

העותר:

עו"ד שחר בן מאיר
ע"י ב"כ עו"ד שחר בן-מאיר
מרח' אבא הלל 12 רמת גן
טל': 03-6127878 ; פקס: 03-6127979

- נ ג ד -

- המשיבים:
1. ממשלת ישראל
 2. היועץ המשפטי לממשלה
 3. המשרד לנושאים אסטרטגיים והסברה
כולם על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011
 4. קלע שלמה בע"מ (חל"צ) מס' 515452316
מרח' יהודה הלוי 48 תל אביב

עתירה למתן צו על תנאי וצו מוחלט

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת על ידי העותר ליתן צו על תנאי המורה למשיבים 1-3 לבוא להתייצב וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא תבוטל החלטת ועדת השרים לענייני בטחון מיום 13.10.2015 (החלטה ב/30) אשר הטילה על המשרד לעניינים אסטרטגיים (להלן: "המשרד") את "האחריות הכוללת להובלת המערכה נגד תופעת הדה-לגיטימציה והחרמות נגד ישראל במישור הגלוי ובמישור החשאי..." (להלן: "החלטת ועדת השרים").
2. מדוע לא ייקבע כי ההסמכה אשר הוענקה למשרד בהחלטת ועדת השרים דינה להתבטל באשר הסמכה כאמור, אינה יכולה להינתן בהחלטת הממשלה (או ועדת שרים) אלא רק בדבר חקיקה ראשית של הכנסת.
3. מדוע לא יורה בית המשפט הנכבד על ביטול ממועד מתן החלטתו ואילך, של כל הפעולות של המשרד כמפורט בהחלטת ועדת השרים, עד וכאשר יחוקק חוק המסמיך את המשרד לבצע הפעולות כאמור.
4. מדוע לא ימנע המשיב מס' 3 מביצוע הפעולות הכרוכות ב"אחריות הכוללת להובלת המערכה נגד תופעת הדה-לגיטימציה והחרמות..." כאמור בהחלטת הממשלה באמצעות גופים פרטיים, באמצעות המשיבה מס' 4, ותוך הסוואת העובדה כי פעולות אלו מבוצעות מטעם המדינה ועבורה.

כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותר ובשכ"ט עו"ד.

ואלו נימוקי העתירה:

"That facts are not secure in the hands of power is obvious, but the point here is that power, by its very nature, can never produce a substitute for the secure stability of factual reality, which, because it is past, has grown into a dimension beyond our reach. Facts assent themselves by being stubborn, and their fragility is oddly combined with great resiliency - the same irreversibility that is the hallmark of all human action. In their stubbornness, facts are superior to power; they are less transitory than power formations, which arise when men get together for a purpose but disappear as soon as the purpose is either achieved or lost. This transitory character makes power a highly unreliable instrument for achieving permanence of any kind, and, therefore, not only truth and facts are insecure in its hands but untruth and non-facts as well."

TRUTH AND POLITICS by Hannah Arendt

Originally published in The New Yorker, February 25, 1967, and reprinted with minor changes in Between Past and Future (1968) and The Portable Hannah Arendt edited by Peter Baier (2000) and Truth: Engagements Across Philosophical Traditions edited by Medina and Wood (2005)

"והנה, לשם בירור אמת זו משמש העיקרון של הזכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר, הואיל ורק בדרך של ליבון "כל" ההשקפות והחלפה חופשית של "כל" הדעות עשויה אותה "אמת" להתבהר. בפסק דינו המפורסם במשפט Abrams v. U.S.; (1919), 40 S. Ct. Rep. 17, 22 [12] אמר השופט הולמס (Justice Holmes):

"כאשר בני אדם יבינו כי הזמן הביא להשמטת הקרקע מתחת לאמונות לחמות רבות, אזי גם יאמינו... כי המטרה הטובה, אליה הם שואפים סופית, תושג בדרך יעילה יותר ע"י הסחר החופשי בדעות - כי המבחן הטוב ביותר לאמת הוא כוחה של המחשה להתקבל בהתחרות שבשוק, וכי האמת מהווה את היסוד היחיד להגשמת שאיפותיהם בדרך בטוחה." [בג"צ 73/53 חברת קול העם בע"מ נגד שר הפנים].

זהות הצדדים

1. עתירה זו עוסקת בהקמתו של "משרד התעמולה והאמת" (או שמא נאמר מיניסטריון התעמולה והאמת) אשר מקומו לא אמור להיות מוכר במדינה יהודית ודמוקרטית, אך אף אם כן, הדבר מחייב דבר חקיקה ראשית, ועל כן עתירה זו.
2. העותר הוא אזרח מדינת ישראל.
3. המשיבים הם ממשלת ישראל, אשר הסמיכה, לטענת העותר שלא כדין ותוך חריגה מהכלל של "סמכות שיורית" את המשרד (המשיב 3) לשמש "משרד בילוש ותעמולה" (מסוים) של מדינת ישראל, הפועל באופן סודי, נעדר שקיפות, תוך הפעלת גורמים פרטיים, ומבצע פעולות תעמולה ומעקב, עבור ממשלת ישראל, כמפורט בעתירה זו.
4. המשיבה מס' 4 היא חברה לתועלת הציבור (חל"צ) אשר באמצעותה מבצע המשרד חלק משמעותי של פעולות הבילוש והתעמולה שלו, והיא מצורפת כמשיבה בבחינת מי שעלולה להיפגע מהסעד המבוקש בעתירה זו.

המשרד לנושאים אסטרטגיים והסברה

5. המשרד לנושאים אסטרטגיים, הינו אחד ממשרדי הממשלה, שאפיונו העיקרי הינו כי הוא אחד מהמשרדים המוקמים ומבוטלים חדשות לבקרים משיקולים פוליטיים קואליציוניים.
6. המשרד הוקם לפי החלטת הממשלה ה-31 (החלטה מס' 802) מיום 3.12.2006 ובראש המשרד מונה השר ליברמן. לתחום האחריות של המשרד הועברה אז לשכת הקשר "נתיב" ממשרד ראש הממשלה.
- מצ"ב העתק ההחלטה על הקמת המשרד מסומנת כנספח 1.
7. בהחלטה מס' 3433 של אותה ממשלה מיום 13.4.2008 בוטל המשרד ולשכת הקשר "נתיב" חזרה להיות בתחום האחריות של משרד ראש הממשלה.
- מצ"ב העתק ההחלטה על ביטול המשרד מסומנת כנספח 2.
8. בהחלטה מס' 69 של הממשלה ה-32 מיום 3.5.2009 הוקם שוב המשרד. בראשו עמד השר יעלון, לא הועברו בהחלטת הממשלה כל סמכויות או תחומי אחריות ממשרדים אחרים למשרד שהוקם מחדש.
- מצ"ב ההחלטה על הקמת המשרד מחדש מסומנת כנספח 3.
9. בהחלטה 2255 של הממשלה ה-33 מיום 30.11.2014 הוחלט לאחד את המשרד עם המשרד לענייני מודיעין אשר ייקרא משרד המודיעין.
- מצ"ב העתק ההחלטה על האיחוד מסומנת כנספח 4.
10. בהחלטה מס' 14 של הממשלה ה-34 מיום 19.5.2015 הוחלט לחלק את משרד המודיעין למשרד מודיעין ולמשרד לנושאים אסטרטגיים.
- מצ"ב העתק ההחלטה על חלוקת המשרד מסומנת כנספח 5.
11. בהחלטה מס' 25 של הממשלה ה-34 מיום 25.5.2015 הוחלט למנות את השר ארדן בנוסף לתפקידו (מאותו מועד) כשר לביטחון הפנים, כשר לנושאים אסטרטגיים כאשר שם המשרד ייקרא המשרד לנושאים אסטרטגיים והסברה.
- מצ"ב העתק ההחלטה על מינוי השר ושינוי שם המשרד מסומנת כנספח 6.
12. כך נגמר שלב "הכיסאות המוסיקליים" של המשרד, אשר נוצר, בוטל, אוחד, חולק, ושונה שמו, והנה הגענו עד הלום.
13. לאחר המינוי של השר ארדן לשר האחראי על המשרד, בהחלטת הממשלה מס' 511 מיום 2.9.2015 הוחלט להעביר לתחום האחריות של המשרד את שטח הפעולה "דיפלומטיה ציבורית". שטח פעולה זה היה קודם לכן במסגרת מטה ההסברה הלאומי שבמשרד ראש הממשלה. יחד עם העברת שטח הפעולה הועברו ממשרד ראש הממשלה (ממטה ההסברה) 2 תקני כח אדם ועוד 2 תקני כח אדם בלתי מנוצלים, וכן תקציב בסך כ 3.5 מיליון ₪ בהפחתת התקציב שנוצל עד לאותו מועד על ידי מטה ההסברה הלאומי שבמשרד ראש הממשלה.
- מצ"ב העתק החלטת הממשלה מס' 511 מסומנת כנספח 7.

14. עם המינוי של השר ארדן כשר האתראי על המשרד, ולאחר ההחלטה של ועדת השרים מיום 13.10.2015, הוקם בישראל דה פקטו, וזאת בהחלטת ממשלה ולא מכח חוק, משרד אשר השם הראוי לו הוא **משרד הביטוח והתעמולה**, וכך נקרא לו להלן ונעמוד על מאפייני משרד זה.

משרד הביטוח והתעמולה

15. משרד הביטוח והתעמולה ראוי לציין בפתח הדברים הוא **משרד סודי**. הפעילות שלו לדברי מנכ"לית המשרד אינה גלויה ברובה, וגם החלטת ועדת השרים לגביו היא החלטה חסויה.

16. כך הוקם לו משרד ממשלתי, וכך מתחילה מדינת ישראל לעסוק לא סתם בתעמולה אלא בביטוח ואף היא **"יוצאת למלחמה"** באמצעות התעמולה.

17. כאשר נשאלת מנכ"לית המשרד (וזו אפיזודה קטנה אך משמעותית) בישיבה מיום 24.7.2017 של הוועדה המיוחדת ליישום הנגשת המידע הממשלתי ועקרונות שקיפותו לציבור (להלן: **"ועדת השקיפות"**) על ידי חה"כ שי על החפיפה שבין פעילות המשרד לבין הפעילות של משרד החוץ, אשר גם הוא עוסק הן בדיפלומטיה והן בהסברה היא עונה בישראל: **"חבר הכנסת שי, אנשי משרד החוץ עושים הסברה ודיפלומטיה קלאסית, אנחנו מנהלים מערכה"**.

18. נוכח סודיות זו של המשרד, ועוד נידרש לכוונה להחריג את המשרד מחוק חופש המידע, הרי שהמידע והעובדות נשוא עתירה זו מתבססים בעיקרם על שני פרוטוקולים של ועדת השקיפות ועל מסמכי התקשרות של המשרד, אשר בשלב הנוכחי (טרם התרגה מחוק חופש המידע) עוד ניתן היה להגיע אליהם מכח חוק חופש המידע.

19. מנכ"לית המשרד פירטה (באופן חלקי בלבד) את מהות המשרד ואת אופן הפעילות שלו במהלך שתי ישיבות של ועדת השקיפות, אחת מיום 7.8.2016 והשניה מיום 24.7.2017.

מצ"ב פרוטוקולים של ישיבת ועדת השקיפות מסומנים כנספח 8.

20. מהפרוטוקולים הללו עולים המאפיינים של אופן הפעילות של משרד התעמולה, פעילות אשר החלה רק בשנת 2016.

21. המדובר במשרד אשר מנהל "מערכה" - **"ומהות המשרד היום היא הובלת המערכה, ומי שהגדיר את היעדים היה הקבינט של מדינת ישראל, ואנחנו מתנהלים בהתאם לזה. וכמי שקבעה את האסטרטגיה, שיש לה ארבע רגליים, שזה התרעה, הרתעה, התקפה והסברה..."** ככל הנראה "הטנקים" יגיעו בשלב הבא של המערכה.

22. במסגרת המערכה המשרד בולש אחר אנשים ואוסף מידע. חלקו (או אפילו רובו) ממקורות גלויים וחלקו לא. כפי שנאמר ע"י ... - **"אז פעם אחת אנחנו צריכים לאסוף את המידע בצורה חכמה. למזלנו ולשמחתנו, רוב המידע הוא מידע גלוי. לכן לכאורה לא אמורה להיות בעיה באיסוף שלו"**.

23. המשרד פועל בהגדרה, לפי דברי המנכ"לית, באופן חשאי במירב תחומי הפעילות שלו:

"אני רוצה לומר, אתה לא מנהל מערכה על עצם הקיום שלך כמדינה, והולך ופורש את כל הלוגיקה קבל עם ועדה; שימי לב- שלוש רגליים מתוך ארבע שעליהן דיברתי, אי-אפשר לדבר עליהן - לא על התרעה, לא על הרתעה, ואת יכולה להפליג בדמיון, מה אפשר לעשות בדברים האלה, ובטוח- בטוח לא בהתקפה, וגם בהסברה. הסברה, בגלל שהיא בראי הדד לגיטימציה - אגב, זאת הרגל הרביעית,

שאותה רק עכשיו צחי, שזה עולם התוכן שלו, כי עולמות התוכן שלי זה מודיעין וביטחון - הרגל הרביעית, שאותה צחי מוביל, שאליה אנחנו נכנסים עכשיו - גם בהסברה, הפלא ופלא, בהרבה מאוד דברים אנחנו נשמור את הסיפור הזה מתחת לרדאר.

תשאל אותי, למה? הרי את עובדת במרחב אזרחי. מה הבעיה לדבר על הדברים? אז אומר לך, שאם אתה רוצה לנצח בניהול מערכה, אתה צריך לעשות את זה עם הרבה מאוד עמימות. כמו כשעבדתי על סוגית צבאיות כמו חיזבאללה או כספי טרור או סוריה או כל מדינה אחרת שניהלתי מערכה מולה כקמ"ן - לא הלכנו ואמרנו לצד השני, מה אנחנו מתכוונים לעשות; השארנו אותו בעמימות.

אגב, גילינו בלא מעט מקרים, שהדמיון הוא יותר מוצלח מכל פעולה שאתה יכול לעשות. לכן אנחנו מבחינתנו את זה מנהלים מתחת לרדאר, גם במחיר שהתקשורת תוקפת אותנו, ואומרת שדבר לא נעשה. אני יודעת לומר לך וגם להוכיח לך - רק לא בפורום גלוי; אם צריך, מחר אני בוועדה לביקורת המדינה, קארין אלהרר סגרה את הפורום. אנחנו אחת ל- בוועדת חוץ וביטחון, ששם אני מחויבת במתן דין וחשבון על תוכנית העבודה. רק שם אני פורשת את תוכנית העבודה"

24. אחת השאלות המהותיות העולות בהקשר זה היא - על מי אוסף המשרד מידע? וגם האם מדובר במידע פומבי או גלוי, כמו דברים הנכתבים ברשתות חברתיות, או מעבר לכך?.

25. את הדברים הללו מנכ"לית המשרד אינה מגלה ואינה מוכנה לגלות במסגרת מידע פתוח הנמסר לציבור או לחברי הכנסת, אבל מהאפיונים הנמסרים על ידה אפשר להגיע לתשובה בדרך עקיפה.

26. וכך היא אומרת לגבי הנתון של המעגלים בהם מתנהל השיח אשר כנגדו הוקדם "משרד התעמולה":

"אחד הדברים שסייע להם לקבל מעמד של תנועה לגיטימית היה שיח ציבורי פומבי ישראלי. אחד הנתונים שירשתי מקודמי בתפקיד היה ש-70% מהשיח שבדקנו פעם, הסתבר שאחוז זה מהשיח על BDS מתנהל במעגלים יהודיים וישראלים, וזה לתפישתנו, תרם מאוד ליכולת שלהם להתקבל כתנועה לגיטימית"

27. מהדברים האמורים, ניתן כאמור לקבוע בוודאות כי פעילות הבילוש והתעמולה של המשרד כוללת איסוף מידע על שיח שמתנהל גם בין אזרחים של מדינת ישראל לגורמים אחרים, ברשתות חברתיות או בכל דרך אחרת. כלומר המשרד אינו מופנה רק כנגד "גורמי חוץ" אלא גם כנגד גורמים בתוך ישראל, יהודים וישראלים, שמן הסתם, ניתן להניח בעלי גישה שונה יחסית לפוליטיקה הישראלית מאשר העומד בראש המשרד.

28. יותר מכך, אין כל סיבה להניח בשלב זה, כי המשרד אינו פועל מול כל השיח הציבורי בישראל מתוך מטרה להתחקות אחריו ולדלות ממנו פרטים הנראים נחוצים למשרד.

29. יש לומר אם כן כי המשרד משמש, בין היתר, זרוע של מעקב, ושל איסוף נתונים, ושל פגיעה בפרטיות גם (ואולי אף בעיקר) על כל האזרחים של מדינת ישראל, בכל תחום ושיח. וזאת הרי יש לדעת בעולם המידע דהיום אין גבולות טריטוריאליים לשימוש ברשתות החברתיות ומידע והפצתו מתבצעות ללא הבחנה בין האזרחים של כל המדינות.

30. מה יעשה במידע הנאסף? לא נדע כי הדבר לא פורסם.

31. לאחר איסוף המידע, מטרת משרד הבילוש והתעמולה הוא להשפיע על השיח וכלשונה של המנכ"לית: "אנחנו מאפיינים נרטיב. על הנרטיב החדש, אם הוא יונחל, זה ייחשב ניצחון. מהו הנרטיב - על זה עובד עכשיו צוות שלם, של מעל עשרה אנשים, שתפקידו לחשוב על נרטיבים שונים שאותם אנחנו צריכים לבדוק במחקרים שלמים בקהלים בחו"ל, ואז לאמץ את הנרטיב ההופכי"
32. כלומר אין מדובר רק באיסוף מידע על השית, אלא בהשפעה ישירה על השיח באמצעות התערבות בו והנחלת קו מסוים ("נרטיב") לרצון גורם כלשהו.
33. על עיסוקו של המשרד כמכשיר בילוש ותעמולה ניתן ללמוד (ועוד מעט לא ניתן יהיה ללמוד כפי שנראה להלן) מפרסומים שונים של התקשורות שמבצע המשרד.
34. כך בחודש יוני 2017 הושק קמפיין שמטרתו "להניע לפעולה את הרשת הפרו ישראלית למאבק בשקרים שמפיצים ארגוני הדה לגיטימציה"
מצ"ב תקציב קמפיין 4IL מסומן **כנספח 9**
35. כך בהחלטת הממשלה מיום 20.12.2017 הוחלט "לבצע פעילות רחבת היקף (עם ובאמצעות גוף פרטי) לשם מאבק בתופעת הדה לגיטימציה "
מצ"ב העתק החלטת הממשלה על נספחיה מסומנת **כנספח 10**
36. ראוי לציין, כבר ביחס להחלטה זו, כי במסגרת ההחלטה נאמר במפורש כי פעילות המשרד תבוצע על ידי גוף פרטי מהנימוק של "הפעילות שתבוצע באמצעות הגוף הייעודי תהיה כזו הדורשת שיח "חוץ ממשלתי" מול קהלי היעד השונים".
37. או במילים אחרות, המסבירות את המשפט המכובס האמור: אנו נפעיל גוף פרטי לביצוע הבילוש והתעמולה, כדי שהקורא או הנחשף לתעמולה, לא יהיה מודע לכך שזו בעצם תעמולה ממשלתית.
38. או עוד יותר מכך: אנו באמצעות גוף פרטי נעשה מה שאסור לממשלה בישראל לעשות.
39. כך בחוות דעת מקצועית על כוונה להתקשר עם ספק יחיד של המשרד, מתאריך 28.9.2016 (המכון הבינלאומי למנהיגות שהוקם על ידי הסתדרות העובדים) נכתב במפורש: "הצלחת פעילות המשרד...תלויה ביכולת לייצר בידול בין הפעילויות המוצעות לבין הממשלה..."
מצ"ב העתק חוות הדעת מסומנת **כנספח 11**
40. הגורם העיקרי עמו התקשר המשרד לשם ביצוע פעילות התעמולה שלו היא כאמור המשיבה מס' 4, חברה לתועלת הציבור, בשם קלע שלמה (להלן: "קלע"), כמפורט בהחלטת הממשלה נספח 10 לעיל.
41. לא נדבר על ההקבלה ל"קלע דוד", אך המשמעות ברורה.
42. לאחר קבלת ההחלטה על ההתקשרות עם חברת קלע נשלחה פניה מאת האגודה לזכויות האזרח בהקשר להתקשרות זו, מיום 22.1.2018.
- מצ"ב העתק המכתב מסומן **כנספח 12**
43. על המכתב האמור נתקבלה תשובה מאת המשרד אשר אינה עונה למעשה לטענות המהותיות של פניית האגודה.

מצ"ב העתק התשובה מיום 13.3.2018 מסומנת כנספח 13.

44. הלכה למעשה ההתקשרות של המשרד עם חברת קלע (נשוא ההחלטה נספח 10) היא הפעילות המשמעותית של המשרד בה' הידיעה. להתקשרות זו הוקצב סך של 256 מיליון ש"ח מטעם הממשלה עבור שלוש שנות פעילות (2018-2020) כאשר סכום זה מהווה חלק משמעותי ועיקרי מהתקציב של המשרד עצמו. לפי הדיווח של המשרד לוועדת השקיפות בשנת 2017 תקציב המשרד לשנה אינו עולה על 150 מיליון.
45. יותר מכך, חברת קלע הוקמה רק לצורך המיזם האמור, ואין לה כל פעילות אחרת. ראו לעניין זה פרוטוקול של ועדת פטור ממכרז מתאריך 27.2.2018, בסעיף 6.

מצ"ב העתק הפרוטוקול מסומן כנספח 14.

46. מלבד התקשרויות אלו התקשר המשרד בעוד התקשרויות (רובן ככולן ללא מכרז) המעידות אף הן על פעולות הבילוש והתעמולה שלו.
47. המשרד התקשר עם שידורי קשת בע"מ באירוע ליצירת תוכן במסגרת כנס בינלאומי ששידורי קשת מארגנת בשנת 2017.

מצ"ב חוות דעת לגבי ההתקשרות עם קשת מסומנת כנספח 15.

48. המשרד התקשר עם המכון למדיניות ואסטרטגיה שבמרכז הבינתחומי בהרצליה, לשם קיום שני מושבי מליאה והצגת חמ"ל הסבר בשנת 2017.

מצ"ב הודעה על הכוונה להתקשר עם המכון מסומנת כנספח 16.

49. המשרד התקשר עם התאחדות הסטודנטים בישראל לשם קיום כנס בנוגע למנהיגות סטודנטית אירופאית בישראל והשקת קמפיין כאשר הכל נעשה במסגרת מה שהמשרד מגדיר כתחום מרכזי שלו - "פעילות תודעתית במרחב האקדמי". אכן, הכוונה ל"השפיע על התודעה" היא אחת ממטרות המשרד. נותר לקורא לבדו לייצר את ההקשר המתבקש למושג זה.

מצ"ב חוות דעת מקצועית לגבי התקשרות זו מסומנת כנספח 17.

50. המשרד אף מתקשר ומעסיק (בחלקו ללא מכרז) עם משרדי עורכי דין בחו"ל לצורך הפעילות שלו.

מצ"ב מסמכים הקשורים להתקשרות זו מסומנים כנספח 18.

51. במסגרת זו של התקשרות עם משרדי עו"ד, המשרד מסרב לגלות אף במסגרת בקשות לפי חוק חופש המידע, את מהות ההתקשרות את הפעולות שמבצעים אותם משרדי עו"ד, את מהות העבודה שלשמה נשכרים אותם משרדים, ועוד, והדברים נותרים ונשארים בחשאיות גמורה, כאילו המדובר בהקמת גוף מודיעין סודי של ממשלת ישראל. בהקשר זה הוגשה עתירה לפי חוק חופש המידע אשר מתנהלת בימים אלו בבית המשפט המחוזי בירושלים בתיק עת"מ 68862-11-17 קובי סניץ ואח' נ' משרד המשפטים

מצ"ב העתק העתירה לפי חוק חופש המידע (ללא נספחיה) מסומנת כנספח 19.

מצ"ב העתק תשובת המדינה לפי חוק חופש המידע מסומנת כנספח 20.

52. יש לומר אם כן כי משרד התעמולה את מירב הפעילות שלו, שהיא כאמור פעילות בילוש ותעמולה (הכוללת אליבא דהמשרד עצמו בילוש והתחקות אחרי אנשים, ויצירת תעמולה) מבצע באופן סודי וחשאי תוך הסוואתה כפעילות ממשלתית. ומבצע את אותה פעילות בעיקרה באמצעות גורמים פרטיים הן מישראל והן מחו"ל, ובעיקר באמצעות גוף פרטי אחד - חברת קלע.

53. המשרד אף מצדיק כוונה זו באומרו כפי שצוין לעיל כי "מלחמת התעמולה" דורשת הסוואה שלה, על מנת שהגורמים עליהם אמורה לפועל אותה תעמולה, לא יהיו מודעים כי המדובר בעצם בתעמולה ממשלתית "מטעם".

54. לטענת העותר פעולות המשרד כפי שעולה בעליל מהנספחים דלעיל הם במפורש פעולה של "בילוש ותעמולה".

55. המשרד (והמדינה) לא רק שאינם מכחישים את רצונם לפעול במחשכים אלא הם אף מבקשים להחריג את המשרד מהוראות חוק חופש המידע, בדיוק מתוך המטרה של שמירת פעילות המשרד בסודיות ובחשאיות.

56. כך בהצ"ח הממשלה 1145 מיום 10.7.2017 הוגשה הצעה להחריג את המשרד מהוראות חוק חופש המידע לגבי הפעילות של הובלת המערכה נגד תופעת הדה לגיטימציה, ובדברי ההסבר המילים אינן יכולות להיות מפורשות יותר - "מאחר שניהולה של המערכה בהצלחה מחייב את שמירתה תחת עמימות מירבית".

מצ"ב העתק הצעת החוק מסומנת כנספח 21

57. ככל שתתקבל הצעת חוק זו, אזי גם המידע המובא בעתירה זו, לא יהיה חשוף עוד בפני אזרחי המדינה ומשרד התעמולה יתנהל, מתחילתו ועד סופו במחשכים.

58. קשה שלא להימנע מהאמירה - האמת אינה דרושה לעמימות, אך התעמולה כן, ועל כך עוד להלן.

59. טרם שנדון בסוגיות המשפטיות נשוא עתירה זו, נייחד את הפרק הבא להגדרתה של תעמולה, על מנת להיווכח כי מעשי המשרד מתיישבים היטב עם הגדרת המושג תעמולה אצל חוקרי מדעי החברה ומדע המדינה.

על התעמולה

60. בספר Propaganda and Persuasion¹ סוקרים המחברים מספר הגדרות למושג תעמולה, מנקודות מבט שונות, הן של מדעי התקשורת, הן של מדעי החברה, הן של מדע הפסיכולוגיה ועוד.

61. המחברים עצמם מציעים לתת לתעמולה את ההגדרה המתמקדת בעיקר בתהליך התקשורת של התעמולה ובמיוחד על מטרתה של התעמולה ומגדירים אותה כך:

"Propaganda is the deliberate, systematic attempt to shape perceptions, manipulate cognitions, and direct behavior to achieve a response that furthers the desired intent of the propagandist"

62. בהמשך הדברים הם מסבירים את המושגים הנכללים בהגדרה זו, ואעמוד על חלקם בקצרה.

1 Vaughn, S. (1989). garth s. jowett and victoria o'donnell. Propaganda and Persuasion. Newbury Park, Calif.: Sage. 1986

Deliberate.

We use it because propaganda is carefully thought out ahead of time to select what will be the most effective strategy to promote an ideology and maintain an advantageous position

Systematic.

Systematic complements deliberate because it means "precise and methodical, carrying out something with organized regularity

Shaping Perceptions

Shaping perceptions is usually attempted through language and images...

Perception is dependent on our attitudes toward issues and our feelings about them... As perceptions are shaped, cognitions may be manipulated

63. ואכן כפי שנראה בהתאם להגדרה זו, מטרתה והייעוד של התעמולה הם לעשות מניפולציה על התודעה, על מנת שמי שעליו מופעלת התעמולה, ישנה את תפיסותיו לגבי העולם בהתאם לאותה תעמולה.
64. ראוי להדגיש ולציין, מטרתה של התעמולה אינה לומר "דברי אמת" על העולם, היא אינה בגדר השוק החופשי של הרעיונות, אלא היא מתכוונת בדרכים תקשורתיות חברתיות ופסיכולוגיות, להשפיע ולשנות את דעתו של מי שעליו היא מבקשת לפעול.
65. תעמולה אינה מעניקה למי שהיא פועלת עליו את החירות לגבש את תפיסתו על העולם מתוך "הסחר החופשי בדעות" (בג"צ 73/53 קול העם), אלא היא משתמשת ורואה במי שעליו היא פועלת כאמצעי להשגת מטרתה ולא כמושא שמטרתה להעניק לו חופש בחירה לגבש את דעתו.
66. באותו פרק מסבירים המתבררים לאחר דיון בסוגי תעמולה מהי "דיסאינפורמציה". אין זו דווקא "תעמולת שקר" ברורה, כי אם:

"It is not misinformation that is merely misguided or erroneous information."

Disinformation is made up of news stories deliberately designed to weaken adversaries and planted in newspapers by journalists who are actually secret "agents of a foreign country

67. כלומר הדגש על מושג זה אינו דווקא בתוכן המידע המופץ, אלא בכך שהוא מופץ על ידי מי שמתחזים להיות עיתונאים אך למעשה הינם סוכנים של מדינה אחרת.
68. מעניין בהקשר זה הציטוט שהם מציינים מעדותו של מי שהיה סגן המנהל של מחלקת הדיסאינפורמציה באחת ממדינות הגוש הקומוניסטי לשעבר (ציכוסלובקיה) בפני ועדה של הקונגרס בארה"ב על מנגנון התעמולה שדאג לדיסאינפורמציה של המידע:

"If somebody had at this moment the magic key that would open the Soviet bloc intelligence safes and looked into the files of secret agents operating in Western

countries, he would be surprised. A relatively high percentage of secret agents are journalists. . . . There are newspapers around the world penetrated by the Communist Intelligence services (שם בעמ' 24).

69. כאשר קוראים את הציטוט האמור לעיל, קשה אכן להשתחרר מהדמיון שבין פעולת "המשרד" דכאן, השולח ומעסיק שלל גורמים אזרחיים לעסוק בפעולות תעמולה עבור המדינה, לבין פעולת מחלקת הדיסאינפורמציה של מדינת צ'כוסלובקיה בתקופת השלטון הקומוניסטי.

70. לאור כל האמור לעיל ייטען בעתירה זו כי פעולתו העיקרית של המשרד היא תעמולה ובילוש אחרי אנשים בעיקר (אך לא רק) ברשתות החברתיות, לרבות בילוש ומעקב והחדרת מסרי תעמולה לרשתות חברתיות בהן נוטלים חלק ומשתתפים אזרחים של מדינת ישראל. וכן כי הפעילות העיקרית של המשרד מבוצעת לא על ידי עובדי מדינה אלא על ידי גופים פרטיים, בעיקר חברת קלע, מתוך מטרה מוצהרת של פעילות שהיא "חוץ ממשלתית" ומתוך מטרה מוצהרת של הסוואת התעמולה ככזו שאינה מגיעה ממשרד ממשלתי בישראל.

71. במילים פשוטות יותר - המשרד מבצע בילוש ותעמולה להצהרתו שלו על אזרחים של מדינת ישראל.

72. נציין שלא במאמר מוסגר, כי איננו היחידים שסבורים כי המשרד עוסק בתעמולה ולא בהסברה, וכי למעשה מדובר ביצירת "דמיון" של BDS על ידי המדינה כדי להצדיק מערכת פעולות של בילוש התחקות ותעמולה, או כלשונה של מנכ"לית המשרד - "לנצח בניהול מערכה..."

73. כך אומר גם מנכ"ל משרד החוץ (העוסק כמובן בסוגיות דומות ומשיקות לאלו של המשרד, במיוחד בנוגע להסברה) בישיבה של ועדת השקיפות מיום 26.2.2018 בנושאים אלו -

"יובל רותם:

שיש לו זיקה כזו או אחרת לעולם ה-BDS, אנחנו מעבירים אותו אליהם כי הם אמורים לתכלל את זה ובסוף משרד החוץ הוא המוצב הקדמי שיושב בשטח.

היו"ר סתיו שפיר:

העמדה המקצועית של משרד החוץ עד לא מזמן הייתה שהדרך הכי טובה להילחם בתופעת הדה לגיטימציה וה-BDS בפרט זה לא לתת ל-BDS שום לגיטימציה בכך שפשוט לא להתייחס ל-BDS. זאת הייתה עמדת משרד החוץ. המשרד לנושאים אסטרטגיים במהותו זה הפוך, אז העמדה שלכם השתנתה.

יובל רותם:

היא לא השתנה. זאת העמדה של משרד החוץ, אנחנו היום יודעים לעקוב בהיבטי ה-BDS איפה מתפרסמות הידיעות על BDS, איפה השיח של ה-BDS. לנו הייתה עמדה מקצועית מסוימת שטיפלנו בה. עוד פעם, המשרד לנושאים אסטרטגיים הוא זה שהוקם בהצעת מחליטים ואנחנו כפופים להחלטה הזו כעובדי מדינה ואנחנו עושים אותה. אנחנו עובדים איתם כאשר אנחנו צריכים לבטא - - - ועדת היגוי שהיא קיימת, אם יש לנו הסתייגות, אנחנו מבטאים את ההסתייגות, אם אין הסתייגות אנחנו לא מבטאים את ההסתייגות. אם אנחנו תומכים אנחנו מבטאים את התמיכה שלנו, כי יש מספר דברים שהם מאוד מאוד רלוונטיים, שהם מאוד מאוד טובים שנעשים, העובדה שיש להם גם תקציבים מסוימים שלנו אין מאפשרת במספר מקומות גם שיתופי פעולה מאוד חשובים, מאוד רלוונטיים." (עמ' 7 לפרוטוקול)

מצ"ב העתק העמודים הרלבנטיים מהפרוטוקול של ועדת השקיפות מסומן כנספח 22.

74. העותר פנה עוד ביום 10.1.2018 אל היועץ המשפטי לממשלה בבחינת פניה מוקדמת ומיצוי הליכים.

מצ"ב העתק פניית העותר מסומנת כנספח 23

75. לפניית העותר לא ניתנה כל תשובה לגופם של דברים מלבד תשובה לקונית כי הפניה נתקבלה והועברה לטיפול של עו"ד דינה זילבר.

מצ"ב תשובה מאת לשכת היועץ המשפטי לממשלה מסומנת כנספח 24

76. בהתאם למסד עובדתי זה נטען להלן את הטענות המשפטיות שבעתירה זו.

הפרק המשפטי

77. נדגיש בפתח הדברים מה עתירה זו אינה מבקשת לטעון.

78. איננו טוענים כי המדינה אינה רשאית לעסוק בתעמולה. אין כאן טענה של טוב ורע וכי תעמולה היא בהכרח רעה ותמיד רעה. אנו סבורים כי לא יאה למדינה דמוקרטית לעסוק בתעמולה, בוודאי מוסווית, אולם אין לטעמנו עילה משפטית לאסור זאת.

79. ועוד יותר מכך. איננו טוענים כי המדינה אינה רשאית לעסוק בהסברה. להיפך. אך אדרבא, דווקא העיסוק בתעמולה מצביע ככל הנראה על הקושי בקיומה של הסברה, המבוססת על שקיפות ומתן מידע גלוי.

80. שתי הטענות העיקריות ביחס לפעולת משרד הבילוש והתעמולה הן אלו:

א. המשרד בגלל אופן ואופי הפעילות שלו, בילוש ותעמולה, שיש בה בהיבטים רבים פגיעה בזכויות יסוד ובזכויות מהותיות, ומול ציבור נרחב ביותר ובהסתר, אינו רשאי ואינו מוסמך לפעול כך רק מכוח החלטת ממשלה, אלא נדרשת הסמכה בחוק. הסמכה כזו אין בנמצא.

ב. המשרד בגלל אופן הפעילות שלו, קרי פגיעה בזכויות יסוד, בילוש ומעקב ומול ציבור נרחב ביותר ובהסתר, אינו רשאי לבצע את מירב פעילותו באמצעות גורמים פרטיים ושלא על ידי עובדי מדינה ותוך הסוואת הפעילות ככזו שאינה מבוצעת על ידי המדינה.

היעדר חוק מסמך

81. המשרד שהינו למעשה מנגנון בילוש ותעמולה שהוקם שלא מכח חוק, כל יצירתו ופעולתו לוקה בפגם מהותי של אי חוקיות המינהל, שכן מדובר במשרד המבצע שלל פעולות שלאף אחת מהן אין ומעולם לא ניתנה כל הסמכה בחוק.

82. כך נאמר בבג"צ 4466/16 מוחמד עליאן ו-6 אחרים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (החלטה מיום 14.12.2017):

"כל גורם מינהלי חייב לפעול בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לו בחוק. עקרון זה הוא אבן הפינה של המשפט המינהלי. הוא מחייב את הגורמים המינהליים לפעול לפי חוק, ובכך הוא מגביל את כוחו של השלטון ומבטיח את חירויות הפרט. החובה המינהלית החלה על המפקד הצבאי לפעול בסמכות חלה ללא קשר לטיב ולתבונת החלטתו. גם פעולה מינהלית "טובה" או כזו שנעשית מתוך "צורך מינהלי" יכולה להימצא כבלתי חוקית אם אין לה מקור סמכות. בדומה, גם פעולה מינהלית שמוציאה אל הפועל מדיניות של הממשלה יכולה להימצא כבלתי חוקית אם אין לה מקור סמכות (ראו: רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים - משרד הביטחון, [פורסם בנבו] פסקה 37 (5.11.2017); ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' "

ראש עיריית יבנה, [פורסם בנבו] פסקה 33 (27.6.2011); בג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582, 587 (1996); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97-98 (2010); ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1987); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 74-76 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית)

83. הדברים יפים למקרה שלנו. גם אם מדובר בפעולה מינהלית "טובה" (ולא כך הדבר לטעמנו), אין ולא יתכן כי משרד ממשלתי שלם, יוקם, יקבל תקציבים של מאות מיליונים, יקים וינהל מנגנון בילוש ותעמולה חובק עולם, המופנה כלפי כולם, והכל ללא כל הסמכה מפורשת בחוק.

84. עקרון חוקיות המינהל אינו דרישה פורמלית דווקנית. הסמכה בחוק דרושה לשם קביעת ומתן סמכויות על ידי הרשות המחוקקת המייצגת את הריבון הוא העם, לשם ביקורת של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת, ולשם הגנה על זכויות הפרט.

85. הקמת המשרד וכל פעולתו הינה גם בניגוד גמור להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

86. סעיף 7 (א) לחוק היסוד קובע כי - "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". חוק היסוד מאפשר פגיעה בזכויות המפורטות בו, בתנאי שהיא נעשית מכח חוק ועומדת בתנאי פיסקת ההגבלה.

87. נוכח שבפעולות המשרד יש משום פגיעה בפרטיות (בדרך של בילוש אחר אנשים ודעותיהם) הרי שללא הסמכה מפורשת בחוק כל פעולות המשרד הינן בלתי חוקתיות.

88. זכויות האדם שלפי חוק היסוד אינן זכויות רק של אזרחי מדינת ישראל:

"במרכזו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עומד "האדם". ... הזכויות המוענקות בחוק-היסוד הן זכויות אדם, והן מוענקות לאדם. ... על כן מוענקות הזכויות לאדם הבגיר ולאדם הקטין; לאזרח, לתושב, למבקר ולתייר. כל אדם "באשר הוא אדם" זכאי להגנות הקבועות בחוק-היסוד, יהא מינו אשר יהא, תהא דתו אשר תהא, ויהיו השקפותיו אשר יהיו. גם אדם שאינו מכיר בכבודם של אחרים זכאי להגנת כבודו. ... מכאן, שאין זה מדויק לתאר זכויות אלה כזכויות אזרח. הן אינן מוגבלות לאזרח או לתושב. הן מוענקות לכל אדם ..." (אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 435-436 (כרך שלישי, 1994).

89. וראו לעניין זה: עע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' חסין געאביץ, בג"צ 7052/03 עדאאלה נ' שר הפנים, בג"צ 7146/12 סרג' נ' הכנסת.

90. כפי שמוצהר במפורש, המשרד פועל הן תוך הסוואת הפעולות שלו על מנת שלא ניתן יהיה ליחס אותן למדינה, ותוך שימוש מוחלט כמעט בגורמים אזרחיים.

91. גם ביחס לשני דברים אלו מדובר בפגם היורד לשורש הסמכות של המשרד.

92. ראשית מדינת ישראל אינה יכולה להקים מנגנון תעמולה מסווה, שכן הדבר עומד בסתירה לסעיף העקרונות של חוק היסוד הקובע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יבואו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

93. שנית המדינה אינה רשאית להעביר סמכויות שלה, בוודאי סמכויות כה דרקוניות שהן לעצמן מבוצעות בהיעדר סמכות, לגורמים פרטיים, ושוב גם זאת בהיעדר סמכות מפורשת לכך בחוק.

94. ודוקו מדובר בגוף פרטי האוסף ומן הסתם שומר מידע ואשר גם משתמש בו ואף פועל להתערב בו.

95. עקרון זה נקבע עוד לפני שנים רבות:

"מכל הבחינות הללו אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוננה על-פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת, ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידי סמכויות ביצוע, כפי שהן עולות, למשל, מחוק העזר; והוא, כמובן, כל עוד לא קבע המחוקק מפורשות אחרת..."

(כב' השופט (כתוארו אז) שמגר בבג"צ 39/82 אלעזר הנפלינג נ' צבי צילקר, ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו (2) (537) להלן: "פרשת הנפלינג")

96. בבג"צ 3971/16 סנדלר נגד שר התחבורה (להלן: "פרשת סנדלר") דן בית המשפט בסוגיה של הפרטה של שירות ציבורי ומסירת הביצוע שלו לגורם פרטי. בית המשפט עורך שם הבחנה, המבוססת על פסיקה קודמת (וראו בעיקר את פרשת בית הסוהר - בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר) בין הפרטה בה מועברת הסמכות השלטונית לגורם הפרטי, לבין הפרטה שהגורם הפרטי רק מבצע את המטלה של השירות הציבורי כאשר הסמכות נשאת בידי הגורם הציבורי:

"עם זאת, לא כל העברת סמכויות היא בגדר אצילה ויש להבחין בהקשר זה בין העברת שיקול הדעת לאחר להפעלת הסמכות ובין הסתייעות באחר לצורך ביצוע הסמכות (ראו עניין פילופוביץ, בעמ' 423; עניין עיר עמים, פסקה 18; ברק ארז 178-179). לצורך ביצוע תפקידיה אין מניעה עקרונית כי הרשות תסתייע גם בגופים פרטיים וההבחנה העיקרית בין אצילה והסתייעות נגזרת מהיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוקנה על ידי הרשות לגוף הרלוונטי (עניין המרכז האקדמי פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור; עניין פילופוביץ, בעמ' 425; עניין עיר עמים, פסקה 18). 9. על הקו המפריד בין אצילה להסתייעות עמדנו בעניין עיר עמים שם נפסק כי:

אכן, לעתים דק הקו המבדיל בין הסתייעות באחר לבין האצלת הסמכות, ולכן 'לא בנקל ניתן יהיה להגדיר מראש אימתו יש בה בפעולה פלונית משום עזר וסיוע להפעלת הסמכות, שאזי עשייתה על-ידי אחר מותרת היא, ואימתו יש בה משום הפעלת חלק של הסמכות גופה' (עניין גולדברג, 90; לסקירת פסיקה המסייעת "לסלק מעט מן הערפל" ראו זמיר, הסמכות המינהלית, 857). אמת המידה שהוצעה לעניין זה בעניין פילופוביץ התמקדה במהות התפקיד המוטל על אחר, דהיינו האם מדובר בתפקיד הכרוך בהפעלת שיקול דעת מינהלי או שמא מדובר בתפקיד בעל אופי טכני, המותיר את שיקול הדעת המינהלי בידי הרשות. עם זאת, נקבע כי אין מדובר במבחן נוקשה ו'הכול תלוי בזהות תפקידה של הרשות המוסמכת מזה ובמשימה שהוטלה על האחר מזה וביחס בין השניים' (שם, 424) [...]

מכל מקום, הפסיקה מדגישה כי יש להימנע ממצב של "גלישה לא מודעת" ממצב אחד לשני, ועל הרשות להקפיד כי הבחירה בין דרכי הפעולה השונות - האצלת הסמכות או ביצועה תוך הסתייעות באחר - תיעשה לאחר שנשקלו מכלול השיקולים הצריכים לעניין (ראו עניין פילופוביץ, 422-423) ... מקום שבו בוחרת הרשות להסתייע בגורם פרטי לצורך ביצוע סמכויותיה, עליה להקפיד מאוד כי לא ייווצר מצב של ניגוד עניינים בין מטרותיו של אותו הגוף ובין האינטרסים הציבוריים שעל הגשמתם מופקדת הרשות, ולו בשל העובדה ש'לגורמים פרטיים יש אתוס ארגוני שונה, שעשוי להשפיע על מתן השירות' (ראו: ברק-ארז,

משפט מינהלי, 187; זמיר, הסמכות המינהלית, 856); כמו כן על הרשות להבטיח כי שיקול הדעת בכל הנוגע לקביעת המדיניות שביסוד הפעלת הסמכות יישאר בידיה (ראו ברק-ארז, משפט מינהלי, 186).

97. במקרה שבפנינו, המשרד אינו רק מסתייע באחר, אלא לפי הצהרות מפורשות של המשרד הן ממסמכים רשמיים שלו והן של החלטות ממשלה הנוגעות אליו, מעביר את כל הסמכויות שלו (שכאמור כלל אין לו) לגורם פרטי שיבצע את העבודה במקומו, וזאת מתוך המטרה הפסולה של "הסוואה" - "הפעילות שתבוצע באמצעות הגוף הייעודי (הגוף הפרטי ש.ב.מ.) תהיה כזו הדורשת שיח "חוץ ממשלתי" מול קהלי היעד השונים".

היעדר סמכות מכח הסמכות השירות

98. לא ניתן אף לקבל את הטענה כי לממשלה הסמכות להקים את המשרד מכח הסמכות השירות של הממשלה המוגדרת בסעיף 32 לחוק יסוד הממשלה:

"הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

99. בבג"צ 8600/04 אבנר שמעוני, ראש המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה (להלן: "פרשת שמעוני") נאמר ע"י בית המשפט כי תכליתו של סעיף 32 לחוק היא:

"לספק מקור שבחוק לסמכויות הממשל הכלליות, לגשר בכך על הפער שהיה קיים בין המציאות של המינהל לבין העקרון של חוקיות המינהל" (זמיר, שם, עמ' 335).

100. סמכות זו יכולה לחול כנאמר שם בשני מצבים:

"הוראה זו חלה בשני מצבים עיקריים: הראשון, בו נתונה למדינה סמכות פלונית (כגון כריתת חוזה או ביצוע פעולה במשפט הבינלאומי) אך לא נקבע מיהו האורגן אשר מוסמך לפעול בשם המדינה. בא סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה וקובע כי במצב דברים זה הסמכות הינה בידי הממשלה. השני, בו לא ניתנה למדינה סמכות פלונית, וממילא גם לא נקבע מי האורגן המוסמך לכך. בא סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה וקובע כי סמכות כזו קיימת והיא נתונה לממשלה. נעמוד בקצרה על כל אחד משני המצבים הללו."

101. כאשר קיימת הסמכה בדבר חקיקה, אין אפשרות לרשות השלטונית להפעיל סמכות בנושאים המוגדרים באותו חוק. ראו דבריו של כב' השופט גולדנברג בבג"ץ 2918/93 עיריית קרית-גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832, 844 (להלן: "פרשת עיריית קרית-גת"):

"משקיים דין אשר יוצר הסדר, נסוגה מפניו סמכות הממשלה, ואין בידה ליצור הסדר אלטרנטיבי. אם היה חלל ריק משפטי, הרי שהוא היה קיים עד לחקיקת החוק שיצר את ההסדר. מכאן ואילך התמלא החלל בחוק, ולממשלה לא נותרה עוד סמכות שירות באותו עניין עצמו."

102. בעניין נשוא עתירה זו אנו עוסקים במצב השני, שבו אין למדינה סמכות מפורשת לעניין פעולת משרד הביטחון והתעמולה.

103. במצב זה נאמר בפרשת שמעוני:

"המצב השני מניח את היעדרה של הסמכות עצמה. מכוחו של סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה מוענקת אותה סמכות לממשלה עצמה. הענקה זו מעוררת בעיות קשות (ראו מ' כהן, סמכויות כלליות של הרשות

המבצעת (2002)). ניתן היה לטעון כי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה מוגבל אך לתפקיד הראשון. גישה זו לא התקבלה, והדין הוא כי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה אינו מוגבל לתפקיד הראשון בלבד (ראו י' זמיר, הסמכות המינהלית 335 (כרך א', 1996); כהן, שם, עמ' 173-175).

עמד על כך הנשיא מ' שמגר:

"הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה... חיקוקים שונים מעניקים סמכויות מוגדרות לממשלה או לשר משריה. אולם הסמכויות המוקנות לממשלה רחבות יותר מאלו המפורטות בחיקוק זה או אחר. אין אפשרות לכסות את כל תחומי הפעולה האפשריים של הרשות המבצעת על-ידי הוראה חקוקה. חובתה של הממשלה כרשות מבצעת חובקת הרבה תחומי פעולה שבהם נדרשת פעולתה, אף-על-פי שאין חוק מפורש המפרט את סמכויותיה בתחום האמור" (בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 651; להלן: פרשת פדרמן; ראו גם בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 181, 189; להלן: פרשת איגוד שמאי ביטוח).

104. הסמכות המופעלת מכח סעיף 32 היא סמכות שיורית:

"כמובן, הסמכות הקבועה בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה הינה שיורית. כפי שנקבע בהוראה עצמה אין להפעיל מכוחה סמכות הנתונה על פי דין לרשות האחרת"

105. כבר כאן אפשר לטעון כי הסמכות שלקח לעצמו המשרד היא סמכות הנתונה למשרד החוץ האחראי על יחסי החוץ ועל ההסברה של המדינה, וראו בהקשר זה את דברי מנכ"ל משרד החוץ נספח 22 לעיל, ומכאן שאין כלל לממשלה את הסמכות השיורית לקיים ולהפעיל את משרד הבילוש והתעמולה.

106. אך מעבר לכך.

107. כאשר מדובר בסמכות שיורית נקבע בפרשת שמעוני כי הפעלת הסמכות מוגבלת מעקרונות היסוד של המשטר החוקתי במדינת ישראל:

"הפעלת הסמכות השיורית - כהפעלתה של כל סמכות מינהלית - כפופה לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי. הממשלה היא נאמן הציבור. עליה להפעיל את סמכותה השיורית באופן המגשים נאמנות זו"

108. ובעיקר כפי שנאמר שם הסמכות השיורית (להבדיל מסמכות מפורשת שניתנה בדבר חקיקה) אינה יכולה להיות סמכות לביצוע פעולות שיש בהן משום פגיעה בחירויות הפרט ובזכויות אדם:

"שלישית, הסמכות השיורית אינה יכולה להוות מקור להסמכה לפגיעה בחירותו של הפרט. עקרון יסוד במשטר דמוקרטי המבוסס על שלטון חוק מהותי וזכויות אדם הינו כי "לפרט מותר כל דבר שלא נאסר עליו כדין. לשלטון אסור כל דבר שלא הותר לו כדין" (דברי בג"ץ 164/97 קונטראם בע"מ נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 344). יהא זה שינוי בתפיסות היסוד הדמוקרטיות שלנו, אם ניתן יהא לראות בסמכות השיורית הסמכה לפגיעה בזכויות האדם. על פי תפיסותינו הבסיסיות, פגיעה בזכויות האדם מחייבת, כתנאי הכרחי, שפגיעה זו תעוגן בדין ספציפי המסמיך אותה. הסמכות השיורית הכללית אינה מספיקה לשם כך. סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה "מעניק לממשלה רק סמכויות ממשל כלליות שאין בהן כדי לפגוע באופן ישיר בזכויות האדם" (זמיר, שם, עמ' 337). בדומה צויין כי "אין להעלות על הדעת, כי

סמכויות טבועות אלה תוכלנה לפגוע במערכת הזכויות של הפרט" (שם, עמ' 784). גישה זו עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו מ' כהן, שם, עמ' 207).

כבר בפרשת מיטרני ציין הנשיא שמגר כי:

"כאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האוויר, אלא אם הוקנתה לו על ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור" (בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 359).

109. בבג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (להלן: "פרשת ועדת המעקב") אומר כב' המשנה לנשיא בדימוס חשין ביחס להפעלת הסמכות השיורית את הדברים הבאים:

"סמכותה השיורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) לא ביקשה לשחרר עצמה מכבליהם של עיקרי היסוד. נהפוך הוא: בהיעדר הוראת אחרת - והוראת אחרת אין בנמצא - נפרש את סמכותה השיורית של הממשלה כסמכות הנותנת עצמה בעול עיקרי היסוד של שיטת המשפט. הוראת סעיף 32 רואה עצמה כבולה בעיקרי היסוד של שיטת המשפט, ונוח לה בכך. יתר-על-כן: נועדה היא לשרת עיקרים אלה וייעודה מקובל עליה. כנדרש מכך, יימצאו מעשים ופעילויות שהממשלה לא תהא מוסמכת לעשותם אך בהיותם נוגדים את עקרונות היסוד של שיטת המשפט, בהם תפישות היסוד החוקתיות ששיטת המשפט שלנו מושתתת עליה. וכפי שהורנו הנשיא שמגר בפרשת פדרמן (שם, 652):

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו.

אכן, בבואה אלינו - היא ואימותיה ההיסטוריות בחוקי-היסוד - חזקה על הוראת סעיף 32 כי ביקשה לשלב עצמה בתפישות היסוד החוקתיות של ישראל, כי ראתה תפישות-יסוד אלו תשתית לקיומה וחלק מן הצופן הגנטי המקיים אותה במקומה. וכדברי הנשיא ברק בפרשת שמעוני (שם, בפיסקה 14):

תכליתה של הוראה זו לא היתה לפגוע בעקרונות היסוד של המשטר החוקתי במדינת ישראל. נהפוך הוא: הוראה זו נועדה להגשים עקרונות יסוד אלה והיא צריכה להתפרש לאורם ... אין לפרש את סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה באופן הפוגע בעקרונות הפרדת הרשויות, עצמאות הרשות השופטת, שלטון החוק המהותי וזכויות האדם. סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה צריך למצוא את מקומו הראוי במסגרת התפיסה החוקתית הכוללת העולה ממכלול חוקי היסוד, והמגשימה "תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו" ... בכך יושג האיזון הראוי בין הצורך המעשי להבטיח סמכות כללית לרשות המבצעת לשם הגשמת תפקידיה לבין הצורך הערכי להבטיח את שילובה של סמכות זו במארג הכולל של תפיסתנו החוקתית.

20. בהקשר ענייננו עתה נפסק - והלכה זו מקובלת על הכל - כי מכוח סמכותה השיורית כהוראת סעיף 32, אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. זכויות אלו מהוות חלק אינטגרלי במשפט ופגיעה בהן יכול שתיעשה רק בחוק הכנסת לבדו. כל זכות מזכויות היסוד "את חוקים תתהלך" (בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד (1) 49, 96); "עוצמתה ורמתה כעוצמתו וכרמתו של חוק", ו"רק לשון מפורשת וחד-משמעית בחוק יש בכוחה להגביל או להצר ... זכות מעין-זו (שם, שם). ועוד: "סמכותה ה'שיורית' של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של

הפרט. הסמכות ה'שירות' של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מנהלי' ... 'חלל מנהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת" (הנשיא ברק בפרשת הוועד הציבורי, 832). אכן, חירויות היסוד שהן חלק מן המערך הגנטי של המשפט נמצאות בכל נורמה ונורמה במשפט אף בלא שנחקקו בחוק, ופועל יוצא מכך הוא, כי הממשלה אינה מוסמכת לפגוע בהן אלא אם הוסמכה לכך במפורש בידי הכנסת. עמד על כך הנשיא שמגר בפרשת פדרמן (שם 652):

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו. כך הדבר לגבי זכויות יסוד שהן חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, בין אם הוכללו בחוק יסוד ובין אם טרם נעשה כן. כך, לא תהיה, לדוגמא, בידי הממשלה סמכות לסגור עיתון על יסוד החלטת ביצוע מינהלית, אם לא תהיה הוראת חוק מפורשת המסדירה נושא כגון דא, ואף אם טרם הוחק חוק-יסוד המגדיר את חופש הדיבור; מעשה כאמור ינגוד תפיסות היסוד שלנו בדבר חירויות האדם הטבועות במשטרנו, ואשר ניתן להגבילן רק בחוק חרות ... משמע, זכות היסוד של חופש הדיבור, שהיא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, יוצרת סייג הכובל את ידיה של הרשות המבצעת ואינו מתיר לה לחרוג, ללא הסמכה שבדין, מן האיסור לפגוע בחירות המוקנית על פיו.

ראו עוד: פרשת שמעוני, פסקה 17; ספר זמיר, 337; פרשת עיריית קריית גת, 847; מרגית כהן, 275 ואילך. הלכה זו, נעיר, זכתה למישנה תוקף לאחר חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, והם חוקי-יסוד אשר היקנו לזכויות שנקבעו בהם מעמד-על, ואף הוסיפו וקבעו מפורשות כי אין פוגעים בזכויות שנקבעו בהם אלא בחוק או "מכוח הסמכה מפורשת" בחוק. הנה-כי-כן, לא-זו-בלבד שזכויות היסוד אשר נימנו בשני חוקי-היסוד האמורים הפכו להיותן "דין" חרות - וממילא חל עליהן, ובמישרין, העיקרון של "בכפוף לכל דין" הקבוע בסעיף 32 - אלא שנאמר בחוקי היסוד במפורש כי הפגיעה באותן זכויות מחייבת הסמכה מפורשת בחוק. ברי כי נוסחה הכללי של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינו מהווה הסמכה מפורשת שכזו, וממילא אין הוא מתיר לממשלה לפגוע בזכויות יסוד שחוקי-היסוד מדברים בהם. ראו דבריו של פרופ' ברוך ברכה במאמרו "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי", ספר יצחק זמיר על משפט, מימשל וחברה (תשס"ה-2005), 161, 190 (ברכה, זכויות אדם חוקתיות, והמשפט המינהלי). ראו עוד: פרשת עיריית קרית גת (שם, 847), מפי השופט דורנר; זמיר, משפט וממשל, 116-118.

110. בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (ג) 817, 832) נקבע על ידי כב' השופט ברק בעניין פגיעה אפשרית של הסמכות השירות בחירות הפרט כי:

"... אין להסיק מהוראה זו סמכות לחקירה במונן שבו אנו עוסקים בעתירות אלה. סמכות החקירה פוגעת בחירותו של הפרט. סמכותה ה'שירות' של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה'שירות' של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מינהלי' ... 'חלל מינהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת".

111. ברור מהדברים האמורים כי "הסמכות השירות" אינה יכולה לשמש מקור הסמכה לפעולות של הממשלה שיש בהן פגיעה בזכויות הפרט, בהיעדר הסמכה מפורשת של המחוקק.

112. כפי שנאמר לעיל, ההסמכה (בהחלטה מינהלית ולא בחוק) של המשרד לבצע פעולות בילוש ותעמולה, היא הסמכה לבצע פעולות שהן **במובהק פוגעות בזכויות אדם**. מדובר בפעולות שהן פגיעה בפרטיות. מדובר בפעולות שהן ביצוע תעמולה מוסווית, מדובר בפעולות הנעשות במחשכים. מדובר בפעולות המנסות (או מתיימרות) להשפיע על עמדות ותפיסות של בני אדם.

113. ודוקו. אין אנו טוענים כי פעולות המשרד אינן חוקיות כשלעצמן (פר סה), דבר שאינו נדרש לעתירה זו, אלא שאלו פעולות שיש בהן פגיעה בזכויות אדם, פגיעה בפרטיות, בניגוד להוראות חוק היסוד בחלקן. במצב כאמור גם כאשר אין המדובר בפעולות "לא חוקיות" אלו פעולות שיש בהן **יסוד משמעותי** של פגיעה בזכויות. במצב כאמור לא ניתן לעשות שימוש בסמכות השיורית אלא נדרשת הסמכה מפורשת של המחוקק לעניין זה. הסמכה כזו אין **בנמצא**.

114. לאור זאת אנו טוענים כי פעולת המשרד רק מכח הסמכות השיורית ובהיעדר הסמכה חוקית היא פעולה נעדרת סמכות ואחת דינה להיות מבוטלת.

115. מרגית כהן בספרה "סמכויות כלליות של הרשות המבצעת" המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים 2002, טוענת כי:

"הציר המרכזי לתחולתו של עקרון השיוריות כעיקרון המגביל הפעלת סמכויות כלליות הוא בזיהוי היחס שבין החוק והסמכות הכללית, או במילים אחרות, בפרשנות שני ההסדרים. עקרון השיוריות יפעל כמגבלה המצמצמת את אפשרות ההפעלה של סמכויות כלליות ככל שתגבר הנטיה לזהות מצבים של סתירה. אך בפועל המגבלה מקבלת ביטוי ברור רק כאשר מדובר בהפעלה ממשלתית של מסגרת מדיניות שלמה ומקיפה שנועדה לבוא במקום מערך סטוטורי שלם מקיף שהוא שונה מטבעו."

כאשר הפעולה שנעשתה ע"י הממשלה היא פעולה מיטיבה, היא לרוב מקבלת אישור, דרך המנעות מקיום מצב של סתירה, כלומר, הפעולה משוייכת לתחום אחר מזה הקיים בחוק, או דרך לקונה בחוק. שתי דרכים אלו לדעתה של כהן הן דרכים משפטיות פרשניות לגיטימיות וחשובות, אך לא ניתן להתבסס עליהן כדי להתחמק ממגבלת השיוריות, ראה בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ו-28 אח' נ' שר החקלאות, נ(2) 715, שם הוצדקה הפעולה הממשלתית כפעולה באותה מאטריה ל- "תכלית שונה".

116. אשר לפעולות פוגעניות, פעולות אלא לא יאושרו, כיוון שהן מתנגשות עם זכויות היסוד. עם זאת, לדעת כהן:

"למרות זאת, אינני סבורה שלמגבלת השיוריות אין מקום בהקשר זה, השימוש במגבלה זו עשוי להיות פשוט יותר מאשר הפעלת מגבלת זכויות היסוד. זאת משום שהמגבלה מוצגת כבילת פנים "מכניסיות" פרשניות.....יש להמשיך ולהקצות למגבלת השיוריות מקום חשוב במסגרת הדיונים בסמכויות הכלליות....."

117. לדעתה של כהן יש להרחיב את השימוש במגבלה גם במקרים שבו מפעילה הממשלה הסדר שלם מכח סמכות כללית, במקום הסדר שלם הקבוע בחוק, גם לפעולות מיטיבות.

118. זה בדיוק מצב הדברים במקרה שבפנינו, ואף מדובר בפעולות מירעות ולא מטיבות.

119. הממשלה, מכח החלטה מינהלית בלבד, יצרה מנגנון שלם, רחב מאוד ומקיף, משרד שלם העוסק בתעמולה ובבילוש, העושה שימוש בגורמים פרטיים למירב פעולותיו, כלפי כלל הציבור, והכל ללא כל הסמכה בחוק, וכפי שראינו אף ללא יכולת בקרה כלשהיא על הפעולות שלו, הן מבחינת המחוקק והן מבחינת השקיפות כלפי הציבור.

הפסול שבשימוש בגורמים פרטיים

120. כפי שנאמר לעיל, והמשרד לא רק שאינו מכחיש זאת אלא אף מתגאה בכך, חלק משמעותי מפעולות המשרד מבוצעות באמצעות גופים פרטיים ולא על ידי עובדי המדינה של המשרד.

121. הן המחוקק והן הפסיקה הכירו לאורך השנים באפשרות שבידי הרשות השלטונית - בהתקיים תנאים מסוימים - לאצול מן הסמכויות שהוקנו לה בחוק, דהיינו להסמיך אחר לפעול במקומה, תוך הפעלת שיקול הדעת הנדרש לצורך ביצוע הסמכות (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 173 (2010)).

122. ככלל, הרשות השלטונית רשאית לאצול מסמכויותיה רק אם קיימת לה סמכות בחוק לעשות כן. על פי הפסיקה, בהיעדר מקור בדין המעניק סמכות אצילה, חובתה של הרשות להפעיל את הסמכות שהוקנתה לה בעצמה, ואין היא רשאית לאצלה לאחר:

"כלל גדול בדינו שסמכות, שהפעלתה יש בה משום שיקול הדעת, משהוענקה לפלוני, חייב הוא להפעיל סמכות זו באופן אישי ואין הוא רשאי להאצילה לאחר אלא אם הורשה במפורש לכך"

(בג"ץ 702/79 גולדברג נ' מנחם שרמן ראש מועצת רמת השרון, פ"ד לד (4) 85, 90, מפי השופט (כתארו אז) מ' אלון (1980) (להלן עניין גולדברג)).

123. ביסוד עיקרון זה עומדת חזקה פרשנית, לפיה תכליתו של החוק אשר ייחד את הפעלת הסמכות לגורם השלטוני, הייתה כי הוא - ולא אחר - יפעיל את הסמכות אשר הוקנתה לו.

124. עם זאת יתכנו מקרים בהם החזקה הפרשנית האמורה ניתנת לסתירה, וכי יתכנו נסיבות אשר יעידו על כוונת המחוקק לאפשר לרשות המינהלית לאצול מסמכויותיה אף אם לא נקבעו הדברים במפורש בחוק (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 842-843 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן הסמכות המינהלית); ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ב 152-171 (1996)).

125. ביסוד העקרונות הכלליים החלים על אצילת סמכויות מונחת התפיסה לפיה מוסיפה הרשות המוסמכת לשאת באחריות להפעלת הסמכות גם לאחר שזו הואצלה לגורם אחר. באופן זה יכולה הרשות השלטונית לעצב את המדיניות באשר להפעלת הסמכות מחד גיסא, ולהותיר את יישומה בפועל לגורם המקצועי שלו הואצלה מאידך גיסא (ראו ברכה, בעמ' 149).

126. בעניין הסדר אצילת סמכויות על-ידי שרי הממשלה ציין זמיר:

"ברור כי האצילה לא נועדה לפטור את השר מן האחריות למילוי תפקידו... הנאצל אינו אמור לבוא במקומו של השר, ולשאת תחתיו באחריות המשפטית והציבורית, כאילו החוק העניק את הסמכות לנאצל ולא לאוצל, אלא רק לסייע בידי השר. לפיכך, הדין שאיפשר את אצילת הסמכות, ועם זאת לא פטר את השר מאחריות לסמכות, צריך גם לאפשר לשר להנחות את הנאצל, לפקח עליו, ובשעת הצורך אף להתערב באופן אישי בהפעלת הסמכות עלידי הנאצל. אחרת האצילה תחטיא את מטרתה. כך לגבי אצילה עלידי שר, וכך

אף לגבי אצילה על-ידי כל רשות מינהלית אחרת: האוצל צריך לקיים שליטה בסמכות גם לאחר האצילה, ולצורך זה הנאצל צריך לסור למרותו של האוצל" (הסמכות המינהלית, עמ' 874)

127. סעיף 33 לחוק יסוד הממשלה קובע, כי הוראות אצילה מיוחדות הקבועות בחוק ספציפי - לרבות כאלה המסמיכות את הרשות לאצול מסמכויותיה לגורם שאינו עובד ציבור, גוברות על הוראות האצילה הכלליות הקבועות ביתר סעיפיו הקטנים של סעיף 33.

128. ברוח זו ציין פרופ' זמיר בהתייחסו לסעיף 33(ה), כי:

"אפשר גם כמובן שחוק מסוים המקנה סמכות לשר ישמיע כוונה אחרת, כלומר כוונה לאפשר אצילת סמכות גם למי שאינו עובד ציבור", וכי "אפשר שמן החוק המסמיך תשתמע כוונה לאפשר אצילה גם למי שאינו עובד ציבור" (הסמכות המינהלית, עמ' 840 ועמ' 847).

129. הפסיקה הכירה עקרונית באפשרות לאצול סמכויות שלטוניות גם לגופים פרטיים - ובנסיבות חריגות אף בהיעדר הוראת אצילה מפורשת בחוק - בכפוף לכך שבידי הרשות המוסמכת המקורית תישאר אפשרות לפיקוח אפקטיבי על הגוף הנאצל.

"נדרשות נסיבות מיוחדות המאפשרות הסקה (משתמעת) של תכלית חקיקתית, המאפשרת אצילה לגורם פרטי" (בג"צ 2303/90 אלי פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"מ מו(1) 410)

130. לא כל העברת סמכויות היא בגדר אצילה ויש להבחין בהקשר זה בין העברת שיקול הדעת לאחר להפעלת הסמכות ובין הסתייעות באחר לצורך ביצוע הסמכות.

131. לצורך ביצוע תפקידיה אין מניעה עקרונית כי הרשות תסתייע גם בגופים פרטיים וההבחנה העיקרית בין אצילה והסתייעות נגזרת מהיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוקנה על ידי הרשות לגוף הרלוונטי

132. על הקו הדק המפריד בין אצילה להסתייעות נאמר בפרשת עיר עמים (בג"צ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים) כך:

"אכן, לעתים דק הקו המבדיל בין הסתייעות באחר לבין האצלת הסמכות, ולכן 'לא בנקל ניתן יהיה להגדיר מראש אימתי יש בה בפעולה פלונית משום עזר וסיוע להפעלת הסמכות, שאזי עשייתה על-ידי אחר מותרת היא, ואימתי יש בה משום הפעלת חלק של הסמכות גופה' (עניין גולדברג, 90; לסקירת פסיקה המסייעת 'לסלק מעט מן הערפל' ראו זמיר, הסמכות המינהלית, 857). אמת המידה שהוצעה לעניין זה בעניין פיליפוביץ התמקדה במהות התפקיד המוטל על אחר, דהיינו האם מדובר בתפקיד הכרוך בהפעלת שיקול דעת מינהלי או שמא מדובר בתפקיד בעל אופי טכני, המותיר את שיקול הדעת המינהלי בידי הרשות. עם זאת, נקבע כי אין מדובר במבחן נוקשה ו'הכול תלוי בזהות תפקידה של הרשות המוסמכת מזה ובמשימה שהוטלה על האחר מזה וביחס בין השניים' (שם, 424) [...]

מכל מקום, הפסיקה מדגישה כי יש להימנע ממצב של "גלישה לא מודעת" ממצב אחד לשני, ועל הרשות להקפיד כי הבחירה בין דרכי הפעולה השונות - האצלת הסמכות או ביצועה תוך הסתייעות באחר - תיעשה לאחר שנשקלו מכלול השיקולים הצריכים לעניין (ראו עניין פיליפוביץ, 422-423) ... מקום שבו בוחרת הרשות להסתייע בגורם פרטי לצורך ביצוע סמכויותיה, עליה להקפיד מאוד כי לא ייווצר מצב של ניגוד עניינים בין מטרותיו של אותו הגוף ובין האינטרסים הציבוריים שעל הגשמתם מופקדת הרשות, ולו בשל

העובדה ש'לגורמים פרטיים יש אתוס ארגוני שונה, שעשוי להשפיע על מתן השירות' (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, 187; זמיר, הסמכות המינהלית, 856); כמו כן על הרשות להבטיח כי שיקול הדעת בכל הנוגע לקביעת המדיניות שביסוד הפעלת הסמכות יישאר בידיה (ראו ברק-ארז, משפט מינהלי, 186)."

133. גם בבג"צ 8467/1 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה המסחר והתעסוקה עמד כב' השופט פוגלמן על ההבדל בין הסתייעות לאצילת סמכויות באומרו:

"כידוע, רשות מוסמכת רשאית להסתייע בגורמים אחרים, לרבות פרטיים, לצורך ביצוע פעולות טכניות הקשורות בהפעלת סמכותה, ובלבד ששיקול הדעת והאחריות לביצוע הפעולות ייוותרו בידיה. זאת להבדיל מאצילת סמכויות, שבגדרה מעבירה הרשות המוסמכת את שיקול הדעת לגורם אחר, פעולה המחייבת הסמכה חקיקתית."

134. במקרה שבפנינו המשרד אינו רק "מסתייע" בגורמים פרטיים לביצוע הפעולות שלו, אלא הוא מעביר את מירב הסמכויות שלו, סמכויות דרקוניות של מעקב בילוש וביצוע תעמולה לגופים פרטיים אשר אינם כפופים להוראות שירות המדינה. זו העברה נטולת סמכות לגורם פרטי וכאשר אנו מדברים על סמכויות דרקוניות אשר מלכתחילה הן בעייתיות עד מאד, של בילוש ומעקב אחר אנשים ברחבי העולם לרבות על אזרחי מדינת ישראל בישראל.

135. בבג"צ 5826/14 אורן אליהו נ' בית הדין הארצי לעבודה, אומרת כב' השופטת ברון ביחס להפעלת סמכויות של חקירה ובילוש לגורמים פרטיים את הדברים הבאים

"עם זאת, שותפה אני לעמדתו של היועמ"ש - שהעברת סמכויות החקירה מחוקרי המ"ל לידיהם של חוקרים פרטיים, דווקא היא מקימה חשש ממשי לפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות של המתדיינים בוועדות העררים. בשונה מאותם חוקרים פרטיים, חוקרי המ"ל פועלים מתוקף חוק הביטוח הלאומי, וכפופים לכללי המשמעת והאתיקה החלים על המ"ל; ובנסיבות אלה קיים ספק ממשי אם ראוי להאציל את סמכויות החקירה שניתנו להם בחוק לידיים פרטיות. ויזכר: פעולת חקירה בכלל, ובפרט כזו הכוללת גם מעקב סמוי, עלולה להסב פגיעה ממשית לזכויות יסוד של הנחקר - ובהן הזכות לפרטיות, כבוד וקניין. כידוע, הכלל הוא שאין הרשות השלטונית רשאית להעניק לגוף פרטי סמכויות סטטוטוריות שהפעלתן נתונה לשיקול-דעתה של הרשות. לנוכח אופייה הייחודי של סמכות החקירה, שהפעלתה כרוך כאמור בחשש לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, מן הראוי כי תופקד בידי עובדי ציבור"

136. בבג"צ 9518/16 פרופ' אלון הראל נ' כנסת ישראל, אומר כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין כי האצלת סמכויות שיש בהן פגיעה בזכויות אדם הינה אצילה שיש לראותה כהעברת סמכות ולא כהסתייעות באחר בגלל האופי של הסמכות שהועברה:

"סמכויות נוספות אשר אצילתן עשויה לעלות כדי נשיאה חלופית בעולה של הרשות המבצעת הן אלה הכרוכות בפגיעה קשה בזכויות אדם"

137. זה בדיוק המקרה שבפנינו שכן המשרד מצהיר חד וחלק כי הוא מעביר את הסמכויות שלו הכוללות בילוש, מעקב, התחקות אחר אנשים ותעמולה לגורמים פרטיים מתוך כוונה מפורשת להסוות את העובדה כי המדינה מבצעת פעולות אלו.

138. העברת הסמכויות של המשרד לגורמים פרטיים היא בגדר מה שהמלומדים אלון הראל ואסף שרון מכנים במאמרם הפרטה רדיקלית (אלון הראל ואסף שרון, הפרטה רדיקלית, משפטים מ"ז 2018 (287) להלן "הראל

ושרון"). הפרטה כאמור היא לפי הראל ושרון מצב בו מועברות סמכויות שלטוניות לגוף פרטי כאשר "הממשלה אינה יכולה לבצע או שהיא מתקשה לבצע בשל...התנגדות פוליטית ציבורית או קשיים חוקתיים דמוקרטיים". (ההדגשה שלי ש.ב.מ.)

139. כפי שנאמר לעיל, המשרד עצמו מצהיר בריש גלי כי הוא מעביר את הסמכויות לביצוע מירב תפקידו לגוף פרטי כדי להימנע מזיהוי וקישור של אותן פעולות עם הממשלה. דבר זה נופל בהחלט בהגדרה של הפרטה רדיקלית לפי הראל ושרון. אפילו ראוי לומר יותר מכך. המשרד עצמו מבצע פעילות רדיקלית שספק אם היא ראויה במדינה דמוקרטית של בילוש ותעמולה, והנה הוא אף מעביר את אותה פעילות רדיקלית לגורם פרטי.

140. הראל ושרון מפרטים (שם עמ' 314) כי המאפיין של הפרטה רדיקלית הוא "שתכליתה האובייקטיבית היא לסכל את האינטרס הציבורי ולממש תכליות שהרשות לא יכולה לממש בדרך המלך". זה בדיוק מה שהמשרד מתיימר לבצע ונשווה אפיון זה לדברים שצוטטו מהאמור בנספח 11 שהובאו לעיל - "הצלחת פעילות המשרד...תלויה ביכולת לייצר בידול בין הפעילויות המוצעות לבין הממשלה..."

141. מכאן שפעילות המשרד עונה במדויק להגדרה ולאפיון של "הפרטה רדיקלית".

142. האצלת סמכויות כאמור היא פסולה הן מכח המשפט המינהלי והן מכח המשפט החוקתי ועקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית בישראל. כאן לא מדובר רק במצב שבו הועברה סמכות שלטונית ביחד עם הפעלת שיקול דעת לגורם פרטי (שהינה אסורה והחורגת מתחום ההסתייעות) אלא מדובר בכך שגוף פרטי מקבל סמכויות ומחליט החלטות :

"שאינן יכולות להיות מיוחסות למדינה ואינן יכולות להיעשות בשמו של הציבור. תוצאתה של הפרטה רדיקלית היא שהגוף הפרטי יקבל החלטות אשר הגוף הציבורי לא היה יכול, או היה מתקשה, לקבל בדרך המלך" (שרון והראל עמ' 324).

143. מכל הנימוקים הללו, הרי שיש לראות את העברת הסמכויות (למעשה היעדר הסמכויות) של המשרד לגופים פרטיים ובמיוחד לחברת קלע, כהאצלת סמכות לגוף פרטי שהיא פסולה שאינה מותרת מכח דיני המשפט המינהלי ועל כן אחד דינה להתבטל.

סיכום

144. המשרד הוקם וניתנו לו הסמכויות הנרחבות בהן סמכויות לפגוע בזכויות יסוד, שלא מכח חוק אלא מכח החלטת ממשלה בלבד.

145. המשרד מבצע פעולות של בילוש התחקות ותעמולה, שיש בהן בכולן משום פגיעה בזכויות יסוד, כלפי ציבור נרחב מאוד ובהסתר.

146. לא ניתן להקים ולהפעיל את המשרד מכח הסמכות השירית של הממשלה אלא הדבר דורש חוק מסמיך מפורש בעניין זה.

147. המשרד מעביר ומבצע חלק משמעותי מהפעילות שלו באופן סודי מסווה, תוך שהוא מעביר את מירב הסמכויות וביצוע הפעולות לגופים פרטיים.

148. די בכל אחד מנימוקים אלו, בוודאי בהצטרפותם יחדיו, כדי לקבוע כי בפעולת המשרד הופר באופן בוטה עקרון חוקיות המינהל.

149. מכל הטעמים הללו יתבקש כבי בית המשפט ליתן צו על תנאי וצו מוחלט כאמור בעתירה זו.

150. מצ"ב תצהיר מטעם העותר כתמיכה בעתירה זו.

שחר בן מאיר, עו"ד
העותר