית וקביעת מתכונת הבדיקה.⁹¹ בהתאם לדוח לויז, השאלות בבדיקת הפוליגרף יעסקו בארבעה עניינים: "קשר עם מודיעין זר, עבירות על החוק, שימוש בסמים וטיפולים נפשיים".⁹² עוד נקבע בהמלצות כי האוכלוסייה שתדרש להיבדק בפוליגרף תכלול מועמדים וממלאי תפקידים אך רק ברמות הסיווג הגבוהות.⁹³ כן נקבע כי בדיקת הפוליגרף לא תהיה גורם בלבדי לקבלת הכשר ביטחוני או למניעתו,⁹⁴ למעט במקרים חריגים.⁹⁵ הגם ששאלת המהימנות של בדיקת הפוליגרף נותרה פתוחה בעיני רבים, הרי באורח מעשי, אימוץ ההמלצות של דוח לויז בהחלטת הממשלה קיבע את ההסדר לעניין זה, והוא עמד בתוקפו עד לחקיקת חוק השב"כ בשנת 2002. עם חקיקת חוק השב"כ נקבע הסדר חקיקתי מלא לעניין אחריות השירות לביצוע בדיקות ההתאמה הביטחונית, לרבות באמצעות בדיקות פוליגרף. עיקריו כדלקמן.

9.5.2. עקרונות ביצוע בדיקות

ההתאמה הביטחונית

9.5.2.1. השירות הוא הגוף היחיד המוסמך לקבוע את התאמתו הביטחונית של אדם לתפקיד או למשרה שסווגו בסיווג ביטחוני

מהחוק עולה בכירור כי הגורם הבלעדי המוסמך לקבוע את התאמתו הביטחונית של אדם לתפקיד או למשרה שסווגו בסיווג ביטחוני הוא השב"כ.⁹⁶ בניגוד

90 החלטת ממשלה 2978 מיום 14.12.1997.

91 שם, סעיף 5.

92 שם, סעיף 10.

93 שם, סעיף 6.

94 שם, סעיף 9(ב).

95 שם, סעיף 11.

96 סעיף 7(ב)(3) לחוק השב"כ; סעיף 6 לתקנות השב"כ (הודעה למעביד בדבר דרישת סיווג ביטחוני לעובדיו, הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת

לעניינים אחרים שבהם נשמרה האוטונומיה של זרועות הביטחון האחרות, הרי בעניין קביעת התאמה ביטחונית סמכות השירות משתרעת גם על קביעת ההתאמה הביטחונית של המועמדים והמועסקים בכלל המשרות והתפקידים, לרבות בארגוני הביטחון העמיתים, כמו המוסד, המשטרה וצה"ל, לרבות חיל המודיעין.

9.5.2.2. העסקת אדם בתפקיד או במשרה שסווגו בסיווג ביטחוני תתאפשר רק אם נקבעה התאמתו הביטחונית

החוק קובע מפורשות כי העסקתו של אדם בתפקיד או במשרה אשר לגביהם נקבע סיווג ביטחוני היא בהתאם לדרישות הסיווג של התפקיד או המשרה.⁹⁷ במילים אחרות, אין להעסיק אדם בתפקיד מסווג אם השב"כ לא קבע שיש לו התאמה ביטחונית לאותה רמת סיווג, ומכאן עוצמתו של הליך בדיקת הביטחון וחיבתו הרבה.

חסר ניכר נובע מהיעדר תיחום זמנים לקביעת רמת הסיווג למועמדים. העובדה שתהליך הבדיקה אינו תחום בזמן עלולה ליצור בעיה מעשית למועמד שהבדיקה הביטחונית שלו מתארכת בשל עניינים שאינם תלויים בו ומטעם זה לבדו הוא עלול להפסיד את המועמדות למשרה. יש למנוע מצב זה, והדרך לכך היא קביעת התקופה שבמהלכה השב"כ יידרש להשלים את בדיקת הביטחון, וכן קביעת מנגנון הארכה מובנה שיבטיח כי המשרה תישמר למועמד עד לסיום הבדיקה בעניינו. לשון אחר, יש לקבוע משך זמן סביר לבדיקה וכן לקבוע אימתי ניתן לחרוג ממשך זה ובאילו נימוקים. היעדרו של גבול להתמשכות הבדיקה בעייתי מהיבטים רבים – בראש ובראשונה הוא פוגע באינטרסים הן של הנבדק והן של הגוף המעסיק לסיום הבדיקה בתוך פרק זמן סביר.

אי התאמה ביטחונית), התשס"ג-2003. וראו גם בג"ץ 2819/05, שרגא דן נ' המשדר לביטחון פנים ואחי' (פורסם בנבו, 2006).

9.5.2.3. סמכות לשימוש בפולִיגרף במסגרת בדיקת התאמה ביטחונית

החוק מאפשר מפורשות להשתמש בפולִיגרף במסגרת בדיקת התאמה ביטחונית.⁹⁸ בכך אימצה הכנסת את החלטת הממשלה משנת 1997, שקיבלה את המלצות דוח לוין לעניין השימוש בפולִיגרף במסגרת בדיקות התאמה ביטחונית. כללי השימוש בפולִיגרף – באילו מקרים ניתן להסתמך על הפולִיגרף לשם קביעת אי-התאמה ביטחונית, מהם הנושאים שעליהם יישאלו הנבדקים בבדיקת פולִיגרף לצורכי התאמה ביטחונית וסוגיות אחרות הכרוכות בשימוש בפולִיגרף – נקבעו בכללים חסויים. נראה כי לא פחות מערכו של הפולִיגרף בגילוי עניינים שהנבדק מסתיר, לעצם קיומה של בדיקה זו יש אפקט הרתעה ניכר, וייתכן מאוד ששילוב זה בין מהימנות הבדיקה לבין ערכה ההרתעתי הוא המניע העיקרי לשימוש הרחב של השב"כ בפולִיגרף בהליך בדיקת הביטחון.

הצלחות רבות של בדיקות הפולִיגרף מצד אחד ומקרים לא מעטים שבהם תוצאת בדיקת הפולִיגרף הוכחה כלא נכונה מצד אחר מותירים כשאלה פתוחה את תקפותו של המכשיר ואת סוגי הממצאים והמסקנות שניתן לקבוע על פי הבדיקה. נראה כי לאחר עשרות אלפי בדיקות, בוודאי מאז חקיקת חוק השב"כ, יש מקום לבחינת נושא זה בצורה מקיפה ובלתי תלויה ולהביא את ממצאי הבדיקה לוועדת השרים, ליועץ המשפטי לממשלה ולדיעתי הציבור בכללותו.

9.5.2.4. חובת מסירת הודעה לנבדק אם נקבעה לו אי-התאמה ביטחונית

התקנות מורות על חובת הודעה לנבדק שנקבעה לו אי-התאמה ביטחונית ומפרטות את הפרטים שיש לכלול בהודעה זו.⁹⁹ מסירת ההודעה נועדה בראש ובראשונה לאפשר לנבדק שנקבעה לו אי-התאמה ביטחונית לממש את זכות ההשגה המוקנית לו – בתוך 21 ימים מיום קבלת ההחלטה על אי-התאמה ביטחונית.¹⁰⁰

98 שם, סעיף 7(ב)(3).

99 סעיפים 6-10 לתקנות השב"כ (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני לעובדיו, הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת אי התאמה ביטחונית), התשס"ג-2003.

100 שם, סעיף 8.

חובת מסירת ההודעה הוטלה על השב"כ,¹⁰¹ למעט לחיילים, שבעניינם הוטלה חובת ההודעה על ראש מחלקת ביטחון המידע בצה"ל.¹⁰² ההודעה חייבת להיות בכתב, להימסר לנבדק במסירה אישית,¹⁰³ ועליה לכלול את הקביעה בעניין התפקיד או המשרה שבהם נקבעה אי-התאמה או בעניין סוג התפקידים והמשרות שבהם נקבעה אי-התאמה ביטחונית.¹⁰⁴ נוסף על כך ההודעה צריכה לכלול את משך הזמן שלגביו נקבעה האי-התאמה, ומשך זמן זה לא יעלה על 5 שנים (אם כי תקופה זו ניתנת להארכה, בהחלטה חדשה).¹⁰⁵ ההודעה צריכה לציין במפורש את זכות הנבדק להגיש השגה כנגד האי-התאמה הביטחונית שנקבעה לו ואת המועד והדרך להגשת השגה כאמור.¹⁰⁶

חובת ההודעה מתייחסת רק לנבדק שנקבעה לו אי-התאמה. לא נקבעה חובת הודעה מפורשת לנבדק שנקבע כי יש לו התאמה ביטחונית או למי שבדיקתו הופסקה מטעמים אלו ואחרים. יש בכך פתח ותמריץ בעייתיים להפסקת הבדיקה שלא בדרך של קביעת אי-התאמה, אלא בדרך עוקפת של "הסרת מועמדות", למשל כאשר עולה מידע בעייתי במהלך הבדיקה הביטחונית, ובכך להימנע מהחובות הכרוכים בקביעת אי-התאמה, כמו מסירת הודעה, הנמקה, זכות השגה וכו'. כתוצאה מכך פעמים רבות הנבדק מתייאש או שהגוף שהוא מועמד לתפקיד בו מעדיף לבחור מועמד אחר ולא להמתין עד בוש. לפיכך נראה כי אין הצדקה להבחנה זו ויש לקבוע כי לכל נבדק שנכנס לתהליך של בדיקת התאמה ביטחונית יש זכות שתימסר לו הודעה בכל מקרה, בין שהבדיקה הופסקה ובין שנקבעה לו התאמה ביטחונית (גם אם אדם אחר זכה בתפקיד). כאמור לעיל, ההודעה צריכה להימסר בתוך פרק זמן סביר, שאותו יש לקבוע בתקנות.

101 שם, טע"ף 6.

102 שם, טע"ף 10.

103 שם, טע"ף 6.

104 שם, טע"ף (1)7.

105 שם, טע"ף (3)7.

106 שם, טע"ף (4)7.

9.5.2.5. חובת ההנמקה של החלטה על אי-התאמה ביטחונית

ההודעה לנבדק חייבת לכלול את ההנמקה שעל בסיסה נקבעה אי-התאמה ביטחונית.¹⁰⁷ ברוב רובם של המקרים הנבדק מבין בעצמו, כנובע ממהלך הבדיקה, מהם הדברים שבהם הבדיקה מתמקדת והיכן עולות הבעיות שבסופו של דבר הביאו להחלטה בדבר אי-התאמה ביטחונית, ולכן בדרך כלל מסירת ההנמקה אינה מעוררת קושי מיוחד. לעיתים נדירות יחסית יש קושי בפירוט ההנמקה, ולכן נקבע מנגנון שיאפשר התגברות על קושי זה.¹⁰⁸ למשל, ייתכנו מצבים שבהם הגורם לקביעת אי-התאמה ביטחונית התבסס על מידע מודיעיני רגיש ולכן מסירת הנמקה עלולה לפגוע בביטחון המדינה, או שקביעת האי-התאמה יסודה במידע על בריאותו הנפשית של הנבדק ועצם מסירת ההנמקה עלולה לפגוע בבריאותו. לסיטואציות אלו ודומות לה נועד המנגנון שנקבע בתקנות, המאפשר להימנע ממסירת ההודעה בסיטואציות חריגות.

9.5.2.6. זכות השגה על קביעת אי-התאמה ביטחונית

החוק מקנה לנבדק שקיבל הודעה על אי-התאמה ביטחונית זכות השגה לפני ועדה סטטוטורית מיוחדת שנקבעה לעניין זה.¹⁰⁹ דרכי הפנייה אל הוועדה קבועות בתקנות. הגורם המשיב בהליך ההשגה הוא השב"כ,¹¹⁰ שכן כאמור השב"כ הוא הגורם היחיד המוסמך להחליט בדבר אי-התאמה ביטחונית של נבדק. התקנות מפרטות את סמכויות הוועדה, את כללי הראיות בהליך ההשגה, את סדרי הדין הנהוגים בה, הוראות סודיות ועוד. כמו כן נקבע כי השגה של חייל תישמע לפני הרכב מיוחד של הוועדה.¹¹¹ לזכות ההשגה יש חשיבות ציבורית ומשפטית רבה,

107 שם, סעיף 7(2).

108 שם, סעיף 9.

109 סעיף 15(ב)(1) לחוק השב"כ; סעיף 11 לתקנות השב"כ (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני לעובדיו, הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת אי התאמה ביטחונית), התשס"ג-2003.

110 שם, סעיף 14.

111 סעיף 15(ב)(1) לחוק השב"כ.

וקביעתה ומימושה הלכה למעשה באופן תדיר יחסית הם אחד ההישגים הגדולים של חוק השב"כ.

נראה כי בנושא זה – הרלוונטי לאזרחים רבים, וכן רלוונטי למימוש זכויות יסוד כמו חופש העיסוק – ערך השקיפות הציבורית מצדיק פרסום שנתי לציבור של עבודת הוועדה. למשל, מספר ההשגות שנדונו, מספר ההשגות שהתקבלו, פילוח נושאי של התחומים שבהם הוגשו השגות ונתונים אחרים מסוג זה, שיש בהם מידע בעל ערך לציבור הרחב, ופרסומם ישרת אינטרס ציבורי חשוב מבלי לפגוע בביטחון המדינה או בצנעת הפרט. נוסף על כך יש לקבוע חובה להגשת דוח שנתי מפורט לוועדת השרים לענייני השב"כ ולוועדת הכנסת לענייני השב"כ על מנת שיוכלו למלא את תפקיד הפיקוח ועיצוב המדיניות שנועד להן גם בתחום רגיש זה.

9.5.3. סוגיות נוספות בתחום בדיקות ההתאמה הביטחונית

9.5.3.1. כלים וסמכויות המותרים לצורך בדיקת התאמה ביטחונית

מהם הכלים העומדים לרשות השב"כ בבואו לבצע בדיקת ביטחון למועמדים או למועסקים בתפקידים מסויגים? בתקנות לא פורטו המתכונת והכלים המשמשים בבדיקת הביטחון, ויש להניח כי מתכונת וכלי בדיקה אלו כוללים, בין היתר, שאלון אישי שהנבדק ממלא, קבלת חוות דעת על הנבדק מחברים, ממטפלים פסיכולוגיים וממוסדות רפואיים (בכפוף להסכמת הנבדק לויתור על סודיות רפואית), קבלת פרטים מהמרשם הפלילי ומרישומי צה"ל על הנבדק ועוד, המפורטים בכללים שאינם מפורסמים.¹¹² לכך יש להוסיף את הסמכות המיוחדת שפורטה לעיל, ושנקבעה בחוק, לשימוש במכשיר הפולגרף במסגרת בדיקת התאמה ביטחונית.

חוק השב"כ וחוקים אחרים, כמו חוק האזנת סתר, מקנים לשב"כ כלים וסמכויות רבים לצורך מילוי משימותיו, והשאלה העולה היא באילו מסמכויות אלו השירות רשאי להשתמש לצורך בדיקת התאמה ביטחונית. יש לזכור כי בדיקת ביטחון מתבצעת למספר רב מאוד של מועמדים ומועסקים בכל שנה, לרבות חיילים, ורובם המכריע אינם חשודים בדבר – להפך. בדרך כלל מדובר באזרחים נורמטיביים שכל חפצם הוא לזכות במשרה שנקבע לה סיווג ביטחוני, או שכבר מועסקים במשרה כזו. גם כך הבדיקות הכרוכות בבדיקת התאמה ביטחונית, לרבות תחקיר ביטחוני ופוליגרף, מהוות חדירה לפרטיות הנבדקים.

החוק לא ייחד מילים מפורשות לשאלת הסמכויות הנוספות שהשירות רשאי להשתמש בהן במסגרת בדיקת הביטחון, ומכאן הצורך בבחינה פרטנית של הכלים והסמכויות שנמסרו לשירות לשם מילוי תפקידיו. למשל, החוק אינו מאפשר לשב"כ להשתמש לצורך בדיקת ביטחון בסמכויות החקירה שנמסרו לו,¹¹³ אלא במקרה שהבדיקה העלתה בסיס לחשד החורג משאלת ההתאמה הביטחונית של האדם. כך למשל, אם במהלך בדיקת הביטחון עולים פרטים שיש בהם כדי לבסס חשד בריגול או בהעברת מידע מסווג לגורם בלתי מוסמך, היינו חשד המצדיק בירור חקירתי בהתאם לתפקידי השירות האחרים שסמכות החקירה משתרעת עליהם, רק אז יהיה אפשר לעבור ממסלול של בדיקת התאמה ביטחונית למסלול של בירור חשד המצדיק שימוש בכלי החקירה של השירות.¹¹⁴

החוק אינו מונה את בדיקת ההתאמה הביטחונית עם תפקידי השירות שלשם מילויים עובדיו רשאים להשתמש בסמכויות השוטר שנמסרו להם.¹¹⁵ כמו כן, החוק אינו מאפשר להשתמש בסמכות לבצע חיפושים סמויים במעברי גבול

113 שם, סעיף 8(א)(3).

114 "סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו". שם, סעיף 7(ב)(1), או תפקידים שהוספו מכוח סעיף 7(ב)(6) שם.

115 שם, סעיף 8(ב).

לשם איסוף מידע עבור בדיקת התאמה ביטחונית,¹¹⁶ או לבצע חיפושים למטרות מודיעין בכלי רכב או בחצרים לטובת בדיקות התאמה ביטחונית.¹¹⁷

ואולם, ההגבלות על האפשרות להשתמש בסמכויות שפורטו לעיל במסגרת בדיקת ההתאמה הביטחונית אינן קיימות בסמכויות אחרות שניתנו לשירות. כך למשל, אין כל הגבלה על האפשרות לקבל מידע ממאגרי מידע של רשויות אחרות לטובת הליך התאמה ביטחוני, ונראה שאכן יש טעם ענייני רב שהסמכות לקבל מידע ממאגרי מידע של רשויות אחרות תשמש גם לבדיקת התאמה ביטחונית.¹¹⁸ ואולם, אין כל הגבלה בדין על הפעלת סמכויות חודרניות יותר, כמו שימוש בנתוני תקשורת לצורך בדיקות התאמה ביטחונית,¹¹⁹ על שימוש בסוכנים לצורך קבלת מידע לשם בדיקת ביטחון,¹²⁰ ואף על ביצוע האזנות סתר.¹²¹ מכאן, ועל פני הדברים, אין מניעה משפטית להשתמש בכל אחת מסמכויות אלו לצורך בדיקת התאמה ביטחונית.

ספק אם המחוקק התכוון כי שימוש בסמכויות מרחיקות אלו יהיה אפשרי לצורך בדיקות התאמה ביטחונית, ונראה כי יש לייחד סמכויות אלו לתפקידי השירות האחרים, כמו סיכול טרור וריגול, ולאסור במפורש שימוש בהם בתהליך בדיקת ההתאמה הביטחונית. כאמור לעיל, מדובר בתהליך בדיקה המקיף עשרות אלפי אזרחים בשנה שנקודת המוצא היא שאין לגביהם כל חשד שהוא. עצם האפשרות לקבל כלים חודרניים כל כך – כמו נתוני תקשורת, האזנות סתר והפעלת סוכנים – ולהשתמש בהם לשם איסוף מידע על נבדקים בהליך התאמה ביטחונית היא בכחינת פרצה מסוכנת שעלולה להביא לאיסוף מידע עצום על מספר רב ביותר של אזרחים, מהם שמכהנים בתפקידים בכירים ורגישים ביותר.

116 שם, סעיף 9.

117 שם, סעיף 10.

118 שם, סעיף 8(א)(1).

119 שם, סעיף 11(ב)-(ג).

120 שם, סעיף 8(א)(4).

121 סעיפים 4-4(א) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

יש לתקן מצב דברים זה ולהגביל את סמכות השירות לאסוף מידע במהלך בדיקת התאמה ביטחונית בכלים אלו. במקרה שבדיקת ההתאמה מעלה חשד לפעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה או בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו, אז ורק אז תהיה הצדקה לשימוש בכלים אלו. המעבר מבדיקת ביטחון לבדיקת חשד כאמור חייב להיות מנומק בהחלטה של בעל סמכות בכיר, על מנת למנוע מצב שבו בדיקות התאמה ביטחונית מאפשרות שימוש בכלים שנועדו למשימות שונות בתכלית, כמו סיכול טרור וריגול.

9.5.3.2. כללים להעברת מידע העולה בבדיקת התאמה ביטחונית בין גופים ובתוך הגופים

במהלך בדיקת התאמה ביטחונית נדרש הנבדק לגילוי מלא של העניינים שהוא נשאל עליהם, שכן אי-שיתוף פעולה מלא מצד הנבדק עלול לסכן את סיכויי להצליח בבדיקת ההתאמה הביטחונית. קשת העניינים העולה בתהליך בדיקת ההתאמה עשויה להיות רחבה מאוד, עולים בה מעשה שגרה עניינים הכרוכים בצנעת חייו של אדם, ועשויים לעלות במהלכה פרטים הקשורים בביצוע עבירות, בשימוש בסמים, בטיפולים נפשיים ועוד. יתר על כן, שיטת הבדיקה בפוליגרף המתבססת על שיטת "שאלות הביקורת" מביאה אף היא לחשיפה נרחבת של עניינים פרטיים הנוגעים בצנעת הפרט, מהם כאלה החורגים מהנושאים שנקבעו כחיוניים לבדיקת ההתאמה הביטחונית.¹²²

לנוכח התכלית של שמירת סודות המדינה נראה כי אין מנוס מכך שפרטים רבים הנוגעים בצנעת הפרט יעלו במהלך הבדיקה, יירשמו ויישקלו במסגרת ההחלטה בעניין ההתאמה הביטחונית של הנבדק. ואולם לעיתים קרובות המידע המועבר מהנבדק במהלך בדיקת הביטחון יש בו עניין לגופים אחרים, כמו למשטרה למשל, אם מדובר במידע פלילי, או שיש בו חשיבות לתכליות אחרות, למשל לתכליות תעסוקה של הגוף המפנה, לרבות השב"כ עצמו. מצד אחד קשה להשלים עם כך שמידע העולה במהלך בדיקת ביטחון ישמש לתכליות החורגות מבדיקת הביטחון,

122 "שאלות הביקורת" בהליך בדיקת הפוליגרף הן שאלות שבאות למקד את הבדיקה בשאלות הרלוונטיות, אולם במהלך שאלות אלו עלול לעלות מידע רב הנוגע בצנעת הפרט של הנבדק. לעניין זה ראו "חוות דעת בנושא השימוש בפוליגרף בתהליך בדיקת מהימנותם של מועמדים לתפקידים רגישים", מבקר המדינה, 1997, עמ' 9.

ומצד אחר ישנם פרטי מידע שלא סביר להשאירם ברשות היחידה לבדיקת התאמה ביטחונית בלבד מבלי שיועברו לרשויות הרלוונטיות, למשל אם במהלך הבדיקה מתקבל מידע על כך שהנבדק ביצע עבירות בתחום הפדופיליה.

נוסף על כך קיים פיתוי קבוע, ככל הגופים, להשתמש בהליך בדיקת הביטחון גם לצורך תעסוקה ומיון. למידע העולה בבדיקת הביטחון יש ערך רב לכל הגופים, לרבות לשב"כ עצמו, גם בהיבטים של משאבי אנוש (גיוס והשמה לפי תכונות של המועמד וכו'). מצב דברים זה עשוי להוביל לכך שהיחידה העוסקת בבדיקת ההתאמה הביטחונית תחליט כי אין במידע שנאסף כדי לפגוע בהתאמתו הביטחונית של הנבדק לתפקיד שהוא מועמד אליו, אולם יחידת הגיוס וההשמה תחליט כי מידע זה מקריין על ההתאמה התעסוקתית של הנבדק. כשאין איסור או הגבלה על העברת מידע שנאסף בבדיקות ביטחון לצרכים תעסוקתיים יש להניח כי הפיתוי להשתמש במידע כזה לצרכים תעסוקתיים יגבר, ובהיבט הזה דין השב"כ כמעסיק כדין כל גוף אחר.

השאלה העולה מכך היא מהם הכללים שלאורם השב"כ צריך לנהוג במידע שנמסר לו לצורך בדיקת הביטחון, מידע שייתכן שהוא רלוונטי גם לגופים אחרים או לתכליות אחרות. כקבוע בחוק, הכלל הוא שהשב"כ מוסמך, לצורך מילוי תפקידיו, "להעביר מידע לגופים אחרים בהתאם לכללים שייקבעו ובכפוף להוראות כל דין".¹²³ אין כל דין ספציפי העוסק במידע העולה בבדיקות הביטחון, ולכאורה בסיטואציה שלא קיימת הגבלה כלשהי בכללים, השירות רשאי להעביר מידע כאמור לגופים אחרים, ובלבד שהעברת המידע היא לצורך מילוי תפקידי השירות. יש לציין כי בעניין המידע העולה במהלך בדיקת הפולגרף הנערכת לבדיקת התאמה ביטחונית, במיוחד מידע המתקבל כתוצאה של "שאלות הביקורת" הנשאלות במהלך הבדיקה, נקבע נוהל המגביל את האפשרות להעברת מידע כזה אל מחוץ ליחידת הפולגרף,¹²⁴ והדעת נותנת כי הגבלות כאלה נשמרו גם לאחר חקיקת חוק השב"כ.

123 סעיף 8(א)(2) לחוק השב"כ.

124 דוח מבקר המדינה (לעיל הערה 121), עמ' 13.

נראה כי על הכללים או התקנות להתייחס מפורשות להגבלות ולתנאים להעברת מידע שעלה בבדיקת התאמה ביטחונית לגוף אחר. כללים אלו צריכים להסדיר את סוג המידע, את דרג הסמכות שיאשר העברת מידע כאמור, את אופן התייעוד של העברת המידע, וייתכן שיש גם לקבוע כי גורם משפטי חיצוני, לדוגמה היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה, צריך לאשר העברת מידע כאמור. נוסף על כך, על הכללים לאסור במפורש, או למצער להגביל למקרים יוצאי דופן, העברת מידע העולה בבדיקת הביטחון לצרכים כמו התאמה תעסוקתית של הנבדק. גם כאן יש לקבוע את הדרג המאשר וכן את הדרג שאליו יועבר המידע בגוף המקבל, את אופן התייעוד של העברת המידע ודרך האישור להעברת מידע כאמור על ידי גורם משפטי חיצוני.

מכל מקום, דומה כי אין הצדקה שעקרונות אלו, הכרוכים בעניין של רבים מאזרחי המדינה, ייוותרו חסויים. מוצע לתקן את החוק ולקבוע כי כללי העברת המידע העולה מבדיקות ביטחון ייקבעו בתקנות, שכן הליבון הציבורי ושקיפות העקרונות בתחום רגיש זה חיוניים, ומצד אחר אין כל טעמי סודיות מיוחדים המצדיקים את שמירתם תחת מעטה סודיות של העקרונות לעניין כללי העברת מידע העולה בבדיקות ביטחון.

תחום האבטחה הוא רחב אנפין, הכולל בתוכו ממדי פעולה השונים זה מזה שונים רב. האחריות המוטלת על השב"כ, כגורם מבצע, בתחום

האבטחה הפיזית, מוגבלת לרשימה של ממלאי תפקידים ואישים נוספים שנבעו בהחלטת ועדת השרים לענייני השב"כ. על אבטחתם של אישים מופקדת החטיבה לאבטחת אישים ומשלחות הפועלת בתוך אגף האבטחה בשב"כ. בנוסף, הוטלה על השירות אחריות להנחיית האבטחה של שורת גופים ומוסדות ממשלתיים וציבוריים, בממדים שונים, לרבות אבטחה פיזית ואבטחת מידע מסווג. מערכים כמו אבטחת תעופה ואבטחת נציגויות מהווים מוקד משמעותי למימוש אחריות השב"כ בתחום הנחיית האבטחה. דומה שהגיעה העת לבחון מחדש את התאמת המערכים שהתפתחו עם השנים למציאות הארגונית והמשפטית שהתפתחה, ולשקול הקמת רשות אבטחה ממלכתית ייעודית.

9.6

סיכום

בתחום השמירה על סודות המדינה יש לשב"כ אחריות בלעדית בכל הנוגע לבדיקות התאמה ביטחונית למועמדים ולמועסקים במשרות שסווגו בסיווג ביטחוני. תרגום אחריות זו לכללים שישמרו על האיזון בין צורכי הביטחון לבין צנעת הפרט ויבטיחו את חופש העיסוק מחייב בחינה מחודשת של כמה מהפרקטיקות שהתגבשו, בעיקר בכל הנוגע לשימוש בכלים שנמסרו לשב"כ לצורך מילוי תפקידיו בסיכול טרור וריגול לצורכי בדיקות התאמה ביטחונית, קביעת מסגרת זמנים לסיום הבדיקה, הודעה לנבדק וחידוד הכללים לעניין העברת מידע העולה בבדיקות הביטחון.

פרק 10

מנגנוני הפיקוח על פעילות השב"כ

—

כמפורט בפרקים הקודמים, שירות הביטחון הכ"ל ללי הוא גוף עתיר סמכויות. משימותיו העיקריות, שהן סיכול טרור וריגול, מביאות לכך שהסמכויות שהופקדו בידיו רחבות עד מאוד. כך, למשל, הפעלת אותן סמכויות החופפות לכאורה את סמכויות המשטרה, כמו האזנת סתר ושימוש בנתוני תקשורת, נתון נות למגבלות פחותות בהרבה מהמגבלות המוטלות על המשטרה, הן בהיקפן והן בבקרה שיפוטית ובדרישות הפרוצדורליות.

היעדר הצורך באישור שיפוטי, או מעין שיפוטי, בהפעלת סמכויות השירות מביא לכך שחלק ניכר מהפיקוח והבקרה מתבצעים בדיעבד ונושאים אופי של מעקב סטטיסטי יותר מאשר בחינה מהותית של הפעלת סמכויות קונקרטיות.

10.1 מבוא

נוסף על כך, מעטה הסודיות על פעולות השירות והיעדרם של מנגנוני דיווח לציבור מגבילים מאוד את היקף הביקורת הציבורית על השירות, את היכולת לדעת, להבין ואף להשוות בין פעילות השירות לפעילות של ארגונים עמיתים, או להשוות את ההיקף של הפעלת סמכויות השירות בין תקופות שונות.

הציטוט הידוע של השופט לואיס ברנדייס, שאור השמש הוא המחטא הטוב ביותר,¹ ממחיש את הצורך במנגנונים שיוכלו לפצות על הצירוף של סמכויות רחבות מאוד ושקיפות ציבורית מוגבלת ביותר. אומנם, האינסטיטוט הראשוני של כל ארגון ביטחון הוא לשמור בחשאי את פעילותו, בוודאי ארגון מודיעיני שיש הצדקות ענייניות כבדות משקל לשמירת חלקים רבים מפעילותו תחת מעטה סודיות, אולם הבנה מפותחת יותר של תפקיד השירות בחברה דמוקרטית והלגיטימציה שארגון כמו השב"כ זקוק לה מהחברה הישראלית הבהירו פעמים רבות את חשיבות הפיקוח החיצוני על פעילותו של השירות.

חוק השב"כ והמנגנונים שהוקמו מכוחו, דוחות של ועדות בדיקה וחקירה וכן פסיקת בית המשפט העליון בנושאים הנוגעים לפרקטיקות הפעולה של השירות שיפרו מאוד את מנגנוני הפיקוח על השירות. ואולם נראה כי מנגנוני הפיקוח על פעילות השב"כ אינם מותאמים לתהליכי ביקורת ובקרה הנדרשים מהיקף הסמכויות שבידיו, והם חסרים גם בהשוואה להתפתחויות בנושא במדינות אחרות. כמו כן, השינויים הטכנולוגיים הגדולים בטיב הכלים העומדים לרשותו של השירות ובעוצמתם מחזקים את הצורך בקיומם של מנגנוני פיקוח ובקרה יעילים שיפקחו על אופן הפעלתם של כלים רבי-עוצמה אלו. כל אלה מצדיקים עיון מחודש ביעילות וברלוונטיות של גורמי הפיקוח על השב"כ ובהתאמתם לאתגרים הקיימים.

ככל גוף מינהלי, השירות נתון לביקורת שיפוטית קבועה. זהו מנגנון פיקוח על אותו חלק של פעילותו המגיע לבחינה משפטית. ביקורת זו מתממשת במגוון דרכים, בין היתר בדרך של עתירות מטעם ארגונים ומטעמים של יחידים; בתביעות

¹ "Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman." Louis Brandeis, *Other People's Money and How the Bankers Use It*, New York: Frederick A. Stokes, 1914, p. 92

משפטיות של מי שרואים את עצמם נפגעים מפעולתו של השירות; בהליכי בקרה שיפוטית סטטוטורית, כמו למשל בהליכי אישור מעצר מינהלי בהתאם לחוק או במסגרת "משפטי זוטא", שבהם נבחנת קבילותן של הודאות שנגבו במהלך חקירות השירות. למותר לציין כי ההחלטות בבתי המשפט מחייבות את השירות, והוא מושפע מאוד מפסיקותיו, בוודאי בעת שנשמעת ביקורת מבתי המשפט בכל ערכאותיהם על מהלכים או פרקטיקות שהוא נוקט.

ואולם, למעט עתירות עקרוניות אחדות שנדונו בבית המשפט העליון, רוב רובה של הביקורת השיפוטית היא ספוראדית מטבעה ותלויה בהליכים הקונקרטיים הבאים לפני בית המשפט. ככלל, מערכת בתי המשפט אינה בנויה לתת מענה שלם לסוגיית אופן הפיקוח על פעולות השירות, וגם אין זה מתפקידה.

בדברי החקיקה שהפקידו בידי השב"כ את הסמכויות לפעולתו, בעיקר חוק השב"כ וחוק האזנת סתר, נקבעו שורה של מנגנוני פיקוח, קונקרטיים וכלליים, על פעילותו של השירות ועל הפעלת הסמכויות הרחבות שהופקדו בידיו. מנגנוני הפיקוח הללו פועלים בכמה אופנים:

(1) גופים בעלי סמכויות פיקוח כלליות על השירות – בהם מבקר השירות, מבקר המדינה, ועדת השרים וועדת הכנסת לענייני השירות.

(2) מנגנוני פיקוח על הפעלת סמכויות קונקרטיות על ידי השירות – ברוב החוקים המסמיכים יוחדו הליכי בקרה ופיקוח ספציפיים על השימוש בסמכויות הנקובות בהם, למשל בעניין האזנת סתר. דרך נוספת היא במינוי גורם פיקוח קונקרטי, כמו הממונה על בדיקת תלונות נחקרים (המבט"ן).

(3) הפעלת פיקוח על ידי הגורמים המאשרים – כאשר השירות נזקק לאישור של גורם חיצוני לו, מינהלי או שיפוטי, להפעלת סמכויותיו. תהליך האישור כולל בתוכו באופן מובנה גם חובת פיקוח מצד הגורם המאשר מעצם הסמכות לאשר או שלא לאשר את בקשות השירות להפעלת הסמכות שמדובר בה.

10.2

גופים בעלי סמכויות פיקוח כלליות על השירות

ארבעה גורמים עיקריים אוהזים בסמכויות פיקוח כלליות על השירות, והם: ועדת הכנסת לענייני השירות, ועדת השרים לענייני השירות, מבקר המדינה ומבקר השירות.

10.2.1. פיקוח פרלמנטרי: ועדת הכנסת לענייני השירות היא ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון.² שמה וסמכויותיה, העוסקים בפיקוח על פעילות השירות, נקבעו בחוק השב"כ, והיא משמשת כוועדה הפרלמנטרית המיוחדת לענייני השירות.³ כוחה של ועדת הכנסת לענייני השירות נובע גם מכך שהיא חלק מוועדת החוץ והביטחון, המאשרת עם ועדת הכספים את תקציבי השב"כ (ותקציבים של גופי ביטחון אחרים), וגם עניין זה מוסיף לכוח שבידי הוועדה אל מול גורמי הביטחון, בכללם השב"כ. החוק קובע הוראות סודיות וחיסיון על דיוני ועדת הכנסת לענייני השירות, אלא אם החליטה הוועדה אחרת, "לאחר שמיעת עמדת ראש השירות".⁴ בהתאם לחוק השב"כ, ועדת הכנסת לענייני השירות עשויה לפעול הן כרשות מאשרת בעניינים שנקבעו ובחוק והן כרשות מפקחת.

סמכויות הוועדה הנקובות בחוק בכובעה כרשות מאשרת כוללות את אישור התקנות או הכללים שהוצאו בהתאם לחוק השב"כ,⁵ אישור הטלת תפקידים נוספים על השירות שהממשלה החליטה עליהם,⁶ וכן אישור לשינוי התוספת לחוק השב"כ, הכוללת את רשימת החיקוקים המאפשרים לעובדי שירות שנקבעו לכך להשתמש בסמכויות השוטר המנויות בתוספת זו.⁷

2 סעיפים 1, 6 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

3 בנוסח המקורי של חוק השב"כ נקבע כי יושב ראש ועדת החוץ והביטחון יכהן כיושב הראש של ועדת הכנסת לענייני השירות, אולם סייג זה נמחק במיקון משנת 2014.

4 סעיף 6(ב) לחוק השב"כ.

5 שם, סעיף 1.

6 שם, סעיף 7(ב)(6).

7 שם, סעיף 23.

סמכויותיה העיקריות של הוועדה בכובעה כרשות מפקחת כוללות קבלת דיווחים עיתיים מראש השירות, בהתאם לקבוע בחוק השב"כ ובכללים המפורטים בנושא. בהתאם לאמור בחוק, על ראש השירות למסור לוועדה דיווחים "מעט לעת, ולא פחות מאחת לשלשה חודשים, על פעילות השירות",⁸ ואם הוועדה מבקשת זאת, על ראש השב"כ למסור לוועדה דיווחים מיוחדים בנושאים ספציפיים. ההוראות המפורטות בעניין כללי הדיווח של ראש השב"כ לוועדה נקבעו בכללים חסויים שפרסומם אסור.

כלי פיקוח נוסף העומד לרשות הוועדה נשען על דוחות מבקר השירות, באשר על פי החוק הוא מחויב למסור לוועדת הכנסת עותק מהדוחות השנתיים או התקופתיים שלו.⁹ סמכויות הפיקוח של הוועדה כוללות גם חובות דיווח בעניינים קונקרטיים שנקבעו בחוק השב"כ. בין היתר נקבע כי אחת לשנה ראש השירות ידווח לוועדה על היתרי שימוש בנתוני תקשורת.¹⁰ נוסף על כך נקבעו הוראות דיווח על עניינים כמו מינוי ממלא מקום לראש הממשלה בהפעלת סמכויותיו לפי חוק השב"כ,¹¹ וכן חובת מסירת דיווח לוועדה אם הוחלט על השעיה של מבקר השירות.¹²

סמכויותיה של הוועדה למילוי תפקידה בהיותה גוף הפיקוח הפרלמנטרי על פעילות השב"כ קבועות אפוא בחקיקה ראשית ומאפשרות לה, אם תפעיל את סמכויות הפיקוח שבידיה בצורה נכונה, להיות גורם יעיל בפיקוח על פעילות השב"כ. מהניסיון שהצטבר בשנים שחלפו מאז חוק השב"כ, וכן מהשוואה לאופן שבו פועלות ועדות פרלמנטריות במדינות אחרות למימוש תפקידי הפיקוח שלהן על ארגוני ביטחון ומודיעין, נראה כי נכון יהיה להכניס שינויים ושיפורים בסמכויות הוועדה ובדרכי פעולתה. שינויים ושיפורים אלו יאפשרו לוועדה

8 שם, סעיף 12(ב).

9 שם, סעיף 13(ה)(5).

10 שם, סעיף 11(ד).

11 שם, סעיף 4(ד).

12 שם, סעיף 13(ה)(3). השעיה כאמור כפופה גם לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992.

למלא בצורה מיטבית את תפקידי הפיקוח שנמסרו לה ולהיות גוף הזכאי לאמון הציבור במקצועיות וביעילות הפיקוח שלו על השב"כ, כדלקמן.

ראשית, מוצע למנות לוועדה סגל קבוע של אנשי מקצוע מדיסציפלינות רלוונטיות שיסייעו לה במימוש סמכויות הפיקוח שלה. כך נהוג במודלים שאומצו בכמה מדינות.¹³ על הצוות המקצועי יוטל לנתח את הדיווחים שהשב"כ מעביר לוועדה, לפעול מטעם הוועדה כדי לממש את סמכויות הפיקוח שנמסרו לה, לדווח לוועדה על ממצאי הבדיקות, לקיים קשר שוטף עם השב"כ, להכין חומרים רלוונטיים לחברי הוועדה כחלק מהדיונים העיתיים עם ראש השב"כ שנקבעו בחוק ולסייע לוועדה בביצוע בדיקות קונקרטיות שיידרשו.

נוסף על כך, לנוכח הוראות הדיווח הנרחבות המתנקזות לוועדה ועל מנת שתוכל לראות את כל התמונה, נראה כי יש לאחד בין מנגנוני הפיקוח הפרלמנטריים על פעילות השב"כ. כיום בהתאם לחוק האזנת סתר מוגש לוועדה אד-הוק המורכבת מוועדת החוקה חוק ומשפט וועדת החוץ והביטחון דיווח שנתי על האזנות סתר שבוצעו. נראה שאין מקום לכפילות זו ושקיומה פוגם בתמונה הכוללת של הפיקוח הפרלמנטרי, שצריך להיות מרוכז בגוף אחד – הוא ועדת הכנסת לענייני השירות. מכאן שיש לתקן את החוק ולהעביר לוועדת הכנסת לענייני השירות גם את הדיווח השנתי שנקבע בחוק האזנת סתר על היתרי האזנות הסתר למטרות ביטחון המדינה.

עניין אחר הוא הצורך בהגברת השקיפות הציבורית של אופן הפיקוח וממצאי הפיקוח של הוועדה. לנוכח הוראות החיסיון שנקבעו קשה לציבור לדעת אם וכיצד הוועדה מפעילה את הסמכויות שניתנו בידיה על מנת לבצע הלכה למעשה את תפקידה הציבורי. ראשית, דומה כי אין הצדקה ממשית לאיפול הכמעט מלא

13 למשל, הוועדה שממונה על ידי הפרלמנט הנורווגי לסיוע לפרלמנט בפיקוח על שירותי המודיעין של נורווגיה שנקראת EOS Committee. על כך ראו EOS Committee The Norwegian Parliamentary Intelligence Oversight Committee. וראו Constant Hijzen, " 'More than a Ritual Dance': The Dutch Practice of Parliamentary Oversight and Control of the Intelligence Community," *Security and Human Rights* 24 (3-4) (2014), p. 227

על אופן הפיקוח של הוועדה, ונכון לפרסם את כללי הדיווח של השב"כ לוועדה,¹⁴ באשר מהותם הכללית של הנושאים (להבדיל מתוכנם הקונקרטי), אופן מסירת הדיווחים ומועדם הם עניינים שיש להם חשיבות הן במעקב הציבורי אחר התקיימותם והן לגבי תכולתם העקרונית. כמו כן, מוצע לקבוע מנגנון שיפרסם לציבור דרך קבע את תמצית הפעולות, הנושאים וממצאי הפיקוח של הוועדה, בכפוף למגבלות הביטחון. מבחינה פורמלית הוועדה רשאית לעשות זאת גם לפי הדין הקיים, ויש חשיבות ציבורית למימוש סמכות זו הלכה למעשה.

10.2.2. ועדת השרים לענייני שירות הביטחון הכללי בחוק השב"כ נקבע כי תוקם ועדת שרים סטטוטורית שתפעל בשם הממשלה "בעניינים שקבעה".¹⁵ בהתאם לחוק, הוועדה כוללת חמישה שרים: ארבעה מתוכם נקבעו בחוק

(ראש הממשלה, שר הביטחון, שר המשפטים ושר לביטחון הפנים), ואילו השר החמישי ממונה על ידי הממשלה. לוועדת השרים סמכויות אישור וסמכויות פיקוח קונקרטיות שנקבעו בחוק השב"כ, וכאמור, הממשלה מוסמכת להחליט כי סמכויות שמסורות לממשלה יופעלו באמצעות ועדת השרים.

הוועדה פועלת, בראש ובראשונה, כרשות מאשרת – חוק השב"כ קובע כי אישור ועדת השרים נדרש בתהליך אישור תקנות או כללים שהוצאו בהתאם לחוק השב"כ,¹⁶ וכן לשינוי התוספת לחוק השב"כ, הכוללת את רשימת החיקוקים המאפשרים לעובדי שירות שנקבעו לכך להשתמש בסמכויות שוטר המנויות בתוספת זו.¹⁷ נוסף על כך החוק קובע שורת עניינים המסורים להחלטת הממשלה, ובהתאם לחוק ניתן להפעיל סמכויות אלו, כולן או חלקן, על ידי ועדת השרים

14 מכוח סעיף 12 לחוק השב"כ.

15 שם, סעיף 5.

16 שם, סעיף 1.

17 שם, סעיף 23.

בשם הממשלה.¹⁸ עניינים אלו כוללים את מינוי ראש השירות, הארכת כהונתו או החלטה על קיצור הכהונה;¹⁹ אישור יעדים לשירות;²⁰ הטלת תפקידים נוספים על השירות;²¹ קביעה בדבר האנשים, המידע והמקומות שאבטחתם תוטל על השירות;²² קביעת גופים נוספים על אלה המנויים בחוק שתוטל עליהם חובת סיווג משרות;²³ קביעת הגופים שהשב"כ יהיה אחראי לקביעת נוהלי האבטחה שלהם;²⁴ קביעת הגופים שהשב"כ יעביר להם ייעוץ והערכת מצב.²⁵

סמכויותיה העיקריות של ועדת השרים כרשות מפקחת כוללות את הוראות הדיווח המפורטות בחוק השב"כ – הוראות הזהות בלשונן ובמהותן להוראות שנקבעו לוועדת הכנסת לענייני השירות. בחוק השב"כ קבועות הוראות דיווח עיתיות לוועדת השרים לענייני השירות, ולפיהן על ראש השירות למסור לוועדה דיווחים "מעת לעת, ולא פחות מאחת לשלשה חודשים, על פעילות השירות",²⁶ ואם ועדת השרים תבקש, על ראש השב"כ למסור לוועדה דיווחים מיוחדים בנושאים ספציפיים. ההוראות המפורטות בעניין דיווח של ראש השירות לוועדה נקבעו בכללים חסויים. כלי פיקוח נוסף שניתן בידי ועדת השרים הוא דוחות מבקר השירות, באשר על פי החוק הוא מחויב למסור גם לוועדת השרים (מלבד ראש הממשלה וועדת הכנסת) עותק מהדוחות השנתיים או התקופתיים שהוא מפרסם.²⁷

18 שם, סעיף 5(א).

19 שם, סעיף 3.

20 שם, סעיף 6.

21 שם, סעיף 7(א).

22 שם, סעיף 7(ב)(2).

23 שם, סעיף 7(ב)(3).

24 שם, סעיף 7(ב)(4).

25 שם, סעיף 7(ב)(5).

26 שם, סעיף 12(א).

27 שם, סעיף 13(ה)(5).

עולה מכך כי סמכויות האישור וסמכויות הפיקוח של ועדת השרים הן נרחבות ביותר, אולם בשל הוראות הסודיות, ההיקף והעומק של הפיקוח המבוצע בפועל על ידי ועדת השרים אינו ידוע. נראה כי נכון לקבוע מנגנון שיביא לידיעת הציבור, בכפוף לכללי הסודיות והחיסיון ומבלי לפגוע בביטחון המדינה, את מועדי הכינוס של ועדת השרים, את הנושאים שעל סדר היום שלה – בעיקר הקשורים בהפעלת סמכויות הפיקוח שלה, וכן כל עניין אחר שנדון בוועדת השרים ואשר ניתן לגלותו מבלי לפגוע בביטחון המדינה.

10.2.3. מבקר השירות מבקר הפנים של השירות הוא גורם פיקוח

שנקבעו לו בחוק השב"כ מאפיינים ייחודיים

המבדילים אותו במידה רבה ממבקרי הפנים של ארגונים אחרים.²⁸ חוץ מראש השב"כ, מבקר השירות הוא נושא המשרה היחיד שחוק השב"כ מגדיר את תפקידו וקובע הוראות מיוחדות לגביו. מבקר הפנים הראשון מונה לשירות בסוף שנות השמונים, בעקבות פרשת קו 300 ורוח לנדוי, שזיעזעו את השירות ופגעו חמורות באמון הציבור בו. זו גם הסיבה שבאותה העת הופקד המבקר גם על בדיקת תלונות נחקרים,²⁹ עד שעניין זה הועבר לידי היחידה לבירור תלונות נחקרים (המבט"ן) ולמחלקה לחקירת שוטרים והוצא כליל מידי מבקר השירות.³⁰

עם חקיקת חוק השב"כ התקבעו מעמדו המיוחד של מבקר השירות, תפקידו וסמכויותיו. מבחינה פורמלית המבקר פועל על פי חוק הביקורת הפנימית,³¹ אולם בשונה ממבקר פנימי רגיל, המתמנה בדרך כלל על ידי המנכ"ל או על ידי

28 שם, סעיף 13.

29 "ועדת לנדוי – ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת – דין וחשבון", 1987, עמ' 38 (להלן: דוח ועדת לנדוי); יעקב פרי, **הקם להרגר**, חל אביב: קשת, 1999, עמ' 149.

30 סעיף 13(ד) לחוק השב"כ.

31 חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992.

ראש הארגון,³² חוק השב"כ קובע כי מבקר השירות יתמנה על ידי ראש הממשלה "בהתייעצות עם ראש השירות",³³ וכי הממונה על המבקר יהיה ראש הממשלה.³⁴

על מנת להבטיח את עצמאותו של מבקר השירות ואת אי-תלותו נקבעה לו תקופת כהונה קצובה, בת 5 שנים, שאינה ניתנת להארכה, וכן נקבע כי לאחר סיום כהונתו לא ימלא תפקיד אחר בשירות.³⁵ הרצון להבטיח את עצמאותו ואי-תלותו עולה גם מההוראה שאין להשעות את המבקר אלא בכפוף להוראות חוק הביקורת, באישור ועדת השרים לענייני השירות ובכפוף להודעה לוועדת הכנסת לענייני השירות.³⁶

אופן המינוי של מבקר השירות והיבטי העצמאות החיוניים לתפקיד נדונו בפסק דינו של בית המשפט העליון, שנדרש לסוגיה לאחר שעובד השירות עתר כנגד תקינות המינוי של המבקר הראשון שמונה לאחר כניסת חוק השב"כ לתוקף.³⁷ בתמצית, טענת העותר הייתה שמי שניהן ערב המינוי כעוזר מיוחד לראש השירות, כפי שהיה באותו מקרה, לא יכול ליהנות ממידת העצמאות ומהאי-תלות הנדרשות לשם מילוי התפקיד. בית המשפט העליון, בהחלטה מאת הנשיא ברק, דחה את העתירה בשל השיהוי שמצא בהגשתה, אולם העיר כי לאור תפקידו הקודם של המבקר, שהיה בעל מעמד בכיר וקרוב לראש השב"כ, "קיים לכאורה חשש לתלות וחוסר עצמאות של המבקר". בית המשפט קבע עוד כי לשם ביצור אי-תלותו של המבקר ועצמאותו ראוי לקבוע תקופת צינון טרם המינוי, כדי להפיג את החשש לתלות בינו לבין ראש השירות, וכי עניין זה הוא מהותי ולא טכני.³⁸

32 שם, סעיף 2.

33 סעיף 13(א) לחוק השב"כ.

34 שם, סעיף 13(ה)(1).

35 שם, סעיף 13(ב).

36 שם, סעיף 13(ה)(3).

37 בג"ץ 5682/02, פלוני נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד נז (3) 84.

38 השופטת פרוקצ'יה הוסיפה כי "ראוי הוא כי אמות המידה הראויות והאיזונים הנדרשים לענין המינוי יעמדו לנגד עיני הגורם הממנה לכשתעלה בעתיד שאלת איוש תפקיד מבקר השירות פעם נוספת". שם.

בפועל, מאז העתירה מונו מבקרים גם מקרב אנשי השירות הפעילים, והיו שקודמו בדרגתם לצורך המינוי. עניין זה מעלה חשש שאסירות התורה שבקידום ובמינוי של אדם ששירת קודם לכן בתוך השירות עלולה לפגוע בעצמאות ובאי-תלות המתחייבות מהתפקיד ומהכיוון שהותווה בפסק דינו של בית המשפט העליון. מכאן שיש טעם רב לחזור לפרקטיקה שהתקיימה בעבר, שלפיה מבקר השירות ממונה מחוץ לשירות – מקרב ראשי אגפים בדימוס או מועמד חיצוני מתאים אחר, ולא מקרב עובדיו הפעילים של השירות.

מבחינה מהותית התחומים שמבקר השירות עוסק בהם כוללים את כל העניינים החלים על מבקר פנימי הפועל מכוח חוק הביקורת הפנימית,³⁹ בהתאם ל"תקנים המקצועיים המקובלים".⁴⁰ במילים אחרות, תחומי הביקורת כוללים הן את הפעילות המבצעית של השירות והן את הצד המינהלי של פעולותיו. נוסף על כך הוטל על מבקר השירות גם הטיפול בתלונות של עובדי השירות, וכן בתלונות כנגד השירות או עובדיו.⁴¹ עוד נקבע בחוק כי ראש הממשלה, הממונה על השירות, רשאי להטיל על המבקר תפקידים נוספים בהתאם לכללים שייקבעו,⁴² וכך גם ראש השירות, בהתאם לאמור בחוק הביקורת הפנימית.⁴³ כמו כן נקבע

39 "תפקידים

(א) המבקר הפנימי יבדוק, בין היתר –

- (1) אם הפעולות של הגוף הציבורי שבו הוא משמש מבקר ושל נושאי משרה וממלאי תפקידים באותו גוף תקינות, מבחינת השמירה על החוק, על הניהול התקיין, על טוהר המידות ועל החסכון והיעילות, ואם הן מועילות להשגת היעדים שנקבעו להן;
 - (2) אם מקוימות ההוראות המחייבות את הגוף הציבורי;
 - (3) את ניהול הנכסים וההתחייבויות של הגוף הציבורי, ובכלל זה את הנהלת החשבונות שלו, וכן את דרכי שמירת הרכוש, והחזקת הכספים והשקעתם;
 - (4) אם ההחלטות בגוף הציבורי נתקבלו על פי נהלים תקינים;
 - (5) אם הגוף הציבורי הוא גוף מבוקר כאמור בפסקה (1) או (3) להגדרת גוף ציבורי שבסעיף 1 (להלן – גוף מבוקר) – את תיקון הליקויים שעליהם הצביע מבקר המדינה.⁴⁴
- סעיף 4 לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992.

40 שם, סעיף 4(ב); סעיף 13(ה)(4) לחוק השב"כ.

41 שם, סעיף 13(ד).

42 שם, סעיף 13(ג).

43 שם, סעיף 13(ה)(1).

בחוק כי המבקר יסייע לממשלה ולוועדת השרים במילוי תפקידיהם,⁴⁴ ועולה מכך כי הממשלה וועדת השרים רשאיות להטיל על המבקר לברוק כל עניין שהן חפצות בבדיקתו.

כדי להבטיח את יכולתו המלאה של המבקר לערוך ביקורת יעילה בגוף הפועל בחשאייות כמו השב"כ נקבע במפורש כי לא תימנע ממנו גישה לכל "מסמך מידע או מקום" בשל טעמי סודיות וחיסיון.⁴⁵ נראה כי יש לפרש סעיף זה ככולל גם את סמכותו של המבקר לזמן עובדים ולתשאלם לגבי עניין המצוי בדיעתם, אם יסבור כי הדבר נדרש לכיצוע פעולות הביקורת ואת חובתם להיענות לזימון זה. העולה מהחוק הוא שמבקר השירות הוא "זרועו הארוכה" של ראש הממשלה בכיצוע פעולות הפיקוח על השירות, והוא גורם סיוע העומד לרשות הממשלה וועדת השרים בכיצוע תפקידן. על המבקר להעביר את דוחות הביקורת שלו לראש הממשלה, לוועדת השרים ולוועדת הכנסת, וכן לגופים אחרים שראש הממשלה רשאי להורות כי הדוחות יועמדו לעיונם.⁴⁶

לתפקיד של מבקר השירות, כפי שעוצב בחוק השב"כ, יש פוטנציאל לשמש ככלב שמירה יעיל ואפקטיבי. התנאי לכך הוא בראש ובראשונה מינוי אנשים מתאימים, בעלי תפיסה נכונה של התפקיד, המבינים כי מדובר בשליחות ציבורית מהמעלה הראשונה. כאמור לעיל, ולאור הוראות הצינון שנקבעו בפסיקה נראה כי יש לקבוע מפורשות, גם בדרך של תיקון החוק, כי מבקר השירות לא ימונה מקרב עובדי השירות הפעילים. נוסף על כך, בשל תפקידו הציבורי של המבקר בין היתר כבודק תלונות מאת הציבור כנגד השירות או עובדיו, יש חשיבות לכך שבדומה לראש השירות, זהותו תהיה גלויה ודרכי הקשר עימו יהיו פתוחות לציבור.

חשוב מכול הוא שכדי למלא את תפקידו הציבורי על המבקר לעסוק בעניינים מהותיים ורלוונטיים: אין כל קושי למבקר, לכל מבקר, לעסוק לאורך כל הקדנציה שלו בעניינים שאין להם חשיבות מרובה בהקשר הציבורי, אם ירצה בכך, שכן לעולם ובכל תחום ימצאו נושאים שמאפשרים לכתוב דוחות ארכניים

44 שם, סעיף 13(ג).

45 שם, סעיף 13(ה)(2).

46 שם, סעיף 13(ה)(5).

אך חסרי השפעה ממשית. כך גם בשירות. בחירת הנושאים החשובים מבחינת טובת הציבור היא עניין ראשון במעלה לתפקודו המיטבי של המבקר, במיוחד לנוכח החשאיות של פעולות השירות. על מבקר השירות לעסוק בראש ובראשונה בתחומים המבצעיים הרגישים מבחינה ציבורית – למשל הטיפול בנושא החתרות, הסיכולים הממוקדים, דרך האיסוף של נתוני התקשורת והשימוש בהם, האזנות הסתר ונושאי ליבה אחרים שחשיבות העיסוק בהם נגזרת מקרבתם לאיזונים הדמוקרטיים. מעטים מאוד הגורמים שיש להם נגישות ויכולת לבדוק תחומים אלו מלבד מבקר השירות ומבקר המדינה, ומכאן החיוניות שבכך. כמו כן חשוב לקבוע כי על ועדת השרים ועל ועדת הכנסת לקיים, אחת לשנה לפחות, דיון בממצאי הרוח השנתי של המבקר ולבחון פרסום של נושאי הביקורת שבהם עסק המבקר ואת החלקים מתוך דוח הביקורת שניתן לפרסם, הכול במגבלות הביטחון. ספק רב אם כך נעשה כיום. נוסף על כך, על גופים אלו להפעיל את המבקר באותם מקרים שיידרשו, על מנת שיוכל לבדוק עבור ראש הממשלה או ועדת השרים עניינים קונקרטיים הדרושים לשם מימוש אחריות הפיקוח שלהם על השירות.

10.2.4. מבקר המדינה על פי ההגדרה שבחוק מבקר המדינה, השירות הוא גוף מבוקר, וככזה נתון לביקורתו של מבקר המדינה.⁴⁷ במשך שנים רבות הצטמצמה ביקורת המבקר אך ורק לתחומים המינהליים והכספיים של השירות, ולא עסקה כלל בתחומים המבצעיים. בדוח שפרסמה ועדת לנדוי נקבע כי אין כל הצדקה להגבלה זו,⁴⁸ ואכן להגבלה-מרצון שמבקר המדינה הטיל על עצמו בעשרות השנים הראשונות לקיום המדינה אין כל זכר בחוק, בלשונו או ברוחו. ועדת לנדוי המליצה כי מבקר המדינה יחיל את ביקורתו על כלל הפעילות האופרטיבית של השירות, ובכלל זה גם על יחידת החקירות של השב"כ.

47 סעיף 9 לחוק מבקר המדינה (נוסח משולב), תשי"ח-1958.

48 דוח ועדת לנדוי (לעיל הערה 29), עמ' 79.

בעקבות דוח לנדוי והגיבוי שניתן לעיסוק של מבקר המדינה גם בנושאים מבצעיים,⁴⁹ החליט מבקר המדינה לקיים ביקורת על יחידת החקירות של השב"כ. הבדיקה התקיימה בשנים 1991-1992 והתמקדה בנעשה ביחידת החקירות של השירות בעזה. טיוטת הדוח כללה ביקורת קשה ביותר על חריגות ביחידת החקירות בעזה וכן ביקורת על הנהלת השירות שלא מנעה את החריגות ולא פעלה לביעורן. בכך החל עימות חריף ביותר בין ראש השירות דאז, יעקב פרי, למבקר המדינה, מרים בן פורת. עד מהרה העימות נשא אופי אישי,⁵⁰ והתמקד הן בביקורת גופה והן בשאלת הפרסום של הדוח. הדוח הונח על שולחנה של הוועדה לביקורת המדינה רק בשנת 1995, אך היא מנעה בפועל את פרסומו. רק לאחר עתירה לבג"ץ בשנת 2000 פורסמה תמצית מהדוח.⁵¹

בשנים שחלפו מאז הופקו במשרד מבקר המדינה דוחות מספר על פעילותו של שירות הביטחון הכללי, ומערכת היחסים של השירות עם משרד מבקר המדינה נותרה עניינית.⁵² במשך שנים רבות הוקצה בשירות חדר מיוחד למבקר המדינה, ובו גישה למערכות המידע של השב"כ.

נוסף על כך, וכחלק ממערך ביקורת המדינה, פועל במשרד המבקר נציב תלונות הציבור, והוא רשאי לברר תלונות של כל אדם כנגד גוף מבוקר,⁵³ ובכלל זה השירות. מדי שנה מועברות תלונות אחדות כנגד השירות או עובדיו גם בערוץ זה, ותלונות אלו זוכות לביורר ענייני, ככל תלונה המוגשת כנגד גוף מבוקר. מכאן שישנם שני ערוצים פורמליים לתלונת ציבור כנגד השירות: מבקר השירות, שהוסמך לכך בהתאם לחוק השב"כ; ומבקר המדינה, באמצעות נציב תלונות

49 עזריאל נבו, מזכיר צבאי: שיחות עם חיים משגב, תל אביב: ContentoNow, 2016, עמ' 115.

50 פרי (לעיל הערה 30), עמ' 154.

51 "תמצית שהותרה לפרסום מדוח הביקורת, בנושא מערך החקירות בשירות הביטחון הכללי (שב"כ) לשנים 1988-1992", אתר מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, 2000.

52 בין היתר הופקו דוחות על היחידה לאבטחת אישים בשב"כ (דוח שנתי של מבקר המדינה 53 א, 2002), על הטיפול בסייעני מערכת הביטחון (דוח שנתי של מבקר המדינה 57 ב, 2005) ובתחומים אחרים שלא פורסמו.

53 סעיפים 33, 36 לחוק מבקר המדינה (נוסח משולב), התשי"ח-1958.

הציבור, שהוסמך לכך בחוק מבקר המדינה. התלונה נבדקת בהתאם לערוץ שבו התקבלה.

לנוכח החיסיון המוטל על פעולות השב"כ והעובדה ששירות הביטחון פועל בתוך החברה הישראלית ושפעולותיו משפיעות במישרין על אזרחי המדינה יש חשיבות מיוחדת לביקורת של מבקר המדינה על פעילות השב"כ. מבקר המדינה הוא גוף בעל סמכויות רבות עוצמה, אולם כוחו העיקרי הוא בפרסום דוחותיו לציבור. העובדה שרבים מדוחות הביקורת של המבקר שעסקו בשירות נותרו חסויים היא בעוכרי הביקורת. לפיכך יש לקבוע כי נושאי הביקורת וככל הניתן תמצית הביקורת יפורסמו ככלל, בכפוף לשיקולים של ביטחון המדינה.

10.2.5. גורמי הפיקוח הכלליים על פעילות השירות ותחומי הפיקוח

הגוף	תחומי הפיקוח העיקריים
ועדת הכנסת לענייני השירות	<ul style="list-style-type: none"> • אישור תקנות וכללים • הוראות דיווח עיתיות מראש השירות על פעילות השירות • סמכות לדרוש דיווחים מיוחדים בנושאים ספציפיים • פיקוח על בסיס דוחות מבקר השירות • קבלת דיווח על היתרי שימוש בנתוני תקשורת • קבלת דיווח על מינוי ממלא מקום לראש הממשלה בהפעלת סמכויותיו לפי חוק השב"כ • קבלת דיווח אם הוחלט על השעיית מבקר השירות
ועדת השרים לענייני השירות	<ul style="list-style-type: none"> • אישור תקנות וכללים • הוראות דיווח עיתיות מראש השירות על פעילות השירות • סמכות לדרוש דיווחים מיוחדים בנושאים ספציפיים • פיקוח על בסיס דוחות מבקר השירות • בשם הממשלה אישור יעדים לשירות • הטלת תפקידים נוספים על השירות • קביעה בדבר האנשים, המידע והמקומות שאבטחתם תוטל על השירות • קביעת גופים, נוסף על השירות הציבורי, שתוטל בהם חובה לסיווג משרות • קביעת גופים שהשב"כ יקבע את נוהלי האבטחה שיחולו עליהם וגופים שהשב"כ יעביר להם ייעוץ והערכת מצב
מבקר השירות	<ul style="list-style-type: none"> • סמכות לבקר את כלל תחומי הפעילות המבצעית והמינהלית של השירות • טיפול בתלונות של עובדי השירות • טיפול בתלונות כנגד השירות או עובדיו • תפקידים אחרים שיטיל עליו ראש הממשלה • סיוע לממשלה ולוועדת השרים במילוי תפקידיהן
מבקר המדינה	<ul style="list-style-type: none"> • כלל הפעילות המבצעית והמינהלית של השב"כ נתונים לביקורת המבקר • נציבות תלונות הציבור מוסמכת לבדוק תלונות כנגד השב"כ

הערות	הבסיס המשפטי לסמכות הפיקוח
ועדת המשנה למודיעין של ועדת החוץ והביטחון משמשת גם כוועדת הכנסת לענייני השירות סמכות פיקוח רחבה ביותר	סעיף 12 לחוק השב"כ
ועדת שרים סטוטורית שהרכבה נקבע בחוק סמכות פיקוח רחבה ביותר	סעיף 12 לחוק השב"כ
כפיפות לראש הממשלה סמכויות פיקוח רחבות ביותר	סעיף 13 לחוק השב"כ סעיף 4 לחוק הביקורת הפנימית
תחומי הביקורת ספוראדיים	סעיף 9 לחוק מבקר המדינה

10.3

סמכויות פיקוח על פעילות השירות בעניינים קונקרטיים

בעניינים שכרוכים בהם הפעלת סמכויות על ידי השירות נקבעו הסדרי פיקוח קונקרטיים. הסדרי פיקוח אלו חשובים במיוחד, בשל האופי החוזר ונשנה של הפיקוח – המאפשר התמקצעות ופיתוח "זיכרון ארגוני" אצל הגורם המפקח באשר להפקת

לקחים ומימושם ולשם מעקב אחר הרצף והמגמות. נוסף על כך, מנגנון פיקוח העוסק בתחום קונקרטי ומובחן גורר אחריות מיוחדת של הגוף המפקח ומדרבן אותו לפתח כלי פיקוח טכנולוגיים ופרקטיקות מוסדיות-ארגוניות כדי לממש את אחריותו המיוחדת. זאת ועוד, עצם קיומו של גוף פיקוח מיוחד מקטין את הנכונות של גורמי הפיקוח הכלליים להיכנס לתחום הקונקרטי, וגם בכך יש כדי להגביר את החשיבות של גוף הפיקוח המיוחד ואת האחריות המוטלת עליו.

מאחר שגורמי הפיקוח המיוחדים שנקבעו בחקיקה או בהחלטות הממשלה עוסקים בפיקוח על השימוש של השב"כ בכלים ובסמכויות חודרניים ביותר, אופן תפקודם ומימוש סמכות הפיקוח שנמסרה להם הם גורם חשוב ביותר בפיקוח על פעילות השירות.

חוק האזנת סתר קבע שני מנגנוני פיקוח מיוחדים בתחום האזנות הסתר: האחד, פיקוח של היועץ המשפטי לממשלה; השני, פיקוח פרלמנטרי.

10.3.1. סמכויות פיקוח מיוחדות בענייני האזנת סתר

10.3.1.1. פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על היתרים להאזנות סתר למטרת ביטחון המדינה

חוק האזנת סתר קובע כי היתרים שניתנו בהתאם לפרק בחוק האזנת סתר העוסק בהאזנת סתר למטרת ביטחון המדינה ידווחו ליועץ המשפטי לממשלה אחת לשלושה חודשים.⁵⁴ כנגזרת מכך, היועץ המשפטי לממשלה מקבל מעשה שגרה אחת לרבעון את רשימת כלל האזנות הסתר שניתנו לטובת ביטחון המדינה באותו רבעון.

המהות והאופן של הפיקוח לא נקבעו בחוק, בתקנות או בהוראות אחרות, והיא נותרה לשיקול דעת של הגורמים העוסקים בכך בלשכת היועץ המשפטי לממשלה. במשך הזמן התקבעה פרקטיקת בירור בצורה של שאילתות שהיועץ המשפטי לממשלה או עוזריו הקרובים החשופים לרשימת ההאזנות אל השב"כ מעבירים לשב"כ, אשר משיב לשאילתות אלו. מצב דברים זה משאיר עמימות גדולה מדי במקום שנדרשת בהירות, במיוחד מעת שהמונח "האזנת סתר" כולל לא רק האזנה לשיחות אלא גם יירוט של תכתובות דוא"ל, יירוט מסרונים ועוד. נוסף על כך, לא ידוע בציבור מי הגורם המופקד על פיקוח זה בלשכת היועץ המשפטי לממשלה: האם אחד מעוזריו של היועץ המשפטי לממשלה או האם אחד מהמשנים של היועץ המשפטי לממשלה?⁵⁵ כמו כן לא ידוע מה כוח האדם העומד לרשות הגורם המפקח בעניין זה, מהו המנגנון שהפיקוח מתנהל על פיו, ובעיקר מהי מהותו של הפיקוח – האם מדובר בפיקוח על תקינות התהליך או האם היועץ המשפטי לממשלה דן גם בשאלת ההצדקה לפיקוח, משך הפיקוח, התכנים העולים בו ושאלות מהותיות אחרות העולות בסוגיה זו?

נראה כי הגיעה העת למסד את מנגנון הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה – הן במישור הארגוני, היינו למנות אדם בלשכת היועץ המשפטי לממשלה שיוכל להתמקצע ולהבין בעולם התוכן של ההאזנות על סוגיהן (שמע, טקסט, אחר), לעקוב באופן שיטתי אחרי מקרים או סוגי מקרים, לפתח ולגבש כלי מעקב סטטיסטיים וקונקרטיים. לא פחות חשוב מכך, עליו לטפל במימוש הפיקוח גם במישור המהותי, היינו לקבוע את אופן הפיקוח באופן שיכרר גם נושאים כמו ההצדקה להאזנת סתר במקרים מסוימים ועוד. נוסף על כך, יש לקבוע תהליך מובנה שבמסגרתו יועברו עיקר הממצאים לראש השירות ולראש הממשלה בנושאים אלו, ממצאים שיוכלו לשמש מצע לשינויים או לבקרות נוספות, לדוגמה של מבקר המדינה או של ועדות השרים והכנסת לענייני השירות.

יש צורך בהסדרה פורמלית של סמכות הפיקוח המוטלת על היועץ המשפטי לממשלה, ונראה כי ייטיב היועץ המשפטי לממשלה לעשות אם יוציא הנחיה

55 למשל, האם עניין זה נכלל במסגרת תפקידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לתפקידים מיוחדים? ראו משרד המשפטים, פרקליטות המדינה: המשנה לפרקליט המדינה לתפקידים מיוחדים, אתר השירותים והמידע הממשלתי.

יועץ ברורה ומפורטת בנושא זה, שתכלול את זהות הגורם האחראי, את אופן הפיקוח ואת התחומים המהותיים שהוא עוסק בהם, לרבות דרך הטיפול בממצאי הפיקוח.

10.3.1.2. הפיקוח הפרלמנטרי על האזנות סתר למטרת ביטחון המדינה

חוק האזנת סתר יצר מנגנון פרלמנטרי מיוחד לפיקוח על האזנות סתר למטרת ביטחון המדינה בכוננו ועדה משותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה חוק ומשפט לשם קבלת דיווח אחת לשנה על היתרים שניתנו לעניין זה.⁵⁶ החוק קובע כי הדיווח לוועדה יתמצה במספרי ההיתרים כדי להותיר את הדיון בוועדה ברמת מגמות וניתוח סטטיסטי, ולא לעסוק במקרים קונקרטיים. ההיגיון של הוראה זו נעוץ בהרכב הפוליטי של הוועדה ובחשש שמא עיסוק במקרים קונקרטיים יושפע מההטיה המפלגתית-אידיאולוגית של חבריה. החוק קובע עוד כי הדיון בוועדה יתבצע בדלתיים סגורות, היינו נקבע איסור פרסום על דיוני הוועדה.

כאמור לעיל, נראה כי לאחר חקיקת חוק השב"כ אין עוד הצדקה לקיומה של ועדה אד-הוק לפיקוח על האזנות סתר, ויש להעביר את סמכות הפיקוח על האזנות סתר לוועדת הכנסת לענייני השירות, העוסקת ממילא בפיקוח פרלמנטרי על השירות. נוסף על כך, ולאור האופי הסטטיסטי של הדיווח לוועדה, דומה כי יש מקום להרהר שוב באיסור הגורף על פרסום כל פרט מדיני. באיזון בין האינטרס הביטחוני לבין האינטרס הציבורי בשקיפות ובמתן דין-וחשבון לציבור על הדברים הנעשים בשמו, דומה כי החשיבות בפרסום סטטיסטיקת האזנות, היינו מספרי האזנות שניתנו בשנה פלוגית, עולה על האינטרס הביטחוני בחסיון. את מספרי האזנות למטרות ביטחון המדינה יוכל הציבור להשוות למספר האזנות במדינות אחרות, וכמו כן, הציבור יוכל להביט במגמות במרוצת השנים, היינו אם מספר ההיתרים להאזנות סתר שניתנו עלה או ירד, ולהמריץ את מנגנוני הפיקוח לדרוש הסברים לשינויים, גם אם בסופו של דבר תיוותר הצדקה עניינית להותיר את ההסברים עצמם מאחורי דלתיים סגורות.

10.3.2. סמכויות פיקוח מיוחדות בעניין השימוש בנתוני תקשורת
 חוק השב"כ קבע הסדרי פיקוח מיוחדים גם על היתרים שנתן ראש השב"כ לשימוש בנתוני תקשורת מתוך מאגר נתוני התקשורת שהוקם, בהתאם לחוק, בתוך השב"כ ושאליו חברות התקשורת מזרימות באופן רציף וקבוע את כלל נתוני התקשורת.

ההבדלים העיקריים באופי ההיתרים בעניין נתוני תקשורת לעומת ההיתרים להאזנת סתר הם, ראשית, בהיקפם הרב של ההיתרים בעניין נתוני תקשורת לעומת האזנת סתר; בכך שהיתרים בעניין שימוש בנתוני תקשורת מאפשרים איסוף וניתוח של נתוני עבר, ולא רק הווה, ואילו האזנת סתר צופה בדרך כלל פני עתיד בלבד; נוסף על כך, תחום איסוף ועיבוד נתוני התקשורת דינמי יותר, עוסק בפיתוח מתמיד של כלי איסוף וכריית מידע (data-mining), ועוד.

חשיבות הפיקוח על השימוש בנתוני תקשורת נובעת גם מכך שמאז חקיקת חוק השב"כ בשנת 2002 התרחשו, ועדיין מתרחשים, שני תהליכים משמעותיים, ושניהם יחד מגבירים עד מאוד את פוטנציאל הפגיעה בפרטיות של אזרחי המדינה בשל איסוף נתוני התקשורת: ראשית, ההיקף העצום של השימוש של כלל האזרחים בטלפונים חכמים, לכל מטרה שהיא (ואפשר להוסיף לכך שעונים חכמים ו"האינטרנט של הדברים [IOT]", המתחברים גם הם בינם לבין עצמם ולעיתים גם לטלפונים החכמים); שנית, פיתוח כלים טכנולוגיים רבי עוצמה לעיבוד נתוני עתק (big data) בכלל ההיבטים, לרבות כלי בינה מלאכותית (AI) היודעים ללמוד מגמות ותהליכים מתוך הררי הנתונים שנאספים. מאגר נתוני התקשורת שנבנה בהתאם לחוק הוא דוגמה מובהקת להר נתונים עצום בהיקפו.

כתוצאה ממגמות אלו אירעה קפיצה טכנולוגית אדירה בתחום האיסוף והעיבוד של נתוני תקשורת, היא הולכת ומתעצמת ומאפשרת יכולות ניתוח ומעקב חסרות תקדים, המתבססות על אותם כללים משפטיים שנקבעו בטרם ההתקדמות הטכנולוגית. מציאות זו, אף שהיא מביאה לשיפור מתמיד ביעילות הביטחונית – סכנותיה בצידה. היכולות המתעצמות של איסוף מידע וניתוח מידע על כלל האזרחים של מדינות בעולם המודרני, בעיקר בתחום נתוני התקשורת, מהוות איום מתמיד על הדמוקרטיה, וכך צריך להתייחס אליהן. כל אלה מחייבים פיתוח של כלי פיקוח מיוחדים השונים בתכלית מכלי הפיקוח על היתרים להאזנת סתר. הסיכון, הקיים תמיד, לשימוש לרעה ביכולות עצומות

ממדים אלו מחייב הקמת משטר פיקוח יעיל, מהודק ומקצועי הנשען על תפיסה חברתית כמו גם על הבנה טכנולוגית.

מכאן שעל מנת לממש את תפקידי הפיקוח על אופן הפעלת סמכויות השב"כ בתחום זה, הדעת נותנת כי בידי הגופים המפקחים (בראש ובראשונה היועץ המשפטי לממשלה וצוותו) יהיו כלי פיקוח מבוססי טכנולוגיה שיכללו, בין היתר, יכולות אחזור (tracing) של המשתמשים בשב"כ בהיתרים שניתנו להם, לרבות הבנת היקף השימוש בפועל, השוואתו להיתר שניתן, ניתוח סוגי ההיתרים ובחינה מתמדת של ההצדקה להם. הצורך באפיון כלי פיקוח על פעילות השב"כ בתחום זה, בפיתוחם ובשילובם בתוך מערכות השב"כ חיוני למימוש יעיל של התפקיד של גופי הפיקוח על השב"כ.

10.3.2.1. פיקוח ראש המחשלה על השימוש בנתוני תקשורת

בניגוד לתחום האזנות הסתר, שם ראש הממשלה הוא המאשר את ההאזנות, בתחום השימוש בנתוני תקשורת ראש השב"כ הוא נותן ההיתר, וראש הממשלה הוא אחד מגורמי הפיקוח על ההיתרים שנתן ראש השירות. כך, על פי החוק, ראש הממשלה מקבל מראש השירות דיווח רבעוני על השימוש בנתוני תקשורת. מובן שראש הממשלה אינו יכול לקיים בעצמו את פעולת הפיקוח שהוטלה עליו, ומכאן שעליו להטיל את משימת הפיקוח על גורם אחר. גורם אפשרי הוא המזכיר הצבאי לראש הממשלה או השר לענייני מודיעין, ועליהם לדווח לראש הממשלה על תמצית ממצאיהם.

10.3.2.2. פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על השימוש בנתוני תקשורת

החוק מורה לראש השב"כ לדווח אחת לשלושה חודשים גם ליועץ המשפטי לממשלה על היתרים שניתנו בהתאם לחוק. פרטי הדיווח נקבעו בכללים שאינם מפורסמים לציבור.⁵⁷ תפקיד הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה עניינו בראש ובראשונה לבחון אם השירות עומד בכללים המשפטיים, הפרוצדורליים והמהותיים בתחום זה. מעבר לכך על היועץ המשפטי לממשלה לגבש את

57 סעיף 11(ד) לחוק השב"כ.

הפרשנות המוסמכת לעניין היקף סמכויות השירות, בין היתר לעניין עיתונאים ובעלי חיסיון, וכן את אופן השימוש בנתוני תקשורת במשימות השירות, את הכללים להעברת מידע שהופק מנתוני תקשורת לרשויות אחרות ועוד. מאחר שמדובר בנושא מתפתח שיש לו חשיבות ציבורית ראשונה במעלה ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה ישקול פרסום של הנחיות עקרוניות – בין כהנחיות יועץ ובין בייזום חקיקת משנה כמו תקנות.

לפיכך, ובדומה להמלצה בנושא פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על השב"כ בתחום האזנת הסתר, גם במקרה זה על היועץ המשפטי לממשלה להקים מנגנון פיקוח – במישור הארגוני, היינו מינוי אדם בלשכת היועץ המשפטי לממשלה שיכול להבין את ההיבטים הטכנולוגיים, לאפיין, לפתח ולגבש כלי פיקוח בעלי מאפיינים סטטיסטיים וקונקרטיים על השב"כ; וכן במישור המהותי, היינו לקבוע את התחומים שבהם הגורם המפקח על השב"כ בתחום זה ישאל שאלות ויקבל תשובות, להצביע על מגמות וכן לקבוע תהליך שבו יועברו עיקר הממצאים לראש השירות ולראש הממשלה בנושאים אלו. מוצע לקבוע הסדרה פורמלית של הפיקוח בהנחיית יועץ, שתכלול אף היא את זהות הגורם האחראי, אופן הפיקוח והתחומים המהותיים שהוא עוסק בהם, לרבות דרך הטיפול בממצאי הפיקוח.

10.3.2.3. פיקוח של ועדת הנסח לענייני השירות על היתרים לשימוש בנתוני התקשורת

חוק השב"כ קובע עוד כי אחת לשנה ועדת הנסח לענייני השירות תקבל דיווח על היתרים שניתנו ועל אופן השימוש במידע שהופק מהיתרים לשימוש במאגר נתוני התקשורת. בדומה לדיווח בנושא האזנת סתר, גם בעניין זה הדיווח יהיה מספרי־סטטיסטי באופיו ולא אישי־שמי.

בשל אופי השימוש בנתוני תקשורת, תחכמו הגובר והפוטנציאל העצום של יכולות המעקב שהוא מאפשר, איכות הפיקוח מחייבת גם בתחום זה התמקצעות, שימוש בכלים טכנולוגיים ופיתוח מיומנות מיוחדת במסגרת מנגנון הוועדה. על מנגנון הפיקוח לקבוע את אופן הדיווח, את ממדי הפילוח הסטטיסטי של ההיתרים, היקפם ומידת השתרעותם. רק כך יהיה אפשר לתת בידי הוועדה כלי פיקוח יעילים על פעילות השב"כ בתחום, כלים החיוניים למימוש תפקידה הציבורי.

10.3.3. סמכויות פיקוח מיוחדות בתחום חיפושים סמויים בכלי רכב ובחצרים

היתר לחיפוש סמוי בכלי רכב ובחצרים הוא סמכות חודרנית מאוד שיכולה להתממש באמצעות כניסה פיזית לכלי רכב או לחצרים, כפי שהותר בהיתר, או על ידי חדירה סמויה מרחוק למחשב. מאחר שרוב רובו של המידע שאנו שומרים נמצא כיום במחשב, מדובר בסמכות שיש לה פוטנציאל עצום ממדים לאיסוף מידע, ולפיכך בחיפוש סמוי מרחוק, במחשב, אפשר לראות סמכות משלימה להיתר להאזנת סתר ולהיתר לשימוש במאגר נתוני התקשורת. החוק קובע כי גורם הפיקוח על היתרים לחיפוש סמוי בכלי רכב ובחצרים הוא היועץ המשפטי לממשלה וכי על ראש השירות לדרווח לו אחת ל-30 ימים על היתרים שניתנו לחיפוש סמוי בכלי רכב ובחצרים.⁵⁸ גם בעניין זה דרושה הסדרה מוסדית ומהותית, היינו מינוי גורם מטעם היועץ המשפטי לממשלה שיוטל עליו לרכז את הפיקוח על הפעלת סמכויות השירות בתחום זה, לרבות פיתוח תפיסת בקרה וכלי בקרה רלוונטיים, בתחום התהליכי ובתחום המהותי, ולפרסם את העקרונות המוסדיים ותהליכי הפיקוח במסגרת הנחיתת יועץ.

לנוכח הזיקה בין האזנות סתר, נתוני תקשורת וחיפושים סמויים במחשב, לרבות האפקט המצטבר של הפעלת סמכויות אלו, יש לבחון סמכויות אלו יחד ולבדוק כיצד הן מופעלות. תמונה כוללת זו צריכה להיות מוצגת לעיני היועץ המשפטי לממשלה. לשם כך על היועץ המשפטי לממשלה ליצור מנגנון מוסדי בעל יכולות טכנולוגיות המציג תמונה כזו במלואה, וכך יתאפשר מימוש טוב יותר של סמכויות הפיקוח שהוענקו לו.

10.3.4. סמכויות פיקוח מיוחדות בתחום החקירות שיטות החקירה של השב"כ ושאלת המותר והאסור במהלכן הן סוגיות שבמשך שנים רבות היו, ועודן, מקור לוויכוח ציבורי, משפטי וערכי. תהליך החקירה נתון במידה רבה לפיקוח משפטי בשלבי המעצר (הארכות מעצר, עתירות כנגד צווים למניעת

מפגש של עצור עם עורך דין ועוד) וכן בתיקים שהוגש בהם כתב אישום, במסגרת ההליך המשפטי עצמו.

התלונות שהגישו במהלך השנים הן נחקרים ובאי כוחם והן ארגוני זכויות אדם פיתחו הליך ייחודי לבירור תלונות, והוא המהווה את מוסד הפיקוח העיקרי על חקירות השב"כ – הממונה על תלונות נחקרים (מבת"ן) במשרד המשפטים. בעקבות דוח ועדת טירקל⁵⁹ וכן דוח ועדת צ'חנובר⁶⁰, שנועדה להציע כיצד ליישם את המלצות ועדת טירקל, נקבע תהליך נוסף של בקרה ופיקוח המספק יכולת צפייה ישירה בחקירות השב"כ, ונקבעה הזיקה בינו למנגנון המבת"ן. תהליך פיקוח נוסף על חקירות השב"כ מתקיים בחקירות תחת הגנת הצורך, אז הגורם המפקח על פעולות השירות הוא היועץ המשפטי לממשלה. מנגנונים אלו לפיקוח על חקירות השב"כ מצויים כולם באחריות משרד המשפטים, כמפורט להלן.

10.3.4.1. התמונה על בדיקת תלונות נחקרים (מבת"ן)

הממונה על בדיקת תלונות נחקרים בשב"כ הוא מוסד שהלך והתפתח במרוצת השנים, הן מבחינה מוסדית והן מבחינה תפקודית, וכיום הוא יחידה במשרד המשפטים הכפופה מבחינה מקצועית לפרקליט המדינה וליועץ המשפטי לממשלה. ראשיתו של המבת"ן הוא בתחילת שנות התשעים, לאחר אירועים קשים באגף החקירות של השב"כ שהביאו להקמת צוות בדיקה (ועדת סוכר), ובעקבות הממצאים החליט שר המשפטים דאז להקים גוף לבדיקת תלונות נחקרים שיהיה כפוף מבחינה מקצועית למשרד המשפטים. הממונה על בדיקת תלונות הנחקרים היה במשך השנים איש שב"כ שגישתו למסמכים ולאנשים הייתה בלתי מוגבלת. על מנת להבטיח את אי-תלותו נקבע שממלא התפקיד

59 ועדת טירקל, "דוח שני: מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי", משרד ראש הממשלה: הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, אתר השירותים והמידע הממשלתי, פברואר 2013 (להלן: דוח ועדת טירקל).

60 צוות לבחינה וליישום הדוח השני של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 10.5.1931 בנושא הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על-פי המשפט הבינ-לאומי, "דין וחשבון", אתר משרד ראש הממשלה, אוגוסט 2015.

לא יבוא משורות אגף החקירות ושזה יהיה תפקידו האחרון בשירות. עוד נקבע כי הממונה על המבט"ן יהיה גורם בכיר במשרד המשפטים וכי ממצאי הבדיקה והמלצותיה יוגשו ליועץ המשפטי לממשלה.

הסדר זה נהג במשך כ־18 שנים. בשל תלונות חוזרות ונשנות כנגד היותו של המבט"ן עובד שירות פעיל, וכן תלונות לגבי אופי הבדיקה ומקצועיותה, וטענות שמאז הקמת האגף הוגשו מאות תלונות ועד אז מעולם לא הועמד חוקר לדין,⁶¹ סוכם בשנת 2010 להעביר את המבט"ן למשרד המשפטים, הן מבחינת הכפיפות המינהלית והן מבחינת הכפיפות המקצועית. ההעברה הושלמה רק בשנת 2014, וכיום המבט"ן שייך באורח מלא למשרד המשפטים. מבחינה מהותית, תפקידו של המבט"ן הוא לבדוק תלונות המגיעות מנחקרים, מבאי כוחם או מארגוני זכויות אדם. הליך הבדיקה של המבט"ן כולל פגישות עם המתלונן, איסוף חומר רלוונטי מתיק החקירה ותשאול החוקרים. מסקנות הבדיקה עשויות להיות המלצה ליועץ המשפטי לממשלה להעביר את הבדיקה למישור של חקירה פלילית, על ידי המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש) שהוסמכה לחקור עובדי שב"כ,⁶² או המלצה לנקוט הליכי משמעת, או המלצה לשינויים מערכתיים בנהלים או במישורים אחרים, וכמובן גם החלטה על סגירת התיק אם ממצאי הבדיקה תומכים בכך.⁶³

עתירה עקרונית שהוגשה על ידי שורת ארגוני זכויות אדם כנגד עצם ההצדקה לקיומו של מוסד המבט"ן נדחתה בבית המשפט העליון.⁶⁴ בית המשפט קבע בפסק דינו כי קיימת הצדקה להסדר הייחודי של המבט"ן וכי המסגרת המשפטית הקיימת מאפשרת ליועץ המשפטי לממשלה להסתייע בתהליך בדיקה מקדמי בטרם יורה להעביר את התלונה לחקירה פלילית. במסגרת ההליך הודיעה

61 דוח ועדת טירקל (לעיל הערה 59), עמ' 298.

62 סעיף 49ט לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971.

63 משרד המשפטים, היחידה לבירור תלונות נחקרים (המבט"ן), אתר השירותים והמידע הממשלתי.

64 בג"ץ 1265/11, הוועד הציבורי נגד עינויים ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2012).

המדינה לבית המשפט העליון על הסכמתה שיהיה אפשר לערור על החלטת המבת"ן ליועץ המשפטי לממשלה.⁶⁵

המלצת ועדת טירקל⁶⁶ להעברת המבת"ן לכפיפות המחלקה לחקירות שוטרים שבמשרד המשפטים לא התקבלה על ידי צוות היישום (ועדת צ'חנובר), והצוות החליט להותיר את כפיפות המבת"ן לפרקליט המדינה וליועץ המשפטי לממשלה ולא להעבירה למח"ש.⁶⁷

קשה להעריך אם השינויים במבנה ובכפיפות המבת"ן יביאו לשינוי מהותי באופן הפיקוח וברמת הפיקוח על חקירות השב"כ. דומה כי אם יהיה שינוי הרי הוא תלוי באישיותם של ממלאי תפקיד המבת"ן, וכן במידת הגיבוי שהמבת"ן יזכה לה מפרקליט המדינה ומהיועץ המשפטי לממשלה. הרצון שלא לפגוע ביכולות הסיכול החיוניות של שירות הביטחון מזה ולהקפיד שהדין יקום ככתבו וכרוחו במתקני החקירות של השב"כ מזה מחייב נחישות של המבת"ן למלא את תפקיד הפיקוח שהוטל עליו מתוך הבנת החשיבות הציבורית הגדולה של תפקידו. נראה כי שקיפות ציבורית רבה יותר באשר לתפקוד המבת"ן, על ידי פרסום דוחות קונקרטיים ועיתיים ודיווח עיתי לוועדת השרים ולוועדת הכנסת, תביא לפיקוח ובקרה יעילים והדוקים על חקירות השב"כ ולהגברת אמון הציבור בתהליך רגיש כמו חקירות השב"כ.

10.3.4.2. בקרה ופיקוח על חקירות השב"כ באמצעות אפשרות צפייה אקראית בחקירות

כחלק מהביקורת על אופן פעולת המבת"ן והפטור ארוך השנים מתיעוד חקירות השב"כ המליצה ועדת טירקל ברוח שפרסמה כי "יהיה תיעוד חזותי מלא של החקירות, לפי כללים שיקבע היועץ המשפטי לממשלה בתאום עם ראש השב"כ".⁶⁸

65 בג"ץ 1266/11, מחמוד סוויטי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 2012).

66 דוח ועדת טירקל (לעיל הערה 59), עמ' 346.

67 דוח ועדת צ'חנובר (לעיל הערה 60), עמ' 30.

68 דוח ועדת טירקל (לעיל הערה 59), עמ' 345.

צוות היישום שהקימה הממשלה להמלצות ועדת טירקל (ועדת צ'חנובר) השתכנע כי המלצות ועדת טירקל לתיעוד חזותי מלא של חקירות השב"כ עלולות לפגוע "פגיעה ממשית באיכות החקירות של השב"כ וכפועל יוצא ביכולת הסיכול של הארגון".⁶⁹ לפיכך היא לא קיבלה את ההמלצה לתעד את חקירות השב"כ תיעוד מלא, וחלף זאת בחרה בהמלצה צנועה יותר, כך שיותקנו מצלמות בכל חדרי החקירות של השב"כ והן ישדרו בקביעות ובמעגל סגור את המתרחש בחדר החקירה, "בזמן-אמת", לחדר בקרה. הוועדה הנחתה כי חדר הבקרה ימוקם במתקן נפרד ממתקני החקירות ויהיה "נגיש וזמין לגורם מפקח מטעם משרד המשפטים בכל עת וללא התראה מוקדמת, ויאפשר צפייה בנעשה בכל אחד מחדרי החקירות שבהם מתנהלת חקירה באותו הזמן".⁷⁰ עוד נקבע כי המפקח ירשום בתמצית את הדברים שראה, וכי "אם יסבור הגורם המפקח כי נעשה שימוש באמצעים פסולים במהלך החקירה, תהיה חובת דיווח מידית בנושא למב"ת".⁷¹

על המלצת דוח ועדת צ'חנובר נמתחה ביקורת.⁷² עיקרה הוא שהחלופה שהציעה הוועדה אינה סבירה, באשר הסיכוי לביקורת פתע בדיוק בזמן שננקטים אמצעי חקירה בלתי חוקיים קטן מדי, וכן שאין באמצעי שנבחר כדי להפיג את החשש מפני הודאות שווא.

בעקבות המלצת ועדת צ'חנובר הוחלט לתקן את הוראת השעה שפטרה את חקירות המשטרה המבוצעות במשולב עם חקירות השב"כ מתיעוד חזותי ולהפוך אותה לדבר חקיקה קבוע. התיקון החיל את המלצת דוח צ'חנובר גם על חקירות משטרה של חשודים בעבירות ביטחון, והנוסח הנוכחי של הסעיף קובע כי לא תהיה חובת תיעוד, אולם "יבוצעו פיקוח ובקרה אקראיים על חקירות אלה, [...] ובלבד שיתאפשר לגורם המפקח לערוך פיקוח ובקרה על כל החקירות המתנהלות, בכל עת, בלא התראה מראש ובלא ידיעת החוקרים, ויתנהל רישום על קיום

69 דוח ועדת צ'חנובר (לעיל הערה 60), עמ' 31.

70 ש.ס.

71 ש.ס, עמ' 32.

72 לדוגמה ראו מרדכי קרמניצר ויובל שני, "להבטיח את יעילות הפיקוח על שיטות החקירה", בלוג סיווג ביטחוני, אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, פברואר 2018; האגודת לזכויות האזרח אל ועדת חוקה מיום 1.12.2016.

הבדיקה".⁷³ נקבע גם כי השר לביטחון הפנים ושר המשפטים ידווחו לוועדת חוקה ב-1 ביולי בכל שנה על יישום הוראה זו.⁷⁴

עניין זה נדון גם במסגרת עתירה לבג"ץ שהוגשה כנגד הוראת השעה שפטרה את המשטרה מתיעוד חקירות ביטחון.⁷⁵ בית המשפט מחק את העתירה וקבע כי כוחו של הסדר הפיקוח שנבנה בינתיים והפך להוראת חוק קבועה "יהא במימושם האמתי בשטח". בהחלטה נקבע במפורש כי הטענות העקרוניות והקונקרטיות יישמרו לעותרים.

התקנת המצלמות בחדרי החקירות והקמת חדר הבקרה בהתאם להמלצות דוח צ'חנובר הושלמו, ואת ההמלצות החלו ליישם בפועל בתחילת 2018. מוכן שיעילותו של אמצעי זה היא פונקציה ישירה של איכות הבקורות, מספרן ואורכן, ושל היכולת המעשית להשתמש בהתרשמות הבקר כבסיס לפעולה ממשית. בסופו של יום, המבחן האמיתי הוא בצמצום הפער העובדתי בין גרסת הנחקרים לגרסת החוקרים באשר למה שהתרחש בחדר החקירה. כל זמן שפער זה ייוותר, הטענה בדבר ההכרח בתיעוד חזותי של חקירות השב"כ כמרכיב חיוני בבידור האמת אינה צפויה להיעלם.

10.3.4.3. פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על חקירות תחת הגנת הצורך

חקירות תחת הגנת הצורך הן חקירות שמתבצעות בהתאם לחריג שהותיר בית המשפט העליון בפסק דינו המונומנטלי בבג"ץ העינויים.⁷⁶ בפסק הדין נקבע כי "היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בוודד מתחושה של 'צורך'". החלטת היועץ המשפטי לממשלה תהיה פרטנית, תבחן את הפרמטרים הרלוונטיים, בהם "מידתיות הצורך ומיידיותו, חומרת הסכנה והפגיעה שנמנעו ומוחשיותן,

73 סעיף 17(א) (תיקון התשע"ז) לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002.

74 שם, סעיף 17(ב).

75 בג"ץ 5014/15, עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' השר לביטחון פנים ואח' (פורסם בנבו, 2017).

76 בג"ץ 5100/94, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, נג (4) 817.

החלופות למעשה ומידתיות האמצעים [...] תנאי נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו",⁷⁷ ובלבד שאמצעים אלו אינם עולים כדי עינויים. ואכן, היועץ המשפטי לממשלה עצמו מקבל דיווח לאחר מעשה אם וכאשר מופעלים אמצעי חקירה ומתבקשת הגנת ה"צורך".⁷⁸

שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין חוקרים שפעלו לפי הטענה תחת סייג הצורך עמד לבירור בעתירה קונקרטי שהוגשה בעניינו של אסעד אבו גוש, והזכרה לעיל בפרק 6.⁷⁹ בעתירה נטען, בין היתר, כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בחקירה פלילית כנגד חוקרי השב"כ לוקה בחוסר סבירות. בית המשפט העליון דחה את העתירה וקבע כי שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בשאלת העמדה לדין או פתיחה בחקירה פלילית הוא רחב, ובבחינה קונקרטית בית המשפט לא ראה כי נפל דופי בשיקול דעתו. בפרשה זו.

המסגרת שנקבעה ומופעלת הלכה למעשה היא שמנגנון הפיקוח על חקירות הצורך מתבצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה עצמו, בכל מקרה ומקרה, ובדיעבד, בדרך שגרה ובלא שנדרשת תלונה לשם כך. עד כה לא נודע על מקרה אחד שבו סבר היועץ המשפטי לממשלה כי הפעלת האמצעים חרגה מהכללים שהותוו במסמך ההדרכה העצמית, הן באשר לנסיבות הכלליות והתקיימות מצב הצורך והן באשר למידתיות האמצעים ולתנאי שהאמצעים שהופעלו אינם עולים לכלל עינויים.

בסופו של דבר האיזון שהושג והמבנה המשפטי והמוסדי שנוצר והתקבע במהלך השנים בסוגיה זו מטיילים משא משפטי כבד גם על היועץ המשפטי לממשלה. אומנם, מעורבותו האישית של היועץ המשפטי לממשלה מבטיחה רמת פיקוח בדרג הגבוה ביותר, אולם יש לזכור כי רמת הפיקוח לבדה, נישאה ככל שתהא, אין בה כדי להעיד על טיב ההסדר.

77 שם, עמ' 421.

78 שם.

79 בג"ץ 5722/12, אסעד אבו גוש ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'.

10.3.5. פיקוח על החלטות בדבר אי-התאמה ביטחונית
 חוק השב"כ קבע כי לשב"כ יש סמכות בלעדית להחליט בדבר אי-התאמה ביטחונית של מועמדים או מועסקים לתפקידים מסווגים. בשביל המועמד או המועסק שקיבלו הודעת אי-התאמה, לעיתים קרובות החלטות אלו משמעותיות ביותר, הן בהיבטי התעסוקה הקונקרטיים והן בשל השלכות הרוחב שלהן על האפשרות להיות מועסק במגוון תפקידים מסווגים.

כמפורט בפרק 9, חוק השב"כ כונן ועדה מיוחדת שאליה רשאי לפנות מי שנפגע מהחלטת אי-התאמה ביטחונית ולהשיג לפניה על החלטה.⁸⁰ מעבר לסמכות הערעור, ועדה זו משמשת במידה רבה גם כגורם פיקוח על הסטנדרטים הנהוגים ביחידה לבדיקת התאמה ביטחונית, ולפיכך להחלטותיה עשויה להיות גם משמעות רוחבית, הרבה מעבר לעניינים הקונקרטיים המובאים לפניה.

כאמור בחוק, את חברי הוועדה ממנה ראש הממשלה בהתייעצות עם שר המשפטים, והוועדה מוסמכת לדחות את ההשגה או לקבל את ההשגה, כולה, מקצתה או עם שינויים. כן היא מוסמכת להחזיר את העניין לשב"כ בצירוף הוראות,⁸¹ למשל לקיים בירור נוסף, לשקול מחדש את עמדתו בהיבטים מסוימים, או הוראות אחרות, כפי שתמצא לנכון. מכאן שמבחינה עקרונית לוועדה יש, ככל שתמצא לנכון, גם סמכות למלא תפקיד של קביעת כללים רחבים יותר, לפחות במידה מסוימת, מעבר למקרה הקונקרטי שהיא דנה בו.

80 סעיף 15 לחוק השב"כ; תקנות שירות הביטחון הכללי (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני לעובדיו, הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת אי התאמה ביטחונית), התשס"ג-2003.

10.3.6. תחומי פיקוח מיוחדים על פעילות השירות

תחום הפיקוח	הגורם המפקח והבסיס המשפטי
האזנת סתר	(1) היועץ המשפטי לממשלה: קבלת דיווח רבעוני על האזנות סתר שבוצעו (סעיף 4(ד) לחוק האזנת סתר); האזנה לשיחות חסויות (סעיף 9א וסעיף 5(ג) לחוק האזנת סתר); האזנת סתר לחבר כנסת (חוק חסינות חברי הכנסת, סעיפים 2(ב)-(ג))
נחוני תקשורת	(2) ועדה משותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת החוקה חוק ומשפט (סעיף 4(ה) לחוק האזנת סתר) ראש הממשלה (סעיף 11(ד) לחוק השב"כ)
	היועץ משפטי לממשלה (סעיף 11(ד) לחוק השב"כ)
	ועדת הכנסת לענייני השירות (סעיף 11(ד) לחוק השב"כ)
חיפוש סמויים בכלי רכב ובחצרים	היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 10(ה) לחוק השב"כ)
חקירות	היועץ המשפטי לממשלה (מכוח הפסיקה) הממונה על בדיקת תלונות נחקרים (מכוח סמכותו הכללית של היועץ המשפטי לממשלה ויציר הפסיקה)
	משרד המשפטים
התאמה ביטחונית	ועדת השגה (סעיף 15 לחוק השב"כ והתקנות מכוחו)
חפיסת חפץ שנחפס במעבר גבול בלא ידיעת בעליו	היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 9(ג) לחוק השב"כ והתקנות מכוחו)

הערות	אופן ביצוע הפיקוח
היועץ המשפטי לממשלה הוא גורם הפיקוח המרכזי בתחום זה	<ul style="list-style-type: none"> • דוח רבעוני על ביצוע האזנות סתר למטרת ביטחון המדינה. • פיקוח קונקרטי על היתרי האזנת סתר לשיחות חסויות. • אישור בקשה להאזנת סתר לחבר כנסת.
דיווח סטטיסטי בעיקרו. איסור פרסום על דיוני הוועדה וממצאיה	<ul style="list-style-type: none"> • דיווח שנתי על מספרי האזנות הסתר שבוצעו
	<ul style="list-style-type: none"> • חובת דיווח רבעוני של ראש השירות על היתרים ואופן השימוש בנתוני תקשורת
	<ul style="list-style-type: none"> • חובת דיווח רבעוני של ראש השירות על היתרים ועל אופן השימוש בנתוני תקשורת
	<ul style="list-style-type: none"> • חובת דיווח שנתי של ראש השירות על היתרים ואופן השימוש בנתוני תקשורת
	<ul style="list-style-type: none"> • דיווח של ראש השירות אחת ל-30 ימים על חיפושים שבוצעו בהתאם לסעיף
פיקוח בדיעבד	<ul style="list-style-type: none"> • פיקוח על חקירות תחת הגנת הצורך
	<ul style="list-style-type: none"> • בדיקת תלונות נחקרים והמלצה להמשך פעולה אצל פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה
ממצאים חריגים יועברו למבתי"ן	<ul style="list-style-type: none"> • פיקוח מצולם על חקירות השב"כ
פיקוח מערכתי מוגבל	<ul style="list-style-type: none"> • סמכויות להמלצות כלליות גם מעבר למקרה הקונקרטי המובא לפני הוועדה
	<ul style="list-style-type: none"> • פיקוח באמצעות חובת האישור של היועץ לתפיסת חפץ במעבר גבול בלא ידיעת בעליו ובלא להחזירו

10.4

**פיקוח הגלום בתהליך
אישור פעולות השירות**

חלק מהפעלת הסמכויות של השירות טעון אישור של גורמים מחוץ לשירות. בהליך האישור מגולם בפוטנציה מנגנון פיקוח נוסף, באשר הגורם המאשר מקבל לידי את בקשת

השירות על נימוקיה, והוא רשאי לדרוש כחלק אינהרנטי מתהליך האישור פרטים נוספים או הבהרות, להעריך את משקלו של המידע שהוא הבסיס לבקשה ואת מהימנותו, את מידתיות הבקשה לנוכח התכלית המוצגת לפניו וכיוצא באלה שיקולים. להלן יימנו הגורמים המאשרים העיקריים.

10.4.1. ראש הממשלה ראש הממשלה, מעבר לסמכויותיו הכלליות, הוא

השר הממונה על השירות מטעם הממשלה,⁸²

ובמסגרת אחריותו זו הוא מאשר לשירות פעולות ומבצעים ומפקח על פעילותו של השירות. כמו כן, לשימוש בסמכויות ספציפיות אחדות נדרש אישור פרטני מאת ראש הממשלה. הסמכויות הקונקרטיות הטעונות היתר מראש הממשלה הן:

א. חיפוש סמוי ובלתי רגיל או בחצרים למטרות חודיעין

כל חיפוש סמוי כאמור טעון היתר בכתב מאת ראש הממשלה,⁸³ לרבות חיפוש סמוי, מרחוק, במחשב. סמכות זו כוללת גם אישור בדיעבד, במקרים רחופים שראש השירות אישר בהתאם לסמכותו במקרים כאמור.⁸⁴

ב. היתר לבצע האזנת סתר לטובת ביטחון המדינה⁸⁵

האזנת סתר לטובת ביטחון המדינה במקרים רגילים, היינו כאשר לא מדובר בהאזנה לבעלי חיסיון או לחברי כנסת, טעונה היתר בכתב מראש הממשלה, וכך כל בקשה להארכת היתר כאמור. בהתאם לחוק, על ראש הממשלה, כבואו לאשר

82 סעיף 4(ב) לחוק השב"כ.

83 שם, סעיף 10(א).

84 שם, סעיף 10(ב) – "לא יאוחר מ־72 שעות" ממועד מתן ההיתר על ידי ראש השירות.

85 סעיף 4 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

את הבקשה, לשקול גם את מידת הפגיעה בפרטיות. ראש הממשלה מוסמך גם לאשר היתר האזנת סתר שנתן ראש השירות במקרים דחופים.⁸⁶

ג. היתר לבצע האזנת סתר לעובד מערכת הביטחון לשם איתור או מניעה של דליפת מידע ביטחוני העלולה לגרום נזק חמור לביטחון המדינה⁸⁷

סוג זה של היתר מניח שיעדי הפיקוח אינם חשודים בפגיעה בביטחון המדינה אלא להפך – הם שותפים לסודות המדינה הפועלים במסגרת ארגוני הביטחון לטובת ביטחון המדינה. הפעלת סמכות זו מחייבת זהירות רבה, באשר היא עלולה להעלות ברשתה את בעלי התפקידים המרכזיים בארגוני הביטחון המקבילים (צה"ל, מוסד ועוד).⁸⁸ לפיכך ייתכן מאוד שיש לקבוע הגבלות על הפעלת סמכות זו, למשל לדרוש לשם הפעלתה אישור גם מהיועץ המשפטי לממשלה.

10.4.2. היועץ המשפטי מעבר לתפקידי הפיקוח המסוריים בידי היועץ לממשלה
 המשפטי לממשלה, ישנן סמכויות שלצורך הפעלתן נדרש אישור מאת היועץ המשפטי לממשלה. כאמור, בעצם סמכות האישור גלומה גם סמכות הפיקוח. סמכויות האישור של היועץ המשפטי לממשלה הן:

א. הסמכות לאשר בקשה לבית המשפט לאישור האזנת סתר לבעלי חיסיון

האזנת סתר לבעלי חיסיון מטעמי ביטחון המדינה טעונה אישור של נשיא או סגן נשיא בית המשפט המחוזי, לאחר שקיבל בקשה מנומקת מראש רשות ביטחון בצירוף אישור בכתב מהיועץ המשפטי לממשלה או מפרקליט המדינה.⁸⁹ כלומר,

86 שם, סעיף 5.

87 שם, סעיף 4א.

88 ראו למשל הטענה בתוכנית "עובדה" מיום 31.5.2018 שראש הממשלה ביקש מראש השב"כ להפעיל את סמכותו זו כדי להאזין לראשי מערכת הביטחון.

89 סעיף 9א(ב) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

לשם הגשת בקשה כאמור לנשיא או לסגן נשיא של בית משפט מחוזי נדרשת הסכמה פורמלית של היועץ המשפטי לממשלה או של פרקליט המדינה.

ב. סמכות לבטל היתר להאזנת סתר לבעלי חיסיון שניתן במקרים דחופים⁹⁰

כאשר ראש השירות משתמש בסמכותו להתיר במקרים דחופים האזנת סתר לבעל חיסיון הוא נדרש להודיע על כך מייד ליועץ המשפטי לממשלה, ובהתאם לחוק האזנת סתר היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לבטל את ההיתר. אם היועץ מחליט שלא לבטל את ההיתר הרחוף שניתן, עליו לפעול בדרך הרגילה לאישור האזנת סתר לבעלי חיסיון ולצרף לבקשה את אישורו בכתב. במקרה כזה מדובר באישור למפרע, ממועד תחילת האזנת הסתר.

ג. סמכות לתפוס חפץ במעבר גבול בלא להודיע על כך לבעלי

הסמכות לתפוס חפץ במעבר גבול בלא ידיעת בעליו קבועה בחוק השב"כ ובתקנות מכוחו. ההחלטה שלא להודיע לבעלי החפץ על כך שהוא נתפס ולא יוחזר טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה.⁹¹

השינויים שחלו בשני העשורים הראשונים של המאה העשרים ואחת – בהם ההתגברות של איום הטרור כתוצאה מהתקדמות הטכנולוגיה, האפשרויות שפתחה הגלובליזציה בהעברת רעיונות, אנשים ואמצעים, בשילוב היכולות

העצומות שהטכנולוגיה מספקת לשירותי הביטחון, כפי שהומחשו לעולם בגילוייו של אדוארד סנודן בשנת 2013 – מעצימים את כוחם של שירותי הביטחון בעולם המערבי. נוסף על כך, היכולת לעבור מאיסוף מידע נקודתי על חשודים לסמכויות איסוף בלתי מבחינות (bulk acquisition), אשר גורפות

10.5

הצעה לארגון מחדש

של מערך הפיקוח על הפעלת סמכויות השירות ודרכים למימושן

90 ש, סעיף 5(ג).

91 סעיף 2(ב) לתקנות שירות הביטחון הכללי (חפץ שנחפס), התשס"ד-2004.

מידע עצום על אזרחים, חידדה את הצורך בעדכון של תחום הפיקוח על שירותי הביטחון, הן על שירותי מודיעין החוץ והן על שירותי ביטחון פנים.⁹²

גם בישראל השינויים הגדולים ביכולות השב"כ בזכות ההתפתחויות הטכנולוגיות במהלך השנים שמאז חקיקת חוק השב"כ מחדדים את ההבנה שריבוי הסמכויות שניתנו לשב"כ והיקפן המצטבר מחייבים פיקוח אפקטיבי על פעולותיו. בצד ההכרה בכך שסמכויות אלו הן הבסיס ליעילותו של השב"כ כגוף הסיכול המרכזי בתחומים שהוא מופקד עליהם, יש צורך גובר בפיקוח משמעותי שיעסוק בנושאים רלוונטיים, למעשה ולא רק להלכה, באופן שיבטיח כי הסמכויות שנמסרו לידי השירות מופעלות רק למטרות שלשמן הן נמסרו לו ובאופן מידתי שאינו עולה על הגדרש למימוש ייעודו ותפקידיו. שתי המגמות העיקריות שיש לפעול בהן הן חיזוק הפיקוח הפרלמנטרי וחיזוק הפיקוח המינהלי.

10.5.1. חיזוק הפיקוח הפרלמנטרי

הפיקוח הפרלמנטרי חשוב ביותר, באשר הפרלמנט הוא מקור הסמכות והלגיטימציה החברתי המרכזי. הפרלמנט הוא המקום שבו, באמצעות החוק, מוענקות הסמכויות לגופי הביטחון, ומכאן החשיבות היתרה של פיקוח מטעם הפרלמנט על אופן הפעלתן של סמכויות אלו. ואכן, בכל המדינות הדמוקרטיות לפרלמנט יש סמכויות פיקוח המופעלות באמצעות ועדות ייעודיות.

ואולם, לפיקוח הפרלמנטרי יש כמה בעיות מובנות: ראשית, פעמים רבות הפיקוח מצריך התמקצעות והבנה טכנולוגית, החסרה לגורם פרלמנטרי; שנית, מטבע הדברים גוף פוליטי אינו יכול לפקח על מקרים פרטניים אלא רק על התמונה הכוללת; יתר על כן, הזמן שוועדה פרלמנטרית יכולה להקדיש לפיקוח הוא מוגבל מטבעו, בשל שלל העיסוקים האחרים של הפרלמנט וועדותיו; לבסוף, לוח הזמנים הפוליטי מקשה על צבירת "זיכרון ארגוני", שהוא עניין רב-חשיבות במיוחד כאשר יש צורך לפקח ביעילות בנושאים מקצועיים שהידע בהם מרוכז בידי שירותי הביטחון עצמם.

Cat Barker & Claire Petrie, "Oversight of Intelligence Agencies: 92 A Comparison of the 'Five Eyes' Nations, Parliamentary Library," Parliament of Australia, 2017

החוק ריכז את מרבית סמכויות הפיקוח על השב"כ בידי ועדת הכנסת לענייני השירות, שהיא ועדת המשנה לשירותים החשתיים של ועדת החוץ והביטחון. ההמלצות המרכזיות העולות מהניתוח שלעיל הן איגום כלל סמכויות הפיקוח הפרלמנטריות על השב"כ וחיווק יכולות הפיקוח של הוועדה כך שיהלמו את סמכויות הפיקוח הרחבות שנמסרו לה.

ההמלצה הראשונה המתבקשת מכל הנאמר לעיל היא לרכז בוועדת הכנסת לענייני השירות את כלל סמכויות הפיקוח, לרבות העברת סמכות הפיקוח בנושא האזנת סתר מהוועדה המשותפת שנקבעה בחוק האזנת סתר לוועדת הכנסת לענייני השירות, כך שהתמונה הכוללת וסמכות הפיקוח הפרלמנטרי הכוללת על השב"כ תהיה בוועדת הכנסת לענייני השירות.

ההמלצה המרכזית היא לחזק את יכולת הפיקוח של ועדת הכנסת לענייני השירות. כנגזר מכך, מוצע להקים מטעם ועדת הכנסת לענייני השירות גוף פיקוח מקצועי, קבוע, שיש לו רקע וסיווג ביטחוני מתאים והבנה טכנולוגית ומשפטית, שיוכל להיות מנגנון הסיוע המקצועי הדרוש למימוש אחריות הוועדה. תפקידו העיקריים של גוף זה יהיו: ראשית, לרכז לוועדת המשנה את כלל הנתונים הרלוונטיים למימוש סמכויות הפיקוח של הוועדה, לרבות מרחות מבקר השירות⁹³ ומרחות מבקר המדינה⁹⁴ המועברים לעיונה; נוסף על כך, להכין את הוועדה לדיווחים העיתיים ולדיווחים המיוחדים של ראש השב"כ הנמסרים לוועדה בהתאם לחוק,⁹⁵ הן מבחינת קביעת תכולת הדיווחים והן מבחינת הנתונים הרלוונטיים שצריכים לעמוד לנגד עיניהם של חברי הוועדה כדי שיוכלו להעריך את המידע הנמסר להם; כמו כן, לשמש בתפקיד מנגנון המעקב אחר מימוש החלטות הוועדה מול השב"כ, ובמידת הצורך לפתח כלי פיקוח ומנגנוני פיקוח ייעודיים בנושאים הקשורים לפעילות השב"כ לשם מימוש תפקידי הפיקוח של ועדת הכנסת לענייני השירות.

93 בהתאם לסעיף 13(ה)5 לחוק השב"כ.

94 בהתאם לסעיף 17(א)1 לחוק מבקר המדינה, החשי"ח-1958.

95 סעיף 12(ב) לחוק השב"כ.

בשל חשיבותו של מנגנון סיוע ומעקב כזה לשם שיפור הפיקוח הפרלמנטרי האפקטיבי על פעילות השב"כ ייתכן מאוד שיש למסד מנגנון זה ולקבוע את תקציבו ואת אופן המינוי של אנשיו במסגרת תיקון חקיקה. מנגנונים דומים מוסדו במדינות אחרות, ואפשר ללמוד מניסיוןן וליישם את הנלמד ממנו בעת כינון גוף כאמור, שיפעל ליד ועדת הכנסת לענייני השירות. כך למשל בנורווגיה, בהתאם לחוק שהתקבל בשנת 1995,⁹⁶ מינה הפרלמנט הנורווגי ועדת פיקוח מקצועית קבועה.⁹⁷ ועדה זו מטעם הפרלמנט מפקחת על שירות ביטחון הפנים, על יחידות משטרה העוסקות בביטחון, על מחלקות של משרד ההגנה ושירות מודיעין החוץ של נורווגיה. בוועדה 7 חברים המתמנים לתקופות כהונה של 5 שנים, עם אפשרות להארכה לתקופה אחת נוספת, ויש לה גוף מינהלי קבוע (מזכירות). הוועדה מווחת לוועדת הפרלמנט הרלוונטית במסגרת דוחות שנתיים ודוחות עיתיים ומפרסמת לציבור גרסה מצונזרת של דוחות אלו.⁹⁸

גם בקנדה כונן בשנת 2017 גוף פיקוח מרכזי על השירותים החשאיים הכולל ועדה קבועה, ובה 10 חברים, המתמנה על ידי הפרלמנט בהליך מיוחד שנועד להבטיח את עצמאותה. הוועדה נשענת על חוק ייעודי הקובע את דרכי המינוי ואת סמכויות הוועדה.⁹⁹

10.5.2. הקמת גוף פיקוח מינהלי ייעודי
 מחוק השב"כ ומחוק האזנת סתר עולה שהגורם המינהלי שאליו מתנקזות מרבית סמכויות הפיקוח על השב"כ הוא היועץ המשפטי לממשלה. כך לגבי דיווחים על האזנות סתר, על השימוש בנתוני תקשורת, על חיפושים סמויים למטרות מודיעין, הכוללים חיפושים סמויים מרחוק, במחשב, על פעולות

Act Relating to Oversight of Intelligence, Surveillance and Security Services 96

The Norwegian Parliamentary Intelligence Oversight Committee 97
 (לעיל הערה 13).

ש 98.

National Security and Intelligence Committee of Parliamentarians Act, 2017 99

בחקירות, כולל החלטות בעניין הממונה על תלונות נחקרים, ועוד. ממצב דברים זה עולות כמה בעיות.

בעיה ראשונה מקורה בעירוב בין סמכויות אישור לסמכויות פיקוח: בידי של היועץ המשפטי לממשלה יש הן סמכויות הנובעות מהיותו גורם מאשר והן סמכויות בהיותו גורם מפקח. כך למשל, אישורו של היועץ המשפטי לממשלה נדרש בבקשות מבתי המשפט להאזנה לשיחות חסויות ולהאזנה לשיחות לחברי כנסת, ובה בעת הוא מפקח על האזנות הסתר ומקבל דיווחים מדי רבעון על האזנות שבוצעו באותו רבעון, וכך גם בעניינים אחרים. כלומר, היועץ המשפטי לממשלה הוא גם גורם בשרשרת האישור של מקצת התהליכים להפעלת הסמכויות של השירות וגם גורם מפקח, נוסף על תפקידו לייצג את הממשלה, ובכלל זה השירות וראש הממשלה, כנגד תקיפה משפטית של שימוש בסמכויות השירות.

בעיה שנייה היא שאין תפיסה ברורה, ודאי שלא מפורשת, לדרך ההפעלה של סמכויות הפיקוח, בין היתר אם סמכות הפיקוח משמעה בקרה של תקינות התהליך הפרוצדורלי או אם סמכות הפיקוח כוללת גם בחינה של הפעלת שיקול הדעת והמידתיות שבהפעלת האמצעים. נוסף על כך, היועץ המשפטי לממשלה אינו מפרסם דוחות פיקוח, ולא ברור כלל אם הוא מעביר ממצאים העולים מהפיקוח לגורמים האחרים, לדוגמה לראש הממשלה או לוועדת הכנסת לענייני השירות. מוצע להסדיר מפורשות עניינים אלו, ולקבוע את הסמכות לפרסם דוחות פיקוח וכן את החובה להעביר את הממצאים באופן עיתי לראש הממשלה ולוועדת הכנסת לענייני השירות.

הבעיה העיקרית בנושא סמכויות הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה נובעת מכך שהיועץ המשפטי לממשלה חסר מנגנון מקצועי, קבוע, המותאם מבחינת גודלו להיקף המשימה. מנגנון כזה צריך להיות בעל כוח אדם מיומן ולפתח נוהלי עבודה, כלים ותהליכי עבודה מוסדרים לביצוע משימות הפיקוח. על מנת לטפל בצורה רצינית בהיקף המשימה של פיקוח על פעילות ארגון עתיר סמכויות כמו השב"כ לא ניתן להסתפק בהטלת התפקיד על עוזר זה או אחר, מוכשר ככל שיהיה, של היועץ המשפטי לממשלה.

מטעמים אלו הוקמו גופי פיקוח מעין אלו במדינות אחרות. למשל, בבריטניה, במסגרת חקיקה בשנת 2016,¹⁰⁰ הוקם גוף פיקוח מינהלי עם סמכויות מעין שיפוטיות. גוף זה הוקם במסגרת חקיקה המאפשרת לארגוני הביטחון הבריטיים לאסוף מידע נרחב ובלתי מובחן של נתוני תקשורת (bulk acquisition warrants) וכן מידע מהאזנות סתר וסמכות לפרוץ למחשבים ולאיתרי מחשב (ולכן מתנגדיו מכנים אותו Snoopers' Charter). על מנת לאזן את היכולות החדשות שניתנו בידי ארגוני הביטחון והמודיעין הבריטיים הוקם על פי חוק זה מנגנון פיקוח רב-עוצמה שנקרא IPCO (Investigatory Powers Commissioner's Office), וסמכותו משתרעת על כל ארגוני הביטחון. גוף הפיקוח החדש החליף את גופי הפיקוח הקודמים ומיזג אותם לרשות פיקוח מרכזית אחת, המורכבת מ-15 מפקחים, שהם שופטים בדימוס או עובדים בעלי רקע טכנולוגי ומשפטי המשמשים בתפקידי הפיקוח. IPCO אמור לפקח על כל רשות המשתמשת בסמכויות חקירה, כולל ארגוני ביטחון, משטרה, שירות בתי הסוהר וגופים אחרים שיש בידם סמכות חקירה, בסך הכול סמכותו משתרעת על לא פחות מ-600 ארגונים, מתוך התמקדות בסמכויות החודרניות ביותר – נתוני תקשורת והאזנות. מעבר לייזום בדיקות כדי לוודא כי הגורמים המפוקחים פועלים בהתאם לחוק נקבע מנגנון פיקוח מיוחד המבוסס על עקרון האישור הכפול (double-lock), ולפיו לצווי פיקוח שבסמכות שרים (למשל אישור מאת שר החוץ לאיסוף מידע בחו"ל) יידרש אישור מינהלי-שיפוטי נוסף של שופטים לשעבר בגוף הפיקוח (judicial commissioners).

גם בהולנד קיים גוף פיקוח עצמאי על שירותי המודיעין – CTIVD,¹⁰¹ כאשר בהליך מינוים של שלושת החברים בו מעורבות שלוש הרשויות – המבצעת, המחוקקת והשופטת – על מנת להבטיח את איתנותו. הוועדה נשענת על סגל מינהלי הכולל עוזרים ומומחי טכנולוגיית מידע, והיא אחראית לפקח על שירותי ביטחון הפנים ושירותי מודיעין החוץ של הולנד. הוועדה מוסמכת לטפל גם בתלונות כנגד ארגונים אלו. לוועדה ניתנת גישה מלאה למידע ולמסמכים, והיא מפרסמת

The Investigatory Powers Act, 2016 100

The Review Committee for the Intelligence and Security Services, 101
CTIVD

לציבור דוחות שנתיים,¹⁰² ולהם נספחים מסווגים שאינם מתפרסמים. יש להדגיש כי כחלק מהמענה למתח שבין הרצון לאפשר לשירותי הביטחון של הולנד כלים מודרניים בהתמודדות עם הטרור לבין הרצון להגן על פרטיות האזרחים, בעיקר בכל הקשור לאיסוף נתונים בצורה בלתי מבחינה, החליט הפרלמנט ההולנדי בשנת 2017 לחזק את גוף הפיקוח ולהוסיף לו תחומי סמכות.¹⁰³

גם באוסטרליה קיים גוף פיקוח מינהלי עצמאי – ה-IGIS (The Inspector-General of Intelligence and Security), שהוקם מכוח חוק מיוחד.¹⁰⁴ מבחינה מינהלית גוף זה נמצא תחת משרד ראש הממשלה. חשיבותו נובעת גם מכך שהפיקוח השיפוטי על הפעולות של ארגוני הביטחון באוסטרליה חלקי ומוגבל, באשר רבים מהצווים מוצאים בסמכות גורם מינהלי, כמו שר, ומיעוטם על ידי היועץ המשפטי לממשלה.¹⁰⁵ גוף זה מפקח על ששת הארגונים המרכיבים את קהילת הביטחון והמודיעין של אוסטרליה (AIC) ככל ההיבטים – בדיקות יזומות, בירור תלונות ציבור כנגד ארגוני הביטחון, דוחות שנתיים ודוחות מיוחדים הנמסרים לשרים הנוגעים בדבר וכן לוועדת הביטחון ולשירותים החשאיים של הפרלמנט. הפיקוח הפרלמנטרי על פעילות ארגוני הביטחון באוסטרליה, PJICIS (Parliamentary Joint Committee on Intelligence and Security), הוקם כחלק מחוק השירותים החשאיים,¹⁰⁶ והוא נשען אפוא גם על ממצאי גוף הפיקוח המינהלי. גרסה מצונזרת של דוחות הוועדה הפרלמנטרית מפורסמת לציבור.¹⁰⁷

102 ש.ס.

The Intelligence and Security Services Act, 2017 (the ISS Act 2017) 103

Inspector-General of Intelligence and Security Act, 1986 104

Oversight of Intelligence Agencies: A Comparison of the "Five Eyes" Nations," Parliament of Canada, 2017 105

Intelligence Services Act, 2001 106

107 באחר המפקח על הפעילות של ארגוני המודיעין והביטחון באוסטרליה – IGIS
Inspector-General of Intelligence and Security

כאמור לעיל, נראה כי הרציונל שבבסיס מנגנונים אלו רלוונטי גם לישראל, בעיקר לנוכח הסמכויות המרובות שהופקדו בידי השב"כ והצורך הקבוע בחיזוק אמון הציבור בארגון זה. הקמה של גוף פיקוח עצמאי בעל סמכויות הפועל בנפרד מהזירה הפוליטית עשויה להשלים את הסמכויות שניתנו לוועדת הכנסת לפיקוח שיטתי ומקצועי על הפעלה של סמכויות השירות. עצם קיומו של גוף כזה יכול להביא לשיפור ניכר בפעילות השירות ובשמירת האיזון בין הצורך הביטחוני ובין שמירת זכויות אדם ואזרח, ולהגברת אמון הציבור בפעולותיו.

המסקנה היא שיש מקום לשקול הקמת רשות פיקוח מרכזית, עצמאית, בעלת סמכויות סטטוטוריות שתפעל במסגרת משרד המשפטים ותממש את סמכויות הפיקוח בצורה מקצועית. בידיה של רשות פיקוח מרכזית זו תהיה התמונה הכוללת של הפעלת מגוון סמכויות השב"כ, למשל שימוש בנתוני תקשורת, האזנת סתר, חיפוש סמוי מרחוק במחשב ועוד. על פי בחינה קונקרטיה ועל פי התמונה הכוללת שתתקבל תוכל רשות כזו לשקול את משקלם המצטבר של האמצעים שהופעלו בהיבטי מידתיות למשל. רשות כזו תדווח על ממצאיה לגופים שייקבעו, בראש ובראשונה לראש הממשלה, וכן ליועץ המשפטי לממשלה ולוועדת הכנסת לענייני השירות. חשוב שגוף כזה ידווח גם לציבור על ממצאיו, בכפוף לכללים שיבטיחו אי־פגיעה בביטחון המדינה. גוף כזה יוכל לממש את האינטרס הציבורי בכך שמחד גיסא יינתנו לשירות אמצעים מתאימים למימוש ייעודו ותפקידיו, ומאידך גיסא הוא יודא כי השירות במימוש סמכויותיו אינו חורג מהתפקידים שלשםם ניתנו בידי סמכויות אלו וכן כי מימושם מידתי ביחס לצורך. גוף פיקוח כזה ישמש לשירות גם עוגן ללגיטימציה ציבורית וכבסיס לחיזוק אמון הציבור בפעולותיו, ומכאן חשיבותו.

אחרית דבר

—

השירות הוא ארגון המאגד תחומי עיסוק רבים, רחבים ומגוונים. ניהולו היעיל של ארגון כה מולטי־דיסציפלינרי מחייב הכרעות יומיומיות של סדרי העדיפויות. כארגון הפועל בחשאי ושוהות המשרתים בו חסויה, פניו של השירות מגולמים באדם יחיד שזהותו ידועה לציבור, הוא ראש השב"כ. מאחר שהשירות הוא ארגון היררכי מאוד, לאישיותו של ראש השירות ולערכיו יש משקל מיוחד. במאמר מוסגר – העובדה שהציבור אינו מכיר כלל את האדם שבידו הופקד כוח כה רב מחייבת מחשבה כיצד לתקן ולשנות מצב דברים זה. ואולם הספר אינו עוסק בדמותו של אדם זה או אחר אלא מבקש לסרטט את התמונה הארגונית בכללותה.

כך, פרקי הספר מציגים ניסיון לצלם תמונת מצב בחיי השב"כ כארגון. ככל תמונת מצב, פרטיה הספציפיים נכונים לשעתה ועשויים להשתנות עם הזמן – אם מכוח שינויים במקצת ההסדרים ואם בשל שינויים המתרחשים כל העת בסביבה החיצונית לארגון. למותר לציין כי ככלל, שינויים המשפיעים על החברה שארגון פועל בתוכה עשויים לשנות את אופן פעולתו של הארגון, את השפעתו ואת משקלו היחסי בתהליכים שהוא מעורב בהם, והשב"כ אינו יוצא מכלל זה.

ואולם בהתבוננות לאחור דומה כי אף שדברים רבים השתנו במרוצת השנים, תפקידיו המהותיים של השירות והדילמות הבסיסיות המעסיקות אותו לא השתנו הרבה בעשרות השנים האחרונות. מהתבוננות זו נובעת המסקנה שתמונת המצב הרלוונטית היא התמונה הכללית, לאמור – הפרטים חשובים מאוד, אך חשובה מהם התמונה בכללותה, וכך אני מציע לראות את האמור לעיל.

ספר זה לא עסק כלל בשינויים שחלו בחברה הישראלית בשנים האחרונות, ועל כן ניתוח היחס בין השינויים בחברה לבין ההשפעה על אופן פעולתו של השירות, כמו גם של ארגוני ביטחון אחרים, חורג מעניינו של חיבור זה. אולם היעדרו של ניתוח בעניין זה אינו פוטר את הקורא מן ההבנה שקיים יחס גומלין דינמי בין הארגון ובין החברה שבה הוא פועל ובינו לבין המערכת המדינית והפוליטית הממונה עליו. לשירות, ובמיוחד לעומד בראשו, יש אחריות מיוחדת מול הדרג הפוליטי הממונה לשמירה על ממלכתיותו של השירות ועל זהירות בהפעלת הכלים העומדים לרשותו, לבל יבוצע בהם שימוש החורג מייעודו ומתפקידו לשמור על ביטחון המדינה.

משאב חשוב העומד לרשותו של השירות הוא שיח ישיר עם הציבור. השירות, בהיותו ארגון חשאי, אינו נוהג לנהל שיח ישיר עם הציבור, ולכן הופעותיו הפומביות של ראש השב"כ, כל ראש שב"כ, הן ספורות ביותר. ואולם בשל שינויי העיתים, וכן בשל הצורך הקבוע בלגיטימציה ציבורית לפעולותיו של השירות וכנובע מעצם תפקידו הציבורי, יש לשנות באופן יסודי את השיח בין השירות לציבור, באותם עניינים שהשירות עוסק בהם, ולהפוך שיח זה לפתוח הרבה יותר. במסגרת זו, ראוי לגלות לציבור את הכללים ואת עקרונות פעולתו של השירות במגוון התחומים שהוא עוסק בהם, להבדיל מעניינים ספציפיים, שאותם נכון, ככלל, לשמור בחשאיות. הנגשת מידע לציבור בנושאים כמו כיצד פועל השב"כ, מהם הכללים החלים עליו, כיצד מופעלות סמכויותיו ומה עיקר הממצאים של גורמי הפיקוח על פעולותיו, כל זמן שאין בו כדי לפגוע בתפקודו ובביטחון המדינה, חיונית לשמירת האמון של הציבור בשב"כ, וחשובה כשלעצמה, בהיותה חלק מקיומה של חברה בריאה ובהיותה חלק מהבטחת תקינות פעולתו של השב"כ עצמו.

אני תקווה שעצם הדיון הציבורי בסוגיות אלו ובסוגיות אחרות שפורטו בספר זה יהא לטובת כולנו.



Watching the Watchmen

Security, Justice, Democratic
Values, and the ISA

Eli Bahar

Introduction

In all countries, including democracies, intelligence organizations—and domestic security agencies in particular—are given powerful tools with which to do their jobs. Technological developments in recent decades have led to an unprecedented increase in monitoring, information-storage, and automatic information-processing abilities, using sophisticated algorithms that can apply these actions to entire populations, such that they can encompass an unlimited number of people, organizations, and entities. Edward Snowden's disclosures demonstrated to the public throughout the Western world the need to keep an eye on how the intelligence services of democracies operate vis-à-vis rivals and foreign nationals, and no less so vis-à-vis citizens of their own countries, in order to ensure that they use the powers vested in them solely within the proper bounds and to achieve the goals for which they were given, and that the way they are used rests on broad societal support.

In most countries the security and intelligence organizations include military intelligence, foreign intelligence (in Israel, the Mossad), and a domestic security agency (in Israel, the Israel Security Agency, or ISA). Of all these organizations, it is especially important to scrutinize how the domestic security agency operates, due to the direct relationship between the functioning of a domestic security agency and freedoms and human and civil rights in that country. We learn from the Ethics of the Fathers an ancient truth: that in order to have a social order that guarantees individual and collective security and the possibility of coexistence despite tensions between groups within society, there

must be an efficient government.¹ The upshot of this is that the tension between the desire to maintain an open society that protects human and political rights such as freedom of expression and association and the desire to have a safe society, particularly in view of terror threats, is a constant in all democracies. The “break-even point” varies from country to country, and often from time period to time period within a country.

Due to Israel’s security problems, its domestic security agency (the ISA) has been given particularly broad powers, both objectively and in comparison with security services in other democracies. Therefore, the central focus of this book is an in-depth clarification of the complex relationship between the functions, methods of operation, and powers of the ISA and the principles of democratic government, all against the backdrop of the unique security situation in which the State of Israel has found itself since its inception. As a result of this situation, the social glue holding together the ethnic, religious, and ideological mosaic of Israeli society has always been under exceptionally heavy pressure. These challenges make it even more important to have an efficient security service as a significant element in the preservation of this glue and the prevention of internecine violence. Another important element that largely distinguishes the ISA from comparable organizations in other democracies is the long period of Israeli rule over the Palestinian population (as well as years of Israeli rule in the past over the population in southern Lebanon). This ongoing situation has left its mark on all aspects of government, but especially the operating methods of the ISA. Tensions between Israel and the Palestinians, and in certain periods between Jews and Israeli Arabs and between right and left, have at times

1 Rabbi Hanina the deputy high priest said: “Pray for the welfare of the government, for without fear of it, one man would swallow another alive” (M *Avot*, chap. 3).

reached the boiling point, manifested tangibly in terrorism and dangers to personal security that have threatened the democratic system itself.

The assassination of Prime Minister Yitzhak Rabin was an unparalleled and dramatic crisis that illustrated the inherent danger of domestic terrorism and the supreme importance of foiling similar attempts. I was serving in the ISA around that time, and I worked on its behalf on the investigation, the state operation of inquiry, and the trials of Yigal and Haggai Amir and others involved in the reprehensible murder. The failure of the ISA to prevent the Rabin assassination etched in me the awareness of the ISA's vital role in safeguarding the operation of the institutions of democratic governance—in part by protecting the lives of the people who hold key positions in these institutions. Often the ISA's countless successes in preventing terrorist attacks are perceived as part of the natural order of things. This is, of course, an illusion—a dangerous illusion. Terrorism by Palestinian organizations and domestic groups, espionage, and attempts by foreign countries and entities to disrupt normal life pose a constant threat to life in Israel, to varying degrees over time. Hence, ensuring the efficient functioning of the ISA, including by preserving its spirit and fostering its people's motivation, is an essential interest of Israeli society.

The most crucial condition, of course, is that the ISA operate within the law, safeguard human and civil liberties, and understand the delicate balance between maintaining security and protecting democratic values. This is an explicit obligation of the ISA, and it is for good reason that the ISA is the only organization entrusted by the legislature with maintaining the order and institutions of democratic governance.

The constant security threats in Israel are what underlie the power given to the ISA over the years by Israeli society—essentially a broad set of legal powers, enshrined in legislation, government resolutions, Supreme Court

rulings, and other legal arrangements that have taken shape over the years. As an organization that operates within Israel and the territories under its control, the ISA is subject to these legal arrangements. They give it its power and they determine its limitations. Like any intelligence agency entrusted with domestic security, the ISA relies on a ramified set of powers related to gathering needed information, procedures for processing the information gathered into a relevant intelligence picture, and numerous powers that enable it to foil or disrupt activity that threatens state security.

To grasp the role of the ISA, real and ideal, in Israeli society as part of Israel's security system, it is very important to understand how it operates—including its purpose and functions, the interface between it and other security organizations, its main powers, and the ways it uses these powers. This volume therefore explains to interested readers how these arrangements delineate the legal framework within which the ISA operates. This is an elaborate system that has evolved over the years, in many cases in response to lessons learned from past crises. Given the many powers of the ISA—an extraordinarily powerful organization even relative to comparable security organizations—it is particularly important to maintain organizational norms on the one hand, and efficient control and oversight mechanisms on the other. It should be kept in mind at all times that Israeli society has entrusted the ISA with particularly sharp tools; hence the need to ensure that these tools do not wound society itself, and especially its democratic values, which are its lifeblood.

The prevailing organizational norms and culture within the ISA are vital to any understanding and internalization of how its high-ranking officers and employees are supposed to use the powers entrusted to them. For about two decades, “restraint of power,” “allegiance,” “circumspection,” “integrity,” and “discretion” have been crucial and relevant values for the

ISA. But if these values remain on the walls of rooms or on the website and are not constantly clarified in open, incisive internal discussions of genuine daily dilemmas encountered by the ISA, they will be unable to serve as the moral compass and practical guide they were intended to be. This is a mission for each and every generation of officers and employees of the ISA. No one is exempt. The ISA's staff has a level of motivation and sense of mission rarely equaled in the public sector. This is the secret of its strength, but here—in the supreme motivation and desire to succeed in its weighty tasks at almost any price—lies the danger of excessive motivation and abuse of power. The realization that this is a constant risk, always lurking, must be in the minds of the members and heads of the ISA at all times, as well as in the minds of the people assigned to oversee it.

Therefore the mechanisms for control, oversight, and supervision of the ISA's use of its powers are no less important than the internal maintenance of proper organizational norms. The efficient functioning of these mechanisms is essential to ensuring that a powerful organization like the ISA operates properly over time. The vital and ongoing task of these mechanisms is to ensure that the ISA operates within the law and strikes the right balance between accomplishing its missions and maintaining democratic values, since both are part of its job description.

In my various positions in the ISA's legal system, and especially as chief legal advisor of the ISA for about five years, I was involved in shaping many of the legal arrangements on which the ISA relies. Over the years, observing how these arrangements have played out over time and understanding that social and technological changes have altered the importance of some of the balances created, I saw the need to take a new look at them, and in many cases I realized that changes were needed—in view of lessons learned from their implementation or in order to adapt them to external changes. This volume therefore seeks to do both of these

things: to describe to the interested reader how the legal arrangements shape the ISA's operation and its use of its powers and to propose, when appropriate, changes in certain specific arrangements. The proposed changes are detailed throughout the chapters of the book.

These changes are intended, with all due modesty, to fine-tune and improve the balance between the vital need for the ISA to function properly and efficiently and the need to maintain a healthy civil society that upholds democratic values—most importantly, human and civil rights. This complicated and delicate balance varies from issue to issue and requires a profound understanding of the processes by which the ISA operates and awareness of their effects and ramifications. I hope this volume can contribute to achieving this important goal.

Text Editor (Hebrew): Noa Shalitin
Series & Cover Design: Studio Tamar Bar Dayan
Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-291-9

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2020 by the Israel Democracy Institute (RA)

Printed in Israel

The Israel Democracy Institute

4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602

Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

Website: <http://en.idi.org.il>

Online Book Store: en.idi.org.il/publications

E-mail: orders@idi.org.il

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this book do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

סיסתו של השב"כ היא "מגן ולא יראה", ובכל זאת כל מי שחי בישראל מכיר את מקומו המרכזי בחיי המדינה ובחיי אזרחיה. הצלחותיו הרבות בסיכול טרור ובריגול מגיעות מדי פעם לידיעת הציבור, אף שברוב המקרים הן נותרות סמויות מן העין; כישלונותיו, לעומת זאת, מהדהדים למרחוק. וכך, כישלון באבטחת ראש ממשלה יכול לשנות לגמרי את הכיוון שהמדינה צועדת אליו; כישלון בסיכול פיגועי טרור עלול להביא לנפגעים רבים ולהידרדרות שבסופה אפשר שתפרוץ מלחמה; וכישלון בחשיפת פעולת ריגול יש בכוחו להפקיר את סודות המדינה בידי אויביה.

ואולם השפעתו של השב"כ על אזרחי ישראל היא גדולה ורחבה אף יותר, והיא משתרעת על מגוון תחומים ופעולות. כך למשל, שב"כ הוא האחראי לקביעת התאמה ביטחונית של מועמדים לתפקידים מסווגים; הוא הקובע את שיטת הבידוק הביטחוני בנמלי התעופה והים; והוא הממונה על איסוף מידע ועיבוד מידע, בדרכים שרובן הגדול אינו גלוי לציבור.

מהם התחומים שעל שמירתם השב"כ מופקד? אילו שיטות הוא נוקט כדי למלא את ייעודו בהצלחה? מהם ההסדרים המשפטיים המקנים

לו את עוצמתו הרבה? כיצד פועלים מנגנוני הפיקוח עליו, והאם יש בהם כדי להבטיח שהאיונים בין צורכי הביטחון לערכי הדמוקרטיה יישמרו?

ספר זה עוסק בשאלות אלו ואחרות. בראש ובראשונה הוא מבקש להאיר את המערכת המשפטית המסועפת שהשב"כ נשען עליה במילוי תפקידיו. ההצעות לשינויים המובאות בו מתבססות בעיקרן על הערכת תפקודם של ההסדרים המשפטיים הקיימים; על התאמתם לעקרונות המשטר הדמוקרטי; ועל המשמעות של התמורות הטכנולוגיות התכופות על מערכת האיונים בין צורכי הביטחון שעל שמירתם השב"כ מופקד לבין הערכים שעומדים בבסיסו של כל משטר דמוקרטי.

עו"ד אלי בכר הוא בוגר הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ומחזיק בתארים בכלכלה, במדע המדינה ובמינהל ציבורי. שירת שנים רבות במערך המשפטי של השב"כ. בתפקידו האחרון, בשנים 2006-2011, שימש היועץ המשפטי של השב"כ. בשנים 2012-2018 היה חבר בצוות המחקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה וכיום מרצה במסגרות שונות בתחומי הביטחון והמשפט.

מחיר מומלץ: 96 ש"ח

מרץ 2020

מסת"ב: 9-291-519-965-978

www.idi.org.il



0 4500001233 2

דאנאקוד 450-1233