

העותרת:

התנועה לחופש המידע (ע"ר) (מס' 580425700)

ב"כ עו"ד דורי ספיבק /או

הישאם שבאיטה /או גدير ניקולא
מהתכנית לזכויות אדם,
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
רמת-אביב, תל-אביב 69978
טלפון: 03-6408361; פקס: 03-6407422

- נ ג ד -

המשיבים:

1. משרד התקשורת

2. משרד ראש הממשלה

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רחוב מח"ל 7 מעלות דפנה ת.ד. 49333, ירושלים
טלפון 5419555 – 02; פקס 6224240 - 02

כתב עתירה

[עפ"י חוק חופש המידע, התשנ"ח –1998 (להלן: "חוק חופש המידע")]

בית-המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבים למסור לידי העותרת העתקים של הנספחים הביטחוניים של כתבי הזיכיון של חברות הסלולר וספקיות האינטרנט הרשומות והפעילות בישראל (להלן: "הנספחים הביטחוניים").

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. במדינות העולם מתנהל בשנים האחרונות דיון ציבורי נוקב אודות היקף (ואופן) הקניית סמכויות לגורמי מדינה שונים לקבל "נתוני תקשורת" אודות פרטים. מהם "נתוני תקשורת"? לצרכי עתירה זו, הכוונה למידע שבידי ספקי האינטרנט והסלולר, לרבות מידע בזמן אמת, אודות השימוש הנעשה בטלפונים סלולריים ומחשבים. לאור

ההתפתחויות הטכנולוגיות מן השנים האחרונות, ניתן כיום לקבל פרטים רבים אודות שיחות טלפוניות שנערכו ממכשיר מסוים, ובין היתר מידע אודות זהותו של בעל המכשיר, זהותם של בעלי המכשירים אליהם מתבצעות השיחות, אורך השיחות, תדירותן, מקום המצאם המדויק של כל המשוחחים, ועוד. את כל המידע הזה ניתן לקבל בזמן אמת, דהיינו במועד שבו מתבצעת השיחה. בדומה לכך, ניתן לעקוב אחר אתרי אינטרנט שבהם גולש הציבור בכלל (או כאלה שבהם גולש הציבור בזמן אמת), לקבל נתונים מלאים אודות דפוסי הגלישה באינטרנט של אדם מסוים, פרטים אודות תעבורת המיילים שלו, לרבות נתונים שהם בעלי אופי "תוכני" או "תוכני-טכני" מעורב, ועוד.

2. כך גם בישראל. בעצם ימים אלה מקיימת הכנסת דיון מקיף בהצעת החוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)(מס' 13) (קבלת נתוני תקשורת וקבצי נתונים ממאגר מידע של בעל רישיון בזק), תשס"ו-2006. בין היתר, דנים חברי הכנסת בהיקף הפיקוח השיפוטי הנדרש על מסירת נתוני תקשורת ובשאלה המורכבת של מתיחת קו גבול בין האזנת סתר לתוכן של שיחות לבין קבלת נתוני התקשורת של שיחה.

3. הדיון בכנסת מלמד על ההכרח במציאת האיזון החוקתי הראוי, שמחד גיסא יקנה לגורמי ביטחון את הסמכויות החיוניות להגנה על בטחון הציבור ואינטרסים ציבוריים נוספים, ומאידך גיסא לא יפגע בצורה שאינה מידתית בזכות האדם לפרטיות ולצנעת חייו, שהיא זכות המעוגנת חוקתית בהוראת סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם בכבוד האדם.

4. אלא מאי? לפי מידע שהגיע לעותרת, בנספחים הביטחוניים לרישיונות שניתנו ע"י משרד התקשורת לחברות הסלולר ולספקי האינטרנט כפי הנראה כבר כיום מוסדרת, גישה של גורמי בטחון לנתוני תקשורת על אזרחים, לרבות בזמן אמת, ללא כל ביקורת שיפוטית או כל ביקורת של רשות אחרת מחוץ לגורמי הביטחון, וללא כל הליך של יידוע האזרח או החברות לפני הגישה לנתוני התקשורת או לאחריה.

5. העותרת פנתה למשיבה 1 בבקשה לפי חוק חופש מידע לקבלת אותם נספחים, אך נענתה בשלילה, הכל כמפורט בהמשך עתירה זו.

6. הטיעון המרכזי שעליו מושתתת עתירה זו, הינו כי אין נימוק בטחוני להסתרת עצם קיומו של ערוץ שכזה להשגת מידע. נדגיש שהעותרת אינה מביעה עמדה לגבי עצם מתן סמכויות שכאלה (ככל שאלה אכן ניתנו בפועל). העותרת אינה מבקשת בשלב זה מידע (כללי או ספציפי) לגבי השימוש שנעשה בהיתרי הגישה שלעיל. העותרת אף אינה מביעה עמדה לגבי עצם חוקיותם. כל שמבוקש במסגרת עתירה זו הוא לפרסם ברבים את דבר קיומן (ומהותן) של סמכויות אלה.

עניין אחד הוא להקנות למדינה סמכויות מרחיקות לכת, סמכויות שניתן להקבילן לסמכות לבצע מעצרים מנהליים, או לסמכות לבצע האזנות סתר או חיפושים ללא פיקוח שיפוטי. עניין אחר לחלוטין הוא הקניית סמכויות מרחיקות לכת שכאלה תוך הסתרה מהציבור את עצם קיומן של הסמכויות. כידוע, על פי הוראת סעיף 11א(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948: "חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו תוקף", וזהו אף הדין לגבי חקיקת משנה (ע"א 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ פ"ד יא 695). ודוקו - על פני הדברים נראה, שהסדרים אלה חלים ישירות על ענייננו, מאחר שהרשויות הם פעולה של הרשות המבצעת הקובעת את המותר והאסור, ומכאן שהם בגדר "חוק נסתר" או "תקנה בת פועל תחיקתית". ואפילו תנסה המדינה לטעון אחרת - ודאי שאין מקום, במדינה דמוקרטית המכבדת את זכויות הפרט, להקניית סמכויות מרחיקות לכת שכאלה למדינה, ללא פרסומן ברבים. זאת, במיוחד אם אכן הוקנו בנספחים שבהן עסקין סמכויות שונות שעומדות בניגוד להוראות חיקוקים שונים המסדירים ומאזנים בין האינטרסים השונים הראויים להגנה.

התשתית העובדתית

א. הצדדים לעתירה

8. **העותרת**, התנועה לחופש המידע, הינה עמותה רשומה א-פוליטית הפועלת למען קידום ערכים של שקיפות ודמוקרטיה. מטרותיה העיקריות של התנועה הינן הגשמת החזון והפוטנציאל הטמון בחוק חופש המידע וקבלת מידע מהרשויות בעניינים ציבוריים. מידע נוסף אודות העמותה ופועלה ניתן למצוא באתר האינטרנט: www.foim.org.il.
9. **המשיב 1**, הינו משרד התקשורת, שמתוקף תפקידו אחראי על פעילות התקשורת בישראל ומכך אמון על הענקת כתבי הזיכיון לחברות הסלולר והאינטרנט הפועלות בארץ, בהן עוסקת עתירה זו.
10. **המשיב 2**, הינו בעל הסמכות ושיקול-הדעת, לפי סעיף 13 (ד) לחוק התקשורת (בזק ושירותים) התשמ"ב-1982 (להלן: "**חוק התקשורת**") לגלות את המידע המבוקש.

ב. הפניה לקבלת המידע

11. ביום 21.3.07 פנתה העותרת לממונה על חוק חופש המידע במשרד התקשורת, בבקשה שימסור לה, מכוח חוק חופש המידע, את המידע נשוא עתירה זו. עותק הבקשה מצ"ב ומסומן כנספח א'.
12. ביום 1.4.07 נתקבל במשרדי העותרת אישור מאת הממונה על חופש המידע במשרד התקשורת על עצם קבלת המכתב, אישור שבו צויין כי מתן התשובה לבקשה זו ידחה

בשלושים יום כיון ש"חג הפסח הקרוב יביא לשיבושים בעבודתה ויביא לדחייה בטיפול בבקשה". עותק התשובה מצ"ב ומסומן כנספת ב'.

13. בתגובה נשלח ע"י העותרת עוד באותו יום, 1.4.2007, מכתב תגובה באמצעות הפקס, בו תהתה העותרת הכיצד שבעת ימי חג הפסח מצדיקים כשלעצמם דחייה מופרזת של חודש ימים במענה לבקשת המידע. עותק מצ"ב ומסומן כנספת ג'.

14. רק ביום 20.5.2007 התקבלה במשרדי העותרת תשובת המשיבה 1. המשיבה 1 ציינה במכתב תגובה זה כי הרשיונות מוענקים ע"י המשרד לפי חוק התקשורת, כשלחלק מאותם רשיונות נספחים ביטחוניים שתוכנם אינו מפורסם ברבים. המשיבה ציינה כי מדובר בשני נספחים רלוונטיים שאחד מהם סווג ע"י שירות הביטחון הכללי "כסודי" שרק בעלי ההרשאה מתאימה יכולים לראותו, והשני סווג על ידם "כלא לפרסום לציבור". המשיבה סירבה למסור המידע המבוקש. עותק מצ"ב ומסומן כנספת ד'.

15. ביום 21.5.07 שלחה העותרת מכתב נוסף בו ביקשה הסבר, בין היתר, על משמעות האבחנה בין "סודי" לבין "לא לפרסום לציבור", וכן ביקשה לקבל הסבר מה הטעם לאי פרסום המידע שסווג כ"לא לפרסום לציבור". עותק מצ"ב ומסומן כנספת ה'.

16. ביום 5.6.07 נתקבלה תשובת המשיבה 1, לפיה עמדת גורמי הביטחון הינה שחשיפת תוכנם של הנספחים כולם עשויה לפגוע בביטחון המדינה, וכי לפי הוראות סעיף 13(ב) לחוק התקשורת תוכנם אינו לפרסום. עותק מצ"ב ומסומן כנספת ו'.

17. ביום 13.8.07 פנה הח"מ בשם העותרת אל עו"ד נגה רובינשטיין, היועצת המשפטית של המשיב 1. על אף שכידוע אין המבקש מידע לפי החוק צריך להצביע על הטעם לבקשתו, ראה הח"מ להסביר את הטעם המקורי שהניע את העותרת לבקש את חשיפת תוכנם של הנספחים, והוא שלפי מידע שהגיע לעותרת, בנספחים המבוקשים מוסדרת, בין היתר, גישה של גורמי בטחון למידע פרטי אודות שיחות של אזרחים, בזמן אמת, ללא כל ביקורת שיפוטית או כל ביקורת של רשות אחרת מחוץ לגורמי הביטחון וללא כל הליך של יידוע האזרח או החברות לפני הגישה או לאחריה. עוד הודגש בפניה כי סעיף 13 לחוק התקשורת, בניגוד למשתמע מתשובת המשיבה 1, מקנה שיקול דעת לגורמי הביטחון להורות על פרסום הוראות שניתנו על פיו. עותק מצ"ב ומסומן כנספת ז'.

18. ביום 19.8.07 נשלח אל הח"מ מכתב קצר מאת המשיב 1, ובו נאמר כי הפנייה נבדקת על ידו ועל ידי גופי הביטחון הרלבנטיים. עותק מצ"ב ומסומן כנספת ח'.

עד למועד הגשת עתירה זו לא התקבלה תשובה לגופו של ענין. בירור טלפוני אצל המשיב 1 העלה שהכנת התשובה תארך זמן רב, ותתמשך אל מעבר ל"אחרי החגים", דהיינו הרבה למעלה מחצי שנה לאחר פנייתה המקורית של העותרת. בשים לב ללוחות הזמנים אותם קבע המחוקק בחוק חופש המידע, כמו גם בחשיבות ובדחיפות בחשיפת המידע המבוקש, ובשל חשיבותו של המידע המבוקש לדיון הציבורי המתנהל בעצם ימים אלה בכנסת ובזירה הציבורית לקראת חקיקת החוק החדש לענין נתוני תקשורת, לא נותרה לעותרת הברירה אלא לפנות לבית-משפט נכבד זה, ללא דיחוי נוסף.

הדיונים בכנסת על חקיקת הסדר בדבר גישת גורמי בטחון לנתוני תקשורת

20. כפי שכבר ציינו, בעצם ימים אלה מקיימת הכנסת דיון מקיף בהצעת חוק ממשלתית לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)(מס' 13)(קבלת נתוני תקשורת וקבצי נתונים ממאגר מידע של בעל רישיון בזק), תשס"ו-2006 (להלן: "הצעת החוק"). מטרתו המוצהרת של החוק הינה "לקבוע הסדר משפטי ראוי וכולל שיאפשר למשטרה ולרשות חוקרת אחרת, כהגדרתה המוצעת, לקבל נתוני תקשורת וקבצים ממאגרי מידע של בעלי רישיונות בזק...". עותק מהצעת החוק, שפורסמה ברשומות ביום 11.7.06, מצ"ב ומסומן כנספח ט'.

21. עיון בפורטל האינטרנט של ועדת חוקה, חוק ומשפט מלמד על דיון ער המתנהל בוועדה, המכינה בימים אלה את הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית. במהלך החודשים יולי-ספטמבר 2007 קיימה הוועדה לא פחות משבעה דיונים בהצעת החוק. בין היתר, דנים חברי הכנסת בהיקף הפיקוח השיפוטי הנדרש על מסירת נתוני תקשורת, בשאלה המורכבת של מתיחת קו גבול בין האזנת סתר לתוכן של שיחות לבין קבלת נתוני התקשורת של שיחה, כמו גם בעצם האפשרות להפריד, בעידן הדיגיטלי בו אנו חיים, בין נתוני תקשורת "טכניים" בלבד, לבין נתונים "תוכניים". במקביל לדיון בכנסת, מתנהל שיח ציבורי ער לגבי הצעת החוק. ראו לדוגמא: גל מור "הצעת חוק: המדינה תדע הכל" פורסם ב- YNET ב- 27.8.07 מצ"ב ומסומן כנספח ז'; נתן זהבי "הדיקטטור הגדול" פורסם ב- NRG ב- 31.8.07 מצ"ב ומסומן כנספח יא'; ניב ליליאן "יו"ר ועדת חוקה: 'אין חוק האח הגדול'" פורסם ב- YNET ב- 5.9.07 מצ"ב ומסומן כנספח יב'.

22. הדיון הציבורי המורכב מלמד על הקושי במציאת האיזון החוקתי הראוי, שמצד אחד יקנה לגורמי ביטחון את הסמכויות הנדרשות להגנה על הביטחון ואינטרסים ציבוריים נוספים, ומצד שני לא יפגע בצורה שאינה מידתית בזכות האדם לפרטיות ולצנעת חייו, שהיא זכות המעוגנת חוקתית בהוראת סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם בכבוד האדם (וראו לענין זה, בין היתר, את הערות האגודה לזכויות האזרח, הסניגוריה הציבורית וגורמים נוספים מן החברה האזרחית שהשתתפו בדיונים -- באמצעות הקשה, בתוך פורטל ועדת החוקה, על הקישור לכל

אחד מהדיונים שהתקיימו בהצעת החוק, ניתן לעיין, בנוסף לפרוטוקולים המפורטים, בחומרי הרקע והמסמכים שהגישו הגורמים השונים לקראת הדיון).

23. אלא מאי? לפי מידע שהגיע לעותרת, בנספחים הביטחוניים לרשימות שניתנו לחברות הסולר ולספקי האינטרנט המבוקשים כבר כיום מוסדרת גישה של גורמי בטחון לנתוני תקשורת של אזרחים, לרבות בזמן אמת, ללא כל ביקורת שיפוטית או ביקורת של רשות אחרת מחוץ למערכת הביטחון, וללא כל הליך של יידוע האזרח או החברות לפני הגישה או לאחריה.

ההסדר הסטטוטורי שמכוחו הותקנו הנספחים הביטחוניים

24. לטענת המשיבה 1, כפי שעולה מתשובתה לעותרת (נספח ו'), ההסדר הסטטוטורי שמכוחו נקבעו ההוראות שבנספחים הביטחוניים הינו סעיף 13 לחוק התקשורת, שמורה כך (ההדגשה של החתום מטה):

13. (א) בסעיף זה -

“בעל רישיון” - כהגדרתו בסעיף 1, וכן בעל רישיון לשידורים ומי שקיבל רישיון לפי הפקודה;

“כוחות הביטחון” - כל אחד מאלה: צבא הגנה לישראל, שירותי הביטחון הכללי, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר;

“מיתקן” - מיתקן או התקן, לרבות מיתקן בזק;

“נציג כוחות הביטחון” - מי שהוסמך לענין סעיף זה כנציג כוח מכוחות הביטחון, בידי העומד בראש כוח הביטחון;

(ב) ראש הממשלה, בהתייעצות עם השר לפי בקשת שר הביטחון, השר לביטחון הפנים, שירות הביטחון הכללי או המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, אשר ניתנה משיקולים של ביטחון המדינה או שלום הציבור, ולאחר שנתן לבעל הרישיון הזדמנות להשמיע את טענותיו, ובשים לב לנסיבות הענין, גם לשיקולים המפורטים בסעיף 4(ב) ולהשפעת ההוראה על בעל הרישיון ועל ציבור מנוייו, רשאי לתת הוראה לבעל רישיון, בדרך כלל או לענין מסוים, בענינים אלה:

(1) מתן שירות בזק לכוחות הביטחון, כפי שיקבע בהוראה, והאופן והדרכים למתן שירות בזק כאמור;

(2) התקנת מיתקן, ביצוע פעולת בזק, או ביצוע התאמה טכנולוגית למיתקן בזק, בידי בעל הרישיון או בידי נציג כוחות הביטחון בסיוע בעל הרישיון, לרבות מתן גישה למיתקן, ככל שהדובר דרוש לצורך ביצוע תפקידיהם של כוחות הביטחון או להפעלת סמכויותיהם לפי כל דין;

(3) קיום הוראות שירות הביטחון הכללי או משטרת ישראל, בענין סיווג ביטחוני של נושאי משרה מסוימים החשופים למידע מסווג, או של בעלי תפקידים מסוימים, או בענין שמירת סוד, אבטחת מידע או אבטחת ציוד ומיתקנים אצל בעל הרישיון; הוראות פסקה זו באות להוסיף על הוראות סעיף 74 וצווים לפיו....

(ג) התשלום בעד מתן שירותים או עשיית פעולות כאמור בסעיף קטן (ב)(1) או (2) ייקבע בהסכמה בין כוחות הביטחון הנוגעים בענין לבין בעל הרישיון, בהתבסס על החזר הוצאות סבירות וכשים לב למחיר הקיים בעבור השירות או הפעולה, אם קיים; באין הסכמה כאמור ייקבע התשלום בידי מי שמינה היועץ המשפטי לממשלה, על דעת הצדדים ככל שהדבר ניתן, ובהתחשב בצורך בשמירת סודיות.

(ד) מידע הנוגע להוראה שניתנה על ידי ראש הממשלה לפי סעיף זה חסוי, וגילוי או פרסומו אסורים, אלא אם כן ניתן לכך אישור בכתב מאת נציג כוחות הביטחון.

(ה) במילוי הוראה לפי סעיף זה לא יישא בעל רישיון או מי מעובדיו באחריות פלילית או אזרחית לכל מעשה שעשה במילוי הוראה כאמור, אלא בנסיבות שבהן היה עובד המדינה נושא באחריות למעשה.

25. גם אם נקבל את טענת המשיבה 1, לפיה הנספחים הבטחוניים נקבעו כדין מתוקף סעיף 13(ב), הרי אין בכך כדי לחייב בהכרח חיסיון על תוכנם. שהרי, לפי הוראת סעיף 13(ד) המודגשת שלעיל, על אף שברירת המחדל לגבי הוראות שניתנו ע"י ראש הממשלה לפי סעיף 13(ב) הינה חסיון, הרי שלנציגי כוחות הביטחון הרלוונטיים (צה"ל, השב"כ, המוסד, המשטרה והשב"ס) הסמכות ושיקול הדעת להתיר פרסום הוראות שניתנו מכוח הסעיף שלעיל.

26. למעלה מן הצורך, יצויין כי גם בחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: "חוק השב"כ") נקבעה הוראה מקבילה בענין נתוני תקשורת, היא הוראת סעיף 11 לחוק. הוראה זו נוגעת לשב"כ בלבד, להבדיל משאר "גורמי הביטחון" כהגדרתם בסעיף 13 לחוק התקשורת. אף לפי חוק השב"כ מוקנית למדינה הסמכות ושיקול דעת להתיר במקרים המתאימים פרסום הוראות שניתנו ע"י השב"כ (ראו סעיף 19 לחוק השב"כ, על סעיפי המשנה שבו). ברם, לאור הודעת המשיבה 1 לעותרת (נספח ז') לפיה הנספחים הביטחוניים הותקנו לפי חוק התקשורת (דהיינו, לא לפי חוק השב"כ), העותרת לא ראתה צורך להידרש בפירוט להוראות אלה שבחוק השב"כ. העותרת שומרת לעצמה את האפשרות להרחיב אודות נפקותו של חוק זה לענייננו ככל שיהיה צורך בכך בהמשך ההתדיינות בעתירה זו.

זכות הציבור לחופש מידע

27. עוד קודם לחקיקתו של חוק חופש המידע, הכירה ההלכה בזכות הציבור לדעת כזכות יסוד (ראו למשל: בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 360; בג"צ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661, בעמ' 673-674). לדיון מפורט על היחס בין זכות הציבור לדעת, לבין בטחון המדינה, עוד קודם לחקיקת חוק חופש המידע, ראו:

• פנינה להב, "חופש הפרסום – זכותו של האזרח לדעת סודות רשמיים" משפטים

• זאב סגל, "הצנזורה הצבאית בישראל: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי", עיוני משפט ט"ו, 1990, 311-342.

• כן ראו הדיון בבג"צ 130/68 איסר הראל נ' ממשלת ישראל פ"ד נט (1) 241, שבו בחן בית-המשפט העליון את חוקיות וסבירות החלטת הממשלה לאסור על ראש המוסד בדימוס לפרסם ספר שעסק במבצע חטיפת איימן.

28. הזכות לדעת עוגנה לראשונה בחוק מפורש עם חקיקתו של חוק חופש המידע, בשנת 1998. החוק הוא אחד האמצעים להבטחת זרימתו של מידע מהשלטון לאזרח, אלמנט הכרחי לקיומה ולהבטחתה של הדמוקרטיה, וכן לקיומה של ביקורת אמיתית על זרועות השלטון. לפירוט הרציונאלים להכרה בזכות הציבור לדעת, ולעקרונות יסוד בפרשנות חוק חופש המידע, ראו:

• עע"מ 8282/02 הארץ נ' משרד מבקר המדינה, פ"ד נח (1) 465;

• עע"מ 6013/04 משרד התחבורה נ' חברת החדשות (טרם פורסם, ניתן ב- 2.1.06);

• עע"מ 7024/03 גבע נ' גרמן (טרם פורסם, ניתן ב- 6.9.06);

• מאיר שמגר "ידע הוא כח – Knowledge is Power" ספר שמגר – כתבים 3155 (אהרן ברק עורך, 2003);

• אהרן ברק "חופש המידע ובית המשפט" קריית המשפט ג' (תשס"ג) 95.

29. לפני חודשים ספורים, בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בענין פרסומם של הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה הממשלתית לחקירת ארועי מלחמת לבנון השניה (בג"צ 258/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית, טרם פורסם, ניתן ב- 6.2.07, להלן: "פרשת גלאון") תזרה כבוד הנשיאה בנייש ועמדה על חשיבותו של העיקרון:

"זכותו של הציבור לקבל מידע על אופן פעולתן של רשויות ציבוריות, מאפשרת ביקורת ציבורית על הרשויות - ביקורת שהיא מאבני היסוד של המשטר הדמוקרטי. רציונל זה מצא את ביטויו בחוק חופש המידע... המקנה לכל אזרח ותושב זכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בכפוף לחריגים ולסייגים המנויים בחוק. לכך יש להוסיף כי מימושה של זכות הציבור לדעת על-ידי פרסום אופן פעולתה של הרשות הציבורית ברבים, תורמת לגיבוש סדר היום הציבורי ומסייעת לפרטים בחברה לגבש את עמדותיהם על-ידי ליבון גלוי של הבעיות והחלפת דעות באופן חופשי על-בסיס המידע שמתפרסם."

והוסיפה וחיזקה כבוד השופטת פרוקצ'יה:

"בצד החופש לבטא ולהשמיע דעות, עמדות ורעיונות, ניצבת זכותו של הציבור לדעת אודות מהלכיו המורכבים של השלטון, ופעולתן של הרשויות הציבוריות; זהו צידו האחר של חופש הביטוי, שבלעדיו לא ייתכן משטר חוקתי תקין המגן על זכויות אדם והמבטיח את הגינות פעולתן של מערכות השלטון. חשיפה וגילוי של מידע בעל עניין לציבור הם תנאי

לקיומה של בחינה וביקורת ציבורית, בעוד הצנעה וחיפוי של מידע כזה מטשטשים ומעמעמים את החריגות מהנורמה הציבורית, ומונעים את היכולת לחשפן ולהפיק לקחים מהטעון תיקון.

האיזון בין הזכות לחופש מידע לחשש מפגיעה בבטחון המדינה

30. בצד העיקרון בדבר חופש המידע, קובע חוק חופש המידע במפורש כי רשות ציבורית לא תמסור "מידע אשר בגילוי יש חשש לפגיעה בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בבטחון הציבור או בבטחונו או בשלמו של אדם" (סעיף 9(א)(1) לחוק).

31. מהי נוסחת האיזון שבין הזכות לחופש מידע, לבין חשש לפגיעה בבטחון המדינה? כנקודת המוצא לתשובה על שאלה משפטית זו, אך טבעי הוא לפנות אל הנוסחה הידועה שקבע בית המשפט לאיזון בין חירות הביטוי לבין שלום הציבור ובטחון המדינה. כידוע, ניתן לפגוע בחופש הביטוי רק אם קיימת הסתברות ברמה של ודאות קרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה באינטרס ציבורי הראוי להגנה.

• בג"צ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים פ"ד ז 871.

• בג"צ 680/88 מאיר שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי פ"ד מב (4) 617.

32. בית-המשפט העליון קבע לא פעם שזכות הציבור לקבל מידע הינה נגזרת של חופש הביטוי (ראו למשל: בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור פ"ד מא (3) 255, 268). ברם, בית-המשפט בחר שלא להכריע בשאלה האם נוסחת "הודאות הקרובה" תתול גם על מקרה שבו מבקשת המדינה להגביל את זכות היסוד לקבלת מידע (ראו סעיף 8 לפסק-דינה של השופטת ביניש בפרשת גלאון, שם).

33. יודגש כי עמדת העותרת הינה כי יש להחיל את מבחן "הודאות הקרובה" בכל עתירת חופש המידע, וגם בענייננו. מכל מקום, אפילו אם נצא מנקודת הנחה שמדובר במבחן מחמיר מדי (כפי שטענה המדינה בפרשת גלאון) הרי אין ספק כי נדרשת בדיקה מדוקדקת ופרטנית של כל מקרה ומקרה, שבו מבקשת המדינה, בשם הביטחון, להגביל ולפגוע בזכות הציבור לדעת:

"תוצאת האיזון בין פומביות הדיון לבין בטחון המדינה אינה ניתנת לקביעה מראש שכן היא תלויה בהערכת מידת הסיכון לביטחון ומידת ההסתברות שפגיעה כזו תתרחש בנסיבות העניין. לפיכך, התוצאה כאשר לנקודת האיזון הראויה, נגזרת מנסיבותיו של כל מקרה לגופו. יודגש כי נוכח חשיבותו של עקרון פומביות הדיון, לא ניתן להסתפק בהערכה כוללנית וגורפת של הסיכון לביטחון הציבור הנשענת 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." (סעיף 8 לפרשת גלאון, שם).

ודוקו, את הבדיקה הקונקרטי יש לבצע בשים לב לעקרונות היסוד החוקתיים, כשנקודת המוצא היא גילוי מקסימלי לציבור, ובמילותיה של כבוד השופטת פרוקצ'יה (שם, בפסקה 3 לחוות-דעתה):

”הכלל הוא, אפוא – פומביות וגילוי. החריג לכלל הוא – חיסיון וסודיות. מאחר שהחריג לכלל מהווה הגבלה על נורמה חוקתית, החלתו באופן הפוגע בנורמה מותנית בתנאים מוקדמים שעיקרם תכלית ראויה ומידתיות.”

על המידע המבוקש במסגרת עתירה

כאמור בכותרת עתירה זו, העותרת איננה דורשת את חשיפת כל הנספחים הביטחוניים לרשיונות חברות הסלולר וספקיות האינטרנט, אלא רק את חשיפת אותם חלקים מן הנספחים שהאינטרס הציבורי בגילויים גובר על הטעם לדחיית הבקשה לגילויים, ובפרט את אותם חלקים מן הנספחים המקנים לגורמי בטחון סמכויות שונות לקבל נתוני תקשורת שונים מאת חברות הסלולר וספקיות האינטרנט.

כנקודת מוצא לדיון הקונקרטי במידע שחשיפתו מבוקשת, נציין כי במכתבו הראשון של המשיב 1 אל העותרת (נספח ד') נאמר כך, לגבי סיווג הביטחוני של הנספחים שמתבקשת חשיפתם:

”נציין כי אחד הנספחים סווג על ידי שירות הבטחון הכללי בסיווג 'סודי' ורק בעלי הרשאה מתאימה יכולים לראותו, והשני סווג על ידי כ'לא לפרסום לציבור'”.

מכאן, שאף אליבא דשב"כ, אחד משני הנספחים שאת פרסומם מבקשת העותרת אינו סודי (ולמצער, לא סווג כך מלכתחילה), ואין כל בסיס להחלטה שלא להעביר העתק ממנו לעותרת, כבקשתה.

מעבר לכך, ראוי להדגיש שהעותרת איננה מבקשת בגדר עתירה זו כל מידע (לא מידע קונקרטי, וגם לא מידע כללי-סטטיסטי) אודות השימוש שנעשה על-ידי גורמי הביטחון למיניהם באפשרות שניתנה להם בנספחים הביטחוניים (אם אכן ניתנה להם אפשרות שכזו) לקבל נתוני תקשורת מספקיות הסלולר והאינטרנט. העותרת אף אינה מביעה עמדה לכאן או לכאן בנוגע לחוקתיות וחוקיות הגישה שנותנים הנספחים האלה לגורמי בטחון השונים: צה"ל, שב"ס, שב"כ, המוסד והמשטרה.

כל שמבוקש במסגרת עתירה זו הוא לפרסם ברבים – באמצעות חשיפת הנספחים הביטחוניים - את עצם קיומן של סמכויות אלה, אופן הפעלתן, לרבות אופן הפיקוח השיפוטי על הפעלתן ומידתו. הטענה כאילו חשיפת מידע שכזו עשויה לפגוע בביטחון

המדינה הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, ויש לתמונה על עצם העלאתה ע"י גורמי הביטחון שדנו בבקשה העותרת.

40. למה הדבר דומה: לדרישה שהיתה מועלית ע"י שירות הביטחון הכללי, לשמור כסוד מדינה את הוראות פרק ב' לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, המסמיכות את השב"כ לבצע האזנות סתר, במקרים דחופים שאינם סובלים דיחוי, ללא קבלת צו שיפוטי, אך תוך יידוע מידי של ראש הממשלה או היועץ המשפטי לממשלה, שבידיהם האפשרות לבטל את היתר. ברור כי אי אפשר לטעון שעצם ידיעת הציבור על קיומן של סמכויות אלה, לרבות הידיעה על קיומם של מנגנוני פיקוח ודיווח שונים (המפורטים בחוק) על דרך הפעלת סמכויות אלה, פוגע בביטחון המדינה. ואפילו אם יש פגיעה מסוימת בביטחון המדינה בפרסום ברבים של עצם סמכויות אלה (מה שמוכחש בתוקף), אין בה די כדי להצדיק חסיון.

41. עניין אחד הוא הקניית סמכויות מרחיקות לכת לגורמי בטחון (סמכויות שכאמור ניתן להקבילן לסמכות לבצע מעצרים מנהליים, או לסמכות לבצע האזנות סתר או חיפושים ללא פיקוח שיפוטי). עניין אחר לחלוטין הוא הקניית סמכויות מרחיקות לכת שכאלה תוך הסתרה מהציבור של עצם קיומן של הסמכויות. כידוע, על פי הוראת סעיף 11א(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948: "חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו תוקף", וזהו אף הדין לגבי חקיקת משנה (ע"א 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ פ"ד יא 695). אף אם נצא מנקודת הנחה שהסדרים אלה שבדין אינם חלים ישירות על ענייננו, ניתן להחילם על דרך ההיקש. זאת, במיוחד אם הוקנו בנספחים שבהם עסקין סמכויות שונות הפוגעות בזכויות יסוד (ובראש ובראשונה בזכות לפרטיות) בניגוד להוראות חקוקים שונים המסדירים ומאזנים בין האינטרסים השונים הראויים להגנה.

42. חשוב להדגיש כי במקרה שבו המידע המבוקש הינו מסוג שהרשות רשאית או חייבת שלא למוסרו לפי סעיף 9 לחוק, המשיבים צריכים ויכולים להשמיט פרטים, לערוך שינויים או להתנות תנאים בדבר דרך קבלת המידע (ראו הוראת סעיף 11 לחוק). משמעות הוראה זו הינה כי: "על [המדינה] לשקול תמיד גילוי מלא או חלקי של המידע, ועליה הנטל להראות כי מניעת העיון, בכל מקרה ומקרה, מוצדקת היא. ככל שאינטרס הציבור במידע בולט יותר, כך נדרשת [המדינה] להעמיד נימוק משכנע יותר לחיסויו. מקום בו הדבר אפשרי, על הרשות לסמן ב"עפרון כחול" את החלקים שלא ניתן לגלותם, ולפרסם את היתר". (עע"מ 6013/04 משרד התחבורה נ' חברת החדשות (טרם פורסם, ניתן ב- 2.1.06))

זאת ועוד. חוק חופש המידע נותן בידי בית-משפט זה כלים וסמכויות כדי לברר על בורין טענות של המדינה בענין חסיון מידע, לרבות באמצעות עיון במידע עצמו במעמד צד אחד (סעיף 17(ב) לחוק).

ואם לא די בכל האמור, מוסמך בית המשפט להורות על גילוי המידע המבוקש, כולו או חלקו, ובתנאים שיקבע אם: "אם לדעתו הענין הציבורי בגילוי המידע, עדיף וגובר על הטעם לדחיית הבקשה" (סעיף 17 (ד) לחוק).

כפי שציינו בחלקה הראשון של עתירה זו, בימים אלה מתנהל לו ויכוח ציבורי לקראת חקיקתו של חוק בענין נתוני תקשורת ע"י הכנסת. חופש הביטוי של ארגוני החברה האזרחית המשתתפים בדיון (ראו לדוגמא לעיל בסעיף 20 עד 22 לעתירה זו) נפגע באופן חמור ובלתי מידתי, שכן מידע בסיסי ורלוונטי לדיון (היקף הסמכויות המצוי כבר בידי גורמי בטחון) מוסתר מהם. למעשה הפגיעה כאן היא בזכותו של כל אזרח ואזרח במדינת ישראל להשתתף בדיון הציבורי, שבסופו יקבע האם ובאלו תנאים מורשית המדינה לחזור לרשות הפרט ולעקוב וללמוד על מה שכל אחד ואחד מאיתנו עושה בדלת אמותיו, במחשבו הפרטי ובמכשיר הטלפון הפרטי שלו. והכל, תוך הסתרה מוחלטת של קיומה של האפשרות לפגוע כך בזכויות הפרט.

לא ברור הכיצד מצדיקים המשיבים את סרובם הגורף להיעתר לבקשת העותרת. האם נעלמו מהם לחלוטין כל השיקולים החוקתיים עליהם שלעיל: זכות הציבור לדעת ולהשתתף בהליך הדמוקרטי, חופש הביטוי כמו גם זכותם החוקתית לפרטיות של כל מנויי הסלולר וגולשי האינטרנט? דומה שלשיטתם, די בחשש ערטילאי מביקורת ומעורבות הציבור במדיניות הביטחון, כדי להצדיק חיסיון גורף כדוגמת זה שכאן.

על פני הדברים, הכף נוטה בבירור לצד הגילוי.

מכל מקום, מאחר שבשלב זה העותרת לא קיבלה תשובה מלאה מהמשיבים אודות הנימוקים לדחיית בקשתה, העותרת שומרת על זכותה להוסיף ולפרט נימוקיה, בהתאם לתשובה שתיתן ע"י המשיבים לעתירה זו.

48. בעקבות פיגועי ה- 11.9, הגבירו גורמי בטחון בעולם המערבי כולו את מאמציהם לסכל פיגועי טרור. בין היתר, ביקשו גורמי בטחון וקיבלו סמכויות נוספות, שלא היו בידיהם קודם לכן, לקבל נתוני תקשורת כדוגמת אלה שבהם עוסקת עתירה זו. הויכוח אודות האיזון הראוי בין זכויות הפרט בהקשר זה, כמו גם בהקשרים אחרים, נמשך כל העת.

49. בתוך הויכוח הלגיטימי הזה, ממשיך כל העת לקנן לו החשש שמא יהיו מי שיסברו שכל האמצעים כשרים במאבק בטרור. שמא יהיו מי שיסברו שבשם הביטחון, יכול וצריך שלטון החוק לסגת; שמא יהיו מי שיסברו שבכסות החסיון והסודיות, רשאים גורמי בטחון לעשות הכל למען המטרה; שמא יהיו מי שלא יקבלו כצו מוסרי את נקודת המוצא החוקתית, שלפיה: "נדרש האיזון בין צרכי הביטחון לזכויות הפרט. איזון זה מטיל מעמסה כבדה על העוסקים בביטחון. לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי. המטרה אינה מקדשת את האמצעים". (בג"צ 792/02 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, טרם פורסם, ניתן ב- 14.12.06, פיסקה 63 לפסק-דינו של כבוד הנשיא בדימוס ברק).

50. דוגמא מרתקת למתח הזה ניתן למצוא בתחקירו הנודע של הניו-יורק-טיימס מה- 16.12.05. בתחקיר, שכותרתו היתה: "Bush lets US spy on callers without courts – secret order to widen domestic monitoring" שלאחר פיגועי ה- 11.9, ניתנה הוראה סודית ע"י נשיא ארה"ב שהרשתה לגורמי בטחון לצותת לשיחות טלפון, לחדור למחשבים, לקרוא הודעות מיילים וכו', תוך עקיפה מוחלטת של הסדרים בדבר פיקוח שיפוטי שהיו קבועים בחקיקה הפדרלית הרלוונטית. העתק התחקיר מצ"ב ומסומן כנספה י"ג¹.

51. הסערה שפרצה בארה"ב בעקבות פרסום התחקיר (שעורכיו, ג'יימס ריזן ואריק ליכטבלאו, זכו בפרס פוליצר לשנת 2006 על פרסומו) נגעה בראש ובראשונה לעצם הנסיון (שלא צלח בסופו של דבר) להסתיר מן הציבור את עצם קיומה של החוראה

¹ בעקבות תחקיר הניו-יורק טיימס שלעיל, פנו שורה של ארגוני זכויות אזרח לערכאות בארה"ב, בבקשות חופש מידע מפורטות שנסמכו על התחקיר. בין היתר נתבקש הממשל לפרט אודות השימוש שנעשה בהוראות הסודיות שניתנו ע"י נשיא ארה"ב. חלק מהבקשות נענו ע"י משרד המשפטים האמריקאי, אך חלקן סורבו, והארגונים פנו לערכאות, בהליכים שעודם תלויים ועומדים. לסיכום של ההליכים שהוגשו עד כה, לסקירה משפטית של ההוראות הרלוונטיות לפי חוק חופש המידע האמריקאי, ולפירוט של החלטות שיפוטיות שניתנו בפרשה, שמהן ניתן ללמוד על הביקורת השיפוטית הקפדנית הנעשית ע"י בתי-המשפט בארה"ב על החלטות שלא לחשוף מסמכים מנימוקים בטחוניים, ראו את החלטת הביניים המפורטת שניתנה ביום 5.9.07 ע"י בית-המשפט הפדרלי בושינגטון. ההחלטה בענין Electronic Privacy Information Center v. Department of Justice מצ"ב ומסומנת כנספה י"ד. לדוגמאות נוספות כיצד חוק חופש המידע הפדרלי בארה"ב חל ומופעל באופן שוטף אף על מידע בענייני ביטחוניים, לרבות דוגמאות למסמכים שנחשפו בעקבות הליכים לפי החוק, ראו את ספריית האינטרנט של ה- National Security Archive הפועל באוניברסיטת ג'ורג' וושינגטון. באתר, שכתובתו www.nsarchive.org, ראו במיוחד בתת-הקישור FOIA (Freedom of Information Act).

הנשיאותית. רבים מקרב אלה שתמכו בעיקרון שלפיו במקרים המתאימים, ולצורך מאבק בטרור, יש להקנות לגורמי בטחון סמכויות נרחבות, אף ללא פיקוח שיפוטי, התנגדו לרעיון שהמדינה "נטלה לעצמה" סמכויות שכאלה כראות עיניה, תוך הסתרת עצם קיומם של הצווים המסמיכים.

52. כך גם כאן – הויכוח הציבורי אודות היקף הסמכויות שיש ליתן בידי גורמי בטחון לקבל נתוני תקשורת נמשך גם בעצם ימים אלה. אלא שתנאי מוקדם לניהולו הוא יידוע הציבור כולו, לרבות מחוקקיו, אודות הוראות שונות המאפשרות כבר כיום לרשויות השונות (המשטרה, צה"ל, השב"ס, השב"כ, המוסד) לקבל מידע על כל אחד מאיתנו – ללא ידיעתנו, ללא קבלת הסכמה, וללא פיקוח שיפוטי. כפי שנקבע באחת הפרשות: "המשטר הדמוקרטי חפץ בקיומו של שיח ציבורי, בהחלפת דעות, בכך שהפרט יגבש לו תפיסת עולם בסוגיות שונות, יפעל למימושן באמצעים המקובלים ויגלה מעורבות ציבורית. כל אלה לא ייתכנו מבלי שתתאפשר לציבור גישה למידע... הזכות למידע הינה אמצעי חשוב ומהותי ביכולתו של הציבור להפעיל פיקוח ובקרה על רשויות הציבור ולקחת חלק בעשייה השלטונית". (ע"מ 7024/03 גבע נ' גרמן (טרם פורסם), ניתן ב- 6.9.06, פסקה 12 לפסק-דינה של כבוד השופטת ארבל).

בטרם סיום, נדגיש שהעותרת שומרת לעצמה את הזכות להעלות, בהמשך הדיון בעתירה זו, טיעונים משפטיים נוספים, כמו גם להרחיב את טיעוניה, וזאת במקרה שבו המשיבים יעלו טיעונים נוספים לדחיית הבקשה, מעבר לאלה שהועלו בתשובות שנשלחו עד כה לעותרת. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות כמבוקש בכותרת עתירה זו, תוך חיוב המשיבים בהוצאות הגשתה.

דורי ספיבק, עורך-דין
ב"כ העותרת

נחתם היום ה- 20.9.07

עתירה זו נערכה בסיועם של הסטודנטים **נמרוד אביגאל ואליעז שושן**.
הטיוטא הראשונה של העתירה הוכנה ע"י הסטודנט **שאל פלדשו**
במסגרת סדנה אקדמית בנושא חופש המידע בפקולטה למשפטים,
המסלול האקדמי של המכללה למינהל.