

העותרות: 1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד גדיר ניקולא וגיל גן-מור ו/או דן יקיר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או דבי גילד-חיו ו/או עביר ג'ובראן ו/או
משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או אן סוצ'יו ו/או רוני פלי ו/או
רעות שאער

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 51070 נצרת 16072
טל': 04-8526333 ; פקס': 04-8526331
נייד : 050-8615142 ; דוא"ל : gadeer@acri.org.il

- נ ג ד -

המשיב: שירות הביטחון הכללי
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע ממשלוח מסרונים שמטרתם להעביר מסר מרסן לאזרחי ולתושבי המדינה (להלן – מסרונים הרתעה).

ואלה נימוקי העתירה:

התשתית העובדתית

1. ביום 10.5.2021, בתקופה המתוחה סביב אירועי יום ירושלים וערב מבצע "שומר חומות", קיבלו עשרות אזרחים ותושבים ערבים דרך הטלפונים הניידים מסרונים בשפה הערבית החתומים בידי השב"כ, ובהם המסר המאיים הבא: "זוהית כמי שהשתתף במעשי אלימות במסגד אל-אקצא. נבוא איתך חשבון".



2. מסרוניים אלה, כפי שלמדו העותרות, כמו גם לפי פרסומים בתקשורת וברשתות החברתיות, נשלחו בהיקפים נרחבים מאוד לתושבים ולאזרחים ערבים שאוכנו באותם ימים באזור מסגד אל-אקצא, אך היו גם כאלו שקיבלו את המסרוניים מבלי שנכחו כלל במקום.

מצ"ב ידיעה בנושא שהתפרסמה באתר YNET בתאריך 11.5.2021, **כנספח ע/1**

3. לקראת הגשתה של עתירה זו ביקשו העותרות להביא בפני בית המשפט הנכבד עדויות בגוף ראשון מאנשים אשר קיבלו את המסרון, אך איש מבין האנשים שעמם נוצר קשר לא היה מוכן להזדהות בשל החשש להתעמת עם גוף כמו השב"כ, ואף לא לתת תצהיר שהפרטים בו שמורים אצל ב"כ העותרות, וזאת מחשש להשלכות שיכולות להיות למתן תצהיר כזה עליו או על בני משפחתו. ארבעה ממקבלי המסרוניים מסרו לעובד השטח של העותרת 1 כי הם מסכימים לשתף בתחושותיהם מקבלת המסרון ובלבד שזה ייעשה בעילום שם. סיכום הדברים מובא בתצהיר המצורף לעתירה.

4. ארבעת האזרחים הם גברים מאזור הגליל והמשולש אשר נכחו במסגד אל-אקצא במאי 2021 לצורך תפילה. כולם מסרו כי לא נטלו חלק לא בהפגנה ואף לא באירוע שעלול להיחשב כהפרת הסדר הציבורי או כלא חוקי. המסרון שקיבלו ארבעתם היה זהה בנוסחו והתקבל בטלפונים הניידים שלהם לאחר שכבר חזרו לבתיהם מהתפילה במסגד אל-אקצא.

5. ארבעתם הדגישו את תחושות הפחד והחשש שהרגישו בעקבות אותו מסרון מכך שהם למעשה נמצאים במעקב ותחת עינו הפקוחה של לא אחר מאשר השב"כ. הם הדגישו את הבלבול וחוסר האונים שהרגישו לאחר קבלת אותו מסרון, וציינו כי היו רגעים שחשבו שבכלל מדובר במתיחה, שכן מלבד התפילה במסגד אל-אקצא הם לא עשו דבר, בוודאי שלא מעשה בלתי חוקי.

6. ארבעתם ציינו את תחושת ההשפלה שהרגישו מהנוסח המאיים של המסרון, ואשר משקף בעיניהם את יחס הרשויות אליהם – כאל אויבים.

7. אחד ממקבלי המסרון העיד כי במשך תקופה הוא חשש כי הוא עלול להיעצר בקרוב, וכי היה בטוח שלכל הפחות יוזמן לחקירה. הוא הסביר שהוא חשש במיוחד מהתרחשות שכזו מפני שהיה נשוי טרי, וחשש מהאופן שבו משפחתו כלתו עלולה הייתה להגיב לאירוע שכזה. הוא הסביר את חוסר האונים שהרגיש באותה תקופה כדבר מעיק מאוד, ולדבריו "אתה פשוט יושב ומחכה, אין לך בכלל מה לעשות עם המסרון הזה, אין עם מי לברר ולמי להסביר כי טעו בכתובת".

8. ארבעת מקבלי המסרון מסרו שהם לא נעצרו או הוזמנו לחקירה בעקבות אותו מסרון או בהקשר לכל אירוע אחר במהלך מאי 2021.

9. שלושה מארבעת מקבלי המסרוניים שהיו מוכנים לתת עדות בעילום שם ציינו כי נמנעו במשך תקופה ארוכה מלהתפלל במסגד אל-אקצא, וכי הם חשו שהם תחת מעקב של השב"כ. רק אחד מהארבעה ענה כי המסרון לא מנע ולא ימנע ממנו להתפלל או להשתתף בהפגנה.

10. בעקבות משלוח המסרוניים פנתה העותרת 1 ביום 12.5.2021 אל היועץ המשפטי לממשלה דאז, ד"ר אביחי מנדלבליט, ודרשה כי יורה לשב"כ לחדול לאלתר ממשלוח מסרוניים מעין

אלה ולנקוט בצעדים המתאימים נגד מי שיזם או אישר פעולה זו. בפנייתה הבהירה העותרת כי שליחת המסרונים מהווה חריגה חמורה מסמכויות השב"כ לפי חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: **חוק השב"כ**).

11. עוד נכתב בפנייה, כי שליחת הודעות טקסט על מנת ליידע את מקבלן שהוא תחת מעקב, שמישהו צופה בו, לאיים עליו או להרתיע אותו היא פעולה בלתי חוקית באופן מובהק, שיש בה כדי לפגוע פגיעה קשה בזכויות חוקתיות של מקבל ההודעות, והיא טומנת בחובה אפקט מצנן מובהק על מימוש זכויות חוקתיות, ובכללן חופש הביטוי, חופש הפולחן והזכות לפרטיות ולצנעת הפרט. העותרת 2 פנתה אף היא באותו נושא באותו יום.

מצ"ב פניית העותרת 1 מיום 12.5.2021, כנספח ע/2

מצ"ב פניית העותרת 2 מיום 12.5.2021, כנספח ע/3

12. ביום 1.2.2022 התקבלה תשובת המשנים ליועץ המשפטי לממשלה, ד"ר גיל לימון וגב' עמית מררי, לשתי הפניות, לה צורפה גם התייחסות יועמ"ש מרחב ירושלים ואיו"ש של השב"כ. **במענה ניתן אישור לכך שאכן המסרונים נשלחו על ידי השב"כ במועד האמור.** נמסר כי פעולת שליחת המסרונים לא הייתה מוכרת למשרד היועץ המשפטי לממשלה בטרם הפרסום בתקשורת, וכי תכליתה היסודית של הפעולה, לפי התייחסות השב"כ, הייתה "העברת מסר מרסן גרידא, וזאת לצורך סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בהתאם לייעודו ולתפקידיו של השירות לפי חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002". לעמדת המשנים ליועץ המשפטי לממשלה, שליחת המסרונים נעשתה בסמכות והיא מבוססת על תפקידי השב"כ לפי סעיף 7 לחוק השב"כ ונשענת על סמכויותיו לפי החוק, ובפרט סעיף 8 לחוק.

13. יחד עם זאת, נמסר בתשובה הנ"ל כי בשל תקלה "נשלחו מסרונים גם לגורמים שלא התקיימה בעניינם התשתית העובדתית הנדרשת לצורך ביצוע פעולה מסוג זה", כמו כן, צוין שנוסח ההודעה שנשלחה היה בלתי הולם ומבלי שעבר את הבקרה הנדרשת.

14. הודגש, כי בשב"כ הופקו לקחים וגובשו הנחיות אשר מטרתן למנוע הישנות תקלות מעין אלו, וכי משלוח המסרונים על ידי השב"כ "חייב להסתמך על תשתית עובדתית מתאימה, קרי – כזו המבססת, למצער, חשש ממשי מפני פעולה בלתי-חוקית שעתידה להתרחש ושיש צורך למנועה, וזאת תוך איזון בין התכלית הביטחונית העומדת ביסוד הפעלת הסמכות לבין הפגיעה הכרוכה בכך בזכויות, ותוך שהמסרון מנוסח באופן הולם ומבוקר."

15. לסיכום נדחתה דרישת העותרות למנוע מהמשיב משלוח מסרונים הרתעה לאזרחים ולתושבים בשל היותו מעשה הנעשה בחוסר סמכות. לגישת המשיב תפקידו וסמכויותיו המנויים בסעיפים 7 ו-8 לחוק השב"כ מתירים לו לפעול כאמור.

מצ"ב תשובת המשנים ליועץ המשפטי לממשלה מיום 1.2.2022, כנספח ע/4

הטיעון המשפטי

16. לשב"כ הוענקו סמכויות נרחבות ומרחיקות לכת על מנת לממש את ייעודו כארגון המפקד על שמירת ביטחון המדינה וסדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומים חמורים כגון טרור וריגול. השב"כ הוסמך לפעול בכלים קיצוניים, בחשאיות ורחוק מעינו המפקחת של הציבור. מציאות זו, והסכנה הרבה הטמונה לפגיעה בזכויות חוקתיות של הפרט, מחייבות כי תינתן פרשנות דווקנית וזהירה לתפקידי ולסמכויות השב"כ אשר נגזרת מהתכלית הביטחונית.

17. משלוח מסרוני הרתעה אינו כלי לגיטימי בארסנל הכלים הנרחב של השב"כ, וזאת משני טעמים מרכזיים: ראשית – חוק השב"כ אינו מסמיך את השב"כ לבצע משלוח של מסרונים מרתיעים, ושליחתם נעשית בחוסר סמכות. שנית – גם אם השב"כ סבר בטעות כי משלוח המסרונים המרתיעים הוא חלק מסמכויות הסיכול שבידו – מדובר באמצעי הפוגע פגיעה לא מידתית בזכויות אדם.

חריגה בוטה מסמכות

18. חוק השב"כ הוא דבר החקיקה המרכזי המסדיר וקובע את ייעודו, תפקידו וסמכויותיו של השב"כ, כפי שגם מורה סעיף 2 לחוק זה: "מדינת ישראל תקיים שירות ביטחון כללי שייעודו, תפקידו וסמכויותיו ייקבעו בחוק".

19. על הרקע לחקיקת חוק השב"כ והחשיבות בנקיטת גישה זהירה בפרשנות תפקידו וסמכויותיו של השב"כ, ניתן ללמוד מדבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ 5277/13 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הביטחון הכללי** (מיום 7.2.2017), שעסק בזימון אזרחים לשיחות עם חוקרי השב"כ (להלן: ענין שיחות אזהרה).

"חוק השב"כ, אשר נחקק בשנת 2002, בא "למלא את החסר במשפט הישראלי בכל הנוגע למבנהו, ייעודו, תפקידו וסמכויותיו של שירות הביטחון הכללי, כמו גם הפיקוח עליו". עובר לחקיקת החוק, מצוי היה הבסיס לעבודת שירות הביטחון הכללי בהחלטות ממשלה מכוח סמכויות הממשל הכלליות, הנתונות לה בהתאם לסעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה. חוק השב"כ נחקק על רקע התערעורת המעמד המיוחד של מערכת הביטחון והשב"כ בפרט, בין היתר בעקבות פרשת קו 300 ופרשת נפסו... וחקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.. כפי שציינתי בעבר, "ניתן לסכם את הגישה לשיקולי ביטחון כיום בביטוי – 'כבדהו בזהירות' (שם, בפסקה כה)

20. ייעודו של השירות כפי שנקבע בסעיף 7(א) לחוק הוא "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."

21. במסגרת סעיף 7(ב) לחוק נקבעו תפקידי השב"כ למימוש ייעודו הנ"ל. הרלוונטי לענייננו ואליו מפנה המשיב בתשובתו מיום 1.2.2022 (נספח ע/3), הוא סעיף 7(ב)1 לחוק השב"כ, הקובע כי

אחד מתפקידיו של השב"כ הוא "סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו".

22. סעיפים 8 עד 11 לחוק מעניקים לשב"כ **סמכויות מפורשות** לשם מימוש ייעודיו. הסמכויות שהופקדו בידי השב"כ הן נרחבות ביותר, וכוללות סמכויות לקבלה ולאיסוף של מידע; העברת מידע לגופים אחרים; חקירת חשודים בקשר לביצוע עבירות או למניעת עבירות, כניסה לחצרים, סמכויות שיטור מכוח חוקים שונים, סמכויות חיפוש לרבות סמכויות לחיפוש סמוי, וסמכות לקבל ולעבד נתוני תקשורת.

23. הסמכות בסעיף 11 לחוק השב"כ לקבל נתוני תקשורת ולאגור אותם במאגר, כמו גם לעבד מהם מידע, מאפשרת לשב"כ בקלות רבה לאכן את מיקומם של כל האנשים במקום מסוים, בזמן מסוים. לשב"כ יש גם נתוני מנוי רבים, שגם אותם הוא מקבל באופן רציף מחברות התקשורת, וכן גישה למאגרים נוספים, אשר מאפשרים לו להסיק מי מהשוהים במקום מסוים בזמן מסוים הם יהודים ומי ערבים. יש להניח שכך השיג השב"כ את רשימת היעדים למשלוח המסרונים ביום 10.5.2021, רשימה שהתבררה בדיעבד כרחבה ורצופה בטעויות זיהוי, כפי שהודו בשב"כ במענה לפניית העותרות (על הפגמים הקשים בסעיף 11 לחוק השב"כ ובתכנית המעקבים שגובשה מכוחו הגישה העותרת 1 עתירה נפרדת לבית המשפט הנכבד (בג"ץ 3659/22 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ראש שירות הביטחון הכללי**) (תלויה ועומדת)).

24. גם אם לשב"כ סמכות לאסוף מודיעין על מי שהיו במיקום מסוים בזמן מסוים לצורכי סיכול, **משלוח מסרונים הרתעה ואיום לאזרחים ולתושבים אינו נכלל בארגז הכלים של המשיב**. השב"כ הינו גוף אכיפה ציבורי והוא לא הוסמך להטריד אזרחים במסרונים, להלך עליהם אימים ולהפחידם. ככל שיש לשב"כ מידע מודיעיני שאדם מעורב בביצוע עבירה או עומד לבצע עבירה, ברמת הוודאות הנדרשת, יש לעובדי השירות סמכויות עצומות לפעול במגוון הכלים הקיימים בחוק, אך לא מעבר להם.

25. דיון דומה בשאלת הסמכות לנקוט באמצעי מסוים נעשה בעניין פרקטיקה אחרת, שבעניינה הגישה העותרת 1 בעבר עתירה לבג"ץ – זימון פעילים פוליטיים ל"שיחות אזהרה" כאשר אין עילה לזמנם לחקירה. באותו עניין טען השב"כ כי הזימון לשיחות לא נעשה במטרה להפחיד או להרתיע את הפעילים הפוליטיים מלקחת חלק בפעילות כלשהי, כי מדובר בתחקורים הנעשים במסגרת סמכות המשיב ל"איסוף מידע" לפי סעיף 8(א) לחוק השב"כ, וכי הדברים נעשים עת מדובר בפעילות חתרנית המנויה ביעדי השירות. בית המשפט הנכבד אישר באותו ענין את זימון הפעילים לתחקורים תוך הטלת מגבלות ברורות, ואלו הן:

א. הזמנת אדם לתחקור שבבסיסו פעולת חתרנות שלא נלווים לה טרור וריגול תיעשה אך לאחר היועצות עם הייעוץ המשפטי של השב"כ, אשר יתן דעתו היטב לפגיעה הפוטנציאלית בזכויות המתחקר ולאיוזנה של הפגיעה במקרה הקונקרטי עם האינטרס הביטחוני.

ב. לאחר שהתקבל אישור הייעוץ המשפטי לעריכת תחקור מעין זה, במעמד זימונו של האדם לתחקור, בין אם על-ידי השב"כ בין באמצעות המשטרה, יובהר למתחקר כי מדובר בתחקור וולונטרי וכי הוא אינו מחויב להתייצב

אליו. בתוך כך, זימון לתחקור לא ייעשה באמצעות טופס המזמין את המתוחקר "חקירה" אלא יובהר בצורה מתאימה כי אין מדובר בחקירה.

ג. עוד יובהר למתוחקר, במעמד התחקור, כי כיון שאינו נחקר באזהרה, לא ניתן יהא לעשות שימוש בתוכן הדברים כנגדו בבית משפט.

ד. כדי לוודא שהנוהל שהתגבש אכן יהא רלבנטי, ונוכח החומר שראינו, דרושה חשיבה נוספת בשב"כ, בשיתוף היועץ המשפטי לארגון והיועץ המשפטי לממשלה, באשר לכריכה בפועל בין חתרנות "טהורה" לבין פעילות חתרנות שיש לה זיקה לפעילות או ליעדי טרור, לפחות בהקשר נשוא ענייננו, היינו השיחות הקודמות לתחקור. בעקבות חשיבה זו יונחו גורמי החקירה על-ידי היועץ המשפטי"

ענין שיחות האזהרה, בפסקה לה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

26. בית המשפט הנכבד מצא כי ניתן לסווג את הזימון לשיחות אזהרה כמימוש של סמכות איסוף המודיעין הקבועה בחוק, אך הטיל מגבלות מהותיות על הפרקטיקה. לעומת זאת משלוח מסרוני הרתעה ואיום לטלפונים הניידים של אזרחים ותושבים אינו יכול להיכנס בגדר סמכותו של המשיב לאיסוף מודיעיני, כפי שנטען בעניין שיחות האזהרה. ממשלוח המסרון לא מתקבל כל מידע חדש.

27. השב"כ טען בתשובתו לעותרות כי שליחת המסרונים הייתה לצורך "העברת מסר מרסן גרידא, וזאת לצורך סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה". כלומר – השב"כ מודה כי המטרה המוצהרת של המסרון היא להלך אימים על אותו אזרח, ולגרום לו לשקול היטב את צעדיו.

28. אלא שהשב"כ מדלג על שאלת הסמכות לפעול באמצעי זה, ומצדיק אותה באמצעות התכלית הכללית של הארגון. דילוג זה אינו כדין. נתחיל ונאמר, שהטענה שבכוחו של מסרון ובו "מסר מרסן" הנשלח לטלפון נייד, לסכל ולמנוע פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה מצד גורמים עוינים היא טענה שדורשת הוכחה. התמודדות עם איומים ביטחוניים רציניים באמצעות מסרונים מרתיעים לטלפונים הניידים נראית כהתמודדות לא אפקטיבית. סביר שהאפקט המרתיע, המרסן והמצנן יפעל דווקא לגבי אותם אזרחים נורמטיביים, שלא מעורבים בפעילות טרור או הפרות סדר, ואיתרע מזלם להיות מאוכזבים במקום מסוים.

29. כך או כך, גם אם היה מוכח שהמסרון מוביל לתוצאה המיוחלת, כלומר – יש בו צורך בסיכול פעילות לא חוקית, הרי שכבר נפסק שצורך אינו מקור סמכות (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999)). השב"כ חייב להראות כי בסמכותו להפעיל את האמצעי שהוא מפעיל, גם אם הוא סבור שהוא יקיים את תכלית הסיכול.

30. בניגוד לעניין שיחות האזהרה, שלגביהן נטען שהאמצעי הוא חלק מסמכות איסוף המודיעין, בענייננו – משלוח המסרונים אינו חלק מארסנל האמצעים שנקבעו בחוק, ואין כל סמכות בחוק לכך.

31. מכאן ששליחת מסרונים לאזרחים ולתושבים, על מנת ליידע אותם שהם תחת מעקב ושמישהו צופה בהם, לאיים עליהם או להרתיע אותם היא פעולה בלתי חוקית באופן מובהק, שנעשית בחריגה חריפה מסמכויותיו של המשיב.
32. ככל רשות מינהלית גם השב"כ כפוף לעקרון חוקיות המינהל. מדובר בעקרון יסוד שמעוגן בפסיקת בית המשפט הנכבד ולפיו "הרשות המינהלית רשאית לפעול רק בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק, והיא אינה מורשית לבצע פעולה שהיא לא הוסמכה במפורש לעשותה (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, פסקה 13, 2010)). "עיקרון חוקיות המינהל אף מגשים תכלית דמוקרטית, שכן הוא מחייב כי החלטות הנוגעות לסמכויות השלטון יהיו מבוססות על חוק שהתקבל ברשות מחוקקת נבחרת" (שם). ההקפדה על עקרון חוקיות המינהל, כפי שקבע בית המשפט הנכבד בפרשת מנאע, מקבלת משנה חשיבות כאשר פעולת הרשות פוגעת בזכויות חוקתיות של הפרט.
33. הקפדה על עקרון החוקיות נדרשת במיוחד כאשר מדובר בארגון ביטחון חשאי, שהפיקוח עליו הוא מצומצם. במקרה שמתואר בראשית העתירה הודו המשנים ליועמ"ש שהשב"כ לא נועץ בהם בטרם נקט באמצעי, והיועץ המשפטי לממשלה לא ידע כלל שהשב"כ נוקט באמצעי כזה.
34. הסמכויות הנרחבות והחריגות שהוענקו בחוק לידי המשיב נועדו לאפשר לו לממש את ייעודו כארגון השומר על ביטחון המדינה ומוסדות וסדרי המשטר הדמוקרטי מפני איומים חמורים כמו טרור וריגול. אך סמכויות מרחיקות לכת אלו, כפי שכבר נאמר, טומנות בחובן סכנה גדולה וממשית לזכויות חוקתיות של אזרחי ותושבי המדינה, מצב המחייב פרשנות דווקנית וזהירה, על מנת לתחום בצורה ברורה את גבולות האסור והמותר בפעילות השב"כ.
35. השב"כ אינו רשאי להעניק פרשנות כראות עיניו לסמכויותיו, ומשנמנע המחוקק מלמנות בחוק את הסמכות לשלוח מסרוני הרתעה לאזרחים ולתושבים אזי אין בידי המשיב סמכות כאמור.
36. לסיכום נציין, כי ככל שקיים מידע קונקרטי על אדם שהוא ביצע או עומד לבצע פעילות בלתי חוקית, הנכנסת תחת אחריותו של השב"כ, הוא מוסמך להפעיל את שלל סמכויותיו החוקיות באופן קונקרטי כלפי אותו אדם, אך בשום אופן אין בסמכות המשיב לשלוח לאזרחים מסרוני הפחדה והרתעה.

פגיעה לא מידתית בזכויות חוקתיות

37. גם אם סבור השב"כ בטעות שיש לו סמכות לשלוח מסרונים מרסנים, כלשונו, במסגרת סמכויות הסיכול שבידיו, הרי שמשלוח מסרונים אלו פסול גם במישור המידתיות.
38. משלוח מסרוני הרתעה לטלפונים הניידים של אזרחים כדי ליידע אותם שהשב"כ עוקב אחריהם הינו מעשה פסול הפוגע קשות בזכויות יסוד חוקתיות של האזרח. ראשית – משלוח מסרון זה פוגע בכבודו של האדם, במובן היסודי של המילה – במובן זה שהוא חש מאוים, מושפל וחסר אונים מול מסרון שאין ביכולתו להתגונן מפניו ובהליך לא הוגן. שנית – מדובר בפגיעה קשה בפרטיותו ובצנעת חייו, אשר מוחצנת באופן המייצר אפקט מצנן שהשפעתו גדולה במיוחד, ובכך נגרמת שורה של פגיעות בחירויות הנמען, ובעיקר בחופש הביטוי והמחאה ובחופש הפולחן. שלישית, משלוח מסרוני הרתעה פוגע גם בשוויון. פגיעה זו אינה

עומדת במבחני פיסקת ההגבלה, שכן היא לא לתכלית ראויה, ואינה עומדת במבחני המידתיות.

הפגיעה בזכויות חוקתיות

39. **הפגיעה בכבוד:** אדם מקבל מסרון. הוא מסתכל וחושכות עיניו. המסרון הוא מהשב"כ, אשר מיידע את אותו אדם שהוא תחת מעקב, שהשב"כ יודע איפה הוא, שהוא "זוהה" כמשתתף בפעילות פסולה כלשהי ושעליו לחדול ממנה, או שיבואו עמו חשבון על כך. האיום מבוסס על איכון טכנולוגי. אין לאדם מקבל המסרון איך להתגונן מפני האמור במסרון. אין לו כתובת לחזור אליה. אין לו בפני מי לשטוח את הסבריו. אולי היה במקום אך לא הפר את החוק, אולי הוא כלל לא היה במקום. אולי את הטלפון הזה העביר זה מכבר למכר אחר. אולי הוא מוכר טובין במקום שבו אוכן. האם זה בכלל משנה לשולח המסרון? המסרון מותיר אותו חסר אונים. אין לו מושג מתי ואיך יבואו עמו חשבון. האם יעצר? מה יגיד למשפחתו? הוא נותר בעלטה.

40. משלוח מסרון הרתעה פוגע בכבוד האדם, במובן הגרעיני של המונח – בכבוד הסגולי. בעניין **איכוני השב"כ** קבעה השופטת דפנה ברק-ארז, כי איכונו של אדם לצורך איתור מגעיו ובידודו בעת מגיפת הקורונה מהווה פגיעה בכבוד האדם:

"השימוש בטכנולוגיה לצורך איתור האנשים שהיו בקרבתו של חולה קורונה מאומת, להבדיל מפנייה אליו בשאלה במסגרת חקירה אפידמיולוגית, מהווה פגיעה גם בכבוד האדם, במובן של הגנה על האוטונומיה שנמצאת בליבתו. השימוש בכלי זה מסיט הצידה את ההתייחסות לחולה הקורונה כאל אישיות עצמאית ומתמקד בנתונים שניתן "לכרות" מהטלפון הנייד שלו. היא מבטאת חוסר אמון באדם עצמו. פנייה ישירה לאדם בבקשה לקבל מידע אישי הנוגע אליו מכבדת את אישיותו ואת תחושת השליטה שלו בחייו, ולמעשה את השליטה עצמה, גם אם תחת צלה של האפשרות להיות נתון בחקירה אפידמיולוגית (בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (מיום 1.3.2021), בפסקה 15 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז).

41. גם כאשר אזרח חשוד בכך שהוא מעורב או עומד להיות מעורב בפעילות לא חוקית, הפנייה אליו באמצעות מסרון מאיים אינה פנייה לגיטימית במדינת חוק. היא מבטאת חוסר אמון באדם עצמו, ומפקיעה ממנו כל שליטה בחייו. היא מחשידה אותו על סמך אינדיקציה טכנולוגית או מידע מודיעיני שהוא אינו יכול להתמודד עמו, שאיש לא מבקש להתעמת איתו ושאינם נמסרים לו בהליך הוגן.

42. בפנייה יש משום איום, שמאפיין דרכי התנהלות שמוכרים מעולמות הפשע. איום עמום, שלא משרטט לאדם בצורה ברורה במה בדיוק הפר את החוק, מתי ואיך. המסרון לא קובע מה עליו לעשות כדי להימנע מהפרת החוק. האם עליו לחדול מלהשתתף בהפגנות? האם עליו לחדול מלהגיע לתפילה בהר הבית? האם להיעלם? המסרון לא כולל פרטים כלשהם.

43. ארגון ביטחוני הפועל לפי חוק אינו יכול לאיים בצורה כזו על אזרחי המדינה או תושביה. זוהי דרך התנהגות משפילה המאפיינת ארגוני פשיעה.

44. **הפגיעה בפרטיות והאפקט המצנן**: איכון מיקומו של אדם ומשלוח מסרון, לפיו השב"כ איכן אותו באותו מקום מבטא פגיעה קשה בפרטיות, שהינה זכות חוקתית המעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפגיעה בפרטיות הינה בשלושה מישורים. המישור הראשון הוא עצם האיסוף הגורף של מידע פרטי רגיש על כלל האזרחים ואגירתו במאגר השב"כ (על כך הגישה העותרת עתירה נפרדת, כאמור). המישור השני הינו עיבוד המידע על מנת לגבש את רשימת הנמענים לקבלת המסרונים. כפי שראינו במשלוח המסרונים במאי 2021 העיבוד כלל כפי הנראה בחינת מיקום וכן בדיקת נתוני מנוי או מאגרי מידע אחרים, וזאת כדי לאפשר משלוח המסרונים רק לערבים ששהו בזמן מסוים באזור הר הבית. המישור השלישי הינה ההחצנה של המעקב על ידי משלוח המסרון המרתיע.

45. עתירה זו לא עוסקת בסמכות של השב"כ לאסוף מידע על האזרחים ובסמכותו לעבד מידע, אלא בסמכותו לשלוח מסרונים מרתיעים על בסיס המידע שנאסף, אולם פרקטיקה זו מעצימה במובהק את הפגיעה בפרטיות שכבר מתרחשת בשלב איסוף המידע ועיבודו.

46. רבות כבר נכתב על האפקט הממשטר והממשמע של הפגיעה בפרטיות כתוצאה ממעקבים (ר' בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל** (מיום 28.5.2012), בפסקה 7 לחוות דעת הנשיאה ביניש). פרופ' מיכאל בירנהק מציין כי "כאשר המדינה עוקבת, והאזרחים יודעים שהמדינה עוקבת, נוצרת תחושת מעקב. לעצם קיומה של התחושה הזו בציבור יש אפקט מצנן. זהו המבט הממשמע שעליו הצביע מישל פוקו, כשניתח את הצעת הפנאופטיקון של ג'רמי בנת'אם – כלא שבנוי כך שהאסירים אינם יודעים אם ומתי הם נצפים על ידי הסוהרים. במצב כזה, האסירים מפנימים את היותם נצפים, וההפנמה הזו, שהיא נרמול של המעקב, הופכת אותם לסוהרים של עצמם. כך, המעקב עלול להביא לפגיעה בחירותם של האזרחים. הם עלולים להימנע מפעולות לגיטימיות וחוקיות רק בשל התחושה שהמדינה עוקבת אחריהם" (מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר – הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" **משפט וממשל** כד 149, 165 (2022)).

47. משלוח מסרונים הרתעה הוא פעולה שכל מטרתה ומהותה היא למשטר, למשמע ולהטיל אפקט מצנן, שלא לומר אפקט מקפיא על אדם, וזה הופך אותה למאוד יעילה, אך גם למאוד פסולה.

48. החצנה ישירה של תוצר המעקב לנעקב, בדמות מסרון המודיע לו כי הוא תחת מעקב, כי המקומות שבהם הוא מבקר ידועים לשב"כ וכיוצ"ב, מייצרת אפקט מצנן מוגבר, העשוי לפתח תחושת רדיפה של ממש, לגרום לאנשים להימנע מקשרים חוקיים ולגיטימיים לחלוטין עם אנשים אחרים, ונלווית לכך "פגיעה תודעתית קשה" (עניין **איכוני השב"כ**, בפסקה 5 לחוות דעת השופטת ברון, ור' גם פסקה 17 לחוות דעת הנשיאה חיות). הפגיעה התודעתית רלוונטית לא רק למקבלי המסרון, אלא לכל חברי הקהילה שלו.

49. **הפגיעה בחופש המחאה ובחופש הפולחן**: האפקט המצנן של מסרונים מרתיעים נוגע באופן ישיר למימוש שורה ארוכה של זכויות יסוד. משלוח המסרונים במאי 2021 כוון ישירות למי שמימשו את זכותם להשתתף באירוע דתי או באירוע מחאה, או שהתכוונו להשתתף בהם.

50. אזרח אשר מקבל מסרון לגבי הימצאותו בזירה של הפגנה, גם אם במהלכה היה אירוע הפרות סדר חמור, עלול להירתע מלהשתתף שוב בהפגנות, בהבינו כי הוא סומן על ידי שירות הביטחון ושהוא תחת מעקב. מדובר במסר אשר יש בו לסכל את מימוש חופש הביטוי, שהוא

אחד הסממנים המובהקים לבחינת אופיו של משטר והאם הוא משטר דמוקרטי. "חירות הביטוי היא 'ציפור נפשה' של הדמוקרטיה – זכות יסוד שהיא גם עקרון-על בכל משטר דמוקרטי" (בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פסקה 11 (2006)). אם מוטל איום על אדם שהימצאותו במחאה מנוטרת ושיבואו עמו חשבון אם יתרחשו במהלך המחאה פעולות לא חוקיות, הרי שזו פגיעה קשה בחופש הביטוי וההפגנה.

51. כך גם מסרון מרתיע, שמסמן אדם בשל עצם איכונו באירוע דתי, בתפילה או במקום תפילה, רק משום שבאותו מקום היו הפרות סדר, מהווה פגיעה קשה בזכות הפולחן ויש בה לגרום לאדם להימנע מלהגיע למקום קדוש, גם אם אין לו כל כוונה לבצע פעילות אסורה.

52. הפגיעה בשוויון: גם אם משלוח מסרונים מרתיעים היה פרקטיקה שמבוצעת כלפי יהודים וערבים ללא כל הבחנה היא הייתה פסולה, אך המסרונים ששלח המשיב במאי 2021 נשלחו אך ורק לאזרחים ולתושבים הערבים שנכחו במסגד אל-אקצא ובסביבתו. לצורך משלוח המסרונים סינן השב"כ את רשימת המאוכזבים לא רק לפי מיקום אלא לפי זהות לאומית, כלומר – על בסיס פרופיילינג גזעני.

53. לעותרת לא ידוע על אף מקרה באותה תקופה של אזרח יהודי שקיבל מסרון דומה מהשב"כ באותו אירוע, ולא על משלוח מסרונים דומים ביחס למחאות ולהפרות סדר במקומות אחרים במדינה, ובכללם בערים מעורבות ובערים יהודיות על ידי קבוצות יהודים. למשל, כשעשרות יהודים השתתפו באירוע לינץ' בחוף בת ים, שכמעט הסתיים ברציחתו של תושב רמלה, סעיד מוסא, השב"כ לא איכן את כל מי שנכח במקום ולא שלח מסרונים מרסנים למשתתפי האירוע לבל ישובו להשתתף באירועים דומים.

54. אמנם עתירה זו לא עוסקת בשאלת עצם מעורבותו של שב"כ בסוגיית אלימות בהפגנות והפרות סדר – נושא שאמונה עליו משטרת ישראל, אך יש לציין כי יש מקום לדאגה מכך שבתוך התחום האפור שבין הביטחוני לפלילי קיים מתחם התערבות, שבו השב"כ פועל לפי אמות מידה לא שקופות, הנראות כמושפעות מטעמים של לאום. נושא זה הובא בפני היועמ"ש ובפני השב"כ בפנייה נפרדת של העותרת 1 מיום 20.1.2022 (פנייה שטרם זכתה למענה).

מצ"ב העתק מהפנייה מיום 20.1.2022, כנספח ע/5

55. כך או כך, נראה כי ההחלטה על משלוח מסרונים הרתעה לאזרחים ולתושבים ערבים נעשתה כמעין שכפול פרקטיקות שמפעיל השב"כ כלפי פלסטינים בשטחים. היא מבוססת על תפיסה של האזרחים הערבים כאויב, אשר נגזר עליו להיות נתון לפיקוח מיוחד וללוחמה פסיכולוגית.

56. הסימון של האזרחים הערבים כמי שיש להתייחס אליהם באופן שונה, כחלק מהאויב, מתבטא גם בהתערבות השב"כ בהפרות סדר ותיוגן כאירוע ביטחוני, במקום להותיר את הטיפול בהן למשטרה, וגם באופן שבו בוחר השב"כ לפעול.

57. תיוג של אזרחים ערבים שהשתתפו בתפילה או במחאה כמושא לפעילות שב"כ, להפעלת איכונים, ולמשלוח מסרונים מרסנים, היא בעצמה משדרת מסר פוגעני ומשפיל כלפי האזרחים והתושבים הערבים, כמי שנתפסים באופן קולקטיבי בידי הרשויות כ"סכנה" או "איום בטחוני". ההתייחסות השונה מצד השב"כ לאזרחים הערבים מהווה מדיניות מפלה ופוגענית.

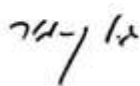
היעדר תכלית ראויה

58. הפגיעה אינה עומדת בדרישת פיסקת ההגבלה שהיא תיעשה בחוק או מכוח חוק מפורש, ועל כן עמדנו בהרחבה בטיעון על היעדר סמכות. אולם גם אם בית המשפט יקבע כי יש לשב"כ סמכות לשלוח מסרוני הרתעה, אזי פעולה זו לא עומדת במבחן התכלית הראויה.
59. התכלית המרכזית של משלוח המסרונים הינה תכלית מרסנת – כלומר – העברת מסר מרתיע לאדם לבל ינקוט בפעולה לא חוקית. ברור כי נקיטת פעולה נגד אדם שלפי החשד כבר עבר עבירה אינה מצדיקה משלוח מסרון מרתיע, שכן אם הפעולה הלא חוקית כבר בוצעה – ניתן לנקוט בפעולות אכיפה רגילות, לזמנו לחקירה, לברר את החשדות וככל שיתברר שהן מבססות עבירה – להעמיד לדין.
60. פעולה שכל מטרתה להרתיע אזרח מלבצע עבירה עתידית הינה פעולה שזרה למשטר הדמוקרטי. כפי שציין אריה רוטר, לשעבר יועמ"ש השב"כ, מלכתחילה ארגון מסכל במשטר דמוקרטי מעורר מתח מובנה. זאת שכן "ההסתמכות על כוונות הייריב", להבדיל ממעשיו המוכחים בעבר, מחייבת תפיסה משפטית שאיננה מעוגנת בדרך כלל בחקיקה הפלילית, שתכליתה כאמור פענוח של מעשים שנעשו והושלמו וענישה עליהם. תפיסה זו עניינה יותר כוונות מאשר מעשים מוכחים, והיא נוגדת ערכים בסיסיים של דמוקרטיה שאיננה מגבילה את חירותו של האדם לחשוב ולהתכוון, כל עוד אין הדברים מגיעים לכדי עבירה כמו קשירת קשר או ניסיון לבצע עבירה מוגמרת" (אריה רוטר "חוק שירות הביטחון הכללי – אנטומיה של חקיקה" (המכללה לביטחון לאומי ואוניברסיטת חיפה, 2010) בעמ' 16).
61. אין חולק כי פעולת סיכול היא לעיתים כורח המציאות, אך לאור המתח המובנה בין עקרונות המשטר הדמוקרטי לבין פעילות הסיכול היא חייבת להיעשות בצורה מצומצמת ובנסיבות מיוחדות וקיצוניות, כאשר עומדת להתבצע, לפי המודיעין, פעולה לא חוקית קשה נגד הביטחון או מוסדות המשטר הדמוקרטי. כדי להפעיל סמכויות סיכול אף נדרש מודיעין פרטני מובהק על אדם מסוים, לפיו הוא עומד לבצע פעולה לא חוקית ברמת ודאות גבוהה, גם אם לא נקט עדיין בפעולות אשר מטופלות בדין הפלילי הרגיל (כמו קשירת קשר או ניסיון).
62. אלי בכר, לשעבר היועץ המשפטי של השב"כ, כתב בספרו כי "חשש 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" (אלי בכר שב"כ במבחן ביטחון משפט וערכי הדמוקרטיה 55 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020)).
63. משלוח מסרונים בתפוצה רחבה כדי להרתיע אזרחים מהשתתפות בפעולות לא חוקיות על בסיס איכונם במקום מסוים שבו התרחשו הפרות סדר לא עונה על אותן הנסיבות הקיצוניות והמיוחדות שבהן תכלית של סיכול היא לגיטימית. ואכן – גם השב"כ משתמש בביטוי מתון יותר – ריסון. כלומר – תכליתן המרכזית הינה הרתעה וריסון ולא סיכול. במילים אחרות – הפחדה.
64. תכלית של הפחדת האזרח מלפעול אינה תכלית ראויה במשטר דמוקרטי והיא מאפיינת משטרים סמכותניים, אשר רואים בהפחדה, באיום ובפלישה לפרטיות האזרחים אמצעי של שליטה בהמון באמצעות פחד. אזרחים מפוחדים שמעדיפים להתחבא בבית הם סממן מובהק של חברה לא דמוקרטית.

מבחני המידתיות

65. לכאורה די בכך שהפעולה של שליחת מסרונים מרתיעים אינה בסמכות השב"כ ואינה לתכלית ראויה במשטר דמוקרטי, כדי להביא למתן הסעד המבוקש, אך למעלה מן הצורך, נוסף ונטען כי מדובר גם בפעולה שאינה עומדת במבחני המידתיות.
66. **קשר סיבתי רופף בין האמצעי לתכלית** – משלוח מסרונים, בוודאי כאשר מדובר במשלוח קולקטיבי לקבוצה רחבה, ובמיוחד כאשר הוא מבוסס על איכון טכנולוגי, הוא אמצעי רחב יתר על המידה, שמוביל לכך שאנשים שלא היו מעורבים בפעילות לא חוקית וכלל לא מתכננים פעילות כזו גם הם יקבלו את המסרון המרתיע. כך בדיוק אירע במאי 2021, גם לפי הודאת השב"כ. ספק אם חידוד הנהלים יכול לפתור את הבעיה האינהרנטית של טעויות כאשר משלוח המסרונים נעשה באופן נרחב, על בסיס מידע המתקבל באמצעים טכנולוגיים.
67. יתר על כן, דווקא גורמים אידיאולוגיים לא ירוסנו ולא יורתעו, והמסרון אף עשוי לסייע להם בפעילותם הלא חוקית, ולתת להם אינדיקציה שעליהם להיזהר או להסתתר טוב יותר, שהם על הכוונת. לעומת זאת – דווקא אזרחים נורמטיביים, כמו אזרחים שרק התכוונו להשתתף בהפגנה לגיטימית או בתפילה במאי 2021, הם אלו שיורתעו במידה הקשה ביותר.
68. **ישנם אמצעים מידתיים יותר להשגת התכלית** – אפקט ההרתעה או הריסון יכול להיעשות באמצעים מידתיים יותר – בין באמצעות מסרים מרסנים כלליים המועברים לכלל הציבור בכלי התקשורת, ובין מעצם נקיטה בצעדים חוקיים נגד מי שעובר על החוק, אשר בפני עצמה יש בה ממד הרתעתי כלפי אחרים. כמובן שלשב"כ יש גם שלל אמצעים להמשיך ולעקוב אחר חשד קונקרטי, או מידע מודיעיני, ולפעול בכלים מקובלים, אשר להפעלתם ממילא יש אפקט מרסן.
69. **מבחן המידתיות הצר** – אין כל ראייה לכך שמסרוני הרתעה יובילו לריסון גורמים עוינים, שנחושים לפגוע בביטחון המדינה, והתועלת המרסנת של המסרונים היא דווקא בהרתעה של אזרחים נורמטיביים מנקיטה בפעילות לגיטימית בחברה דמוקרטית, כמו השתתפות בהפגנה או בתפילה במקום קדוש. הסכנה של יצירת אווירת פחד ורדיפה ויצירת אפקט מצנן מפני מימוש חירויות וזכויות בסיסיות עולה לאין שיעור על התועלת שאולי קיימת במשלוח מסרונים כאלו.
- לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תשובתו של המשיב, להפכו למוחלט.

8 באוגוסט, 2022



גיל גן-מור, עו"ד



גדיר ניקולא, עו"ד