

העותרת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

באמצעות עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר
ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או
עאוני בנא ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל
גן-מור ו/או תמר פלדמן ו/או נסרין עליאן ו/או
קרן צפריר ו/או ראויה אבורביעה ו/או משכית
בנדל ו/או רגד ג'ראיסי ו/או שרונה אליהו חי
ו/או אן סוצ'יו

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75
תל אביב 65154
טל: 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נגד -

המשיב:

משרד ראש הממשלה

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

עתירה מינהלית

(בעניין חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998)

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לקבל את בקשת העותרת לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח - 1998 (להלן: "**חוק חופש המידע**") ולהעביר אליה את המידע, כדלקמן:

(א) מספר ההיתרים, אשר ניתנו על ידי ראש הממשלה לביצוע האזנות סתר לפי סעיף 4(א) לחוק האזנות סתר, התשל"ט-1979 (להלן: "האזנות סתר ביטחוניות"), לרבות מספר האנשים שלגביהם ניתן היתר כאמור, בכל אחת מחמש השנים האחרונות, בהתפלגות לפי תושבים ואזרחים מזה וכאלה שאינם אזרחים או תושבים מזה.

(ב) הנהלים ו/או ההנחיות המינהליות המשמשים את ראש הממשלה בהפעלת הסמכות להתיר האזנות סתר ביטחוניות, לרבות התייחסות לקריטריונים המנחים אותו בהקשר זה; כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לפרסם נהלים ו/או הנחיות מינהליות אלה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. עתירה זו עניינה בקשת העותרת לקבל מידע על היקף ואופן השימוש בסמכות הקיצונית, הניתנת למשיב ולשר הביטחון להתיר האזנות סתר "אם נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות ביטחון ואם שוכנע לאחר ששקל גם את מידת הפגיעה בפרטיות כי הדבר דרוש מטעמי ביטחון המדינה", על פי סעיף 4(א) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: "החוק").
2. בניגוד להאזנות סתר "פליליות", המבוצעות על פי סעיף 6(א) לחוק (במסגרת פרק ג', העוסק ב"האזנת סתר למניעת עבירות וגילוי עבריינים"), האזנות ביטחוניות אינן טעונות כל אישור שיפוטי. מנגנוני הדיווח והבקרה על היתרי השרים הינם כלליים בלבד: על השר לדווח, מדי שנה, על מספר ההיתרים שניתנו, לוועדה משותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט ושל ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, שתדון בעניין בדלתיים סגורות (סעיף 4(ה) לחוק, להלן: "הוועדה המשותפת"); כמו כן, על השר לדווח מידי שלושה חודשים ליועץ המשפטי לממשלה על ההיתרים שניתנו לפי פרק ב' לחוק, העוסק ב"האזנת סתר למטרת ביטחון המדינה" (סעיף 4(ד) לחוק).
3. כן בניגוד להאזנות סתר פליליות – העומדות לדיון וביקורת ציבוריים – אין לציבור בישראל כל מידע אודות היקף או אופן השימוש בסמכות מרחיקת הלכת לבצע האזנת סתר ביטחונית ללא אישור שיפוטי. הגורמים הרבים, אשר קיימו ביקורות פומביות של נושא האזנות הסתר לאורך השנים – לרבות מבקר המדינה וועדת החקירה הפרלמנטרית לחקר האזנות סתר – עסקו תמיד בהאזנות הפליליות בלבד. ההאזנות הביטחוניות, לעומת זאת, מתקיימות כל העת "מתחת לרדאר" – ללא ביקורת שיפוטית וללא ביקורת ציבורית. בשל החשאיות המוחלטת האופפת את הפעלת הסמכות, אין לציבור כל דרך לבחון את אופן השימוש בה או לאמוד את היקף התופעה. אין לו דרך לדעת כיצד מפרש המשיב את הדרישה, כי ההאזנה תהיה דרושה "מטעמי ביטחון המדינה"; כיצד הוא מנחה עצמו בעריכת האיזון בין הצורך הביטחוני לבין "מידת הפגיעה בפרטיות"; ועוד.
4. דומה שאין צורך להרבות במלים על חשיבות קיומו של דיון ציבורי מושכל בנושאים מהותיים מעין אלה, הנוגעים ללב ליבן של ההכרעות החברתיות המתקבלות במדינה דמוקרטית. מצב בו מופעלת סמכות כה רגישה, מבלי שיש לציבור כלים מינימאליים לדון בשאלות העקרוניות הסובבות אותה, הוא בלתי נסבל. אמנם, מטבע הדברים ישנו מידע שלא ניתן לגלותו מטעמי ביטחון הכרחיים. אולם, כפי שיפורט להלן, באיזון שבין טעמי ביטחון אלה לבין זכות הציבור לדעת, יש לשאוף לחשיפה מירבית של מידע, כדי לאפשר לעם – הריבון במדינה דמוקרטית – להחליט במודע על מידת הפרטיות, עליה הוא מוכן לוותר.
5. כפי שיפורט להלן, בתשובת המשיב לא פורטו הנימוקים הביטחוניים, המחייבים לשיטתו חיסיון מוחלט על מידע זה. יחד עם זאת, מהתשובה עולה באופן מובהק, כי לא ניתן משקל ראוי, בלשון המעטה, לזכות הציבור לדעת. בתשובה נאמר, כי לאור חובת הדיווח ליועץ

ולוועדה המשותפת, "קיימת בקרה מספקת על מתן ההיתרים ואין הכרח לאפשר נגישות ציבורית לחומר על מנת לקיים בקרה זו." הנחת מוצא זו, לפיה בכוחה של בקרה פנימית של מנגנוני המדינה לייתר את הצורך בביקורת ציבורית פומבית, הינה זרה לשיטתנו המשפטית. היא משקפת תפיסה שגויה של היחס הראוי בין הפרט לבין השלטון במדינה דמוקרטית, וחוסר הפנמה של תפקידו החיוני של הציבור בדיון ובהכרעה בשאלות עקרוניות הנוגעות לחייו ולהגנה על זכויותיו החוקתיות.

פניות העותרת

6. ביום 3.5.12 פנתה העותרת לממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה, בבקשה נשואת עתירה זו.

7. ביום 6.6.13, לאחר מספר תזכורות, ולאחר שנמסר לעותרת כי בשל רגישות הנושא הוא נמצא בבדיקת הלשכה המשפטית מול מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, התקבלה תשובת הממונה על יישום חוק חופש המידע, לפיה הבקשה נדחית, וזאת בהתאם לעילות הקבועות בסעיפים 9(א)(1) ו-9(א)(4) **לחוק חופש המידע** ("מידע אשר בגילויו יש חשש לפגיעה בביטחון המדינה" ו"מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין"). בתשובה צויין בין השאר, כי בשל חובות הדיווח ליועץ המשפטי לממשלה ולוועדה המשותפת, "לעמדתנו קיימת בקרה מספקת על מתן ההיתרים ואין הכרח לאפשר נגישות ציבורית לחומר על מנת לקיים בקרה זו".

• העתק בקשת העותרת מיום 3.5.12 מצ"ב ומסומן ע/1. העתק תשובת הממונה על יישום חוק חופש המידע במשיב מיום 6.6.13 מצ"ב ומסומן ע/2.

8. יצויין, כי עוד טרם הגשת בקשה זו, הגישה העותרת ביום 1.12.11 בקשה דומה למשרד הביטחון. במכתב מיום 23.4.12 מאת הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד הביטחון קיבלה העותרת תשובה לגוף העניין, לפיה שר הביטחון לא עשה שימוש בסמכותו בהתאם לסעיף 4(א) בחמש השנים האחרונות, ולא קיימים נהלים או הנחיות ספציפיים בנושא זה. בתשובה נאמר, כי מידע זה ניתן על אף עמדתם העקרונית, לפיה אין מדובר במידע, שחוק חופש המידע חל עליו.

• העתק פניית העותרת מיום 1.12.11 מצ"ב ומסומן ע/3. העתק תשובת משרד הביטחון מיום 23.4.12 מצ"ב ומסומן ע/4.

הטיעון המשפטי

9. סירוב המשיב למסור את המידע פוגע מעבר לנדרש בזכות הציבור לדעת ובזכות לחופש מידע – זכויות בעלות מעמד חוקתי. הוא נוגד את הוראות חוק חופש המידע, ומשקף איזון בלתי סביר בין הזכויות והאינטרסים העומדים על הפרק. נוסף על כך, קיום האזנות סתר ביטחוניות תחת מעטה כה כבד של חשאיות – המונע מהציבור אף לקבל מידע בסיסי אודות היקף התופעה ואופן הפעלת הסמכות – פוגע שלא כדין גם בזכויות החוקתיות לכבוד ולפרטיות.

זכות הציבור לדעת והזכות לחופש מידע

10. הזכות לחופש המידע היא זכות חוקתית, הנגזרת מזכות הציבור לדעת והקשורה קשר הדוק לחופש הביטוי. "היא נוגעת לעצם קיומו של המשטר הדמוקרטי, היא מזינה את חירות הביטוי וניזונה ממנה, והיא משקפת את התפיסה המשפטית שלפיה הרשות כנאמן הציבור מחויבת לדאוג לציבור ולא לעצמה במילוי תפקידה" (עע"מ 9738/04 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217, 233 (2006) (להלן, "עניין המועצה להשכלה גבוהה"). היא חיונית להגשמת התכליות העומדות ביסוד חופש הביטוי: לקיום שוק רעיונות יעיל, לגילוי האמת, להגשמה העצמית של האזרח, ולקיום המשטר הדמוקרטי (עע"מ 6013/04 משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60, 75-76 (2006) 11 (להלן, "עניין משרד התחבורה")).

11. עוד טרם חקיקת חוק חופש המידע, קיבלו זכות הציבור לדעת ועקרון חופש המידע הכרה נרחבת בפסיקת בית המשפט העליון, כזכויות בסיסיות, הנגזרות בין השאר מחופש הביטוי, והעומדות ביסוד המשטר הדמוקרטי. משום כך אף נקבע, כי חוק חופש המידע אינו מהווה יוצר הסדר שלילי.

ראו: בג"ץ 5771/93 ציטרין ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מח(1) 661, 672-674 (1993); בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 365 (1993); בג"ץ 258/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, פס' 1 לחוות דעתה של השופטת פורקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2007). (להלן, "עניין גלאון"); עע"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 472, 456 (2003).

12. פשיטא, שללא גישה זמינה וחופשית למידע השלטוני, אין האזרח יכול לממש את זכותו הדמוקרטית ליטול חלק פעיל בשיח הציבורי ולגבש עמדות מבוססות בנושאים, הנמצאים על סדר היום (עניין גלאון, פס' 1 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

13. כאשר רשות פועלת בחשאי, תחת מעטה של סודיות, גוברת הסכנה לקבלת החלטות שגויות ולהתנהלות לקויה, הפוגעת בזכויות אדם. "שלטון ראוי פועל לאור השמש, בגלוי, וכך חושף הוא עצמו לביקורת מתמדת וממילא אף לתיקון דרכי פעולה מעוותות" (רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 516 (1994)). בהעדר מידע, לא ניתן להבטיח כי רשות תפעל בסבירות, במידתיות, ללא משוא פנים, בשוויון, וכי תפעיל את שיקול דעתה בדרך נאותה. "הצנעה וחיפוי של מידע כזה מטשטשים ומעמעמים את החריגות מהנורמה הציבורית, ומונעים את היכולת לחשפן ולהפיק לקחים מהטעון תיקון" (עניין גלאון, פס' 1 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

14. מכל הטעמים האמורים לעיל, ועל אף שאינה מוזכרת מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - הזכות לחופש מידע מוזכרת כזכות בעלת מעמד חוקתי.

ראו: עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים, פס' 52 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.9.2008); עע"מ 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פס' 74 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.11.2008).

15. שלילת זכות הציבור לקבל פרטים מינימאליים על מדיניות והיקף האזנות הסתר הביטחוניות אינה פוגעת רק בעקרון חופש המידע ובזכות הציבור לדעת. היא גוררת גם פגיעה באותן זכויות יסוד, הנפגעות כתוצאה מהאזנות הסתר עצמן – ובכלל זה הזכויות החוקתיות לכבוד ולפרטיות. זכותו של אדם להיות חופשי מהאזנת סתר מעוגנת היום מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7(ד) לחוק היסוד: "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו"). מבלי להידרש לשאלה אם סעיף 4(א) עומד בסטנדרט החוקתי המהותי, ברי כי אם אנו לוקחים ברצינות את ההנחה, כי פומביות וביקורת ציבורית הן תנאי הכרחי להתנהלות שלטונית תקינה – אזי בהעדרם אין להניח, כי הסמכות מופעלת בסבירות, במידתיות ובהתאם לעקרונות חוקתיים. כך גם מלמד ניסיון החיים. במובן זה, סירוב המשיב לספק את המידע נשוא עתירה זו מביא לפגיעה מעבר לנדרש גם בזכויות החוקתיות לכבוד ולפרטיות – וגם מסיבה זו דינו להיפסל.

16. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור העובדה, כי מדובר בסמכות, המופעלת כאמור **ללא כל ביקורת שיפוטית ומבלי שאיש מהציבור יודע על כך דבר**. בכך – ולא רק בכך – שונה ענייננו באופן מהותי מהעניין שנדון בבג"ץ 2662/90 התנועה לחופש המידע נ' משרד ראש הממשלה (פורסם בנוב, 4.1.2011), שם דחה בית המשפט עתירה לקבלת נתונים על מניעות מפגש עם עורכי דין. בית המשפט טרח לציין שם, כי "אין זה נכון שנושא מניעת מפגש בין עורך דין לבין עצור אינו מבוקר. הדין מחייב שהעניין הפרטני ייבדק תוך זמן קצר על ידי בית המשפט במסלול שנקבע על פי דין" (פיסקה 4 לפסק הדין). קיומה של ביקורת שיפוטית פרטנית, בה נדונים בין השאר התנאים והעילות להטלת מניעת מפגש – וחשוב לא פחות, עצם העובדה שהעצור עצמו, כמו גם עורך דינו, מודעים להפעלת הסמכות - יש בהם כדי לאפשר לציבור לקבל תמונה לגבי היקף התופעה ואופן הפעלת הסמכות, גם בהעדר נתונים מדוייקים. רציונאל זה חל מקל וחומר על המידע המבוקש בענייננו, שבשונה מהמידע נשוא פסק הדין האמור, כפוף להוראות חוק חופש המידע.

17. על חשיבות הביקורת הציבורית על האזנות סתר, ניתן להיווכח בין השאר מהדו"חות והמסקנות הרבים, שפורסמו לאורך השנים בנושא – תמיד בהתייחס להאזנות סתר פליליות בלבד. דו"ח מבקר המדינה משנת 2003 (דו"ח מבקר המדינה 354 239-304 (2004)), מסקנות ועדת החקירה הפרלמנטרית משנת 2009 (ראו סיכום דיוני ועדת החקירה הפרלמנטרית לחקר האזנות הסתר בראשות ח"כ מנחם בן-ששון (26.1.2009)), חוות דעת מבקר המדינה משנת 2010 בעניין האזנות סתר בחקירות פליליות – כל אלה ואחרים העלו ליקויים וקשיים ממשיים בהפעלת הסמכות והצביעו על שינויים הנדרשים על מנת למנוע פגיעה בלתי מידתית בזכויות חוקתיות.

במקביל, מדי מספר שנים מתפרסמים באמצעי התקשורת נתונים על האזנות סתר פליליות, ופרסומים אלה מעוררים דיון ציבורי בנוגע לאפקטיביות הביקורת על בקשות המשטרה. אם כך לגבי האזנות סתר פליליות – הנתונות כאמור לביקורת שיפוטית פרטנית, והמצויות "על הרדאר" הציבורי – על אחת כמה וכמה יש להניח, כי גם בתחום של האזנות סתר ביטחוניות

קיים צורך בביקורת ובדיון ציבוריים, וכי בלעדיהם אין להניח כי הזכויות החוקתיות לפרטיות ולכבוד מוגנות די הצורך.

פרסום הנהלים והקריטריונים המנחים

18. במסגרת עתירה זו מתבקש, לצד פרסום נתונים על היקף השימוש בהאזנות סתר ביטחוניות, גם פרסום הנהלים, ההנחיות והקריטריונים, המשמשים את המשיב בבואו לשקול מתן היתרים אלה.

19. עוד טרם חקיקת חוק חופש המידע עמד בית המשפט העליון על החובה להביא לידיעת המעוניינים הנחיות מינהליות, שיש בהן כדי להשליך על זכויות ואינטרסים של הפרט (בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 (1992)). בית המשפט הדגיש שם, כי כאשר מדובר בהנחיות, "שיש בהן כדי לאצול על זכויות הפרט" (שם, עמ' 513), חובה זו "נדרשת מתוך מהותה של המאטריה וכנגזרת מעקרון שילטון החוק" (עמ' 514-515). ובהמשך: "הסתרת ההנחיות מהאזרח, לבד מכך שהיא נוגדת מושכלות ראשוניים במשטר דמוקרטי – ומוסיפה היא ומאפשרת שרירות בעשייה – אין בה לא סבירות ולא היגיון..." (עמ' 514).

וראו גם: ר' הר-זהב המשפט המנהלי הישראלי (תשנ"ז) 192-193; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 774 (1999): "למותר לומר, כי קריטריונים השוכנים במגירת הפקיד ואינם רואים אור-יום, מזמינים שרירות בעשייה ומישקלם כמישקלה של נוצה מרוטה"; בג"ץ 7139/02 עבאס בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481, 491 (2003).

20. היום, חובה זו מעוגנת גם בסעיף 6(א) לחוק חופש המידע, הקובע כי:

"רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור".

21. פרסום נהלי המשיב, והקריטריונים העקרוניים המנחים אותו, חשוב במיוחד במקרה דנן. זאת, לאור חשיבות זכויות היסוד העומדות על הפרק והעובדה, כי ההיתרים אינם כפופים לביקורת שיפוטית כלשהי. כך, למשל, לציבור הזכות המובהקת לדעת, מהן העילות המשמשות המשיב בהפעלת סמכות זו; **כיצד הוא מפרש** את התנאי הקבוע בסעיף 4(א), לפיו הדבר "דרוש מטעמים ביטחון המדינה"; **כיצד הוא מנחה עצמו** בבואו לאזן בין טעמי הביטחון ובין "מידת הפגיעה בפרטיות"; **כיצד הוא מנחה עצמו** ביישום ההנחיות שבסעיף 4(ב) לחוק; ואלו הוראות נקבעו על ידו לעניין הטיפול בתוצרי ההאזנה.

הדעת אינה סובלת, כי מדיניות המשיב ביחס לשאלות קונסטיטוציוניות מובהקות מעין אלה תיוותר עלומה וחסויה בצורה מוחלטת. ודוק: אף אם ייקבע, שחלקים מנהלים / הנחיות/ קריטריונים אלה אכן אינם יכולים להתפרסם מטעמים ביטחוניים, בוודאי שאין בכך כדי להצדיק הטלת חיסיון גורף על מדיניות המשיב בכללותה (ראו סעיף 11 לחוק חופש המידע).

22. תשובת המשיב נסמכה על סעיפים 9(א)(1) ו-9(א)(4) לחוק חופש המידע. בתשובה לא ניתן הסבר קונקרטי לחשש מפני פגיעה בביטחון המדינה כתוצאה מפרסום המידע, מלבד האמירה הכללית, שיש בו כדי לחשוף "מידע מסווג, משימות, יכולות, דרכי פעולה חשאיות, כשירות מבצעית, אמצעים מסווגים ומקורות מידע, האסורים בפרסום מכוח סעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ומכוח תקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והיתר לפרסום מידע האסור לפרסום), התשס"ד-2004 (תקנה 3) – 'פרטים שיש בהם כדי לחשוף משימות, יכולות, דרכי פעולה ותכניות פעולה חשאיות, כשירות מבצעית ואמצעים מסווגים של יחידות השירות)".

23. אלא שעל פי פסיקת בית המשפט העליון, גם כאשר בענייני ביטחון עסקינן, "הכלל הוא... פומביות וגילוי. החרג לכלל הוא – חיסיון וסודיות. מאחר שהחריג לכלל מהווה הגבלה על נורמה חוקתית, החלתו באופן הפוגע בנורמה מותנית בתנאים מוקדמים שעיקרם תכלית ראויה ומידתיות" (עניין גלאון, פס' 3 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

24. לאור מעמדן העילאי של זכות הציבור לדעת והזכות לחופש מידע, יש לפרש בצמצום כל הוראת חוק, הבאה להגבילן, בהתאם לעקרונות פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת במיוחד, עת מדובר במידע הנוגע למדיניות, הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם – כגון המדיניות נשואת עתירה זו. בכלל זה יש לפרש בצמצום את סעיף 19 לחוק השב"כ וסעיף 9 לחוק חופש המידע (השוו: עניין גלאון, שס). כמובהר בספרו של ז' סגל:

"ברור שחופש הביטוי וחופש המידע הינן זכויות בעלות אופי חוקתי. אופי זה מתחזק מהכרת חקיקת היסוד ב"כבוד האדם" וב"חירותו" (...). הכרה בחופש הביטוי ובחופש המידע כחלק מ"כבוד האדם" ו"חירותו", וזאת לחיזוק האופי החוקתי המיוחד של זכויות אלה (...). אמורה להשפיע על חיזוק משקלה של הזכות למידע במשפט הישראלי בעת פרשנות חקיקה נוגדת-מידע. **פרשנות ראויה להוראת חוק מגבילת-מידע היא זו שלפיה ייסוג חופש המידע רק נוכח סכנה ברורה ומוחשית לפגיעה קשה, רצינית וחמורה באינטרס אחר בעל עוצמה, בנסיבות יוצאות דופן של מקרה מסוים**" (ז' סגל, הזכות לדעת באור חוק חופש המידע (תש"ס) 115. ההדגשה אינה במקור).

25. כמודגש בעניין גלאון, גם כאשר מדובר במידע, הנוגע לענייני ביטחון מובהקים, יש לבחון כל פרט מידע באופן מדוקדק, כדי לבדוק אם אכן קיימים טעמים ביטחוניים הכרחיים, המונעים את פרסום המידע. הדברים, אשר נאמרו שם יפים לענייננו:

"נוכח חשיבותו של עקרון פומביות הדיון, לא ניתן להסתפק בהערכה כוללת וגורפת של הסיכון לביטחון הציבור נשענת על טיבן הכללי של הסוגיות הנדונות. בהקשר זה, נדרשת בדיקה קונקרטית ופרטנית של נסיבות העניין על מנת להכריע האם מתקיימת הצדקה לסטייה מהכלל בדבר פומביות הדיון (עניין גלאון, פס' 8 לפסק הדין).

26. נוסחת האיזון הראויה בהקשר זה היא מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה באינטרס ביטחוני. זאת, בין השאר, לאור הקשר ההדוק בין הזכות לחופש מידע ולזכות

27. בפסק דין שניתן לאחרונה – בעתירה לפרסום חוות דעת מבקר המדינה בנושא הפיקוח על עבודות הווקף בהר הבית – קבע בית המשפט העליון, כי מבחן הוודאות הקרובה הוא המבחן הראוי לאיזון בין הזכות לחופש המידע לבין שיקולי חוץ וביטחון:

"מבחן ה'וודאות הקרובה' יפה אף לעניין שלפנינו. לטעמי, מן הראוי להחיל מבחן זה לאור החיוניות של הזכות למידע לתקינות ההליך הדמוקרטי והקשר ההדוק שבינה לבין חופש הביטוי. אם לא די בכך, הרי שנוסחת איזון זו בוודאי שהינה ראויה לאור המעמד החוקתי של עקרון הפרסום של דוחות וחוות דעת של מבקר המדינה [ראו והשוו: בג"ץ 2007/11 שני נ' המשרד להגנת הסביבה ... (בו נקבע לעניין סעיף 9(א) לחוק חופש המידע מבחן 'החשש' לפגיעה בביטחון המדינה וביחסי החוץ שלה]. ראו גם: בג"ץ 258/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת ארועי המערכה בלבנון 2006 פסקה 8...8" (בג"צ 3989/11 תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל נ' ועדת הכנסת לביקורת המדינה, פס' 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.12.2012).

28. קשה לראות, כיצד פרסום נתונים כלליים אודות היקף השימוש בסמכות, והקריטריונים העקרוניים המנחים את השר בהקשר זה, ימלא אחר מבחן זה. בוודאי שאין בעצם העובדה, כי מדובר במידע הנוגע לפעילות השב"כ כדי להצדיק סירוב למסור את המידע בהתאם לעילה הקבועה בסעיף 9(א)(1) לחוק. המשיב למעשה לא הצביע בתשובתו על כל נימוק ביטחוני קונקרטי, העשוי להצדיק את סירובו לפרסם את המידע. בנסיבות אלה, סירוב המשיב אינו עומד במבחן המידתיות ואינו משרת תכלית ראויה. כן הוא אף אינו עומד בחובת ההנמקה הקבועה בסעיף 7(ו) לחוק חופש המידע (ראו: עניין המועצה להשכלה גבוהה, עמ' 250: הרשות "אינה רשאית להסתפק בסירוב לקוני לבקשה למסירת מידע ועליה לפרט את הטעמים לכך, על מנת לאפשר למבקש המידע לעמוד על טעמים אלה ולשקול את מהלכיו. פירוט הטעמים לסירוב מאפשר גם לבית המשפט לעמוד על השיקולים ששקלה הרשות ועל האיזון הפנימי שערכה ביניהם, בהעבירו את ההחלטה תחת שבט ביקורתו").

29. מטעמים אלה, אין בחריג הביטחוני שבסעיף 9(א)(1) לחוק כדי להצדיק את סירוב המשיב לספק את המידע נשוא עתירה זו.

30. זאת ועוד – על פי סעיף 17(ד) לחוק חופש המידע, "על אף הוראות סעיף 9, רשאי בית המשפט להורות על מתן מידע מבוקש, כולו או חלקו ובתנאים שיקבע, אם לדעתו העניין הציבורי בגילוי המידע, עדיף וגובר על הטעם לדחיית הבקשה, ובלבד שגילוי המידע אינו אסור על פי דין". המקרה דנן הוא מקרה מובהק בו העניין הציבורי בגילוי המידע עדיף על החשש הביטחוני הכללי מפרסומו. טענת המשיב בתשובתו, לפיה "קיימת בקרה מספקת על מתן ההיתרים ואין הכרח לאפשר נגישות ציבורית לחומר על מנת לקיים בקרה זו" מעידה על כך שלא העניק משקל ראוי לאינטרס ציבורי מובהק זה – למהות זכות הציבור לדעת, לחשיבות הדיון הציבורי החי והבועט בנושאים חוקתיים רגישים, ולתפקיד המרכזי של הציבור בפיקוח על הרשויות.

31. בעריכת איזון זה יש להתחשב גם במה שפרופ' יצחק זמיר כינה "הסכנה הנשקפת מהאינטרס הביטחוני" – הנטייה הטבעית הקיימת, דווקא בענייני ביטחון, להרחיב את השימוש בסמכויות פוגעניות ולהימנע ממתן משקל מספק לזכויות ולאינטרסים העומדים מנגד. נטייה זו מעצימה עוד יותר את הסכנות הכרוכות בשמירה על חשאיות מיוחלת ביחס למדיניות והיקף השימוש בסמכות הרגישה לבצע האזנות סתר ביטחוניות, ומגבירה את הצורך לאפשר ביקורת ציבורית עליה. כדברי פרופ' זמיר:

"הצורך באיזון בין האינטרסים נובע לא רק מן החשיבות הנודעת לזכויות האדם, אלא גם מן הסכנה הנשקפת מהאינטרס הביטחוני. כידוע, הכוח נוטה להשחית, וכוח מוחלט – כדברי לורד אקטון – משחית לחלוטין. סכנה זאת גדולה בתחום הביטחון יותר מאשר בתחומים אחרים, שכן אין לך תחום שבו קיים ריכוז של עוצמה וסמכות, המתקרב לכוח מוחלט, כמו תחום הביטחון. הסכנה הנובעת מכוח זה גדולה במיוחד בגלל מעטה סודיות סמיך העוטף את הביטחון הלאומי. הציבור, המצפה לשמוע הסבר לצעדים קיצוניים של השלטון, מוכן בדרך-כלל לוותר על ההסבר לצעדים כאלה בתחום הביטחון. הוא מקבל בקלות את הטענה שטובת הציבור מחייבת סודיות בתחום זה. הצירוף של כוח וסודיות, בעיקר כאשר הוא נהנה מאשראי ציבורי, הוא הרה-אסון: הדרך לביטחון לאומי גם כשהיא רצופה כוונת טובות, עלולה להביא לאסון ואף לעריצות." (יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט 17, 21-22 (1989) (ההדגשה אינה במקור)).

32. כן יש להתחשב בכך, שמדובר בעניין, שאין לציבור כל גישה למידע בקשר אליו - וזאת על אף הפגיעה בזכויות חוקתיות, הכרוכה בהפעלת הסמכות.

33. עוד יש לזכור בהקשר זה, כי בעימות בין הזכויות שההגנה עליהן מחייבת גילוי המידע לבין האינטרס שלא לחשוף אותו, מוטל נטל כבד על הרשות להראות, כי הטעם שלא לגלות את המידע עדיף. וברי, כי בכל מקרה אין להטיל חיסיון גורף כאשר ניתן להסתפק באי גילוי חלקי (סעיף 11 לחוק חופש המידע).

סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע – מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין

34. כאמור, עוד טוען המשיב כי מכיוון שיש במידע כדי לחשוף מידע הקשור לפעילות השב"כ – ולנושאים החוסים תחת סעיף 19 לחוק השב"כ ותקנה 2(3) לתקנות השב"כ הנ"ל - מדובר במידע שאין לגלותו על פי כל דין.

35. אלא שטענה זו של המשיב משקפת פרשנות רחבה מנשוא של סעיף 19 ותקנה 2(3). עתירה זו אינה עוסקת במידע, שנאסף בידי השב"כ, אלא במדיניותו של שר – קרי, ראש הממשלה – בהפעלת סמכות ביקורת רגישה שניתנה לו על פי חוק. פרשנות כה מרחיבה של סעיפים אלה נוגדת את העיקרון, לפיו יש לפרש בצמצום הוראות בדין, הפוגעות בזכויות יסוד. חשוב מכך – יש בה כדי להטיל צל פלילי בלתי סביר על דיונים ציבוריים, הנוגעים ללב ליבה של הדמוקרטיה הישראלית. שכן, סעיף 19 ותקנה 2(3) קובעים איסורים פליליים מחמירים, החלים (ברובם) על הציבור בכללותו. מדיניותו העקרונית של ראש הממשלה במתן היתרי האזנות סתר ביטחוניים, נוגעת לשאלות חוקתיות בסיסיות. חזקה על המחוקק, כי בהטלת

איסורים אלה לא כיוון לפריסת יריעה כה רחבה, באופן המונע קיום דיון ציבורי כלשהו בשאלות חשובות אלה. כך היה גם אילו היה מדובר במידע המצוי בידי השב"כ; כך על אחת כמה וכמה עת מדובר כאמור במידע הנוגע למדיניות השר.

36. זאת ועוד. בקשת חופש המידע הופנתה למשרד ראש הממשלה, ועל פי סעיף 19(א)(3) לחוק השב"כ, "ראש הממשלה רשאי להתיר פרסום מידע האסור לפרסום לפי סעיף זה". משמעות הדבר, שגם אם תתקבל הטענה כי מדובר במידע, החוסה תחת סעיף 19 לחוק השב"כ או התקנות שהותקנו על פיו, לראש הממשלה – האחראי על המשיב – הסמכות המפורשת להורות על גילוי. זאת, בהתאם לאותם השיקולים – ואותו האיזון בין זכות הציבור לדעת והאינטרס הביטחוני – שנדונו ברחבה לעיל.

37. כן על פי תקנה 3 לתקנות השב"כ, גם הצנזור כהגדרתו בתקנה 86 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 רשאי להתיר פרסום מידע האסור בפרסום לפי החוק והתקנות. זאת, לאחר התייעצות במידת הצורך עם "הגורם המופקד על הנושא בשירות" ו"בהתאם לנוהל עבודה שנקבע לעניין זה בין השירות לצנזור באישור ועדת השרים". עצם הפקדת סמכות זו בידי הצנזור – גורם אשר מתחם שיקול דעתו הותווה היטב בידי בית המשפט העליון בעניין שניצר – יש בו כדי להעיד על המשקל הנכבד שיש להעניק לזכות הציבור לדעת גם בהקשר זה.

קיום הדיון בוועדה המשותפת בדלתיים סגורות

38. עוד נטען בתשובת המשיב, כי "הואיל ולפי סעיף 4(ה) לחוק האזנת סתר על הוועדה המשותפת לדון במספר ההיתרים שניתנו **בדלתיים סגורות**, ברי כי המחוקק הביע בכך את דעתו כי הנתון אודות מספר ההיתרי האזנות הסתר מכוח חוק האזנת סתר צריך להיוותר חסוי."

39. אין לטענה זו על מה לסמוך. סגירת הדלתיים נועדה לאפשר דיון חופשי בנושא העומד על הפרק, מבלי שהמשתתפים יידרשו לצנזר את עצמם במהלכו; הוא לא נועד לחייב הטלת חיסיון גורף ומוחלט על כל המידע המוצג בו (על ההבחנה הברורה בין סמכותה של רשות להורות על דיון בדלתיים סגורות, ובין חובתה לבחון, לגופו, פרסומו של מידע הנוגע לעניין – וזאת בעניינים ביטחוניים רגישים מנשוא, ראו את פשרת גלאון הנ"ל).

לסיום

40. האזנת סתר היא "התערבות חריפה בזכותו של אדם להיות עם עצמו. היא מהווה חדירה קשה לפרטיותו של האדם. היא שוללת מהאדם את מנוחת נפשו, את בטחונו בחופש רצונו. היא הופכת את מבצרו לכלא" ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995). הפגיעה בזכויות חוקתיות הכרוכה בה מחייבת גילוי מירבי של מדיניות והיקף השימוש בסמכות – וזאת מכל הטעמים המופרטים לעיל. לא ניתן ליישב בין הזהירות הרבה, עליה אנו עומדים ביחס להאזנות סתר פליליות, ובין מצב בו ההאזנות הביטחוניות נותרות עלומות לחלוטין.

מהטעמים המפורטים לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה ולהורות למשיב כמפורט
בראשית עתירה זו.

היום, 3.9.2013

A handwritten signature in black ink, appearing to be the Hebrew letter 'א' (Aleph) with a stylized flourish.

לילה מרגלית, עו"ד
ב"כ העותרת