

צנזורה וסודות ביטחוניים

בעידן הדיגיטלי

מחקר מדיניות 113

תהילה שוורץ אלטשולר | גיא לוריא

שלוש בעיות מאפיינות את ההסדרים הקיימים בישראל בעניין הצנזורה הצבאית וצווי איסור פרסום: האחת, ההסדר הפורמלי המכונן את הצנזורה הצבאית (תקנות ההגנה (שעת חירום) המנדטוריות) הוא הסדר מיושן ואנטי־דמוקרטי; השנייה, ההסכם הלא רשמי בין "ועדת העורכים" לבין רשויות הביטחון פוגע בתקשורת הלא ממוסדת ובזכות הציבור לדעת; והשלישית, האפיק החלופי שרשויות הביטחון פונות אליו - בקשות לבתי משפט להוציא צווי איסור פרסום - מתקיים אף שאין לפרקטיקה זו בסיס ממשי בחוק.

הותרת המצב החוקי הקיים לא רק שאינה ראויה מבחינת ערכיה הדמוקרטיות של המדינה, אלא שהיא גם לא מעשייה רצויה במסגרת הדיגיטלי. מחקר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

צנזורה וסודות ביטחוניים בעידן הדיגיטלי
תהילה שוורץ אלטשולר, גיא לוריא

צנזורה וסודות ביטחוניים בעידן הדיגיטלי

תהילה שוורץ אלטשולר | גיא לוריא



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 113

אב תשע"ו, אוגוסט 2016

Censorship and State Secrets in the Digital Age

Tehilla Shwartz Altshuler, Guy Lurie

עריכת הטקסט: מיכאלה קלי, תמר שקד
עיצוב הסדרה: טרטקובר, עיצוב גרפי – טל הרדה
עיצוב העטיפה: יוסי ארזה
סדר: רונית גלעד
הדפסה: דפוס מאור ולך

מסת"ב 978-965-519-191-2 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ו
נדפס בישראל, 2016

המכון הישראלי לדמוקרטיה
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:
החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300800; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים במחקר המדיניות לא בהכרח משקפים את עמדות המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

9	תקציר
11	מבוא
	פרק ראשון
17	חופש הביטוי וצנזורה במדינה דמוקרטית
20	א. אתגרים חדשים בעידן הדיגיטלי
	פרק שני
22	הצנזורה הצבאית
23	א. מעמדה הארגוני של הצנזורה הצבאית
24	ב. תחולת הסמכות של הצנזורה הצבאית
25	ג. חובת הגשה מוקדמת של פרסומים
28	ד. סמכות הצנזורה הצבאית לפסול חומרים
31	ה. סמכות הענישה של הצנזורה
34	ו. הסכם ועדת העורכים
36	ז. הצעות לשינוי ההסדר
	פרק שלישי
42	צווי איסור פרסום של מידע בעל אופי ביטחוני
42	א. מבוא
	ב. צווי איסור פרסום
43	לפי סעיף 70(ה) לחוק בתי המשפט
49	ג. ענישה בגין הפרת צו איסור פרסום
50	ד. כפל הסמכויות של בית המשפט והצנזורה

	פרק רביעי
54	עברות פליליות של מסירת מידע בעל אופי ביטחוני
54	א. סעיף 117: גילוי מידע על ידי עובדי ציבור
57	ב. מסירת מידע מתוך כוונה לפגוע בביטחון המדינה – ריגול חמור
	פרק חמישי
64	מקרה מבחן: פרשת בן זיגיר ולקחיה
	פרק שישי
69	משפט משווה
	פרק שביעי
81	המלצות: הסדר למניעת פרסום מידע בעל הקשר ביטחוני בעידן הדיגיטלי
81	א. הנחות היסוד של ההמלצות
85	ב. המודל המוצע
105	סיכום
iii	Abstract

תקציר

צנזורה על מידע שעלול לסכן את ביטחון המדינה בעתות חירום או מלחמה מקובלת בעולם הדמוקרטי ונתפסת כנגזרת של הזכות לחיים, שלמענה מוצדק ואף מתחייב להגביל את חופש העיתונות. עם זאת, ההסדרים החלים בישראל בנוגע לצנזורה צבאית ולצווי איסור פרסום הם בעייתיים. ההסדר הפורמלי המכונן את הצנזורה הצבאית במדינת ישראל, תקנות ההגנה (שעת חירום) המנדטוריות, הוא הסדר מיושן ואנטי-דמוקרטי. בצדו מתקיים הסדר לא פורמלי בין ועדת העורכים לבין רשויות הביטחון, אך יש בו משום פגיעה בתקשורת הלא ממוסדת ובזכות הציבור לדעת. אפיק חלופי שאליו פנו רשויות הביטחון בשנים האחרונות – בקשות לבתי משפט להוציא צווי איסור פרסום – מתקיים אף שאין לפרקטיקה זו בסיס ראוי בחוק.

נוסף על צווי איסור הפרסום ועל הצנזורה הצבאית, המהווים מניעה מוקדמת של ביטוי, יש בדין הפלילי הוראות העוסקות בגילוי סודות בעלי ערך ביטחוני, ואלה מכוננות שלא בצדק "עברות ריגול חמור". הוראות אלו הן משום ענישה מאוחרת, לאחר שכבר פורסם מידע. בהוראות אין מדרג מתאים של חומרה בין סוגים של מידע (למשל, בין סודות חמורים לבין מידע שגילוי איננו כרוך בנזק חמור); בין סוגים של מוסרי מידע (למשל, בין עובד מערכת הביטחון או חייל לבין עיתונאי); ובין סוגים של פרסום (למשל, בין מפרסם ראשון לבין מי ששיתף פרסום ברשת חברתית).

חרף הבעייתיות בהסדרים הקיימים אמצעי התקשורת והממסד הביטחוני שיתפו פעולה בהנצחתם. לדעתנו, אלה ואלה העדיפו הסדרים לא דמוקרטיים ועמומים, שאכיפתם רכה ולכן אפשר להסתדר עמם, על פני הלא נודע הגלום בכינון הסדר חדש שעשוי להיות טוב יותר לכול. הותרת המצב החוקי הקיים לא רק שאינה ראויה מבחינת ערכיה הדמוקרטיים של ישראל, היא גם איננה מעשית על רקע השינויים בעולם התקשורת, שבו סודות ביטחוניים מתגלים באמצעות המדיה הדיגיטלית (ברשת האינטרנט, ברשתות חברתיות ועוד).

מחקר מדיניות זה ממליץ על שורה של רפורמות בהסדרים הקיימים:

1. הפיכת הענישה המאוחרת לדרך המלך בכל הנוגע לאכיפה, ותיקון ההסדרים הפליליים כך שיכללו מדרג של חומרה בהתאם לאופי המעשה האנטי-חברתי של פרסום מידע ביטחוני.
2. הסדרה של צווי איסור הפרסום כך שתינתן לבתי המשפט סמכות מפורשת בחוק למניעה מוקדמת של ביטוי, באמצעות מחלקה בבית המשפט המחוזי שתעסוק בכך.
3. ביטול סמכויות הצנזורה הצבאית אגב השארתה בצבא או הפיכתה לרשות למידע ביטחוני מחוץ לצבא. תפקיד הצנזורה הצבאית או הרשות האזרחית החדשה יהיה לייעץ לגופי תקשורת כך שיוכלו להימנע מהליכים פליליים ולסייע לבתי המשפט בהליכים להוצאת צווי איסור פרסום.

הרפורמה הכרחית משום שהשארית המצב הקיים על כנו תביא במהרה לאחת משתי חלופות גרועות: הצנזורה תיהפך עם השנים לדרקונית ופוגענית עוד יותר – או שהיא תתרוקן מכל תוכן מעשי.

מבוא

אגדה בריטית עתיקה מספרת על המלך קאנוט שלקח את שרביטו, חבש את כתרו והלך אל חוף הים, ושם ישב וציווה על הים לחדול מזעפו ועל הגלים לחדול מתנועתם. מוסד הצנזורה הצבאית וצווי איסור הפרסום אוחזים היום בשרביטו של המלך קאנוט. אין הסדרים חקיקתיים רבים שנחשפו לטכנולוגיה המערערת על עצם יכולתם להתקיים כמו ההסדרים העוסקים בפיקוח על כלי התקשורת. במובן זה יש לראות את הדיון במניעה מוקדמת של ביטוי מטעמי ביטחון בתוך הקשר רחב יותר – הצורך לבחון מחדש פרדיגמות שהיו תקפות במאה העשרים בכל הקשור ליחסים בין השלטון לכלי התקשורת. יחסים אלו, בכלל זה הצנזורה מטעמי ביטחון, השתנו בכל פעם שהתפתחו דרכי התקשורת.¹ לכן אין פלא שהצנזורה בכל רחבי העולם נדרשת היום לעבור גלגול נוסף בעקבות המהפכה הדיגיטלית.

צנזורה על מידע שעלול לסכן את ביטחון המדינה בעתות חירום או מלחמה מקובלת בעולם הדמוקרטי ונתפסת כנגזרת של הזכות לחיים שלמענה מוצדק ואף מתחייב להגביל את חופש העיתונות.² בפרשת שניצר, פסק הדין המנחה בתחום הצנזורה, קבע בית המשפט העליון כי "הזכות לחיות בחברה קודמת לזכות להביע בה דעה".³ הנחת המוצא של מחקר זה דומה וגורסת שבמקרים מסוימים המדינה חייבת להגן על סודותיה. עם זאת, חשיפה תקשורתית גם היא חיונית, כפי שהסביר בית המשפט באותה פרשה:

- 1 להיסטוריה של הצנזורה במערב ראו למשל "Livres et censure: Bibliographie," *Bibliothèque nationale de France* (2007) (מקורן).
- 2 משה נגבי חופש העיתונאי וחופש העיתונות בישראל: דיני תקשורת ואתיקה עיתונאית 95 (2011).
- 3 בג"ץ 680/88 מאיר שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 630 (1989).

דווקא משום אופיים הקיומי של ענייני הביטחון חשוב הוא שהציבור יהא מודע לבעיות השונות, באופן שיוכל להגיע להחלטות נבונות בבעיות היסוד המטרידות אותו [...] דווקא בשל ההשלכות שיש להחלטות בעלות אופי בטחוני על חיי האומה, מן הראוי הוא לפתוח את הדלת להחלפת דעות בענייני ביטחון בגלוי.⁴

אם כן, העמדה העקרונית היא שכאשר ברור כי פרסום מידע ביטחוני עלול לחבל בביטחון, ראוי למנוע אותו; בכל מקרה אחר דווקא הצנזורה היא שעלולה לחבל בביטחון.⁵

בשנים האחרונות, בעקבות השינויים המהותיים בדרכי התקשורת, יש המפקקים בהצדקה לקיומה של צנזורה צבאית. נשמעת הטענה שממילא אי־אפשר למנוע חשיפה או פרסום מידע משעה שדלפו למרחב הדיגיטלי, ולכן הפעלת צנזורה היא חסרת תכלית. עם זאת, אפשר להניח שגם בנסיבות הטכנולוגיות של עידן המידע נותרו סודות שאפשר ומוצדק למנוע את פרסומם, לפחות בטווח הקצר – למשל, פרטים על מבצע צבאי סודי שאמור להתבצע בתוך כמה שעות, פרטים על יכולות גרעיניות או צבאיות, על טכנולוגיה חדשנית שפותחה או מקום נפילה של טיל, שידיעה עליו עלולה לאפשר לאויב לפגוע באזרחים באמצעות שיגור נוסף ומדויק יותר. בהקשר זה נטען כי קיומה של צנזורה הוא עדיין בעל משמעות, גם אם אין ביכולתה להטיל מרות אפקטיבית על כל מפרסם אנונימי באינטרנט. פרסום אנונימי כזה הוא גם מסוכן פחות – בגלל אמינותו הנמוכה והסיכוי שיגיע לאויב בטווח זמן קריטי – מפרסום באתרי עיתונות וחדשות ממוסדים, שהמתפרסם בהם נהנה מאמינות גבוהה יותר.⁶ בזמן האחרון הצנזורה החריפה את האמצעים שהיא משתמשת בהם ברשת האינטרנט, עד כדי דרישה בעייתית ממפעילי דפים ברשתות חברתיות ומכותבי בלוגים להגיש תכנים לבדיקה מוקדמת. מגמה זו

4 שם, בעמ' 633-634.

5 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95-96.

6 שם, בעמ' 96-97.

מעוררת חשש שפעולת הצנזורה תהפוך לדרקונית יותר בניסיונותיה להתמודד עם השינויים שהביא עמו העידן הדיגיטלי.⁷

תופעת ההדלפות ממערכת הביטחון היא עוד משתנה שיש לו השפעה ניכרת המזינה את תהליכי ההתגוננות, ההסתגרות והמידור הננקטים במערכת הביטחון. רוב ההדלפות החדשותיות נעשות על ידי אישי מפתח בכירים מתוך מערכת הביטחון או המערכת הפוליטית ולכן קשה לנקוט צעדים משפטיים ומשמעתיים נגדם.⁸ האצבע המאשימה בכישלון הבלימה של תופעת ההדלפות הופנתה בעיקר כלפי הצנזורה, הנתפסת כמחסום האחרון לפני פרסום מידע שהודלף, ומשלא עשתה כן נשחק מעמדה אף יותר.

לפיכך מערכת הביטחון מחפשת בשנים האחרונות דרכים חלופיות – מסלולים עוקפי צנזורה – כדי להטיל הגבלות על פרסום מידע בעל אופי ביטחוני. הדרך הנפוצה ביותר היא פנייה לבתי משפט לצורך קבלת צווי איסור פרסום בעלי תחולה כללית (*contra mundum*), על פי סעיף 70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). בייחוד לנוכח התיקון לחוק שהתקבל בסוף שנת 2002, ששינה את התנאים הנדרשים להוצאת צו איסור פרסום.⁹ הקושי בהקשר זה הוא שאין בסעיף 70 התייחסות מיוחדת למידע בעל אופי ביטחוני, והפיכתו לתחליף לצנזורה הצבאית מרחיבה את לשונו יתר על המידה. כמו כן, אכיפה של צווי איסור פרסום בנושאים ביטחוניים על ידי הצנזורה הצבאית היא פרקטיקה לא ראויה הפוגעת בעקרון הפרדת הרשויות.

- 7 גילי כהן ונתי טוקר "הצנזורה דורשת מעשרות דפי פייסבוק לאשר מראש ידיעות בענייני צבא וביטחון" הארץ 4.2.2016.
- 8 לניתוח בעיית ההדלפות בארצות הברית ולניתוח הקשר בינה לבין קשיי האכיפה ראו David E. Pozen, *The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosures of Information*, 127 HARV. L. REV. 512 (2013).
- 9 דוד רונן דיני צנזורה: תקשורת, חופש ביטוי וביטחון המדינה טו (2011). על השימוש בצווי איסור פרסום ובעברות ריגול כתחליף נוקשה יותר לצנזורה ראו משה נגבי "נפילתה ועלייתה של הצנזורה בנושאי ביטחון בישראל" ביטחון ותקשורת: דינמיקה של יחסים 183-199 (עורך אודי לבל, 2005).

נוסף על צווי איסור הפרסום ועל הצנזורה הצבאית, שהם כלים למניעה מוקדמת של ביטוי, יש בדין הפלילי הוראות העוסקות בגילוי סודות בעלי ערך ביטחוני המכוננות שלא בצדק עברות "ריגול חמור".¹⁰ הוראות אלה הן משום ענישה מאוחרת, לאחר שכבר פורסם מידע. אין בהוראות אלה מדרג מתאים של חומרה בין סוגים של מידע (למשל, בין סודות חמורים לבין מידע שגילוי איננו כרוך בנזק חמור); בין סוגים של מוסרי מידע (למשל, בין עובד מערכת הביטחון או חייל לבין עיתונאי); ובין סוגים של פרסום (למשל, בין מפרסם ראשון לבין מי ששיתף פרסום ברשת חברתית).

מטרת מחקר מדיניות זה היא להראות את הבעייתיות הכפולה – הנורמטיבית והמעשית – שבהסדרים הקיימים בנוגע לצנזורה צבאית ולצווי איסור פרסום במדינת ישראל.

חרף הבעייתיות בהסדרים הקיימים, אמצעי התקשורת והממסד הביטחוני שיתפו פעולה בהנצחתם. לדעתנו, אלה ואלה העדיפו הסדרים לא דמוקרטיים ועמומים שאכיפתם רכה, ולכן יכלו להסתדר עמם, על פני הלא נודע הגלום בכינון הסדר חדש שעשוי להיות טוב יותר לכול. ואולם המגמות של השנים האחרונות, ובעיקר ההתמודדות עם המהפכה הדיגיטלית, מעוררות חשש שפעולות הצנזורה ייהפכו במהרה ללא אפקטיביות או לדרקוניות ופוגעניות יותר. מחקר זה מציע אפוא מודל חלופי להסדרים הקיימים שמבטל את סמכויות הצנזורה הצבאית והופך אותה ליחידה בעלת סמכויות ייעוץ בלבד, או לחלופין מוציא את הצנזורה מהצבא והופך אותה לגוף אזרחי בעל סמכויות ייעוץ; מתקן את ההסדרים הנוגעים לצווי איסור פרסום כשמדובר במידע בעל אופי ביטחוני; ומשנה את ההסדרים הנוגעים למסירת סודות ביטחוניים בחוק העונשין. המודל יוצר קשר בין ההסדרים והופך את יחידת הצנזורה

10 בהחלטה להעמיד לדין את העיתונאי אורי בלאו, למשל, העיר היועץ המשפטי לממשלה כי "מיוחסת למר בלאו עבירה שמהותה היא החזקת ידיעות סודיות ע"י מי שאינו מוסמך לכך, למרות שכותרת סעיף האישום הינה 'ריגול חמור', אך כאמור, לא מיוחסת למר בלאו עבירת 'ריגול' במשמעותה המקובלת". ראו "החלטת היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נגד מר אורי בלאו", אתר משרד המשפטים.

לגורם המעורב הן בבקשות לצווי איסור פרסום והן בהליכים פליליים הנוגעים למסירת סודות ביטחוניים.

בפרק הראשון נציג בקיצור נמרץ את המתח במדינה דמוקרטית בין חופש הביטוי לבין הצורך במניעה מוקדמת של פרסום מידע ביטחוני. בפרק השני נציג את המעמד, התפקידים והסמכויות של הצנזורה הצבאית בישראל, שהיא הגוף המרכזי העוסק במניעה מוקדמת של פרסום מידע מטעמי ביטחון. בפרק השלישי נעסוק בצווי איסור פרסום שיפוטיים כחלופה למניעה מוקדמת של פרסום מידע ביטחוני. הפרק הרביעי ישרים את סקירת המצב המשפטי בישראל בהצגת העברות הפליליות החלות בגין מסירת מידע בעל אופי ביטחוני. בפרק החמישי נציג את פרשת בן זיגיר כמקרה מבחן המלמד על כשלי המצב המשפטי, על הצורך ברפורמה ועל כיווניה. בפרק השישי נראָה כיצד מדינות אחרות מתמודדות עם הסוגיה. הפרק השביעי ירכז את המלצותינו לרפורמה, ובפרק האחרון – נסכם.

למחקר זה שלוש המלצות עיקריות:

- ✓ עיקר האכיפה בנושאי פרסום של מידע ביטחוני תיעשה באמצעות ענישה מאוחרת בגין עֵבֶרת ריגול וריגול חמור. לפיכך יש לתקן עברה זו כך שתכלול מדרג של חומרה בהתאם לאופי המעשה.
- ✓ מניעה מוקדמת של ביטוי תיעשה אך ורק על ידי בתי המשפט באמצעות צווי איסור פרסום. לפיכך יש לתקן את חוק בתי המשפט ולהוסיף סעיף מיוחד העוסק בהטלת איסור פרסום על מידע בעל אופי ביטחוני.
- ✓ ביטול סמכויות הצנזורה אגב השארתה בצבא או לחלופין הפיכתה לרשות למידע ביטחוני מחוץ לצבא, שתחליף את הצנזורה הצבאית. תפקיד יחידת הצנזורה הצבאית או הרשות האזרחית החדשה יהיה לסייע ולייעץ הן לאמצעי תקשורת החפצים להימנע מפרסום של מידע ביטחוני מזיק, והן לבתי המשפט בהליכים של הטלת איסור פרסום או בהליכים פליליים של ענישה בעקבות פרסום אסור.

תודה ליעל גרין, לשירן ירוסלבסקי ולחנן סידור על עזרה במחקר. תודה על הערות מועילות לאלני בכר, דנה בלאנדר, חנוך דגן, גלעד מלאך, יותם מרגלית, יובל פלדמן, יוחנן פלסנר, אמיר קורן, מרדכי קרמניצר, גדעון רהט וידידיה שטרן. תודה למיכאלה קלי ולתמר שקד על עריכת הטקסט.

פרק ראשון

חופש הביטוי וצנזורה במדינה דמוקרטית

כמו במדינות דמוקרטיות אחרות, חופש הביטוי בישראל הוא זכות בעלת מעמד מיוחד – הן משום חשיבותה לשימור המשטר הדמוקרטי, המבוסס על החלפת דעות, והן משום תפיסתה כערך הקשור לכבוד האדם ולקידום חירותו והאוטונומיה שלו. חופש הביטוי מקבל בעשרות השנים האחרונות ערך מיוחד גם לאור פיתוח תפיסת "הדמוקרטיה הדיונית" (deliberative democracy), המייחסת חשיבות עליונה לתהליך קבלת ההחלטות: לגיטימציה דמוקרטית ניתנת רק להחלטות המתקבלות בהחלפת דעות חופשית ומושכלת, וזו אפשרית רק כשמתקיים חופש ביטוי אמיתי.

אלא שחופש הביטוי בישראל ובמדינות דמוקרטיות אחרות (שלא כמו בארצות הברית) אינו זכות מוחלטת. מדובר בזכות יחסית שיש לאזנה מול ערכים ואינטרסים אחרים, שאחד מהם הוא ביטחון לאומי. ערך הביטחון הלאומי עשוי להצדיק הגבלה או מניעה מוקדמת של חופש הביטוי לפני הפרסום (באמצעות צנזורה או באמצעות צו שיפוטי כגון צו איסור פרסום), או הגבלה מאוחרת של חופש הביטוי לאחר הפרסום (באמצעות ענישה פלילית או עילת תביעה אזרחית). לפי המשפט הישראלי, כאשר חופש הביטוי מתנגש עם אינטרס הביטחון הלאומי, יש לאזן ביניהם ולהכריע מי גובר. המבחן המקובל בבתי המשפט בישראל בהקשר של צנזורה (או של מניעה מוקדמת) הוא תוצאתי-הסתברותי – מבחן של "ודאות קרובה" לפגיעה "ממשית" בביטחון הלאומי. המבחן התוצאתי-הסתברותי מבטא תפיסה שצנזורה או הגבלה אחרת מראש של חופש הביטוי עשויה להיות מוצדקת אם הפצת המידע עלולה לסכן את ביטחון המדינה.¹¹

11 הכתיבה על האיזון בין חופש הביטוי לבין ביטחון המדינה, בין היתר בהקשרים של צנזורה, ענפה מאוד בישראל ובעולם. ראו סקירה של המחקרים הרלוונטיים אצל רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 191-207.

התפיסה המצדיקה צנזורה ביטחונית כמעט שלא הייתה במחלוקת בישראל. כבר באוגוסט 1948 הסביר יעקב שמשון שפירא, היועץ המשפטי לממשלה הראשון של ישראל, לעורכי העיתונים כי "יש הכרח בצנזורה בימי חירום. צנזורה זו קיימת לשם הגנה על המדינה". באותה פגישה השמיעו עורכי העיתונים את תפיסתם באשר לבעייתיות שבצנזורה, ואולם בד בבד קיבלו את הלגיטימיות שלה ולא חלקו על נחיצותה לשם הגנה על ביטחון המדינה; חששם היה שהצנזורה לענייני ביטחון – "הצנזורה הצבאית" – תנוצל על ידי הממשל לצרכים אחרים, פוליטיים (כפי שקרה כחודש קודם לכן, כשהצנזור סגר את העיתון "על המשמר" ליום אחד בגין פרסום תמונתו של יגאל אלון מפקד הפלמ"ח): "אנו מעוניינים שהצנזורה תהיה צבאית ולא תהפוך לצנזורה פוליטית. יתכן כי צנזורה פוליטית תפעל בשם צנזורה צבאית". היועץ המשפטי לממשלה היה תמים דעים עם שצנזורה חייבת להיות מטעמים ביטחוניים בלבד, ובלשונם: "צנזורה צבאית"¹².

גם אם ההגנה על הביטחון חשובה, החשש הוא מפני ניצול לרעה של הצנזורה או של הגבלות אחרות על חופש הביטוי. בעיקר בשעת חירום, ובעיקר בענייני ביטחון המדינה, חשיבותו של הדיון הציבורי רבה בשמירה על זכויות האדם, בקבלת ההחלטות הטובות ביותר, בחשיפת מחדלים ובהפקת לקחים. המתח בין חשיבות הדיון הציבורי בשעת חירום לבין הקושי לקיימו מוקצן בגלל הנטייה השלטונית – בעיקר בשעת חירום ובעיקר בענייני ביטחון – להפריז בחשיבות שמירת הסוד, להפריז בחשיבות הערך הביטחוני של מידע ולערבב בין האינטרסים הביטחוניים של המדינה לבין האינטרסים הפרטיקולריים של הממשל ושל בעלי התפקידים בו להימנע ממבוכה או מכישלון פוליטי.

12 סיכום פגישה של היועץ המשפטי לממשלה י. שפירא עם "נציגי ועדת העתונים" (24.8.1948), ארכיון המדינה ג-5659/18. על הסערה סביב סגירת על המשמר ביולי 1948 ראו אבנר (ולטר) בר-און הסיפורים שלא סופרו: יומנו של הצנזור הראשי 18 (1981).

הפתרון שדמוקרטיות ליברליות מאמצות כדי לפתור את המתח בין הצורך בצנזורה לבין החשש מניצולה לרעה הוא הרחקת הממשל מקבלת ההחלטות בענייני צנזורה (או, באופן כללי, מקבלת החלטות באשר למניעה מוקדמת של פרסום מידע ביטחוני). במילים אחרות, לא הממסד הביטחוני הוא שמקבל את ההחלטה איזה מידע יש להגביל, ולכל הפחות לא מקבל את ההחלטה בלא בקרה. דרך אחת של הרחקה או בקרה היא יצירת מוסד מיוחד שיקבל את ההחלטות בענייני צנזורה (בישראל – הצנזורה הצבאית); דרך אחרת היא להסתמך על בית המשפט בהחלטות אלה או בבקרה עליהן, כלומר: לחייב קבלת צו שיפוטי או לאפשר ביקורת שיפוטית. ואולם מתברר שבתי המשפט אינם מצליחים תמיד לעמוד באתגר: ניכרת נטייה כלל-עולמית של גורמי הבקרה – בכלל זה (ואפילו במיוחד) בתי המשפט – לקבל את עמדת הממשל בענייני ביטחון, בעיקר בעתות חירום. נטייה זו מובנת על רקע הידע המוגבל של בתי המשפט בענייני ביטחון ועל רקע הסתמכותם על הממסד הביטחוני, גם כאן בעיקר בעתות חירום.

בישראל מלכתחילה הייתה הצנזורה הצבאית מורשת של פתרון לא דמוקרטי: המנדט הבריטי על ארץ ישראל; ולכן ההסדר החוקי של המתח שבין חופש הביטוי לביטחון המדינה בישראל היה מלכתחילה לא דמוקרטי. פסיקה של בית המשפט העליון והסדר הסכמי בין מערכת הביטחון לבין התקשורת הביאו עם השנים לכך שהצנזורה הצבאית אימצה דרכי פעולה דמוקרטיות יותר. למתח הדמוקרטי הרגיל שבין חופש הביטוי לבין ביטחון המדינה נוסף אפוא מתח בין מצב חוקי לא דמוקרטי לבין פרקטיקה דמוקרטית. במרוצת השנים גדל הפער בין המצב החוקי הדרקוני לבין הפרקטיקה הדמוקרטית, מחמת שינויים באופי הפוליטי, המשפטי והתרבותי של החברה הישראלית.¹³ הפער הזה יצר תחומים אפורים בהסדרים של הצנזורה ושל צווי איסור הפרסום, שאכיפתם רכה למדי. התחומים האפורים והאכיפה הרכה (לדוגמה, באכיפתם של צווי איסור פרסום) עומדים בבסיס ההימנעות של התקשורת

13 להרחבה על התהליכים החברתיים הללו ועל השפעתם על הצנזורה בישראל ראו סימה וואקנין-גיל "הצנזורה בישראל: התאמת דגם הצנזורה והתשתית החוקתית לנורמה הנוהגת בישראל" משפט וצבא 21 (א) 69 (2015).

מהפעלת לחץ לשינוי ההסדרים החוקיים, והם אחד ההסברים לכישלון אורך השנים של הצעות לרפורמה.¹⁴

א. אתגרים חדשים בעידן הדיגיטלי

אחד השינויים הגדולים שהתחוללו בישראל בעשורים האחרונים הוא תקשורת: בדרכי התקשורת, בתנאיה ובתרבותה. המהפכה הדיגיטלית כשמה כן היא – מהפכה של ממש הן בדרכי התקשורת והן במידת הצורך בהתאמה אליהם.

המהפכה הדיגיטלית הוסיפה אתגרים חדשים על המתחים הישנים שבין חופש הביטוי לבין הצורך במניעה מוקדמת של ביטוי לצרכי ביטחון. שוק התקשורת השתנה.

אם בעבר דן הממשל בנושאים אלה עם ועדת עורכי העיתונים, שהזדהתה עם הצורך לאזן בין חופש הביטוי לבין צרכי הביטחון, היום גורמי התקשורת מגוונים הרבה יותר ומקצתם לא מרגישים אחריות דומה לאזן בין חופש הביטוי לבין צרכי ביטחון. אדרבה, ההפרדה הקלה יחסית שהייתה בעבר בין תקשורת ישראלית לתקשורת זרה עברה מן העולם. נוסף על כך, קל היום הרבה יותר לגלות, לפרסם ולהפיץ מידע באמצעות מדיה דיגיטלית (רשתות חברתיות, ווטסאפ ועוד). גורמים אלו מקשים עוד יותר על מניעה מוקדמת ומקצינים את המתחים שהיו בעבר בין חופש הביטוי לבין הצורך במניעה כזאת; בה בעת, במקרים מסוימים הם הופכים אותה לנחוצה יותר, בהתחשב בתפוצה המהירה יותר והרחבה יותר של מידע. הם הובילו, למשל, את הצנזורה לדרוש ממפעילי דפים ברשתות חברתיות ומכותבי בלוגים להגיש הגשה מוקדמת של תכנים לבדיקתה. השינוי בשוק התקשורת גם הגדיל את פערי המידע בין גורם הבקרה העיקרי – הרשות השופטת – לבין המערכת המבוקרת (הממסד

14 בעניין החשש של העיתונאים מהרפורמה שהציעה הצנזורת הצבאית ראו אורן פרסיקו "מעדיפים לעבוד באפור" אתר העין השביעית 9.8.2015.

הביטחוני) והתחום המבוקר (שוק התקשורת). לא אחת שופטים אינם מבינים לעומק את השינויים המהירים בדרכי התקשורת הכרוכים במהפכת המידע ולכן מקבלים החלטות שיפוטיות מנותקות מהמציאות או לא יעילות (למשל, הוצאת צווים שיפוטיים האוסרים פרסום של מידע שכבר נפוץ באינטרנט). הסדר למניעה מראש של פרסומים מסיבות ביטחוניות יידרש להתחשב באתגרים הדיגיטליים החדשים וגם במתח המסורתי שתואר לעיל. הסדר כזה יצטרך למצוא דרך לאפשר הגבלה של ביטוי לשם הגנה על ביטחון המדינה תוך כדי שמירה על חופש הביטוי וזכויות האדם. ההסדר יצטרך גם למצוא דרך למנוע ניצול לרעה של הצנזורה על ידי הממסד מתוך הכרה בכך שלממסד יש נטייה טבעית לכך. על הסדר הצנזורה להשתמש במוסדות שירחיקו את קבלת ההחלטות מהממסד הביטחוני – ולמצער יטילו עליו בקרה – מתוך הכרה במגבלות המידע וההבנה של מוסדות הבקרה המסורתיים.

פרק שני

הצנזורה הצבאית

סמכויותיה החוקיות של הצנזורה הצבאית נקבעו בתקופת המנדט הבריטי בתקנות ההגנה (שעת חירום) משנת 1945. בתקנות אלו לא חל מאז כל שינוי, והן הבסיס החוקי לפעילות הצנזורה הצבאית היום. יש דברי חקיקה נוספים – שבהם לא נעסוק – המסמיכים גופים מינהליים אחרים (שביטחון אינו תחום התמחותם) להפעיל ביקורת מוקדמת מטעמי ביטחון על תוכנם של פרסומים. כך למשל, סעיף 44 לחוק יסוד: הממשלה מורה כי כל החלטות הממשלה וועדות השרים לענייני ביטחון הן סודיות ואסורות בפרסום, אלא אם הותר הפרסום על ידי ראש הממשלה או על ידי מי שהוסמך על ידו; סעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, והתקנות שעל פיו, מורים כי חל איסור על פרסום פרטים (שמפורטים בתקנות) על שירות הביטחון הכללי ללא אישור מוקדם של ראש הממשלה, אך הצנזור רשאי להתיר פרסום פרטים כאלה;¹⁵ סעיף 117 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), מחייב עובדי ציבור להגיש לביקורת מוקדמת פרסומים שבדעתם לפרסם ולקבל על כך אישור מראש מוועדת שרים שמינתה הממשלה.¹⁶ נוסף על אלו יש חקיקה העוסקת במניעה מוקדמת עקיפה: למשל, סעיף 4 לפקודת העיתונות המנדטורית, המחייב קבלת רישיון להוצאת עיתון, וסעיף 19 לאותה פקודה,

15 תקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והיתר לפרסום מידע האסור לפרסום), התשס"ד-2004. הבעייתיות של אכיפת האיסור הזה הומחשה מיד לאחר מינוי סגן ראש השב"כ לשעבר רוני אלשיך למפק"ל המשטרה בפרסום שמו ברשת. ראו עודד ירון "למרות איסור הפרסום, שמו של המפכ"ל המיועד כבר פורסם ברשת" הארץ 26.8.2015.

16 הוועדה פועלת מכוח הסמכה בכללים שהתקינה הממשלה מתוקף סמכותה על פי חוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), התשי"ז-1957, ס"ח 172 (היום סעיף 117 לחוק העונשין, תשל"ז-1977).

המאפשר לשר הפנים לצוות על סגירת עיתון ללא הנמקה.¹⁷ אף כי לא נעסוק, כאמור, בדברי חקיקה אלה, יש מקום לעיין בהם היטב.

א. מעמדה הארגוני של הצנזורה הצבאית

תקנה 86 לתקנות ההגנה (שעת חירום) מסמיכה את שר הביטחון למנות צנזור. הצנזור יכול להיות אזרח, אך מסורתית מתמנה לתפקיד קצין צבא. המינוי נעשה על ידי שר הביטחון ועל ידי הרמטכ"ל: שר הביטחון ממנה את הצנזור לתפקידו המקצועי, והרמטכ"ל ממנה אותו לתפקידו הצבאי כמפקד יחידת הצנזורה. לפיכך הצנזורה נקראת "הצנזורה הצבאית". ביחידת הצנזורה הצבאית משרתים היום עשרות אזרחים עובדי צה"ל, קציני קבע חיילים בשירות חובה וחיילי מילואים.¹⁸

נציין שבעשורים הראשונים לפעילותה של הצנזורה הצבאית שר הביטחון נהג למנות צנזור שזהו תפקידו האחרון במסגרת הצבאית. כך היה, למשל, במקרה של אבנר (ולטר) בר-און, ששירת כצנזור בשנים 1951-1977 (עם הפסקה) וכך גם עם מחליפו יצחק שני, ששירת בשנים 1977-2000. מדובר היה בתקופות שירות ארוכות שבסופן פרשו הצנזורים מן השירות הציבורי. אורך השירות בתפקיד ואי-התלות בגורם פוליטי או צבאי לשם מינוי לתפקיד המשך חיזקו את עצמאות שיקול דעתם של הצנזורים. בניגוד למסלולי הקריירה של שני הצנזורים האלה, אצל שתי הצנזורות האחרונות מסתמן שינוי: לאחר סיום תפקידה כצנזורית מונתה מירי רגב לדוברת צה"ל, ואילו הצנזורית סימה וואקנין-גיל מונתה למנכ"לית משרד ממשלתי. שאיפתם של צנזורים עתידיים למסלול קריירה כזה, ותלותם לשם כך בגורמים הפוליטיים, עלולה ליצור מתחים מוסדיים שיחלישו את עצמאות שיקול דעתו של הצנזור.¹⁹

17 בג"ץ 73/53 חברת קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953). לפירוט על חקיקה נוספת העוסקת במניעה מוקדמת עקיפה ראו רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 56-57.

18 זאב סגל חופש העיתונות בין מיתוס למציאות 315 (1996).

19 לביקורת דומה באשר למסלולי הקריירה של ראשי התביעה המשטרתית ראו גיא לוריא בהשתתפות מרדכי קרמניצר איחוד התביעה המשטרתית עם פרקליטות המדינה 33 (2014). השוו לשיקולים ליצירת שיטות המינוי של ראשי רשויות

פעולת הצנזורה כיחידה צבאית אינה מובנת מאליה. רוב עובדי יחידת הצנזורה הצבאית בראשית ימי המדינה הועסקו קודם לכן ביחידת הצנזורה האזרחית של השלטון הבריטי; ובהדרגה החליפו אותם קציני צבא. אדרבה, בראשית ימי המדינה הציעו עורכי העיתונים להפוך את הצנזורה ליחידה אזרחית מנותקת ממשרד הביטחון. בפרט, מעמדה הצבאי של הצנזורה אינו מובן מאליו משום שסמכויותיה הן בעיקר – כפי שיפורט להלן – פיקוח על התקשורת האזרחית. לפי התפיסה המקובלת, מעמדה הצבאי של הצנזורה חשוב בעיקר כדי לאפשר לאנשי הצנזורה קשר בלתי אמצעי עם צורכי הביטחון, כך שיבינו אילו ידיעות עלולות לפגוע בו.²⁰ טעם נוסף להימנע מהפיכת הצנזורה ליחידה אזרחית הוא החשש מהשפעה של גורמים פוליטיים על הצנזורה והפיכתה לצנזורה פוליטית.

ב. תחולת הסמכות של הצנזורה הצבאית

כלי התקשורת הישראליים וכלי התקשורת הזרים הפועלים בישראל כפופים לפיקוחה של הצנזורה הצבאית. סמכויותיה, כהגדרתן הרחבה בתקנה 86 לתקנות ההגנה, יכולות להיות מופעלות כלפי כל "פרסום": בעיתון, בכתב עת, בקובץ, בספר או בכל תעודה המכוונת לפרסום. הצנזור מוסמך לצנזר לא רק פרסומים עובדתיים אלא גם הבעת דעה וגם פרסומים פְּדיוניים. באשר לספרים – הצנזור הראשי, מכוח סמכותו לפי תקנות 87-97 לתקנות ההגנה, הוציא צווים המחייבים הגשת ספרים לביקורת

התביעה בישראל: "הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו בראשות הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר, דין וחשבון" 58-67 (1998); ליאת לבנון "על דרכי הבחירה של פרקליט המדינה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 18.8.2007; "הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 בראשות השופט (בדימוס) יעקב טירקל, דין וחשבון שני" 327-330 (2013).

20 על ראשית ימי הצנזורה ועל התפיסה שדרושים קציני צבא כדי להבין מהי פגיעה בביטחון ראו בר-און, לעיל ה"ש 12, בעמ' 20-27.

מוקדמת.²¹ בנוגע לפרסומים בעיתונים, שנים רבות הסתפקה הצנזורה במסירת צו אישי למפרסמים של עיתונים, שבועונים וכתבי עת. רק בשנת 1988 החליט הצנזור הצבאי להוציא צו כללי לשעת חירום המתייחס ל"כל אדם"; הצו קובע כי יש להגיש לביקורת מוקדמת "כל פרסום או דפוס של חומר הנוגע לביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי בישראל, או באזור יהודה ושומרון וחבל עזה, או ליחסי ישראל-ערב, אף אם המידע שבפרסום כאמור כבר פורסם". על פי הצו יש להגיש את הפרסום לביקורת מוקדמת "בין שהוא מיועד לפרסום בארץ ובין שהוא מיועד לפרסום בחוץ לארץ". חובה זו חלה על כל אמצעי הפרסום, בכלל זה אמצעי התקשורת המקוונים.²² בצעד שחוקיותו מוטלת בספק הצנזורה הוסיפה בפברואר 2016 לצו הזה דרישה דומה גם כלפי מפעילי דפי פייסבוק ובלוגים ברשת.²³

ג. חובת הגשה מוקדמת של פרסומים

לפי תקנה 97 לתקנות ההגנה, הצנזור רשאי להורות להגיש לביקורת המוקדמת "כל חומר שנועד להדפסה או להוצאה לאור", כלומר גם פרסום שאינו בנושאי ביטחון. עוד נקבע בתקנה שהצנזור רשאי להורות על הגשה מוקדמת באמצעות צו כללי או באמצעות צו בעניין נושא מיוחד או סוג של נושאים. התקנה קובעת גם כי כל אדם שהצו חל עליו ולא הגיש חומר לביקורת מוקדמת של הצנזורה, יואשם בעברה על תקנות ההגנה.

21 צו ההגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת ואיסור פרסום), תשל"ב-1972, ק"ח תשל"ב 576; צו ההגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת) (תיקון), תשל"ז-1977, ק"ת תשל"ז 1035. ראו גם נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98.

22 צו שעת חירום (הגשת דברי דפוס ופרסומים לביקורת מוקדמת ואיסור דפוס ופרסום), תשמ"ט-1988, ק"ת תשמ"ט 31. ראו גם נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98.

23 כהן וטוקר, לעיל ה"ש 7.

חובת ההגשה המוקדמת של פרסומים היא רחבה מאוד ומרחיקת לכת במדינה דמוקרטית. אפשר להבין את קיומה אך ורק על רקע מקורה המנדטורי: מלכתחילה היא נועדה לפעול כאמצעי דיכוי במצב חירום במשטר לא דמוקרטי.

בשנת 1984, בעתירה של העיתון "חדשות", פירש בית המשפט העליון בהרחבה את גבולות הסמכות של הצנזורה מכוח תקנה 97. לאחר חטיפת אוטובוס קו 300 על ידי מחבלים התפרסמו ידיעות באשר לנסיבות מותם של שני מחבלים במבצע שחרור החטופים. במסגרת מה שייקרא לימים "פרשת קו 300" מסר נציג הצנזור הראשי הודעה מיוחדת למערכות העיתונים הקובעת ש"כל חומר הנוגע לאירוע הפיגוע באוטובוס ותוצאותיו, כולל ציטוט מקורות זרים בנושא, חייב הגשה לצנזורה מוקדמת". הודעה זו באה נוסף על צו כללי של רשימת הנושאים החייבים הגשה לצנזורה מוקדמת ובכללם "פרטים בדבר תהליך משפטי – לשלבויו השונים – בבתי דין צבאיים, פרטי חקירות; ועדות חקירה".

למרות הצו וההודעה המיוחדת פרסם העיתון "חדשות" ידיעה בדבר הקמתה של ועדת חקירה בצה"ל לבחינת נסיבות מותם של אותם מחבלים, בלי להגיש את הידיעה לצנזורה מוקדמת. בעקבות זאת הוציא הצנזור, מכוח תקנה 100 לתקנות ההגנה, צו לאיסור הדפסתו של העיתון למשך ימים מספר. בעתירה לבית המשפט העליון (בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק) הועלתה הטענה שיש להכפיף את סמכותו הדיונית של הצנזור – לחייב הגשת חומר לביקורת מוקדמת (תקנה 97) – לסמכותו המהותית לפסול חומר העשוי לפגוע בהגנת המדינה, בשלום הציבור או בסדר הציבורי (תקנה 87). נטען שהואיל ואין בפרסום הידיעה על הקמת ועדת החקירה משום פגיעה אפשרית בביטחון המדינה, בשלום הציבור או בסדר הציבורי, לא קמה החובה למסור חומר בנוגע לכך לביקורתו המוקדמת של הצנזור.

בית המשפט העליון דחה את הטענה ופסק כי "אין לה לטענה זו ולא כלום לעניין החובה להגיש את הידיעה לאישורו המוקדם של הצנזור, חובה שמוטלת היתה על העותרת הן לפי הצו הכללי שנמסר לידיה [...] והן לפי ההוראה המיוחדת, לעניין המסוים נושא דיוננו שנמסרה לה". להצדקת גישתו

שהצנזור יכול, מכוח תקנה 97, לחייב בביקורת מוקדמת הגשת "כל חומר", אפילו אם אין לו לכאורה שום קשר לביטחון המדינה, לשלום הציבור או לסדר הציבורי – פסק בית המשפט ש"לא תמיד יכולים השיקולים הביטחוניים, העומדים לפני איסור פרסומה של ידיעה, אפילו היא תמימה לכאורה, לעמוד לנגד עיני עורכו של עיתון". את חובת ההגשה הרחבה, "נעדרת הגבולות", שבית המשפט לא היה מוכן לצמצם לגדרי הגדרת סמכותו של הצנזור לפסול פרסום הוא תלה ב"מציאות הביטחונית בארצנו".²⁴

גישה פרשנית רחבה זו אינה מגבילה כלל את שיקול דעתו של הצנזור. לפי גישה זו הוא רשאי לדרוש הגשת "כל חומר" לביקורת מוקדמת, אפילו אם ברור במבט ראשון שאין לחומר כל נגיעה לביטחון המדינה, לשלום הציבור או לסדר הציבורי. קשה לפקפק היום בתועלת הרבה שהביאו לישראל פרסומי העיתון "חדשות" בחשיפת פרשת קו 300; חשיפה זו לא הייתה רואה אור אילו כיבד העיתון את הגישה הפרשנית הזאת להסדר הצנזורה. גישה זו שונה בתכלית השינוי מגישת בית המשפט העליון בעניין שניצר, בהקשר של תקנה 87 שתידון להלן. הלכה למעשה, אין הצנזור דורש היום הגשה של "כל חומר" אלא רק של חומר הנוגע בעיקרו להגנת המדינה במונח הרחב של מושג זה, קרי: פרסומים הנוגעים ב"ביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי בישראל או באזור יהודה, שומרון וחבל עזה, או ליחסי ישראל ערב".²⁵

כמו כן, מעת לעת הצנזור נוהג להפיץ בין כלי התקשורת "רשימת נושאים לצנזורה מוקדמת" ומורה להגיש לביקורתו חומרים הנוגעים לנושאים אלו. הרשימה כוללת נושאים שהוכרוזו על ידי הממשלה, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, כ"ידיעה סודית" ונושאים אחרים שהצנזור הצבאי קובע. נוסף על רשימה זו הצנזור מוציא צווים ספציפיים לכלי התקשורת, כולם או מקצתם, המורים להעביר לביקורת מוקדמת פרסום הנוגע לאירוע מסוים.²⁶ נציין גם שמכוח חוק שירות הביטחון הכללי והתקנות שעל פיו, פרטים

24 בג"ץ 234/84 חדשות נ' שר הביטחון, פ"ד לח(2) 477, 486 (1984); סגל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 66; נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98.
25 סגל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 319.
26 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98.

מסוימים בנוגע לשב"כ אסורים בפרסום – בכלל זה מידע שמקורו בשירות ואשר נקבע בעניינו סיווג ביטחוני – אך הצנזורה רשאית להתיר את פרסומם, לאחר התייעצות, במידת הצורך, עם הגורם המופקד על הנושא בשב"כ.²⁷ רשימת הנושאים לצנזורה מוקדמת, נכון למועד הכתיבה של שורות אלה, כוללת 41 נושאים, בהם 11 העוסקים בצה"ל.²⁸ נושאים נוספים הכלולים ברשימה הם: מפעלי מערכת הביטחון, קהילת המודיעין, "האויב" (צבאות ערב וארגוני מחבלים), "ביטחון כללי" וצווים ממשלתיים העוסקים בדיוני ועדת השרים לענייני ביטחון, אספקת נפט, הגירת יהודים ממדינות מסוימות ואף הלוואות של גופי חוץ לממשלת ישראל או למוסדות כספיים ישראלים.²⁹ הרשימה הכללית והצווים הספציפיים נמסרים לכלי התקשורת, גם לאלה שאינם צד להסכם שבין שלטונות צה"ל לבין ועדת העורכים. עם זאת, הצנזור שומר לעצמו את הזכות להקפיד יותר עם עיתוננים מסוימים ולדרוש מהם הגשת "כל חומר", כאמור בתקנה.

ההסכם האחרון שנערך בין הצנזורה לכלי התקשורת בשנת 1996 (שעליו נרחיב בהמשך) אימץ את מבחן הוודאות הקרובה. התקשורת פירשה את הוראותיו כמקנות לה חירות להחליט בשאלה מתי מתקיימת "ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה". במילים אחרות, אם לדעת עורך החדשות תנאי זה אינו מתקיים, לא יוגש החומר לביקורת הצנזורה.³⁰

ד. סמכות הצנזורה הצבאית לפסול חומרים

תקנה 87 לתקנות ההגנה קובעת כי "הצנזור רשאי לאסור בצו בדרך כלל או במיוחד לפרסם חומר שפרסומו היה עשוי, או עלול להיות עשוי, לפגוע, לדעתו, בהגנתה של ישראל או בשלומה של הציבור או בסדר הציבורי". הצנזור

- | | |
|----|---|
| 27 | ראו ס' 19 לחוק שירות הביטחון הכללי, לעיל ה"ש 15, וס' 3 לתקנות שעל פיו. |
| 28 | ראו רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 61. |
| 29 | אמיר אורן "אחרי 65 שנה, הצנזורה תופרד מצה"ל ותפעל כגוף אזרחי" הארץ 22.9.2013. |
| 30 | רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65. |

מוסמך לאסור על פרסום חומר שהוגש לו לבדיקה מוקדמת, במלואו או בחלקו. עם זאת, סמכות הפסילה המעוגנת בתקנה 87 לתקנות ההגנה אינה גורפת כמו הסמכות לדרוש הגשת חומר לביקורת מוקדמת.

סמכות הפסילה אינה מוגבלת לפרסומים בנושאים ביטחוניים גרדא. אמנם היא חלה רק על פרסומים הטומנים בחובם פוטנציאל של פגיעה, אבל אין מדובר רק בפגיעה בביטחון אלא גם בפגיעה ב"סדר הציבורי". כמו כן, סמכות הפסילה חלה גם על דעות ופרשנות ולא רק על עובדות. המונח "סדר ציבורי" הוא עמום למדי ופותח פתח רחב לפסילות של חומר שהקשר שלו לענייני ביטחון קלוש; עם זאת, בפועל הצנזור אינו עושה שימוש בסמכותו לפסול חומר באמתלה של פגיעה ב"סדר הציבורי" אלא מסתפק בסמכותו לפסול חומר מטעמים של "פגיעה בביטחון".³¹

בשנת 1989, בפרשת שניצר, הגביל בית המשפט העליון במידה ניכרת את שיקול הדעת של הצנזור בפסילת פרסומים. כדי להתאים את הסמכות המנדטורית הזאת – שהייתה במקורה אמצעי דיכוי במשטר לא דמוקרטי – למשטר הדמוקרטי של ישראל, קבע בית המשפט העליון כי הצנזור רשאי להפעיל סמכות זו רק אם פוטנציאל הפגיעה של הפרסום הוא ברמת הסתברות גבוהה של "ודאות קרובה", ורק אם הפגיעה המסתברת היא "ממשית".

כמו כן, לא די בקביעתו הסובייקטיבית של הצנזור שהערכה זו מתקיימת, ונדרש כי עמדה זו תהיה סבירה מבחינה אובייקטיבית.³² בפרשת שניצר ביקש המקומון התל אביבי "העיר" לפרסם כתבה על ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, הגורסת כי הוא כושל בתפקודו ולכן יש להחליפו. הצנזור פסל חלקים גדולים מהכתבה בטענה של סכנת פגיעה בביטחון המדינה. בית המשפט העליון קיבל את העתירה של עורך "העיר" והתיר לפרסם חלק מהקטעים שנפסלו. השופט אהרן ברק לא קיבל את הטענות של הצנזור שהפרסומים יובילו לפגיעה ביעילות תפקודו של ראש המוסד ושפרסום מועד

31 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 99.

32 עניין שניצר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 641-644.

החלפתו של ראש המוסד יסכן את ביטחונו. השופט ברק קבע כי פרסום הביקורת אינו מקים ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה, וכי הצנזור לא נתן משקל מספק לעקרון חופש הביטוי: "מן הראוי הוא לאפשר, בחברה דמוקרטית, מתיחת ביקורת על אישים הממלאים תפקידים ציבוריים [...] חופש הביטוי הוא גם חופש הביקורת והחופש להציג בשאלות מטרידות לנושאי השלטון".³³

עוד נציין כי הצנזור הראשי חייב להפעיל את שיקול הדעת שלו עצמו ולא לפעול על פי תכתיבי גורמים חיצוניים, גם אם אלו ניצבים מעליו בהיררכיה הצבאית הביטחונית. הוא רשאי להתייעץ עם גורמי ביטחון אך אסור לו להיות חותמת גומי לקביעותיהם. כבר בשנת 1966 קבע הפרקליט הצבאי הראשי דאז, מאיר שמגר, כי "אם יסתבר כי הצנזור פעל לפי הוראה בלבד, ובניגוד לשיקול דעתו, או ללא שיקול דעת עצמי, הרי פסולה הפעולה מבחינה משפטית".³⁴ בעבר נשמעו טענות שהצנזור פסל חומר בעקבות לחץ של הרמטכ"ל, של דובר צה"ל, של שר הביטחון או אפילו של ראש הממשלה ושל נשיא המדינה; גם הצנזור הראשי עצמו העיד על כך.³⁵ מנגד, אמצעי התקשורת דיווחו גם על מקרים שבהם עמדה הצנזורה על דעתה להתיר פרסומים ולא נכנעה ללחצים חיצוניים של המערכת הביטחונית.³⁶

תחולתם של צווי הצנזור לפי תקנות ההגנה הם אינדיווידואליים והם מחייבים רק את הנמען המסוים שקיבל את הצו.³⁷ מאחר שכל עוד הוראות

33 שם. לביקורת על אימוץ מבחן הוודאות הקרובה בעניין שניצר מן הטעם שאינו רגיש דיו ובהקשרים מסוימים נותן הגנת יתר לחופש הביטוי ראו, למשל, מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק: עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק 159 (תשס"ט).

34 בר-און, לעיל ה"ש 12, בעמ' 19. עוד על הכלל בדבר עצמאות הצנזור הראשי, מקורותיו, הגיונו ומגבלותיו (לרבות היכולת של מערכת הביטחון להנחותו באשר לשיקולי הביטחון ומדיניות הצנזורה) ראו אצל ליאב ישראל "הפעלת סמכויות הצנזור על רקע עקרון עצמאות שיקול-הדעת של רשות מוסמכת" משפט וצבא 13 (התשנ"ט).

35 ראו, למשל, בר-און, לעיל ה"ש 12, בעמ' 33, 107-108 ו-187.

36 לפירוט ראו נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 102; סגל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 328.

37 כך נאמר ברע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 508 (1994).

הצנזורה הצבאית נסתרות מן המפרסם אין יכולת לאכוף אותן מולו, הפתרון הוא דרישת הסרה של כל פרסום בנושא על ידי הצנזורה הצבאית אחרי הפרסום הראשוני. עוד נראה שידיעה על צנזורה בעניין מסוים לא מחייבת את הצגת הצו למפרסם, אלא די שידע על עצם קיומו של צו מצד שלישי כלשהו ויאמין כי אכן יש צו כזה;³⁸ ואילו אדם המפרסם דבר שנודע לו, מתוך היעדר ידיעה על צו או איסור פרסום, לא יהיה חשוף לסנקציות פליליות.³⁹

ה. סמכות הענישה של הצנזורה

תקנות ההגנה קובעות שתי עברות צנזורה: האחת – עיתונאי או כלי תקשורת שאינו מגיש חומר לבדיקה ולאישור מוקדם של הצנזור אף על פי שנדרש לעשות כן והדרישה הייתה ידועה לו; השנייה – פרסום חומר שהצנזור קבע שאין לפרסמו.

בשני המקרים הצנזור יכול להגיש תלונה למשטרה או ליועץ המשפטי לממשלה, כמקובל בכל עברה פלילית, והתביעה עשויה להגיש כתב אישום. בית המשפט יכול לגזור על המורשעים עד חמש שנות מאסר או קנס. לצנזור יש אפשרות נוספת – סגירת העיתון. בתקנה 100 לתקנות ההגנה נאמר כי במקרים של "פרסום בלתי מותר" הצנזור מוסמך לסגור את העיתון לכל תקופה שיבחר וגם להשבית ולהחרים את מכונות הדפוס שלו,

38 ראו לדוגמה רע"א 1415/04 סרביאן נ' סרביאן, פ"ד נט(2) 440 (2004), שם נפסק כי הידיעה גוברת על כלל ההמצאה בכל הנוגע לכתב בי דין. מכאן החובה על בעל דין לפעול במסגרת מגבלות הזמן המוטלות על פי התקנות מהמועד שבו הגיע לידיעתו תוכנו של כתב בי הדין. הוא יהא מנוע מהעלאת הטענה שחרף קיומו של כתב בי הדין בידיו וחרף ידיעת תוכנו לא פעל במסגרת המועדים הקבועים בתקנות מחמת אי-המצאה פורמלית של אותו כתב.

39 לפי יוהנתן קלינגר, בפועל, גם אם לא יהיה חשוף לסנקציות, יצטרך אותו אדם לעבור את התהליכים הלא נעימים של חקירה פלילית (ואולי אף חקירה במרתפי רשויות ביטחון כלשהן) ושל התעמרות מצד השלטון. אף שהדבר לא חוקי, רשויות השלטון בארץ נוהגות כך. ראו יוהנתן קלינגר "אז איך בעצם לשלטון מותר לאסור פרסומים? הסבר קצר על דיני איסור פרסום" אתר *Intellect or Insanity* (2010).

ללא כל הליך שיפוטי וללא צורך להציג ראיות להוכחה של אשמת העיתון או העיתונאי. "פרסום בלתי מותר" הוא אחד מארבעת אלו: פרסום הכולל חומר שלא הוגש לצנזורה (כנדרש לפי תקנה 97); פרסום שנעשה למרות פסילתו על ידי הצנזורה (מכוח תקנה 87); פרסום שהוכרז על ידי הצנזור כאסור (מכוח תקנה 88); או פרסום שנעשה אגב הפרת תקנה 94 לתקנות ההגנה (המחייבת עיתונים בקבלת היתר להופעתם מן הממונה במשרד הפנים).

הסמכות לסגירת עיתון סותרת את ערכי היסוד של דמוקרטיה ושל מדינת חוק מתוקנת. מדובר בסמכות אנטי-דמוקרטית של משטר לא דמוקרטי: המנדט הבריטי על ארץ ישראל. לפי הסמכות הזאת, כדבריו של משה נגבי:

[הצנזור הוא] הקטגור, השופט והתליין של העיתון – הוא שטוען שהעיתון עבר עבירה, הוא שמכריע לגבי טענה זו, והוא שיכול להחליט האם להפעיל סנקציה כלפי העיתון ולפגוע בזכות קוראיו לדעת.⁴⁰

כאשר ביקש הצנזור להפעיל את הסנקציה המנהלית הזאת נגד עיתון "המברק" בספטמבר 1948, הסביר היועץ המשפטי לממשלה שפירא לראש הממשלה ושר הביטחון דוד בן-גוריון:

[עורכי כל העיתונים] מאוחדים בהתנגדותם הנמרצת לסגירת עיתונים ע"י הצנזור בתור עונש [...] אין מוסבר להם הצורך של הטלת עונש ע"י הצנזור בדרך אדמיניסטרטיבית בו בזמן שהדרך פתוחה לבית המשפט המוסמך שיטיל את העונש הראוי, וסגירת העיתון בכלל זה. לטענתם זו אני מצטרף בכל לב.⁴¹

40 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 103.

41 מכתב של היועץ המשפטי לממשלת ישראל אל שר הביטחון (8.9.1948), ארכיון המדינה, ג-5659/18. לצו שהוציא הצנזור באותו מקרה ראו מכתב מהצנזור הראשי ג. דרור אל המפקח הכללי של משטרת ישראל (7.9.1948), שם.

הפעלת הסנקציה המנהלית נגד מפרסם לא תמנע את הרשעתו בפלילים, אם כי סביר שבית המשפט יתחשב בכך בבואו לגזור את העונש.⁴²

בפסק הדין בעניין חדשות שהוזכר לעיל קבע בית המשפט כי הפעלת סמכות זו "חמורה מאוד בתוצאותיה", ולכן ראוי להשתמש בה "רק לעיתים נדירות מאוד ובמקרים חריגים הראויים לכך".⁴³ עם זאת, בית המשפט מעולם לא אסר קטגורית על הצנזורה להשתמש בה.⁴⁴ עקרונית גם לא שלל בג"ץ את האפשרות שבמקרה מתאים יהא עליו להתערב בשיקול הדעת של צנזור שנקט סנקציה חמורה כל כך, אך נימק את אי-התערבותו הספציפית במקרה שנדון בהצטברות הנסיבות: התעלמות העיתון מהחובה להגיש את החומר הרלוונטי לצנזורה מוקדמת מתוך ידיעה ברורה בדבר החובה לעשות זאת; העובדה שהצנזור נקט את הסנקציה הקלה מתוך השתיים המסורות בידי והסתפק באיסור הדפסת העיתון, להבדיל מהחרמת מכונות הדפוס ששימשו להדפסה; והעובדה שדובר באיסור הדפסה לארבעה ימים בלבד, כשבפועל אף דובר במספר ימים קטן יותר.⁴⁵

בפרשת זו הפנה בג"ץ לתקנה 88 לתקנות ההגנה הקובעת אפשרות שלא להרשיע נאשם בעברה של "פרסומים אסורים", במקרה שנראה ש"מן ההוגן הוא לנקותו מאשמה". בית המשפט ציין כי בנסיבות המתאימות אפשר להשתמש בהוראה מיוחדת זו בדרך של היקש כדי לזכות מפרסם גם אם הוא עומד לדין פלילי בגין אי-הגשת חומר לאישור הצנזור על פי תקנה 97 לתקנות ההגנה.⁴⁶

כשנתיים לאחר הפרשה התגלה כי הצנזורה על דיוני ועדת החקירה שעיתון "חדשות" הפר הייתה עשויה לסייע לאנשי השב"כ לשבש ולעוות בזדון את מסקנות החקירה ולהביא לכך שהחשד ברצח הטרוריסטים ידבק ביצחק מרדכי, אז קצין בכיר בצה"ל. בד בבד עם נקיטת הצעדים לסגירת העיתון הגיש

42 ת"פ (ת"א) 3578/85 מ"י נ' שוקן (טרם פורסם) (5.10.1989).

43 פרשת חדשות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 485.

44 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 103.

45 פרשת חדשות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 484-486.

46 שם, בעמ' 483-485.

הצנזור הראשי תלונה למשטרה נגד "חדשות", וזו גררה הליכים פליליים נגד עורכי העיתון וכתביו. בהליכים אלו בית המשפט שיבח דווקא את התרומה של חשיפת המידע על ידי "חדשות" לזכות הציבור לדעת והסתפק בהטלת קנס סמלי, שגם הוא בוטל בסופו של דבר בערכאות הערעור.⁴⁷

מאז שנות התשעים הפנימה הצנזורה הצבאית את פסיקת בתי המשפט ואת ההלכות שקבע בשנות השמונים. הצנזורה שינתה אפוא את דפוסי פעולתה, ומקרים מהסוג של פרשת חדשות כבר אינם מגיעים לפתחו של בית המשפט. יתרה מזו, ההסדרים הלא פורמליים (בכללם הסכם ועדת העורכים) וצווי איסור הפרסום מיייתרים את הצורך בפרקטיקות הבעייתיות של שנים עברו ובמידה רבה מחליפים אותן.

1. הסכם ועדת העורכים

כאמור, סמכויותיו של הצנזור הן חריגות ובעלות אופי אנטי-דמוקרטי. הישרדותן עד היום נעוצה בהסכם בין "ועדת עורכי העיתונים היומיים" (להלן: ועדת העורכים⁴⁸) לבין שלטונות צה"ל, שלפיו לא יופעלו סמכויות הענישה של הצנזור כלפי החתומים על ההסכם.

ההסכם נחתם לראשונה בשנת 1949 ומאז עבר שינויים אחדים. לפי ההסכם, הצנזור מוותר למעשה על סמכותו לפתוח בהליכים פליליים או להעניש עיתון או עיתונאי שעברו עברת צנזורה. במקום זאת הוקמה ועדה מיוחדת ("ועדת השלושה") המורכבת מנציג הצבא, נציג העיתונות ונציג ציבור הנבחר על ידי שני הצדדים ומשמש יושב ראש הוועדה. ועדת השלושה מוסמכת להטיל עונשים שהם לכל היותר כספיים (אזהרה, קנס, נזיפה וכדומה).

47 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 104. לפסקי דין בשלוש הערכאות ראו ת"פ (שלום-ת"א) 3578/85 מדינת ישראל נ' שוקן (23.11.1989); ע"פ (מחוזי-ת"א) 27/90 קליין נ' מדינת ישראל (18.1.1993); רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485 (1994). להעמקה ראו משה נגבי מעל לחוק: משבר שלטון החוק בישראל (1987).

48 ועדת העורכים היא גוף לתיאום בין התקשורת הכתובה והמשודרת בישראל לבין גורמי הביטחון במדינה. בוועדה חברים נציגים של כלי התקשורת העבריים בישראל ושל הג'רוזלם פוסט. בשנים האחרונות איבדה הוועדה מכוחה.

בשנת 2003, למשל, הובאה לפני הוועדה תלונת הצנזור נגד העיתונים "מעריב" ו"ידיעות אחרונות" על שפרסמו – ללא אישורו וחרף פסילותיו – פרטים מבצעיים על תכנון של צה"ל להתנקש בחיי נשיא עיראק סדאם חוסיין. ועדת השלושה הרשיעה את שני העיתונים פה אחד. נקבע כי "מעריב" התעלם ביוזעין מפסילות הצנזור, ולפיכך הוטל עליו קנס בדמות תרומה למטרות רווחה; על "ידיעות אחרונות" – שנקבע כי חומרת העברה שעבר קלה יותר – הוטלה חובת תרומה בסכום שהושאר לשיקול דעתו של העיתון.

ב-1996 נחתם הנוסח האחרון של ההסכם. לפיו נוסח זה, עיתון העובר עברת צנזורה כבר אינו צפוי להיסגר, ועיתונאי בעיתון השותף להסכם העובר עברת צנזורה אינו צפוי למאסר ולקלון שבהרשעה פלילית. נוסף על כך ההסכם מגביל את סמכות הפסילה של הצנזור אך ורק למידע (או למאמר פובליציסטי המסגיר מידע) בנושאי ביטחון ואך ורק למצבים של סכנה לביטחון (ולא לסדר הציבורי). אם דחתה ועדת השלושה את ההשגה של אמצעי תקשורת כלשהו על החלטתה, נשמרת לו הזכות לעתור לבג"ץ. הוועדה רשאית להטיל אזהרה, קנס, נזיפה או הערה.

החלה של שני הסדרים משפטיים שונים בתכלית השינוי מבחינת סמכויות הצנזורה – הסכמי וחוקי, מוגבל ושרירותי – אינה מתיישבת עם מושכלות יסוד דמוקרטיים.

לכאורה, ההגדרה השרירותית פחות של סמכויות הצנזורה הופכת אותה לפחות אנטי-דמוקרטית; עם זאת, עצם קיומו של ההסכם מנע חקיקה של הסדר צנזורה חדש שיבטיח חופש עיתונות אמיתי ושוויוני.⁴⁹ כפועל יוצא מן ההסכם, התקשורת הלא ממוסדת, החלשה יותר והקטנה יותר (כגון התקשורת בערבית), חשופה לסמכויות הצנזורה השרירותיות והאנטי-דמוקרטיות, ואילו העיתונות החזקה והממוסדת נהנית מהסדר הסכמי מייטיב.⁵⁰ נמצא אפוא כי דווקא החלקים הממוסדים פחות במפת התקשורת –

49 סגל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 88.

50 שם, בעמ' 88.

אלה הזקוקים להגנה רבה יותר – חשופים לפגיעה גדולה יותר בחופש הביטוי שלהם.⁵¹ נעיר כי אף שלא כל כלי התקשורת חתומים על ההסכם, הרשויות הרלוונטיות רואות את ההסכם כחל על כל כלי התקשורת כעניין שבמדיניות.⁵² עם זאת, הדבר אינו פוטר את הקושי הנורמטיבי. כמו כן, תוקפו המשפטי של ההסכם שנוי במחלוקת, ומכאן הספק בדבר היכולת של העיתונים החתומים עליו לאכוף אותו בבית משפט. כפי שהסביר משה נגבי, מקובל במשפט הציבורי כי הסכם של רשות שלטונית המגביל את סמכותה החוקית אינו אכיף, והיא רשאית להשתחרר ממנו עקב צורך חיוני. התוצאה היא שהעיתונים החתומים על ההסכם חשופים בכל עת להתעלמות של הצנזורה ממנו ולהפעלת סנקציית הסגירה שבחוק גם נגדם.⁵³

השנים האחרונות הפכו את הסכם ועדת העורכים לרלוונטי פחות. בעבר העיתונים הקטנים שנותרו מחוץ להסכם ועדת העורכים אתגרו את הסדרי הצנזורה למען העיתונים הגדולים והממוסדים (כפי שקרה בפרשת חדשות). ואולם בשוק התקשורת המבוזר של ימינו לדינמיקה הזאת כבר אין משמעות, וחלק מכלי התקשורת הממוסדים אף פרשו בגלוי מוועדת העורכים. בסופו של יום, הסכם ועדת העורכים מאפשר לתקשורת לפעול בתנאים דמוקרטיים ללא חשש מסנקציות שרירותיות; למרות הפרישה של חלק מכלי התקשורת ולמרות מיעוט הפרסומים המוגשים היום לעיון מוקדם של הצנזורה – אמצעי התקשורת הממוסדים ממשיכים לפעול לפיו.

ז. הצעות לשינוי ההסדר

הצנזורה הצבאית בישראל ייחודית באופייה האנטי-דמוקרטי, לפחות מבחינת סמכויותיה שבחוק. כאמור, הצנזורה הצבאית נשענת על חקיקה מנדטורית דרקונית שנועדה לשמש אמצעי דיכוי לשעת חירום. למעשה, כפי שהסבירה הצנזורית הראשית תא"ל סימה וואקנין-גיל, שכינה כצנזורית הצבאית

51 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 107.

52 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 62.

53 נגבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 108; רונן, לעיל ה"ש 9.

הראשית עד אוגוסט 2015, הצנזורה פועלת באופן שונה מאוד ממקורות סמכותה האנטי-דמוקרטיים: היא פועלת מכוח הסכם (ועדת העורכים) ומתוך פרשנות דמוקרטית של סמכויותיה לפי הלכת שניצר. הפער שבין מקור סמכויותיה האנטי-דמוקרטי לבין דרכי פעולתה הדמוקרטיות בפועל (והנורמות החברתיות-משפטיות-תרבותיות בישראל) מחייב, לפי וואקנין-גיל, התאמה של החוק.⁵⁴ פער זה אף גורם נזק תדמיתי לישראל ומציג אותה בעולם כמדינה לא דמוקרטית.

הפער הזה, וגם הפער בין הסדרי הצנזורה לבין השינויים בדרכי התקשורת ובטכנולוגיה, הובילו רבים – נוסף על הצנזורת הראשית – לחשוב שדרושה רפורמה בצנזורה הצבאית בישראל.

במרוצת השנים הוגשו הצעות חוק לשינוי הסדר הצנזורה הצבאית ולביטול הסכם ועדת העורכים. הצעות אלו נתקלו בהתנגדות הן מצד הממשלה, שביקשה להוסיף ולהחזיק בסמכויות שליטה רחבות ככל האפשר במידע המתפרסם בכלי התקשורת, והן מצד כלי התקשורת הגדולים, שיש להניח שביקשו לעצמם את השליטה במידע שאפשר להם הסכם ועדת העורכים. האינטרס הציבורי בכל הנוגע למידע נותר לא מיוצג.

בעקבות דיונים שנערכו בשנת 1990 בוועדת המשנה לענייני צנזורה של ועדת החוץ והביטחון בראשות חבר הכנסת יוסי שריד נקבע, למשל, כי ההסכם בין גורמי מערכת הביטחון לוועדת העורכים הוא פגום וטומן בחובו סכנות לחופש העיתונות. הוועדה המליצה להחמיר עם מפרי חוק שמפרסמים פרסומים המסכנים את ביטחון המדינה. הוועדה החליטה שלא להמליץ על חקיקת חוק חדש ונימקה זאת, בין השאר, בהתנגדות של נציגי אמצעי התקשורת למהלך, ובכך שהכנסת אינה מסוגלת להוציא תחת ידה חקיקה מתוקנת ומתקדמת בנושא זה. הוועדה סברה שאפשר לתקן את הליקויים בהליכי הצנזורה בשינוי ההסכם עצמו והמליצה כי ההסכם יחול על כל אמצעי התקשורת בישראל ולא רק על אלה שנציגיהם חברים בוועדת

54 וואקנין-גיל, לעיל ה"ש 13.

העורכים, וכן על כתבי החוץ בישראל. עוד המליצה ועדת המשנה שערערור רגיל על החלטת ועדת הצנזורה לא יישמע לפני הרמטכ"ל אלא לפני שופט בית המשפט העליון (או שופט בדימוס), שיהיה בעל מעמד של בורר לפי חוק הבוררות; שכל אמצעי התקשורת יוכלו לצטט בחופשיות את כל הנאמר באמצעי תקשורת אחרים בארץ, אלא אם כן הצנזור סבור שמתקיים בדברים הנדפסים מבחן הסכנה הוודאית והקרובה ברוח החלטות בית המשפט העליון; ושהצנזור לא יוכל לסגור עיתון שאינו נכלל בהסכם בלא לתת לו שהות לפנות לערכאות.⁵⁵

בשנת 2007 הוגש דוח הוועדה המייעצת לשר הביטחון בנושא צנזורה.⁵⁶ הוועדה המליצה שלא לשנות את מעמדה של הצנזורה, הן מבחינת כפיפות ארגונית ומנהלית (לצה"ל ולשר הביטחון, בהתאמה) והן מבחינה מקצועית בכל הקשור לתהליך קבלת ההחלטות. הוועדה שללה לחלוטין מתכונת פעולה המבוססת על רעיון של צנזורה מייעצת, מחשש ששינוי כזה יפגע בשיתוף הפעולה בין הצנזור למערכת הביטחון. נטען כי התקשורת לא תישא ביעילות באחריות הדרושה לריסון עצמי בכל הנוגע לפרסום סודות ביטחוניים של המדינה.⁵⁷ עם זאת הציעה הוועדה להחליף את תקנות ההגנה בחקיקה ישראלית מקורית שתבחין בין נורמות לשעת שגרה לבין נורמות נפרדות לשעת חירום.⁵⁸ כהסדר חלופי הציעה הוועדה לחוקק סדרה של חוקים מיוחדים העוסקים בסודות רשמיים שבעניינם ייעשו האיזון והאכיפה במסגרת משטר הענישה המאוחרת, בלי למנוע את פרסומם מראש.⁵⁹

לדעת הצנזורית הראשית לשעבר תא"ל סימה וואקנין-גיל, במאמר מפורט שפרסמה בעניין, יש לארגן מחדש את המנגנון הממלכתי המופקד על מניעת פרסום של סודות ביטחוניים. בראייתה, המבנה הנורמטיבי של הצנזורה אינו תואם עוד את האתגרים והמציאות שעמם היא מתמודדת. לפי הרפורמה שהיא

- 55 שם, בעמ' 66. "הצנזורה הצבאית: תקציר", אתר עמלנט.
 56 הוועדה המייעצת לשר הביטחון בענייני צנזורה, דין וחשבון הוועדה (11.2.2007) (להלן: דוח הוועדה המייעצת לשר הביטחון בענייני צנזורה).
 57 שם, בעמ' 8.
 58 שם, בעמ' 10.
 59 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 70.

מציעה, יש להותיר את הצנזורה כסמכות מחייבת בתחומים מוגדרים ולהגדירה כסמכות מייעצת ביתר התחומים, אך במסגרת גוף עצמאי אזרחי שיפעל מכוח חוק ייעודי.⁶⁰ עמדתה של הצנזורת חשובה הן בשל ניסיונה המעשי הרב והן משום שהייתה שותפה לעבודת מטה שנעשתה בצבא בעניין מעמד הצנזורה כחלק מתכנית רב-שנתית. עבודת המטה שריכזה וואקנין-גיל בחנה חלופות לגורמים שהצנזורה הצבאית תהיה כפופה להם: (1) רשות ממלכתית עצמאית הנתונה לאחריות אחד השרים אך "חסינה ממעורבות פוליטית"; (2) משרד הביטחון; (3) משרד ראש הממשלה; (4) משרד המשפטים; (5) המשרד למודיעין ואסטרטגיה; (6) המשרד לביטחון פנים. נוסף על אלה נשקלה גם הפיכת סמכות הצנזורה למייעצת, בלא סמכות למנוע פרסום.⁶¹

עם זאת, תא"ל וואקנין-גיל מציינת במאמרה כי שר הביטחון החליט "לבחון ביצוע שינויים נדרשים להתמודדות עם האתגרים שהוצפו, באופן מדורג ובשלב זה במסגרת האסדרה הקיימת";⁶² כלומר, בלא שינוי במעמדה המוסדי של הצנזורה ובלא שינוי חקיקה. הסתייגות מהצעתה של הצנזורת לרפורמה נשמעה לא רק מכיוון מערכת הביטחון אלא גם מכיוונם של עיתונאים, מתוך חששות שונים ומגוונים – ממשפטיזציה, מהסתמכות יתר על בתי המשפט בהסדר המוצע, מכך שהרפורמה לא נועזת דיה, מכך שצנזור אזרחי יהיה חלש מדי מול מערכת הביטחון ומההשלכות הלא צפויות של שימוש בכלי החקיקה.⁶³

דיונים בנושא מעמדה המוסדי של הצנזורה הצבאית מתקיימים בעוד גופים מחוץ לצבא, וגם בהם נשמעות דעות הדוגלות בניתוק הצנזורה מהצבא והפיכתה לרשות עצמאית. זהבה גלאון, יו"ר סיעת מרצ, פנתה בספטמבר 2013 לאביגדור ליברמן, יו"ר ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, בבקשה לקיים דיון בנושא ניתוק הצנזורה הצבאית ממשרד הביטחון והקמת רשות צנזורה

60 וואקנין-גיל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 150-151.

61 אורן, לעיל ה"ש 29.

62 וואקנין-גיל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 69 (ההדגשה במקור).

63 ראו פרסיקו, לעיל ה"ש 14.

עצמאית.⁶⁴ בשנת 2013 טען אמיר אורן, הפרשן הצבאי של עיתון "הארץ", כי אין סיבה להשאיר את הצנזורה במסגרת צה"ל דווקא, משום שהיא מטפלת גם בסודות השב"כ, המוסד והוועדה לאנרגיה אטומית לא פחות מבסודות צבאיים, ועיקר מגעיה מתקיימים עם גופים אזרחיים ואף פוליטיים.⁶⁵

במשך השנים הועלו שתי הצעות נוספות בעניין הצנזורה הצבאית – הצעה אחת של זאב סגל, שקרא לצמצם את סמכותה ולהגבילה למניעת פרסומים המקיימים במצטבר את התנאים האלה: (א) יש בהם מידע בעל ערך ביטחוני, לא דעה שאין עמה גילוי מידע ולא מידע שעשוי לפגוע בשלום הציבור או בסדר הציבורי, להבדיל ממידע ביטחוני; (ב) יש בהם משום סכנה ברורה ומידית לפגיעה ממשית בביטחון המדינה.⁶⁶

בהצעתו של סגל נכללת גם דרישה שרשימת הנושאים המחייבים הגשה לביקורת מוקדמת תיקבע בתוספת לחוק, על ידי שר הביטחון ובאישור ועדת חוץ וביטחון. במקרים דחופים שאינם סובלים דיחוי יוכל השר לקבל אישור למניעת פרסום מסוים מוועדת משנה מיוחדת של ועדת החוץ והביטחון – ועדה לענייני צנזורה שתוקם על פי הנוהל הקבוע בתקנון הכנסת. קביעתו של נושא מסוים כטעון הגשה לביקורת מוקדמת תהא נתונה לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון.

כמו כן, על החלטתו של הצנזור הצבאי למנוע פרסום של ידיעה מסוימת יהיה אפשר להגיש ערר לוועדת ערר מיוחדת, שבראשה יעמוד שופט לשעבר של בית המשפט העליון או של בית המשפט המחוזי. השופט יתמנה על ידי הוועדה לבחירת שופטים. בוועדה יכהנו שני חברים נוספים – האחד יתמנה על ידי הרמטכ"ל והאחר על ידי מליאת מועצת העיתונות. החלטת הוועדה תהיה סופית אלא אם כן לא תתקבל פה אחד, ובמקרה כזה יוכלו הצנזור הצבאי והעיתון המעורב בפרסום לבקש דיון נוסף, שבו ימנה כל אחד מהגופים

64 צבי זינגר "יו"ר מרצ מבקשת לקיים דיון בהקמת רשות צנזורה עצמאית" אתר מגפון 22.9.2013.

65 אורן, לעיל ה"ש 29.

66 זאב סגל "הצנזורה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי" עיוני משפט טו 311 (1990).

הממנים נציג נוסף. החלטת הפורום המורחב לא תהיה נתונה לערעור נוסף או לביקורת שיפוטית של בג"ץ. עוד הציע סגל כי לא תיוותר בידי הצנזור הצבאי הסמכות להפעלת סנקציה מנהלית נגד מי שיפר את הוראות החוק, אלא יוגשו כתבי אישום בהליך פלילי רגיל.

הסדר זה התבסס על ההנחה שלאחר ביטול הסכם ועדת העורכים לא יוכל בית המשפט העליון לעמוד בעומס אפשרי של שמיעת עתירות תכופות על מניעת פרסום של ידיעה כלשהי, להבדיל מעתירה על סיווג של נושא מסוים כטעון ביקורת מוקדמת. ההחלטה על פרסום או על מניעת פרסום של ידיעה חדשותית חייבת בדרך כלל להיות מיידית, וכלי התקשורת לא יוכלו לתפקד אם יצטרכו להמתין להכרעת בג"ץ בכל מקרה ספציפי. הסדר דומה העלה דוד רונן, שהציע לנתק את הצנזורה מגורמי הביטחון ולהופכה לרשות סטטוטורית עצמאית שתתבסס על מאגר גדול של אנשי ציבור ואנשי מקצוע מתחום הביטחון ומתחום המשפט. לפי הצעתו, המנגנון יקיים דיונים בזמן אמת והוא יוסמך להטיל סנקציה כספית (במקום סמכות מנהלית לסגור עיתונים).⁶⁷

אם כן, רוב ההצעות לרפורמה ביקשו לצמצם את סמכויות הצנזורה כדי שיהלמו טוב יותר את הנורמות הדמוקרטיות המודרניות. אחדות גם הציעו לשנות את מעמדה של הצנזורה ולנתקה מהצבא. גם להשקפתנו אין הצדקה להותיר על כנו את סמכויות הצנזורה הדרקוניות שאינן מתיישבות עם עקרונות דמוקרטיים בסיסיים, ואולם הצעות הרפורמה הללו אינן מספקות משום שאין בהן התמודדות אמיתית עם שוק התקשורת המשתנה. אחת הבעיות של הצנזורה היום היא האי-יכולת להתמודד עם המאפיינים של שוק התקשורת המבוזר והדיגיטלי. ייתכן שיהיו מקרים שבכל זאת יהיה בהם צורך לגיטימי למנוע פרסומים – ועדיין יש להבטיח הן שמניעה כזאת תהיה אפקטיבית והן שהיא תיעשה בהליך נאות שלא יפגע יותר מהדרוש בזכויות הפרט. בהקשר הזה, אחד החסרונות העיקריים של מרבית ההצעות שהועלו בשנים האחרונות, בכללן הצעתה של הצנזורית הצבאית לשעבר תא"ל וואקנין-גיל, היא היעדר ההתמודדות עם מגמת המדינה לעבור לצווי איסור פרסום כתחליף עוקף צנזורה. לסקירת סוגיה זו נפנה בפרק הבא.

67 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 524.

פרק שלישי

צווי איסור פרסום של מידע בעל אופי ביטחוני

א. מבוא

בית המשפט העליון הגביל את סמכות הצנזורה לפסול פרסומים, והסכם ועדת העורכים העניק חסינות מפני הפללה בעברות צנזורה. היעדר סנקציה אפקטיבית אחרת יצר אפוא לכלי התקשורת תמריץ להפרות צנזורה או לריקון ההסדרים מתוכן. ההתמודדות של מערכת הביטחון עם קושי זה מתבטאת במעבר למסלול עוקף צנזורה – צווי איסור פרסום.⁶⁸

מניעה מוקדמת של מידע ביטחוני באמצעות צווי איסור פרסום היא בעייתית. צווי איסור פרסום ניתנים בהליכים מקדמיים שבהם בית המשפט אינו בודק לעומק את המידע הנדון בהליך מסודר. הצווים מוצאים בהליך קצר, על סמך הצהרה חד-צדדית וקצרה של המבקשים בדבר נחיצותם, לפעמים באישון לילה.

כמו כן, לא נדרשות ראיות פוזיטיביות לשם הוצאת הצווים.⁶⁹ התוצאה היא הסתברות גבוהה לטעויות שיפוטיות ולפגיעה בחופש העיתונות ובזכות הציבור לקבל מידע.⁷⁰

הכלל הקבוע בסעיף 68 לחוק בתי המשפט הוא שדיוני בית המשפט יהיו פומביים. החריג לכלל זה, הקבוע בסעיף 68(ב), הוא שבמקרים

68 למחקרים בעניין זה ראו את מחקרו המעמיק והמקיף של רונן, לעיל ה"ש 9. לצווי איסור פרסום כמסלול עוקף צנזורה ראו נגבי, לעיל ה"ש 9.
69 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 489-490.
70 שם, בעמ' 458.

מסוימים אפשר לקיים דיון משפטי בדלתיים סגורות. ייתכנו סיבות רבות למתן צו איסור פרסום בגין דיון בדלתיים סגורות, ובהן שמירה על ביטחון המדינה, מניעת פגיעה ביחסי החוץ של המדינה והגנה על המוסר. סעיף 70(א) לחוק בתי המשפט קובע כי "לא יפרסם אדם דבר על דיון שהתנהל בבית משפט בדלתיים סגורות אלא ברשות בית המשפט". נוסף על כך, סעיף 70(ד) מאפשר איסור פרסום של דיוני בית המשפט אם יש בפרסום כדי לפגוע בפרטיותו, בביטחו או בשלמו של אדם. כאשר הליך משפטי מתנהל בדלתיים סגורות תוטל אחריות פלילית על מי שמפרסם עניינים הקשורים בו.

ב. צווי איסור פרסום לפי סעיף 70(ה) לחוק בתי המשפט

נוסף על צווי איסור פרסום בגין דיון בדלתיים סגורות יש צווי איסור פרסום מסוג אחר, שאינו מותנה בדיון כזה. בעבר ניתנו צווים כאלה לפי נוסחו הישן של סעיף 70(ה) לחוק בתי המשפט, שקבע כי "בית המשפט רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, או כל פרט אחר שיש בו כדי לזהותו, אם הדבר עלול לפגוע בחקירה שעל פי דין". ההלכה המשפטית קבעה אז כי אין להעניק צו איסור פרסום (ככלל, לא רק לפי הוראה זו) אם הצו אינו משרת את המטרה שלשמה קבע בית המשפט שההליך לא יידון בפומבי. לדוגמה, בהליך גירושין שפומביותו נאסרה כדי להגן על הילדים של בני הזוג לא יינתן צו איסור פרסום כדי להגן על האינטרסים העסקיים של אביהם.⁷¹ אם כן, תנאי מוקדם להוצאת צו איסור פרסום היה קיומה של החלטה קודמת על דיון בהליך בדלתיים סגורות, וכפועל יוצא מזה גם קיומו של

71 רע"א 3007/02 יצחק נ' מויזס, פ"ד נו(6) 592 (2002), שם נפסק כי צו לסגירת דלתיים אינו מונע פרסום; לשם כך נדרש צו מיוחד המוגבל למטרה שלשמה נסגרו הדלתיים. ראו ע"א 2800/97 ליפסון נ' גהל, פ"ד נג(3) 714 (1999); ע"פ 5114/97 סלימאני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 712 (2000).

"הליך משפטי"⁷². הרציונל של הלכה זו היה שכאשר מונח לפני בית המשפט מידע ראשוני כחלק מהליך שכבר מתנהל ושבמסגרתו הוצגו לבית המשפט ראיות, תשתית זו עשויה להספיק להכרעה בדבר נחיצות איסור הפרסום. כך למשל, כאשר כבר מתנהל הליך אזרחי שעוסק בסודות מסחריים, בית המשפט יודע אילו אינטרסים עומדים על הפרק; מצב דומה מתקיים בהליך פלילי שבו כבר הוצגו האישימים נגד החשוד או הראיות לכאורה העומדות נגדו. לעומת זאת בדיון במתן צו לפני ההליך אין לבית המשפט די מידע כדי לאזן כראוי בין האינטרסים הרלוונטיים.⁷³ כמו כן, ההלכה הקובעת כי לא יינתן צו אלא במסגרת דיון מתחייבת מעקרון הפרדת הרשויות, המגביל את בית המשפט לעסוק רק בעניינים שיפטיים העומדים ותלויים לפניו; ולענייננו, בכל מצב אחר הוא עלול להסיג את גבולה של הרשות המבצעת הממונה על ענייני הביטחון שבסמכותה להכריע בסוגיות סודיות מידע, כלומר הצנזורה הצבאית.⁷⁴

מתן צווי איסור פרסום על ידי בתי משפט גם בהיעדר "הליך", על פי נוסחו הישן של סעיף 70(ה), גרר ביקורת שלפיה פרקטיקה זו נוגדת את הטעמים העומדים בבסיס ההלכה ואת לשון החוק. שאלת החוקיות של צווים אלו אף הועמדה בספק בעתירה שהוגשה לבג"ץ אך לא נדונה לגופה.⁷⁵ יודגש כי המחלוקת נוגעת לכך שמדובר בשתי תכליות שונות זו מזו למתן צווי איסור הפרסום על פי סעיף זה: שמירה על האינטרס הציבורי בהצלחת חקירה ושמירה על אינטרסים של חשודים.

72 בר"ע (חיפה) 1372/98 ידיעות תקשורת בע"מ נ' אלמונית, דינים מחוזי לד(5) 141 (1998); ב"ש (מחוזי י-ם) 2432/98 ידיעות אחרונות בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (1998); רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 491.

73 ע"פ 268/99 יצחק נ' מדינת ישראל, דינים עליון ס"א 49 (1999); רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 490.

74 שם.

75 העתירה לא נדונה לגופה משום שהמדינה הבטיחה להסדיר את הסוגיה בנוהל מיוחד. בעקבות הפרשה נקבע "נוהל בנושא צווי איסור" של פרקליט המדינה, שעודנו תקף. ראו בג"ץ 7518/00 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.11.2000); רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 492.

לאור ביקורת זו תוקן בשנת 2002 סעיף 70(ה) לחוק בתי המשפט,⁷⁶ ובמקום "כל פרט אחר שיש בו כדי לזהותו (את החשוד)", נקבע בנוסח החדש "פרט אחר מפרטי החקירה", ונוסח החוק עתה הוא: "בית המשפט רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, או פרט אחר מפרטי החקירה, אם הדבר עלול לפגוע בחקירה שעל פי דין". בתיקון זה נוסף גם סעיף 70(ה1)(1) לחוק, המורה כי "בית משפט רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום או פרט אחר מפרטי החקירה, אם ראה כי הדבר עלול לגרום לחשוד נזק חמור ובית המשפט סבר כי יש להעדיף את מניעת הנזק על פני העניין הציבורי שבפרסום".

השאלה הפרשנית שנותרה פתוחה לאחר התיקון היא אם יש לפרש את הסעיף כך שאינו מקנה סמכות להעניק צו איסור פרסום ללא "הליך משפטי" כפי שהיה לפני התיקון לחוק, או שצו איסור פרסום אינו מחייב קיומו של הליך כזה.⁷⁷ בבואן לקבל צווי איסור פרסום על מידע ביטחוני רשויות הביטחון מתבססות אפוא על הטענה שיש לפרש את הוראת סעיף 70(ה) ככוללת שתי חלופות לקבלת צו איסור פרסום: הראשונה קשורה לחשוד ולאסור לפרסם את שמו, והשנייה מתייחסת לפרטים מתוך חקירות המתנהלות "על פי דין".⁷⁸ בתי המשפט נוטים לקבל פרשנות זו ומעניקים צווי איסור פרסום – לעתים גורפים מאוד – בלי דרישה שיתקיים בפועל הליך משפטי קונקרטי או "חשוד", בהיעדר חומר ראיתי המתייחס ל"חקירה" ואפילו כשאינן כל קשר בין

76 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 33) התשס"ג-2002, ס"ח 202.

77 בדיון בוועדת המשנה לוועדת חוקה, חוק ומשפט טען נציג המדינה כי לאחר התיקון בחוק מעמדה של "חקירה" שקול למעמדו של "הליך משפטי", וכי רק בהיעדר "חקירה" או "הליך" הצנזור הוא המוסמך. ראו פרוטוקול מס' 1 מישיבת ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 בנושא סמכות הצנזור ובתי המשפט בנוגע לאיסור פרסום מטעמי ביטחון (15.7.2013). להסבר מפורט מדוע יש לפרש את צו איסור הפרסום כמותנה בכך שיש "הליך" משפטי ראו רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 495-502.

78 שם, בעמ' 495. לפי רונן פרשנות זו אינה מבוססת והוא מאמץ את הפרשנות הראשונה. הוא מבסס את דבריו על ההלכה שקדמה לתיקון החוק, שקבעה כי לשם מתן צו איסור פרסום נדרש "הליך" משפטי, וכן על עקרון הפרדת הרשויות ועל עקרון חופש הביטוי, המצדיק לתת לסעיף פרשנות צרה.

העניין שבגיניו מתבקש צו איסור הפרסום לבין חקירה על פי דין. בפועל, די היום שרשות ביטחונית תצהיר לפני בית המשפט כי מתקיימת "חקירה" כדי להגיש בקשה לאיסור פרסום פרטים מתוכה.⁷⁹ יתרה מזו, מעדויות של נציגי הפרקליטות בדיונים שהתקיימו בכנסת אפשר ללמוד כי צווי איסור פרסום ניתנים גם בנימוק של פגיעה בביטחון המדינה כטיעון יחיד – מעין מסלול מקביל לנימוק של פגיעה בחקירה – אף שנימוק זה איננו מעוגן בחוק כלל.⁸⁰ כך, בקשות לצווי איסור פרסום נדונות בפועל במעמד צד אחד, בלי שהשופט יכול לבחון הלכה למעשה את אמיתות הדברים הנטענים או לשמוע את עמדת כלי התקשורת וצדדים המתנגדים למתן הצו. אדרבה, הפרקטיקה של איסור הפרסום על עצם קיומו של הצו שוללת אפילו את האפשרות לערער עליו.

סעיף 70(ה) לחוק בתי המשפט מנוסח בצורה רחבה הרבה יותר מהכללים שקבע בית המשפט באשר לצנזורה – "עלול לפגוע בחקירה" לעומת "ודאות קרובה לפגיעה ממשית". מצב זה הופך את הכלי של צווי איסור פרסום לפוגעני לא פחות מכלי הצנזורה. העובדה שלפי החוק צווים כאלה אינם מוגבלים בזמן גם מאפשרת לשופטים להעניק את הצו לתקופה לא מוגבלת, או לתקופות זמן מופרכות של חודשים ושנים. כאשר המידע בכל זאת זולג אל הרשתות החברתיות, קיומו של הצו נהפך לפארסה, ולשון החוק – לחוכא ואטלולא. נוסף על כך, לטענת אורלי בן-ארי, המשנה לפרקליט מחוז המרכז, בדבריה בדיון בנושא צווי איסור פרסום שהתקיים בכנס של לשכת עורכי הדין בדצמבר 2013, צווי איסור פרסום בפרשות ביטחוניות מועברים אל הצנזורה לצורך אכיפתם ואינם מועברים ישירות אל העיתונים. מדובר במצב בלתי נסבל: אם אין מקום להטיל צנזורה מכוח תקנות ההגנה, אין גם מקום להפוך את הצנזורה לזרוע האכיפה של צווי איסור הפרסום. אכיפתם של צווים אלו אמורה להיעשות באמצעות סנקציה פלילית על פי חוק בתי המשפט ובאמצעות

79 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 495.

80 פרוטוקול מס' 1, לעיל ה"ש 77. ראו גם דברי הסבר בהצעת חוק בתי המשפט (תיקון – הגבלת תוקפם של צווי איסור פרסום), התש"ע-2010, פ/2474/18, שם נאמר כי צווי איסור פרסום ניתנים מהטעם שיש "חקירה" או "מטעמי בטחון המדינה".

פקודת ביזיון בית משפט ולא באמצעות החקיקה הדרקונית של הצנזורה. לדעתנו, גישת הפרקליטות ובתי המשפט בעניין צווי איסור פרסום מוטעית משני טעמים עקרוניים. ראשית, כאשר מדובר בסעיף הפוגע בזכות אדם – במקרה זה בזכויות לחופש עיתונות ולחופש מידע – יש לפרש את היקף האינטרס הציבורי שהוא משקף (כמו הגנה על ביטחון או על חקירת עברות) בדרך המצומצמת ביותר האפשרית. אין הנחיה בסעיף 70(ה) מתי ראוי לאסור פרסום מלבד השימוש במונח "עלול". כיוון שצווי איסור פרסום הם מניעה מוקדמת של ביטוי, יש לפרש את לשון החוק בהתאם להלכה המקובלת בבית המשפט, שלפיה יש לאפשר מניעה כזאת רק בהסתברות של ודאות קרובה – וכך יש לראות את סעיף 70(ה).

שנית, לשון החוק ותכליתו אינן תומכות בפרשנות של הפרקליטות. גם לפי הפרשנות המרחיבה, הוראת הסעיף מאפשרת קבלת צו איסור פרסום בהתקיים "חקירה" או כדי להגן על "חשוד", אך אינה תומכת במתן צו איסור פרסום מטעמים אחרים בכלל ומטעמי ביטחון גרדא בפרט. אנו סבורים שיש לפרש את הסעיף כולו כחטיבה אחת ולהוציא צו איסור פרסום רק אם מדובר בחקירה הקשורה לחשוד. הסיבה העיקרית לסברה זו היא שעצם קיומו של חשוד הופך את החקירה לקונקרטית יותר. במקרה כזה אפשר להניח כי יש בידי הרשות החוקרת לפחות חומר ראשוני שיש בו כדי לבסס תשתית המצדיקה הוצאה של צו אוסר פרסום. אין להסתפק בטענה כללית של מבקשי הצו שיש "חשוד", אלא לדרוש חומר ראיתי שמכוחו אפשר לבסס חשד סביר נגד אדם. אמצעי התקשורת יכולים להתמודד עם מקרים של הוצאת צווי איסור הפרסום ההולכים ונעשים תכופים בכמה דרכים. הראשונה היא לוותר כליל על הפרסום; השנייה היא לתקוף את חוקיות הצו בבית המשפט, אפשרות מעשית פחות בהתחשב במשכו של תהליך זה והעלויות הכרוכות בו; והשלישית היא להפר את הצו ולטעון טענות הגנה בדיעבד, אם ייפתח הליך פלילי.⁸¹

בשנת 2012 קיבלה הכנסת תיקון לחוק בתי המשפט הכולל חמישה סעיפים שדנים בבקשות להתיר או לאסור פרסום של חשוד. בין השאר, סעיף 70 לחוק נתן לכלי תקשורת זכות מפורשת להגיש לבית המשפט שנתן את צו איסור

הפרסום בקשה לכיטולו. בשנת 2012 פרסמה משטרת ישראל נוהל, שגובש בעקבות דיונים של ועדה ציבורית בראשות אריאל בנדור, הקובע כי יש לזמן את מועצת העיתונות למעמד ההחלטה על הוצאת הצו. אלא שלטענת חבר הכנסת נחמן שי הנוהל איננו מתקיים בפועל ומועצת העיתונות אינה מוזמנת לדיונים בנושא מתן צווי איסור פרסום, כלומר: הנוהל איננו מיושם.⁸² עם זאת, על אף שיעור ההפרות הגבוה של אמצעי התקשורת, נרשמו רק מקרים ספורים של פתיחת הליכים פליליים נגד עיתונאי בשל הפרה של צו איסור פרסום.⁸³ קשה להבין מדוע כלי התקשורת אינם עותרים נגד הפרקטיקה של שימוש בחוק בתי המשפט במקרים הקשורים במובהק לביטחון וכאשר לא מתקיימת חקירה. הסברה שלנו היא שהסיבה לכך היא החשש שבית המשפט ימצא דרך להכשיר צווים אלו גם כשמדובר במידע הנוגע לביטחון וכאשר לא מתקיימת חקירה. תוצאה כזאת תיתן לגיטימציה לפרקטיקה הנוהגת, ומספר צווי איסור הפרסום רק יגדל – ובהשוואה לאפשרות זו כלי התקשורת מעדיפים אכיפה רכה של ההליכים הפליליים בגין הפרה. הוכחה להעדפה זו של כלי התקשורת ניכרה בהתנגדות של עיתונאים להצעת הצנזורה הראשית לרפורמה בתחום. כפי שאמרו עיתונאים בכירים כמו רונן ברגמן, עדיפים הסדרי צנזורה דרקוניים עם שטחים אפורים ואכיפה רכה מהסדרי צנזורה דמוקרטיים יותר שאכיפתם קפדנית.⁸⁴

בשנת 2010 הגישה קבוצה של חברי כנסת מהימין ומהשמאל הצעת חוק המבקשת להגביל לשבוע את תוקפו של צו איסור פרסום; בית משפט יוכל להאריך בכל פעם את הצו לתקופות נוספות שלא יעלו על שבועיים, ורק מטעמים מיוחדים שיירשמו. אם הוחלט להאריך את הצו, לא יאוחר משבעה ימים אחר כך יחויב בית המשפט לקיים דיון במעמד הצדדים – הצד המבקש את הצו ומולו מועצת העיתונות וגופים ציבוריים אחרים שיאושרו על ידי שר המשפטים. יוזמי הצעת החוק כתבו בדברי ההסבר לה כי גופים אלו יוכרו כ"ידידי בית המשפט"; הם ייצגו את האינטרס של זכות הציבור לדעת

82 ראו ישיבה מס' 102 של הכנסת, מיום 8.1.2014, ד"כ 13, 53 (2014).

83 ראו רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 504.

84 פרסיקו, לעיל ה"ש 14.

ואת עקרון חופש המידע, ויהיו רשאים לבקש את ביטול צו איסור הפרסום. ההצעה עברה קריאה טרומית והועברה לדיון בוועדת שרים לענייני חקיקה, שם הותנה אישורה בכך שתעוגן בהצעה האפשרות של הצד המעוניין לבקש מבית המשפט בחינה מחדשת של צו איסור הפרסום לנוכח חלוף הזמן וקיומן של עובדות חדשות. הצעת החוק לא הבשילה לדבר חקיקה.⁸⁵

ג. ענישה בגין הפרת צו איסור פרסום

על פי הדרישה המעוגנת בסעיף 19 לחוק העונשין (דרישת המחשבה הפלילית), כאשר עיתונאי אינו יודע על עצם קיומו של ההליך בדלתיים סגורות או על צו איסור הפרסום אין לו אחריות פלילית בעניין זה, כלומר: ללא ידיעה על ההליך משפטי (למעט החריגים הרלוונטיים בחוק בתי המשפט) או על צו איסור הפרסום, מותר לפרסם כמעט כל דבר, לפחות מבחינת דיני העונשין.⁸⁶ בפועל, כדי למנוע פרסומים על ההליך משפטי, המשטרה מעבירה בדרך כלל לכלי התקשורת את צו איסור הפרסום, ולעיתונאים שמנסים לגשת לתיק בית המשפט נמסר כי ההליך מתנהל בדלתיים סגורות.⁸⁷ אם עיתונאי ידע על צו איסור הפרסום ובכל זאת פרסם ידיעה בעניין, הוא חשוף להעמדה לדין בגין הפרת הסעיף הרלוונטי בחוק בתי המשפט שמתוקפו הוצא הצו. לפי סעיף 70(ו) העונש בגין עברה זו הוא מאסר של שישה חודשים, וייתכן שהוא יואשם בביזיון בית משפט ואף בהפרת סעיף 287 לחוק העונשין (הפרת הוראה חוקית).

85 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון - הגבלת תוקפם של צווי איסור פרסום), התש"ע-2010, פ/2474/18.

86 ראו לדוגמה ע"פ (ת"א) 231/81 מדינת ישראל נ' רוני, פ"מ תשמ"ב (2) 189. לא כך לעניין אחריות אזרחית, שעשויה להיות מוטלת על עיתונאי גם בהיעדר ידיעה. כך למשל, באחד התיקים בית המשפט פסק שהייתה לשון הרע משום שאתר חדשות לא בדק אם הוצא צו איסור פרסום. ראו ת"א (ת"א) 19700-08-12 אברהם עמית נ' וואלה (10.9.2015).

87 קלינגר, לעיל ה"ש 39.

ד. כפל הסמכויות של בית המשפט והצנזורה

לנוכח הצנזורה הביטחונית על כלי התקשורת הנהוגה בישראל מתוקף חוק, ולנוכח הלשון העמומה של סעיף 70(ה) המאפשרת לבקש צווי איסור פרסום גם מטעמי ביטחון, החקיקה הישראלית מעניקה סמכויות מקבילות ויוצרת התנגשות חזיתית בין סמכותו של בית המשפט לסמכות הצנזור. סעיף 70(ה) לחוק מעורר שאלות באשר לגיטימיות של העברת סמכויות השייכות במובהק לרשות המבצעת לידי הרשות השופטת. העברה כזאת נעשית בנסיבות המעוררות חשד שהיא נועדה להשיג יעדים שאי-אפשר להשיג בדרך הרגילה בשל עקרון הפרדת הרשויות, מתוך הפרת האיזון בין עקרון חופש הביטוי לבין הגבלתו מטעמי ביטחון.⁸⁸

אחת הבעיות העיקריות הנוצרות עקב ריבוי רשויות העוסקות בצנזורה היא שכל רשות נוהגת על פי אמות מידה אחרות ומפעילה מבחנים אחרים. מצב זה יוצר בלבול וחוסר אחידות בתוצאה ופוגע אגב כך בזכויות יסוד ובקוהרנטיות השיטה המשפטית. מאחר שסמכותו של בית המשפט רחבה מזו של הצנזור, לדעת רשויות האכיפה בפרקליטות המדינה (שפרשנותן משקפת את עמדת המדינה בנושא), בית המשפט אינו מחויב לאמות המידה של מבחן הוודאות הקרובה שעל פיו פועלת הצנזורה.⁸⁹

דוגמה בולטת לפגיעתם של צווי איסור פרסום בחופש העיתונות היא פרשת העיתונאית ענת קם. בשנת 2008 הייתה קם נתונה במעצר בית ארבעה חודשים בעקבות חשדות להוצאת מסמכים מסווגים מרשות צה"ל ומסירתם לעיתונאי "הארץ" אורי בלאו לשם פרסומם. פרסום הכתבה של אורי בלאו עבר את אישור הצנזורה. פרסומים על מעצרה של קם הופיעו באתרים ישראליים ובחו"ל; העיתון "ידיעות אחרונות" אף הפנה את קוראיו לקרוא על פרטי המקרה באינטרנט באמצעות מילות חיפוש ופרסם מאמר דעה של עיתונאית אמריקנית עם פרטי הפרשה, שבו הושחרו הפרטים האסורים בפרסום.⁹⁰ כלי

88 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 481.

89 שם, בעמ' 481.

90 עידו קינן "צו איסור: כרסום" אתר העין השביעית 8.4.2010.

התקשורת הישראלים היו מנועים מלדווח על פרטי הפרשה בגלל צו איסור פרסום גורף שהוצא לבקשת המשטרה על מנת לשמור על "ביטחון המדינה ועל מנת שלא לפגוע בחקירה".⁹¹ רק לאחר רמזים רבים שפיזרו כלי התקשורת על הפרשה, ולאחר בקשות חוזרות ונשנות שנדחו על ידי בית המשפט, נאות בית המשפט לצמצם את תחולת הצו. התנהלות זו גררה ביקורת קשה על מערכת הביטחון.⁹² התנהלות דומה הייתה גם בפרשת אמיר מח'ול – שבסופה הורשע מח'ול בריגול לטובת חיזבאללה. גם בעניין זה הופעלו צווי איסור פרסום כחלק מאסטרטגיה עוקפת צנזורה, וגם כאן פורסם דבר מעצרו וחקירתו של מח'ול באתרים בארץ ובחו"ל, אך העיתונות הישראלית הייתה מנועה מלדווח על כך.⁹³

בעקבות עתירות שהגישו לבג"ץ העיתונים "הארץ" ו"ידיעות אחרונות", שבהן עלתה סוגיית הסמכויות המקבילות של בית המשפט והצנזור, התחייבה המדינה להסדיר את עניין צווי איסור הפרסום בנוהל מיוחד. הנוהל פורסם בשנת 2002 במעמד של הנחיית פרקליטות מחייבת.⁹⁴ אלה ההסדרים העיקריים שנקבעו בנוהל: (1) על הגורם הביטחוני שלבקשתו מוצא צו איסור פרסום ליידע את הצנזורה על כוונה להוציא צו כזה אגב פרישת נימוקיו של הגורם הביטחוני; (2) על הגורם הביטחוני להתייעץ עם הצנזורה בדבר נחיצות הצו בטרם הוצאתו; (3) אם הוצא הצו טרם ההתייעצות, על הגורם הביטחוני ליידע את הצנזורה בדבר קיומו בתוך שבעה ימים מהוצאתו; (4) על הגורם הביטחוני ליידע את אמצעי התקשורת בדבר קיום הצו; (5) כן נקבע הסדר מיוחד בדבר צווים "חסויים".

הנוהל מורה שכאשר אמצעי תקשורת מעביר לבדיקת הצנזורה חומר שיש בעניינו צו איסור פרסום חלקי או מלא, בדיקת הצנזורה תתייחס רק לאותו חלק בפרסום שאינו נכלל בצו (בהתייעצות עם הגורם הביטחוני ועם הגורם

91 פל"א 23830/2009 (בית משפט השלום בפתח תקווה) בקשה להוצאת צו איסור פרסום (8.10.2009).

92 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 482.

93 עידו קינן "כבר לא צריך עדכון מחו"ל" אתר העין השביעית 12.5.2010.

94 "צווי איסור פרסום הנוגעים לבטחון המדינה" הנחיות פרקליט המדינה 14.14 (התשס"ב).

המשפטי הרלוונטיים), והיא שתודיע לאמצעי התקשורת על קיום צו שיפוטי בנושא. בד בבד עם בדיקת הצנזורה ותגובתה לאמצעי התקשורת, עליה לבדוק גם אם היה מקום להוציא את צו איסור הפרסום או אם הוא רחב מדי. אם סבר הצנזור כי היקף הצו רחב מדי, עליו להעביר את חוות דעתו לגורם הביטחוני שלבקשתו הוצא הצו. אם תידחה דעתו, יידון העניין בפורום בין-משרדי שיכלול את פרקליט המדינה (או נציגו), את הצנזור ואת נציגי הגוף הביטחוני הרלוונטי. בסיום הנוהל נקבע כי "ברור ומוסכם, כי כל עוד צו איסור הפרסום לא שונה, עמדת הצנזורה, שתוצג ברבים, כלפי אמצעי התקשורת, תהיה של אי מתן חוות דעת פומבית ביחס לחומר".

נוהל זה אינו פותר את הבעיה העקרונית של כפל סמכויות ועקיפת הצנזורה באמצעות צווי איסור פרסום, והוא גם מעורר שאלות לא פשוטות כשלעצמו. האם, למשל, מוצדק לכפוף את שיקול דעת הצנזורה לשיקול דעתם של גורמים אחרים? ואם דעתה של הצנזורה אינה נוחה עם היקף הצו, על פי מבחני הוודאות הקרובה – האם ראוי לאפשר לגורם מינהלי אחר (להבדיל מגורם שיפוטי) לדחות את עמדתה?⁹⁵ האם ראוי שהצנזורה תישא מעשית בתפקיד של אכיפת צווים שיפוטיים בדבר איסור פרסום (על ידי הודעה על קיומם לאמצעי התקשורת ועל ידי פסילת פרסומים בגין "צו שיפוטי")?

בתקופה האחרונה הוצעו הצעות אחדות בעניין כפל הסמכויות. דוד רונן הציע, למשל, כי בעניינים ביטחוניים ימוצו תחילה ההליכים אל מול הרשות המנהלית (הצנזורה), ורק אם אלו מוצו יש לפנות לבית המשפט; בית המשפט, בתורו, צריך לנהוג איפוק בכל הנוגע לענייני ביטחון ולכבד את הרשות המנהלית – הן כנובע מעקרון הפרדת הרשויות והן משום שהוא חסר את המידע והכישורים הדרושים לקבלת החלטות בתחום הביטחון.⁹⁶

לסיכום, קשה להתווכח עם הבעייתיות שבמצב החוקי הקיים בכל הנוגע להוצאת צווי איסום פרסום מטעמי ביטחון. אמנם, לדעתנו, דרך המלך למניעה מוקדמת של פרסום מידע מטעמי ביטחון היא באמצעות צווי איסום פרסום

95 השוו, בהקשר אחר, לאדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 406-361 (2016).

96 רונן, לעיל ה"ש 9.

(ולא באמצעות צנזורה) – על שום העדיפות שיש לרשות השופטת בהגנה על חופש הביטוי על פני רשויות מינהליות לנוכח עצמאותה וסדרי הדיון שבה; אך חוק בתי המשפט, בנוסחו היום, לא נועד למטרה זו. לפיכך אין בסיס חוקי ראוי לפרקטיקה של הממסד הביטחוני, שבתי המשפט (ואמצעי התקשורת) משתפים עמה פעולה, של הוצאת צווי איסור פרסום מטעמי ביטחון על בסיס הוראה שעוסקת בהליכים פליליים. בפועל נוצרה פרקטיקה שעוקפת את ההלכות המשפטיות בענייני צנזורה, שנועדו להגן על חופש הביטוי. הפתרון הראוי (שעליו נרחיב בהמשך) הוא תיקון החוק הקיים כך שיבטיח הגנה ראויה הן על חופש הביטוי והן על האינטרסים הביטחוניים, ולא עיקום החוק עד כדי עקירת מהותו ותכליתו. כפי שנפרט להלן, אנו סבורים שבית המשפט יוכל לעשות זאת, בין היתר על ידי ייחוד מחלקה בבית המשפט המחוזי שתעסוק בצווי איסור פרסום.

פרק רביעי

עברות פליליות של מסירת מידע בעל אופי ביטחוני

הפרק "בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים" בחוק העונשין מסדיר את הענישה הנוגעת להדלפה ולפרסום "ידיעות" שעלולות לסכן את ביטחון המדינה. לפי סעיף 91 לחוק העונשין, בהגדרה "ידיעה" נכללת גם "ידיעה שאינה נכונה" וכן כל דבר "העשוי לשמש מקור לידיעה". במילים אחרות, פרק זה עוסק בענישה מאוחרת בגין פרסום מידע.

א. סעיף 117: גילוי מידע על ידי עובדי ציבור

סעיף 117(א) לחוק העונשין מעגן את ההסדר הכללי לטיפול במסירת ידיעה על ידי עובד ציבור ללא אישור של גורם מוסמך.⁹⁷ בפרשת אריה יצחקי ביקש העותר לפרסם ספר בנושא המערכה על לטרון במלחמת העצמאות ולהשתמש לשם כך בידע שרכש מתוקף תפקידו במחלקת ההיסטוריה בצה"ל. העותר, שכבר פרש מתפקידו, קיבל את אישור הצנזור הצבאי, אך כדי להיות חסין מהעמדה לדין פלילי בגין הפרת הוראת סעיף 117 נדרש לקבל גם את אישורו של שר המשפטים, וזה סירב להעניק את האישור. יצחקי עתר לבג"ץ נגד סירובו של השר ועתירתו נדחתה. לשיטת בית המשפט, איסור פרסום המידע המפורט בסעיף 117 מבטא חובת אמון של עובד ציבור כלפי המדינה כמעסיקתו, ומכאן שסעיף 117 נועד בראש ובראשונה לשמור על האינטרס הרכושי – הזכות הקניינית – של המדינה כמעסיקה.⁹⁸

97 סעיף 34 לחוק העונשין. כמו כן יש גם הוראות חוק ספציפיות כגון סעיף 76 לפקודת התעבורה, התשכ"א-1961. ראו מרדכי קרמניצר ואפרת רחף סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי 10 (מחקר מדיניות 56, 2005).

98 בג"ץ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח(2) 692 (1974).

השופט לנדוי התייחס באותו עניין לעובדה שבפרשה זו המדינה פועלת כמעסיקה, ואף שבשונה ממעסיק פרטי היא מחויבת לשקול את האינטרס ציבורי בגילוי המידע, עדיין לא יתערב בית המשפט בהחלטתה שלא להתיר פרסום, אלא אם החלטה זו ניתנה בחוסר תום לב או ממניעים הנוגדים בעליל את האינטרס הציבורי. השופט ויתקון ציין שיקול נוסף העומד בבסיס סעיף 117 – האינטרס הציבורי בפעולתו התקינה, היעילה והדיסקרטית של המינהל, שהוא אינטרס בעל חשיבות לאזרחי המדינה התלויים במנגנון הציבורי.⁹⁹ סעיף 117 דורש החלטה מיוחדת של הגורם המוסמך, אולם החוק אינו קובע מי הגורם המוסמך.¹⁰⁰ העברה גם דורשת מחשבה פלילית רגילה אצל המבצע. כלומר, כדי למלא אחר דרישת היסוד הנפשי של העברה די במודעות מצד עובד הציבור לעצם מסירת הידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו בחוסר סמכות ולאדם לא מוסמך. יש לשים לב לסייג המעוגן בסעיף 117(ד) לחוק העונשין, שלפיו תקום הגנה למי שעומד בשני תנאים מצטברים: האחד הוא "שמסירת הידיעה היתה כעבור חמש שנים מהיום שחדל מהיות עובד הציבור", והאחר הוא "שבמסירת הידיעה לא היה משום פגיעה בדבר שיש לציבור זיקה בו או פגיעה בזכותו של יחיד".

אישומים בעברה על הוראת סעיף 117 לחוק העונשין הגיעו אל בתי המשפט לעתים רחוקות. בשנת 1960 הואשם חי חסידוף, עובד ארכיון משרד המשפטים, בהעברת תכנים של מכתבים שהגיעו לידיו במסגרת עבודתו לשבועון "העולם הזה". חסידוף טען שהמכתבים שמסר מוכיחים קנוניה בין קציני משטרה בכירים לסרב להעיד נגד מפכ"ל המשטרה לשעבר יחזקאל סהר, ובכך למנוע מבית המשפט להגיע לחקר האמת. לטענתו, בנסיבות שנוצרו נבצר מהיועץ המשפטי לממשלה לפעול נגד אותם קצינים בדרך המנהלית המקובלת. חסידוף נידון לחודשיים מאסר.¹⁰¹ בשנת 2003 הועמדה

99 קרמניצר ורחף, לעיל ה"ש 97, בעמ' 25.

100 להצעות לפרשנות בדבר מיהות הגורם המוסמך ראו רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 443;

קרמניצר ורחף, לעיל ה"ש 97, בעמ' 10.

101 קרמניצר ורחף, שם, בעמ' 45-46; ע"פ (י-ם) 94/61 חסידוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ לא 126 (1962).

לדין והורשעה פרקליטה בפרקליטות מחוז מרכז, ליאורה גלט-ברקוביץ', שהדליפה לעיתונאי ברוך קרא בקשה של משרד המשפטים לקיים חיקור דין לאיש העסקים סיריל קרן, בעקבות מידע שהתקבל כי הוא העביר סכום כסף גדול לבנו של ראש הממשלה דאז אריאל שרון.¹⁰²

בצד ההסדר הכללי המעוגן בסעיף 117 לחוק העונשין קבוע בחוק גם הסדר מחמיר העוסק במסירה של ידיעות "סודיות" (סעיף 113א), והוא מקרה פרטי של מסירת ידיעה בתוספת נסיבה מחמירה – עצם העובדה שהידיעה "סודית" לפי הגדרת החוק (בהסדר זה, בכלל זה הגדרת "ידיעה סודית", נעסוק להלן). הדלפת מידע ממערכת הביטחון לאמצעי תקשורת היא תופעה נפוצה הנובעת מהפער שבין חומרת האיסורים החוקיים והמינהליים על הדלפות לבין היקף אכיפתם, ומכך שבעידן הרשתות החברתיות מידע מגיע ממקורות רבים ולא דווקא מהעיתונות הממוסדת.¹⁰³ יש לזכור כי איסור לא מידתי על הדלפות של עובדי מדינה עלול לפגוע בזכותם לחופש ביטוי. עובדי ציבור נהנים מגישה למידע ראשוני בלתי אמצעי, והעברתו לתקשורת מגשימה את זכות הציבור לדעת ומשרתת ביעילות רבה את התהליך הדמוקרטי. יתר על כן, מידע המודלף לכלי תקשורת הוא גם כלי ראשוני לשקיפות המינהל ולמניעת שחיתות שלטונית.¹⁰⁴ הפסיקה לא נתנה את דעתה לדרישת המידתיות בין הנוק לבין התועלת הצומחת מהפרסום בכלל, וזו הצומחת מה"אינטרס הציבורי" שבפרסום המידע בפרט.¹⁰⁵

יש לציין כי הוראת סעיף 117 לחוק העונשין חושפת את העיתונאי לסכנה של אחריות פלילית עקיפה לעברה של עובד ציבור. אם דרש העיתונאי את המידע מיוזמתו, סעיף זה מטיל עליו סיכון לסנקציה פלילית בגין שידול לדבר עברה, גם אם הפנייה לא הניבה מידע. סיכון זה התממש, למשל, בשנת 1992: המשטרה עצרה את כתב "מעריב" גדעון מרון בחשד לשידול עובדת ציבור

102 ת"פ (שלום ת"א) 10106/03 מדינת ישראל נ' ברקוביץ (פורסם בנבו, 7.6.2004); ת"א (מחוזי ת"א) 1121/07 גלט-ברקוביץ נ' קרא, פס' 17-18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.11.2011).

103 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 453-454.

104 שם, בעמ' 445.

105 שם, בעמ' 448.

למסור לו מידע על תיקים שהתבררו בבית המשפט. בסופו של דבר, בלחץ העיתונות שוחרר מרון ללא משפט.¹⁰⁶ מסיבה זו נמתחה ביקורת חריפה על סעיף 117 לחוק העונשין.¹⁰⁷

ביקורות חריפות נמתחו על איסורי ההדלפות, הן על רוחב יריעתם והן על כך שאין הם מבחינים בין סוגי מידע לצורך הגדרת המושג "סודיות".

ב. מסירת מידע מתוך כוונה לפגוע בביטחון המדינה – ריגול חמור

סעיף 113 לחוק העונשין, עברת "ריגול חמור", מטיל אחריות על מי שמסר ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך והתכוון לפגוע בביטחון המדינה (סעיף 113(ב)). אחריות זו מוטלת בלא כל אפיון של מי שהידיעה נמסרה לו (למשל לסוכן זר, לעיתונאי או לידידו של המוסר). סעיף 113(ג) לחוק העונשין קובע: "מי שהשיג, אסף, הכין, רשם או החזיק ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו – מאסר שבע שנים", ואם התכוון לפגוע בביטחון המדינה – דינו מאסר 15 שנים. במובן מסוים סעיף קטן (ג) מטיל אחריות על הכנה של מעשה עברה, והוא חריג לכלל שאין מטילים אחריות פלילית על הכנה בלבד (סעיף 25 לחוק העונשין). מבחינה לשונית סעיף זה מתייחס הן למדליף והן למודלף, הן למבצע העיקרי של העברה והן לשותף ולמסייע לה.

לפי סעיף 113(ד) לחוק העונשין "ידיעה סודית" היא ידיעה שביטחון המדינה מחייב לשומרה בסוד וכן ידיעה הנוגעת לסוג עניינים שהממשלה, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, הכריזה בצו שפורסם ברשומות כי הם עניינים סודיים. רישת הסעיף מאפשרת פרשנות רחבה למונח "ידיעה סודית". כך, גם אם הידיעה לא שייכת לאחד הנושאים שהוגדרו "סודיים" על

106 משה נגבי חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט 73 (1999); קרמניצר ורחף, לעיל ה"ש 97, בעמ' 66.

107 רונן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 443.

ידי ועדת החוץ והביטחון, אפשר להגדירה "ידיעה סודית" אם יוכרע שביטחון המדינה מחייב לשומרה בסוד. נוסח רחב זה יוצר אי־ודאות באשר לנושאים שפרסום ידיעות בעניינם יוכל להיחשב "ידיעה סודית". נוסף על כך, סעיף 113(ד)(2) קובע כי "ידיעה אשר תוכנה, צורתה, סדרי החזקתה, מקורה או נסיבות קבלתה, מעידים על החובה לשמרה בסוד, חזקה היא, כי ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד, אלא אם כן הוכח אחרת". משמע, די בכך שיופיע על גבי המסמך סיווג "סודי" כדי שפרסום תוכנו יוכל להיחשב לפרסום של "ידיעה סודית", אלא אם כן הוכח אחרת.

סעיף 113(ה) לחוק העונשין מעניק הגנה מפני אחריות בגין "ריגול חמור" לאדם שלא פעל שלא כדין לשם השגת הידיעה ושפעולותיו נעשו בתום לב ולמטרה סבירה. הוראה זו מבוססת על דרישת העיתונאים להגנה מפני אישום בריגול בגין פעילות במסגרת עבודתם העיתונאית.¹⁰⁸ בשנת 2012, בהמשך לפרשת ענת קם שהוזכרה לעיל, הוחלט להגיש כתב אישום נגד עיתונאי "הארץ" אורי בלאו בגין עברת "ריגול חמור" לפי סעיף 113 הנ"ל, משום שהחזיק "ידיעה סודית" (מסמכים מסווגים). בשנת 2008 פורסמו בעיתון "הארץ" מסמכים מסווגים של צה"ל במסגרת כתבה של בלאו על חיסולי מבוקשים באזור יהודה ושומרון. הכתבה עברה אישור מקדים של הצנזורה הצבאית. למרות זאת פתחו רשויות הביטחון בחקירה במטרה לאתר את המסמכים שבהם השתמש בלאו ואת המקור שהעביר אותם אליו. בין שירות הביטחון הכללי לבלאו נחתם הסכם הקובע כי בלאו יעביר לשב"כ את כל המסמכים הסודיים שברשותו וכל מסמך שלכאורה יש בו כדי לפגוע או לסכן פעילות מבצעית של גורמי ביטחון; בתמורה הוא לא ייחקר כחשוד ולא יישאל על מקורותיו. נקבע גם כי אם יימצא החשוד בהדלפת המסמכים, מסמכים אלו לא ישמשו ראיה נגד החשוד.

מערכת הביטחון פירשה את ההסכם כך שמותר לה להשתמש במסמכים שמסר בלאו כדי לאתר את המקור. מבדיקת המסמכים עלה כי המדליפה הייתה ענת קם, פקידה בלשכתו של אלוף פיקוד מרכז. על ענת קם נגזרו ארבע וחצי שנות מאסר בפועל ו-18 חודשי מאסר על תנאי, והיא הורשעה בהחזקת מידע

108 קרמניצר ורחף, לעיל ה"ש 97, בעמ' 49.

סודי (סעיף 113(ג) לחוק העונשין) ובמסירתו ללא היתר (סעיף 113א לחוק העונשין).¹⁰⁹ קם ערערה לבית המשפט העליון ועונשה קוצר לשלוש שנות מאסר וחצי. בלאו העביר רק חלק מהמסמכים שהיו ברשותו ובכך הפר את ההסכם עם שירות הביטחון הכללי. היועץ המשפטי לממשלה החליט להגיש נגדו כתב אישום בגין הפרת סעיף 113 לחוק העונשין. אף שכותרת סעיף האישום בחוק העונשין היא "ריגול חמור", הפרקליטות הבהירה כי לא מיוחסת לבלאו עברת "ריגול" במשמעותה המקובלת.¹¹⁰ אשר להגנה לפי סעיף 113(ה) לחוק העונשין, היועץ המשפטי לממשלה קבע בהודעתו על הכוונה להעמיד את בלאו לדין כי הגנה זו אינה חלה בעניינו: "בין החזקתם של מסמכים מבצעיים אלה, בוודאי שבהיקף ובכמות שבה מדובר ובהתחשב במהותם, לבין 'איסוף עיתונאי למטרות פרסום בתום לב' – אין דבר וחצי דבר".¹¹¹

הדעות חלוקות באשר להיקף ההגנה שסעיף 113(ה) לחוק העונשין מעניק. יהושע רזניק, לשעבר המשנה לפרקליטת המדינה לעניינים פליליים, סבור כי תום לב הוא מושג בעייתי: מרגע שעיתונאי יודע שהמסמך שהוא מקבל לידיו סודי ממילא נפגע תום הלב. בקשר לפרשת בלאו אמר רזניק כי הוא "לא רואה איך ההגנה הזו משתכללת ונכנסת לתוקף". לעומתו, מרדכי קרמניצר סבור כי פרשת בלאו חוסה תחת הגנת סעיף 113(ה) לחוק העונשין, והפעלת הדין הפלילי בהקשר זה היא זרה ולא עניינית.¹¹² אם כן, גבולות ההגנה הניתנת לעיתונאים בסעיף 113(ה) לחוק העונשין אינם ברורים דיים.

לאורך ההיסטוריה של מדינת ישראל היו רק מקרים מעטים שהמדינה הגישה בהם כתב אישום נגד עיתונאים בגין עברת ריגול.¹¹³ פרשת בלאו מעלה

- 109 ענת בלינט "החתול, העכבר והשמנת" אתר העין השביעית 15.6.2012.
- 110 ראו "החלטת היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נגד מר אורי בלאו", לעיל ה"ש" 10; אמילי גרינצווייג "עשרות עיתונאים מפגינים למען אורי בלאו" הארץ 3.6.2012.
- 111 אורן פרסיקו "עמדה אחידה" אתר העין השביעית 26.6.2012.
- 112 אורן פרסיקו "שעיר לעזאזל" אתר העין השביעית 24.3.2011.
- 113 סנגורו של בלאו עמד על כך שמעולם לא הועמד לדין עיתונאי בגין עברת ריגול חמור, וגם לא הועמד לדין שום אדם אחר בגין החזקת ידיעה סודית שלא בכוונה לפגוע בביטחון המדינה – למעט מקרה משנת 1966, שבו בסופו של דבר זכו

חשש מהותי מפני שינוי גישה מצד הרשויות בכל הנוגע להעמדת עיתונאים לדין פלילי.¹¹⁴ האי-ודאות באשר להיקף ההגנה שניתן לעיתונאים החמיר בעקבות החלטת היועץ המשפטי לממשלה בינואר 2016 שלא להגיש כתב אישום נגד הרמטכ"ל לשעבר גבי אשכנזי. באותו עניין נפגש הרמטכ"ל אשכנזי עם עיתונאים לשיחת רקע שלא לפרסום וגלש במסגרתה לשיחה על סודות מדינה. היועץ המשפטי לממשלה החליט שאין מקום להגיש נגדו כתב אישום בגין מסירת ידיעה סודית בלא סמכות, בעיקר על בסיס הנימוק שלא הייתה זו הדלפה מתוך כוונה שהדברים יתפרסמו. מהחלטה זו משתמע שהדלפות עתידיות שתכליתן פרסום כן יולידו כתבי אישום.¹¹⁵ האי-ודאות מתחזקת גם לנוכח ההחלטה שלא להגיש כתב אישום נגד אהוד ברק בגין שיחותיו עם כותבי ספרו הביוגרפי, שבהן חשף פרטים על אפשרות של תקיפה ישראלית באיראן. במקרה הזה נסמך היועץ המשפטי לממשלה על שני נימוקים בהחלטתו שלא להגיש כתב אישום: לא הייתה "פגיעה ממשית בכיטחון המדינה" (והדברים הוגשו לצנזורה); והתנהלותו של ברק "איננה חריגה בהשוואתה למקרים אחרים בעבר". ואולם הוא הדגיש שהכוונה היא לקדם הנחיה מערכתית "על

הנאשמים לחנינה; ראו ת"פ 10677-07-12 מדינת ישראל נ' אורי בלאו (3.9.2012). עם זאת, בעבר נחקרו עיתונאים כחשודים בגין עברה זו. ראובן פדהצור, פרשן לענייני ביטחון בעיתון הארץ ובגלי צה"ל, היה חשוד בשנת 1994 בריגול. ברקע הדברים הייתה כתבה ששודרה בתכנית "רשת חוקרת" בערוץ 2, בנובמבר 1993, שהוצגו בה נתונים המלמדים על ביצועים כושלים של טיל הפטריוט במלחמת המפרץ. הכתבה אושרה לשידור על ידי הצנזור הצבאי והמידע שכללה פורסם לפני כן בעולם. בעקבות תלונה שהגיש נגדו בכיר בחיל האוויר נחקר פדהצור בשנת 1994 פעמים רבות; מקץ שנה נסגר התיק מחוסר עניין לציבור. גם אמנון אברמוביץ', הפרשן הבכיר של התכנית "יומן" בערוץ הראשון, נחקר בחשד לעברת ריגול. אברמוביץ' חשף בשידור חי את זהותו של "שמפניה", סוכן השב"כ אבישי רביב שהואשם באי-מניעת רצח רבין. ראו יובל קרמניצר "תיקים באפלה" אתר העין השביעית 1.7.2001.

114 פרסיקו, לעיל ה"ש 111.

115 היועץ המשפטי לממשלה, החלטה ב"פרשת הרפז" (20.1.2016), אתר משרד המשפטים.

מנת למנוע הישנותם של מקרים כאלה בעתיד¹¹⁶. במילים אחרות, ייתכן שבעתיד עיתונאים יהיו חשופים לכתבי אישום בגין הדלפות עתידיות.

אי־ודאות בנוגע לגבולות ההגנה שהחוק מעניק היום לעיתונאים, היעדר הגנה חוקית אפקטיבית לאזרחים ולעיתונאים שהפיצו מידע כדי ליידע את הציבור בנוגע לעניינים בעלי חשיבות ציבורית, היעדר ביטוי בהגנות שהחוק מעניק לחשיבות המידע שפורסם על ידי העיתונאי ולתרומתו הציבורית – כל אלו עלולים להוביל לצינון העיתונות החוקרת.

נציין להלן כמה הוראות חוק רלוונטיות נוספות.

סעיף 112 "ריגול". סעיף 112(א) קובע עונש מאסר של 15 שנים למי שמסר ידיעה והתכוון לפגוע בביטחון המדינה. אין בהוראה זו כל אפיון של הידיעה מבחינה אובייקטיבית ולא נדרש שאכן ייגרמו בעקבות מסירתה נזק לביטחון המדינה או סיכון לנזק כזה. סעיף 112(ב) קובע עונש מאסר של עשר שנים למי שהשיג, אסף, הכין, רשם או החזיק ידיעה והתכוון לפגוע בביטחון המדינה.

סעיף 118 "גילוי בהפרת חובה". סעיף זה מטיל עונש של שנת מאסר לאדם שמסר מידע רשמי למי שאינו מוסמך לקבלו, בניגוד להתחייבות חוזית מפורשת לסודיות שיש לו עם המדינה או עם גוף מבוקר. בסעיף זה נכללת הגנה למי שלא ידע על ההתחייבות ומסר את הידיעה בתום לב.

סעיף 111 "מסירת ידיעה לאויב". הסעיף מטיל אחריות על מי שביודעין מסר ידיעה לאויב או עבורו.¹¹⁷

סעיף 119 "גילוי בהפרת אמון". הסעיף מטיל אחריות על מי שנמסר לו מסמך רשמי בתנאי מפורש שעליו לשומרו בסוד, והוא מסרו לאדם שאינו מוסמך

116 מכתב מעו"ד עדי מנחם, עוזרת ליועץ המשפטי לממשלה, למתלונן או למתלוננת בעניין אהוד ברק [בתשובה שקיבלנו ממשרד המשפטים בעקבות בקשה שהגשנו לפי חוק חופש המידע נמחק שם המתלונן] (7.1.2016).

117 העונשים על כך תלויים בעיקר, אך לא רק, ביסוד הנפשי: אם ביודעין – עשר שנות מאסר; אם הידיעה עלולה להיות לתועלת האויב – 15 שנות מאסר; אם הייתה כוונה לפגוע בביטחון המדינה – מאסר עולם; אם רשלנות – שלוש שנות מאסר.

לקבלו (עונש מאסר של שנה אחת); או אם התרשל בשמירתו או עשה מעשה שיש בו כדי לסכן את בטיחותו של המסמך (עונש מאסר של שישה חודשים). בפרק "ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים" מופיע סייג פרוצדורלי על כלל העברות האלה: לפי סעיף 123 לחוק העונשין כתב האישום יוגש על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב. מסננת זו מחייבת את הדרג הגבוה ביותר בתביעה הכללית להפעיל שיקול דעת בנוגע לאכיפת האיסורים הקבועים בפרק. תכלית הוראה זו היא להוביל לקביעת מדיניות רצויה של התביעה באכיפת העברה בהתחשב בכך שמדובר בעברות חמורות שתחולתן רחבה מאוד, ובהתאמה, גם פגיעתן הפוטנציאלית בזכויות יסוד.¹¹⁸ סייג נוסף מעוגן בסעיף 94: סייג מהותי של תום לב. הסייג חל גם הוא על כלל האיסורים בפרק זה, והוא מסיר אחריות פלילית ממעשה אשר "משתמעת מתוכו כוונה בתום לב, או אם נעשה בתום לב מתוך כוונה להביא, בדרכים שאינן פסולות לפי דין, לידי שינוי בסדרי המדינה או בפעולות רשות מרשויותיה, או בסדרי מדינת חוץ".

בפרשת חסידוף – שבה, כאמור, הואשם עובד משרד המשפטים חסידוף בהדלפת תוכני מכתבים – טען הנאשם בערעור על פסק דינו כי פעל בתום לב, באמונה שהפרסום היה לטובת הציבור ומתוך מטרה להביא בדרך כשרה לידי שינוי בפעולת רשות של המדינה (בית המשפט). הפרקליטות הסכימה להנחה שחסידוף לא קיבל תמורה כספית על מסירת המכתבים ושפעל מתוך אמונה בצדקת מעשיו וברציון מטרות. בית המשפט המחוזי קבע כי לא די שהמעשה ייעשה בכוונה להשיג מטרה מהמטרות המפורטות בסעיף 94, אלא נדרש שיהא "רצוף תום לב". כמו כן, תום לב אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם ידיעה שהמעשה אסור בחוק. גישה פרשנית זו של בית המשפט משקפת את החשש מפני מתן הכשר חוקי באמצעות סעיף 94 למעשים קיצוניים ומסוכנים לביטחון המדינה.¹¹⁹ השופט הסיק כי תום הלב שאליו כיוון הסעיף "פירושו חוסר ידיעה וחוסר חשש, שהמעשה, כשהוא לעצמו, ללא לוואי של מניע ותכלית, פסול בעיני החוק, וחוסר ידיעה וחוסר חשש, שאין לעשותו בשל כל

118 קרמניצר ורחף, לעיל ה"ש 97, בעמ' 42.

119 שם, בעמ' 45-46; פרשת חסידוף, לעיל ה"ש 101, בעמ' 129.

סיבה אחרת". חסידוף לא הוכיח שלא ידע על האיסור, וכעובד מדינה אף חתם על התחייבות לשמור בסוד ידיעות שמגיעות אליו אגב מילוי תפקידו – ולכן הורשע בגילוי ידיעה ובהפרת חובה.

הפרשנות שניתנה להגנת תום הלב בפרשת חסידוף אומצה בפרשת וענונו. מרדכי וענונו, עובד לשעבר של הקריה למחקר גרעיני בדימונה, מסר בשנת 1986 מידע שנחשף אליו בעבודתו לעיתונאים זרים. וענונו נאשם בעברות ביטחוניות חמורות והורשע בסיוע לאויב במלחמה לפי סעיף 99 לחוק העונשין, במסירת ידיעות סודיות בכוונה לפגוע בביטחון המדינה לפי סעיף 113(ב) ובאיסוף ידיעות סודיות בכוונה לפגוע בביטחון המדינה לפי סעיף 113(ג). וענונו טען להגנת תום הלב בנימוק שפעל לשינוי מדיניות האטום של ישראל. בית המשפט המחוזי הסתמך על הלכת חסידוף וקבע שהסייג אינו חל במקרה זה מכיוון שוענונו פעל בידיעה שמעשיו אסורים. בית המשפט העליון דחה את הערעור על ההרשעה וקבע כי ממעשהו של וענונו לא משתמעת כוונה בתום לב וכי הוא לא הצטמצם לדרכים שאינן פסולות לפי דין, ולכן לא עומדת לו הגנה לפי סעיף 120.94

לסיכום, החוק אינו מבחין ברורות בין מי שמשיג ידיעה סודית שלא כדין לבין מי שמחזיק בידיעה כזאת; דינם יכול להיות זהה. נוסף על כך, החוק אינו מבחין בין עיתונאי העוסק בפרקטיקה עיתונאית שנועדה לקדם את האינטרס הציבורי לבין אזרח מן השורה; והוא גם אינו מבחין בין מי שפרסם פרסום ראשוני של ידיעה סודית לבין מי ששיתף או פרסם שניוני של ידיעה כזאת לאחר שכבר פורסמה. לכל אלו עלול להיות אפקט מצנן על העיתונות ועל חופש העיתונות.

120 ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (3) 265, סעיף 31 לפסק הדין (1990).

פרק חמישי

מקרה מבחן: פרשת בן זיגיר ולקחיה

פרשת בן זיגיר התפרסמה בחודש פברואר 2013 כ"פרשת האסיר x". בן זיגיר היה אזרח אוסטרלי ישראלי שעבד בשביל המוסד ונעצר ככל הנראה בשנת 2010 בחשד לפגיעה בביטחון המדינה. הוא נכלא בתא הכלא השמור ביותר בישראל, וכמה חודשים לאחר מכן התאבד בכלא. עם חשיפת הפרשה התברר שכבר בשנת 2010 נעתרה נשיאת בית המשפט המחוזי באזור המרכז, השופטת הילה גרסטל, לבקשת פרקליטות המדינה ורשויות הביטחון להוציא צו איסור פרסום על זהותו של זיגיר ועל כל פרט אחר הקשור בפרשה (ובכלל זה על עצם כליאתו, על החשדות נגדו ועל כלל הנסיבות). כך קרה שגם דבר מעצרו ומאסרו וגם דבר מותו נאסרו למעשה לפרסום.

שלושה פרטים מעניינים נוגעים לצו: ראשית הוא ניתן לזמן לא מוגבל; שנית הוא כלל איסור לצטט מקורות זרים הנוגעים לפרשה (בדרך כלל ציטוט של מקורות זרים משמש את אמצעי התקשורת לעקיפה של איסורי צנזורה וצווי איסור פרסום); שלישית ניתן צו נוסף האוסר על פרסום קיומו של צו איסור הפרסום עצמו (super injunction).

בחודש יוני 2010 פורסמו באתר Ynet וגם באתר "הארץ" ידיעות על זיגיר ללא ציון שמו, אך הן הוסרו מיד על פי דרישת הצנזורה. הפרשה הגיעה שוב אל השיח הציבורי הישראלי בעקבות תחקיר שפרסמה על הפרשה רשת הטלוויזיה האוסטרלית ABC ב-12 בפברואר 2013. מיד לאחר שידור התחקיר הוא צוטט באתרי חדשות בעברית (גלובס, הארץ, וואלה), אך האזכורים הוסרו לאחר שצו איסור הפרסום נשלח ישירות לאתרים אלו. כדאי להזכיר שכל פרסום כזה ברשת – גם אם נמחק בהוראה שלטונית – לא נעלם כליל אלא נשמר בזיכרון המטמון של מנועי החיפוש. כך, עותקים של פרסומים אלה הופצו ברשתות החברתיות, בבלוגים ובאתרי חדשות מחוץ לישראל.¹²¹ יממה

121 עידו קינן "שמים x על התחקיר האוסטרלי" אתר העין השביעית 12.2.2013.

לאחר פרסום הפרשה, ב-13 בפברואר 2013, צומצם צו איסור הפרסום ובוטל האיסור לצטט מקורות זרים בנוגע לפרשה. מאוחר יותר באותו יום ניתן היתר לפרסם פרטים מסוימים על הפרשה, ורשויות הביטחון הוציאו הודעה רשמית לציטוט בעניין. בהודעה נאמר כי אכן מדובר באזרח ישראלי שהוחזק בכלא בזוהת בדויה, אך הוא יוצג על ידי עורכי דין וההליכים בעניינו עברו דרך כל הגורמים המתאימים במערכת המשפט, ומשפחתו ידעה על מעצרו ומאסרו.¹²² מצד אחד, פרשת בן זיגיר מוכיחה למעשה את היעדר הרלוונטיות בפועל של הצנזורה הצבאית בישראל, בעיקר בעידן הדיגיטלי. מאז הכרעת בית המשפט העליון בפרשת שניצר בשנת 1989 – שקבעה כי אין לאפשר מניעה מוקדמת של ביטוי אלא בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה, ולפי הסכמי הצנזורה למיניהם, נהפכה הצנזורה לכלי לא יעיל בחסימת ביטויים. יתרה מזו, בשנים האחרונות הצנזורה הצבאית משמשת מעין גוף מאזן למי שמבקש להסתיר מידע מעיני הציבור; גם התבטאויותיה של הצנזורה לשעבר סימה וואקנין-גיל מלמדות על גישה ליברלית, ובעיקר מפוכחת, בנוגע לגבולות היכולת של הצנזורה.

במצב דברים זה השארתי בתוקף של תקנות ההגנה (שעת חירום) הקובעות את הסדרי הצנזורה הדרקוניים, היא גם מיותרת וגם תעודת עניות לדמוקרטיה בישראל.

מצד שני, המקרה של זיגיר מדגים את השימוש ההולך וגובר בטכניקה של צווי איסור פרסום כאמצעי חליפי למניעה מוקדמת של ביטוי. מדובר בתופעה מטרידה.¹²³ אכן, צווי איסור פרסום מוצאים על ידי שופט ולא על ידי סמכות מנהלית-צבאית, ולכן הם גם כפופים לאפשרות לערער לערכאה גבוהה יותר; אבל ראוי לשים לב שלמעשה בסעיף 70(ה) לחוק בתי המשפט – שמכוחו מוצאים צווי איסור פרסום – אין שום התייחסות לעניינים ביטחוניים. הסעיף

122 נעמה כהן פרידמן "ישראל מודה: כלאנו בזוהת בדויה, תיבדק רשלנות" ynet 13.2.2013.

123 השוו נגבי, לעיל ה"ש 9.

קובע כי "בית משפט רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, או פרט אחר מפרטי החקירה, אם הדבר עלול לפגוע בחקירה שעל פי דין".¹²⁴ מטרת הסעיף איננה להרחיק מעין הציבור פרשיות ביטחוניות (כגון הפצצה אפשרית של חיל האוויר במדינת אויב) או, כמו במקרה זה, להתמודד עם כתבי אישום שכבר הוגשו נגד סוכני מוסד.

פעמים רבות רשויות הביטחון מבקשות צווי איסור פרסום כשהקשר בין הפרשה לבין חקירה על פי דין הוא קלוש. כך, במקרה זה איסור הפרסום לא נועד בעיקרו לצורכי החקירה. הבקשה לצו איסור פרסום נדונה במקרה זה, כמו במקרים רבים אחרים, במעמד צד אחד, בלי שהשופטת יכלה הלכה למעשה לבחון את אמיתות הטענות שהוגשו לה ולשמוע את עמדתם של עיתונאים העוסקים בעניין או של מי שהתנגדו למתן הצו. נוסף על כך, הפרקטיקה ההולכת ותופסת תאוצה לדרוש איסור פרסום על עצם קיומו של הצו, כמו במקרה זה, שוללת למעשה את האפשרות לערער עליו.

מקרה בן זיגיייר ממחיש גם את הבעייתיות שבשימוש בנוסחת האיזון של סעיף 70(ה) לחוק בתי המשפט כפשוטה, כדרך לעקוף את נוסחת האיזון שנקבעה לעניין הצנזורה ("עלול לפגוע בחקירה" מול "ודאות קרובה לפגיעה ממשית"). צו איסור הפרסום נהפך כאן לכלי פוגעני הרבה יותר מהצנזורה. כמו כן, הצו ניתן לתקופה לא מוגבלת ואחר כך, כשפורסם המידע באוסטרליה, ברשתות החברתיות, בבלוגים ובאתרי חדשות בחו"ל – נהפך הצו לפארסה.

פרשת זיגיייר מלמדת גם על היחסים של מקבלי ההחלטות עם המדיה החדשה ועם המדיה הישנה. מצד אחד, גם הניסיון לפרסם את הפרשה וגם הניסיון להשתיקה התנהלו בערוצים מסורתיים. בעקבות הדיווחים הפנו חברי הכנסת דב חנין, זהבה גלאון ואחמד טיבי בדיון בכנסת שאילתות בנוגע לפרשה לשר המשפטים, אגב הסתמכות על החסינות הפרלמנטרית שלהם. שאילתות אלה, בתורן, שודרו בטלוויזיה בערוץ הכנסת המעביר את דיוני הכנסת בשידור ישיר, והיה במידה רבה הגורם הראשון שפרסם את הדבר ואפשר לכלי התקשורת האחרים לצטטו. כאשר הבין ראש הממשלה את גודל הפארסה, הוא ביקש לכנס את "ועדת העורכים" לפגישה עם ראש המוסד כדי לדרוש מחבריה

124 סעיף 70(ה) לחוק בתי המשפט.

למנוע את פרסום הפרשה. כזכור, ועדת העורכים היא אותו גוף עוקף צנזורה צבאית, שבאופן מסורתי אפשר למדינה להשתמש בו כצינור תקשורת ישיר עם עורכי העיתונים כדי למנוע פרסום מידע. אלא שוועדת העורכים אינה רלוונטית כשמדובר בצווי איסור פרסום, אלא רק לעניין הצנזורה. מעבר לכך, הפרסומים באינטרנט, ברשתות החברתיות ובבלוגוספירה שיקפו במדויק את חוסר התוחלת שבעבודה ישירה מול עורכי העיתונים המסורתיים.

מצד שני, אף שהפרשה אכן התגלגלה במידה רבה באמצעי התקשורת החדשים, קשה שלא לתהות כיצד בעידן הדיגיטלי לא דלף המידע מאז ניתן צו איסור הפרסום באמצע שנת 2010 עד תחילת 2013. אי-אפשר שלא להודות שהטכנולוגיה החדשה לא שמטה את הקרקע מתחת לרגליה של הצנזורה, ושדווקא הצנזורה ורשויות הביטחון עם אמצעי התקשורת המסורתיים הם שהצליחו לחנוק את הפוטנציאל שברשת. זמן רב מדי אמצעי התקשורת המסורתיים והממסד הביטחוני שיתפו פעולה בהסתרת המידע, בלי לנסות לערער באמת על החלטות הצנזורה ועל צווי איסור הפרסום. כתב על כך עורך "הארץ" לשעבר חנוך מרמרי:

טעות היא לזלזל במערכת הביטחון. מוביליה מתקשים אמנם להפנים את השינויים הגדולים בחברה האזרחית, ובמיוחד ביקום התקשורת, אבל בענייני חשאיות הם מבינים. דווקא מתוך כבוד לקהילה הזו, לא נכון יהיה לפרש את התנהגותה כרצף של מחדלים ומעשי איוולת [...] יש כאן תפיסה אסטרטגית יעילה למדי, חסינה בפני שינוי הזמן, הגורסת בפשטות: למה לשחרר את מה שאפשר לחסום?¹²⁵

לסיכום: נדרשת חשיבה מחודשת הן על הסדרי הצנזורה והן על צווי איסור הפרסום בעניינים ביטחוניים – גם בהיבט הנורמטיבי של מחויבות לעיתונות חופשית ולמימוש הזכות לחופש ביטוי וגם בהיבט המעשי של היכולת לאכוף למעשה את מימושם של צווים כאלה.

הסדרה אפשרית יכולה להיות ביטול תקנות ההגנה המבססות את סמכויותיה של הצנזורה (או אף הוצאתה של הצנזורה מהצבא כליל) והפיכתה לגוף מייעץ בלבד שיסייע לבתי המשפט בצווים בנושאים אלה; בה בעת יש לחקוק סעיף מיוחד העוסק בצווים שיפוטיים בנושאים ביטחוניים ולהגביל את משך התוקף של צו איסור הפרסום.

פרק שישי

משפט משווה

רק מדינות מעטות בעולם הדמוקרטי מפעילות צנזורה על פרסומים מטעמי ביטחון בזמני שגרה כפי שנהוג בישראל. דרך המלך הננקטת בעולם הדמוקרטי נגד פרסומים שפוגעים בביטחון המדינה, אם בכלל, היא הטלת סנקציות מאוחרות על ידי המדינה (למשל אוסטרליה ויוון) או על ידי גופי רגולציה מדינתיים או וולונטריים (למשל אוסטרליה); או באמצעות מניעת פרסומים מראש על ידי צווים שיפוטיים (למשל בוסניה הרצגובינה וברזיל). הסדרי צנזורה מוקדמת מטעמי ביטחון יש בדמוקרטיות ספורות, בדרך כלל כמורשת מתקופה לא דמוקרטית (למשל הודו ודרום אפריקה). ככלל אימוץ של הסדרי צנזורה מטעמי ביטחון מאפיין כרסום במידת הדמוקרטיות (למשל הונגריה וטורקיה).¹²⁶

בפרק זה נסקור כיצד בריטניה מנסה למנוע פרסום של מידע מטעמי ביטחון. ההסדר שחל בה דומה להסדר בישראל, ולכן הלקחים שאפשר ללמוד ממנה רלוונטיים יותר מן ההסדרים של מדינות אחרות. בבריטניה חל הסדר ייחודי של מוסד צנזורה וולונטרי באחריות משותפת של מערכת הביטחון ואמצעי התקשורת. הסדר זה דומה בחלק ממאפייניו להסכם ועדת העורכים הישראלי. נוסף על כך נעשה בבריטניה שימוש בצווי איסור פרסום ובהוראות מדיני העונשין, וגם היא מתמודדת עם שאלות של מניעת פרסום בעידן שבו התקשורת המקוונת היא הדומיננטית. שלא כמו בישראל, אין בבריטניה מוסד צנזורה צבאית, אף שהיה מוסד כזה בעתות מלחמה. בטרם נפנה לסקירת הנעשה בבריטניה נתייחס בקצרה גם לנעשה בארצות הברית.

נהוג להציג את ארצות הברית כדוגמה קיצונית לתרבות משפטית שמקדשת את חופש הביטוי ורואה בו ערך חוקתי עליון, כפי שהוא מעוגן בתיקון הראשון לחוקתה: "הקונגרס לא יחוקק חוק [...] [ה]מגביל את חופש

הדיבור, את העיתונות".¹²⁷ לפיכך הדיון המשפטי בענייננו מתמקד בדרך כלל בשלושה חריגים לעיקרון זה (יש כמובן גם חריגים נוספים שרלוונטיים פחות לענייננו, כגון לשון הרע או פורנוגרפיה): (1) חריגים של הפסיקה, שהתירה הגבלת ביטוי במקרים של סכנה ברורה ומידית להפרת חוק; (2) הוראות חוק שמטילות איסורים פליליים על שורה של פעולות איסוף, החזקה והפצה של מידע הנוגע לביטחון לאומי; (3) מקרים שבהם הממשל מטיל בפועל, או מבקש להטיל, צווי איסור פרסום מכוח מקורות סמכות כגון יחסי אמן, סמכויות חקירה של FBI ועוד.¹²⁸

ואולם כיוון שהמציאות מורכבת יותר, מעשית גם בארצות הברית אמצעי התקשורת מצנזרים את עצמם לעתים מרצונם החופשי, באופן לא רשמי. ראשית, בעתות מלחמה הייתה לגיטימציה בארצות הברית להנהגת צנזורה לצורכי ביטחון. ידועה במיוחד הצנזורה בתקופת מלחמת העולם השנייה והקמת המשרד לענייני צנזורה. נדגיש שצנזורה זו פעלה, ופעלה היטב, באופן וולונטרי על פי קוד עיתונאי לא מחייב, בדומה לפעולת הצנזורה בבריטניה.¹²⁹ שנית, קידוש חופש הביטוי מסווה לעתים את הצנזורה העצמית הלא מחייבת שאמצעי התקשורת המבוססים מקבלים על עצמם. כך, כדי לשמור על מקורות מידע ועל הערכת גורמי הממשל שעמם הם בקשר, ולעתים מסיבות אחרות (למשל פטריוטיות), גורמי התקשורת הללו אינם חושפים מידע ביטחוני שברשותם כשהרשויות מבקשות זאת מהם מטעמי ביטחון המדינה. לאמיתו של דבר, גורמי תקשורת מרכזיים, שיש להם גישה כמעט ממוסדת להדלפות של מידע ביטחוני רגיש, נוהגים להתייעץ עם הרשויות לפני פרסום של

127 התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית של אמריקה (תרגום לעברית על ידי ארנון גטפלד), אתר שגרירות ארצות הברית בישראל.

128 על מבחן הסכנה הברורה והמידית ראו למשל Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919); Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969); Hess v. Indiana 414 U.S. 105 (1973). לאיסורים הפליליים ראו בעיקר U.S.C. § 793 (Espionage Act); על צווי איסור פרסום ראו גלעד נווה צווי איסור פרסום: משפט משווה 25-28 (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2013).

129 Douglas Porch, "No Bad Stories": The American Media-Military Relationship LV(1) NWCR (2002)

מידע כזה.¹³⁰ במובנים אלה המציאות בארצות הברית קרובה מבחינה מעשית למציאות בבריטניה, כפי שנסקור מיד.

בריטניה

1. ענישה לאחר הפרסום

The Official Secrets Act (א)

החוק העיקרי העוסק בהפללת פרסומים עיתונאיים הפוגעים בביטחון המדינה, שמתבעו נהפך רלוונטי רק לאחר הפרסום, הוא Official Secrets Act of 1989. חלק הארי של החוק עוסק בהגדרת סוגי המידע שפרסומם והפצתם ללא היתר, על ידי עובדי מדינה וקבלני משנה שפועלים בשירותה ושנחשפו אליהם במסגרת תפקידם, מהווים עברה. החוק מגדיר ארבעה סוגי מידע כאלה: (1) מידע על פעולות הביון של ממשלת בריטניה (security and intelligence); (2) מידע העוסק בכוחות ההגנה המזוינים של המדינה (defence); (3) מידע בדבר יחסיה הבינלאומיים (international relations); (4) מידע הנוגע לפשיעה מקומית, שחשיפתו עלולה להוביל לביצוע עברות, לפגיעה בפעולות מניעה או לעיכוב בתפיסת חשודים או בהעמדתם לדין.¹³¹

סעיף 5 לחוק עוסק ספציפית בפרסום של מידע מסווג על ידי מי שהשיג אותו ללא היתר, ובכך למעשה הוא מוחל על פרסומים עיתונאיים. לשון הסעיף מפלילה פרסום ללא היתר מהרשויות של מידע שהמפרסם ידע, או שהיה עליו לדעת (reasonable cause to believe), שהוא מידע מסווג.¹³² כאשר המידע

130 על פרקטיקה זו ראו Tali Yahalom Leinwand, *For British Eyes Only? The DA-Notice System and Its Implications for U.S. Media Law*, 53 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 157, 195–196 (2014). על מציאות של הדלפות אל מול חקיקה נוקשה נגד הדלפות שאיננה נאכפת ראו Pozen, *לעיל* ה"ש 8.

131 Official Secrets Act of 1989

132 שם, ס' 2)5 לחוק. החוק מחריג מהפללה פרסום של מידע מסווג שהגיע לרשות המפרסם על ידי קבלן משנה של המדינה שאינו אורח בריטי, אם נמסר מחוץ לתחומי המדינה (ראו שם, ס' 4)5 לחוק).

המסווג שפורסם אינו נוגע לפשיעה מקומית – קרי: אחד משלושת הסעיפים הראשונים דלעיל – החוק מתנה את הפללת פרסומו בכך שהדבר גרם נזק (damaging) וכי המפרסם ידע שהפרסום עלול לגרום נזק או שהיה עליו לדעת על כך.¹³³ הקביעה שנוצר נזק בעקבות הפרסום נעשית על פי סוג המידע המדובר. כך, כשמדובר במידע על פעולות ביון של המדינה, החוק קובע כי פרסומו יהיה מזיק אם הוא פוגע בעבודתם השוטפת של כוחות הביון או שסביר שיפגע;¹³⁴ כשמדובר במידע העוסק בכוחות המזוינים של המדינה, החוק קובע כי פרסומו יהיה מזיק אם הוא פוגע ביכולת של הכוחות לבצע את משימותיהם, מוביל לפציעה או לאובדן חיים של מי מחבריהם, או באופן כללי יותר מסכן או פוגע באינטרסים של המדינה או בקידום.¹³⁵ נוסף על אמור החוק מפליל גם פרסום ללא היתר של מידע שהגיע לידי המפרסם עקב פעולת ריגול.¹³⁶

העונש בגין פרסום מידע מסווג על ידי מי שהשיג אותו ללא היתר הוא עד שלושה חודשי מאסר, קנס של עד 5,000 ליש"ט או שניהם.¹³⁷ החוק קובע כי החלטה על פתיחת הליך לפיו תיעשה באישורו של פרקליט המדינה, וכי ההליך עצמו יהיה הליך מהיר (summary conviction).¹³⁸

(ב) ביזיון בית המשפט

דרך נוספת למניעת פרסום של מידע שהמדינה חפצה להשאירו חסוי היא שימוש בכוחו ההרתעתי של חוק ביזיון בית המשפט.¹³⁹ החוק מטיל כלל

133	שם, ס' 5(3) לחוק.
134	שם, ס' 1(4) לחוק.
135	שם, ס' 2(2) לחוק. הגדרה זהה של גרימת נזק ניתנת בהקשר ליחסיה הבינלאומיים של המדינה בס' 2(3) לחוק.
136	שם, ס' 2(6) לחוק.
137	שם, ס' 10(2) לחוק. יש לציין כי העונש על עובד או קבלן משנה של המדינה המעביר או מפרסם ללא היתר מידע מסווג שהגיע אליו במסגרת תפקידו הוא עד שישה חודשי מאסר, קנס של עד 5,000 ליש"ט או שניהם (ראו שם, ס' 10(1) לחוק).
138	שם, ס' 9(1) לחוק.
139	Contempt of Court Act 1981

של אחריות קפידה (strict liability), שלפיו כל מי שמפרסם בדרך כלשהי מידע הנוגע להליך תלוי ועומד בבית המשפט העלול לפגוע בהליך במידה ניכרת, ייחשב אשם בביזיון בית משפט.¹⁴⁰ לעניין זה יש השלכה על כל האמור בתחולתם של צווי איסור פרסום שניתנו לגופי תקשורת, שכן גם אם הצו לא הופנה אליהם ישירות, הם עלולים להיות מואשמים בביזיון בית המשפט אם יפרסמו את המידע הסודי שאליו הוא מתייחס. ההגנה העיקרית מפני האשמה בביזיון בית המשפט רלוונטית במקרים שבהם המפרסם לא ידע – ובנסיבות שנוצרו לא צריך היה לדעת – כי אכן מתנהל הליך כלשהו שפרסום מידע בעניינו עלול לפגוע בתקינותו.¹⁴¹ כמו כן נקבע כי לא יואשם בביזיון בית המשפט מי שפרסם דיווח הוגן על עצם התנהלות ההליך.¹⁴² העונש בגין ביזיון בית המשפט הוא עד שנתיים מאסר, קנס של עד 500 ליש"ט או שניהם.¹⁴³ ההחלטה לפתוח בהליך דורשת את הסכמתו של פרקליט המדינה.¹⁴⁴

2. פעולות מניעה

DSMA-Notices (א)

כדי להפחית במידת האפשר את הפגיעה באינטרסים ביטחוניים של המדינה, תוך כדי שמירה על חופש העיתונות, הסכימו הממשלה וגופי העיתונות – באופן וולונטרי ומחוץ למסגרת החוק – על קוד התנהלות מיוחד בנוגע לסוגי פרסום מסוימים. על ביצועו של החוק אמונה ועדה מייעצת הנקראת Defence and Security Media Advisory Committee (DSMA).¹⁴⁵ ההסדר הוולונטרי הזה הוא בן כמאה שנים, ייחודי לבריטניה ונהנה שם מאהדה גם לנוכח השינויים בעולם התקשורת. ועדה ציבורית שבחנה לאחרונה את

140 שם, ס' 1 ו-2 לחוק.

141 שם, ס' 3 לחוק.

142 שם, ס' 4 לחוק.

143 שם, ס' 14 לחוק.

144 שם, ס' 7 לחוק.

145 ראו פירוט על הוועדה באתר שלה: *DSMA.UK*.

ההסדר הזה הבהירה כי הוא נחוץ גם אם יש צורך לערוך בו עדכונים.¹⁴⁶ בראש הוועדה המייעצת עומד נציג של משרד ההגנה הבריטי, וחברים בה ארבעה נציגים של משרדי הממשלה הרלוונטיים (הגנה, פנים, חוץ וקבינט) ו-15 נציגים של גופים עיתונאיים, שאחד מהם הוא סגן יושב ראש הוועדה. בין השאר המליצה הוועדה הציבורית לערוך שינוי בהרכב הוועדה המייעצת – להוסיף לה נציגים של התקשורת המקוונת החדשה.¹⁴⁷

תפקידה העיקרי של הוועדה המייעצת הוא קביעה של תחומי העניין והמידע שפרסום ידיעות וכתבות בנוגע אליהם עלול לפגוע בביטחון המדינה ולכן דורשים היועצות מוקדמת. תחומים אלו מסווגים לחמישה נושאים עיקריים הנקראים Defence and Security Media Advisory Notices (DSMA-Notices), ואלה הם: (1) פעולות, תכניות ויכולות צבאיות; (2) יכולות גרעיניות של המדינה ויכולות לסיכול פעולות טרור; (3) קודים וצפנים בשימוש המדינה ורשויותיה; (4) מתקנים רגישים וכתובות של מטרות אפשריות לפעולות טרור; (5) יכולות, פעולות וסוכנים של שירותי הביון של המדינה.¹⁴⁸ כל אחד מהנושאים מתאר ברמת הפשטה גבוהה למדי את המידע הרלוונטי שלדעת הוועדה פרסומו מצדיק היועצות מוקדמת. כך למשל, הנושא החמישי ממליץ על היועצות טרם הפרסום של מידע על פעולות, מקורות ושיטות הפעולה של שירותי הביון (בכלל זה יירוט של פרטי תקשורת ותוכנם) ושל מידע על אנשיהם.¹⁴⁹

ההיועצות עצמה נעשית באמצעות פנייה ישירה של גוף תקשורת או משרד ממשלתי למזכיר הוועדה (secretary), שהוא למעשה בעל התפקיד החשוב בה: יישום העקרונות הכלליים שתוארו לעיל על הידיעה או הכתבה הספציפית. לאחר שהמזכיר קיבל פנייה הוא מוסמך להנחות את הפונה באשר לפרסום כולו או באשר לחלקים ממנו, תוך כדי היועצות עם גופי הממשלה

Review of the DPBAC and DA Notice System, Report of the Review (2014)	146
שם.	147
ראו פירוט בעמוד General Introduction to DSMA-Notices, <i>DSMA.UK</i>	148
ראו פירוט בעמוד DSMA- Notice 05: United Kingdom Security & Intelligence Services & Special Services, <i>DSMA.UK</i>	149

הרלוונטיים.¹⁵⁰ כך למשל, מנתונים שנמסרו לחברי הוועדה בפגישה בנובמבר 2013 עולה כי בששת החודשים שקדמו לישיבה התקבלו אצל המזכיר 124 פניות מגופי תקשורת שביקשו את עצתו בנוגע לפוטנציאל הפגיעה של פרסום כלשהו בביטחון המדינה.¹⁵¹ המזכיר עצמו הוא עובד מדינה, בדרך כלל בעל רקע צבאי בכיר, שמונה לתפקיד בהסכמת נציגים של גופי העיתונות בוועדה. המזכיר הנוכחי, למשל, המשמש בתפקיד מאז 2004, שירת במשך 38 שנים בחיל האוויר הבריטי בתפקידי פיקוד ומטה והגיע לדרגה שוות ערך לאלוף משנה.¹⁵² למרות זאת, ולמרות העובדה שבראש הוועדה עומד נציג של הממשלה, המזכיר נתפס כבעל שיקול דעת עצמאי, שאינו נתון למרות הממשלה.¹⁵³

כאמור, חוות דעתו של המזכיר, הניתנת על פי מדיניות הוועדה בהתאם לרשימת הנושאים, היא בגדר המלצה בלבד; האחריות על תוצאות הפרסום בכל האמור בתביעה פלילית בהתאם ל-Official Secrets Act נופלת על גוף התקשורת בלבד. לפיכך נדמה שאין לחפש התאמה מלאה בין האיסורים שבחוק שתוארו לעיל לבין המידע שהוועדה ממליצה שלא לפרסם ברשימת הנושאים, שכן לפחות לכאורה השניים לא נוצרו במערכת קוהרנטית אחת.¹⁵⁴ למרות זאת המלצתו של המזכיר שאין סכנה או בעיה מיוחדת בפרסום כלשהו יכולה עקרונית לשמש טענת הגנה של גוף תקשורת המועמד לדין בגין עברה על Official Secrets Act, ובכך להכביד את נטל התביעה, שכאמור נדרשת להוכיח כי המפרסם ידע או היה עליו לדעת שהפרסום עלול לגרום לנזק כמשמעותו בחוק. אף שסוגיה זו אינה מעוגנת בחקיקה, יש תקדים להופעה

- 150 ראו פירוט בעמוד *DSMA.UK*, How the System Works.
- 151 Minutes of the Defence Press and Broadcasting Advisory Committee (November 7, 2013). *DSMA.UK*. נתון זה מלמד על 4.7 פניות בממוצע בשבוע – כמות גדולה בהרבה מהממוצע של פנייה אחת בשבוע בתחילת שנות התשעים (ראו, Douglas Fairley, *D Notices, Official Secrets and the Law*, 10 O.J.L.S 430, (1990) 431). יש לציין כי הוועדה מתכנסת אחת לשישה חודשים.
- 152 ראו פירוט בעמוד *DSMA.UK*, The DSMA-Notice Secretary.
- 153 Fairley, לעיל ה"ש 151, שם.
- 154 ראו בעניין זה שם, בעמ' 432-433.

של המזכיר בבית המשפט כעד מטעם ההגנה בהליך פלילי; באותו מקרה ספציפי הייתה עדותו חסרת נפקות להחלטה.¹⁵⁵

(ב) צווי איסור פרסום (Gag Orders; Injunctions)

נוסף על האיסור הפלילי על פרסום מידע העלול לפגוע בביטחון המדינה ועל מערכת ההיוועצות הוולונטרית שתוארה לעיל, הממשלה הבריטית עושה שימוש תכוף בכלי המניעתי של צווי איסור פרסום. על פי מסורת המשפט המקובל הנהוגה בבריטניה, הוצאה של צווי איסור פרסום כמעט שאינה מעוגנת בחקיקה, בעיקר בכל האמור במניעת פרסום מטעמי ביטחון המדינה, אלא נתפסת כסמכות של בתי המשפט מתוקף הלכה פסוקה.¹⁵⁶ ביקורת רבה נמתחה על צווים אלה, בין השאר על ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם.¹⁵⁷ בקשות המדינה לצווי איסור פרסום מבוססות בעיקר על דוקטרינת הסודיות (confidentiality) שמקורה במשפט הפרטי. פסק הדין המנחה בסוגיה זו – עניין *The Observer* – עסק בפרסום זיכרונותיו של איש שירות המודיעין הבריטי בספר שכותרתו *Spycatcher* ובפרסומים עיתונאיים שנעשו בתקופת צאתו לאור.¹⁵⁸

הדין האנגלי קובע כי חובת סודיות יכולה להתקיים במערכות יחסים כגון רופא-חולה, עורך דין-לקוח, עובד-מעביד וכדומה.¹⁵⁹ נפקותה העיקרית של חובה זו, היכולה להיקבע כתניה חוזית או כזכות שביושר, היא איסור על אדם לפרסם מידע שנחשף אליו במערכת היחסים שהחובה חלה עליה מלכתחילה.¹⁶⁰ איסור זה תקף גם בעניין פרסום שנעשה או שמתוכנן להיעשות על ידי צדדים

155 שם, בעמ' 433.

156 ראו Lord Oliver of Aylmerton, *Spycatcher: Confidence, Copyright and* 156
Contempt, 23 ISR. L. REV. 409, 412 (1989); נווה, לעיל ה"ש 128, בעמ' 12.

157 *The Sunday Times v. The United Kingdom* (No. 2) Application no. 13166/87 157
 Y.B Eur. Conv. On H.R (1991), אתר בית המשפט האירופי ליכויות אדם.

158 *Attorney General v. Observer Ltd*, 1 A.C 109 [1990]. לתיאור בעברית של 158
 הפרשה ראו נווה, לעיל ה"ש 128, בעמ' 15-16.

159 עניין *The Observer*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 255.

160 שם.

שלישיים, בכלל זה גופי תקשורת היודעים או חושדים כי מקורו של המידע בהפרה של חובת סודיות.¹⁶¹ בפסיקה נקבע אפוא כי לאדם עומדת זכות לנסות למנוע באמצעות צו – הן בהליך ביניים עד להחלטה סופית בעניין והן כסעד סופי – פרסום המפר את חובת הסודיות כלפיו ולדרוש פיצויים כספיים בגין פרסום כזה אם לא הוצא צו.¹⁶² נוסף על כך, הצד הטוען להפרת החובה כלפיו רשאי לבקש מבית המשפט להוציא צו, מכוח חוק ביזיון בית המשפט שהוזכר לעיל, שיאסור במפורש על פרסום המידע על ידי צדדים שלישיים כל עוד מתנהל ההליך העיקרי נגד מפר החובה.¹⁶³ בכל אחד מהמקרים שתוארו לעיל קבע בית המשפט כי אין צורך להוכיח נזק כספי (כגון אובדן סוד מסחרי) כדי להצדיק את מניעת הפרסום, שכן עצם הפגיעה בפרטיות הוא סיבה מספקת לניסיון למנוע את הפרת חובת הסודיות שנועדה לשמור עליה מלכתחילה.¹⁶⁴ יישום של עיקרון זה על בקשות של המדינה למניעת פרסום מראה שגם היא נהנית מחובת הסודיות שחבים לה חלק מעובדיה, לרבות חברים בשירותי המודיעין, ומתוקף זה היא רשאית לבקש מבית המשפט צווי איסור פרסום שיחולו גם על צדדים שלישיים, קרי גופי תקשורת. בניגוד לאדם או לגוף פרטי המדינה – שאינה נהנית מ"פרטיות" במובנה הרגיל – חייבת להראות שעלול להיגרם, או שכבר נגרם בפועל, נזק ברור לאינטרס הציבורי בשל פרסום המידע הסודי.¹⁶⁵ בעניין זה נקבע שכאשר מדובר בצו איסור פרסום נגד מי שחב חובת סודיות מלכתחילה, למשל איש שירותי הביטחון, עצם הרצון למנוע זילות של החובה עולה לכדי אינטרס המצדיק את איסור הפרסום. לשיטת בית המשפט אין די בטיעון זה למניעת פרסום על ידי צד שלישי – קרי גופי תקשורת – אך טענה של המדינה שהפרסום יפגע בביטחון עולה לכדי אינטרס היכול לשמש, ואכן משמש, עילה מספקת להוצאת צו איסור פרסום.¹⁶⁶ בהקשר זה נבהיר כי חלק מהשופטים בעניין *The Observer* נקטו

161 שם, בעמ' 268.

162 שם, בעמ' 256.

163 Contempt of Court Act 1981, section 11

164 עניין *The Observer*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 256.

165 שם.

166 שם.

רטוריקה המחייבת פעולת איזון בין חופש העיתונות לאינטרס הציבורי של שמירה על ביטחון המדינה,¹⁶⁷ ואולם מפסק הדין עולה כי לא אומץ מבחן של "ודאות קרובה" לפגיעה או מבחן דומה לו,¹⁶⁸ וכי בפועל – למעט הסייגים שיוצגו להלן – טענת הפגיעה בביטחון תגבר על טענת חופש העיתונות באופן שיביא להוצאת צו איסור הפרסום.¹⁶⁹ נראה אפוא שמציאות שבה שיקולים ביטחוניים גוברים על טענות לפגיעה בחופש העיתונות שרירה וקיימת גם לאחר עיגונה של האמנה האירופית לזכויות אדם בחקיקה האנגלית.¹⁷⁰ סעיף 10 לאמנה אמנם מדגיש את חשיבותו של חופש הביטוי, וכפועל יוצא מזה גם את חשיבות חופש העיתונות,¹⁷¹ אך באותה נשימה מצדיק את הפגיעה בו מטעמי ביטחון. לשיטת בית המשפט בעניין *The Observer*, סעיף 10 עולה בקנה אחד עם הכלל המצדיק מתן צו איסור פרסום בכל פעם שיש חשש לפגיעה בביטחון.¹⁷²

למרות האמור, אפשר למנות שני סייגים עיקריים לכלל המצדיק מתן צו איסור פרסום נגד צד שלישי מטעמי הפרה של חובת הסודיות בין המדינה לאחד מעובדיה באופן שעלול לפגוע בביטחון המדינה. לפי הסייג הראשון, מרגע שהמידע שלטענת המדינה פרסומו עלול לפגוע בביטחון נהפך נפוץ

- 167 ראו למשל, שם, בעמ' 269.
- 168 ראו גם את *Aylmerton*, לעיל ה"ש 156, בעמ' 412.
- 169 ראו גם *Fairley*, לעיל ה"ש 151, בעמ' 437.
- 170 עיגון האמנה בחוק האנגלי נעשה באמצעות Human Rights Act of 1998
- 171 European Convention on Human Rights, Article 10(2)
- 172 ראו עניין *The Observer*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 273. אמנם פסק הדין ניתן טרם עיגונה של האמנה בחוק האנגלי, אך נדמה כי כוחה של הפרשנות שניתנה לס' 10 בעינה עומדת. בית המשפט האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights) התייחס במישורין לסוגיה בתביעה של עיתונים אנגליים נגד ממשלתם בעוון הצווים שהוציאה נגדם בעניין *The Observer*. בית המשפט קבע כי עצם הוצאתו של צו איסור פרסום מטעמי ביטחון המדינה אינו נוגד את ס' 10 לאמנה, אך לנוכח החשש מפגיעה בחופש העיתונות נדרשת בחינה קפדנית של הצדקת הביטחון שבבסיס הצו. עוד קבע בית המשפט כי אם המידע שעליו מבקשים להגן פורסם ברבים, אין עוד הצדקה לצו, ואי-ביטולו הוא פגיעה שאינה מוצדקת בס' 10 לאמנה (ראו *The Sunday Times v. The United Kingdom*, לעיל ה"ש 157).

ונגיש לכול, לא תהיה עוד הצדקה לתקפותו של הצו והוא יבוטל, שכן בנסיבות אלו למעשה כבר אין חובת חיסיון וכל נזק שעלול היה להיגרם לביטחון המדינה כבר נגרם בפועל.¹⁷³ הסייג השני מאפשר, ולו תאורטית, להתגבר על טענת הביטחון במקרים שבהם המידע נשוא הצו המבוקש מלמד על חשדות למעשים "לא כשרים" של גורמי שלטון באופן שמצדיק את פרסומו. עם זאת, בית המשפט הדגיש כי גם כשיש הצדקה לפגוע בחובת הסודיות כדי לבחון אם נעברו עברות כלשהן על ידי גורמים שלטוניים, הדבר אינו שולל את הצורך בהגנה על ביטחון המדינה, וייתכן כי הפתרון אינו התרת הפרסום כי אם מתן אפשרות להעברת המידע לגורמי חקירה לבחינת הטענות.¹⁷⁴

כלי נוסף העומד לרשות המדינה בבואה למנוע פרסום של מידע באמצעות צו הוא השימוש ב"צווי-על" (super injunctions). צווים אלו מתאפיינים בכך שמלבד האיסור על עצם הפרסום של מידע מסוים, בית המשפט מחיל במסגרתם איסור פרסום על עצם איסור הפרסום. השימוש בצווים אלו במשפט האנגלי נעשה בעיקר לבקשתם של גורמים פרטיים מכוח הגנה על הזכות לפרטיות לפי ס' 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם. עם זאת, יש עדויות שגם המדינה משתמשת בצווים אלו, ככל הנראה בטענה שבמקרים מסוימים ההגנה על הסודות ועל הסודיות שחייבים לה עובדיה, כפי שתואר לעיל, מחייבת איסור על פרסום עצם מאמציה של המדינה למנוע את הפרסום.

השימוש בצווים אנונימיים נעשה תכוף יותר בשנים האחרונות, בין היתר בגלל ההתפתחויות הטכנולוגיות ובכללן תפוצת האינטרנט ושינויים חברתיים אחרים.

אחת הקביעות החשובות של הוועדה הציבורית הבריטית שבחנה את הנושא, המעוגנת גם בפסיקות בית המשפט, היא שאמנם פומביות הדיון היא הרקע הכללי שלאורו המערכת צריכה להתנהל, אלא שבסופו של יום מדובר באמצעי בלבד להשגת מטרה נעלה יותר: עשיית צדק. לפיכך יש מקרים שבהם דווקא

173 עניין *The Observer*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 265.

174 שם, בעמ' 269.

שמירה על מידה מסוימת של סודיות תשיג צדק גדול יותר ואף תגביר את אמון הציבור במערכת המשפטית, וזו תדע במקרים המתאימים להגן על פרטיותו של אדם או על אינטרסים לגיטימיים אחרים שלו (כמו סודות מסחריים).¹⁷⁵ נקודת הממשק בין צווי איסור פרסום לבין ההסדר של DSMA-Notices אינה ברורה. במקרה שהתרחש בשנות השמונים, למשל, פרסום של ספר קיבל את אישורו של מזכיר הוועדה (היום DSMA). לעומת זאת הממשלה ביקשה צו איסור פרסום על אף האישור הזה. החלטת בית המשפט, אף שדחתה את בקשת המדינה להטיל צו איסור פרסום, קבעה שככלל בית המשפט יקבל את עמדת המדינה באשר לתוכן שעלול לפגוע בביטחון המדינה.¹⁷⁶ במלים אחרות, נותרה אי-בהירות באשר ליחס שבין חוות דעת שמקבל אמצעי תקשורת ממזכיר ה-DSMA לבין עמדת המדינה בבקשה לצו איסור פרסום.

3. עתיד ההסדר הבריטי בעידן הדיגיטלי

בשנת 2013 התפרסמו בעיתון *The Guardian* בבריטניה כמה כתבות בעקבות ההדלפות של אדוארד סנוודן (Snowden). הכתבות פורסמו בניגוד להמלצות מפורשות של הוועדה המייעצת (שנקראו אז DA-Notices), עוררו תגובה קשה של הממשל הבריטי והעמידו בסימן שאלה את כל ההסדר הבריטי. בעקבות סימן השאלה הזה משרד ההגנה מינה בשנת 2014 ועדה ציבורית לבחינת האפקטיביות של ההסדר. הוועדה קבעה שההסדר עדיין יעיל ורצוי הן לממשל והן לתקשורת, וכי הוא נועד למי שרוצה להיזהר מפני חשיפת סודות ולא למניעה של חשיפת סודות מכוונת. עם זאת הציעה הוועדה כמה שינויים בהסדר, בין היתר לנוכח המשקל הגובר של התקשורת המקוונת. אחד השינויים היה הוספת נציגים של התקשורת המקוונת לוועדה המייעצת.¹⁷⁷

The Committee on Super-Injunctions, Report of the Committee (2011) 175
 Leinwand, לעיל ה"ש 130, בעמ' 182. 176
 Review of the DPBAC and DA Notice System, לעיל ה"ש 146. 177

פרק שביעי

המלצות: הסדר למניעת פרסום מידע בעל הקשר ביטחוני בעידן הדיגיטלי

א. הנחות היסוד של ההמלצות

1. ההסדר הנוכחי איננו דמוקרטי

מצד אחד, המדינה מוכרחה לשמור על סודותיה – ישנה קטגוריה שלמה של מידע שהמחיר על פרסומו, במכוון או בטעות, עלול להיות גבוה ובלתי נסבל. על כן יש צורך בכלים מעשיים ובני אכיפה למניעה מוקדמת של פרסומים מסוג זה. הדבר נכון במיוחד בשעת חירום, אך לא בהכרח רק בשעת חירום "מוכרזת" רשמית.

מצד שני, הדיון הציבורי הוא ליבת החיים של משטר דמוקרטי. בלעדיו אין יכולת לבקר את מעשי השלטון, לחשוף מחדלים ולהפיק לקחים. המתח בין שני אלו בכל הנוגע לענייני צבא וביטחון התקיים מאז ומתמיד. נוסף על כך, בעיקר כשלא עומדת על הפרק שעת חירום אמיתית, יש נטייה שלטונית להפריז בחשיבות הערך הביטחוני של מידע, גם כשמדובר בפרטים שאינם ליבת הביטחון אלא רק עשויים להביך את הממשלה או לחשוף כישלונות של בעלי תפקידים. לכן בעת אכיפת צנזורה חיוני לוודא שאכן מדובר בליבת המעשה הביטחוני ולא במעגלים שאינם שייכים אליו.

ההסדר הפורמלי המכונן את הצנזורה הצבאית במדינת ישראל – תקנות ההגנה (שעת חירום) המנדטוריות – הוא אנטי-דמוקרטי וחובה לבטלו. גם אם היה נכון לאמצו לתקופת חירום קצרה ומוגבלת בזמן, הוא אינו ראוי כהסדר קבע. הסמכויות המנהליות שהוא מעניק פוגעות פגיעה לא מידתית בזכויות לחופש ביטוי ועיתונות וצריכות לחלוף מן העולם: הן מחייבות הגשה של חומר בהיקף רחב מאוד לעיונה המוקדם של הצנזורה; הן מעניקות לרשות המנהלית שיקול דעת בהיקף רחב מאוד; והן מטילות סנקציות דרקוניות בגין

הפרתן. לא בכדי מדובר בהסדר יחיד במינו בעולם המדינות המתוקנות, הפוגע בתדמיתה הדמוקרטית של ישראל.

ההסדר הלא פורמלי המחליף למעשה את הסדר הצנזורה – הסכם ועדת העורכים וועדת השלושה – הוא הסדר שלטוני מפלה שחוקיותו מוטלת בספק. ייתכן שהוא מספק את האינטרסים של שני צדדים, התקשורת ורשויות הביטחון, אבל הוא פוגע מהותית בזכות הציבור הרחב לקבל מידע. נוסף על כך ההסתמכות על ההסכמים האלה כעל הסדרים מתפקדים היא במידה רבה אחיזת עיניים, והם לרלוונטיים פחות היום משוועדת העורכים הפסיקה לתפקד כהלכה. ההסכם האחרון שנערך בין הצנזורה לכלי התקשורת, בשנת 1996, מאפשר לתקשורת לפעול בהתאם לאמות המידה שקבע בית המשפט העליון ולהפעיל שיקול דעת עצמאי לחלוטין ללא חשש מפני חשיפה לסנקציה. לכן חלק גדול מהמידע המתפרסם בתקשורת, גם בנושאי ביטחון, לא מוגש לעיונה המוקדם של הצנזורה. בסופו של יום התקשורת הממוסדת בישראל מתגלה כאחראית דיה גם כשהיא מתפקדת ללא שוט מעשי, וגם לאחר שחלק מחבריה פרשו בגלוי מהסכם ועדת העורכים.

ההצדקה המקובלת להשארת ההסדר שבתקנות ההגנה על כנו היא שההסדר ממילא לא נאכף, ומחליף אותו הסדר לא פורמלי. הצדקה זו אינה מתקבלת על הדעת הן מנקודת הראות של עקרון שלטון החוק והן מנקודת הראות של החשש מפני הותרת מאזן אימה בין השלטון לבין התקשורת. השוט הזה לא צריך להיות בידו השלטון, גם אם הוא אינו עושה בו שימוש.

הפרקטיקה הנוהגת בשנים האחרונות היא הוצאת צווי איסור פרסום וצווי איסור פרסום על עצם הוצאת הצווים (super injunction) כמסלול חלופי לצנזורה צבאית מוקדמת על מידע. פרקטיקה זו מתקיימת על אף הבעייתיות הכרוכה בה: בחוק בתי המשפט עצמו לא מופיע הסדר העוסק במידע העשוי לפגוע בביטחון שלא בהקשר של הליך משפטי; ההסדר הקיים בחוק איננו מיועד להרחיק מעין הציבור פרשיות ביטחוניות (כגון הפצצה אפשרית של חיל האוויר במדינת אויב, התנהלות כוחות בזמן מלחמה, פיתוח מערכות ביטחוניות ועוד); ההסדר גם איננו אמור להתמודד עם כתבי אישום שכבר הוגשו אלא רק עם התקופה שבין התקיימותו של חשד לבין הגשת כתב

האישום, ובמקרה של הגשת כתב אישום יש רשימה אחרת של מקרים שבהם מותר לנהל הליך בדלתיים סגורות.

הפרקטיקה של פנייה לצווי איסור פרסום מתקיימת אפוא מתוך פרשנות מרחיבה יתר על המידה של המושג "חקירה", לפעמים על גבול הטעיית השופטים המתבקשים להעניק את הצו. למעשה, הפרקטיקה הזאת מתקיימת בהיעדר הסמכה מפורשת להעניק צו איסור פרסום על איסור הפרסום, והפרקטיקה לדרוש איסור פרסום על עצם קיומו של הצו שוללת למעשה את האפשרות לערער עליו. נוסף על כך, הוצאת צווי איסור פרסום בהליך קצר וחד-צדדי, וללא בדיקה מעמיקה של המידע לגופו בהליך אדברסרי מסודר, פוגעת בזכות לחופש עיתונות ומעלה במידה ניכרת את ההסתברות לטעויות שיפוטיות. דיון במוסד הצנזורה הצבאית במנותק מהסדרים אחרים מונעי ביטוי, כפי שנעשה לעתים, אינו יעיל ואף מטעה. ראשית, הפנייה לקבלת צווי איסור פרסום מאפשרת לרשויות הביטחון מרחב פעולה רב יותר מהמרחב שמאפשרת להן הצנזורה. סמכויות הצנזורה הצבאית וסמכויות בתי המשפט שונות זו מזו: ראשית, הצנזור, כפי שקבע בית המשפט העליון, כפוף למבחן "הוודאות הקרובה". לעומת זאת כאשר בית המשפט מוציא צווי איסור פרסום, הוא כפוף לחוק בתי המשפט, המאפשר להוציא צו איסור פרסום כל אימת שהפרסום "עלול לפגוע בחקירה". הבדל זה כשלעצמו יוצר חוסר קוהרנטיות בשאלה מתי מותר למנוע פרסום מידע בטחוני. שנית, צווי איסור פרסום בפרשות ביטחוניות מועברים אל הצנזורה לצורך אכיפתם אף שאכיפת הצווים אמורה להתבצע באמצעות סנקציה פלילית מכוח חוק בתי המשפט ובאמצעות פקודת ביזיון בית משפט. כך, הצנזורה נהפכת לזרוע הביצועית של בתי המשפט, מתוך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ואפשר שגם מתוך חריגה מסמכות.

2. העידן הדיגיטלי שומט את הקרקע מתחת להסדר הקיים

(א) העידן הדיגיטלי מאתגר את האפשרות לנקוט מניעה מוקדמת של ביטוי ולאסדר אותו. בהקשר זה יש להביא בחשבון ארבע תובנות עיקריות:

(1) בעבר פעלה הצנזורה מול קבוצה מוגדרת ומזוהה של אמצעי תקשורת, המכירה את עולם התוכן של הצנזורה ומסכימה עם הערכים שבשמם היא פועלת. לעומת זה היום הצנזורה צריכה להתמודד עם זרימת

מידע ממקורות רבים ובאמצעות פלטפורמות רבות, בעלות אחריות עריכתית וללא אחריות כזאת; בעלות תנאי שימוש וללא תנאי שימוש; פלטפורמות הדורשות הזדהות וכאלה שאינן דורשות; ובעיקר – כבר אין קונסנזוס ערכי בכל הנוגע לפעולת הצנזורה. אכן, עיקר השיח בנושאי ביטחון עדיין מתקיים בתקשורת המסורתית; ואולם יש לשער שהדבר ישתנה עם הזמן, ושסודות ביטחוניים נקודתיים – להבדיל מתחקירים רחבים – מתגלים, ויתגלו, באמצעות המדיה הדיגיטלית (האינטרנט, רשתות חברתיות, אפליקציות חברתיות כמו ווטסאפ ועוד).

(2) בין התקשורת שבתוך ישראל לבין מידע המגיע מחוצה לה לא קיימים גבולות, הן ברמת היכולת לייצר מידע (או ידיעות) והן ברמת היכולת להיחשף אליו או להפיץ אותו.

(3) מן האמור לעיל נובע שעיקר המאמץ למניעה מוקדמת של ביטוי צריך להתקיים במישור של תרבות הניהול ואבטחת המידע בתוך רשויות הביטחון עצמן, ולא בטיפול במידע לאחר שכבר דלף. מדובר בתהליך שלא מתרחש בן לילה אך יש חובה לזרזו.

(4) אנו מזהים סימנים של חוסר רגישות דיגיטלית בקרב מקבלי ההחלטות ומודעות מוגבלת למשמעויות וליכולות של עידן המידע. נציין כמה דוגמאות:

- ההסכמה של שופטים לתת צווי איסור פרסום לתקופות ארוכות בלי להביא בחשבון שהפרת הצווים הופכת את החלטתם לפארסה.
- פסיקה של בית המשפט המחוזי המחייבת הסרת תכנים מהרשת בלי התייחסות, אפילו לא ברמת ההנמקה, לכך שכל מה שהועלה אי פעם לרשת נמצא בזיכרון המטמון המקוון, ולכן ניתן להשגה גם אם יוסר העותק ה"ראשוני" בצו בית המשפט.
- הקריאות לכנס את "ועדת העורכים" – אף שזו איננה מתפקדת הלכה למעשה כבר יותר מעשור – כדי לחסום מידע שכבר נמצא ברשתות החברתיות.
- ההתמקדות בפיקוח על אמצעי תקשורת ממוסדים, והיעדר ההתייחסות לרשתות חברתיות או לאפליקציות חברתיות, בטענה

שאמינותם ופוטנציאל התפוצה שלהם מעצימים את פגיעתם הרעה - ובלי להביא בחשבון את הסימביוזה בין התקשורת הממוסדת לתקשורת המקוונת. זו באה לידי ביטוי, למשל, בשאיבת המידע של התקשורת המסורתית מאמצעים לא מסורתיים, או ביכולתם של משתמשי הרשת להגיע אל מידע שהתפרסם בתקשורת ממוסדת ברשת אך הוסר מידיה בדרישת הצנזורה.

- כאשר הצנזורה התייחסה לרשתות חברתיות, היא עשתה זאת באופן בעייתי, למשל בדרישתה ממפעילי דפים ברשת להגיש הגשה מוקדמת של תכנים, בלא הסמכה מפורשת בחוק ומתוך התעלמות מקצבה המהיר של הרשת.

(ב) כל הוועדות וההצעות לטיפול במוסד הצנזורה הצבאית, למעט הצעת הצנזורית הצבאית לשעבר וואקנין-גיל (אף שהיא דנה במוסד הצנזורה הצבאית במנותק מהסדרים אחרים מונעי ביטוי), לא הביאו בחשבון את השינוי בדי-אן-אי של פרסום תכנים בעקבות עידן המידע, ולכן השיקולים שהנחו אותן - וגם האיזון בין שיקולים אלה - אינם עדכניים ואינם מותאמים למציאות.

ב. המודל המוצע

אנו מציעים לבטל את תקנות ההגנה (שעת חירום) המסדירות את הצנזורה הצבאית בישראל ולהחליפן בהסדר עדכני ומידתי המתאים לעידן הדיגיטלי. אנו סבורים שעיקר המניעה המוקדמת של פרסום מידע ביטחוני צריכה להיעשות על ידי מערכת הביטחון עצמה, באמצעות ניהול ואבטחת מידע טובים ויעילים, בכלל זה הידוק הפיקוח הפנימי במערכת הביטחון בטרם ידלוף המידע החוצה.

המודל המוצע על ידינו נשען על שלושה אדנים:

- האדן הראשון הוא תיקון העברות העוסקות בריגול ובריגול חמור, כך שיכללו מדרג של חומרה בהתאם לאופי המעשה. אדן זה מבוסס

על המלצתנו שעיקר הפעילות בנושאים של פרסום מידע ביטחוני צריכה להיעשות באמצעות ענישה מאוחרת על הפרסום, בשימוש בכלים פליליים.

- האדן השני הוא הקמת מחלקה בבית המשפט המחוזי שתורכב מכשלושה שופטים (דוגמת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי תל אביב) ותעסוק בצווי איסור פרסום מטעמים ביטחוניים, תיקון של חוק בתי המשפט והוספת סעיף מיוחד העוסק במידע בעל אופי ביטחוני. אדן זה מבוסס על המלצתנו שמניעה מוקדמת של ביטוי תיעשה אך ורק על ידי בתי המשפט באמצעות צווי איסור פרסום ולא על ידי רשות מנהלית צבאית.
- האדן השלישי הוא ביטול סמכויות הצנזורה או הפיכתה לרשות למידע ביטחוני מחוץ לצבא. תפקיד הצנזורה הצבאית או הרשות האזרחית החדשה יהיה לסייע ולייעץ בהליכים הנוגעים לשני היסודות הראשונים.

צנזורה	צו איסור פרסום	ענישה מאוחרת
<ul style="list-style-type: none"> • ביטול סמכויות הצנזורה הצבאית והחלפתן בתפקידי ייעוץ • לחלופין: הוצאת הצנזורה הצבאית מהצבא והפיכתה לרשות אזרחית בעלת תפקידי ייעוץ 	<ul style="list-style-type: none"> • הסדרה חוקית • מחלקה מיוחדת בבית המשפט 	<ul style="list-style-type: none"> • רפורמה בעברות הריגול • מדרג החומרה

1. המלצה ראשונה: ענישה מאוחרת בגין פרסום מידע ביטחוני

במדינה בעלת משטר דמוקרטי, המחויבת לעקרונות של חופש ביטוי, חופש עיתונות וחופש מידע, המסלול העיקרי להתמודדות עם פרסום מידע ביטחוני צריך להיות ענישה מאוחרת. מניעה מוקדמת של ביטוי מעניקה לרשויות המדינה כוח רב מדי העלול לפגוע ביכולת לנהל שיח ציבורי תקין וביקורתי. ויודגש: גם למסלול של ענישה מאוחרת יש אפקט מרתיע; גם ענישה מאוחרת פוגעת בחופש הביטוי ובחופש העיתונות. אם עברות הנוגעות למסירת מידע ללא רשות – בעיקר מתוך כוונה לפגוע בביטחון המדינה – יהיו עברות אכיפות שעונשן חמור, הדבר יגרום למדליפים פוטנציאלים לחשוב פעמיים בטרם ידליפו. על כן יש לעצב את העברות האלה כך שהן יגנו אך ורק על האינטרס הציבורי ועל הערך החברתי המוגן (הגנה על ביטחון המדינה) – בצמצום האפשרי וכאמצעי אחרון.

מעבר להיבט הנורמטיבי למסלול של ענישה מאוחרת יש גם יתרון מעשי. הצנזורה הצבאית מיועדת, ומסוגלת, לפעול מול מספר קטן של שחקנים בשוק התקשורת בתוך מדינת ישראל, שזהותם ידועה מראש. לעומת זאת הדין הפלילי מאפשר להעמיד לדין מי שנמצא על אדמת ישראל, מי שפרסם בשטח ישראל או העביר או עשה שימוש שניוני במידע בעל אופי ביטחוני (שימוש שניוני היא לעניין מרכזי יותר בעידן הדיגיטלי, בעקבות אמצעים דוגמת הווסטאפ ורשתות חברתיות אחרות). נוסף על כך יצטרכו רשויות האכיפה להשתמש באמצעים מתקדמים כדי לאתר דליפות אפשריות של מידע ביטחוני, כפי שהן עושות היום. עם זאת, ובהתאם להפרדת הרשויות הנדרשת במדינת חוק, הסמכות לאכיפת הדין הפלילי או להפעלתו תהיה נתונה בידי רשויות התביעה העצמאיות ויתר רשויות אכיפת החוק ולא בידי מערכת הביטחון. יתרה מזו: התחולה הכללית של הדין הפלילי תאפשר התמודדות עם מקורות מידע ופרסומים מגוונים ותשקף את ההבנה שכבר אי-אפשר לפעול מול מספר קטן ובעל מיהות ידועה של אמצעי תקשורת, אלא יש לפעול מול כל מקור לפרסום מידע בעל פוטנציאל מזיק. הבהרת האיסור הפלילי וצמצומו – אך ורק להגנה על הערך החברתי ולאיינטרס הציבורי של הגנה על מידע סודי שעלול לפגוע בביטחון המדינה – יאפשרו הטמעת נורמות גם בלי מניעה מוקדמת של מידע. באופן זה תתקיים מעין "צנזורה פסיבית" ועצמית בקרב מקורות המידע בעידן הדיגיטלי.

בהקשר זה אנו מציעים כמה חידושים הנוגעים לחוק:

- (1) יש לשנות את שם העברה הקבועה בסעיף 113 לחוק העונשין מ"ריגול חמור" – שהיועץ המשפטי לממשלה עצמו קבע כי איננה ריגול חמור¹⁷⁸ – לעברה של "פרסום ידיעה סודית".
- (2) יש ליצור מדרג של חומרה שמבחין בין מי שמשיג שלא כחוק ידיעה סודית, מי שמחזיק בידיעה כזאת ומי שמפיץ אותה. אנו סבורים כי אין הצדקה להשוות את דינו של מי שהשיג ביודעין ושלא כדין ידיעה סודית למי שרק החזיק בה שלא כדין. כמו כן יש להבחין בין מי שפרסם פרסום ראשוני של ידיעה סודית לבין מי ששיתף או פרסם פרסום שניוני של ידיעה כזאת לאחר שכבר עלתה לרשת האינטרנט. הנחת העבודה צריכה להיות "ענישה לצורכי הרתעה" קרוב ככל האפשר למקור המידע, באופן שיקדם את האינטרס הציבורי של הגנה על סודיות מידע העלול לסכן את ביטחון המדינה, מתוך צמצום אפשרי של הפגיעה בחופש העיתונות ובאפקט המצנן את חופש הביטוי. יש להעניש בגין מעשה שמבטא אנטי-חברתיות הפוגעת באינטרס הציבורי הזה ורק באמצעות דיני העונשין; אין להעניש בגין פרקטיקה עיתונאית לגיטימית שמקדמת את האינטרס הציבורי. לפיכך אם אי-אפשר לעצור את המידע בתוך מערכת הביטחון, יש להעניש בחומרה הרבה ביותר את מי שביודעין הוציא ממנה את המידע ולאחר מכן את מי שהפיץ אותו לראשונה. לעומתם, אין לראות במי שרק החזיק בידיעה סודית אך לא עשה בה כל שימוש "מרגל בריגול חמור", ויש להבין כי שיתוף במידע הזמין ברשת איננו דומה לפרסומו הראשוני.
- (3) החוק מטיל היום סנקציה פלילית על עובד ציבור הנותן "לידיעה שאינה סודית, צורה של ידיעה סודית, במטרה למנוע את פרסומה"¹⁷⁹. אין די בכך כדי למנוע מהלך של הרשויות לשם הסתרת מידע בתואנה ביטחונית. לפיכך אנו מציעים להוסיף לסנקציה הפלילית הזאת פיקוח על ההחלטה מה ייחשב "ידיעה סודית", באמצעות הקביעה שכל צו שיוציא שר הביטחון

178 בהחלטה להעמיד לדין את אורי בלאו; ראו "החלטת היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נגד מר אורי בלאו", לעיל ה"ש 10.

179 סעיף 117א לחוק העונשין.

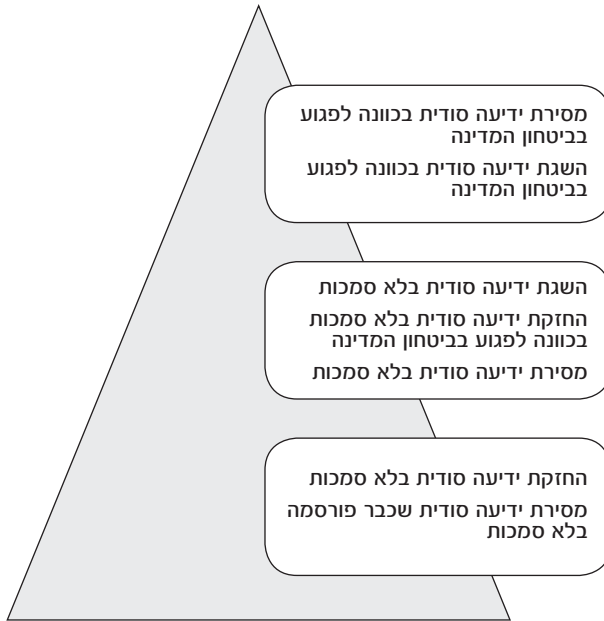
באישור ועדת חוץ וביטחון יהיה חייב להיות קשור לנושאי ביטחון ולא לנושאים אחרים, וכי "ידיעה סודית" לא תכלול הבעת דעה שאין עמה מידע חדש. מן הראוי לקבוע קביעה דומה גם באשר למידע שמקבל סיווג ביטחוני לפי סעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי והתקנות שעל פיו, כדי למנוע שימוש לרעה בסמכות זו. כזכור, חל איסור על פרסום פרטים על שירות הביטחון הכללי ללא אישור מוקדם של ראש הממשלה. אחד מסוגי הפרטים האלה, כמפורט בתקנות, הוא "מידע אחר שמקורו בשירות ואשר נקבע לגביו סיווג ביטחוני"¹⁸⁰. הצנזור רשאי להתיר פרסום פרטים כאלה, אך לדעתנו כדי למנוע סיווג יתר יש לוודא שאכן מדובר במידע הקשור לנושאי ביטחון.

(4) אנו מציעים ליצור הגנה ל"מוכיח בשער" (whistleblower), כלומר, למי שפרסם מידע במטרה להיאבק בשחיתות או לחשוף גילוי המקדם את ההגנה על שלטון החוק או שלום הציבור, גם כשהדבר נוגע לפעולתם של המוסדות העוסקים בביטחון. הגנה כאמור תדרוש עמידה בכמה תנאים דווקניים (בכלל זה מידתיות, קרי שהתועלת של הפרסום עלתה על הנזק שבו), כדי לוודא שאין מדובר במסירת מידע מתוך רצון להתפרסם או מתוך נקמה.

(5) אנו מציעים ליצור הגנה למי שקיבל טרם הפרסום חוות דעת מן הרשות למידע ביטחוני שהוא יכול לפרסם את המידע. בתפקיד זה של הרשות נעסוק בהמשך.

לנוכח האמור לעיל יתואר להלן המדרג המוצע של העברות, על פי חומרת האנטי-חברתיות שבפרסום ומידת פגיעתו באינטרס הציבורי:

180 ראו סעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ותקנות (5) ו-3 לתקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והיתר לפרסום מידע האסור לפרסום), התשס"ד-2004.



לפי התיקון המוצע, במקום התתי-סעיפים של סעיפים 113 ו-113א יבואו אלה
(ראו הטבלה בעמ' 107):

- 113 (א) מי שמסר ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו -
מאסר שמונה שנים. [תיקון של סעיף קיים]
- (ב) מי שמסר ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך והתכוון
לפגוע בביטחון המדינה, דינו - מאסר שש עשרה
שנים. [תיקון של סעיף קיים]
- (ג) מי שמסר ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך,
ושהגיעה אליו דרך אמצעי פרסום שאיננו מיועד
אליו בלבד, דינו - מאסר שישה חודשים. [סעיף
חדש]
- (ד) מי שהשיג, אסף או הכין ידיעה סודית כשאינו מוסמך
לכך, דינו - מאסר שבע שנים; התכוון לפגוע בכך

- בביטחון המדינה, דינו - מאסר חמש עשרה שנים.
[תיקון של סעיף קיים]
- (ה) מי שהחזיק ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו - מאסר שנתיים. התכוון לפגוע בכך בביטחון המדינה, דינו - מאסר שבע שנים. [סעיף חדש]
- (ו) בסעיף זה, "למסור" - בכלל זה באמצעות פרסום; [סעיף חדש] "ידיעה סודית" - ידיעה הנוגעת לסוג עניינים שהממשלה, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, הכריזה בצו שפורסם ברשומות כי הם עניינים סודיים, ובלבד שהם נוגעים לענייני ביטחון המדינה. [תיקון סעיף קיים]
- (ז) תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעברה על פי סעיפים קטנים (ג) ו-(ד) שלא עשה דבר שלא כדין להשיג ידיעה באשר היא ידיעה סודית, ושהשיגה, אספה, הכינה, רשמה או החזיקה בתום לב ולמטרה סבירה. [סעיף קיים]
- (ח) תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעברה על פי סעיפים קטנים (א), (ג) ו-(ד) כי פעל מתוך יסוד סביר להאמין כי: (1) המידע נוגע לעברה, למעשה שחיתות או למפגע ביטחוני, בטיחותי, בריאותי או סביבתי; ו-(2) התועלת במסירת המידע, באיסופו, בהשגתו או בהכנתו עולה על הנזק הצפוי ממנה. [סעיף חדש]
- (ט) תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעברה על פי סעיפים קטנים (א) ו-(ג) שקיבל טרם מסירת המידע אישור בכתב מן הצנזורה הצבאית שלפיו הוא רשאי לפרסם את המידע. [סעיף חדש].

נוסף על כך יש לתקן את סעיף 117 לחוק העונשין המטיל אחריות פלילית על עובד ציבור שמסר מידע רשמי מתוך הפרה של חובת סודיות. בהקשר זה אנו

מציעים לאמץ את המלצתם של מרדכי קרמניצר ואפרת רחף ולהוסיף הגנות על עובד ציבור מפני סנקציות פליליות: הגנת העובד המתריע (whistleblower) והגנת האינטרס הציבורי.¹⁸¹ הגנות אלה נועדו לגונן על עובד ציבור שמסר מידע סודי מתוך כוונה לקדם את האינטרס הציבורי, מתוך רצון למנוע מעשי שחיתות וכיוצא באלה. הוספתן נחוצה משום שהאיסור הקיים על הדלפות אינו מידתי ופוגע בזכות הציבור לדעת. הוא מונע הדלפות חיוביות שתורמות לשקיפות המינהל ומסכלות תופעות פסולות כגון שחיתות. ובקצרה, הגנות אלה ימנעו אפקט מצנן על מדליפים פוטנציאליים חיוביים. כך, עברה זו תגן אך ורק על ביטחון המדינה ולא על אינטרסים לא לגיטימיים. הגנות אלה יגוננו גם על עיתונאים מפני אישום בשידול של עובד ציבור לעבור את העברה הזאת.

בעקבות קרמניצר ורחף אנו ממליצים להוסיף את שתי ההגנות האמורות לסעיף 117 לחוק העונשין:

117(ה). תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעברה על פי סעיף זה שפעל מתוך יסוד סביר להאמין כי:
המידע נוגע לעברה, למעשה שחיתות או למפגע בטיחותי, בריאותי או סביבתי;
והתועלת במסירת המידע עולה על הנזק הצפוי ממנה.
117(ו). נוסף על האמור בסעיף 117(ה), תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעברה לפי סעיף זה שפעל מתוך יסוד סביר להאמין שהמסירה תקדם את תקינות הפעולה השלטונית ואת יעילותה, ובלבד שהתועלת במסירה עולה על הנזק הצפוי ממנה. ואולם אם פורסם המידע ברבים כשעמדה לרשותו של עובד הציבור דרך סבירה אחרת להשגת המטרה האמורה – עשוי המעשה לשמש עילה להטיל עליו אחריות משמעתית.

181 קרמניצר ורחף, לעיל ה"ש 97, בעמ' 162-163.

לא התייחסנו לסוגיה של אחריות מתווכים ברשת להפצת מידע ביטחוני. יש להניח כי עורכים ובעלי אתרי תוכן ממוסדים, שיש בהם עריכה חודרנית של התכנים, יהיו בדרגת אחריות גבוהה מזו של הבעלים של אתרי פורומים ובלוגים, ואלה יהיו בדרגת אחריות גבוהה משל ספקי אינטרנט או חברות של מנועי חיפוש. עם זאת, מערכת המשפט תצטרך לטפל בנושא זה באמצעות פרשנות ובעתיד אולי גם באמצעות חקיקה. כאמור לעיל, עמדתנו היא שיש לחפש את האחריות בקרבה הגדולה האפשרית למקור הפרסום, כלומר: אצל האחראי ביותר לפגיעה בערך המוגן של שמירה על סודיות המידע העלול לפגוע בביטחון המדינה.

2. המלצה שנייה: צווי איסור פרסום

אנו סבורים כי הדרך הנכונה לטפל במניעה מוקדמת של מידע שיש סיכון ביטחוני בפרסומו היא צווי איסור פרסום. הטעם לכך הוא שבהגבלה של ביטוי יש עדיפות למערכת המשפט על פני רשויות מנהליות – הן בשל האובייקטיביות והעצמאות של המקצוע השיפוטי והן בשל כפיפותה לסדרי הדין הרגילים ובכללם האפשרות לערער על ההחלטה.

בחוק בתי המשפט לא קבועה האפשרות להוציא צווי איסור פרסום מטעמי ביטחון. החוק עוסק בהקשר זה בעניינים פליליים בלבד. בפועל, רשויות הביטחון פונות לקבלת צווי איסור פרסום על פי סעיף 70(ה) לחוק תוך כדי אימוץ פרשנות מרחיבה לקיומה של "חקירה" או כדי להגן על "חשוד", גם כשבפועל אין כאלה. כדי להוציא צווים במקרים ביטחוניים שאינם עונים על התנאים, בתי המשפט מעניקים למונח "חקירה" פרשנות רחבה, או מוציאים צווים גם בלי לבדוק את התקיימות התנאים. אנו סבורים כי מתן צווי איסור פרסום בלי שהדבר מעוגן בלשון החוק אינו ראוי; חוקיותם של צווים אלו מוטלת בספק. חוקיות הפרקטיקה בעייתית לא רק משום שלשון החוק אינה מאפשרת אותה, אלא גם משום שפרשנות סבירה של החוק רואה בכל סעיף 70(ה) חטיבה אחת ותומכת לדעתנו בהענקת צו איסור פרסום רק כשמדובר בחקירה הקשורה לחשוד. הסיבה העיקרית לכך היא שעצם הקיום של חשוד הופכת את החקירה לקונקרטית יותר. במקרה כזה אפשר להניח כי יש בידי הרשות החוקרת לפחות חומר ראשוני שיש בו כדי לבסס תשתית המצדיקה

להוציא צו איסור פרסום. מכאן שאין להסתפק בטענה כללית של מבקשי הצו שיש "חשוד", ויש לדרוש חומר ראייתי שמכוחו אפשר לבסס חשד סביר נגד אדם. נוסף על דברים אלה, לא תמיד אפשר להסתמך על "חקירה" ו"חשוד" לשם הענקת צווי איסור פרסום. יש מקרים – למשל הפצצה ישראלית במדינה זרה של ישראל יש עניין לשמור בעניינה על עמימות – שבהם אין חקירה בכלל ואין חשוד אלא רק רצון למנוע מראש פרסום ודיון ציבורי בנושא ביטחוני. בעיה נוספת בנוסח החוק הקיים היא שסעיפים 70(ה) ו-1(ה) לחוק בתי המשפט אינם מעגנים מבחן הסתברותי ברור באשר לנזק שעלול להיגרם בעקבות פרסום המידע. מבחן הוודאות הקרובה אומץ בעניין שניצר, שבו נקבע כי הצנזור רשאי להגביל פרסום מראש רק אם פוטנציאל הפגיעה שבפרסום הוא ברמת הסתברות של "ודאות קרובה" ורק אם הפגיעה המסתברת היא "ממשית". לפיכך הנחיות בית המשפט בעניין שניצר בנוגע להפעלת צנזורה צבאית הן מחמירות מההנחיות החלות על בית המשפט עצמו כשהוא בא לממש מניעה מוקדמת של ביטוי באמצעות צווי איסור פרסום. חוסר קוהרנטיות זה איננו הגיוני, בייחוד כשמדובר בפגיעה בזכות אדם.

כסופו של חשבון המצב הקיים היום אינו תקין גם משום שאינו עונה על כלל הצרכים הביטחוניים, וגם משום שבמקרים שעליהם הוא עונה לכאורה – הדבר נעשה מתוך עיקום מילות החוק.

הצעתנו היא להוסיף לחוק בתי המשפט סעיף מיוחד הנוגע לצווי איסור פרסום בעניין מידע ביטחוני. הצעה זו תאפשר להעניק צווי איסור פרסום בנושאי ביטחון בדרך המלך ולא מתחת לשולחן, ובה בעת תחייב עמידה בסטנדרטים מחמירים בנוגע למניעה מוקדמת של ביטוי.

אנו מציעים אפוא ששופט יהיה רשאי לאסור פרסום מידע אם השתכנע שהפרסום עלול לפגוע בביטחון המדינה. לכאורה אין חידוש בהצעה זו, משום שגם היום שופטים אוסרים על פרסום מידע בהסתמכם על חוק בתי המשפט. אדרבה, אפשר לטעון נגד הצעתנו זו את אותה טענה שטענו לעיל, קרי: זהו לא תפקידו של בית המשפט להעניק צווים בהיעדר הליך של ממש, כשאינו לפניו

צדדים אדוורסריים, סכסוך וראיות – כיצד יוכל השופט להכריע באופן אמיתי; האם אין בכך משום הטלת תפקיד בעייתי על השופט? משהבהרנו שגם היום שופטים ממילא מעניקים צווים גם בהיעדר הליך אדוורסרי של ממש ובלא קנה מידה ברור להכרעה, יש בהצעתנו משום הסדרה של המצב הקיים תוך כדי הצבת גבולות מחמירים ואיזונים ראויים. גם אם זהו לא תפקידו הרגיל של בית המשפט, שבדרך כלל פוסק בהליך אדוורסרי ולגופן של ראיות, אי-אפשר להוסיף ולהתעלם מכך שממילא בית המשפט עושה זאת גם היום – אך בלא הסמכה של ממש בחוק ובלי אמות מידה להכרעה.

הנחתנו היא שבבואו לשקול אם לאסור פרסום, יבחן השופט אם פרסום זה עלול לפגוע בביטחון המדינה באמצעות המבחן ההסתברותי המוכר והמעוגן בפסיקה: "ודאות קרובה לפגיעה ממשית". השאלה היא באיזה מבחן הסתברותי יבחר השופט; סביר שבית המשפט יצעד בעקבות ההלכה הפסוקה בעניינים אלה. אם בתי המשפט לא יעשו כן גם לאחר תיקון החוק, יהיה מקום לתקן את החוק פעם נוספת ולקבוע במפורש כי המבחן שהשופט צריך ליישם הוא מבחן הוודאות הקרובה. בעבר נשמעו קולות שהציעו מבחן מחמיר יותר – סכנה ברורה ומיידית – להפעלת הסמכויות של הצנזורה הצבאית,¹⁸² מתוך תפיסה שיש להתייחס ליסוד המיידיות ולא רק להסתברות התוצאה או למידת חומרתה. מנגד נשמעו קולות שביקשו לאמץ מבחן מקל יותר, שלפיו כשמדובר במניעת נזק לביטחון המדינה די במבחן של אפשרות סבירה או חשש סביר לפגיעה ממשית ברכיב משמעותי של ביטחון המדינה.¹⁸³ כך, האם מוצדק להגיע עד כדי ודאות קרובה אם הפגיעה שחוששים ממנה היא לעצם קיום המדינה, האם לא מדובר בהגנת-יתר על חופש הביטוי?¹⁸⁴

לטעמנו, הואיל ויש קושי לצמצם מראש את הערך "ביטחון המדינה" או ליצור קונקרטיזציה שלו, ויש חשש שרשויות המדינה ינסו להרחיבו ככל

182 סגל, לעיל ה"ש 66.

183 דוח הוועדה המייעצת לשר הביטחון בענייני צנזורה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 439, שם כתבה הוועדה שכאשר יש סכנה ניכרת שחומר שיפורסם יגיע לידי האויב, החזקה צריכה להיות לטובת החיסיון.

184 ראו קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 33.

שיוכלו, מוטב להותיר מבחן מצמצם למניעת ביטוי. עם זאת, הואיל ומדובר בהחלטה שיפוטית ולא מנהלית, אין סיבה לצמצם את המבחן ל"סכנה ברורה ומידית", מה גם שיסוד המידיות בא לידי ביטוי בצורך לדון מחדש בצו אחרי 24 שעות ולאחר מכן אחרי שבוע ומדי חודש. לעומת זאת העמדה הגורסת שאפשר להעניק צווים בהתקיים אפשרות סבירה לפגיעה בביטחון תיצור אינפלציה של צווים בעידן שבו הקושי לאכוף אותם גדול, וההצדקה המוסרית לאכיפה דווקנית שלהם נובעת מכך שהם ניתנים אך ורק באשר לליבת המידע הביטחוני ובמקרים נדירים יחסית. אימוץ מבחנים שונים בסיטואציות שונות (כגון שגרה וחירום) איננו רצוי בעינינו, הואיל והוא פוגע בוודאות המשפטית. כמו כן, יש לסמוך על בית המשפט שידע להפעיל שיקול דעת במקרים של חשש לפגיעה קונקרטיה בחיי אדם כלשהו, בלי לקבוע מבחן מקל יותר כגון אפשרות סבירה.

אחת הטענות המושמעות נגד אימוץ מבחן הוודאות הקרובה הוא שמדובר במבחן סובייקטיבי בהכרח של איזון ערכים הנגזר מעולמות התוכן של הפוסק. האפשרות המוצעת כאן – להיעזר בצנזור הצבאי הראשי, במועצת העיתונות ובנציג רשמי של מערכת הביטחון, שהם גופים בעלי עולמות תוכן שונים זה מזה – מרככת חשש זה.

נוסף על כך תחייב ההצעה בדיקה מחודשת של הצו בפרקי זמן קצרים, הן לצורך מתן אפשרות לשופטים לשמוע צדדים נוספים מלבד מבקשי הצו והן כדי לוודא שהצו לא נהפך לפארסה משום שהמידע ממילא מופיע באינטרנט. לצנזורה הצבאית, בבואה להחליט בנושאים ביטחוניים, יהיה שמור תפקיד חשוב של ידידת בית המשפט. כך תסוכל הסכנה ששופט יקבל החלטה ללא מומחיות ומתוך חשש להחליט בתחום של מציאות ביטחונית מסוכנת וחד-צדדית המוצגת לו על ידי מבקשי הצו, וללא הכרח להביא את הדבר לדיון ציבורי פתוח בפרק זמן קצר וקריטי של צורך ביטחוני אמיתי לאסור פרסום של המידע.

אנו מציעים ליחד מחלקה מיוחדת בבית המשפט המחוזי בירושלים שתעסוק בצווי איסור פרסום ופרוצדורת ערעור על החלטותיה. היתרונות של מחלקה מיוחדת – כפי שהוקמה למשל בנושאים כלכליים בבית המשפט המחוזי בתל אביב – הם התמקצעות או מומחיות בתחום הביטחוני-תקשורתי.

כפי שהערנו, הפסיקה בנושאים אלה מגלה חוסר רגישות דיגיטלית וקבלה לא מבוקרת של עמדת המערכת הביטחונית גם כשאינן לכך הצדקה. ייתכנו שני חסרונות למחלקה מיוחדת כאמור: הראשון הוא בזבוז כוח אדם משום שנפח הסכסוכים בנושאים אלה איננו מצדיק מחלקה מיוחדת, והשני הוא שמחלקה כזאת עלולה להיהפך ל"רגולטור שבו"י" הקרוב מדי אישית ורעיונית לאינטרסים של מערכת הביטחון. במענה לחסרונות אלו, ראשית, איננו ממליצים על בית דין או ערכאה מיוחדים, אף שעשויים להיות להם יתרונות (למשל בכל הנוגע לסדרי הדין וכדומה); אנו ממליצים על מחלקה ששופטיה יוכלו להמשיך לשמוע עניינים אחרים (כפי שפועל, למשל, בית הדין להגבלים עסקיים). שנית, בדומה למחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב, אנו ממליצים על קביעת תקופה מרבית לכהונת שופטים במחלקה זו, כדי למנוע את הפיכת השופטים הללו ל"רגולטור שבו"י". אנו מעדיפים החלטה שיפוטית הנסמכת על מידע מ"ידידי בית המשפט" מאשר על מותבים הכוללים נציגים של אמצעי התקשורת; הסיבה לכך, כפי שכתבנו למעלה, היא שאיננו סבורים שעיקר הסכסוכים יהיו עם התקשורת הממוסדת. בתי דין לענייני ביטחון או צנזורה גם אינם מקובלים במדינות המערב ועולה מהם ריח של משטרים אפלים, גם אם בפועל אינם כאלה.

לפיכך אנו מציעים לתקן את חוק בתי המשפט ולהוסיף כמה סעיפים לאחר סעיף 70(ה):

70(ו) בבית המשפט המחוזי בירושלים תוקם מחלקה לביטחון ומידע.

70(ז) נשיא בית המשפט העליון ימנה למחלקה לביטחון ומידע שופטים של בית משפט מחוזי שהם בעלי ידע וניסיון מקצועי בתחום.

70(ח) תקופת הכהונה של שופט במחלקה לביטחון ומידע תהיה ארבע שנים ואפשר יהיה להאריכה לתקופת כהונה נוספת אחת בלבד של ארבע שנים; ואולם ניתן לקבוע תקופת כהונה קצרה יותר על פי לצורכי בית המשפט.

- (31)70 שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון, יקבע בצו את המספר המרבי של השופטים במחלקה לביטחון ומידע.
- (41)70 שופט במחלקה לביטחון ומידע רשאי לאסור בצו פרסום מידע, אם השתכנע שהפרסום עלול לפגוע בביטחון המדינה.
- (51)70 אסר שופט בצו על פרסום מידע כאמור בסעיף (41)70, רשאי הוא לאסור בצו פרסום מידע על עצם פרסום הצו.
- (61)70 החליט בית המשפט לאסור פרסום לפי סעיף (41), יקיים בית המשפט דיון במעמד הצנזור הצבאי הראשי לא יאוחר משבוע ימים מיום מתן הצו.
- (71)70 החליט בית המשפט לאסור פרסום לפי סעיף (51), יקיים בית המשפט דיון במעמד הצנזור הצבאי הראשי לא יאוחר מ-24 שעות ממועד מתן הצו.
- (81)70 החליט בית המשפט להשאיר את צו איסור הפרסום על כנו בדיון כאמור בסעיף (61) או (71), יקיים בית המשפט דיון נוסף במעמד הצנזור הצבאי הראשי לא יאוחר משבוע מיום הדיון. בית המשפט יזמן לדיון זה את נשיא מועצת העיתונות.
- (91)70 אסר בית המשפט פרסום, אולם הפרסום או חלקו התפרסמו בתקשורת הזרה או הישראלית, יביא זאת הצנזור הצבאי הראשי לידיעת בית המשפט, ובמסגרת ההחלטה בדבר השארת הצו על כנו יתחשב בית המשפט בהיקף החשיפה שכבר ניתן למידע.
- (1)70 החלטה לאסור פרסום לפי סעיפים קטנים 70(ה), (ה1) או (41) תוגבל לתקופה שלא תעלה על שבוע ימים; בית המשפט רשאי להאריך את תוקף ההחלטה לאסור פרסום לתקופות נוספות שכל אחת מהן לא תעלה על חודש ימים, וזאת מטעמים מיוחדים שיירשמו.

כדי לאפשר מימוש של זכות הערעור גם בנוגע לצו איסור פרסום מטעמי ביטחון – גם למי שלא היה צד להליך המקורי – אנו מציעים להוסיף בסעיף 70א אפשרות לערער על צו איסור פרסום שניתן מתוקף סעיף 70(ד):

70ג. ציווה בית המשפט על איסור פרסום לפי סעיף 70(ד),
(ה), (ה) או (ד) – רשאי מי שמעוניין בביטול האיסור,
בכלל זה כלי תקשורת, להגיש לבית המשפט שנתן את
הצו בקשה לביטולו; בקשת הביטול תידון לפני דן יחיד.

אנו מציעים לפרסם צווי איסור פרסום באתר בתי המשפט ובאתר משרד המשפטים באינטרנט. הואיל וצו איסור הפרסום חל רק על מי שידע על אודותיו, הדבר ייתר את תהליך היידוע ויכונן ידיעה קונסטרוקטיבית. כך גם יתוקן מגרש המשחקים העקום השורר היום, שבו בלוגרים ומערכות חדשות קטנות מקוונות שאינן מקבלות את צווי איסור הפרסום מהצנזורה מפרסמים מידע המוגן בצו איסור פרסום, ואילו מערכות החדשות המסורתיות ושלוחותיהן האינטרנטיות כפופות לצווים. יצירת חזקה בדבר ידיעה קונסטרוקטיבית תכפוף את כלל מערכות התקשורת לתחולת הצווים ותאפשר הגבלות אפקטיביות על חופש הביטוי במקרים שבהם הדבר דרוש.

כאמור לעיל, תפקידו של הצנזור הצבאי הראשי יהיה לסייע לבית המשפט לקבל החלטות בנוגע לבקשות למתן צווים או להארכתם. אנו מציעים לעגן נהלים שיחייבו להציג פרטים התומכים בהסבר מדוע המידע ששוקלים לפרסם פוגע בביטחון המדינה ומדוע הדבר עולה כדי ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון.

3. המלצה שלישית: ביטול סמכויות הצנזורה הצבאית והפיכתה לגוף מייעץ או הקמת רשות למידע ביטחוני שתחליף את הצנזורה הצבאית

אנו סבורים כי יש לבטל את תקנות ההגנה שמכוחן פועלת היום הצנזורה הצבאית בישראל מן הטעם המהותי שמדובר בסמכויות הפוגעות בזכויות אדם פגיעה לא מידתית. אי־אפשר להשלים עם חובת הגשה מוקדמת רחבה כל

כך של מידע לצנזורה, וגם לא עם סמכויות מנהליות רחבות היקף; קשה גם להסכין עם מצב שבו גוף ביטחוני הממונה על סכירה מוקדמת של מידע מבצע מעקב אפקטיבי אחר אזרחי המדינה (למשל באתרי תוכן מגוונים ברשת) כדי לנטר עברות צנזורה, ואף דורש מאזרחים להגיש לבחינתו חומרים לפני פרסומם בבלוגים פרטיים או ברשתות החברתיות. בהתחשב בהתפתחויות הטכנולוגיות שעליהן עמדנו, אין לדעתנו מקום להסדר המוסדי של הצנזורה במתכונתו הנוכחית.

נוסף על כך אנו סבורים שהמצב הקיים, שבו לצנזורה כמוסד אין סמכויות של ממש בשל ריקונן מתוכן על ידי הסכם ועדת העורכים, והיא פועלת (1) כמוסד מייעץ לאמצעי התקשורת הממוסדים; (2) כגוף הפונה ומבקש מאתרי תוכן להסיר תכנים בעייתיים; (3) וכזרוע אכיפה של בתי המשפט לעניין צווי איסור פרסום, אשר מועברים אל הצנזורה לצורך אכיפתם (במקום ישירות אל העיתונים) – איננו מתקבל על הדעת במדינת חוק.

אנו סבורים שאין לאפשר בחוק את הסכם ועדת העורכים, בשל היסודות הלא שוויוניים שבו ובשל פגיעתו בציבור, אבל גם משום שהוא אינו הולם את שוק התקשורת והמידע. אין להסכים עם מצב של חקיקת חוק דרקוני וריכוז באמצעות הסכם לא פורמלי.

אם כן, האם יש צורך בכלל במוסד שיעסוק בהיבטים הנוגעים לפרסום של מידע ביטחוני? בעינינו התשובה היא חיובית. גם אם עמדתנו העקרונית היא שבתי המשפט צריכים להיות המוסמכים לדון בסכסוכים הנוגעים למידע ביטחוני, עדיין הם חסרים מומחיות בתחום. כדי למנוע מצב שבו שופטים חוששים לערער על טענות של נציגי מערכת הביטחון הנטענות במעמד צד אחד, יש צורך בסיוע מקצועי מגורם בעל קשרים קרובים למערכת הביטחון אך שאיננו תלוי בה. נוסף על כך, ככל שמידע מגיע אל המרחב הציבורי (בעיקר זה המקוון) ממגוון מקורות פרטיים ולא ממוסדים, וככל שהטלת האחריות על פרסום מידע מתקרבת למפרסם המידע עצמו ולא למתווכים – יש מקום לגוף מייעץ בשאלה אם מותר לפרסם מידע מסוים.

לאור האמור לעיל אנו מציעים שחוק מיוחד חדש יהפוך את הצנזורה הצבאית ליחידה שתפקידה הצנזוריאליים לפי תקנות ההגנה יבוטלו ובמקומם היא תוסמך לשני תפקידים עיקריים:

(א) ייעוץ לבתי המשפט בנוגע לצווי איסור פרסום של מידע ביטחוני. כאמור לעיל, בחלק העוסק בצווי איסור פרסום, הכוונה היא שהצנזורה תופיע בדין בבתי משפט בנושא צווי איסור פרסום בנושאים ביטחוניים סמוך למתן הצו (בין 24 שעות לשבוע), ותוכל להציג לפני בית המשפט מידע רחב יותר ואובייקטיבי יותר ולסייע לו בהחלטה אם להאריך את הצו. כך תיווצר שכבת מומחיות נוספת בנושאים רגישים בלי לסכן את ביטחון המדינה מצד אחד ובלי לאפשר הוצאת צווים ללא מחשבה מספקת מהצד האחר.

(ב) ייעוץ לאזרחים המעוניינים לפרסם מידע אך חוששים כי פרסומו עלול להפר את אחת העברות הפליליות הרלוונטיות (היום – "ריגול" ו"ריגול חמור", ולפי הצעתנו – "מסירת סודות ביטחוניים"). אזרחים המעוניינים לפרסם מידע יוכלו להיוועץ בצנזורה, וזו תיתן להם את חוות דעתה באשר למידת הסיכון הנשקף לביטחון המדינה מפרסום המידע. אם תינתן חוות דעת המאשרת את הפרסום, תשמש זו טענת הגנה טובה במשפט פלילי בגין מסירת מידע ביטחוני.

לדעתנו, יש לאפשר גם הגשת שאילתה אנונימית לצורך קבלת חוות דעת כזו, הואיל והאנונימיות משרתת את פועלם של המפרסמים למען זכות הציבור לדעת ומגשימה את זכותם לחופש ביטוי. עם זאת, יש להודות כי ציפייה לאנונימיות ברשת היום היא בעייתית.

במקרים חריגים שבחריגים, שבהם תגיע לידיעת הצנזורה שאילתה הנוגעת למידע שהוא "פצצה מתקתקת" קצובה בזמן, תצטרך הצנזורה לשתף פעולה עם רשויות אכיפת החוק כדי למנוע את פרסומו על ידי מעצר מקור המידע. עם זאת, אנו צופים כי מקרים כאלה יהיו כאמור חריגים שבחריגים, ולכן לא תצויד הצנזורה בכלי אכיפה משלה, גם לא לשעת חירום.

הצנזורה במתכונתה החדשה תצטרך לרכוש את האמון של מערכת הביטחון, של מערכת המשפט, של אזרחים מן השורה ושל אמצעי תקשורת ממוסדים, ישראלים וזרים. היא תסתמך על המוניטין שכבר צברה, אך תצטרך להוסיף ולהיות מקצועית ועצמאית.

באשר למעמדה המוסדי של הצנזורה, אנו מציעים שתי חלופות: חלופה ראשונה – השארת הצנזורה הצבאית בצבא מתוך שינוי סמכויותיה כאמור;

חלופה שנייה – החוק המיוחד האמור יוציא את הצנזורה מהצבא ויהפוך אותה לרשות אזרחית למידע ביטחוני בעלת שני תפקידי הייעוץ האמורים. במקרה שמוציאים את הצנזורה מן הצבא במסגרת החלופה השנייה בהצעתנו, אנו ממליצים שבראש הגוף האזרחי יעמוד בוגר בכיר של מערכת הביטחון. חשוב שתהיה לצנזור הצבאי הראשי (במסגרת החלופה הראשונה) או לראש הגוף האזרחי (במסגרת החלופה השנייה) הבנה מעמיקה בשיח הביטחוני ובשיקולי מערכת הביטחון, וכן קשרים מתאימים שיאפשרו לו להיחשף למידע רגיש ולנהל שיח פתוח ולא חשדני עם מערכת הביטחון עצמה. כמו כן, עליו להבין ולהיות פתוח להבנה של דרכי פעילותה של התקשורת וגם של שינויים טכנולוגיים ומאפיינים משתנים של השיח המקוון והפלטפורמות המשרתות והמאפשרות אותו. הבנה רב-ממדית כזו תאפשר לצנזור הצבאי הראשי להביע דעה מקצועית ואמינה בנוגע לסוגיות שלפניו.

החלופה השנייה – הוצאת הצנזורה הצבאית מן הצבא והפיכתה לרשות אזרחית. יתרונותיה של החלופה השנייה בהצעתנו, הוצאת הצנזורה הצבאית מן הצבא, היא בעצמאות שתוענק בעקבות זאת לגוף האזרחי החדש. זו הייתה גם המלצתה לרפורמה של הצנזורית לשעבר וואקנין-גיל, שהציעה לנתק את הצנזורה מן הצבא ולהופכה לרשות אזרחית.¹⁸⁵ במסגרת האזרחית, אנו מציעים שתי אפשרויות לארגון הגג של הרשות האזרחית החדשה הזאת: האחת היא במשרד ראש הממשלה שכבר כלולים בו ארגונים ביטחוניים, והשנייה היא במשרד המשפטים.

ישנם שני חסרונות עיקריים לחלופה של הפיכת הצנזורה לגוף אזרחי. חיסרון אחד הוא החשש מפני החלשת שיתוף הפעולה עם מערכת הביטחון ביחס ישיר להתרחקות הרשות האזרחית ממשרד הביטחון. חשש נוסף הוא מפני פוליטיזציה. מדובר בחשש לא מבוטל, משום שאם יתממש עלול גוף אזרחי כזה להפעיל הלכה למעשה צנזורה בעלת אופי פוליטי. במקרה שבוחרים בחלופה זו, חשוב למתן את החשש מפני פוליטיזציה על ידי שימוש בערובות טובות למקצועיות ולעצמאות הגוף. מן הראוי לקבוע מנגנונים מוסדיים שיבטיחו את אי-תלותה של הרשות האזרחית הזאת בגורמים פוליטיים. יש להקיימה בחוק

185 וואקנין-גיל, לעיל ה"ש 13.

שיקנה לה את סמכויותיה ויקבע את עצמאות שיקול דעתה. יש להקפיד בחוק על דרכי המינוי של ראש הרשות. מן הראוי שימונה לתקופה קצובה אחת של שש שנים, אשר איננה ניתנה להארכה. כמו כן, מן הראוי שימונה באמצעות ועדת איתור מועמדים ציבורית-מקצועית, אשר לגורמים הפוליטיים לא תהיה השפעה עליה ואפילו לא על בחירת חבריה. חברי ועדת האיתור ימונו על ידי גופי מקצוע ביטחוניים (כגון צה"ל), משפטיים (כגון נשיא בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה) ותקשורתיים (כגון מועצת העיתונות ואנשי אקדמיה בכירים מתחום התקשורת או דיסציפלינות משיקות).

גם בחלופה הראשונה שאנו מציעים – השארת הצנזורה הצבאית בצבא תוך כדי שינוי סמכויותיה – יש חשש מפני כרסום עצמאותה. לכן, לשם חיזוק עצמאות הצנזורה בלבד החדש במסגרת הצבא אנו מציעים להוסיף מנגנונים שיבטיחו את אי-תלותה. יש להקנות לה את סמכויותיה בחוק חדש שיקבע את עצמאות שיקול דעתה; בחוק יש להקפיד על דרכי המינוי של הצנזור הצבאי הראשי. מן הראוי שימונה על ידי שר הביטחון, כפי שנעשה היום, אך על בסיס המלצותיה של ועדה ציבורית-מקצועית. אנו ממליצים שחברי הוועדה יהיו, בין היתר, הפרקליט הצבאי הראשי ונשיא מועצת העיתונות. אנו מציעים גם שהצנזור הצבאי הראשי ימונה לתקופה קצובה אחת של שש שנים, אשר איננה ניתנת להארכה, ודרגתו תהיה בכירה יותר מן המקובל היום ומקבילה לדרגת הפרקליט הצבאי הראשי.¹⁸⁶

אנו סבורים גם כי אין מקום לפטור גורף של הצנזורה מתחולת חוק חופש המידע, ויש מקום להביא לידיעת הציבור, למשל, את מספר המקרים שבהם סייע הצנזור לבתי המשפט בשנה מסוימת, ואפילו את פירוט המקרים (אם הצו כבר איננו חל). היום אי-אפשר לקבל שום מידע הנוגע גם לתפקודה המינהלי של הצנזורה בשל השתייכותה למסגרת הצבא.

כאמור לעיל, יש דמיון בין המלצתנו באשר למוסד הצנזורה הצבאית לבין המלצתה לרפורמה של הצנזורית לשעבר וואקנין-גיל.¹⁸⁷ שלא כמו הצעתה,

186 השווה המלצות באשר לדרכי מינוי הפצ"ר בדוח ועדת טירקל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 327.

187 וואקנין-גיל, לעיל ה"ש 13.

אנו מציעים חלופה נוספת של רפורמה, והיא להשאיר את הצנזורה במסגרת הצבא. כמו כן, המודל שלנו מתייחס גם לנתיבים האחרים שבהם בוחרות הרשויות היום למנוע פרסום מטעמי ביטחון (צווי איסור פרסום והליכים פליליים). לכן, בשונה מהצעתה, לצנזורה על פי הצעתנו יהיו תפקידים גם בתחומים אלה.

סיכום

הסדרי הצנזורה הנהוגים בישראל אינם תואמים עוד את המציאות בישראל. הצנזורה במתכונתה הנוכחית היא הסדר בעל אופי שרירותי ולא דמוקרטי, והיא אינה תואמת את ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. הרכיב הוולונטרי בהסדר – ההסכם עם ועדת העורכים – הוא מפלה ואינו תואם עוד את המציאות התקשורתית המבוזרת בישראל, שאין בה קונסנזוס ערכי והיא פרוצה לעולם התקשורתי הרחב. ההסדרים הפלייליים בהקשרים אלה שרירותיים, דרקוניים ופוגעים בחופש העיתונות – והסדרי איסור הפרסום יוצרים לא פעם סיטואציות אבסורדיות הפוגעות בחופש העיתונות ובזכויות אדם.

מעל לכול, הסדרי הצנזורה, האיסורים הפלייליים וצווי איסור הפרסום במתכונתם היום אינם תואמים עוד את המציאות התקשורתית שנוצרה בעקבות המהפכה הדיגיטלית. בהקשר זה אין לקבל את הטענה הנשמעת לא פעם שרפורמה בהסדרי הצנזורה בישראל עלולה לקלקל מה שאולי דורש תיקון אך עובד היום במידה סבירה. טענה זו משולה להטמנת הראש בחול. המציאות התקשורתית צועדת קדימה ומשאירה את הסדרי הצנזורה הרחק מאחור. לא ירחק היום שבו יהפכו הסדרים אלה לא רק ללא דמוקרטיים, מפלים, שרירותיים, דרקוניים ופוגעים יתר על המידה בחופש העיתונות, אלא גם ללא אפקטיביים ואולי גם לאות מתה. המציאות התקשורתית הדיגיטלית והגלובלית שאין בעניינה קונסנזוס ערכי חותרת תחת התשתית החוקית של הסדרי הצנזורה. אם לא נתקנם מבעוד מועד, הם לא יוכלו להגשים עוד את תכליתם – להגן על ביטחון המדינה אגב פגיעה מינימלית בחופש הביטוי ובחופש העיתונות.

על כן אנו ממליצים לערוך רפורמה על פי שלוש המלצות עיקריות:

- (1) להפוך את הענישה המאוחרת לדרך המלך מבחינת אכיפה ולתקן את ההסדרים הפליליים כך שיכללו מדרג של חומרה בהתאם לאופי המעשה האנטי-חברתי של פרסום מידע ביטחוני.
- (2) להסיר את צווי איסור הפרסום כך שתינתן לבתי המשפט סמכות מפורשת בחוק למניעה מוקדמת של ביטוי, באמצעות מחלקה בבית המשפט המחוזי שתעסוק בכך.
- (3) לבטל את סמכויות הצנזורה הצבאית תוך כדי השארתה בצבא או הפיכתה לרשות למידע ביטחוני, מחוץ לצבא. תפקיד הצנזורה הצבאית או הרשות האזרחית החדשה יהיה לסייע ולייעץ לגופי תקשורת ולאזרחים כך שיוכלו להימנע מהליכים פליליים, ולבתי המשפט – בהליכים להוצאת צווי איסור פרסום.

השארת המצב החוקי הקיים לא רק שאיננה ראויה מבחינת ערכיה הדמוקרטיות של ישראל, אלא גם איננה מעשית על רקע השינויים בעולם התקשורת. השארת המצב הקיים על כנו תביא במהרה לאחת משתי חלופות גרועות: הצנזורה תיהפך לדרקונית ופוגענית אף יותר או שהיא תתרוקן מכל תוכן מעשי. מסיבות אלה חייבים להתאים את הצנזורה לעידן הדיגיטלי – ובמהרה.

טבלת ענישה

הצעת המחקר		המצב לפי החוק הקיים	
		העונש	העברה (מס' הסעיף בחוק)
-		10	מסירת ידיעה לאויב (ס' 111)
-		15	מסירתה עם תועלת לאויב
-		מאסר עולם	מסירתה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה
-		15	מסירת ידיעה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה (ס' 112)
-		10	הכנה, החזקה וכולי של ידיעה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה
8		15	מסירת ידיעה סודית (ס' 113א)
16		מאסר עולם	מסירת ידיעה סודית עם כוונה לפגוע בביטחון המדינה (ס' 113)
6 חודשים	מסירת ידיעה סודית שהגיעה דרך אמצעי פרסום		
7	הכנה וכולי	7	הכנה, החזקה וכולי של ידיעה סודית
2	החזקה		
15	הכנה וכולי עם כוונה לפגוע בביטחון	15	הכנה, החזקה וכולי של ידיעה סודית עם כוונה לפגוע בביטחון המדינה
7	החזקה עם כוונה לפגוע		
-		15	מגע עם סוכן חוץ (ס' 114)
-		5	מעשה הכנה כגון החזקת מסמך רשמי ללא סמכות לכך, כדי לעבור עברה שענשה מאסר 7 שנים ויותר (ס' 116)

* המספרים מציינים שנות מאסר אלא אם צוין אחרת.

perpetuating them. In our opinion, both of them prefer non-democratic and vague regulations whose enforcement is lax and as a result are easier to live with, to the establishment of an unknown new arrangement that might be advantageous to everyone involved. Not only is leaving the current legal situation in place incompatible with Israel's democratic values, it is also impractical considering the changes in the world, when security secrets are revealed through the digital media (on the internet, social media, etc.).

This policy study proposes a series of reforms to the existing regulations:

1. Turning punishment into the main method of enforcement, and amending criminal regulations so that they include a hierarchy of severity that corresponds to the nature of the anti-social act of publicizing security information.
2. Resolving the gag order issue so that the courts will have explicit authority under law to carry out prior restraint by working with a proposed department within the district court that would be responsible for handling such issues.
3. Nullifying military censorship powers while leaving the institution of the Military Censorship in the military or turning the responsibility over to a new security information agency outside of the military. The role of the military censor or the new civilian authority would be to advise media entities so that they can avoid criminal proceedings and to be of assistance to the courts involved in litigation associated with issuing gag orders.

This reform is essential, because leaving the existing situation as it stands will quickly lead to one of two dire alternatives: with time, censorship will become more draconian and abusive, or it will become devoid of all practical use.

Abstract

The censorship of information that may endanger a country's security during times of emergency or war is customary in democratic countries and is considered a derivative of the right to life, for which limiting freedom of press is justified and even essential. At the same time, the military censorship and gag order regulations in Israel are problematic. The formal guidelines for applying military censorship in the State of Israel, the pre-State British Defence (Emergency) Regulations of 1945, is an outdated and anti-democratic arrangement. At the same time, there is an informal arrangement between the Editors' Committee and the security authorities; this, however, discriminates against the non-institutional media and violates the public's right to know. An alternative channel that security authorities have employed in recent years – court petitions to issue gag orders – exists despite there being no proper legal basis for this practice.

In addition to gag orders and military censorship, which constitute prior restraint, the criminal code includes provisions that address the discovery of valuable security secrets, which are unjustly termed, "severe espionage offenses." These provisions exact punishment after the information in question has already been published. The provisions do not include a coherent hierarchy of severity that distinguishes among the different types of information (for example, between highly sensitive information and information whose disclosure does not involve serious damage); among types of informants (for example, security services employees, soldiers, or journalists); and among types of publications (for example, the source that initially disclosed the information and someone who shared the information on social media).

Notwithstanding the problematic nature of the existing regulations, the media outlets and the security establishment have cooperated in

Text Editors (Hebrew): Michaela Kelly, Tamar Shaked
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Typesetting: Ronit Gilad
Printed by Maor Wallach Print

ISBN 978-965-519-191-2

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2016 by the Israel Democracy Institute (RA)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-530-0888
Website: <http://en.idi.org.il>

To order books:
Online Book Store: <http://tinyurl.com/en-idi-store>
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed here do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

Censorship and State Secrets in the Digital Age

Tehilla Shwartz Altshuler | Guy Lurie

Policy Paper 113

August 2016



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE

שלוש בעיות מאפיינות את ההסדרים הקיימים בישראל בעניין הצנזורה הצבאית וצווי איסור פרסום: האחת, ההסדר הפורמלי המכונן את הצנזורה הצבאית (תקנות ההגנה (שעת חירום) המנדטוריות) הוא הסדר מיושן ואנטי־דמוקרטי; השנייה, ההסכם הלא רשמי בין "ועדת העורכים" לבין רשויות הביטחון פוגע בתקשורת הלא ממוסדת ובזכות הציבור לדעת; והשלישית, האפיק החלופי שרשויות הביטחון פונות אליו - בקשות לבתי משפט להוציא צווי איסור פרסום - מתקיים אך שאין לפרקטיקה זו בסיס ממשי בחוק.

מחקר המדיניות ממליץ על שורה של רפורמות בהסדרים הקיימים. בין השאר הוא ממליץ לשנות מן היסוד את מוסד הצנזורה הצבאית, על סמכויותיו; לעגן בחוק את האפשרות למנוע הפצת מידע ביטחוני באמצעות צווי איסור פרסום; ולתקן את החקיקה הפלילית בעניין מסירת סודות ביטחוניים.

הותרת המצב החוקי הקיים לא רק שאינה ראויה מבחינת ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, אלא שהיא גם לא מעשית בעולם התקשורת הדיגיטלי.

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר עומדת בראש התכנית "רפורמות במדיה" במכון הישראלי לדמוקרטיה ומלמדת בבית הספר למדיניות ציבורית באוניברסיטה העברית בירושלים. משמשת נציגת ציבור בנשיאות מועצת העיתונות. מומחית לאסדרת תקשורת ולמשק שבין טכנולוגיה, משפט ומדיניות.

ד"ר גיא לוריא הוא חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופוסט־דוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. עוסק בעיקר במערכת המשפט ובהיסטוריה של המשפט הציבורי, המחשבה המדינית והאזרחות.

מחקר המדיניות נכתב במסגרת המרכז "ערכים ומוסדות דמוקרטיים", בראשות פרופ' **מרדכי קרמיצר** ובניהולה של **ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר**.

