

ירושלים, תמוז התשנ"ז, יולי 1997

נ י י ר ע מ ד ה

# הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה

הערות מרכזיות להצעת החוק,  
לאור המשפט המשווה

נכתב על ידי

אריאל צימרמן

בהנחיית

פרופ' מרדכי קרמניצר



המכון הישראלי לדמוקרטיה

**המכון הישראלי לדמוקרטיה** הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך, המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על-ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ובדרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה ועל-ידי פרסום מחקריו.

## תוכן העניינים

|        |  |
|--------|--|
| עמ' 5  | תקציר  |
| עמ' 9  | פרק ראשון: רקע   |
| עמ' 11 | פרק שני: שירותי בטחון זרים והחוקים הנוגעים להם                 |
| עמ' 15 | פרק שלישי: בעיות מרכזיות בהצעת חוק השב"כ,<br>לאור המשפט המשווה |
| עמ' 43 | סיכום  |
| עמ' 45 | הערות וביבליוגרפיה   |
| עמ' 47 | רשימת ניירות עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה                   |





## תקציר

1. באופן כללי, נסמכת הצעת החוק הישראלית בעיקר על החוק האנגלי המקביל. חוק זה ספג ביקורת נוקבת על עמימותו ועל חוסר הצלחתו להתמודד עם הצורך במתן מסגרת חוקית אמיתית לפעולת השירות. לעומת זאת, במדינות כאוסטרליה וקנדה ישבו וועדות על המדוכה, ודנו בלקחי העבר והדרך הנאותה לבנות חוק כך שיענה על הצורך המבצעי של השירות ובאותו זמן יציב את פעילותו במסגרת החוקית הראויה לו במדינה דמוקרטית. לחוקים מתקדמים אלו אין זכר בהצעת החוק.
2. **תפקיד השירות וייעודו:** זהו סעיף בעייתי ביותר בהצעת החוק. הסעיף נוקט בלשון עמומה במכוון, תוך שימוש במגוון ביטויים מעורפלים והניתנים לפרשנות רחבה ("קידום אינטרסים ממלכתיים חיוניים", "שמירת בטחון המדינה", "סדרי המשטר" וכד''). הנסיון מלמד כי לשירותי הבטחון יש נטייה טבעית להרחיב את תחומי עיסוקם. היעדר תיחום ברור של תפקידי השירות, הוא שתרים במקומות רבים לחריגות ולפרשיות מביכות. רמת העמימות בהצעת החוק הישראלית, אשר אין לה אח ורע, אפילו לא באנגליה, מפקיעה את המשמעות המגדירה והמגבילה של ההוראות בדבר תפקיד השירות וייעודו. חוק ברור הנמנע משימוש במושגים מעורפלים, יכול הן להסדיר את פעולת השירות – והרי זו מטרתה המוצהרת של עצם החקיקה – והן להגן על השירות מפני לחץ חיצוני לבצע פעולות החורגות מן הסמכות, ומפני נסיונות לכרסם בסמכותו של השירות.
3. **אחריות מיניסטריאלית:** סכנה חריפה – כך מגלה הנסיון במדינות אחרות – הינה כי הגורם המיניסטריאלי הממונה על השירות לא יהיה אלא אחראי "פורמאלי", כאשר בפועל מואצלות לראש השירות הסמכות לנהל את השירות כראות עיניו, והדרג הפוליטי 'ממודר' מידיעות על הנעשה בשירות. פתרונות לכך נמצאו בהרחבתה ובעיגונה הברור בחוק של אחריות השר על השירות, כך שהשר מדווה באופן קבוע על הנחיות, צווים ומדיניות השירות, ואחראי בפועל על מתן הנחיות לשירות. גישה כזו הופכת את האחריות המיניסטריאלית



לבעלת משמעות מעשית. יש בה גם כדי להגן על השירות מבחינה זו שכאשר נחשפת בעייה בתפקוד השירות, קטן הסיכון שהשירות יעמוד ללא גיבוי מיניסטרילי, נוכח שר הטוען כי לא ידע וכי אינו אחראי. הגדרת אחריות כזו אינה מצויה בחוק. יתירה מכך, לפי הצעת החוק, האחראי הישיר והיחיד על השירות הינו ראש הממשלה. במדינות אחרות האחראי על השירות הינו שר ספציפי. הסדר כזה מאפשר לראש הממשלה (שעיתותיו אינן בידיו) לשמש רק כ'אחראי על', והוא מגביר את האפקטיביות של האחריות הממשלתית.

4. **סמכויות הקירה מיוחדות:** בתזכיר הקודם הוצע להסמיך את חוקרי השירות בנסיבות מיוחדות להשתמש באמצעים שיש בהם משום הפעלת לחץ על הנחקר. הוראה זו אינה כלולה בתזכיר החדש. לכאורה, יש לברך על כך. עם זאת, דומה כי ההשקפה שביסוד ההשמטה היא שאין צורך בהוראה מסמיכה משום הצרוף של סייג "הצורך" וסעיף 17 להצעה (פטור מאחריות פלילית), המאפשרים הפעלת לחץ על נחקרים. מצב משפטי של היתר מראש להפעלת לחץ על נחקר שיש בו כדי למוטט את כוח הרצון שלו וזו גם מטרתו איננו מתישב עם המשפט הבינלאומי וסותר את מהותה של ישראל כמדינת חוק נאורה.

5. **פיקוח על צווים:** כאשר מתלבטים אם להעניק אישור לביצוע פעולות חריגות, כגון כניסה לחצרים ללא רשות, ישנם מספר שיקולים אשר צריכים להלקח בחשבון כדי למזער את הפגיעה בזכויות האדם: חוקיות ההחלטה מבחינה פורמאלית, פרופורציונליות, נחיצות והעדר אלטרנטיבה אחרת. לפי הצעת החוק מי שיאשר פעולות כאלו יהיה ראש הממשלה. בהעדר הכרה אינטימית את הנעשה בשטח ובהעדר יכולת לקיים בדיקה מעמיקה, אין ביכולתו של ראש הממשלה לבדוק לעומק את נחיצות הצו. לפיכך מומלץ כי בדומה למדינות אחרות, האישור יינתן גם על ידי שופט ועל ידי השר הממונה, הנעזר בגורם מקצועי במשרדו. הגורם המקצועי יוסיף לבחון גם לאחר הוצאת הצו את אופן יישום הצו ואת נחיצותו.

6. **מבקר השירות:** המנגנון החשוב ביותר להצלחתו של החוק הינו מבקר השירות. הצעת החוק עלולה להפוך את מבקר השירות לגורם פסיבי – הוא דן בתלונות שמגיעות אליו ומסייע לשרים כאשר נדרש. מערך הביקורת במדינות מערביות אחרות יצר מנגנון של ביקורת



אקטיבית, ולפיכך יעילה הרבה יותר: המדובר בביקורת צמודה על השירות, בדיקה של הנחיות פנימיות, נוהלים ומדיניות, דרך קבלת החלטות, בקשת צווים ודרך יישום, בדיקה של הנחיות השר הממונה לשירות, ומסירת דיווחים שוטפים לממשלה. מנגנון זה מבטיח, במידת האפשר, כי יהיה גורם של ממש הבודק את דרך פעולת השירות, והיכול לקשר כיאות בין השירות לבין הממשלה, והציבור בכללותו.

7. יצויין, כי נקודת המוצא של נייר עמדה זה אינה של ניסיון לקצץ בכנפי השירות ובסמכויותיו. נהפוך הוא: מתוך הכרה בחשיבות פעולתו של השירות, ומתוך הכרה בחשיבותו של חוק אשר יסדיר פעילות זו, מוצגת הביקורת על הצעת החוק הנוכחית. חוק מועיל יהיה כזה המוצא את האיזון הנכון בין הצורך להגן על הדמוקרטיה, לבין הצורך להגן על מי שחי בה. הצעת החוק במתכונתה הנוכחית היא יותר הענקת אצטלה חוקית לפעילות השירות מאשר ניסיון אמיתי להסדיר בחוק את פעילותו. אם החוק אינו מגדיר את תפקיד השירות, אינו יוצר אחריות מיניסטריאלית ממשית על השירות, אינו יוצר מערך ביקורת אפקטיבית – מוטב לו כי חקיקתו תושהה עד לתיקון ההצעה. יש ללמוד מן הניסיון של מדינות אחרות ולחוקק חוק מועיל, לא עלה תאנה.







שירות הבטחון הכללי פועל היום ללא בסיס חוקי שיטתי. הצורך הברור בחוק אשר יסדיר את פעולת השירות, מעלה לבקרים תביעה לחקיקת חוק מסדיר. לאחרונה, ב-13.3.1997, הוכן על ידי משרד ראש הממשלה תזכיר חוק שירות הבטחון הכללי, התשנ"ז-1997, כשלב מוקדם לקראת הכנת הצעת חוק מטעם הממשלה. תזכיר זה החליף תזכיר קודם שהופץ על ידי משרד המשפטים ב-18.1.1996.

נייר עמדה זה מציין מספר סעיפים מרכזיים ובעייתיים בהצעת החוק הנוכחית, ומפרט את ההתמודדות עם בעיות אלו במספר מדינות מערביות: ארה"ב, גרמניה, אנגליה, אוסטרליה וקנדה. חוקיהן של שלוש האחרונות הם המעניינים ביותר, משתי סיבות: ראשית, המחוקקים בשלוש מדינות אלו התבססו על הנסיון במדינותיהם בתחום של הסדרת פעולת שירותי הבטחון, וחוקיהם מהווים את השלב הסופי של לימוד לקחים בנושא, לקחים חשובים היכולים לחסוך ניסוי וטעייה בחוק הישראלי. שנית, ניכר כי הצעת החוק הישראלית יונקת מן החוק האנגלי, ומהווה העתק שלה בנקודות רבות. אך דווקא חוק זה, יותר ממקביליו, זכה לביקורת נוקבת, תוך קביעה כי הנסיון מאז חקיקתו הוכיח כי אין הוא מספק איזון נאות בין הצורכי הבטחון והסודיות לבין זכויות הפרט (ר' Wadham במאמרו). לאור הביקורת זו, וההסכמה הכללית בספרות כי המודלים באוסטרליה ובקנדה עדיפים על המודל האנגלי, מן הראוי לעיין בחוקים אלו ביסודיות.

מסמך זה אינו מהווה ביקורת מקיפה על הצעת החוק, אלא מציג את עמדת המשפט הזר בהתמודדות עם הדילמות המרכזיות העומדות בבסיס החוק.

סקירה זו נכתבה באפריל 1997 על ידי אריאל צימרמן, בהנחיית פרופ' קרמניצר.



## שירותי בטחון זרים והחוקים הנוגעים להם

### אנגליה

ישנם שלושה גופים ראשיים לענייני בטחון: ה-Security Service, או MI5, ה-SIS (MI6), המקביל למוסד, וה-GCHQ, העוסק במידע אלקטרוני. אנו נעסוק ב-MI5, הואיל והוא זה המקביל לשב"כ. ישנם שלושה חוקים רלבנטיים ל-MI5: המרכזי הוא ה-Security Services Act 1989, הקובע את המסגרת החוקית לפעולת הארגון, ה-Intelligence Services Act 1994, העוסק בעיקר ב-MI6 וב-GCHQ, אך יש בו מספר הוראות רלבנטיות גם ל-MI5, וה-Communication Interception Act 1985, המתייחס לענייני ציתות.

### אוסטרליה

הגוף המקביל לשב"כ הינו ה-ASIO, Australian Security Intelligence Organization, שהוקם ב-1949 בהוראה ("דירקטיבה") של ראש הממשלה. (ארגונים נוספים הם ה-ASIS, העוסק בענייני חוץ, וה-DSD, העוסק בתקשורת אלקטרונית). ההוראה שופצה ב-1950, וב-1956 חוקק ה-ASIO Act הראשון, אשר היה העתקה של ההוראה לחוק, ושתפקידו היה לתת גושפנקא חוקית לארגון, ותו לא. ב-1979, בעקבות מסקנות וועדה ממלכתית, הוחלף החוק, ועתה הוא נקרא ASIO Act 1979. לאחר סערה ציבורית באשר לפעילות השירות ב-1983, הוקמה ועדה שניה לבדיקת הנושא, שגררה שינויים מרחיקי לכת הן בחוק גופו, והן בדרך של חקיקת ה-Inspector General of Intelligence and Security Act 1986, העוסק במבקר השירות ומעניק לו סמכויות בהיקף נרחב מאד.

### קנדה

הארגון הרלבנטי הינו ה-Canadian Security Intelligence Service. הארגון הופרד מן המשטרה הקנדית וקיבל יישות עצמאית בעקבות מסקנות וועדת מקדונלד, בשלהי שנות השבעים. הוועדה הוקמה בעקבות סדרת שערוריות שנחשפו בענין השירות, וכתבה דו"ח עב כרס הנחשב



להתמודדות מן היסודיות ביותר בשאלת קיום ותפקיד שירות בטחון בחברה דמוקרטית. החוק שחוקק בעקבות המלצות הוועדה, מקים רשמית את הארגון (בניגוד לכל שאר המדינות, כולל ישראל, בהן החוק נותן סמכויות פעולה חוקיות לגוף קיים), ויוצר אף את כל הגורמים הנספחים: מבקר לשירות וועדות ביקורת.

## ארה"ב

ה-Federal Bureau of Investigation פועל מכוח שעטנו של הוראות חוקיות, חלקן חוקים פדרליים לקוניים, חלקן הנחיות נשיאותיות, וחלקן הנחיות ביצוע של התובעים הכלליים האחראים על השירות:

28 USC §531-540, מהווה אישור חוקי לקיומו של ה-FBI. החוק הוא כללי ביותר ואינו קובע מגבלות כלשהן על השירות.

Title 50 – War and National Defense, Sec. 401, הינו חוק שנתמלא תוכן על ידי מספר הנחיות נשיאותיות (Executive Orders), שהחשובה בהן היא E.O. 12333 מ-1981 (של הנשיא רייגן): היא מפרטת את כלל מערכות הבטחון של ארה"ב, תוך התייחסות ברמה כללית למדי לתפקידי השירותים השונים. ס' 1.14 מפרט בקצרה את תפקיד ה-FBI, שהוא בעיקרו ריגול נגדי בארה"ב ומחוצה לה. ס' 2 קובע בכלליות את מטרות שירותי הבטחון (השגת מידע מדויק לשם קבלת החלטות מושכלת), דרך פעולתם הכללית, ומספר איסורים. החוק מקבל את ה-FBI, על מבנהו ודרכי פעולתו טרם קבלת החוק כמצב הקיים, ואינו מתיימר להתערב באלו.

Section 413 של 50 USC, עוסק בביקורת הקונגרס על פעילות שירותי הבטחון.

חלק מרכזי במנדט של השירות מוגדר בהנחיות לפעולת השירות (Guidelines) שהוצאו על ידי התובעים הכלליים, ולא בחוק. (מקביל ליהוראות השירות).



## **גרמניה**

בגרמניה מתחלקים תפקידי בטחון הפנים הלא משטרתיים בין שני גופים מרכזיים: ה-Bundesverfassungsschutz (BVS) – "המשרד הפדרלי לשמירה על החוקה", העוסק בבטחון פנים אזרחי, וה-Militärischer Abschirmdienst (MAD) – המודיעין הצבאי, העוסק בנושאי בטחון ומודיעין המצויים בסמכות שר ההגנה).

ההוראות החוקיות העוסקות בכל הגופים נמצאות בחלקים שונים של החוק לשמירת מידע מ-1990.





## בעיות מרכזיות בהצעת חוק השב"כ לאור המשפט המשווה

חלק זה כולל את סעיפי החוק הנוגעים לעניין, והערות עליהן, תוך התייחסות לשיטות הזרות שנבדקו.

### האחריות המיניסטרואלית על השירות – סעיף 4

סעיף 4 להצעת החוק קובע:

4. כפיפות השירות  
(א) השירות נתון למרות הממשלה; הממשלה תאשר יעדים לשירות בכפוף להוראות חוק זה.  
(ב) ראש הממשלה ממונה על השירות מטעם הממשלה.

הכפיפות של שירותי בטחון הפנים הזרים איננה לראש הממשלה, אלא לשרים ספציפיים, שלהם ולצוותים במשרדיהם תפקיד חשוב בביקורח על הארגון, הן באופן כללי והן בענין פעולות ספציפיות: בקנדה – הכפיפות היא ל-Solicitor General (ס' 6 לחוק CSIS); באוסטרליה – האחראי על השירות הוא משרד התובע הכללי; בארה"ב – משרד המשפטים (28 USC §532); באנגליה – שר הפנים (ס' 1(1)); בגרמניה – שר הפנים (Artikel 2, §2).

יצויין כי באנגליה, היה ה-MI5 כפוף לראש הממשלה עד 1951, ובעקבות לחץ פרלמנטרי וטענות כי משרד הפנים קרוב יותר לתחומי הפעולה של השירות ומתאים יותר לשלוט בו, הועברה כפיפות ה-MI5 למשרד הפנים.

עצם העברת הסמכות לשר אינה בהכרח עוזרת להכפיף את הארגון לממשלה: בפועל, הן השירות האנגלי והן הקנדי ראו את השר כדמות משנית ואת כפיפותם לו כפורמלית בלבד. התפיסה של השירות האנגלי היתה כי למעשה השר מאציל לראש השירות את הסמכות לנהל את הארגון כראות עיניו. ניסוח החוק הישראלי בעניין הכפיפות המבצעית

דומה לניסוח האנגלי, ומעלה את החשש להווצרות תופעה דומה לזו שנצפתה באנגליה (הניסוח בחוק הוא "נתון למרות הממשלה" לעומת "Under the authority of the secretary of state". ההבדל בין "אחריות" ו"מרות" נראה כסמנטי בהקשר זה).

ועדת מקדונלד הקנדית זיהתה את אחד משורשי הבעיה של אופן תפקוד השירות בנסיון השיטתי של אנשי השירות להטעות ולמדר את האחראים עליהם פוליטית, תוך המנעות מדיווח לשר על כל פעולה בעייתית:

"the common thread which we have detected running through these incidents is that of a willingness on part of members of the RCMP to deceive those outside the Force who have some sort of constitutional authority or jurisdiction over them".

במצב דברים זה, העדיף השירות לא לגלות דבר לשר, בעוד שהשר ואנשי משרדו מעדיפים גם הם שלא לברר את הנעשה בשירות. נוהג זה הוא שאיפשר פריקת עול של השירות, אשר כללה הצתה, פריצה למשרדים וגניבת רשימות, זריעת דיסאינפורמציה, חטיפה של קרובי משפחה של אלו שהשירות נלחם נגדם במטרה להופכם למודיעים, פתיחת דואר, חדירה בלתי חוקית לבתים ועוד. כל זאת, כאשר השר יכול להתכחש לכל ידיעה על הנעשה, לאור טיב האינטראקציה בינו לשירות. מטרה מרכזית אשר עמדה איפוא לנגד עיני חברי הוועדה היה לשרש את תופעת ה-"deniability" – יכולתו של השר לא לדעת מה קורה בשירות, בכדי שלא ייפגע כאשר תיחשף שערוריה. זוהתה החובה ליצור בחוק מנגנון כפול אשר יבטיח כי השר יידע על הנעשה בשירות, ויהיה אחראי חוקית לכל פעולותיו.

פתרון ראשון מצוי בהגדרת המבנה של השירות בקנדה, שיש בו מספר נקודות חשובות:

- 6: (1) The Director, under the direction of the Minister, has the control and management of the Service.
- (2) In providing the direction referred to in subsection (1), the Minister may issue the Director written directions with respect to the Service and a copy of any such direction shall, forthwith after it is issued, be given to the Review Committee.





7. (1) The Director shall consult the Deputy Minister on
- (a) the general operational policies of the Service; and
  - (b) any matter with respect to which consultation is required by directions issued under subsection 6(2).
- (2) The Director or any employee designated by the Minister for the purpose of applying for a warrant... shall consult the Deputy Minister before applying for the warrant or the renewal of the warrant.
- (3) The Deputy Minister shall advise the Minister with respect to directions issued under subsection 6(2) or that should, in the opinion of the Deputy Minister, be issued under that subsection.

אלו הנקודות הראויות לציון:

- השר מקבל דיווחים וייעוץ בכל ענין הקשור להנחיות הארגון, צווים, ומדיניות השירות.
- הנחיות השר מבוקרות על ידי וועדת הביקורת (עניין שיידון הן בהקשר למניעת שליטת יתר של הממשלה על השירות, והן בהקשר לביקורת).
- השר נותן הנחיות, ולא "מאשר יעדים." ההבדל אינו בהכרח סמנטי, הן מבחינת האקטיביות הנדרשת מן השר, והן מבחינת הספציפיות של ההנחיות.

פתרון נוסף להגברת אחריות השר נמצא בהקמת מוסד מבקר השירות, המעורב מאד בנעשה בשירות, ומדווח לשר על הנעשה בשירות (ס' 30-33 לחוק). בכך נעסוק בהמשך.

גישה דומה של ידיעה ואחריות מוצגת בחוק הגרמני (פרק 2, ס' 16):

- " (1) המשרד להגנת החוקה ידווח לשר הפנים על פעילותו.
- (2) הדיווח על פי פסקה (1) משמש גם להבהרה כלפי הציבור מצד שר הפנים."

וועדת מקדונלד זיהתה בעייה חמורה נוספת בהקשר זה, שהיא ללא ספק רלבנטית גם לישראל: בעת חילופי גברי, השר האחראי אינו מצוי עדיין בנעשה בשירות, ויהיה בעל נטייה שלא להתערב. תקופה זו, התברר, נמשכת זמן רב. פתרון הבעייה מצוי במינויו של עובד מדינה בכיר קבוע



וא-פוליטי במשרד השר, שהוא האחראי הישיר על השירות, מצוי בקשר שוטף עם ראש השירות, ומתמצא בנעשה. (ר' סעיף 7 לחוק הקנדי, כמפורט לעיל – הפקיד הוא ה-Deputy Minister, האמון על דיווח וייעוץ שוטף לשר).

## המנדט החוקי – סעיף 7

סעיף 7 להצעת החוק קובע בין השאר:

7. ייעוד השירות ותפקידיו

השירות מופקד על שמירת בטחון המדינה, סדרי המשטר שלה ומוסדותיה מפני איומי טרור, ריגול, חשיפת סודות ופעילות אחרת העלולה לפגוע באלה, וכן מופקד השירות על שמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה כפי שתקבע הממשלה. לענין זה ימלא השירות בישראל ובחוץ לארץ תפקידים אלה:

...

(ו) פעילות אחרת שקבעה הממשלה, שנועדה לשמור ולקדם על אינטרסים ממלכתיים חיוניים של המדינה.

הצעת החוק משלבת יעדים עמומים, יעד שיורי, ותפקיד שיורי. עיון בסעיף ובמשפט המשווה מגלה כי אין הוא מתאים למדינת חוק דמוקרטית.

הנסיון 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 במדינות אחרות, הינה להסדיר את פעולת השירות ולתחום את פעילותו ואת סמכויותיו. שני האמצעים להשגת המטרה הינם קביעת מנדט ברור בחוק, וקיום מערך ביקורת משמעותי. הגדרות כלליות דוגמת זו שבהצעת החוק, באשר לייעוד ותפקיד השירות, מסכלות לחלוטין את מטרת החוק.

באף מדינה אין סעיף שיורי דוגמת סעיף 7(ו). אפילו באנגליה, שחוקקה את החוק הבעייתי ביותר אשר ספג ביקורת על עמימות הגדרותיו, לא הגיעו לדרגת עמימות כה גדולה כמו בהצעת החוק הישראלי. מהו "בטחון



המדינה? "סדרי המשטר שלה?" "איומי טרור?" "פעילות אחרת העלולה לפגוע באלה?" "אינטרסים ממלכתיים חיוניים?" "שמירה וקידום" של אינטרסים אלו?" אין זאת אלא כי המחוקק הישראלי ביכר להתחמק מהתמודדות עם הקשה שבבעיות, והיא הגדרת תפקיד השירות. הגדרה כמו נחוצה כדי לתחום את פעולת השירות ולהגן עליו מפני לחץ פוליטי לבצע פעולות חריגות.

בעיות קשות בזיהוי היקף המנדט החוקי של השירותים השונים, התעוררו גם במדינות אחרות. מן הראוי לסקור את ההתחבטויות והפתרונות לסוגיה זו בחוקים הזרים.

## המנדט בחוק האנגלי

תפקידו של השירות הינו (סי' 1):

- שמירה על בטחון לאומי, ובמיוחד שמירה מפני ריגול, טרור וחבלה, ופעילות הנועדת לפגוע בדמוקרטיה ("overthrow or undermine"), בדרכים פוליטיות, תעשייתיות או בדרך אלימה.
- הגנה על כלכלת בריטניה מפני איומי חוץ.

תפקיד ראש השירות (סי' 2):

- אחראי על יעילות השירות.
- חייב לוודא כי לא יושג יותר מידע ע"י השירות מאשר נחוץ לביצוע תפקידו, וכי לא ייעשה שימוש במידע אלא למניעת פשע חמור או למטרת הליך פלילי כלשהוא.

## מהות החוק הבריטי (Security Service Act 1989) והקע לו

הסמכות המקורית של השירות הוגדרה בדירקטיבת Maxwell-Fyfe, שר הפנים, ב-1952. שם הוגדרה מטרת ה-MI5 כ-"Defence of the realm as a whole". הרעיון הוא של פעולה רק בתחומים חשובים הנוגעים לבטחון המדינה ככלל.

סעיף 2 לדירקטיבה (שהועתק כמעט במלואו לחוק מ-1989) קובע את תפקיד השירות: הגנה מפני ריגול, חבלה, ופעולות חתרניות ("subversive"). מושג עמום זה הוא שגרם להרחבת היקף ותחומי פעילותו של השירות, והגדלת כוחו באשר לחיי אנשים וניהול החיים הפוליטיים.



תפקיד השירות הוגדר בדירקטיבה כחובה לעשות רק מה שהוא "strictly... necessary", הגדרה שנותרת לפרשנות ראש השירות. המגבלה בחוק כיום נותרה עמומה (ס' 22):

"... it shall be [the Director General's] duty to ensure – (a) that ... no information is obtained by the Service except so far as necessary for the proper discharge of its functions"

לאור הסודיות האופפת את פעולות השירות, מידת הנחיצות של הפעילות נותרה עדיין ללא עיון חיצוני, אלא כאשר מתגלה תקלה חמורה. לאור זאת השירות הבריטי הפך לשופט של הנחיצות והנאותות של פעולתו- שלו, מה שאפשר לו חופש פעולה כמעט בלתי מוגבל (ר' ספרו של איש השירות, Peter Wright "Spycatcher", שהודה כי

"For five years, we bugged and burgled our way across London at the State's behest, while pompous bowler-hatted civil servants in Whitehall pretended to look the other way").

יצויין כי הביקורת על הדירקטיבה נובעת לא מן העקרונות שהיא מנסה להציב, אלא מחוסר ההשלכה המעשית שהיתה לה על פעולת השירות.

החוק מ-1989 מהווה נסיגה מחלק מעקרונות הדירקטיבה. ההגדרה של ייעוד השירות היא כללית, בניגוד לאוסטרליה או קנדה: הגנה על הבטחון הלאומי, "ובמיוחד" ריגול, טרור וחבלה והגרסה החדשה של 'חתרנות'. הרשימה אינה סגורה (ובכך היא הקרובה ביותר להצעת החוק הישראלית), וזאת במכוון. שר הפנים Hurd תירץ זאת כך בפרלמנט:

"The definition has to be comprehensive. The [House of Commons] would not want to establish a description of functions that did not cover all areas in which the Security Service might, now or in the future, have to become involved. If [the House] did that, it could create an intolerable position, where the Security Service would be powerless to defend us or where there might be great pressure and, therefore, strains on the way the legislation was interpreted and understood."

המלומדים Leigh-ו-Lustgarten, מבכירי החוקרים העוסקים בשירותי הבטחון האנגלי, גורסים בספרם כי ניסוח כזה מותיר פתח לשרירותיות



רבה של השרים או של השירות עצמו, וכי מצב זה מסוכן הרבה יותר מהסכנות חסרות השם שהזכיר שר הפנים. גישה כזאת אינה יכולה להיות מוצדקת בעידן שבו זכויות אדם הופכות לענין מרכזי בכל העולם. ביקורת זו מקבלת משנה תוקף בהתייחס להצעת החוק הישראלית.

ראוי לציין כאן מאפיין משותף לאנגליה וישראל, שאינו קיים במדינות אחרות: תפקיד השירות הוא "Protection of national security" באנגליה ובישראל, ללא דגש על איסוף אינפורמציה. הצעת החוק שלנו מגדילה עשות וקובעת את תפקיד השירות כשמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים של המדינה (ס' 7(ו)). הגדרה כזו עלולה לגרום לעודף פעלתנות של השירות.

לשם השוואה, תפקיד השירות הגרמני הינו "איסוף, מיון והערכה של מידע" (פרק 2, ס' 13) לחוק שמירת מידע); ניסוח דומה קיים בקנדה (ס' 12) ובאוסטרליה.

#### **מונחים ספציפיים בהגדרת ייעוד השירות**

■ **"טרור"**: מונח זה קיים רק בחוק באנגליה ובישראל. בקנדה הועדפה ההגדרה "serious violence for the purpose of achieving a political purpose within Canada" ובאוסטרליה "Promotion of communal violence" ו-"Politically motivated violence", שני מושגים המכסים את ההיבטים של טרור וחתרנות שמן הראוי שהשירות יעסוק בהם, מבלי להותיר הגדרות רחבות ועמומות של טרור וחתרנות.

ישנו גבול דק בין "טרור" המתקרב לכדי "סיכון בטחון המדינה" לבין פעילות אלימה סתם, שבאנגליה הוכח כי יש נטייה לחצות אותו. יש מקרים בהם ברור שהשירות צריך לטפל (IRA), אך יש מקרים שבהם המצב אינו ברור, והשירות מחליט בהם באופן טבעי כי עליו להתערב.

בעיה שמתעוררת מסמכותו הרחבה של השירות בענין זה הינה היכולת שיש לעשות שימוש בכוח שיש לשב"כ ואין למשטרה, כדי להשיג הוכחות פליליות נגד אדם, כאשר המשטרה אינה יכולה לקבל צו נגדו. נציין כי בניגוד להצעת החוק הישראלית – בקנדה, אוסטרליה וגרמניה מובהר כי לשירות לא יהיו סמכויות משטרתיות.

■ **"הגנה על אינטרסים כלכליים"**: כאן מתעוררות בעיות דומות של הגדרה עמומה.



■ **"חתרנות":** בגרסה האנגלית הנוכחית התקבל "פירוש Harris" לחתרנות:

"activities which are intended to undermine or overthrow parliamentary democracy by political, industrial or violent means".

ההרחבה הגדולה במושג החתרנות מוסברת בספרות לאור ההיסטוריה של החשש מפני תנועות השמאל בבריטניה: הן של ה'טורים' והן של הלייבור כלפי אלו שמשמאלם (בעיקר הקומוניסטים). דוגמה לתפיסה הרחבה את זכות השירות לפעול נגד "חתרנות": כאשר ב-1966 היתה שביתה של איגוד מקצועי מסוים, ראש הממשלה מיהר להאשים את הקומוניסטים והורה לצותת מיד לטלפונים של כל מנהיגי האיגוד. כך עשו גם לגורמים במפלגת הלייבור עצמה, לראשי ארגוני סטודנטים, ולארגון נגד נשק גרעיני. החוק מ-1989 אינו מונע המשך פעולות כאלו של השירות, נגד פעילויות ציבוריות היכולות להחשב לגיטימיות.

## המונדט בחוק בקנדה

תפקידו של השירות מוגדר בחוק Canadian Security Intelligence Service Act, chap. c-23 (1984), §12:

"The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada."

המונח "בטחון" מוגדר בתחילת החוק:

- ריגול וחבלה ופעולות העוזרות לאלו.
- פעולות חשאיות המושפעות ע"י גורמים זרים המסכנות אזרח קנדי ועלולות לגרום נזק למדינה.
- פעולות התומכות או מקדמות פעילות אלימה רצינית נגד אנשים או רכוש, הנועדות להשיג מטרה פוליטית (הגדרה אלטרנטיבית מוצלחת לטרור).
- פעולות לא חוקיות ואלימות שנועדו לפגוע במשטר החוקתי הקנדי.



תפקידים נוספים של השירות:

- ייעוץ בענייני בטחון לשרים השונים, כולל ביצוע חקירות "ככל שיידרש" לשם מתן הערכות מצב (ס' 13).
- סיוע לשר ההגנה או שר החוץ, בהקשר להגנת קנדה או קשרי החוץ שלה, על ידי איסוף מידע על יכולות, כוונות ופעילויות של כל גורם זר בקנדה (ס' 16).

גם בקנדה התנהל ויכוח נוקב בעניין ההגדרה הראויה ל"חתרנות", לאור הצורך למנוע פעילות נרחבת מדי של השירות. נקבע כי השירות יחקור רק פעילויות אלימות הנועדות לחסל את השלטון החוקתי, ולא פעילויות חוקיות לשינוי השלטון (פירוט סעיפי החוק – ר' להלן). הזהירות הרבה במתן סמכות נרחבת לשירות נובעת מן הרקע לחקיקת החוק: כאמור, הוברר כי השירות עסק במגוון פעילויות שלא מן הראוי כי יעסוק בהן נגד ספרטיסטים ושמאלנים בוויבק. כפי שציינה וועדת מקדונלד, נראה כי לשירות היתה בעיית הבחנה קשה בין פעילות פוליטית לגיטימית ושאינה כזו, בעית הבחנה הקיימת גם בהצעת החוק שלנו. שכן ניתן להתווכח על המשמעות של "בטחון", "סדרי המשטר" וכד'.

## המודט בחוק האוסטרלי

החוק מ-1956 קבע כי תפקיד הארגון הינו לאסוף מידע רלבנטי לבטחון, כאשר בטחון מוגדר כ: "protection of the Commonwealth from acts of espionage, sabotage or subversion", הגדרה שהותירה כר נרחב לפעולות חריגות של השירות (בעיקר נגד חתרנות, כפי שהובהר במקרה האנגלי). בשלהי שנות השבעים המליצה וועדה ממלכתית בראשות השופט Hope, כי יש לחוקק חוק שיהווה

"a clear statement of ASIO's functions and their limitation by reference to the concept of 'security' as defined."

ב-1986, בעקבות בדיקה נוספת של הוועדה הממלכתית, הוחלט לתקן עוד את החוק "to clarify and state the functions of the ASIO". שיפוצים חוזרים ונשנים אלו מוכיחים עד כמה הגדרות סתמיות דוגמת אלו שבהצעת החוק שלנו אינן מתאימות לצורכי שלטון החוק.

הוועדה שבדקה את ההגדרה הראויה בחוק לענין "חתרנות", גרסה כי הממשלה תדע לשמור על עצמה לבד מפני אויבים וסיכונים פוליטיים, וכי

השירות אינו צריך להתערב בכל מקרה של שביתה רחבת היקף או פעולה הנראית כפוגעת בכלכלה האוסטרלית. תפקיד השירות להתערב רק כאשר פעולות כאמור מלוות באלימות והן מסכנות בפועל את המשטר החוקתי. המונח הרלבנטי לענין זה הינו "Politically motivated violence", ולא "חתרנות" או "טרור". בנוסף לענין זה, השירות עוסק גם בפעולות שהן "promoting hostility between different groups within the Australian community" – התמודדות עם התארגנויות גזעניות אלימות (ענין שיכול להיות רלבנטי גם אצלנו).

### החוק (כולל התיקון מ-1986):

תפקידי הארגון, על פי סי' 17 ל-Australian Security Intelligence Organization act 1979:

- השגת והערכת מידע רלבנטי לבטחון.
- העברת מידע לאנשים אשר מן הראוי להעביר להם אותו מידע, אך ורק בהקשר של בטחון.
- לייעץ לשרים בענייני בטחון, כל עוד עניינים אלו קשורים לתפקיד השר.

### הגדרות

הגדרת "בטחון": ריגול, חבלה, התקפה על מערך ההגנה האוסטרלי, התערבות זרה, politically motivated violence, promotion of communal violence.

הגדרת "קידום אלימות חברתית": פעילויות לקידום אלימות בין קבוצות חברתיות שונות באוסטרליה, אשר מסכנות את השלום, הסדר או השלטון.

הגדרת "אלימות פוליטית": פעולות אלימות או איומי אלימות שמטרתן להשיג מטרה פוליטית, או להפיל או להרוס את המשטר החוקתי.

### המנדט בחוק בארה"ב

28 USC Sec. 535:

תפקידי הארגון: מעקב אחר פשעים בארה"ב, הגנה על אנשי הנשיא, ו-"To conduct such other investigations regarding official-matters". אין הגבלות כלשהן על תחום פעולת השירות.





תפקידי ה-FBI (§1.14): ניהול ריגול נגדי בארה"ב ומחוצה לה, תמיכה ב-CIA.

תפקידי גורמי הבטחון באופן כללי (§2.1): השגת מידע מדויק על יכולות, כוונות ופעולות גורמי חוץ, שנחוץ לשם קבלת החלטות בענייני בטחון לאומי וקשרי חוץ.

מתוך שלל החוקים וההוראות דולה הספרות את תפקיד השירות כדקלמן: "הגנת הציבור מפני פשע כללי, פשע מאורגן, טרור גזעני או פוליטי המסכן באופן רציני את הבטחון הציבורי והלאומי."

הנסיין האמריקאי לימד על חוסר עכבות כלשהן של השירות בהרחבת תחומי פעילותו. בשנות השבעים, בעקבות פרשת ווטרגייט, החלו להתברר ממדי העיקוב (כפי שגילתה וועדת Church לבדיקת פעולות לא חוקיות, לא נאותות או בלתי אתיות, ב-1975): פתיחת חצי מיליון תיקים אישיים על אזרחים, רשימה של עשרות אלפים שיש לעוצרם במקרה חירום, פתיחת תיקים על כל חבר בגופים פוליטיים כגון ה-Black Student Union או ה-Students for Democratic Society, ופעולות תקיפות נגד כל פעיל אנטי-מלחמתי. הנחיות שהוצאו לשירות ב-1976 על ידי התובע הכללי (US Attorney-General Guidelines on Domestic Security) הגבילו קמעה את הסמכות הרשמית לפתוח בחקירה, ואפשרו ל-FBI להתחיל לחקור רק:

"on the allegation or other information that an individual or a group may be engaged in activities which involve or will involve the use of force or violence and which involve or will involve the violation of federal law."

חרף ההגבלה החקירות הנרחבות נמשכו, שכן השירות לא הקפיד לקיים אותה. עם זאת, השירות חש שהמגבלה האמורה מקשה עליו לחקור ארגונים רדיקליים, ולפיכך ב-1983 פורסמו הנחיות חדשות ומקלות עוד יותר. ניתן לחקור גם כל מי שיש בדבריו תמיכה בפעילות פלילית, אלא אם ברור שאין הוא מהווה סכנה. אין חובת דיווח לשר, ניתן להאריך את החקירה באופן עצמאי (עד שנה), וניתן לחקור כל פעילות פוליטית הנחשבת בעיני השירות כמסוכנת (קומוניסטים, רדיקלים וכו').



מסקנתם של מספר מלומדים (Theoharis, Rubin) הינה כי יש צורך בקביעות מגבלות של הקונגרס על היכולת לחקור כל התבטאות, וחיוב ה-Attorney-General לפקח על טכניקות האיסוף והמדיניות הנוהגת בשירות.

## המנדט בחוק הגרמני

לפי סעיף 3(1), משימת ה"רשויות להגנת החוקה" היא איסוף, מיון והערכה של מידע על:

- מאמצים המכוונים נגד הסדר הבסיסי הדמוקרטי החופשי, קיום או בטחון ה"בונד" (הפדרציה הגרמנית) או אחת ממדינותיו, או פגיעה בלתי חוקית בניהול העניינים על ידי גופי הגנת החוקה של ה"בונד" או אחת ממדינותיו, או עובדיהם.
- פעולות המסכנות את הבטחון או פעולות חשאיות בתחומים המוגדרים על ידי החוק הזה, לטובת מדינה זרה.
- מאמצים בתחומים המוגדרים על ידי חוק זה, אשר בעזרת שימוש באלים או בהכנתה מסכנים את האינטרס החיצוני של הפדרציה.

...

(3) רשויות הגנת החוקה כפופות לקביעות החוק הכלליות (ס' 20 לחוק היסוד [המגדיר את גרמניה כדמוקרטיה]).

## הגדרות

(1) בחוק זה:

- א. "מאמצים המכוונים נגד קיום ה'בונד' או אחת ממדינותיו" הם התנהגויות כאלה, של אדם או חבר אנשים, שהגדרתן פוליטית, והן מכוונות לבטל את החירות של ה"בונד" או אחת ממדינותיו באמצעות שלטון זר, לחסל את האחדות המדינית או לפגוע בשלמות הטריטוריאלית שלה(ם).
- ב. "מאמצים המכוונים נגד בטחון ה'בונד' או אחת ממדינותיו" הם התנהגויות כאלה, של אדם או חבר אנשים, שהגדרתן פוליטית, והן מכוונות לפגוע פגיעה ניכרת ב"בונד" או באחת ממדינותיו או מוסדותיהם.
- ג. "מאמצים המכוונים נגד הסדר הבסיסי הדמוקרטי החופשי" הם התנהגויות כאלה, של אדם או חבר אנשים, שהגדרתן פוליטית, והן



מכוונות להוציא מכלל תוקף את אחד מעקרונות החוקתיים המנויים  
בפסקה 2 [המגדירה את יסודות הדמוקרטיה].

- באופן כללי, כפופות הרשויות לסעיף 1 לחוק היסוד הקובע:
- (1) כבוד האדם הוא ערך מקודש. תפקיד הרשות הציבורית יהיה להגן על כבוד האדם.
  - (2) העם הגרמני רואה בזכויות אדם ערך מקודש שאינו ניתן לביטול, וכיסוד של כל חברה, שלום וצדק בעולם.
  - (3) זכויות היסוד [המפורטות בחוקה] יחייבו את כל הרשויות, ומעמדן כחוק.

## **מיסקנות**

המלומד Gill, במאמרו על הנסיון הקנדי בהגדרת המנדט החוקי, קובע כי:  
"Past experience [in Canada] and elsewhere suggests strongly that virtually total reliance on [quality of internal management] alone, with unrestricted statutory mandate and virtual absence of external oversight will prove both shortsighted and dangerous in terms of the Security Service's effectiveness and its respect for the democratic process."

יש צורך במנדט מוגדר היטב, אשר יצמצם את סמכויות הפעולה של השירות ונטייתו הטבעית של כל שירות להרחיב את פעילותו (כנגד מחאה פוליטית, לדוגמה), אך יהווה גם הגנה על השירות מפני לחץ חיצוני, בעיקר של שרים, לבצע פעולות החורגות מן הסמכות. יש להחליט מהן בדיוק המטרות אותן מייעדים לשב"כ, ולקבוע בבירור מהן סמכויותיו הנגזרות של השירות. אין לעשות שימוש במונחים עמומים כ"בטחון המדינה", "סדרי המשטר" ובוודאי שלא "אינטרסים ממלכתיים חיוניים" תוך התחמקות מלהגדירם בחוק, ואין להותירם לפרשנות השירות או החלטת הממשלה.

### **הערה: חוקיות הפעולות נגדן פועל השירות**

הצעת החוק מתייחסת בסעיף 7 לפעולת השירות נגד "פעילות אחרת העלולה לפגוע ב[בטחון, סדרי משטר וכיו.]", ואינה מוציאה מכלל זה



פעילות חוקית (בניגוד לס"ק א), המתייחס לפעולות בלתי חוקיות (בלבד).

בדומה להגדרת הייעוד אצלנו, לא היתה באנגליה כל התיימרות שהפעולות שהשירות חוקר אותן צריכות להיות בלתי חוקיות, כפי שהסביר שר הפנים בריטן ב-1984:

"Tactics which are not themselves unlawful could be used with the aim of subverting our democratic system of government"

זהו כנראה המצב גם בארה"ב, לאור הפרשנות של ראש ה-FBI, וובסטר, את ההנחיות שהוציא התובע הכללי ב-1983.

החוק הקנדי מוציא מן הסמכות של השירות פעולות חוקיות, אולם הפעולות הללו ייחשבו לניתנות לעיקוב אם הן מלוות בפעולות אחרות שהן פגיעה בבטחון, כגון פעולות שהן "ultimately intended to lead to the destruction of constitutional government". ניסוח זה עלול לרוקן את הסייג מתוכן.

בפועל, לא היתה בשירות הקנדי פעילות אנטי חתרנית רחבה של השירות, אולם כנראה לא בעטיין של מגבלות החוק אלא בשל מגבלות אדמיניסטרטיביות, ביטול האגף המיוחד נגד חתרנות, וביקורת מבצעית צמודה על פעולות כאלה.

במובחן, באוסטרליה נקבע בס' 17A לחוק באופן מפורש כי:

"This Act shall not limit the right of persons to engage in lawful advocacy, protest or dissent and the exercise of that right shall not, by itself, be regarded as prejudicial to security, and the functions of the Organization shall be construed accordingly."

## פיקוח על צווים – סעיף 10

סעיף 10 להצעת החוק קובע:

10. חיפוש סמוי בכלי רכב ובחצרים למטרות מודיעין (א) ראש הממשלה רשאי להתיר בכתב לבעלי תפקידים בשירות ... להכנס לכלי רכב או לחצרים ... אם שוכנע כי מידע חיוני לשם מילוי תפקידי השירות לפי ס' 7(א), (ב) או (ו) מצוי באותו כלי רכב או באותם חצרים, וכי לא ניתן, באופן סביר, להשיג את מטרת החיפוש בדרך אחרת.

### זהות נתן ההיתר ושיקוליו

חיפוש סמוי בכלי רכב ובחצרים, ללא נוכחות בעליהם וללא ידיעתם, מהווה פגיעה בזכויות אדם בסיסיות – פלישה לשטח, פגיעה בפרטיות ובקניינו של אדם. פגיעה כזו צריך שתיעשה בשיקול דעת ובפיקוח. ישנם ארבעה עקרונות מרכזיים בהקשר למתן היתר לפגיעה כאמור, אשר הקפדה עליהם יכולה להבטיח כי הפגיעה תהיה מינימלית: חוקיות ההחלטה (כולל ענין הסבירות), בדיקת קיומן של אלטרנטיבות לפעולה המוצעת, בדיקת הפרופורציונליות של הפעולה למטרה אותה מנסים להגשים, וקיום מערך ביקורת מראש ובדיעבד על מתן הצו ויישומו. הדרך האופטימלית לקיום העקרונות הללו, היא מתן היתרים באישור כפול של שופט וגורם מקצועי במשרד השר הממונה, וקיום מעקב אחר דרך יישום ההיתר, ונחיצותו בדיעבד, על ידי מערך הביקורת של השירות (כפי שנעשה בקנדה). דרכה של ההצעה רחוקה מאד מהדגם המוצע כאן.

פיקוח על חוקיות ההחלטה אינו יכול להיעשות על ידי דיווח בדיעבד ליועץ המשפטי, כשלושים יום לאחר הפעולה (תקופה שהוארכה משבעה ימים, בהצעת החוק הקודמת). מתן היתר בדרך של צו של שופט, כפי שהוצע בהצעת החוק הקודמת, מבטיח טוב יותר את חוקיות ההחלטה, גם אם אינו מספיק להבטחת קיום שאר ההיבטים של הפיקוח על ההיתר, שצוינו לעיל. לפיכך, מוטב כי ההיתר ינתן גם בפיקוח שיפוטי, ולפחות באישורו



של גורם משפטי מוסמך במשרד ראש הממשלה, ולא על ידי גורמים מבצעיים בלבד, ולא על ידי ראש הממשלה לבדו.

כדי לוודא שהפעולה שההיתר לה נדרש על ידי השירות, היא אכן נחוצה, מקיימת את אלמנט הפרופורציונליות, ואין לה אלטרנטיבות סבירות אחרות, נדרש שהגורם המאשר, **על פי החוק**, יהיה גורם מקצועי, במשרד ראש הממשלה (בדומה ל-F6 האנגלי), אשר יש לו הכישורים לבדוק באופן יסודי את מהות הפעולה המתבקשת, היקפה והצורך בה. ראש הממשלה או השר האחראי צריך להיות רק הגורם האחרון בשרשרת המאשר את הפעולה.

צווים ניתנים כאשר ישנה פגיעה בזכויות אדם – פלישה לשטחו, ציתות, פגיעה אחרת בפרטיותו. ניתן לזהות מספר קריטריונים למתן צו, אשר יבטיחו כי פגיעה זו תהיה מינימלית: חוקיות ההחלטה (כולל ענין הסבירות), פרופורציונליות, אלטרנטיבה, וקיום מערך ביקורת מראש ובדיעבד על מתן הצו ויישומו. מתן סמכות למתן הצו לשופט, ולו בלבד, עונה מעשית רק על הקריטריון הראשון. לשופט בבית משפט המחוזי אין יכולת לעמוד על האספקטים המבצעיים של הפעולה המבוקשת, ולדעת האם הפעולה היא אמנם פרופורציונלית ונעדרת אלטרנטיבה. טיעון זה הוא שהכריע את הכף באנגליה לטובת מתן סמכות מתן הצו לשר. באופן כללי, הגורם המאשר צווים בחו"ל הינו שר, לעיתים בשילוב עם שופט.

## אנגליה

סי 5 ל-SIS Act 1994 – שר הפנים מוסמך לתת צו המאשר ביצוע פעולה ביחס לרכוש אם שוכנע כי: (1) הפעולה יכול שתהא בעלת ערך רב לשירות בביצוע אחת ממשימותיו, (2) נעדרת אלטרנטיבה, ו-(3) נעשית בהתאם לכללי שמירת המידע.

## קנדה

סעיף 21 לחוק קובע כי השירות צריך לקבל אישור לפעולות הדורשות צו קודם כל מן ה-Solicitor General, ואחרי שקיבל אישור יפנה לשופט שייתן צו. הבקשה צריכה לכלול מספר רב של פרטים – נחיצות הצו, אלטרנטיבה, זיהוי מדויק ביותר של הפגיעה והנפגעים הצפויים. בהתאם, יכולה גם הביקורת על הצו להיות אפקטיבית.



## אוסטרליה

שר המשפטים מאשר את הצווים (ס' 25-27). הבקשה לצו תציג את עובדות המקרה, הבסיס החוקי לבקשה לפעולה, וכיצד השימוש בצו יאפשר לשירות להשיג את מטרותיו. יש זמן מוקצב לכל צו. בסוף השימוש בצו יש לדווח לשר באיזו מידה הצו הועיל לשירות.

## גרמניה

נותן הצו הוא שר הפנים. החוק קובע במפורש את המקרים בהם ניתן לאשר טכניקות איסוף פוגעניות, את טיבן ואת מגבלותיהן.

ס' 28): "המשרד רשאי להפעיל שיטות, אמצעים ומכשירים לאיסוף מידע חסוי, כגון הפעלת סוכנים ואנשי שטח, תצפיות, רישום בסרטים ובסרטי קול ... את אלה יש לציין בהוראה מפורשת, הקובעת גם את האחריות לקבלת החלטה בעניין כזה של איסוף מידע. ההוראה זקוקה להסכמת שר הפנים, אשר ידווח לוועדת הפיקוח הפרלמנטרית.

(5) המשרד יבחר מבין האמצעים העומדים לרשותו את אלה הפוגעים באדם הנדון בצורה המזערית ביותר. אסור להשתמש באמצעי המביא נזק שבבירור אינו עומד ביחס מתאים למטרה שלשמה מכוונת הפעולה."

ס' 19): "המשרד רשאי לאסוף מידע, באמצעים ע"פ ס' 28), אם העובדות מאששות את ההנחה ש:

1. בדרך זו יתקבלו ידיעות על מאמצים או מעשים בהתאם לס' 3(1), או שבאמצעותם יגיעו למקורות החיוניים לבחינת ידיעות כאלה, או
2. יש בהם כדי להגן על עובד, מוסד או מקורות של המשרד מפי מעשים המסכנים את הבטחון."

## ארה"ב

התיקון הרביעי לחוקה דורש כי חיפושים ייעשו רק באמצעות צו, וזאת בהתקיים סיבה סבירה לחיפוש. נותן הצו, כעקרון הוא התובע הכללי.

(יצויין כי למרות זאת, Executive Order 12333 מצאה דרך לעקוף כליל את הצורך במתן צו במקרים מסוימים: ס' 2(5) להנחיה מאפשר לתובע הכללי לאשר לשירות לבצע פעילות עיקוב חודרת [intrusive]



"surveillance] ללא צו, אם השתכנע כי נשוא העיקוב הוא סוכן של "כוח זר". חוקתיותו של סעיף זה הוטלה בספק).

מעבר לכך, קובעות ההנחיות הנשיאותיות מספר עקרונות חשובים:

2.4 "Agencies within the Intelligence Community shall use the least intrusive techniques feasible... Agencies are not authorized to use such techniques as electronic surveillance, unconsented physical search, mail surveillance, physical surveillance, or monitoring devices unless they are in accordance with procedures established by the head of the agency and approved by the Attorney General. Such procedures shall protect constitutional and other legal rights and limit use of such information to lawful governmental aims."

העקרון המנחה הינו:

2.2 "... general principles ... are intended to achieve the proper balance between the acquisition of essential information and protection of individual interests."

## כללי

בכדי שאישור הצו לא יהיה אוטומטי, דרוש קיום צוות מקצועי במשרדו של השר, אשר יעבוד בצמוד לגורמי השירות אשר יציגו את הבקשה, ויוכל לבדוק את הצורך בצו והיקפו מבחינה מבצעית. זהו המצב במדינות השונות. באנגליה, לדוגמה, ישנו צוות מיוחד במשרד הפנים (F6). המכיר את צורכי השירות, ודן איתו בבקשות לצו לציתות. בקנדה, ישנה וועדה (TARC) הכוללת גורמים מן השירות, המשרדים הרלבנטיים, ועו"ד עצמאי מטעם משרד המשפטים, הבודקת את הצורך בצו מכל הבחינות. רק בקשות שאושרו על ידי הוועדה (חלקן נדחות) מועברות, לאחר שנבחנו על ידי וועדה נוספת (WRC, בראשות ראש השירות), לאישור שר המשפטים. בתום אישור מבצעי זה, מועברת הבקשה גם לאישור שופט, האמון על בדיקת ההיבטים המשפטיים של הבקשה. נראה כי הליך כזה או דומה לו יכול למזער את הפגיעה בזכויות אדם, ולמנוע את המצב שהיה קיים באנגליה (ועלול להיות קיים אצלנו, במתכונת הנוכחית של ההצעה) שבו השירות מעביר בקשה המנומקת ב-2-3 שורות לעיונו של נתן האישור, המשמש רק כחותמת גומי.





## מסקנות

נותן הצו הוא כעקרון השר, כאשר רצוי לשלב בין השר ושופט לשם ביקורת מקיפה. יש להגדיר בחוק את המצבים בהם נדרש הצו ואת השיקולים שיש להפעיל בהחלטה באשר לנתינתו. יש לקיים צוות מקצועי במשרד השר שיהיה בעל כושר לדון באופן מעשי בנחיצותו והיקפו של הצו.

### זהות מפיק ההיתר במקרה חירום

בהצעת החוק (ס' 10(ב)), נותן היתר במקרה דחוף ראש השירות, במקום ראש הממשלה. בכל החוקים הזרים הגורם הנותן צו במקרה דחוף הוא מחליפו של הגורם הנותן את הצו הרגיל: לדוגמה, באנגליה, שר הפנים הוא נותן הצו כרגיל, ובמקרה דחוף, פקיד בכיר במשרדו שהשר אישר כי הוא יחליפו (ס' 5 ל-SIS Act 1994). אם הוחלט כי נותן הצווים הוא ראש הממשלה, סביר שמחליפו בעיתות חירום יהיה גורם מקצועי במשרד ראש הממשלה, המוסמך לטפל בנושא.

הגדרת המקרים ה"דחופים" שבהם ראש השירות הוא זה שינפיק את ההיתר, במקום ראש הממשלה, מותירה מקום לחשש פן החריג (היתר על ידי ראש השירות) יהפוך לכלל. די כי ראש השירות החליט כי החיפוש הוא חיוני ואינו סובל דיחוי, כדי שראש השירות יתן את ההיתר. מכיוון שכל חיפוש הטעון אישור ראש הממשלה הוא חיוני, ולרוב אינו סובל דיחוי, התוצאה תהיה שרוב ההיתרים יינתנו על ידי ראש השירות דווקא. הבעייתיות במצב זה היא העדר מוחלט של פיקוח על ההיתרים, הן מראש והן בדיעבד. כפי שצוין, רצוי כי יהיה גורם קבוע במשרד ראש הממשלה אשר יהיה נגיש תמיד למתן אישורים, כך שיהיה גורם מחוץ למערכת, הבוחן את הבקשות להיתרים, לפני מתן אישור להן. בכל מקרה, גם אם ראש השירות יהיה מנפיק ההיתרים במקרים הדחופים, יש לקיים ביקורת יסודית (ולא רק של ראש הממשלה בתום שלושה ימים, או היועץ המשפטי אחרי חודש) באשר למתן ההיתרים והשימוש בהם. בכך נעסוק להלן.



## ביקורת על הצווים

ברוב המדינות, כל הצווים עוברים ביקורת של של מבקר השירות. בגרמניה, כל צו שאישר שר הפנים יועבר לוועדת הביקורת הפרלמנטרית (ס' 28). באוסטרליה ובקנדה, צווים שאושרו עוברים לעיונם של המבקר או וועדת הביקורת, במסגרת פיקוחם השוטף על השירות. בהצעת החוק שלנו המבקר אינו זוכה לראות את הצווים. כפי שצויין כבר, אין סיבה מיוחדת שהמבקר לא יזכה לראות צווים אלו, ויוכל לבקר (גם אם בדיעבד) את הצורך בהוצאתם, את טיב השימוש שנעשה בהם, ואת תוצאת השימוש בהם.

הדיווח על ההיתר ליועץ המשפטי, אין די בו כדי להבטיח ביקורת נאותה על השימוש בהיתר. הדעת נותנת כי מבקר השירות יהיה הגורם המרכזי בביקורת על הפעולות החריגות של השירות. ביקורת זו צריך שתהא מופעלת הן מראש, במידת האפשר, והן בדיעבד: על ידי בדיקה, בראייה לאחור, של נחיצות הפעולה, היקף ההיתר שנתבקש, ודרך הביצוע בפועל של הפעולה החריגה. מתן היתרים על ידי ראש הממשלה, ודיווח ליועץ המשפטי, ללא מערך ביקורת אפקטיבי, עלולים להביא לכך שהנפקת ההיתרים תהווה מעשה שבשגרה, כאשר הגורמים החיצוניים לשירות מהווים רק יחותמת גומי, ולא קיימת הגבלה למינימום של הפגיעה בזכויות האדם.

## פטור מאחריות פלילית – סעיף 17

בהצעת החוק, בסעיף 17, נאמר:

עובד השירות או הפועל מטעם השירות לא יישא באחריות פלילית למעשה או למחדל שעשה בתום לב ובאופן סביר במסגרת תפקידו ולשם מילוי.

בשיטות המשפט זרות, קיים פטור מאחריות פלילית רק בהתקיים צידוק.

## קנדה

פעולות שאינן חוקיות דורשות צו. מי שפועל עם צו, פטור מאחריות פלילית (סי' 25, 26). מי שמבצע פעולה בלתי חוקית ללא צו, אינו פטור.

## אנגליה

סי' 3 ל-SSA Act 1989 קובע:

"No entry on or interference with property or with wireless telegraphy shall be unlawful if it is authorised by a warrant issued by the Secretary of State."

לא נמצאה הרחבה דומה לזו הישראלית. לא ברורה ההצדקה לפטור גורף כזה של עובדי השירות מעבירות של רשלנות (לדוגמה, גרימת מוות ברשלנות); מה גם שאין פטור מקביל לעובדים בגורמי ביטחון אחרים.

אם מטרתה של הוראה זו (בשילוב עם פרוש של סייג ה"צורך") היא לאפשר מראש הפעלת לחץ על נחקרים, יש להסתייג ממנה בחריפות. היתר מראש להפעלת לחץ על נחקר במטרה לשבור את כוח רצונו ושיש בו כדי למוטט את כוח הרצון (אחרת אין בו טעם) אינו מתישב עם המשפט הבינלאומי וסותר את מהותה של ישראל כמדינת חוק נאורה.

## הביקורת על השירות

הועדה לבדיקת שירותי הבטחון והמודיעין באוסטרליה קבעה כי:

"What is needed is an independent person with power to maintain a close scrutiny of [the organization's] performance of its functions, and to look into complaints, in order to give greater assurance to the [Minister], and through him Parliament and the public, the [organization] is acting with propriety and within its charter."



(Royal Commission on Australia's Security and Intelligence Agencies, (Report on ASIO (1985), 330).

מערך הביקורת שפותח במדינות השונות (גם אם קיימים הבדלים מבחינת האפקטיביות בין המדינות השונות) כולל מספר יסודות: מבקר שירות שתפקידו פיקוח צמוד ושוטף על השירות; וועדה מקצועית בלתי תלויה לביקורת כללית יותר על דרך פעולת השירות; טריבונל לבדיקת תלונות על השירות; ופיקוח פרלמנטרי. בהצעת החוק הישראלית קיימים הרכיבים השונים באופן תיאורטי, אולם חסרה הבהרה מפורשת של דרך פעולת המבקר, הבהרה המצויה בחוקים זרים, והנועדת להבטיח כי המבקר אכן יוכל לבצע את תפקידו באופן אפקטיבי.

## מבקר השירות – סעיף 12

סעיף 12 להצעת החוק קובע:

12. מבקר השירות

(א) ראש הממשלה ימנה מבקר לשירות שלא מקרב עובדיו, לאחר התייעצות עם ראש השירות.

...

(ג) המבקר יסייע לממשלה ולוועדת השרים במילוי תפקידיהם.

(ד) המבקר יהיה מופקד, בהתאם לכללים שייקבעו, על בדיקה וטיפול בפניות, בתלונות ובקובלנות נגד השירות, עובד מעובדיו או מי שפועל מטעמו...

(ה) במילוי תפקידו יחולו על המבקר הוראות חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, בשינויים שלהלן:

...

(4) המבקר יגיש דו"ח על ממצאיו גם לוועדת השרים. ראש הממשלה רשאי להורות למבקר הפנימי למסור דיווח לרשויות ולממלאי תפקידים נוספים.



**מבקר השירות (ס' 30-33) – תפקידיו:**

- לוודא כי השירות פועל לפי ההנחיות המבצעיות.
- לפקח על הפעילות המבצעית של השירות.
- למסור לשר חוות-דעת על פעולות החורגות מן הסמכות החוקית או ההנחיות שניתנו לשירות, או כוללות שימוש בלתי סביר או בלתי נחוץ בכוח המסור לשירות.

המבקר הוגדר בפרלמנט כ"עיניים והאוזניים" בשירות, או "the minister's man" בשירות, וזאת לאור סמכותו ועצמאותו בחקירת פעולות השירות. מבהירים Lustgarten & Leigh בספרם:

"... the Inspector-General's main task in a fundamental sense is to ensure that ministerial responsibility is real – that is, either that the minister is actually aware of what CSIS is doing and how it is doing it or, if something goes wrong and a public row ensues, that he or she can say: 'I know there is a problem and the Inspector-General is looking into it.'"

בנוסף על תפקידיו המודגשים בחוק, המבקר הקנדי עוסק באופן נרחב גם בניהול פרויקטים של ביקורת, במסגרתם נבחר נושא מסוים (כגון מודיעים) וצוות המבקר קורא מסמכים ומתחקר את אנשי השירות באשר למדיניות והניהול בפועל של אותו נושא. לפי הספר הנ"ל, המתבסס על ראיונות עם גורמי הביקורת הקנדיים, הרי שפרוייקטים אלו, בהיקף של אלפי שעות עבודה, מהווה את הלב של פעילות המבקר.

**וועדת ביקורת SIRC (ס' 34-52)**

חבריה הם חמישה חברים ב-Queen's Privy Council – הווה אומר חברי קבינט בעבר אשר אינם חברים כיום עוד בפרלמנט. תפקידיה הינם:

- לפקח באופן כללי על פעילות השירות, כולל עיון בהנחיות של השר לשירות, הנחיות פנימיות של השירות, חוות-דעת מבקר השירות, וכל חומר אחר הנוגע לשירות (ס' 38). הבדיקה הינה הן באשר לחוקיות והן באשר ליעילות של פעולות השירות.
- לחקור תלונות של אזרחים על פעילות השירות נגדם, או סיווג בטחוני שניקבע להם (ס' 41).

לועדה יש גישה לכל חומר כמעט. הפיקוח שלה בפועל הינו צמוד, והיא חוקרת פעילויות שונות גם מיוזמתה. היא מוציאה דו"חות



מיוחדים לשר על אירועים חריגים, כמו גם דו"ח שנתי המתפרסם ברבים ומהווה את הקשר המרכזי בין השירות לציבור. כשם שהמבקר נחשב כ"כלב שמירה" של השר, הרי ש-SIRC נחשבת לכלב השמירה של הפרלמנט ודרכו הציבור. וועדת IAT (Independent Advisory Team): וועדה מקצועית בכירה שהוקמה ע"י הקבינט, ואשר בדקה את יעילות השירות ואת המבנה שלו (לדוגמה, היא זו שגרמה לביטולו בשירות של ה"אגף נגד חתרנות"). הוועדה הוגדרה כיעילה ורצינית.

## אנגליה

א. **מבקר:** תפקידו לבדוק את פעולת השר בעניינים הקשורים לחוק (סי' 4(3) ל-SSA Act) ולשתף פעולה עם הטריבונל לבדיקת תלונות נגד השירות. יש לו גישה לכל חומר. בפועל, המבקר הינו משפטן עם שבועיים פנויים בשנה לבדוק מה קורה בשירות, כך שהוא אינו אפקטיבי יתר על המידה.

ב. **טריבונל לבדיקת תלונות** (סי' 5 לחוק): מקבל תלונות מן הציבור על פעולות לא תקינות של השירות. בודק אם השירות אכן פעל נגד המתלונן; אם הוא פעל על יסוד צו; ואם כן, האם היה "בסיס סביר" לצו.

ישנה ביקורת רבה על יעילותו של גוף זה: הישיבות הינן סודיות, המתלונן מנוע מלראות מסמכים או את תוצאות הדיון, ללא קשר לסודיות החקירה. במקרה של דחיית התלונה, מקבל המתלונן אך ורק הודעה על דחיית תלונתו ללא הסברים.

לרוב, אנשים אינם מודעים לכך כי היוו מושא למעקב, וממילא לא יוכלו להתלונן (בניגוד למצב בגרמניה, שם חובה להודיע למי שצותנו לו, כי כך עשה השירות, אם אין בכך פגיעה בהמשך החקירה). אין תימה, איפוא, כי עד כה היו הפניות לשירות מועטות למדי, ואלו שהגיעו נדחו כולן.

ניתן לומר מכאן כי קיומו של מבקר אינו מבטיח ביקורת יעילה ואף לא דימוי של ביקורת נאותה.

ג. **וועדה פרלמנטרית משותפת** (סי' 10 ל-SIS Act 1994): מטרתה לבדוק את תקציב, ניהול ומדיניות הארגון. ברי כי יכולת זו מותנית ברצונו של הארגון לשתף פעולה, רצון שהוכח תמיד כמועט בהקשר לוועדות פרלמנטריות שדליפת המידע מהן רבה.

הנכון בין הצורך להגן על הדמוקרטיה והצורך להגן על הזכויות המוכרות בדמוקרטיה, ועל האיזון בין עצמאותו של השירות לבין האחריות כלפי הציבור המוטלת עליו. נראה כי החוק האנגלי, וכמוהו הצעת החוק הישראלית (המחרה מחזיקה אחריו), אינם משיגים מטרה זו.

בשלבי החקיקה, עד לגיבוש הסופי של החוק, ניתן עוד לעשות לשיפורה של ההצעה.



- ס' 18(1) ל-Inspector-General of Intelligence and Security Act 1986, קובע כי תפקיד המבקר לוודא את הנושאים הבאים:
- הציות של השירות לחוק;
  - הציות של השירות להוראות ולקווים המנחים הניתנים על ידי השר האחראי;
  - הנאותות של פעולות ספציפיות של השירות;
  - היעילות והראויות של הליכי השירות המתייחסים לחוקיות ולנאותות של פעילות השירות;
  - פעולה או נוהג של השירות שאינם מתיישבים, או עלולים שלא להתיישב או אף לסתור זכות אדם, אם הופנתה למבקר על ידי הוועדה לזכויות האדם.

בנוסף, מוסמך המבקר לבדוק, ביוזמת השר, האם יש לנקוט פעולה להגנה על אזרח אשר השירות כתב דו"ח בעניינו ושעלול לפגוע באינטרסים של אותו אזרח. כמו כן, הוא מוסמך לבדוק האם הנחיות שנתן השר לגבי איסוף מידע על אדם מסוים היו מוצדקות מבחינה בטחונית. המבקר רשאי לפתוח כמעט בכל החקירות מיוזמתו האישית (בניגוד למוצע בהצעת החוק הישראלית). המבקר מוסמך לקבל כל מידע מכל אחד, לחקור כל אחד ולהכנס לכל מקום (ס' 18 לחוק).

המבקר כותב דו"ח שנתי, המוצג בפני הפרלמנט לאחר השמטת החלקים הסודיים על ידי משרד ראש הממשלה (ס' 35 לחוק).

על מוסד רחב סמכויות זה של המבקר כתב המלומד Lee:

"[a] striking element, which would be of interest to other democratic countries confronted with the same dilemma of reconciling the existence of a secret service with the rule of law, relates to the establishment of two new mechanisms for the effective control and oversight of ASIO. These two are the Inspector General and the Parliamentary Joint Committee on ASIO."

הוועדה המשותפת האמורה (ס' 92A-K ל-ASIO Act 1979) הוקמה תוך מחלוקת קשה בין השמרנים (שהתנגדו להקמתה) וה"לייבור" (שתמך בה), ואין בטחון שתאריך ימים.





יצויין כי למרות כוחו הפוטנציאלי של המבקר, הרי שהמבקר הראשון של השירות (Neil McInnes, 1986-1989) היה פסיבי ביותר, לאור עברו הנרחב כאיש השירות ותפישתו כי 'הכל בסדר' בשירות. דו"חותיו הדקיקים וחסרי הביקורת, ותגובתו הבלתי עניינית של השר הממונה כי "that the reports are so thin and contain so little information, proves that ASIO has not got much to answer for"... המעניק סמכויות נרחבות אינו מבטיח עדיין את יעילותו של המבקר, או של השר שלו הוא אמור לעזור. אולם ברור שהצעת החוק חייבת לאפשר למוסד המבקר להיות פעיל ויוזם. ועובדה היא שהמבקר החדש של השירות האוסטרלי, אכן עושה שימוש נרחב הרבה יותר בסמכויותיו, וממלא את התפקיד שיועד לו. לא ברור אם ההפניה אצלנו לחוק הביקורת הפנימית, אשר קובע בסי' 4 תפקידים כלליים, די בה כדי ליצור מנגנון ביקורת אמיתי ויעיל.

באופן כללי, מטרתן העיקרית של מערכות הביקורת שפותחו איננה להיות חלון לציבור על השירות (גם אם הוכר הצורך לפרסם דו"חות על פעילות השירות, עד כמה שאין באלו משום חשיפת סודות). עיקר התפקיד של מערכות הביקורת הינו עזרה לשרים למלא תפקיד משמעותי בהנחיית השירות ובפיקוח עליו ומסר לשירות כי יש מי שפוקח עליו עין וער למעשיו. המבקר האוסטרלי, לדוגמה, מעביר את דיווחיו לראש השירות, אשר מצופה לנהוג בהתאם להמלצות המבקר. אם המבקר סובר כי הפעולה אינה מספיקה, הוא רשאי לדון בנושא עם השר הממונה, ולשלוח דו"ח גם לראש הממשלה. ההנחה היא איפוא כי מגע מיניסטרילי קבוע יעיל יותר מלחץ ציבורי ספוראדי. הדגש הוא, איפוא, על מערך פנימי של ביקורת אפקטיבית.

### **הערה כללית: מניעת ניצול השירות על ידי הממשלה**

הסיכון הטמון בקשר בין הממשלה והשירות הינו כפול: ייתכן מצב, שהוא כנראה נפוץ, של חוסר שליטה מצד השרים על השירות; אך ייתכן גם מצב של שליטת יתר וניצול לרעה של השירות בידי הממשלה. הצעת החוק מתעלמת מסוגייה חשובה זו, ומן הראוי לציין את מגוון הדרכים בהם התמודדו שיטות המשפט הזרות עם הבעיה.

א. מעורבות של האופוזיציה: ככל שהאופוזיציה מעורבת יותר בנעשה בשירות, כך קטן הסיכוי של ניצול השירות למטרות פוליטיות של



המפלגה הנמצאת אותה עת בשלטון. מעורבות זו יכולה למצוא את ביטויה בחברות לפי חוק של חברי האופוזיציה בוועדת הכנסת; נוכחות של ראש האופוזיציה בוועדת השרים; מינוי ראש השירות ומבקר השירות על ידי ראש הממשלה בשיתוף עם ראש האופוזיציה; העברת דו"ח המבקר המלא לראש האופוזיציה, כך שראש הממשלה לא יוכל להורות על צנזורה רחבה מדי של הדו"ח המגיע לפרלמנט.

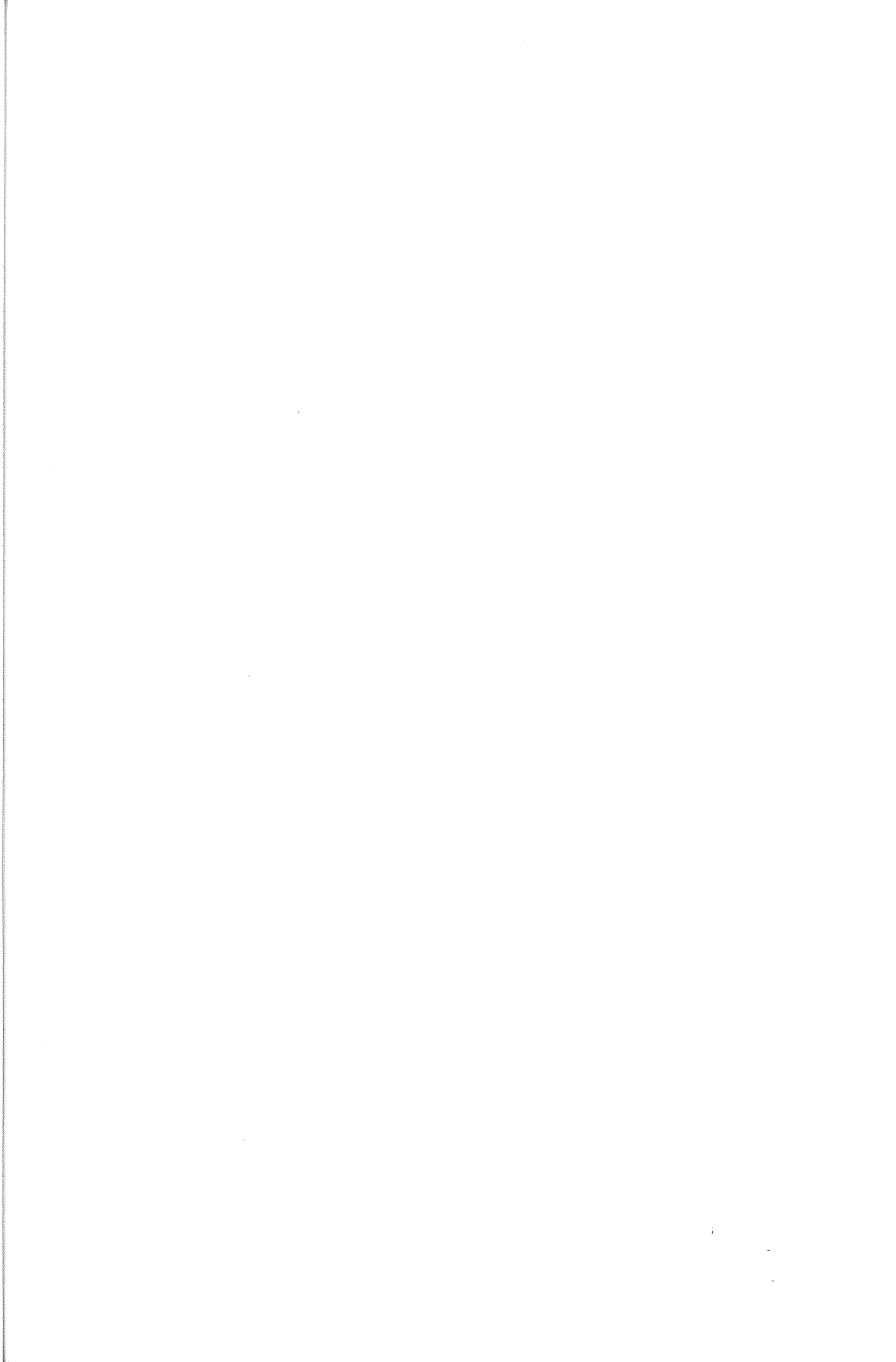
ב. ציון מפורש בחוק כי השירות לא יקדם אינטרסים פוליטיים של אף מפלגה. ציון כזה קיים לדוגמה באנגליה (SSA Act 1989, §2(2)(b)). בהצעת החוק לא זו בלבד שאין זכר להגבלה כזו, אלא שקביעת סעיף 7 כי הממשלה מוסמכת לקבוע מהם אותם "אינטרסים ממלכתיים חיוניים" פותחת פתח לקידום אינטרסים פוליטיים.

ג. ההנחיות של השר לראש השירות – לא זו בלבד שיהיו בכתב (עקרון שהתקבל בהצעת החוק) אלא שיועברו למבקר השירות (אוסטרליה) או וועדת הביקורת (קנדה), היכולים לבקר את חוקיותן ונחיצותן, ולהעיר את הערותיהם לשר (לדוגמה סעיפים 26(2) ו-38(2) לחוק הקנדי).

ד. החלטה של ראש השירות שלא להיענות לדרישת שר על מעקב או אי-מעקב אחר אדם מסוים, תבוטל על ידי השר רק בכתב מנומק של השר שעותקים ממנו יישלחו לראש הממשלה ולמבקר (ר' ס' 58(5), 6) לחוק המבקר האוסטרלי).

ה. במקום המינוח של ס' 4 להצעה ("השירות נתון למרות הממשלה") ניתן להשתמש במונחים מרוככים יותר דוגמת "direction" או "authority".







## סיכום

לסיום, ברצוני להביא מביקורתם של Leigh ו-Lustgarten במאמרם על חוק השירות הבריטי מ-1989. זאת, לאור ההחלטה הברורה של מציעי החוק להשען על החוק הבריטי כמודל לחוק הישראלי העתידי, ולא על המודלים 'המשופרים' האוסטרלי או הקנדי. ביקורת נוקבת זו הינה רלבנטית מאד להצעת החוק הישראלית, ויש איפוא לקוראה בעיון.

"To use a medical analogy, the [1989] Act is prescription of a course of treatment without any attempt at diagnosis of the disease. Diagnosis would require a proper, public and independent investigation of the ... allegations of abuse by and of the Security Service, together with a serious attempt to think through what the proper role of an intelligence agency in a democracy should be. Without the diagnosis it is impossible to say conclusively whether the cure will take. Judged, however, by the searching standards of public investigation applied in Australia and Canada particularly and the attempts to provide comprehensive charters for MI5's immediate cousins, it looks decidedly unlikely.

An effective and comprehensive statutory Charter would strike a proper balance between the necessary powers to protect democracy and the free exercise of the rights respected by such a system. It would balance between political independence and accountability of the Service... And it would provide an effective, just and credible system of redress for those who fear impropriety by the Service. The Act does none of these. It is only a matter of time before the symptoms recur."

ואם נסכם את הדברים: הנסיון האנגלי מוכיח כי אין טעם בחיקוקו של חוק לשירות הבטחון, ללא מחשבה ובדיקה יסודית, של תפקיד השירות במסגרת של דמוקרטיה. ללא דיאגנוזה יסודית, דוגמת זו שנעשתה בקנדה ואוסטרליה, החוק לא יצליח למלא את תפקידו. יש למצוא את האיזון



## ביבליוגרפיה

1. I. Cameron, "Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the RCMP, Second Report", **Modern Law Review**, 48 (1985), 201.
2. D. Chung, "Internal Security: Establishment of a Canadian Security and Intelligence Agency," **Harvard International Law Journal**, 26 (1985), 234.
3. **Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the RCMP**, (Ottawa, 1980).
4. J. Edwards, "The CSIS Act 1984 – A Canadian Appraisal," **Oxford Journal of Legal Studies**, 5 (1985), 149.
5. Eggert, "Executive Order 12333: an Assessment of the Validity of Warrantless National Security Searches," **Duke Law Review**, (1983) 611.
6. S. Farson, "Oversight of Canadian Intelligence: A Revisionary Role," **Public Law**, (1992) 377.
7. P. Gill, "Defining Subversion: the Canadian Experience since 1977", **Public Law**, (1989) 617.
8. H. Lee, "The ASIO – New Mechanisms for Accountability," **ICLQ**, 38 (1989), 890.
9. L. Lustgarten and I. Leigh, "The Security Service Act 1989" **Modern Law Review**, 52 (1989), 801.
10. L. Lustgarten and I. Leigh, **In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy** (Oxford, 1994).  
המקור ההשוואתי המקיף ביותר על החוקים בקנדה, אוסטרליה ואנגליה.
11. M. Rubin, "The FBI and Dissidents", **Arizona Law Review**, 27 (1985), 453.
12. A. Theoharis, "FBI Surveillance: Past and Present," **Cornell Law Review**, 69 (1984), 883.
13. Wadham, "The Intelligence Service Act 1994", **Modern Law Review**, 57 (1994) 916.

