

הסדרת החיסיון העיתונאי

מחקר מדיניות 104

שירן ירוסלבסקי קרני | תהילה שוורץ אלטשולר

החיסיון העיתונאי מקנה הגנה מפני לחצים שמטרתם לאלץ עיתונאים לחשוף את זהותו של מקור המידע שלהם ואת המידע שמסר להם אותו מקור. מדובר במידע חיוני לעבודה העיתונאית, למימושה של הזכות לחופש עיתונות ולקיומו של הליך דמוקרטי מתפקד. להבדיל מחסיונות מקצועיים אחרים החיסיון העיתונאי איננו מעוגן בישראל בחוק אלא על ידי פסיקת בית המשפט בלבד, וגם זה לא באופן מוחלט. ואולם זה כמה שנים שסוגיית החיסיון העיתונאי עומדת במרכזן של פרשיות שהוכח בהן הצורך לקבוע כללי מסגרת. אבל מתברר שאחת המכשלות העיקריות היא הקושי להגדיר מיהו אותו עיתונאי שזורה להגות החיסיון. מחקר זה מציג הגדרה הנוגזת

הסדרת החיסיון העיתונאי
שירן ירוסלבסקי קרני, תהילה שוורץ אלטשולר

הסדרת החיסיון העיתונאי

שירן ירוסלבסקי קרני | תהילה שוורץ אלטשולר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 104

סיוון תשע"ה, יוני 2015

Regulating the Confidentiality of Journalistic Sources in Israel

Shiran Yaroslavsky-Karni, Tehilla Shwartz-Altshuler

עריכת הטקסט: חמוטל לרנר
עיצוב הסדרה: טרטקובר, עיצוב גרפי – טל הרדה
עיצוב העטיפה: יוסי ארזה
סדר: גרב שטכמן פולישוק
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-168-4 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"ה
נדפס בישראל, 2015

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': 02-5300867 ; פקס: 02-5300800, 1-800-20-2222

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

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משוקת ומפיצה את פירות עבודתם.

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

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

9	תקציר
15	מבוא
17	פרק ראשון: תמונת מצב של החיסיון העיתונאי בישראל
17	א. מבוא: חסינות
19	ב. המצב לפני הלכת ציטרין
19	ג. המצב אחרי הלכת ציטרין
21	ד. קביעת החיסיון העיתונאי בכללי אתיקה
23	ה. מיהו בעל החיסיון?
24	ו. על אילו סוגי מידע מגן החיסיון העיתונאי?
26	ז. החיסיון העיתונאי כמקים חובה חוזית ונזיקית
33	ח. החיסיון העיתונאי בהליכי חקירה ובהליכי חיפוש
39	ט. האזנות סתר לעיתונאים
42	פרק שני: ניסיונות לעגן את החיסיון העיתונאי בחקיקה בישראל
42	א. הצעות חוק מוקדמות
43	ב. דוח ועדת מעוז
44	ג. תזכיר של משרד המשפטים שהוכן בעקבות דוח ועדת מעוז
45	ד. הצעות חוק מהעת האחרונה
48	ה. מדוע נדחו הצעות החוק לעיגון החיסיון העיתונאי בחוק?
50	פרק שלישי: הסדרי חיסיון עיתונאי: משפט משווה
50	א. המשפט האנגלי
52	ב. צרפת

53	ג. שוודיה
54	ד. גרמניה
55	ה. המלצות מועצת שרי אירופה
58	ו. ארצות הברית
67	ז. קנדה
68	ח. אוסטרליה
69	ט. ניו זילנד
72	פרק רביעי: המלצות להסדרת החיסיון העיתונאי
72	א. עיגון בחוק של הגדרת "עיתונאי" לצורך החלת הגנת החיסיון
74	ב. הגדרת מקצוע ה"עיתונאי" בפסיקה משווה
76	ג. היקף הגדרת מקצוע ה"עיתונאי"
80	ד. האם החיסיון צריך לחול גם על בלוגרים
80	ה. הגדרת "עיתונאי" לצורך הגנת החיסיון העיתונאי במדינות אחרות
	ו. צמצום ההגנה במקרים של שימוש לרעה בחיסיון על ידי פרשנות שיפוטית
86	
87	ז. מיהו בעל החיסיון העיתונאי?
92	ח. הגדרת היקף ההגנה על סוג ההליכים
99	ט. הגדרת היקף ההגנה על תוכן מידע שמסר מקור
101	י. התנאים להסרת החיסיון
102	יא. עילת הפרת חוזה
113	יב. חובה לגילוי מידתי
114	יג. המלצות במישור הדיוני
114	יד. המלצות לפירוש החוק
117	סיכום
iii	Abstract

תקציר

החיסיון העיתונאי מקנה הגנה מפני הפעלת לחצים או כפייה שמטרתן לחשוף את זהות מקור המידע של עיתונאי ואת המידע שמסר לו אותו מקור. התביעה לאלמוניות של מקורות מידע יכולה לנבוע מחשש לפגיעה בשמם הטוב, בפרטיותם, בפרנסתם, בזכותם לאנונימיות או בקניינם, או אפילו מחשש לפגיעה בגופם ובחיייהם. המידע שעיתונאים מקבלים ממקורות אלו הוא חיוני לעבודה העיתונאית, למימושה של הזכות לחופש עיתונות ולקיומו של הליך דמוקרטי מתפקד.

להבדיל מחסיונות מקצועיים אחרים החיסיון העיתונאי בישראל איננו מעוגן בחוק אלא מוגן על ידי פסיקת בית המשפט בלבד, וגם הגנה זו אינה מוחלטת. בשנים האחרונות עמדה סוגיית החיסיון העיתונאי במרכזן של כמה פרשות, כגון פרשת ליאורה גל־ברקוביץ, פרשת ענת קם, פרשת מרים צחי ופרשת הבלוגר אישתון. פרשות אלו הוכיחו את הצורך בקביעת כללי מסגרת להתמודדות עם סוגיית החיסיון העיתונאי בישראל. בעבר כבר הועלו כמה הצעות חקיקה להסדרת הנושא שלא הבשילו לכדי חוקים.

א. מיהו עיתונאי לצורך הגנת החיסיון?

אחת הסיבות העיקריות שהניסיונות לעגן את החיסיון העיתונאי בחוק לא צלחו היא הקושי להגדיר מיהו עיתונאי שיזכה להגנת חיסיון זה. הצעות החוק המונחות היום על שולחן הכנסת מבקשות להתחמק מן הקושי בעזרת הקביעה שהחלטה כיצד להגדיר עיתונאי תושאר לשיקול דעתם של שרים או של רשויות המדינה. אנו סבורות כי זוהי טעות. מדובר בסוגיה חשובה שיש להתמודד עמה באמצעות חקיקה, והרשות המבצעת עלולה לקבוע הגדרה צרה שתצמצם את היקף ההגנה שמקנה החיסיון העיתונאי אפילו לעומת המצב הקיים היום.

ההגדרה שאנו מציעות נגזרת מתכלית החיסיון, שהיא שמירה על יחסי האמון בין מקור לעיתונאי לצורך סיוע לעיתונאי באיסוף מידע. ההגדרה מתאימה

גם לעבודה העיתונאית בעידן המידע, שבו התרומה העיקרית לשוק הרעיונות והרעות איננה מגיעה מן העיתונות הממוסדת אלא מן הבלוגוספירה והרשתות החברתיות, ולכן איננה מוגבלת על ידי סוג אמצעי התקשורת שבמסגרתו פועל העיתונאי. עם זאת ההגדרה המוצעת איננה רחבה במידה שעשויה לפגוע פגיעה מהותית בהיקף של הראיות ושל העדים שבית המשפט יכול להסתייע בהם לצורך גילוי האמת במשפט.

ההגדרה המוצעת היא:

עיתונאי הוא כל אדם אשר עוסק באופן פעיל או באופן מקצועי באיסוף ובהפצה של מידע לציבור; לחלופין, כל אדם אשר משמש במקצועות התקשורת במדינת ישראל בתחום החדשות כשכיר או כמשתתף חופשי (freelancer);

"מידע" לצורך הגדרה זו פירושו כל הצהרה של עובדה, דעה או רעיון בצורה של טקסט, קול או תמונה.

במקרים שבהם אנשים שאינם תורמים מהותית להפצת מידע הדרוש לציבור ינסו לעשות שימוש בהגנת החיסיון העיתונאי, בית המשפט יוכל לצמצם את היקף ההגנה שהגדרה זו מעניקה באמצעות פרשנות או דוקטרינות משפטיות (לדוגמה דוקטרינת השימוש לרעה). כמו כן, החיסיון יחול גם על מסייעים לעיתונאים ועל ממונים על עיתונאים לפי ההגדרה המוצעת.

ב. מיהו בעל החיסיון העיתונאי?

לפי התפיסה הרווחת היום בבתי המשפט ובהצעות החוק, החיסיון שייך למקור ולא לעיתונאי, ולכן המקור הוא זה שרשאי לוותר עליו. גישה זו משקפת את תפיסת החסיונות המקצועיים שבהם בעל החיסיון הוא הלקוח. ההיגיון העומד בבסיס תפיסה זו הוא הרצון לתמרץ את הלקוח למסור את המידע לבעל המקצוע כדי שיוכל לקבל את השירות הטוב ביותר. אנו סבורות כי ההיגיון שבבסיס החיסיון העיתונאי הוא אחר, והוא נועד לקדם את יכולתו של העיתונאי לאסוף מידע על מנת להבטיח זרימה חופשית שלו לציבור. לכן חיסיון עיתונאי הוא חיסיון מוסדי ולא חיסיון מקצועי: בבסיס החיסיון המוסדי עומד רציונל התועלת החברתית ולא רציונל הפרטיות שעומד בבסיס החיסיון המקצועי.

לדעתנו יש לפרש את החיסיון העיתונאי כך שבעליו הוא העיתונאי. אם מקור מסרב לגלות את זהותו ואת המידע שמסר, והעיתונאי מבקש לחשוף מידע זה, בית המשפט יוכל לאפשר את חשיפת המידע לאחר שקילה; ואילו אם מקור מעוניין לחשוף את זהותו והמידע שמסר בבית המשפט, והעיתונאי מסרב, בית המשפט לא יפרש את הסכמת המקור כאילו היא מסירה את הגנת החיסיון, ולכן רק במקרים חריגים יינתן צו המחייב את העיתונאי לחשוף את המידע. עם זאת נציין כי במצב האחרון יוכל המקור לחשוף את המידע מחוץ לכותלי בית המשפט, אם הוא חפץ בכך.

הצעתנו מעצימה את כוחו של העיתונאי אל מול המקור. בה בעת אנו סבורות כי על מנת להגיע לאיזון מיטבי במערכת יחסים זו יש גם להעצים את כוחו של המקור בשתי דרכים:

1. ביסוס זכותו של המקור לתבוע את העיתונאי במקרים של הפרת הסכם החיסיון.
2. שינוי סעיף 117 לחוק העונשין, העוסק בגילוי מידע על ידי עובדי ציבור, וצמצומו רק למצבים שבהם גילוי המידע מעמיד בסכנה אינטרס ציבורי חשוב והאפשרות לטפל בגילוי המידע באמצעות האיסורים הקיימים בדין אינה מספקת.

ההצעה נובעת מתפיסתנו הבסיסית שראוי להעצים את כוחו של עיתונאי כדי שיוכל לעשות את התפקיד המוטל עליו לצורך קיום הליך דמוקרטי תקין, ובד בבד להעצים את כוחם של מוסרי מידע מטעמים מוסריים.

ג. חיסיון עיתונאי: גם בהליכי חקירה ובהליכי חיפוש

פרקטיקות הנוגעות לאישור הפעלה של אמצעי חקירה וחיפוש נגד עיתונאים, הן על ידי רשויות האכיפה והן על ידי בתי המשפט, מאיימות על מימוש של החיסיון העיתונאי. אם הרשויות יכולות להפעיל לחץ על עיתונאים או להאזין להם ולעקוב אחריהם, אין כל צורך בהליכי הסרת חיסיון – הרשויות יכולות להגיע בעצמן אל המידע. ברוח ההמלצות של דוח ועדת מעוז ושל ד"ר ישגב נקדימון, ומתוך מתן מענה לאיומים הייחודיים לעידן הדיגיטלי, אנו מציעות כי החיסיון העיתונאי יחול בעוצמה זהה גם במסגרת הליכי חקירה וחיפוש.

אנו מציעות לפעול על פי ההמלצות שלהלן:

1. **עיגון בחוק.** יש לעגן את עיקר הנהלים בדבר חיפוש וחקירה בחוק. אין להסתפק בכללים או בהנחיות פנימיות של המשטרה.
2. **קבלת נתוני תקשורת של עיתונאים.** בקשה לקבלת מידע על נתוני תקשורת של עיתונאי מכוח חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) צריכה להיחתם בידי קצין משטרה בכיר, ואינה יכולה להיחתם בידי כל קצין משטרה. כאשר בית המשפט מחליט אם להורות על צו קבלת נתוני תקשורת שמעורב בו עיתונאי, הוא יתחשב בפגיעה בזכות לחופש הביטוי והעיתונות ולא רק בפגיעה בזכות פרטיות. ברוח הכללים שנקבעו בהלכת ציטרין, על בית המשפט לבחון אם הנתונים נדרשים לעניין השאלה העומדת לדיון: אם הם חיוניים לצורך מניעת פשע, לשם עשיית צדק בנוגע לפשע או כדי למנוע עיוות דין חמור בהליכי משפט; ואם אי-אפשר לגלות במאמץ סביר ראיות מספיקות אחרות.
- יש הכרח להתחשב בשיקולים אלה, משום שהפעלת סמכויות של חקירה וחיפוש על עיתונאים יכולה לחשוף את זהות המקור ובכך לרוקן מתוכן את החיסיון העיתונאי. בניגוד לחסיונות מקצועיים אחרים, שבעניינם אפשר לטעון כי נתוני תקשורת כשלעצמם אינם חושפים את מהות היחסים בין הלקוח לבעל המקצוע, ולכן אין פגיעה ביחסיהם, במקרה של עיתונאי ומקור זהותו של המקור היא לרוב עיקר המידע שבעניינו דרוש חיסיון, ואפשר לגלות אותו בקלות באמצעות קבלת נתוני תקשורת.
3. **האזנות סתר.** יש להשוות בין התנאים לאישור ביצוע האזנות סתר לבעלי חסיונות מקצועיים המעוגנים בפקודת הראיות לבין התנאים לאישור ביצוע האזנות סתר לבעלי חיסיון עיתונאי. כמו כן יש להוסיף את בעל החיסיון העיתונאי לסעיפים 9 ו-9א לחוק האזנות סתר.
4. **זימון עיתונאי להצגת עמדתו עוד בטרם מתן צו נגדו.** יש צורך לעגן בחוק שבכל מקום שבו רשות האכיפה מבקשת מבית המשפט להוציא צו נגד עיתונאי, יש לאפשר את זימונו של העיתונאי על מנת להציג את עמדתו, כל עוד זימון זה לא ישבש את הליכי החקירה. לחלופין, יש לזמן את מי שיכולים לייצג את אינטרס חופש העיתונות, כגון מועצת העיתונות.

ד. תנאים להסרת חיסיון עיתונאי

התנאי המרכזי להסרת החיסיון העיתונאי הוא נחיצות הגילוי לעניין שאלה העומדת לדיון משפטי. אנו סבורות כי יש לקבוע כלל שיבטא את חשיבות החיסיון ויאפשר להסיר את החיסיון רק אם גילוי המידע שבידי העיתונאי יתרום תרומה משמעותית להכרעת הדיון.

אנו סבורות כי גם אם מתמלאים ארבעת התנאים של הלכת ציטריין ונדרש לגלות מידע שהמקור מסר, יש לחייב בחוק כי היקף הגילוי יהיה במידה המתאימה לצורך הגשמת האינטרס הציבורי או הפרטי ולא מעבר לה. דרישת הגילוי המידתי נהוגה גם בחקיקה זרה ובהמלצות דוגמת המלצות מועצת שרי אירופה.

לצורך ההחלטה יתחשב בית המשפט בשלושה שיקולים נוספים: אם מדובר בהגנה לעיתונאי בהליך אזרחי או בהליך פלילי; אם מדובר בעיתונאי המשמש עד או בעיתונאי שהוא צד למשפט; ואם הגילוי נחוץ לשם הרשעת נאשם או לשם זיכוי נאשם.

ה. הפרת חוזה בין עיתונאי לבין מקור

בעקבות פרשת גלט-ברקוביץ ופרשת ענת קם, שהדיון בעניינן עודנו תלוי ועומד, יצטרך בית המשפט לקבוע מסמרות בדבר חובת עיתונאים כלפי מקורותיהם. אנו מציעות לאפשר הטלת אחריות חוזית על עיתונאים שהפרו את החיסיון העיתונאי בכפוף לשיקולים האלה:

1. מהימנות המידע שהעביר המקור לעיתונאי ונחיצות הבאתו לידיעת הציבור.
2. ההשפעה של חשיפת זהות המקור על מטרתה של התקשורת לשמור את הציבור מעודכן ולקדם שיח פוליטי, חברתי וכלכלי.
3. נסיבות היווצרות הסכם הסודיות, ובפרט המוטיבציה של המקור לבקשת החיסיון.
4. הסיבות להפרת הסכם הסודיות מצד העיתונאי ומידת גילוי המידע החסוי.
5. חומרת הפגיעה שנגרמה למקור.

על מנת לסייע למקורות להוכיח את קיום ההסכם ותנאיו, אנו מציעות לפרסם נוסח של הסכם בסיסי בין מקור לעיתונאי בכמה אתרי אינטרנט נגישים, כגון אתר לשכת העיתונות הממשלתית, אתר רשות השידור, אתר מועצת העיתונות, אתרים של עיתונים גדולים וזכייניות טלוויזיה וברשתות החברתיות. הסכם בסיסי זה יכיל את עיקרי הדברים שלהלן:

1. יידוע המקור על מעמדו המשפטי ועל הסיכונים הכרוכים בהעברת המידע לעיתונאי.
2. יידוע העיתונאי על התנאים בהסכם שהוא מחויב למלא וכן על הסכנות שאליהן יהיה חשוף אם יבחר שלא למלא אחר התנאים.
3. עיקרי ההסכם בין העיתונאי למקור. חלק זה יבהיר את תנאי ההסכם וימנע את העמימות הקיימת בדרך כלל בהסכמים הנהוגים בין עיתונאים למקורותיהם.

ו. המלצות במישור הדיוני

אנו ממליצות כי הליך משפטי העוסק בשאלה אם להסיר את החיסיון יתבצע בדלתיים סגורות. דרישה זו מעוגנת בפקודת הראיות בכל הנוגע לדיון בטענת החיסיון של בעלי חסיונות מקצועיים. אנו סבורות כי בהליכי משפט שבהם הועלתה טענת חיסיון יש להפסיק את המשפט עד לבידור של טענה זו. כמו כן, גם במקרים שבהם הוחלט להסיר את הגנת החיסיון ולצוות על מתן עדות, יש להעניק לבית המשפט את האפשרות לשמוע את העדות בדלתיים סגורות. תנאים דיוניים אלו יסייעו להבטיח שהאינטרסים של המקור ושל העיתונאי לא ייפגעו יותר מן הנדרש.

מבוא

החיסיון העיתונאי מקנה הגנה מפני הפעלת לחצים או כפייה שמטרתן לחשוף את זהות מקור המידע של עיתונאי ואת המידע שמסר לו אותו מקור. מקורות המספקים מידע לעיתונאים מבקשים אלמוניות מסיבות מגוונות: החוק או כללי האתיקה המקצועית שהם כפופים להם אוסרים עליהם להתראיין או למסור מידע; הם חוששים לפגיעה בשמם הטוב, בפרטיותם, בפרנסתם, בזכותם לאנונימיות או בקניינם, ואפילו בגופם ובחייהם.

המידע שעיתונאים מקבלים ממקורות מידע הוא חיוני, הואיל ומדובר בדרך העיקרית ללמוד על פעולות השלטון ומחדליו שלא מפי דוברי השלטון עצמם. לכן הטעם העיקרי להגנה על החיסיון העיתונאי הוא חשיבותו לעבודה העיתונאית ולחופש העיתונות. שמירה על חיסיון עיתונאי חיונית לקיומה של עיתונות חוקרת ומבקרת, והיא אינטרס ציבורי חשוב והכרחי לקיומו של משטר דמוקרטי. נשיא בית המשפט העליון לשעבר מאיר שמגר קבע שיש להעניק את הגנת החיסיון העיתונאי כיוון ש"הסרת החיסיון מולידה רתיעה מפני הגילוי של המידע, ורתיעה זו מונעת מידע מן הציבור. עיתונות ללא מקורות מידע היא כנחל אכזב שמימיו יבשו, והחופש לפרסמה הופך אז לחסר משמעות".¹

מנגד, החיסיון העיתונאי מונע מבעל דין להשתמש בראיה החוסה תחת הגנת החיסיון בהליך המשפטי. אי-חשיפת המקור העיתונאי עלולה לפגוע בתכלית גילוי האמת במשפט ובעשיית הצדק. לכן מקובל להניח שיש לאזן בין אינטרסים אלו כדי להכריע באילו נסיבות ובאילו הליכים ראוי להגן על החיסיון העיתונאי. החיסיון העיתונאי בישראל איננו מעוגן בחוק, אלא מוגן באמצעות פסיקת בית המשפט בלבד. במקרים שבהם יש צורך להפעיל סמכויות חקירה, חיפוש או זימון על מנת להשתמש בעדותו של העיתונאי או בראיות הנמצאות ברשותו, אשר עלולות לחשוף את זהות מקורו, יש להחליט אם להפעיל את הסמכות

1 ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 364, 337 (1987).

ולסכן את החיסיון העיתונאי, בהתחשב בשני האינטרסים החברתיים הנוגדים העומדים על כפות המאזניים.

מחקר מדיניות זה עוסק בסוגיית החיסיון העיתונאי מתוך ניסיון להציע הסדרה חקיקתית סבירה ועדכנית שתתמודד עם היבטים שונים של הסוגיה: מהות החיסיון, הנהגים ממנו (ובמילים אחרות "מיהו עיתונאי"), סוגי ההליכים שבהם יש להכיר בחיסיון, הצורך בהכרה בחיסיון במקרים שבהם רשויות חקירה משתמשות באמצעים שונים של יירוט מידע ומעקב אחר עיתונאים, ואופי מערכת היחסים שבין עיתונאי לבין המקור שלו.

מחקר זה הוא חלק מפרויקט רחב היקף המתקיים בשנים האחרונות במכון הישראלי לדמוקרטיה, שכותרתו "ריסטרט לדיני התקשורת". מצבם של תחומים קלאסיים של אסדרת פעילות אמצעי תקשורת ההמונים בעייתי לנוכח ההתפתחויות המאפיינות את עידן המידע הדיגיטלי. הצנזורה הצבאית וצווי איסור פרסום הופכים לעתים לאות מתה ולעתים חלים על מקטעים מצומצמים בלבד של שוק התקשורת; דיני לשון הרע והגנת הפרטיות והאיוונים המקופלים בתוכם אינם קריאת הכיוון להתנהגות המדיה בעידן של תוכן גולשים; הגבלות על ביטוי מטעמים ציבוריים שונים ומטעמי טעם טוב ושם טוב הופכות לבעייתיות בעידן של תוכן זהה המופץ על גבי פלטפורמות שונות, ועוד. מטרת הפרויקט היא לבדוק כיצד יש לעדכן את החקיקה, את הפרדיגמות הקיימות ואת האיוונים המקובלים, כפי שהם מתבטאים בתפיסות משפטיות, כך שיתאימו לעולם חדש זה.

אנו מודות לפרופ' מרדכי קרמניצר, שקרא את המחקר ושהערותיו הטובות סייעו לנו לחדד את ההמלצות. אנו מודות גם למשתתפי השולחן העגול בנושא חיסיון עיתונאי שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה ב-20 במאי 2013. תודה לחמוטל לרנר על עריכה לשונית קפדנית ולאנשי ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

פרק ראשון

תמונת מצב של החיסיון העיתונאי בישראל

א. מבוא: חסיונות

אחת מתכליות המשפט היא בירור האמת, ועניינה עשיית דין צדק ומניעת עיוות דין.² בתהליך בירור האמת המשפטית וחשיפתה נחוץ לחשוף את התשתית הראייתית במלואה, ולכן העיקרון העומד בבסיס דיני הראיות הוא שאדם הנקרא לעדות חייב לספק בהליך משפטי כל ראיה קבילה הנמצאת ברשותו שהיא רלוונטית לעניין הנידון. הכללים שנקבעו למימוש חובה זו מעוגנים בפקודת הראיות וכן בחוק סדר הדין הפלילי, והם מבססים את סמכותו של בית המשפט להזמין אדם לתת עדות ולהמציא ראיות.³ חוקים רבים, כגון פקודת ביזיון בית משפט, חוק בתי המשפט, חוק ועדות חקירה ועוד, מציינים את סמכות בית המשפט להעניש את מפר חובה זו במאסר או בקנס.⁴

- 2 ראו אהרן ברק "על המשפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 11-12 (1996); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 45 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006).
- 3 ס'1(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; ס' 106(א), 108, 109 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43.
- 4 ס' 5 לפקודת ביזיון בית משפט, חא"י א 332, קובע כי אם סירב עד להיחקר על פי החוק או להשיב לשאלות שהוצגו לפניו לפי החוק ולא הראה טעם צורך לסירובו, רשאי בית משפט להענישו במאסר שלא יעלה על חודש אחד. כמו כן, ס' 6 לפקודה מאפשר לבית משפט להעניש אדם שלא צייט לצו עשה או אל תעשה של בית משפט במאסר או בקנס. ס' 241 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, קובע עברה פלילית שעונשה שנתיים מאסר בגין סירוב להעיד או למסור ראיה אחרת בהליך שיפוטי. ראו גם ס' 73-73ב לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198; ס' 11(א)4 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, ס"ח 28 (השתת קנס על מי שמסרב להעניק עדות לפני ועדת חקירה); וס' 66 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, ס"ח 78 (סירוב להעיד לפני בית דין משמעתי של הלשכה). חובה דומה, אם כי מסויגת, קיימת גם בהליכי חקירה משטרתיים, ראו ס' 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), חא"י א 439.

ואולם תכלית גילוי האמת אינה תכליתו היחידה של המשפט.⁵ המשפט עצמו מכיר במקרים חריגים שבהם אפשר לפגוע ביכולתו של בעל דין להשתמש בראיה שהייתה יכולה לסייע לו בגילוי האמת במשפט לצורך הגשמת תכליות חברתיות אחרות. פקודת הראיות בישראל מכירה בכמה מקרים שבהם אפשר שלא למסור ראיות לבתי משפט, לבתי דין, לרשויות וגופים או לאנשים המוסמכים על פי דין לגבות ראיות. מקרים אלה מכונים "חסיונות": חיסיון לטובת המדינה, חיסיון לטובת הציבור, חיסיון מפני הפללה עצמית, חסיונות החלים על בעלי מקצוע או על בעלי תפקידים שונים (למשל עורך דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי וכוהן דת). בחוקים אחרים נקבעו חסיונות נוספים.⁶ גם הפסיקה הישראלית הכירה באופן הלכתי בחסיונות נוספים,⁷ ובהם החיסיון על מסמכים שהוכנו לקראת משפט צפוי או תלוי ועומד, חיסיון בנקאי וחיסיון עיתונאי.

מתוך החסיונות המוזכרים רק חסיונות הנוגעים לכוהן דת, לנשיא המדינה, לחבר כנסת, לעורך דין ולמסמכים שהוכנו לקראת משפט הם חסיונות מוחלטים; כל היתר הם חסיונות יחסיים, שלבית המשפט סמכות להסירם. בתי המשפט מסירים את אותם חסיונות אם נראה שהצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש שלא לגלותה, או אם מתקיימות נסיבות אחרות המנויות בחוק או בהלכה הפסוקה.⁸

- 5 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2.
- 6 חיסיון על דבר שנודע לנשיא המדינה או לח"כ במילוי תפקידו (ס' 13(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118; ס' 1(ב) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, ס"ח 228); חיסיון של סוד מסחרי (ס' 23(ג) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146); חיסיון על תחקיר צבאי (ס' 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171); חיסיון על תחקיר משטרת (ס' 102 לחוק המשטרה [דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות], התשס"ו-2006, ס"ח 130); חיסיון על דיוניה ומסקנותיה של ועדת בדיקה, לפי ס' 21 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327.
- 7 עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 2, פס' 50 לפסק דינה של השופטת ביניש; ע"פ 566/89 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 539, 555 (1992); עניין ציטרין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 354-355.
- 8 לפירוט נוסף ראו ישגב נקדימון למנוע ביטוי על מנת לאפשר ביטוי: הצעה להליך חשיבה לעיצוב גרדי היקפו ומידת הגנתו של חיסיון עיתונאי בעידן החוקתי 14-20 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 2012).

ב. המצב לפני הלכת ציטרין

סוגיית קיומו של חיסיון עיתונאי בישראל הגיעה לפתחו של בית המשפט כבר בשנות החמישים. בפרשת תנועת שורת המתנדבים הפיצו החברים בתנועה חוברת שכללה טענות המייחסות מעשי שחיתות לסגן מפכ"ל המשטרה דאז, עמוס בן-גוריון, בנו של דוד בן-גוריון. אליקים העזני, אחד ממחברי החוברת, סירב לגלות לבית המשפט את זהות מקורות המידע שלו וניסה לטעון להגנת החיסיון העיתונאי, אולם בית המשפט דחה את טענותיו וגזר עליו שבעה ימי מאסר בגין ביזיון בית המשפט.⁹

אף שבעשורים המוקדמים לקיום המדינה לא הכיר בית המשפט בדרך כלל בטענת החיסיון העיתונאי, הוא הצליח במרבית המקרים לפטור את העיתונאים מחובת הגילוי של מקורותיהם בשימוש במבחנים של רלוונטיות הראיה ושל מניעת הכבדה על בעל הדין, או בפירוש פקודת ביזיון בית המשפט באופן המיטיב עם הנתבעים. לדוגמה, סעיף 5 לפקודת ביזיון בית משפט מאפשר לפסוק מאסר בשל הסירוב להעיד, אלא אם יש טעם צודק לסירוב.¹⁰ לפיכך בכמה מקרים, כאשר סירב עיתונאי לגלות את זהות מקור המידע שלו, פירש זאת בית המשפט כ"טעם צודק" לסירוב כמשמעותו בסעיף זה. לעומת זאת כאשר היה מדובר בעיתונאי שהגיש ביוזמתו תצהיר בתמיכה לעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, נקבע כי הוא "פושט גלימת עיתונאי ולובש גלימת עד", וכי אין הוא יכול לסרב למסור את זהות מקור המידע שלו.¹¹

ג. המצב אחרי הלכת ציטרין

בשנת 1987 חל מפנה במעמדו המשפטי של החיסיון העיתונאי בישראל בעקבות קביעת הלכת ציטרין. בעניין זה היו מעורבים שני עיתונאים שפרסמו כתבות על פרשיות משפטיות שבהן הופיעו בהבלטה שמות עורכי הדין שטיפלו בהן. בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין החליט להעמיד לדין משמעתי את

9 ראו ע"א 256/57 אפלבוים נ' בן-גוריון, פ"ד יד 1205, 1238 (1960); נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 21.

10 ת"פ (שלום ת"א) 1048/76 בית הספר התיכון החדש נ' ינאי (לא פורסם).

11 כ"ש 139/82 לוי נ' מלאך, פ"ד לו(1) 642, 644 (1982).

עורכי הדין בעילה שעשו לעצמם פרסומת, בניגוד לכללי הלשכה. כדי להוכיח זאת נקראו שני העיתונאים, בן-ציון ציטריין ויפעת נבו, להעיד לפני בית הדין מי היו מקורות המידע לכתבות שפרסמו בעיתונות. השניים סירבו, כמתבקש מכללי האתיקה העיתונאית, ובית הדין הטיל עליהם קנסות כבדים בגין ביזיון בית הדין. העיתונאים ערערו לבית המשפט העליון, וזה ביטל את הקנסות ופטר אותם מן הצורך להשיב על שאלות. השופט מאיר שמגר, נשיא בית המשפט העליון דאז, דן בפרשה כדן יחיד וקבע כך:

יש להכיר בקיומו של חיסיון המתיר לעד עיתונאי שלא לגלות מקורות המידע שלו. חיסיון זה אינו החלטי אלא יחסי, היינו הוא כפוף לשיקול דעתו של בית המשפט אשר יכול להורות על מתן תשובה לשאלה. [...] מהו המבחן על פיו יפעל בית המשפט והאם כל עבירה וכל עוולה מצדיקים הפעלת סמכותו של בית המשפט לכופ את העיתונאי למסור מקור מידע? התשובה לכך היא שלילית כי חיוב סיטונאי, ללא אבחנה, ינגוד מניה וביה את קיומה של חירות הביטוי כהתגשמותה בשלוחתה, שהוא חופש העיתונות.¹²

השופט שמגר קבע כי התהליך הדמוקרטי מותנה באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות במדינה העומדות על סדר היום הציבורי, ובהחלפת דעות בעניינן בצורה חופשית כחלק מזכות היסוד לחופש ביטוי. עיתונאים ממלאים תפקיד חשוב בתהליך זה בכך שהם מפרסמים מידע על כל תחומי החיים, ובהיותם כלי מרכזי להסברה של תורות והשקפות ולביטוי הוויכוח הציבורי סביבן. לשם ביצוע עבודתם, כתב השופט שמגר, העיתונאים זקוקים למקורות מידע. אם עיתונאים לא יוכלו להבטיח למקורות כי זהותם תישאר חסויה, לא יוכלו להיבנות יחסי אמון שיבטיחו את העברת המידע.¹³ עם זאת החיסיון העיתונאי איננו מוחלט. בפסק הדין נקבע כי עיתונאי יחויב לחשוף את מקורותיו רק בהתקיים שלושה תנאים מצטברים:

- 12 עניין ציטריין, לעיל ה"ש 1.
13 שם, בעמ' 356 לפסק הדין.

1. הגילוי צריך להיות רלוונטי להליך הנידון בבית המשפט.
2. על הגילוי להיות חיוני ובעל חשיבות לעשיית משפט צדק בנושא מהותי, והיינו פשע או עוון בעלי תוצאות או משמעות מהותיות או מעשה עוולה חמור.
3. הגילוי נחוץ ואין אפשרות להישען על ראיות אחרות בלי לדרוש את גילוי מקורות המידע.

עם השנים הרחיב בית המשפט העליון את הלכת ציטרין והחיל את ההלכה בדבר החיסיון העיתונאי גם על מקרים שבהם העיתונאי הוא בעל דין (למשל בתביעות לשון הרע), ולא רק על הליכים שבהם הוא עד בלבד.¹⁴ בפרשת קראוס (1995), שבה ראש לשכת החקירות במשטרת חיפה תבע שני עיתונים וכתביהם בגין סדרה של כתבות שלטענתו היה בהן משום הוצאת לשון הרע, קבע בית המשפט העליון (השופטים שמגר, גולדברג וחשין) כי אין הצדקה להסרת החיסיון העיתונאי במשפט דיבה אם התועלת שתצמח לתובע מידיעת זהותו של מקור המידע היא שולית בלבד ואם הכרעת בית המשפט מנותקת מידיעה על מקור המידע ומבוססת על חומר הראיות המובא לפניו.¹⁵

ד. קביעת החיסיון העיתונאי בכללי אתיקה

בשנת 1996 אישרה מועצת העיתונות את תקנון האתיקה העיתונאית. סעיף 22 לתקנון קובע כי "לא יגלו עיתון ועיתונאי מידע שנמסר להם בתנאי שיישאר חסוי ולא יחשפו זהותו של מקור חסוי אלא בהסכמתו של המקור". לפי הסעיף העיתונאי מחויב לשמור על סודיות זהותו של המקור וכן על סודיות כל מידע שהמקור מסר לו. חובה זו עולה גם מסעיף 3(ב) לתקנון: "הבטיחו עיתון או עיתונאי למקור שהידיעה שמסר או הדעה שהביע לא יפורסמו, לא יימסרו אלה לפרסום אף אם יש בהם עניין לציבור".

14 ראו ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 875-876 (1995).
15 שם. כן ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1089/90 פרי נ' מוזס (פורסם בנבו, 15.12.1993); בר"ע (מחוזי חי') 1506/93 "מעריב" – הוצאת מודיעין בע"מ נ' שטרית (פורסם בנבו, 1.3.1994).

לעומת זאת בכללי האתיקה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, שמעמדם כשל חקיקת משנה, נקבעה חובת סודיות מסויגת. לפי כללים אלה, בעלי הזיכיון לשידורי טלוויזיה בערוצים 2 ו-10 ובעלי הזיכיון לשידורי רדיו אזורי לא ימסרו פרטים על זהותו של אדם שמסר להם מידע או את המידע שנמסר להם, במקרה שבו מוסר המידע נתנו על סמך הבטחה שזהותו לא תיחשף או שמידע מסוים לא ישודר, אלא אם כן מחויב בעל הזיכיון למסור זאת על פי דין.¹⁶ כאמור, מדובר בהתנגשות בין חובת העיתונאי לספק מידע לציבור לבין קיום הבטחתו למקור. כללים אלו נובעים הן מחובת ההגנות של העיתונאי כלפי המקור והן מהשיקול התועלתני של הבטחת יחסי אמון עם מקורות לשם הבטחת עבודה עיתונאית תקינה.¹⁷

הפער בין החקיקה לבין כללי האתיקה העיתונאית עשוי להוביל למצב שבו בית המשפט מסיר את החיסיון, וכך נוצר קונפליקט בין חובתו החוקית של העיתונאי להעיד לבין כללי האתיקה העיתונאית.¹⁸ נשיאת מועצת העיתונות דליה דורנר התייחסה לקונפליקט זה ואמרה כי "עד כדי כך חיוני עקרון החיסיון לחופש העיתונות, שעיתונאי, מתוך שכנוע עצמי עמוק, צריך להיות מוכן להקריב מעצמו כדי להגן על כלל זה". עוד הבהירה דורנר:

וראי שכאזרחית ושופטת האמונה על שלטון החוק אינני מעוררת עיתונאים להפר צווי בית המשפט. הדגשתי כי עליהם להילחם באמצעים משפטיים ואף הודעתי כי מועצת העיתונות תצטרף להליכים משפטיים בבית המשפט העליון הנוגעים להגנה על מקורות עיתונאיים. הגנה זו היא אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה. בלעדיה לא תהיה לנו עיתונות חופשית החיונית למשטר הדמוקרטי.¹⁹

- 16 ראו ס' 4 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו), התשנ"ד-1994, ק"ת 636.
- 17 מרכזי קרמניצר ויעל סימונדז'יועז "אתיקה בתקשורת" מבואות לאתיקה 209, 235, 252 (אסא כשר עורך, 2009).
- 18 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 55-56.
- 19 "השופטת דורנר: חיסיון מקורות – חלק מהאתוס העיתונאי; יש להגן עליו במסגרת החוק" אתר מועצת העיתונות בישראל.

ה. מיהו בעל החיסיון?

אחת השאלות המרכזיות הנוגעות לחיסיון העיתונאי היא השאלה מיהו בעל החיסיון. החשיבות של שאלה זו טמונה בכך שרק בעל החיסיון יכול לוותר עליו. שאלה זו נידונה בפסק דין גילת נ' מילוא שעסק בהאזנות סתר לא חוקיות לשיחות טלפון שנעשו בביתו של העיתונאי מרדכי גילת.²⁰ קלטת השיחות של גילת מביתו עם מפכ"ל המשטרה ועם עיתונאים אחרים נמסרה ליועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי ביקש להאזין לשיחות אלו, אף שהושגו באופן לא חוקי, על מנת לחקור את מעשי ההאזנה וטענות שהועלו כלפי המפכ"ל. גילת והעיתונאים שאתם שוחח עתרו לבג"ץ וביקשו למנוע מהיועץ המשפטי לממשלה להאזין לקלטת ולעשות בה שימוש.

הדיון נסב על השאלה אם אפשר להביא לפני בית המשפט הדין בעברה לפי חוק האזנות סתר דברים שהוקלטו בהאזנת סתר, לא כדי להוכיח את תוכנם ואמיתותם אלא כדי להוכיח את עצם ביצוע האזנת הסתר. העיתונאים טענו בין השאר כי אם יאזין היועץ המשפטי לקלטת תהיה זו פגיעה בחיסיון העיתונאי. בית המשפט העליון אימץ את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ופסק כי משום שניתן אישור לשמיעת הקלטת מצד מפכ"ל המשטרה (שהיה צד לשיחה), וכיוון שיש עניין לציבור לדעת אם אכן דבק רבב פלילי במפכ"ל, ראוי שבעל הסמכות לכך יאזין ויקבע אם יש יסוד לאותן האשמות.

בית המשפט קבע כי "חיסיונו של העיתונאי מתמצה בזכותו שלא לגלות את מקורותיו לגבי מידע ולגבי חומר אחר שהוא בן חורין לפרסם ואילו אין לו חיסיון שכוחו יפה למנוע מהמקור גופו מלגלות את עצמו, את זהותו ואת הדברים שמסר לעיתונאי". בפסק הדין נקבע במפורש כי חיסיון עיתונאי, כחיסיון יחסי הנתון לאיזון מול אינטרסים ציבוריים אחרים, לא נועד להגן על העיתונאי אלא על המקור.²¹ גישה כזאת מתבטאת גם בנוסח הצעת החוק המוצעת היום לעיגון החיסיון העיתונאי, שממנה נובע כי בעל החיסיון הוא המקור ולא העיתונאי.

20 בג"ץ 3815/90 גילת נ' מר רוני מילוא – שר המשטרה, פ"ד מה (3) 414 (1991).

21 שם, פס' 12-14 לפסק דינו של השופט לויין.

ו. על אילו סוגי מידע מגן החיסיון העיתונאי?

מתוך הפסיקה עולות שאלות רבות על היקף הגנת החיסיון העיתונאי, ובפרט אילו סוגי מידע מוגנים על ידי החיסיון העיתונאי. האם החיסיון מגן גם על מידע שהמקור מסר ולא רק על זהות המקור? האם החיסיון מגן גם על מידע שהמקור מסר אך לא פורסם? האם החיסיון מגן גם על מידע שנאסף במרחב הציבורי אבל יכול לחשוף את זהות המקור?

פסק הדין בעניין הכשרת היישוב, למשל, עסק בכתבה שפורסמה במקומון כל העיר, שבה נטען כי בעלי השליטה, עורך מעריב עופר נמרודי וכתב העיתון רונאל פישר, מנצלים את כוחם העיתונאי לשם השגת פרסומים מסחריים לעיתון מעריב בדרך פסולה. קבוצת מעריב הגישה בגין הפרסום תביעת לשון הרע נגד רשת שוקן, המו"לית של כל העיר. במסגרת ההליך החליט בית המשפט המחוזי שלא להתיר לחקור את עדי הנתבעים בחקירה שכנגד, כיוון שהיו מקורות מידע של כל העיר, ועל אף נכונותם לוותר על החיסיון הנתון להם כמקורות מידע. בית המשפט קבע כך:

משמע, כי במקום שהמקור אינו עומד על החיסיון, או מבקש לוותר עליו, אין לעיתונאי זכות לעכב בעדו [...] אך דווקא מתפיסה זו מתחייב טעמו של השופט המלומד, כי אין להרשות חקירה לעד שקיומה עשוי לחשוף את העובדה כי העד הינו מקור [...] הנטל להראות, כי עדו של העיתונאי הינו מקור שאיננו עומד על חסיונו, רובץ על בעל הדין הטוען זאת. ונטל זה בידו לפרוק בהבאת ראיה מצדו, אך לא בהצגת שאלות לעד שבעצם הצגתן יש משום הפרת זכותו של העד לחיסיון. והדברים, כמדומה, מובנים מאליהם.²²

כלומר, נפסק כי אין להרשות חקירה של עד שקיומה עשוי לחשוף את העובדה שהעד הוא מקור המידע, למשל באמצעות הצגת השאלה "האם הוא מקור לידיעה

22 רע"א 3254/96 רשת שוקן בע"מ נ' חברת הכשרת היישוב בישראל בע"מ, פ"ד נא(1) 58, פס' 3 לפסק דינו של השופט מצא (1997).

העיתונאית?²³ כמו כן נקבע באותו מקרה כי החיסיון חל, אם כי לא באותה עוצמה, גם על מידע שנמסר לעיתונאי בתנאי שלא יפורסם. יתר על כן, בשל מערכת היחסים המיוחדת בין עיתונאי למקור לא נדרש שהמקור ידרוש במפורש שזהותו תישמר בסוד כדי שהחיסיון העיתונאי יחול על גילוי זהותו.²⁴ לפי הפסיקה, כל מי שמוסר מידע לעיתונאי הופך למקור שיש לשמור את זהותו בסוד, אם יש בגילויה כדי לפגוע בו או במוטיבציה של אחרים למסור מידע בעתיד.

ואולם כדי שלא לגלות את המידע שמסר המקור נדרשת הבטחה מפורשת לשמירת סודיות על התוכן שנמסר מטעמו. בפסק הדין נקבע כי להבדיל מזהות המקור, מידע הנמסר לעיתונאי נמסר בדרך כלל לשם פרסומו. לפיכך חיסיון על מידע, בניגוד לחיסיון על זהות המקור, יחול רק במקום שבו הוכח כי חיסיון כזה נדרש על ידי המקור וכי מסירת המידע הותנתה בשמירה על סודיותו.²⁵

באשר לשאלה אם החיסיון העיתונאי חל על חומר גלם עיתונאי שצולם במרחב הציבורי – ההלכה השתנתה לאחרונה. באופן מסורתי נטו בתי המשפט לקבוע כי החיסיון אינו חל במקרה כזה,²⁶ אולם הלכה זו שונתה בעניין מרים צחי. בדצמבר 2011 סיקרה מרים צחי, צלמת של העיתון מקור ראשון, תקיפה של בסיס צה"ל בחטיבה המרחבית אפרים שבשומרון בידי פעילי ימין קיצוני. יומיים אחרי התקיפה פורסמו בעיתון תמונות שצילמה צחי, שבהן לא היה אפשר לזהות את המעורבים. המשטרה דרשה שצחי תמסור לידיה את כל הצילומים שצילמה בזמן האירוע, בטענה שהם דרושים לה כדי לגלות את האחראים לאירוע. העיתון ומרים צחי התגוננו בטענה שחשיפת התמונות תגרום לחשיפת המקור העיתונאי שמסר לצחי מידע על התרחשות התקיפה, ולכן הן חוסות תחת החיסיון שבין עיתונאי למקור. המשטרה עתרה לבית משפט השלום, וזה קיבל את דרישת המשטרה ודרש מצחי להפקיד בכספת בית המשפט את הצילומים שצילמה. בעקבות ערעור שהגישה צחי הפך בית המשפט המחוזי את החלטת

23 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט קדמי ופס' 3 לפסק דינו של השופט מצא.

24 ראו למשל ת"א (מחוזי י"ם) 455/94 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' רשת שוקן, פס' 4-5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.6.1995).

25 עניין רשת שוקן, לעיל ה"ש 22, פס' 25 לפסק הדין.

26 בג"ץ 172/88 Time Incorporated חברה הרשומה בארצות הברית נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 139 (1988).

בית משפט השלום, קבע שצחי תמסור רק כ-50 תמונות הדומות לאלה שפורסמו במקור ראשון ואפשר לה שלא למסור למשטרה כ-100 תמונות נוספות שבהן ניתן לזהות מתפרעים רבים. בית המשפט פסק כי החיסיון חל על תמונותיה של צחי הואיל ויש במסירתן כדי להביא לזיהויו של המקור.

בעקבות פסיקת המחוזי הגישה המדינה ערעור לבית המשפט העליון, ובסוף שנת 2012 פרסם בית המשפט העליון פסק דין שבו הוא מרחיב את תחולת החיסיון בין עיתונאי למקור. בית המשפט קבע כי החיסיון חל גם על מידע עיתונאי שמסירתו עלולה לחשוף את זהות המקור העיתונאי. יש לציין כי בתי משפט מחוזיים כבר קבעו בעבר כי חיסיון עיתונאי חל על מידע שגילוי עולל להביא לחשיפת המקור, אולם עד מקרה זה לא נידונה הלכה זו בבית המשפט העליון. כמו כן כתבו השופטים במפורש כי שאלות שעניינן היקפו של החיסיון העיתונאי מחייבות בחינה סדורה, מקיפה ומדוקדקת בידי המחוקק, ולכן ראוי שהצעות חוק התלויות ועומדות בנושא יבשילו לכדי חקיקה.²⁷

ז. החיסיון העיתונאי כמקים חובה חוזית ונזיקית

בשנים האחרונות הוכרה הבטחתו של עיתונאי למקור שלא לחשוף את זהותו כיוצרת חובה משפטית, חוזית ונזיקית של העיתונאי כלפי מקורו, כך שבמקרה של הפרת הבטחה זו המקור יכול לתבוע את העיתונאי ולדרוש פיצוי.²⁸ הדיון בחובה החוזית התעורר בפרשת כתב עיתון הארץ ברוך קרא והפרקליטה ליאורה גל-טברקוביץ. בינואר 2003 פרסם קרא ידיעה שהדליפה לו עורכת הדין גל-טברקוביץ, פרקליטה במחוז מרכז, בדבר בקשת משרד המשפטים לקיים חיקור דין לאיש העסקים סיריל קרן בעקבות מידע שהתקבל על העברת סכום כסף גדול מחשבונותיו לחשבונות הבנק של בנו של ראש הממשלה דאז אריאל שרון. קרא סירב לחשוף את זהות המקור שלו, אבל המשטרה קיבלה צו מבית משפט המתיר לעיין ברישומי שיחות הטלפון היוצאות והנכנסות שלו.

27 רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם בנבו, 29.11.2012).

28 ת"א (מחוזי ת"א) 1121/07 גל-טברקוביץ נ' קרא, פס' 17-18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.11.2011); ע"ח (מחוזי י"ם) 35991-12-11 מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 17-18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.1.2012).

בשל הראיות שנמצאו זומנה עורכת הדין גלט-ברקוביץ לחקירה. היא הודתה במסירת המסמכים והורשעה בעברה של גילוי סוד רשמי ובהפרת חובה חקוקה, ונידונה למאסר על תנאי ולקנס.²⁹

לאחר ההרשעה תבעה גלט-ברקוביץ את ברוך קרא, את עורך החדשות בעיתון הארץ שמואל רוזנר, את המו"ל עמוס שוקן ואת הוצאת העיתון בתיבת נזיקין על סך 2.5 מיליון שקלים בגין הפרה של חובת הזהירות ובגין הפרת חוזה. בבית המשפט המחוזי נקבע כי מערכת היחסים בין עיתונאי וכלי תקשורת לבין מקור נשלטת על ידי החובה האתית המגולמת בסעיף 22 של תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות. במישור המשפטי היא נשלטת על ידי דיני החוזים ודיני הנזיקין, שכן הסכם בין עיתונאי למקור בדבר סודיות זהותו של המקור הוא בסיס לתביעה חוזית ונזיקית. כך, אם הופרו תנאי ההסכמה בין העיתונאי למקורו תקום עילת תביעה חוזית, ואם העיתונאי והעיתון לא נהגו בזהירות הדרושה בשמירה על חסיון זהותו של המקור ועקב כך נחשפה זהותו, תקום עילה לתביעה נזיקית.

לפי פסק הדין, התנאי המרכזי העומד ביסוד קיומו של חוזה שבו מובטח למקור שלא לחשוף את זהותו או את המידע הנמסר מטעמו הוא הדרישה למפגש רצונות בין הצדדים וקיומה של הסכמה הדדית ביניהם להתקשר בהסכם מחייב, שבאה לידי ביטוי ביסוד גמירת הדעת. המבחן לגמירת דעתם של הצדדים הוא מבחן אובייקטיבי הנלמד מאמות מידה חיצוניות, והוא כולל את נסיבות העניין, את התנהגות הצדדים ואת אמירותיהם לפני קיום ההסכם ואחריו. במקרה שבו החוזה בין העיתונאי למקור אינו כתוב, היעדר הכתב אינו פוגע בתוקפו, אבל הנטל להוכחת קיומו של החוזה ושל תנאיו רובץ לפתחו של הטוען להם.³⁰ בית המשפט קבע כי בין עיתונאי לבין מקור שאינו מעוניין בחשיפת זהותו נכרת למעשה חוזה. התנאים הבסיסיים שמציבים הצדדים בחוזה מסוג זה הם שהמקור מוסר לעיתונאי מידע, ושהעיתונאי רשאי לעשות במידע שימוש, קרי לפרסמו לציבור, אך בלי שימסור את זהותו של המקור. מובן ששני הצדדים רשאים להוסיף או לגרוע, בהסכמה, תנאים מתנאים שונים באותו חוזה שהם כורתים ביניהם.

29 ת"פ (שלום ת"א) 10106/03 מדינת ישראל נ' ברקוביץ (פורסם בנבו, 7.6.2004).
30 עניין גלט-ברקוביץ נ' קרא, לעיל ה"ש 28, פס' 17, 26 לפסק הדין.

בית המשפט הכיר בחובתו של העיתונאי לקיים את תנאי ההסכם בינו לבין מקורו: "אין חולק, שאם המקור מציב תנאים מפורשים וברורים לעיתונאי, על העיתונאי, ככל שהוא מעוניין בפרסום בנסיבות כאלה, לעמוד בהם. הפרת המוסכם או הפרת הבטחות ספציפיות תחשב להפרת חוזה".³¹ למעשה, אם העיתונאי חשף את זהות המקור למרות הסכם החיסיון שהוסכם בינו לבין המקור תהיה זו הפרת חוזה. מעבר לכך, אם הוסכם על תנאים נוספים, למשל שהחומרים שנמסרו לעיתונאי לא יפורסמו, גם הפרת תנאים אלו תהיה משום הפרת חוזה.

למרות העמדה העקרונית שהובעה בפסק הדין, בפועל בית המשפט דחה את הטענה בדבר הפרת חוזה במקרה של גל"ט-ברקוביץ, כיוון שנקבע כי התובעת לא הוכיחה את תנאי הסכם החיסיון שנטענו על ידה. גל"ט-ברקוביץ טענה שסיכמה עם קרא על הגבלות בשימוש במסמכים שמסרה לו. ואולם בית המשפט קבע כי מבחינת התנהגותה של התובעת בנסיבות המקרה, מדברים שאמרה בהליכים המשפטיים, מהודעתה בהסדר הטיעון ועוד לא השתמע כי הוטלו מצדה איסורים בדבר חשיפת המסמכים, אלא ההפך הוא הנכון. לכן במקרה זה התובעת לא הצליחה להוכיח לבית המשפט את קיומם של תנאי ההסכם שנטענו על ידה.³²

בשנת 2008 פורסמו בעיתון הארץ מסמכים מסווגים של צה"ל בכתבה של העיתונאי אורי בלאו על חיסולי מבוקשים ביהודה ושומרון. רשויות הביטחון פתחו בחקירה במטרה לאתר את המסמכים שבהם השתמש בלאו ואת המקור שהעביר אותם אליו. בין השב"כ לבלאו נחתם הסכם שלפיו בלאו יעביר לידי השב"כ את כל המסמכים הסודיים שברשותו וכל מסמך שלכאורה יש בו כדי לפגוע בפעילות מבצעית של גורמי ביטחון או לסכן אותה. בתמורה הוא לא ייחקר כחשוד ולא יישאל על מקורותיו. כמו כן נקבע כי אם ימצא החשוד בהדלפת המסמכים, מסמכים אלו לא יישמשו ראיה נגדו.³³

מערכת הביטחון פירשה את ההסכם כך שיותר לה להשתמש במסמכים שבלאו מסר על מנת לאתר את המקור. מבדיקת המסמכים עלה כי המדליפה היא ענת קם, פקידה בלשכתו של אלוף פיקוד המרכז. מאחר שבלאו העביר רק חלק מהמסמכים שברשותו ובכך הפר את ההסכם עם שירות הביטחון הכללי, המדינה

31 שם, פס' 32 לפסק הדין.

32 שם, פס' 43 לפסק הדין.

33 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 36-42.

לא ראתה עצמה מחויבת להסכם, ורשויות התביעה עשו שימוש במסמכים אלו במשפט נגד ענת קם. על קם נגזרו 4.5 שנות מאסר בפועל ו-18 חודשי מאסר על תנאי, והיא הואשמה בהחזקת מידע סודי ובמסירתו ללא היתר.³⁴ קם הגישה ערעור לבית המשפט העליון,³⁵ ובעקבותיו קוצר עונשה בשנה, ל-3.5 שנות מאסר. כמה חודשים לאחר ההכרעה בעניינה הגישה ענת קם תביעה נגד הוצאת עיתון הארץ, אורי בלאו, עמוס שוקן, מו"ל העיתון, ואבי זילברברג, שכיחן אז כראש מחלקת חדשות ותחקירים בעיתון, ובכך היה אחראי לפעולותיו המקצועיות של בלאו. קם טענה להפרת חובת הזהירות ולהפרת חוזה כלפיה מצד הנתבעים. הנתבעים, כך נטען, הפרו את התחייבותם החוזית שלא לחשוף את קם כמקור מידע. הם קיימו את החוזה בחוסר תום לב בכך שהחליטו לפרסם שורה של פרסומים הנסמכים על המסמכים המסווגים שהעבירה קם לבלאו בסמיכות זמנים צפופה ובאופן שעורר חשד שהמסמכים הגיעו מאותו מקור, ואף שילבו בכתבותיהם צילומים של חלק ממסמכים אלו. נוסף על כך, המסמכים שפורסמו נקשרו לאלוף פיקוד מרכז, שקם שירתה בלשכתו, ולתקופה שבה שירתה; לכן פרסום מסמכים אשר סייעו לזיהויה כמקור הוא לכל הפחות קיום חוזה בחוסר תום לב ובדרך שאינה מקובלת. תביעה זו עודנה תלויה ועומדת.

לסיכום, נראה שבתי המשפט בישראל מכירים בכך שהסכם החיסיון הנערך בין עיתונאי למקור הוא הסכם חוזי באופיו וכי על העיתונאי מוטלת החובה לעמוד בתנאיו. ואולם מאחר שההסכם עם העיתונאי נערך לרוב בעל פה, ולעתים אף לא פנים אל פנים, הקושי העיקרי בשימוש בטענות חוזיות בתביעה של מקור נגד עיתונאי הוא בהוכחת תנאי ההסכם; קשה להידרש לטענות על תוכן מדויק של הסכם ללא תיעוד שלו.

גם ההקשר הנזיקי של הפרת חובת הזהירות במקרה של הפרת הסכם בין עיתונאי למקור נידון בעניין גלטי-ברקוביץ. בית המשפט קבע כי במקרים שבהם הסכם בין עיתונאי למקור אינו מפרט תנאים אלא רק אוסר על חשיפת זהות המקור, ואילו העיתונאי לא חשף את המקור אך לא נהג בזהירות הראויה כדי שזהות המקור לא תיחשף, המקור יוכל ליהנות מטענת הפרת חובת הזהירות ולזכות בפיצוי נזיקי:

34 ענת באלניט "החתול, העכבר והשמנת" אתר העין השביעית 15.6.2012.

35 ע"פ 8445/11 ענת קם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2012).

אם מדובר במצב שבו החוזה הוא כללי ולא מפורט, כלומר שהמקור לא מצייד את העיתונאי ב"מפרט" של "עשה ולא תעשה", אלא אך בהנחיה כללית של "אל תחשוף את זהותי", עדיין, מכוחם של היחסים המיוחדים הנוצרים באותו רגע בין השניים, חב העיתונאי חובת זהירות למקור.³⁶

בפסק הדין נקבעו שלושה עקרונות בעניין היקף חובת הזהירות של עיתונאי כלפי מקור: ראשית, על העיתונאי להכיר באפשרות שחשיפת המקור עלולה לגרום למקור נזק, לעתים אף נזק דרמטי; שנית, על העיתונאי מוטלת החובה הראשונית שלא למסור את שמו של המקור; שלישית, על העיתונאי להימנע ממסירת כל פרט אחר שיהיה בו כדי להסגיר את זהות המקור.³⁷ לעניין זה אף ניתנה דוגמה:

כך, למשל, אין כל טעם לומר: "אני לא מוסר לכם את שמו של המקור שלי, אבל הוא יושב בבניין העירייה, בקומה החמישית, בחדר 527, השולחן שלייד החלון". בהקשר זה אין גם לפרסם פרטי מידע, המצויים אך ורק בידיעת המקור, שכן אז יופנה הזרקור מיידית אליו.³⁸

תביעתה של גלט-ברקוביץ נדחתה ונקבע כי לא הייתה בפרשה זו הפרה של חובת הזהירות. בין השאר דן בית המשפט בשאלה אם ברוך קרא היא חייב להימנע משימוש בטלפון האישי שלו בתקשורת עם המקור. לשם כך בחן בית המשפט אם היה עליו לצפות שתיפתח חקירה פלילית שבה יתבקש צו לחשיפת פלט השיחות של הטלפון בביתו. על שאלה זו השיב בית המשפט בשלילה, משום שהמידע שהודלף לא נגע לביטחון המדינה והעיתונאי עצמו לא היה חשוד אמיתי בכיצוע עברות פליליות. פתיחת חקירה פלילית הייתה משום כך מחוץ לתחום הצפיות הסבירה.³⁹

36 עניין גלט-ברקוביץ נ' קרא, לעיל ה"ש 28, פס' 32 לפסק הדין.

37 שם, פס' 33 לפסק הדין.

38 שם.

39 מרדכי קרמניצר "על חובת הזהירות" אתר העין השביעית 24.11.2011.

גלט-ברקוביץ ערערה על פסק הדין לבית המשפט העליון. היא ביקשה לקבוע כי "אין לבחון את עמידתו של עיתונאי בחובת הזהירות החלה עליו באורם של 'התנאים' אשר הוצבו במפורש על ידי המקור, כי אם יש לבחון האם החלטתו של העיתונאי לפרסם פרט זה או אחר הייתה סבירה לאור נסיבותיו של כל מקרה ומקרה".⁴⁰ המקרה של גלט-ברקוביץ, כך הודגש, היה חריג ברגישותו, ועל כן היה ראוי שהעיתונאים ינקטו זהירות מופלגת לגבי המקור. בערעור העלתה גלט-ברקוביץ טענות שנדחו על ידי בית המשפט המחוזי באשר לאי-נקיטת זהירות מצד העיתונאים כלפיה עד כדי התרשלות שגרמה לחשיפתה כמקור.⁴¹

בפרשה זו עלתה על הפרק השאלה בדבר גבולות חובת הזהירות של עיתונאי כלפי מקור. לפי החלטת בית המשפט המחוזי קיימת חובת זהירות של עיתונאי כלפי מקור אבל היא מושפעת מהנסיבות, ובפרט מציפיות העיתונאי באשר לפתיחת חקירה פלילית נגד המקור, וכן מהתנאים שהמקור הציב. הערעור עודנו תלוי ועומד, ובית המשפט העליון יצטרך לקבוע מסמרות בדבר גבולות חובת הזהירות העיתונאית.

אחת הטענות המרכזיות בתביעה שהגישה ענת קם נגד אורי בלאו, עמוס שוקן ואבי זילברברג הייתה שהנתבעים הפרו את חובת הזהירות המוגברת שהייתה להם כלפיה. לפי כתב התביעה, הנתבעים היו צריכים לצפות את חקירתה ואף את מעצרה לנוכח פרסום הכתבות ותוכנן, בשל רגישות המידע שנחשף, פרסום המסמכים המסווגים בכתבה וניסיונו האישי הרב של בלאו כעיתונאי, ולנוכח פרשות קודמות ובפרט מקרה גלט-ברקוביץ.⁴² עוד נטען כי יש לבחון את נסיבות ההפרה על רקע הפער הגדול בין הניסיון והמיומנות של אורי בלאו ועיתון הארץ, אשר עובדים עם מקורות עיתונאיים כבר שנים רבות לבין אלה של ענת קם, שפעלה כמקור עיתונאי לראשונה בחייה. לכן על הנתבעים חלה חובת זהירות מוגברת הנוגעת לא רק לשמירת המסמכים המסווגים שהעבירה אלא גם לשמירת חסיונה כמקור. עוד נטען בתביעה כי

40 אורן פרסיקו "בידיעת המקור" אתר העין השביעית 29.12.2011.

41 ע"א 9705/11 גלט-ברקוביץ נ' קרא.

42 עמ' 12 לכתב התביעה בת"א 6373-04-13 ענת קם נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ.

בהתחשב במעשיהם של הנתבעים, ועקב יחסי השכנות והקרבה שבין העיתונאי למקור, יכלו הנתבעים לצפות צפייה סבירה את הנזקים שייגרמו לענת קם. כמו כן, קם טענה בתיעודה שהפרת סעיף 22 לתקנון האתיקה המקצועית של מועצת העיתונות, הקובע כי "לא יגלו עיתון ועיתונאי מידע שנמסר להם בתנאי שישאיר חסוי ולא יחשפו זהותו של מקור חסוי אלא בהסכמתו של המקור", היא בבחינת הפרה של חובה חקוקה המאפשרת לזכות בפיצוי נזיקי. התובעת טענה כי הלכה פסוקה היא שתקנון האתיקה המקצועית הוא אמת מידה לבדיקת סבירות התנהגותו של העיתונאי, והפרת החובה בתקנון מחזקת את הטענה בדבר התרשלותם של הנתבעים.

בכתב ההגנה שהוגש בפרשה כופרים אורי בלאו ועיתון הארץ בכל אחריות למצבה של קם. קם, כך נטען, "לא ביקשה מבלאו כי 'לעולם לא יגלה מהיכן הגיעו המסמכים והחומרים לידיו'", אבל גם בלאו הבקשה בלאו "לא גילה את זהות התובעת כמקור, לא לממונים עליו ואף לא בשעה שנחקר על ידי הרשויות, וכך במשך כעשרה חודשים, עד אשר הודתה התובעת במעשים שעשתה ואף הורתה לו למסור את כל המסמכים לרשויות". בכתב ההגנה נטען עוד כי למדינה באמצעות הרשויות החוקרות יש דרכים לקבל לידיה את המסמכים המסווגים שלקחה התובעת ושהועברו לבלאו גם בלי לקבל את הסכמת הצדדים. לדירם של הנתבעים אין ספק כי כך הייתה המדינה נוהגת גם אלמלא הגיעה קם להסכם עם בלאו.⁴³ כמו כן נטען כי בזמן אמת, כאשר פורסמו התחקירים המבוססים על המסמכים שהודלפו, קם לא פנתה לבלאו בטרוניה כלשהי על הפרסומים. ההפך הוא הנכון – תוכנן של השיחות היחידות שהתקיימו ביניהם לאחר הפרסום כלל דברי שבח של התובעת לבלאו על הפרסומים, שביטאו את דעתה, רצונה והמניעים שבגינם מסרה לבלאו את המסמכים. בהמשך כתב ההגנה נטען כי "כל נזק שנגרם לתובעת הוא פרי מעשיה, ואין לה אלא להלין על עצמה ועל המעשים שעשתה. [...] הנתבעים מילאו חובתם כעיתונאים בכפוף לחוק. התובעת היא זו שחשפה עצמה, הודתה במעשים שעשתה, ואין לה אלא להלין על עצמה גם בעניין זה".⁴⁴

43 שם, בעמ' 2.

44 שם, בעמ' 8 לכתב ההגנה.

כמו בעניין המחויבות החוזית בין מקור לעיתונאי, גם בהקשר הנזיקי יש עמימות בדיון הישראלי, עד שיינתנו פסקי דין בעניין גלט-ברקוביץ ובעניין קם.

ח. החיסיון העיתונאי בהליכי חקירה ובהליכי חיפוש

בהליכי חקירה עיתונאי עשוי להידרש למסור מידע שברשותו, הכולל את זהות המקור או מידע שעלול להביא לזיהוי המקור. ישנן כמה דרכי חקירה וחיפוש העלולות להפר את החיסיון העיתונאי. אלה העיקריות בהן: חקירה, חיפוש בחפצי העיתונאי ותפיסה שלהם, קבלת נתוני תקשורת של העיתונאי והאזנות לשיחות הטלפון שלו. היום טוענים רבים כי הבעיה הגדולה של דוקטרינת החיסיון העיתונאי היא בפרקטיקה הנוגעת לאישור אמצעי חקירה וחיפוש נגד עיתונאים, הן על ידי רשויות האכיפה והן על ידי בתי המשפט.⁴⁵ נראה שהבעיה טמונה בכך שבמרבית המקרים המובאים לפנייהם, שופטים מעניקים צווים להפעלת אמצעי חקירה נגד עיתונאים, בעיקר צווי קבלת נתוני תקשורת והאזנות סתר, בקלות ומתוך הסתפקות במערך העובדות שמציגה המשטרה. לפי דוח של מבקר המדינה בעניין האזנות סתר משנת 2001,⁴⁶ רק בקשות ספורות מתוך אלפי בקשות למתן צו האזנה שהוגשו באותה שנה נדחו על ידי בתי המשפט. בעקבות דוח זה התקיים דיון בוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת בנושא האזנות סתר ואישור הבקשות על ידי בית המשפט. יו"ר הוועדה ח"כ אמנון כהן אמר בדיון הוועדה:

זה מעלה את השאלה איך ייתכן שכמעט כל הבקשות לבית המשפט מאושרות, כאילו בית המשפט הוא חותמת גומי, בלי

45 פרוטוקול כנס "עתיד החיסיון העיתונאי בישראל", המכון הישראלי לדמוקרטיה, בעמ' 58 (20.5.2013) (סיכום מצומצם של הדיון פורסם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה). ראו למשל את דבריהם של ד"ר ישגב נקדימון, העיתונאי ברוך קרא ובן ציון ציטרין, שאמר: "צריך עוד לרכז את המאמץ בתקופה הקרובה בטיפול בהיבט הטכנולוגי כי הוא קריטי. זאת דעתי". כמו כן ראו איתמר ב"ז "מקור החשש" אתר העין השביעית 19.5.2013.

46 מבקר המדינה דוח שנתי 54 לשנת 2003 ולחשבונות שנת הכספים 2002 279 (2004).

להיכנס לפרטים, בלי להגביל את ההיתר וכו'. [...] אני לא יכול להיכנס לשיקול הדעת של השופטים, אבל לא ייתכן ש-99% מהבקשות שמגיעות אליהם מאושרות. זה דבר לא סביר ולכן גם כאן צריך לעשות בדק בית.⁴⁷

עופרה תם רוזנר, מבקרת בתי המשפט, ציינה באותו דיון כי ממצאי הדוח אינם כוללים חלק מהבקשות למתן היתר להאזנות, מאחר שאלו אינן נרשמות במזכירות בתי המשפט. בעקבות הביקורת חודדו ההנחיות בבתי המשפט וניתנה הוראה לרשום את כל הבקשות לעניין האזנות סתר.⁴⁸ ואולם גם הנתונים מהשנים האחרונות מעידים כי רק בקשות ספורות למתן האזנות סתר נדחת בבתי המשפט. לפי דיווח המשטרה, בשנת 2011 הוגשו 2,682 בקשות להאזנות לאישור בית המשפט ורק 6 מתוכן נדחו.⁴⁹

כמו כן, מהתלונות הרבות שהתקבלו במשרד מבקר המדינה בגין אי-קיום ההנחיות והחוק הנוגעים להאזנות סתר על ידי כוחות האכיפה, אנו מתרשמות כי בפועל המשטרה מעגלת פינות ביישום ההנחיות ומנצלת את העובדה שלשונן אינה מפורטת ומחייבת דייה על מנת להכשיר הפעלת אמצעים נגד עיתונאים לשם חשיפת מקורותיהם. כך, למשל בכנס שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה סיפר העיתונאי ברוך קרא כי בפרשת גל"ט-ברקוביץ התחוויר לו בדיעבד שהשופט הורה על צו לקבלת פלט השיחות שלו, משום שהמשטרה טענה שהוא עצמו, כעיתונאי, חשוד. לאחר קבלת הצו הוא זומן לחקירה במשטרה על מנת "להלבין" את הצו ונאמר לו שהוא חשוד בשיבוש הליכי חקירה. מהתנהלות זו אפשר להסיק כי לכאורה כל עיתונאי המנסה לברר פרטים על פרשיות כלשהן יוכל להיחשב בקלות לחשוד בשיבוש הליכי משפט. שופטים נוהגים להסתפק

47 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 87 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת השש עשרה, 4 (17.5.2004).

48 שם, בעמ' 21.

49 עו"ד יואב תלם "חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979, דיווח לשנת 2011". הוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת (2011). לנתונים דומים בשנים קודמות ראו מבקר המדינה, לעיל ה"ש 46.

בכך שהעיתונאי "חשוד" כדי להעניק צווים המסמיכים את המשטרה לנקוט אמצעים נגדו ובכך מרוקנים את החיסיון העיתונאי מתוכן הלכה למעשה.⁵⁰ הדרך הישירה ביותר לקבלת מידע מעיתונאי היא זימונו לחקירה, בין כחשוד ובין כעד. בתי המשפט קבעו כי אם בזמן החקירה העיתונאי טוען להגנת החיסיון העיתונאי, אין החוקר רשאי לכפות עליו להשיב.⁵¹ לכן השאלה היא אם במקרה שרשות החקירה תפנה לבית המשפט בבקשה לחייב את העיתונאי להשיב, יוכל בית המשפט להורות על כך.⁵²

50 ראו תלם, לעיל ה"ש 49, בעמ' 5-6, 30. לדוגמה ראו את טענותיו של אביגדור ליברמן בדיון של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, שתיעוד בפרוטוקולים של ועדת הפנים ושל בית המשפט מוכיח ששופטים הוטעו במסגרת בקשות למתן צו להאזנת סתר (הוועדה לענייני ביקורת המדינה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 15). לאחר פרסום דוח מבקר המדינה שבחן את האזנות הסתר בישראל ולאחר כינוס צוות הבריקה בנושא האזנות סתר, שהגיש דוח בנושא בשנת 2005, נכתבו כ-40 הנחיות וכללים חדשים שנועדו לשפר את התנהלות כוחות המשטרה בעניין. בדוח שהוציא מבקר המדינה בשנת 2008 יש התייחסות לתלונות שהתקבלו בגין התנהלות לא תקינה הנוגעת להאזנות סתר, בכמה מהן גם נראה שהייתה לכאורה התנהלות לא תקינה של המשטרה. ואולם כיוון שההתנהלות שקדמה לתלונות אלו אירעה טרם כניסת ההנחיות לתוקף, המבקר בחר שלא להתייחס אליהן. אחת מהתלונות התקבלה לאחר כניסת ההנחיות לתוקף, ועניינה פרשת רמון. בעקבות בחינת פרשה זו קבע המבקר כי התקלות בפרשת רמון –

מקורן באי-יישום הכללים והנהלים כלשונם או כרוחם. ראוי אפוא כי המשטרה והפרקליטות ימשיכו וינקטו צעדים שעיקרם שינון, הדרכה והטמעת הערכים, העקרונות, האיזונים והכללים הנוגעים להאזנת סתר בקרב העוסקים במלאכה, בכל הדרגים. חשוב לא פחות שהמשטרה תפרסם את הפקודות המעודכנות ובמידת הצורך תדאג לתיקון נהליה הנוגעים לעניין (מבקר המדינה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 59).

נציין כי הנהלים שהופרו בפרשת רמון אינם הנהלים שציינו, אבל אפשר להסיק מהערת המבקר את התנהלותם של גורמי האכיפה ובפרט את יחסם לנהלים ולכללים הנוגעים להאזנת סתר. ראו "עתיד החיסיון העיתונאי בישראל", לעיל ה"ש 45, בעמ' 14.

51 עניין ברקוביץ, לעיל ה"ש 28, פס' 9 לפסק הדין; רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748, 767-766 (2003).

52 לגישה המשיבה על שאלה זו בשלילה ראו ב"ש (שלום ת"א) 1092/02 משטרת ישראל נ' טוכמן (פורסם בנבו, 10.1.2002). להצעה להעניק לבית המשפט סמכות

הואיל ולא כל ההנחיות זמינות לעיון הציבור, והואיל וניסיונותינו לקבלן עלו בתוהו, יש להניח שמשטרת ישראל הטמיעה כמה מן העקרונות שנקבעו בהלכה הפסוקה בנהלים הנוגעים לפעולות שמטרתן גילוי זהותו של מקור מידע או תפיסת חומר שהגיע לעיתונאים תוך כדי עבודתם, כמו עדות עיתונאים, חקירת עיתונאים כעדים או כחשודים, חיפוש אצלם וקבלת מידע עליהם מגופים חיצוניים.⁵³ המשטרה קבעה נהלים בדבר הפעלת סמכות המשטרה לזימון, לחקירה ולעריכת חיפוש. נהלים אלו מכירים בכך שבביצוע פעולות חקירה יש משום פגיעה בעקרון חופש הביטוי, ועל כן נדרשת המשטרה לנהוג באיפוק רב בהפעלת סמכויותיה על פי חוק ולהפעילן רק לאחר מיצוי כל הדרכים החלופיות בחקירה.⁵⁴ לכן נקבע כי זימון עיתונאי לחקירה או לעריכת חיפוש אצלו טעונים אישור של ראש אגף חקירות ומודיעין במשטרה (לאחר שידע את המפכ"ל וקיבל את אישורו לכך).⁵⁵ השיקולים שיובאו בחשבון בהקשר זה נסמכים בחלקם על ההלכה הפסוקה בעניין חיסיון עיתונאי: נחיצות גילוי מקור המידע לחקירה, חומרת העברה הנחקרת והאפשרות להגיע למידע או למקורות בדרכים חלופיות.⁵⁶ נוסף על כך, כל הגשת בקשה לבית המשפט שיש, או שיכולה להיות, עמה פגיעה בחיסיון העיתונאי טעונה אישורו של ראש האגף לחקירות ולמודיעין (לאחר שידע על כך את פרקליט המדינה).⁵⁷

-
- להורות לעיתונאי להשיב ראו משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבדיקת סוגיית החיסיון העיתונאי 15, 34 (1994).
- 53 נוהל האגף לחקירות ולמודיעין במשטרת ישראל 03.300.227 "עיתונאי: אישור זימון לחקירה ולעריכת חיפוש" (עודכן ביום 24.12.2006); נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 51-52.
- 54 נוהל האגף לחקירות ולמודיעין, לעיל ה"ש 53, ס' 1(ג).
- 55 שם, ס' 3.
- 56 שם.
- 57 שם. נהלים אלו אינם חלים כלשונם על חקירת חשדות כלפי עיתונאים בעברות שאינן נוגעות לפעילותם כעיתונאים (ס' 1(ד)), אולם לאחר הוצאת הנהלים הובהר כי גם במקרים אלו יש לקבל לכך את אישורו של ראש האגף לחקירות ולמודיעין. וראו מכתב מאת ניצב יואב סגלוביץ, ראש האגף לחקירות ולמודיעין במשטרת ישראל, לכב' השופטת (בדימוס) דליה דורנר, נשיאת מועצת העיתונות, 12.2.2012.

בכל הנוגע לחיפוש אצל עיתונאי הנהלים קובעים כי חיפוש כזה ייערך על פי צו של שופט, שיינתן רק לאחר הגשת בקשה שבה צוין במפורש כי החיפוש מבוקש לשם גילוי זהותו של מקור מידע או לשם תפיסת חומר שברשות העיתונאי ואשר הגיע אליו תוך כדי עבודתו. הבקשה צריכה לכלול גם את ציון מקום החיפוש, הסיבה שבגינה הוא מתבקש ונימוקים המפרטים מדוע החיפוש רלוונטי להליכים ובעל חשיבות לשם עשיית משפט צדק בנושא מהותי.⁵⁸ אם בזמן החיפוש נתפס חומר שהעיתונאי טוען כי הוא חסוי, על החוקרים מוטלת החובה להכניסו, ללא עיון בו, למעטפה סגורה וחתומה ולהביאו לבית המשפט לשם הכרעה בטענת החיסיון.⁵⁹

הנהלים כוללים גם התייחסות לפניות של המשטרה לכלי התקשורת לקבלת סרטי צילום הדרושים לצורך חקירת אירועים שסוקרו על ידם.⁶⁰ הכלל הקבוע בעניין זה הוא שפניות לכלי התקשורת בבקשות מעין אלו, אסור שיהיו דבר שבשגרה. פניות כאמור ייעשו במקרים מיוחדים, בהתחשב בסוג העברה ובחומרתה, כאשר אי-אפשר להשיג את החומר המבוקש ממקור אחר ולאחר מיצוי דרכי חקירה חלופיות. אם סורבה בקשת המשטרה לקבלת סרטי צילום, ולהשגתם לצורכי חקירה יש חשיבות מכרעת, תפנה היחידה החוקרת באישור ראש האגף לחקירות ולמודיעין לבית המשפט בבקשה לקבלת צו. במקרים שבהם כלי התקשורת מסרבים לפניית המשטרה מתוקף הגנת החיסיון העיתונאי, יש להביא את הדבר לידיעת פרקליט המדינה.

היבט נוסף הנוגע לחיסיון בין עיתונאי לבין מקור נוגע לקבלת נתוני תקשורת. עניין זה עלה בפסיקה הנוגעת לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, שנכנס לתוקפו בשנת 2008 ומכונה "חוק האח הגדול". במאי 2012 התפרסמה החלטת בג"ץ בעניין החוקתיות של חוק זה.⁶¹ החוק מאפשר לרשויות החקירה לקבל נתוני תקשורת של לקוחות חברות הסלולר, הטלפוניה הקווית וספקי האינטרנט. הוא אינו מאפשר את קבלת תוכנם של המסרים המועברים, אבל הוא מעניק לרשויות המדינה סמכות

58 שם, ס' 3(1)(2)-(2).

59 שם, ס' 3(3).

60 שם, ס' 3(1)-(1).

61 בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012).

מעקב אחר הפעולות האלקטרוניות של אדם. לחוק נתוני תקשורת יש השפעה על חסיונות בין בעלי מקצוע ללקוחות בכלל ועל החיסיון העיתונאי בפרט, משום שקבלת נתוני תקשורת של עיתונאי עלולה לחשוף את זהותם של מקורות המידע שלו.

בית המשפט העליון בהרכב רחב קבע כי החוק יפורש בצמצום אך לא יבוטל. השופטים הכירו בכך שלחוק יש פוטנציאל לפגיעה בזכות לפרטיות וקבעו שכדי שפגיעה זו תהיה מידתית יש להפעיל את סמכויותיה רק במקרים שבהם הדבר נדרש לצורך ממוקד וקונקרטי ולא למטרות כלליות של גילוי עבריינים ומניעת פשע. בהקשר לעיתונאים נקבע בפסק הדין כי סעיף 3 לחוק, המאפשר לקצין משטרה לבקש היתר מבית משפט לקבלת נתוני תקשורת של עיתונאי ככל שהוא מעורב בעברה שבקשר אליה הוגשה הבקשה, הוא חוקתי. ואולם כאשר עיתונאי אינו החשוד בעברה או הקורבן, לא תאושר בקשה לקבלת נתוני תקשורת לפי סעיף 4 לחוק. סעיף זה מאפשר לקצין משטרה שהוסמך על ידי המפכ"ל להתיר קבלת נתוני תקשורת במקרים דחופים בלי לבקש את צו בית המשפט. קביעה זו תואמת את הקבוע בנוהלי משטרת ישראל.⁶² על דרך השלילה משתמע מהחלטתו זו כי אם העיתונאי אכן חשוד בעברה, קצין המשטרה יוכל לאשר עצמאית את העברת הנתונים.

ואולם פסק הדין איננו מתחשב בכך שנתוני תקשורת כוללים גם היסטוריית גלישה, שיכולה לסייע לרשויות השלטון לקבל מידע "תוכני" ולא רק מידע שמזוהה את עצם הקשר בין העיתונאי למקור. כך למשל, שילוב מידע הנוגע להיסטוריית הגלישה עם מעקב אחר שיחות הטלפון שעשה עיתונאי עשוי ללמד את רשויות החקירה עם מי דיבר העיתונאי ומה בדק לאחר השיחה – כלומר באילו נושאים עסקה השיחה.⁶³ בפרשת גלט-ברקוביץ, לדוגמה, הורה בית המשפט על צו

62 לפי פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח, שם, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש, בנוהלי המשטרה קבוע ש"ככל שידוע כי המנוי הוא עיתונאי, שאינו החשוד בעבירה ואינו הקורבן, לא יאשר הקצין המוסמך קבלת נתוני תקשורת מסוג נתוני תעבורה (רשימת שיחות יוצאות ונכנסות) לגביו". ראו גם יובל יועז "בג"ץ בהרכב מורחב: חוק 'האח הגדול' לא יבוטל, אך יפורש בצמצום" גלובס 28.5.2012.

63 יהונתן קלינגר "על בג"צ נתוני תקשורת: האם היסטוריית הגלישה שלכם פוגעת בפרטיות?" אתר INTELLECT OR INSANITY 29.5.2012.

לקבלת פלט השיחות של העיתונאי על מנת לחשוף את זהות המקור. ייתכן אפוא שמתן צווים לבדיקת רשומות טלפונים, תכתובות דואר אלקטרוני וכו' מרוקנים הלכה למעשה את החיסיון העיתונאי מתוכן, ולכן לא ראוי לאפשר אותם במקרים שבהם חל החיסיון העיתונאי. במוכן זה פסק הדין מבטא "בורות דיגיטלית" מצד בית המשפט, שאיננו מביא בחשבון את מגוון האפשרויות העומדות לפני רשויות המעקב והחקירה. אלו יכולות לעשות שימוש בנתוני תקשורת כדי לאגם מידע ולהסיק מסקנות על פי הצלבה בין מקורות שונים.

ט. האזנות סתר לעיתונאים

במאי 2013 טענה סוכנות הידיעות AP שממשלת ארצות הברית החרימה בחשאי הקלטות של שיחות טלפון שערכו עיתונאים ועובדים בסוכנות במשך חודשיים ב-2012. הידיעה עוררה גל של ביקורת נוקבת על התנהלות משרד המשפטים האמריקאי.⁶⁴ בישראל, כפי שהזכרנו קודם, הפרשה העיקרית שבה נידון הקשר בין הגנת החיסיון העיתונאי להאזנות סתר היא פרשת מרדכי גילת.⁶⁵ בפרשה זו הובהר כי הקלטת תוכן של שיחות עם עיתונאי עלולה לגלות את מקורות המידע שלו, ולפיכך נראה שיש לבחון דרכים למניעת גילוי זה.

צוות שמינה היועץ המשפטי לממשלה לבדיקת נושא האזנות הסתר המליץ לקבוע הנחיות פנימיות למשטרה גם בסוגיית האזנות סתר לעיתונאי, לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.⁶⁶ בחוק זה יש הסדר מיוחד לעניין האזנה לשיחות שהעדות עליהן חסויה, אך הוא אינו מתייחס לעיתונאים כלל. לפיכך במצבים שבהם העיתונאי הוא יעד להאזנה המליץ הצוות להטיל חובה על המשטרה לשקול את איזון האינטרסים קודם להגשת בקשת ההאזנה לבית המשפט ולקבל אישור מראש להגשת הבקשה מאגף החקירות והמודיעין במשטרה ומפרקליט המחוז. כמו כן במקרים שבהם מוגשת בקשה לבית המשפט המליץ

64 רויטרס "סוכנות הידיעות אי-פי: הממשלה החרימה הקלטות של עיתונאים" דה מרקר 14.5.2013.

65 ראו בפרק "מיהו בעל החיסיון העיתונאי?" במסמך זה.

66 חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118. ראו משרד המשפטים דוח צוות הבדיקה בעניין האזנות סתר 20-22 (2005).

הצוות להטיל חובה לציין בבקשה שמדובר בהאזנה לעיתונאי ולהציג לפני בית המשפט בהרחבה את השיקולים להגשתה. בעקבות הגילוי שמדובר בעיתונאי יוכל השופט לערוך את איזון האינטרסים הנדרש על פי ההלכה הפסוקה ולקבוע אם ראוי להסיר במקרה זה את החיסיון העיתונאי. הומלץ גם כי שיחות שייקלטו בהאזנה – הן כשיעד ההאזנה הוא העיתונאי והן כשיחות העיתונאי עלו אגב להאזנה ליעד אחר – יופנו לצוות שיורכב ממשפטן ומבעלי תפקידים בדרג הפיקודי של המשטרה, וצוות זה יבחן אם יש בהן כדי לחשוף מקורות מידע ומה מידת הרלוונטיות שלהן לעברה הנחקרת. שיחות שיימצאו רלוונטיות ויכילו חומר חסוי או ספק חסוי יועברו לבחינת בית המשפט על מנת שיקבע אם וכיצד אפשר לעשות בהן שימוש.

בהתאם לכך, בכנסת השש עשרה הוצע לתקן את חוק האזנות סתר כדי שיכלול הסדר הולם גם לעיתונאים. לפי ההצעה, לאחר סעיף 2 בחוק תבוא התוספת שלהלן:

האזנת סתר לעיתונאי

- 2א. העושה מעשה מהמעשים האמורים להלן, במגמה לחשוף מקור של עיתונאי, דינו – מאסר שמונה שנים:
- (1) אחד מהמעשים המנויים בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג);
- (2) קבלת פירוט מספרי טלפון עמם שוחח בעל מכשיר טלפון, ללא הסכמת בעל המכשיר.⁶⁷

67 הצעת חוק לשמירת החיסיון העיתונאי (תיקוני חקיקה), התשס"ג-2003, פ' 189. סעיף 2 של החוק, שאליו מתייחס הסעיף בהפניה לסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג), קובע כדלקמן:

(א) המאזין האזנת סתר שלא על פי היתר כדין, דינו – מאסר חמש שנים.
 (ב) המשתמש בידועין וללא סמכות כדין בידיעה או בתכנה של שיחה שהושגו על ידי האזנת סתר, בין שנעשתה כדין ובין שנעשתה שלא כדין, או מגלה ידיעה או תוכן שיחה כאמור בידועין לאדם שאינו מוסמך לקבלה, דינו – מאסר חמש שנים. (ג) המציב או המתקין מכשיר למטרת האזנת סתר שלא כדין או כדי לאפשר שימוש בו למטרה האמורה, דינו – מאסר חמש שנים.

חלק מן ההמלצות האמורות בדבר קבלת אישור ראש אגף החקירות והמודיעין במשטרה ופרקליט המחוז הרלוונטי לצורך הגשת הבקשה לבית המשפט, וכן ההמלצה לציון העובדה שמדובר בעיתונאי במסגרת הבקשה, עוגנו ככל הנראה בנהלי המשטרה.⁶⁸

אם כן, ההסדרים בדבר הפעלת סמכות המשטרה להאזנות סתר וכן ההסדרים בדבר הפעלת הסמכות לזימון, לחקירה ולחיפוש מעוגנים בנהלים בלבד ולא בחוק. מציאות זו אינה ראויה, שכן נהלים פנימיים ניתנים לשינוי ללא הליך ציבורי ואפשר לסטות מקיומם לפי שיקול דעת הרשות, וברוב המקרים הם גם אינם ידועים ושקופים לציבור. לכן כאשר מדובר בהסדרים שמונעים פגיעה בזכויות, כמו ההסדרים האמורים, יש למצוא להם עיגון קבוע ומחייב בחוק. מלבד הבעייתיות שבאי-עיוןם בחוק, ההסדרים שהתקבלו בעייתיים כשלעצמם. ראשית, מקורות עלולים להיחשף לפני מי שיאזין לשיחה, גם אם רק כדי להחליט אם יש בה חומר חסוי. שנית, ההסדרים מעמידים את העיתונאים בעמדת נחיתות לעומת בעלי החסיונות המקצועיים האחרים הקבועים בפקודת הראיות, שכן בעניין אלו חוק האזנות סתר קובע כי הקלטת שיחותיהם תובא לפני שופט, שרשאי להאזין להקלטה או לעיין בתמלילה. לפי החוק רק אם השופט מצא כי בשיחה יש חומר הנוגע לעברה שבשלה ניתן ההיתר, לעברה אחרת של יעד ההאזנה או לעברה אחרת מסוג פשע, או חומר שעשוי להביא למניעתה של עברה כאמור, הוא יורה על העברתו של חומר זה בלבד למבקש ההאזנה. הוראות אלו אינן חלות כאמור על האזנות סתר לעיתונאים. לכן גם ד"ר ישגב נקדימון טוען כי יש להשוות את תנאי האזנות הסתר לעיתונאי לתנאי ההאזנה לשאר בעלי החסיונות המקצועיים, כך שהטיפול בתוצרי ההאזנה יהיה זהה ויבוצע על ידי בית המשפט ולא על ידי המשטרה.⁶⁹

68 ועדת החקירה הפרלמנטרית לחקר האזנות הסתר סיכום דיוני הוועדה 24-25 (2009).

69 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 280.

פרק שני ניסיונות לעגן את החיסיון העיתונאי בחקיקה בישראל

כבר בעת ההכנה לקריאה שנייה ושלישית של החוק לתיקון דיני הראיות, התשכ"ט-1968, שעניגן בחוק את החסיונות המקצועיים, העלה חבר הכנסת אורי אבנרי הסתייגות שלפיה תוסף לחוק הוראה הנוגעת לחיסיון עיתונאי. לפי הצעתו, עיתונאי לא יהיה חייב לגלות לבית המשפט את שמו של אדם שמסר לו מידע כלשהו ששימש יסוד לפרסום עיתונאי פרי עטו, זולת אם הסכים מוסר המידע לגילוי שמו.⁷⁰ הסתייגות זו לא התקבלה בכנסת.

א. הצעות חוק מוקדמות

זמן לא רב לאחר קביעת הלכת ציטרין חודשו היוזמות לעיגונו של החיסיון העיתונאי בחוק. לפי הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (חיסיון עיתונאי) של חבר הכנסת מרדכי וירשובסקי משנת 1987, עיתונאי לא יחויב למסור את מקורות המידע שנכלל בפרסום עיתונאי ושהגיע אליו בזמן עבודתו העיתונאית, אלא אם בית המשפט שוכנע שהדבר נחוץ מטעמי ביטחון המדינה או חיוני לעשיית משפט צדק בעברה שהיא פשע, וכאשר אי-אפשר להישען על ראיות אחרות.⁷¹ ההצעה צמצמה למעשה את האפשרות להסיר את החיסיון העיתונאי והגבילה אותה רק למקרים של חשש לפגיעה בביטחון המדינה או להליכים פליליים בשל עברת פשע.

בשנת 1989 הגיש חבר הכנסת אלי דיין הצעת חוק פרטית נוספת לעיגון סטטוטורי של החיסיון העיתונאי, אך היא לא הצליחה לעבור את הליכי החקיקה. גם הצעה זו התייחסה רק לחיסיון על זהות מקורותיו של המידע שהגיע לעיתונאי

70 ראו פרוטוקול ישיבה שט"ז של הכנסת השישית ד"כ 52, 2971, 2972 (התשכ"ח).

71 ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (חיסיון עיתונאי), התשמ"ז-1987, ת"ק.

תוך כדי עבודתו. לפי ההצעה האמורה החיסיון הוא יחסי ואפשר להסירו אם בית המשפט שוכנע כי הדבר נדרש לשם מניעת עיוות דין או אם הגילוי יורד לשורשו של עניין בעל חשיבות ציבורית חיונית, כל זאת אם הוכיחו לבית המשפט כי אין אפשרות להישען על ראיות אחרות.⁷² על פי הצעה זו ייערך הדיון בדבר טענת החיסיון בדלתיים סגורות, ואם בית המשפט יחליט לשמוע את העדות חרף טענת החיסיון, תושמע העדות גם היא בדלתיים סגורות. באשר להעלאת הטענה בזמן החקירה המשטרתית, נקבע שהדיון בדבר הטענה יתקיים בבית המשפט המחוזי. בדברי ההסבר להצעה צוינו ארבעה נימוקים לצורך בחקיקת החיסיון: ראשית, הלכת ציטרין ניתנה על ידי השופט שמגר כדיין יחיד, ולכן לא ברור ערכה התקדימי; שנית, יש להקשות במידת מה את המבחן להסרת החיסיון שנקבע בפסק הדין; שלישית, יש צורך בהחלה מפורשת של החיסיון גם על הליכי חקירה משטרתיים ודיוני ועדות חקירה; ורביעית, ראוי שהחיסיון יוכר על ידי המחוקק ולא רק על ידי בית המשפט.

ב. דוח ועדת מעוז

בשנת 1993 מינו שר המשפטים והשר לביטחון פנים ועדה ציבורית בראשות פרופ' אשר מעוז לבדיקת סוגיית החיסיון העיתונאי. דוח הוועדה הוגש בסוף שנת 1994,⁷³ והומלץ בו לעגן בחקיקה חיסיון עיתונאי שהיקפו רחב יותר ממה שנקבע בהלכת ציטרין. דעת הרוב בוועדה הציעה לקבוע בחקיקה חיסיון עיתונאי יחסי, שיחול הן על זהות מקורות המידע והן על מידע שנמסר שלא לפרסום או העלול לגלות את זהות המקור. כמו כן הוצע כי טענת החיסיון תחול בהליכים משפטיים ובהליכי חקירה וחיפוש, והגנת החיסיון תחול גם על מי שמסייע לעבודתו העיתונאית של הטוען לטענת החיסיון. על פי ההצעה, החיסיון העיתונאי יוסר רק כאשר מתקיימים התנאים המצטברים האלה: הגילוי נדרש לעניין שאלה העומדת לדיון; הגילוי חיוני למניעת עברה חמורה, לעשיית צדק בנוגע לעברה חמורה או למניעת עוול חמור בהליכי משפט; אין ראיות

72 ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (עדות עיתונאי), התש"ן-1989, שצ"ב.

73 הוועדה לבדיקת סוגיית החיסיון העיתונאי, לעיל ה"ש 52.

מספיקות אחרות וגם אי-אפשר לגלותן באורח סביר; והגילוי אינו נדרש להוכחת עברה של גילוי בהפרת חובה, חוזה או אמון לפי סעיפים 117-119 לחוק העונשין (דהיינו עברת "הדלפה"). נוסף על כך הומלץ להקנות לבית המשפט את הסמכות להעדיף את החיסיון גם אם התקיימו כל התנאים הנזכרים לעיל. הצעה נוספת שהוזכרה ברוח היא שיש לערוך את הדיון בדבר החיסיון בדלתיים סגורות וכן לעיין בראיה בלי להביא את תוכנה לידיעת הצד המבקש את הסרת החיסיון.⁷⁴ דעת המיעוט, שניסח ד"ר זאב סגל, סברה כי יש לצמצם את אפשרות הסרת החיסיון רק למקרים שבהם הדבר חיוני למניעת פשע עתידי חמור וכאשר אי-אפשר להשיג את המידע בדרך אחרת. עם זאת הגבילה דעת המיעוט את תחולת החיסיון לזהות מקורות המידע בלבד. לפי עמדה זו הסמכות להסרת חיסיון צריכה להיות של בית המשפט העליון בלבד. עוד הוצע בדעת המיעוט כי חיפוש במשרדים של אמצעי תקשורת ובכלי עובדיהם ייעשה רק בצו של שופט בית משפט מחוזי, אשר שוכנע שהחיפוש הכרחי לשם מניעת פשע חמור.⁷⁵

ג. תזכיר של משרד המשפטים שהוכן בעקבות דוח ועדת מעוז

בעקבות דוח ועדת מעוז הוכן במשרד המשפטים בשנת 1997 תזכיר חוק לתיקון פקודת הראיות שביקש לעגן בחקיקה חלק מהמלצות הוועדה, כחלק מתיקון כולל ומקיף של פרק החסיונות בפקודה האמורה. התזכיר אימץ את דעת הרוב בוועדת מעוז וקבע כי יש לקבוע בחוק חיסיון עיתונאי יחסי ולהחילו הן על זהותם של מקורות מידע והן על מידע שנמסר בתנאי שלא יגולה. כמו כן אומצה ההמלצה שהחיסיון יחול גם על מי שעובד בשירותו של עיתונאי. ואולם בנוגע לתנאים להסרת החיסיון המלצת הוועדה אומצה רק בחלקה ונקבע שהחיסיון יוסר אם מצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש שלא לגלותה וכי נתקיימו שני התנאים: גילוי הראיה חיוני לעניין שאלה העומדת לדיון או לצורך מניעת ביצוע עברה חמורה; ואי-אפשר להשיג את התכלית שלשמה מתבקשת הראיה בדרך אחרת באופן סביר. כמו כן אומצה

74 שם, בעמ' 11-20.

75 שם, בעמ' 52-53.

הצעת הוועדה שלא יהיה אפשר להסיר את החיסיון כאשר הדבר נדרש להוכחת עברה של מסירת מידע או מסמך בהפרת חובה או אמון. התזכיר מרחיב אפוא את הסמכות להסרת החיסיון בהשוואה להלכת ציטרין, ובצד זאת מציע לקבוע חיסיון משפטי מוחלט בגין עברות הדלפה. לפי התזכיר, וכפי שהציעה גם ועדת מעוז, הדיון בהסרת החיסיון העיתונאי ייערך בדלתיים סגורות. התזכיר גם הציע לאפשר זכות ערעור מידית על החלטה שדוחה טענת חיסיון, הן לטוען לחיסיון והן לבעלי הדין, בד בבד עם עיכוב גילוי הראיה עד מתן ההחלטה בערעור. החיסיון יחול גם בהליכי חקירה, והסמכות לדון בשאלת הסרתה תהא מסורה במקרים אלו לנשיא או לסגן נשיא של בית משפט השלום. לשם הסרת החיסיון בחקירה יהיה על הרשות החוקרת להראות שגילוי הראיה חיוני לניהול החקירה; שהצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש שלא לגלות; ושאי אפשר להשיג את התכלית שלשמה מתבקשת הראיה בדרך אחרת באופן סביר. תזכיר זה לא הפך להצעת חוק.⁷⁶

ד. הצעות חוק מהעת האחרונה

בשנת 2003 הוגשו שתי הצעות חוק פרטיות נוספות בנושא. האחת הוגשה על ידי חבר הכנסת אבשלום וילן, והיא שילבה בין חיסיון עיתונאי בהליכי חקירה ומשפט לבין מניעת חשיפת זהות המקורות בהאזנות סתר ובקבלת נתוני חיוג.⁷⁷ לפי ההצעה יחול החיסיון על זהות המקור ויהיה אפשר להסירו רק אם מתקיימים שלושה תנאים:

1. בית המשפט מצא כי הצורך לגלות את הראיה הכרחי להגנה על ביטחון המדינה;
2. לשם מניעת אי-סדר או פשע, או לשם הכרעת דין בפשע חמור;
3. אין ראיות אחרות להכרעת הדין.

76 התזכיר לא תורגם לחקיקה בגלל כל מיני התנגדויות: היו שחשבו שתחולתו צרה מדי ואחרים סברו שהיא רחבה מדי. ראו איילת ברק-מדינה מסמך רקע בנושא הסדרת החיסיון העיתונאי בחקיקה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2003). כמו כן ראו נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 46-47.

77 ראו הצעת חוק לשמירת החיסיון העיתונאי (תיקוני חקיקה), התשס"ג-2003, פ/189.

חלקה השני של ההצעה מתייחס להחמרה בעונשו של מבצע האזנת סתר שתכליתה לחשוף מקור עיתונאי, או של מי שמקבל פירוט של מספרי טלפון שעמם התקשר בעל מכשיר טלפון ללא הסכמתו במטרה לחשוף את המקור כאמור.⁷⁸ הצעת החוק השנייה הוגשה על ידי חברת הכנסת זהבה גלאון, והיא נועדה ליישם את עיקרי המלצות דוח ועדת מעוז. לפי ההצעה החיסיון יהיה שייך למקור ויתקיים גם לאחר שהעד יחדל מלהיות עיתונאי. החיסיון יחול הן על מידע או על דבר שהגיע לעיתונאי תוך כדי עבודתו, והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לעיתונאי בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, והן על מידע על זהות המקור. התנאים המצטברים להסרה דומים גם הם למוצע בדוח:

1. הגילוי נדרש לעניין שאלה העומדת לדיון;
2. הגילוי חיוני לצורך מניעת פשע, לצורך עשיית צדק בנוגע לפשע או למניעת עיוות דין חמור בהליכי משפט;
3. אין ראיות מספיקות אחרות שאפשר לגלותן במאמץ סביר;
4. גילוי הראיה אינו נדרש להוכחת עברה של מסירת ידיעה ומסמך לפי סעיפים 117-119.

לפי ההצעה "עיתונאי" יוגדר בצו שיותקן מכוח חקיקה ראשית. הצעות חוק זהות להצעתה של גלאון הוגשו גם בשנים האחרונות.⁷⁹ לפי הצעות אלה, אחרי סעיף 51 של פקודת הראיות תבוא התוספת שלהלן:

עדות עיתונאי

51א. (א) עיתונאי אינו חייב למסור ראייה על מידע או דבר שהגיע אליו תוך עבודתו והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לעיתונאי בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד וכן ראייה על זהות האדם שמסר את הדבר או המידע אלא אם ויתר האדם על החיסיון או שמצא בית המשפט כי יש לגלות את הראיה בהתאם להוראות סעיף קטן (ב).

78 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 48.

79 ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (חיסיון עיתונאי), התשס"ו-2006, פ/220/17.

(ב) בית המשפט רשאי להורות על גילוי ראיה, כאמור בסעיף קטן (א), אם מצא שנתקיימו כל אלה:
(1) הגילוי נדרש לעניין שאלה העומדת לדיון;
(2) הגילוי חיוני לצורך מניעת פשע, לשם עשיית צדק בנוגע לפשע או כדי למנוע עיוות דין חמור בהליכי משפט;
(3) אין ולא ניתן לגלות במאמץ סביר ראיות מספיקות אחרות;
(4) גילוי הראיה אינו נדרש להוכחת עבירה של מסירת ידיעה או מסמך בניגוד לסעיפים 117 עד 119 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

(ג) הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות עיתונאי.

(ד) בסעיף זה, "עיתונאי" – כמשמעותו בצו שהותקן לפי סעיף זה.⁸⁰

הצעת חוק זו הונחה גם על שולחן הכנסת השתים עשרה על ידי חבר הכנסת אלי דיין ועל ידי חבר הכנסת אברהם בורג; ועל שולחן הכנסת השלוש עשרה על ידי חברי הכנסת אברהם בורג, אלי דיין ויונה יהב.

בכנסת השמונה עשרה הוגשו ארבע הצעות חוק זהות להצעה כאמור, אך עד כה לא הפכה אף אחת מהן לחוק.⁸¹ הצעת חוק זו הוגשה פעמיים נוספות בכנסת התשע עשרה, ב-13 במרץ 2013 בנוסח זהה,⁸² אך טרם עברה את הליך החקיקה המלא.

80 ש.ם.

81 ראו לדוגמה הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (חיסיון עיתונאי), התשע"א-2011, פ/2840/18 (הצעת חוק פרטית של ח"כ ניצן הורוביץ ואחרים; הונחה על שולחן הכנסת ביום 10.1.2011); הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (חיסיון עיתונאי), התשע"א-2011, פ/2870/18 (הצעת חוק פרטית של נחמן שי ואחרים. הונחה על שולחן הכנסת ביום 17.1.2011); הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (חיסיון עיתונאי), התשע"ב-2012, פ/4582/18 (הצעת חוק פרטית של ח"כ נחמן שי ואחרים. הונחה על שולחן הכנסת ביום 25.7.2012).

82 ראו את המעקב אחר הצעת החוק, "חוק לתיקון פקודת הראיות (חיסיון עיתונאי)" אתר כנסת פתוחה.

הצעת החוק שעומדת היום על הפרק מעניקה מענה חלקי להסדרת החיסיון העיתונאי. היא מעניקה חיסיון יחסי; מפרטת את התנאים להסרת החיסיון; קובעת כי בעל החיסיון הוא המקור; וכן כי החיסיון יחול לא רק על מידע על זהות המקור, אלא גם על כל מידע שנמסר לעיתונאי תוך כדי עבודתו, והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לעיתונאי בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד. עם זאת ההצעה אינה נותנת מענה לסוגיות נוספות הנובעות ממורכבות הנושא ומהאתגרים שהטכנולוגיה מציבה לפנינו. בהמשך מסמך זה נציג את הסוגיות האלה ונתאר כיצד לדעתנו יש לתת להן מענה.

ה. מדוע נדחו הצעות החוק לעיגון החיסיון העיתונאי בחוק?

חברי כנסת ואנשי אקדמיה שעסקו בקידום עיגון החיסיון העיתונאי בחוק תלו את העובדה שהצעות החוק האמורות לא צלחו את הליך החקיקה בנסיבות עתיות וברצונה של הממשלה להימנע מלקבוע מסמרות בהגדרה של "עיתונאי".

פרופ' אשר מעוז, שעמד בראש ועדת מעוז, סבור שהצעת החוק שהוגשה בעקבות עבודת הוועדה הייתה יכולה לעבור בכנסת אלמלא ניסו לנצל את הפופולריות שלה כדי לצרף לה שינויים נוספים בפקודת הראיות ולהגביל את החיסיון על מידע שמסר לקוח לעורך דינו.⁸³

על פי חברת הכנסת זהבה גלאון, שחתומה על הצעת החוק האחרונה שהוגשה וגם העלתה הצעה זהה בשנת 2006, הסיבה לעיכוב הנוכחי היא חוסר רצונה של הממשלה להגדיר מיהו עיתונאי. ביוני 2011 ביקשה הממשלה שלושה חודשים לבדוק את הצעת החוק, אך מאז לא הגיבה. את סוגיית מיהו עיתונאי על פי הגנת החיסיון העיתונאי הזכיר גם שר המשפטים דאז אברהם שריר עוד כשהצעה הוגשה לראשונה בכנסת האחת עשרה.⁸⁴

חבר הכנסת נחמן שי, שהעלה את הצעת חוק החיסיון העיתונאי כמה פעמים בכנסת השמונה עשרה ובכנסת התשע עשרה, התייחס לדחיית ההחלטה בעניין הצעת החוק בעיתון גלובס:

83 שם.

84 פרוטוקול ישיבה מס' 346 של הכנסת האחת עשרה (22.7.1987).

אני מעריך כי לולא הסיפור של ענת קם, זה היה הרבה יותר פשוט להעביר את הצעת החוק. ברגע שראיתי הבוקר שב"הארץ" הגדירו את החוק כ"חוק בלאו", אמרתי לעצמי שהם טרפדו לי את החוק [...] אני עדיין לא מבין למה הצעת החוק לא עברה את ועדת השרים לענייני חקיקה השרים. יכול להיות שהם פשוט מנסים להתחמק מהסוגיה. הם כנראה לא רוצים להתמודד עם הסוגיה הזאת. בכלל, זה נראה לי כמו שיטה – הם דחו את ההחלטה על החוק ב-3 חודשים, אז תגיע הפגרה, ואז הם ידחו את זה שוב, וכך ייעשה שוב ושוב.⁸⁵

מנגד, נראה שחלק מהעיתונאים וגם מועצת העיתונות עצמה מהססים לתמוך בהצעה כיוון שהם חוששים שהיא תסויג ותשונה, כך שתחמיר את המצב הקיים ותעניק הגנה מצומצמת יותר מההגנה המוענקת היום בפועל מכוח הפסיקה.⁸⁶

85 יובל יועז "לע"מ ומועצת העיתונות יקבעו מי ייחנה מחיסיון עיתונאי" גלובס 22.5.2011.

86 ישיבת מליאה של מועצת העיתונות בישראל, מיום 18 במאי 2011, אתר מועצת העיתונות בישראל (2011).

פרק שלישי הסדרי חיסיון עיתונאי: משפט משווה

א. המשפט האנגלי

שנים רבות לא הכיר המשפט האנגלי בחיסיון עיתונאי מוחלט, והחיסיון היחסי היה מעוגן בפסיקה בלבד על פי הכלל המכונה "newspaper rule". לפי הכלל אין כופים על עיתונאי הנתבע בתביעת דיבה לגלות בתשובות לשאלון ובהליכי גילוי מוקדמים את זהות של מקור המידע של הפרסום העומד בבסיס תביעה.⁸⁷ כלל זה הוחל גם על שלב הבאת הראיות במשפט. בית המשפט נדרש לקבוע בכל מקרה של טענה לחיסיון עיתונאי אם האינטרס הציבורי מחייב את ההגנה על היחס עיתונאי-מקור. נפסק כי על מנת שהעיתונאי יחויב בגילוי, המידע צריך להיות רלוונטי ולשרת מטרה מועילה בקשר להליך ספציפי.⁸⁸ פעמים רבות בחר בית המשפט שלא להגן על המקור. כמו כן נפסק כי ההגנה על החיסיון מותנית בכך שהעיתונאי התנהל במידת האחריות הראויה.⁸⁹ בשנת 1981 עוגן החיסיון העיתונאי בחוק האנגלי בס' 10 לחוק ביזיון בית המשפט, שבו נכתב:

בית משפט אינו רשאי לחייב אדם לחשוף [מקור מידע] ואינו רשאי להאשים אדם בכיזיון בית משפט אם סירב לגלות את מקור

Plymouth Mutual Co-operative Society Limited v. Traders and Industrial Publishing Association Limited, [1906] 1 K.B. 403, 415–416, 418 (C.A.) (Eng.); *Lawson v. Odhams Press Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 717, 719 (C.A.) (Eng.)

A.G. v. Mulholland, [1963] 1 All E.R. 767, 771–772 (C.A.) (Eng.)

British Steel Co. v. Granada Television Ltd., [1981] 1 All E.R. 417, 440 (C.A.) (Eng.).
השופטים פירטו דוגמאות של מקרים שבהם עיתונות נוהגת בחוסר אחריות לדעתם: עיתון שמשמש במודיע שאינו הגון כדי להזיק לאנשים; עיתון שמשלם למודיע כסף תמורת סיפור שערורייתי וכו'.

המידע לפרסום שעליו הוא אחראי, אלא אם כן ישתכנע בית המשפט כי גילוי המקור נחוץ לקיום צדק, לצורך ביטחון לאומי או לשם מניעת הפרעה או פשע.⁹⁰

בתי המשפט מפרשים את סעיף החיסיון כחל על שמו של המקור וכן על כל דבר שעלול להביא לזיהויו. כמו כן הגילוי ייעשה בתנאי שיהיה מידתי ולשם השגת תכלית ראויה. על כן כאשר הסרת החיסיון דרושה לשם הגשמת האינטרס לביטחון לאומי, בתי המשפט האנגליים נוטים לנקוט בפסיקתם פרשנות מרחיבה לחריגים ומעניקים היתר להסרת החיסיון. בתי המשפט נוהגים גם להביא בחשבון אי-חוקיות של העברת המידע לעיתונאי – אם ההעברה הייתה בניגוד להוראות החוק, בתי המשפט ייטו להסיר את החיסיון ביתר קלות.

לאור האמנה האירופית לזכויות אדם והגנתה על חופש הביטוי והעיתונות,⁹¹ העלו האנגלים את רף ה"נחיצות" שנדרשת על מנת לחייב את גילוי זהותו של המקור, ובשנים האחרונות נדרש להוכיח "צורך חברתי דחוף" כדי להצדיק את גילוי המקור, ובתנאי שהדבר ייעשה במידתיות ולשם השגת תכלית ראויה.⁹² שינוי נוסף שהותווה בהשפעת האמנה הוא מתן משקל רב יותר לשיקול בדבר מיצוי דרכים חלופיות כתנאי מקדים לדרישה מעיתונאי לחשוף את מקורותיו.⁹³ כמו כן, בחוק המשטרה והראיות הפליליות קבוע הסדר המסדיר תפיסת חומר עיתונאי שמחזיק עיתונאי על ידי רשות חוקרת. מדובר בכל חומר שהושג או שנוצר למטרות עיתונאיות ושמחזיק אדם שהשיגו או שיצרו למטרות כאמור, או שנתקבל מאדם אחר לשם מטרות כאלה.⁹⁴

- 90 Contempt of Court Act, 1981, c. 49, § 10 (Eng.) (התרגום וההדגשה הם של המחברות). "קיום צדק" פורש כמתייחס להליך שנידון בבית המשפט או למימוש זכויות משפטיות והגנה מפני עוולות גם שלא במסגרת הליך משפטי.
- 91 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950
- 92 ראו *Interbrew SA v. Financial Times*, LEXIS (8.3.2002) (C.A.) (Eng.)
- 93 ראו *Saunders v. Punch Ltd.*, [1998] 1 W.L.R. 986 (Ch.D.) (Eng.); *Sir Elton John v. Express Newspapers Plc*, [2003] 3 All E.R. 257, 265 (C.A.) (Eng.)
- 94 Police and Criminal Evidence Act, 1984, c. 60, § 13 (Eng.)

חומר עיתונאי ייחשב לחומר שחל עליו חיסיון (excluded material) אם הוא מוחזק בידי אדם בהבטחה לחיסיון מפורשת או משתמעת, או אם תוכנו כפוף לחובת סודיות חקוקה.⁹⁵ בית המשפט יעניק צו לתפיסת חומר כזה רק אם חוק אחר התיר לתפסו לפני שהחוק המסדיר את החיסיון העיתונאי חוקק, ואם הוצאת הצו ראויה. לעתים עשויה תפיסת החומר להוביל לחשיפת זהות המקור; תוצאה זו לא נתפסה כלא מוצדקת בחקירות הקשורות למעשי טרור.⁹⁶ צו לתפיסת חומר עיתונאי שאיננו חסוי לפי הגדרת החוק בפרוצדורה מיוחדת יינתן רק אם לבית המשפט יש יסוד סביר להאמין כי בוצעה עברה וכי החומר המבוקש עשוי להיות בעל ערך מהותי לחקירתה; אם החומר המבוקש עשוי לשמש ראיה רלוונטית בחקירה; ואם דרכים אחרות להשגת הראיה נכשלו או לא נוסו בשל היעדר סיכוי ממשי להצלחה; ואם תפיסת החומר תשרת אינטרס ציבורי.

ב. צרפת

בשנת 1993 תוקן חוק סדר הדין הפלילי הצרפתי. בסעיף 109(2) לחוק המתוקן נקבע כי כל עיתונאי שהוזמן להעיד בעניין מידע שנאסף כחלק מפעולותיו יהיה חופשי שלא לחשוף את מקורותיו.⁹⁷ החוק מעניק חיסיון מוחלט, אבל חל רק על עיתונאים שזומנו כעדים ולא כנאשמים; הגנת החיסיון אינה חלה כשעיתונאי הוא צד להליך.

בס' 56(2) לאותו חוק נקבע גם הסדר בכל הקשור לחיפוש אצל עיתונאים: "חיפוש בחצרים של גוף עיתונאי או של חברת שידור ינוהל רק על ידי שופט

95 נראה שהסדר זה אינו חל על חומר מצולם שלא שודר; וראו DAVID NEWELL & SANTHA RASAI AH, THE LAW OF JOURNALISM 266 (1995)

96 בפרשת ערוץ 4 הבריטי, למשל, נדרש הערוץ להמציא מסמכים שעליהם התבססו טענות שפרסם בדבר קשר בין המשטרה בצפון אירלנד לבין ארגון טרור פרו-אנגלי. הערוץ טען כי מקור המידע מסר את המידע בתנאי שזהותו לא תיחשף. בית המשפט מתח ביקורת על סירובו של הערוץ וחייב אותו למסור את המסמכים. ראו *DPP v. Channel 4 Television Co. Ltd.*, [1993] 2 All E.R. 517 (Q.B.) (Eng.)

97 CODE DE PROCEDURE PENALE [C.PR.PEN] (Fr.)

חוקר או תובע,⁹⁸ אשר חייב לוודא כי החקירה לא תסכן את חופש העיתונות ולא תסכל או תגרום לעיכוב בלתי מוצדק בהפצת מידע לציבור".⁹⁹

החוק הצרפתי מציע הגנה ניכרת למקורות של עיתונאים, אבל בפועל ההגנה השיפוטית אף משמעותית יותר מהכתוב בחוק. בתי המשפט נרתעים מלהטיל סנקציות על עיתונאים שמסרבים לציית ולחשוף את מקורותיהם. סביר להניח שגישה זו משקפת קונסנזוס רחב יותר בציבור שלפיו עיתונאים אינם צריכים למסור מידע על מקורותיהם.¹⁰⁰

ג. שוודיה

חוק העיתונות של שוודיה הוא חוק יסוד שמגן על מקורות המידע יותר מעל עיתונאים. החוק קובע כי לא יינזק אדם שמסר מידע לעיתון, ולכן אפשר לחשוף זהות של מקור מידע רק למען ביטחון המדינה או כאשר האינטרס הציבורי או הפרטי גובר על האינטרס העיתונאי. עיתונאי בשוודיה החושף את מקור המידע שלו עובר עברה פלילית.

כמו כן, בסעיף 3(5) לחוק נקבע כי בית המשפט יקפיד לוודא שלא לשאול שאלות שעשויות לפגוע בחובת הסודיות במידה העולה על הנדרש במקרה הנידון. בסעיף 4 לחוק נקבע כי רשות ציבורית או גוף ציבורי אינם רשאים לברר את זהותו של המחבר של חומר שנכלל או שמיועד להיכלל במסמך מודפס, אלא אם הדבר דרוש לצורך העמדה לדין או פעולה אחרת נגדו, וכל עוד פעולה זו אינה נעשית בניגוד לחוק היסוד. עוד נקבע כי גם במקרים שבהם אפשר לברר את זהות המחבר, חובה על הגופים לכבד את חובת הסודיות. סעיף 5 של החוק קובע כי הפרה של סעיף 4 יכולה לגרום קנס או מאסר.¹⁰¹

98 שופט חוקר (Juge d'instruction) הוא שופט שלום הממלא תפקידים שבישראל מופקדים בידי התביעה או בידי קציני חקירות במשטרה.

99 רונן משה אתיקה עיתונאית 156 (1998); ARTICLE 19, PRESS LAW AND PRACTICE: A COMPARATIVE STUDY OF PRESS FREEDOM IN EUROPEAN AND OTHER DEMOCRACIES 74 (1993)

100 ARTICLE 19, BRIEFING PAPER ON PROTECTION OF JOURNALISTS' SOURCES 7 (1998)

101 TRYCKFRIHETSFÖRORDNINGEN [TF] [FREEDOM OF THE PRESS ACT] 1949, SFS 1949: 105 (Switz)

חוק חופש העיתונות השוודי אוסר ככלל על פקידי ממשלה לנהל חקירות שמטרתן לגלות מדליפים לעיתונות. למשטרה מותר לחקור מיהו מקור המידע של עיתונאי רק אם יש יסוד סביר להאמין שאותו מקור חשוד בעברות של בגידה או ריגול או בעברות ביטחוניות דומות. לפי החוק השוודי, עורך עיתון אחראי לכל מה שמתפרסם בעיתונו. לכן בית המשפט יכול לחייבו לגלות זהות של מקור מידע חסוי במשפטים פליליים שבהם נטען כי המידע שפורסם מסכן את ביטחון המדינה, וכאשר בית המשפט סבור כי יש בהם עניין חשוב מן החיסיון. הרצון לחשוף מידע שיש בו כדי לזכות נאשם, למשל, יכול להצדיק את הסרת החיסיון. החיסיון העיתונאי הוא עיקרון חוקתי מורש בשוודיה וכמעט שאין ניסיונות להסירו. באירוע נדיר משנת 1988 ציווה בית המשפט על כתב *Dagens Nyheter* (דאגנס ניהטר), עיתון הבוקר הגדול ביותר בשוודיה, לגלות מתי נערכה שיחה עם מקור מידע ידוע. העיתונות השוודית נזעקה מיד וטענה שהצו אינו חוקי, ושר המשפטים השוודי שניהל את התביעה מיהר לחזור בו מהדרישה.¹⁰²

ד. גרמניה

בחוק סדר הדין האזרחי בגרמניה נקבע בסעיף 383 כי בעלי מקצועות שבמסגרת עבודתם נמסר להם מידע, ובכללם עיתונאים, רשאים לסרב להעיד בנוגע אליו, אלא אם מקורות המידע מתירים להם לגלותו. נוסף לכך נקבע כי גם אם בעלי מקצועות אלו אינם מסרבים להעיד, חקירתם לא תתרכז בעובדות ובנסיבות במקרה שברור שהעדויות אינה יכולה להינתן בלי לפגוע בחובת הסודיות.¹⁰³ סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי אנשים המעורבים בקביעות בהכנה, בייצור או בהפצה של חומר מודפס, של שידורי רדיו, של סרטים דוקומנטריים ושל סרטים עלילתיים, או בשירותי מידע ותקשורת העוסקים בהנחיה או בגיבוש דעות, רשאים לסרב להעיד באשר למחבר המידע שהועבר לידיהם או באשר למי שהעביר לידיהם את ההערות והמסמכים, או בנוגע לכל מודיע אחר או מידע שנמסר להם במסגרת תפקידם המקצועי ובכלל זה תוכן המידע שנמסר.

102 משה, לעיל ה"ש 98, בעמ' 164.

Zivilprozessordnung [ZPO] [Code of Civil Procedure], Dec. 5, 2005, 103
Bundgesetzblatt [BGBL.] 3202, as amended (Ger.)

זכות זו תפקע אם העדות דרושה כדי לזכות מעברה פלילית, או אם אובייקט החקירה מואשם באחת מהעברות האלה: פשע נגד שלום המדינה וסיכון המדינה הרמוקרטי, בגידה וסיכון הביטחון, פשע נגד הגדרה עצמית מינית, הלבנת הון או העלמת נכסים שנרכשו שלא כדין; וכל עוד היעדר העדות יקשה מאוד על חקירת העובדות והנסיבות או על חקירה בנוגע למקום הימצאות נאשם.¹⁰⁴

כמו כן קובע החוק כי צלמים או אנשי טלוויזיה מנועים מלמסור את הסרטים שצילמו למשטרה, אם היא דורשת זאת. בית המשפט הפדרלי הגרמני פסק בשנת 1980 כי תחנת טלוויזיה חייבת למסור לתביעה צילומים של הפגנה אלימה. במקרה זה איזנו השופטים בין החיסיון העיתונאי לבין תפקידה של התביעה להעמיד לדין את המתפרעים והתחשבו בחומרת ההתפרעות.

סעיף 97 לחוק אוסר לערוך חיפוש בתחנות רדיו ובמערכות עיתונים כדי לתפוס או למצוא חומר המוגן על פי החיסיון העיתונאי, אלא אם העיתונאי עצמו חשוד בעברה.¹⁰⁵

ה. המלצות מועצת שרי אירופה

החקיקה האירופית כפופה להוראות סעיף 10 לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד, הקובע כי לכל אדם יש זכות לחופש ביטוי. עוד לפי הסעיף, חירות זו כפופה לכללים פורמליים, נהלים, תנאים, הגבלות או קנסות, כפי שהם קבועים בחוק, הנחוצים לשם קיום חברה דמוקרטית, לשמירה על אינטרסים של ביטחון לאומי, שלמות טריטוריאלית או ביטחון הציבור, למניעה של הפרעה או פשע, להגנה על בריאות הציבור או על מוסר, להגנה על המוניטין או על זכויותיהם של אחרים, למניעת גילוי של מידע שהתקבל במסגרת יחסי אמון, או לשמירה על האובייקטיביות והסמכות של הרשות השופטת.¹⁰⁶

מועצת שרי אירופה פרסמה המלצות מפורטות למדינות החברות בענייני חקיקתו ויישומו של חיסיון עיתונאי. המלצות אלו מבוססות על ההכרה שההגנה

STRAFPROZESSORDNUNG [StPO] [CODE OF CRIMINAL PROCEDURE], April 7, 1987 104
BUNDESGESETZBLATT [BGBl] 1074, as amended (Ger)
105 משה, לעיל ה"ש 98, בעמ' 157-158.
106 האמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 91, סעיף 10.

על מקורות מידע היא תנאי בסיסי לעבודה העיתונאית ולחופש העיתונות.¹⁰⁷ ההמלצות מגדירות עיתונאי כאדם או כאישיות משפטית העוסקים באופן גליל או מקצועי באיסוף והפצה של מידע לציבור באמצעי תקשורת המוניים. לפי ההמלצות, החוק והנהוג במדינות החברות אמורים לספק הגנה מפורשת וברורה על זכותם של עיתונאים ושל אנשים נוספים המעורבים בתהליך העריכה וההפצה של המידע, כך שלא יחויבו לגלות מידע המזהה מקור.

עוד לפי ההמלצות, המדינות החברות אינן רשאיות לצוות על גילוי מידע שיכול לזהות את המקור, אלא אם כן מתקיימים התנאים שלהלן:

1. אין בנמצא אמצעים חלופיים סבירים לגילוי המידע או שכל האמצעים מוצג על ידי מבקש הגילוי;
2. ישנו אינטרס לגיטימי (הפסיקה פירשה אינטרס לגיטימי כאחד מהאינטרסים המנויים בס' 10 לאמנה האירופית) הגובר בכירור על האינטרס הציבורי לשמירה על החיסיון, בהתחשב בשיקולים אלה:
 - הוכחת דרישה מכרעת של הצורך בגילוי;
 - הנסיבות הן בעלות אופי חיוני וחשוב מספיק;
 - הצורך בגילוי מוזהה כמענה לצורך חברתי דחוף.

עוד נקבע בהמלצות כי בהחלטה זו על הרשויות המוסמכות של המדינות החברות להביא בחשבון את חשיבות הזכות לחיסיון ואת העליונות שניתנה לה בפסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם. הדרישות שפורטו לעיל צריכות להיות מיושמות בכל ההליכים שבהם הזכות לחיסיון עשויה להידרש.

באשר למקרים שבהם הוחלט להסיר את החיסיון העיתונאי, הומלץ לנקוט צעדים על מנת להבטיח כי הגילוי יהיה מידתי. על הרשויות המוסמכות לשקול החלטת צעדים להגבלה של היקף הגילוי, למשל אי-חשיפת הגילוי בציבור. כמו כן הומלץ שלא להעניק צווים לקבלת נתוני תקשורת וכן שלא להורות על צווי מעקב, צווי חיפוש או צווי תפיסה הנוגעים לעיתונאים או למידע הקשור בעבודתם, שמטרתם לעקוף את זכותם של העיתונאים שלא לחשוף מקורות מידע.

107 ראו Recommendation No. R (2000) 7 of the Committee of Ministers on the Rights of Journalists Not to Disclose Their Sources of Information, COUNCIL OF EUROPE: COMMITTEE OF MINISTERS (Mar. 8, 2000)

במקרה של כתבים צבאים: בית הדין הפלילי לשפיטת האחראים להפרת המשפט ההומניטרי בשטחי יוגוסלביה לשעבר קבע הלכה שונה מההלכה הנהוגה בעניין כתבים שאינם צבאיים. הפרשה עסקה בכתב של העיתון וושינגטון פוסט שראיין אדם שנאשם בפשעים נגד האנושות. העיתונאי זומן לתת עדות כחלק מניסיון של התביעה להגיש את פרסום הכתבה כראיה נגד הנאשם. העיתונאי ניסה לבטל את זימונו לעדות בטענה של חיסיון עיתונאי. לדעת הערכאה הראשונה, די שהעדות תהיה רלוונטית או קשורה (pertinent) להליך על מנת לחייב עיתונאי לתת עדות על החומרים שפרסם ועל מקורותיו. אולם בערכאת הערעור נקבע כי מידת ההגנה שיש להעניק לכתבים צבאיים מפני חיוב בעדות צריכה להיגזר ממידת הנזק שחיוב כזה עלול להסב לתפקידם באיסוף המידע. בפסק הדין נאמר שיש לוודא שכתבים אלו יוכלו לבצע את תפקידם ביעילות כך שיוכלו להיחזות לצופים, משום שזיהוים כעדי תביעה פוטנציאליים יחבל בתפקידם. לתפיסה של העיתונאים הצבאיים כעדי תביעה פוטנציאליים יש שתי השלכות אפשריות: ראשית, עלולים להיגרם להם קשיים באיסוף מידע חשוב, משום שהמרואינים, ובייחוד אלו המבצעים הפרות של זכויות אדם, עשויים לשוחח עמם פחות בחופשיות ולמנוע מהם גישה לאזורי לחימה; שנית, הם עלולים להיחשב לא כצופים אלא כמסייעים לרשויות, ובכך יועמדו חייהם בסכון. השלכות אלו יפגעו ביכולתם להעביר את המידע לציבור. בית המשפט קבע הלכה שלפיה בעניינם של כתבים צבאיים לא די בכך שהעדות תהיה קשורה להליך המשפטי, אלא נדרש מבחן כפול: ראשית, על העדות להתייחס במישרין להליך ולהיות חשובה לנושאי הליבה שלו. דרישה זו מבטיחה שכל הראיות החשובות לבירור המחלוקת יעמדו לפני הטריבונל השיפוטי, ובר בוד יימנע מכתבים צבאיים האילוץ להעיד שלא לצורך; שנית, עוד בטרם מזמינים את העיתונאי למתן עדות יש למצות מקורות חלופיים.¹⁰⁸

108 ראו *Prosecutor v. Brdjanin* (Appeals Chamber, 11.12.2002); נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 73-74.

ו. ארצות הברית

כבר מסוף המאה התשע עשרה הועלו בארצות הברית טענות בנוגע לקיומה של הגנה משפטית על החיסיון העיתונאי, שנשענו על כך שהחיסיון מעוגן במשפט המקובל וגם בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית, המבסס את חופש הביטוי וחופש העיתונות בארצות הברית.¹⁰⁹ ואולם טענות אלו נדחו ברוב המקרים. בפרשת גארלנדר נ' טורה (*Garland v. Torre*) לא שלל בית המשפט את הטענה החוקתית בדבר עיגון החיסיון העיתונאי, אבל קבע כי יש לאזן בין חופש הביטוי לבין החובה להעיד והאינטרס בניהולם התקין של הליכים משפטיים. לכן כאשר העדות המבוקשת נוגעת ללב טענתו של התובע והיא רלוונטית, יש לחייב את העיתונאי לגלות את מקור המידע שלו.¹¹⁰

פסק דין ברנזבורג (*Branzburg*), שנתן בית המשפט העליון האמריקאי ב-1972, נחשב להחלטה החשובה והעקרונית ביותר שניתנה בארצות הברית בעניין החיסיון העיתונאי. הפרשה עסקה בסיקורים של שלושה עיתונאים: ברנזבורג, כתב העיתון קורייר ג'ורנל היוצא לאור במדינת קנטקי; פאפאס (*Pappas*), צלם של ערוץ טלוויזיה במדינת מסצ'וסטס; וקולדוול (*Caldwell*), עיתונאי *New York Times*. שלושת התיקים נידונו בערכאות נמוכות ואוחדו לשם דיון בבית המשפט העליון.

ברנזבורג פרסם בעיתונו שתי כתבות שעסקו באנשים שמשתמשים בסמים. לצורך הכנת הכתבה הראשונה הוא סיקר את פעילותם של שני צעירים שעסקו בייצור חשיש, לאחר שהתחייב לפניהם כי לא יחשוף את זהותם. הכתבה השנייה עסקה בשימוש בסמים באחת מערי קנטקי, והיא התבססה על ראיונות שברנזבורג ערך עם עשרות משתמשים בסמים, ללא פירוט שמותיהם. ברנזבורג זומן להעיד לפני חבר מושבעים גדול בעניין שתי הכתבות שפרסם. בדיון שנגע לכתבה הראשונה סירב העיתונאי למסור מי היו האנשים שייצרו את הסם או שהחזיקו בו; לדיון שהתייחס לכתבה השנייה הוא ביקש שלא להתייצב. הוא טען כי חשיפת שמות המקורות תחבל ביחסי האמון שיש לו עם קהל המשתמשים בסמים, הם יסרבו לשוחח אתו או עם כל עיתונאי אחר, וכך תיפגע יכולתם של עיתונאים

U.S. Const. amend. I 109

Garland v. Torre, 259 F.2D 545 (2nd Cir. 1958) 110

לסקר את התנהלותם של המשתמשים בסמים. כמו כן טען ברנזבורג כי מאחר שהליכי חבר המושבעים הגדול מתנהלים בדלתיים סגורות, מקורות המידע עלולים לחשוש כי העיתונאי יחשוף את זהותם מתוך ניצול האיפול המוטל על ההליך, ולפיכך ראוי למנוע את התייצבותו להעיד לפני חבר המושבעים הגדול. פאפאס, שהיה צלם טלוויזיה, הצליח להיכנס למטה ארגון הפנתרים השחורים לאחר שהתחייב שלא לגלות דבר מכל מה שראה או שמע שם, למעט פרסום הנוגע לפשיטה משטרתית שהייתה צפויה להתרחש. מאחר שבסופו של דבר הפשיטה לא קרתה, הוא לא פרסם דבר. הצלם סירב להשיב לפני חבר המושבעים על שאלות הנוגעות למה שקרה בתוך המטה בעת ששהה בו.

קולדוול סיקר את פעילות הפנתרים השחורים וקבוצות מיליטנטיות אחרות, וזומן להופיע לפני חבר מושבעים גדול ולהביא עמו את רשימותיו ואת הקלטות הראיונות שערך עם נושאי משרה ודוברים של הפנתרים השחורים על מטרות הארגון ופעולותיו. לנוכח התנגדותו ויתרה הרשות על הדרישה להעברת המסמכים, אך לא על התייצבותו למתן עדות. קולדוול והעיתון שבו עבד עתרו לביטול הזימון בטענה שהיקפו רחב והעובדה שההליך מתנהל בדלתיים סגורות תחבל ביחסי העבודה בין העיתונאי לבין ארגון הפנתרים השחורים ותמנע את סיקור פעולותיו, אגב פגיעה בחירויות המוקנות מכוח התיקון הראשון לחוקה.¹¹¹ בית המשפט העליון האמריקאי נחלק בפרשה זו: ארבעה שופטים צידדו במתן חיסיון לשלושת העיתונאים שבעניינם דנו, ארבעה היו נגד מתן החיסיון ובעד חיוב העיתונאים להעיד, ואילו השופט התשיעי, פאוול (Powell), סבר כי הדין האמריקאי תומך במתן חיסיון, אבל במקרה הנידון יש לאלץ את העיתונאים להעיד בגלל האינטרס הציבורי העומד על הכף.¹¹² בפסק הדין של דעת הרוב בעניין ברנזבורג נאמר כי התיקון הראשון לחוקה אינו מקנה רישיון לעיתונאי או למקורו להפר את הדין הפלילי.¹¹³

פסק דין ברנזבורג אינו חד-משמעי כמובן זה שהשופט פאוול הצטרף לדעת הרוב, שלא הכירה בחיסיון העיתונאי, אך הכיר בו הלכה למעשה. בעקבות פסק

111 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 77-78.

112 *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972)

113 שם, בעמ' 691.

הדין חוקקו רוב מדינות ארצות הברית חוקי מגן – חוקי חיסיון עיתונאי.¹¹⁴ בחלק מהמדינות החיסיון הוא יחסי ובאחרות החיסיון מוחלט.¹¹⁵ במרבית המדינות שבהן לא נחקקו חוקי מגן קבעו בתי המשפט המדינתיים חיסיון עיתונאי פסיקתי בהליכים שונים, בין מכוח החוקה הפדרלית ובין מכוח החוקה המדינתית. כעת תלויה ועומדת בארצות הברית גם הצעת חוק לעיגון חיסיון עיתונאי בחקיקה פדרלית.¹¹⁶

ציון דרך נוסף הוא חוק של הקונגרס משנת 1980 המטיל הגבלות על הליכי חיפוש ותפיסה נגד עיתונאים.¹¹⁷ החוק אוסר על רשות לתפוס או לחפש "חומרים שהם תוצר עבודה" (work product materials); חומרים שנוצרו או שהופקו לשם פרסומם בציבור ושמוחזקים לשם מטרה זו, ובכלל זה התרשמות, תיעוד ריאיון, מסקנות, דעות או מחשבות של יוצרו), המוחזקים בידי אדם שיש יסוד סביר להאמין כי בכוונתו לפרסם לציבור את החומר בעיתון, ספר, שידור או דרך אחרת, אלא אם יש סיבה סבירה להאמין שהוא ביצע או מבצע עברה שהחומרים האמורים קשורים בה, או שתפיסה מידית של החומר נחוצה לשם מניעת מוות או נזק גופני חמור לאדם. כמו כן החוק מגביל חיפוש או תפיסה של חומר תיעודי (documentary materials); חומרים כתובים או מצולמים אחרים) המוחזקים בידי אדם כאמור, למעט חומרים שהושגו בעברה או המוחזקים שלא כחוק, או המיועדים לשמש או שנעשה בהם שימוש לכיצוע עברה, או שיש סיבה להאמין שאם תינתן לאדם הודעה מוקדמת על הכוונה לתפוס את החומרים הוא עלול להשמירם, לשנותם או להסתירם. עילה נוספת לתפיסת חומרים מהסוג האחרון היא סירובו של העיתונאי לציית לצו שהוצא כלפיו להמצאת החומרים, במקרה שעשיית הצדק מחייבת שלא לעכב עוד את קבלתם.

114 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 90-91; משה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 159.
 115 במדינת קליפורניה החיסיון העיתונאי אף עוגן בחוקת המדינה (Cal. CONST. art I, § 2(b)). בכמה מהמדינות יש חיסיון מוחלט על זהות מקורות המידע, בהן אלבמה, אריזונה, דלוואר ומחוז קולומביה; באחרות ניתן חיסיון על זהות מקורות ועל תוכן מידע שלא פורסם גם יחד, בהן קליפורניה, דלוואר, נברסקה וניו יורק; יש מדינות, כמו אלסקה ואילינוי, שבהן יש חיסיון יחסי בחוק על זהות מקורות. להרחבה ראו נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 90-91.

116 ראו (2009) 111th Cong., S. 448, Free Flow of Information Act of 2009.

117 Privacy Protection Act, 42 U.S.C. § 2000aa (1980)

יתר על כן, משרד המשפטים האמריקאי קבע הנחיות פנימיות המגבילות את נציגיו בטרם יפנו לערכאות בבקשה להוציא צווים שיחייבו עיתונאים להמציא חומרים המוחזקים בידיהם וצווים להמצאת נתוני חיוג של עיתונאים. בין היתר נקבע כי אין להשתמש בכוחה של הרשות באופן הפוגע בתפקידו של עיתונאי לסקר בהרחבה נושאים ציבוריים השנויים במחלוקת.¹¹⁸ כמו כן, ועדה של משרד המשפטים שמינה הנשיא אובמה פרסמה ביולי 2013 הנחיות חדשות, ובראשן הקביעה שלעיתונאים תינתן התראה מוקדמת על שימוש שרשויות אכיפת החוק מתכוונות לעשות בחומרים שלהם. רק קביעה שהודעה כזאת תסכן את הצלחת החקירה או התביעה המשפטית תאפשר לוותר עליה.¹¹⁹ יש הרואים בהנחיות אלו תמיכה בחוקים המעגנים חיסיון עיתונאי וצעד נוסף לקראת עיגון החיסיון העיתונאי בחקיקה פדרלית.

מאז פסק דין ברנזבורג הסתמכו עורכי דין ובתי משפט על העמימות שבפירוש דעתו של השופט פאוול וטענו שלמעשה דעתו מצטרפת לדעת המיעוט, שסברה כי יש להכיר בהגנת החיסיון העיתונאי, בכלל זה בהליכים פליליים, ולא לדעת הרוב.¹²⁰ ואולם בשנים האחרונות רווחת מגמה אחרת, ובית המשפט אינו מוכן עוד לקבל את הטענה שהחיסיון העיתונאי חל בהליכים פליליים. ביטוי בולט למגמה זו הוא ההחלטה משנת 2006 בעניין עיתונאית *New York Times* ג'ורדית מילר.

בנאום מצב האומה שנשא הנשיא ג'ורג' בוש בינואר 2003, לפני פרוץ מלחמת המפרץ השנייה, הוא טען כי שליט עיראק סדאם חוסיין ניסה להשיג כמויות גדולות של אורניום באפריקה. ביולי 2003 פרסם שגריר ארצות הברית לשעבר ג'וזף וילסון מאמר שבו כתב כי נשלח על ידי ה-CIA למדינה האפריקאית ניז'ר בשנת 2002 על מנת לברר את הסוגיה הזאת. וילסון ציין כי בשליחותו האמורה הוא לא מצא כל ראיה לניסיונות של הממשל העיראקי להשיג אורניום. כעבור כמה ימים פרסם העיתונאי רוברט נובק בעיתון *Chicago Sun-Times* כי שני פקידים בכירים אמרו לו שווילסון נשלח לניז'ר על פי הצעתה של אשתו,

United States Department of Justice Guidelines, 28 C.F.R., § 50.10 118

אריק כבר "ממשל אובמה מבטיח לשפר את ההגנה על עיתונאי אמריקה" מועצת העיתונות בישראל 16.7.2013. 119

United States of America v. Sterling, No. 11-5028, 2013 U.S. Dist., App. 2013 120
WL 3770692, at *1, 92-94 (D. Mass. July 19, 2013)

ולרי פלאם, שעבדה אז במחלקת הנשק להשמדה המונית ב-CIA. בעקבות פרסום זה הופיעו פרסומים נוספים שחשפו את פלאם כעובדת של ה-CIA. חשיפת שמה ותפקידה היא בגדר עברה על החוק, ובעקבות הפרסומים נפתחה חקירה שמטרתה הייתה לגלות אם עובדי מדינה הם שמסרו את הפרטים הסודיים לעיתונות. בחקירה תושאלו כמה עיתונאים בעניין מקורותיהם, ובהם עיתונאית *New York Times* ג'ודית מילר. אמנם מילר לא פרסמה את שמה של פלאם, אך היא נדרשה להעיד ולהמציא מסמכים על שיחות בינה לבין המקור שלה. בעקבות סירובה לעשות כן ננקטו נגדה הליכי ביזיון בית משפט, לאחר שבית המשפט פסק כי בנסיבות העניין ומאחר שמדובר בהליך פלילי היא אינה זכאית להגנת חיסיון עיתונאי חוקתי או להגנה כזאת על פי המשפט המקובל. מילר ריצתה מאסר של כשלושה חודשים עד שקיבלה את הסכמת המקור לחשוף את זהותו.¹²¹

פסק דין נוסף שמדגים מגמה זו הוא פסק הדין בפרשת סטרלינג (Sterling).¹²² ביולי 2013 פסק בית המשפט האמריקאי לערעורים כי הגנת החיסיון העיתונאי אינה חלה בהליכים פליליים במקרה שהעיתונאי היה עד למעשה פלילי או השתתף בו (למשל כשהדלפה לעיתונאי הייתה כשלעצמה מעשה פלילי), כל עוד זימונו של העיתונאי להעיד הונפק בתום לב והוא מבוסס על צורך לגיטימי באכיפת החוק.

ג'פרי אלכסנדר סטרלינג, סוכן CIA לשעבר, הואשם לפי חוק הריגול בהדלפת מידע ממשלתי מסווג על מבצע הנוגע לנשק הגרעיני האיראני.¹²³ המידע נמסר לג'יימס רייזן (Risen), עיתונאי *New York Times* שכתב על המבצע בספרו *State of War*.¹²⁴ ברברים שפרסם רייזן יש עניין ציבורי רב לנוכח החשיבות המיוחסת לבריור המידע הנוגע להתגרענות האיראנית. במשפט הועלתה הטענה שסטרינג הדליף את המידע כנקמה על ההחלטה של ה-CIA לסיים את העסקתו כסוכן, ועל כך שהסוכנות פעלה למנוע ממנו לפרסם מידע מסווג בזיכרונותיו האישיים.

- | | |
|--|-----|
| In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller, 397 F.3d 964, 990–1002 (D.C.Cir. 2005); נקרימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 92–93. | 121 |
| עניין Sterling, לעיל ה"ש 120. | 122 |
| Espionage Act, 18 U.S.C (1917) | 123 |
| JAMES RISEN, STATE OF WAR: THE SECRET HISTORY OF THE CIA AND THE BUSH ADMINISTRATION (2006) | 124 |

במשפטו של סטרלינג ניתן לרייזן צו שהורה לו להעיד על זהות המקור שמסר את המידע ולאשר כי הדברים המיוחסים למקור בכתב האישום אכן נעשו על ידו. סטרלינג הגיש בקשה לביטול הצו. הבקשה נידונה בבית המשפט המחוזי, וזה פסק כי לרייזן עומדת הזכות לחיסיון עיתונאי כנגזר מהתיקון הראשון לחוקה. לכן, קבע בית המשפט המחוזי, יש לבדוק אם להסיר את החיסיון על פי המבחן המוכנה "המבחן התלת-שלבי", המאזן בין האינטרס לאיסוף והפצה של חדשות לבין האינטרס לגילוי האמת במשפט. מבחן זה נקבע כבר בפרשת ברנזבורג,¹²⁵ ולפיו יש לבדוק אם המידע שמבקשים מהעיתונאי הוא רלוונטי להכרעת המקרה המשפטי הנידון; אם אי-אפשר להשיג את המידע בדרכים חלופיות; ואם יש אינטרס חזק לקבלת המידע. רק אם התשובה לשלוש השאלות חיובית יש להסיר את החיסיון. בית המשפט המחוזי סבר כי די בראיות הנסיבתיות שאספו רשויות החקירה, ובכללן רישומי שיחות טלפון ותכתובות דואר אלקטרוני, כדי להכשיל את המבחן השני והשלישי. נקבע כי לא הוכח שהמשלה אינה יכולה להשיג את הראיות הדרושות לה באמצעים אחרים, וכן לא הוכח כי ישנו אינטרס חזק מצדיק את הסרת החיסיון, מכיוון שהראיות הקיימות מספיקות לשם ביסוס התביעה.¹²⁶ בית המשפט לערעורים הפך את קביעת בית המשפט קמא ופסק כי הגנת החיסיון העיתונאי איננה חלק מהתיקון הראשון לחוקה או חלק מהמשפט המקובל כשמדובר בהליכים פליליים. בית המשפט לערעורים חייב אפוא את רייזן להעיד על זהות מקור המידע שלו.

אמנם בית המשפט לערעורים הסתמך על התקדים שנקבע בפסק הדין בעניין ברנזבורג, המכיר בהגנת החיסיון העיתונאי. אולם גם בפרשת סטרלינג, בדומה לפרשת ג'ודית מילר, לא היה מוכן לקבל עוד את הטענה כי החיסיון העיתונאי חל בהליכים פליליים. באי כוחו של רייזן טענו, כפי שטענו עורכי דין רבים לפניו, כי על בית המשפט לאמץ את דעת השופט פאוול בעניין ברנזבורג ולהכיר בהגנת החיסיון העיתונאי מתוקף התיקון הראשון לחוקה.¹²⁷ אך בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי אין להבין את עניין ברנזבורג כמכיל כמה גישות פסיקטיות ויש לאמץ את השורה התחתונה של פסק הדין, שלפיה

125 עניין *Branzburg*, לעיל ה"ש 112.

126 עניין *Sterling*, לעיל ה"ש 120, בעמ' 12.

127 שם, בעמ' 23-24.

הגנת החיסיון איננה נגזרת מן התיקון הראשון ככל שמדובר בעברות פליליות. השופט ויליאם טרקסלר, שכתב את דעת הרוב בפסק דין זה, קבע כי אין לקבל את הקריאה המאולצת של דעתו של השופט פאוול. לטענתו, השופט פאוול הסכים לדעת הרוב ודחה את הדעה המנוגדת.¹²⁸

אם כן, התפיסה שמבטא בית המשפט האמריקאי בפסק הדין היא שככל שמדובר בהליכים אזרחיים יש להכריע אם להעניק הגנת חיסיון עיתונאי מתוך איזון בין האינטרס לגילוי האמת במשפט לבין האינטרס באיסוף והפצה של חדשות, לפי המבחן התלת-שלבי. לעומת זאת בהליכים פליליים האינטרס לחקירה ולאכיפה אפקטיבית גובר על כל אינטרס ציבורי אחר, ולכן החיסיון העיתונאי מתוקף התיקון הראשון לחוקה לא יחול בהם.¹²⁹

כמו כן בית המשפט דחה את טענתו של רייזן, שלפיה גם אם אי-אפשר להכיר בחיסיון עיתונאי מתוקף התיקון הראשון לחוקה יש להכיר בו מתוקף שנים ארוכות של הכרה בחיסיון מכוח המשפט המקובל, כפי שנעשה בעבר בעניין חסיונות אחרים שהוכרו מתוקף סעיף 501 לחוק הראיות הפדרלי.¹³⁰ סעיף זה קובע כי המשפט המקובל, כפי שבית המשפט מפרש אותו לפי השכל הישר והניסיון, יכול להסדיר חסיונות, אלא אם החוק האמריקאי, החוקה, או פסיקת בית המשפט העליון קובעים אחרת. בית המשפט נימק את החלטתו לסרב להכיר בחיסיון העיתונאי לפי סעיף זה בכך שפסק דין ברנזבורג לא הכיר בחיסיון עיתונאי מתוקף המשפט המקובל, ולכן לא ראוי שבית המשפט יכיר בכך עתה.

רייזן טען גם כי עיגון החיסיון העיתונאי בחוק ב-39 מדינות בארצות הברית ובמחוז קולומביה תומך בכך שיש להכיר בחיסיון העיתונאי. בית המשפט לא שעה לטענה וסבר כי העובדה שהחיסיון העיתונאי טרם עוגן בחוק פדרלי, על אף הצעות החוק שהוגשו, מחזקת את המסקנה שאל לו לבית המשפט לעגן את החיסיון מתוקף המשפט המקובל.¹³¹ בית המשפט גם ציין את ההבדלים שבין החיסיון העיתונאי לבין חסיונות מקצועיים אחרים אשר הוכרו על פי סעיף 501 לחוק הראיות הפדרלי (כגון חיסיון בין עורך דין ללקוח וחיסיון בין מטפל למטופל).¹³²

128 שם, בעמ' 22.

129 שם, בעמ' 15.

130 *Jaffee v. Redmond*, 518 U.S. 1 (1996)

131 שם, בעמ' 46-47.

132 שם, בעמ' 41, 44.

בית המשפט הוסיף וקבע כי גם לו החיל את המבחן התלת-שלבי, שכאמור נהוג להחיל בעניין הגנת החיסיון העיתונאי בהליכים אזרחיים, התוצאה הייתה נשאת זהה. רייון היה האדם היחיד שידע את זהותו של מי שמסר מידע על תכנית מסווגת באופן לא חוקי, ועצם העובדה שקיבל מידע זה היא רכיב חשוב בכתב האישום. עובדות אלו מובילות למסקנה שעדותו של רייון חיונית, שאם לא כן המושבעים היו נאלצים להיעזר בראיות נסיבתיות כדי להסיק על זהות המקור. האינטרס החזק (compelling interest) שהמדינה צריכה להראות כחלק מהמבחן התלת-שלבי התקיים בעניין סטרלינג, משום שכאשר מדובר בהדלפות של סודות מדינה ובהפרת חוקים פליליים, מתעורר אינטרס לשמירה על ביטחון המדינה. לכן יש אינטרס חזק בעדותו של העיתונאי לשם הרשעתו של מי שמסכן את ביטחון ארצות הברית.¹³³

עמדה זו מוציאה למעשה מהמשוואה את החשיבות שבקיומה של עיתונות חוקרת חופשית, בייחוד בסוגיות של ביטחון לאומי, שנהוג לראות בהן חור שחור של מידע שמדינות ככל העולם אינן מעוניינות לפרסם. ההתעקשות שדווקא עיתונאי יעמוד ויצביע על הנאשם איננה מביאה בחשבון פגיעה במעגלים רחבים יותר של חופש הביטוי ורואה תמונה צרה מדי, המתחשבת באינטרס המקומי בלבד. בהקשר זה מעניין לעיין בדעת המיעוט של השופט רוג'ר גרגורי (Gregory). גרגורי סבר כי ברמה העקרונית יש להכיר בחיסיון העיתונאי מתוקף התיקון הראשון לחוקה. הוא קבע כי הזכות לחופש עיתונות היא אחת מן הזכויות החוקתיות החשובות בארצות הברית, הן להתפתחותה של ההיסטוריה האנושית והן לקיומה של דמוקרטיה. השופט גרגורי נימק את החלטתו בכך שאם לא יוגן החיסיון העיתונאי, יתפתח אקלים שבו תחקירים בענייני ביטחון לאומי יכללו אך ורק את הודעות הדוברות של סוכנויות הביטחון ושל הממשל, ללא כל יכולת לבדוק את אמיתותן באופן עצמאי. חיסיון עיתונאי הוא עניין של היגיון פשוט, כתב גרגורי. הוא התייחס בעיקר לחוות דעת שהוגשו לבית המשפט, למשל זו של עיתונאית *Washington Post* דנה פריסט, שהעידה על אי-היכולת לפרסם פרשיות שעסקו במפרץ גואנטנמו, כלא אבו גרייב והטיפול הלא נאות בגמלאי הצבא במרכז הרפואי ריד בארצות הברית, ללא שימוש במקורות חסויים.¹³⁴

133 שם, בעמ' 47-59.

134 שם, בעמ' 90-91.

לפיכך השופט גרגורי סבר שיש להחיל את המבחן התלת-שלבי גם על הליכים פליליים. לדעתו, הראיות הקיימות מבססות דיין את התביעה, והמדינה נכשלה בהוכחת השלב השלישי במבחן – אינטרס חזק שיחייב את הסרת החיסיון. השופט גם חידש והציע כי מלבד המבחן התלת-שלבי יש להתחשב בשני פרמטרים נוספים: הנזק שנגרם מהדלפת המידע והערך החדשותי הטמון במידע שהודלף לציבור. לדעתו, לדברים שפרסם רייזן יש חשיבות ציבורית גם בהתחשב בנזק שייתכן שנגרם מכך שמידע מסווג התפרסם. השופט גרגורי עמד בפסק הדין על הכישלון המודיעיני בחיזוי כלי הנשק הלא קונוונציונליים במלחמה בעיראק וטען שבייחוד לנוכח כישלון זה יש חשיבות רבה בבירור המידע הנוגע להתגרענות האיראנית. לדעתו, חדשות "ראויות לפרסום" שמצדיקות את הגנת החיסיון העיתונאי, הן חדשות שיש בגילויין ערך לציבור בנושאים שעל סדר היום; לעומתן, חדשות שאינן "ראויות לפרסום" ושמצדיקות את הסרת החיסיון העיתונאי, הן חדשות שמסכנות את ביטחון האזרחים או האומה בלי שיש בגילויין תועלת לציבור.

עוד הוסיף השופט כי גם אלמלא היה פוסק כי יש להכיר בחיסיון העיתונאי מתוקף התיקון הראשון, יש להכיר בו מתוקף המשפט המקובל. לדעתו, העובדה שמדינות כה רבות בארצות הברית בחרו לעגן את החיסיון העיתונאי בחוק מובילה למסקנה שראוי לפרש את הגנת החיסיון העיתונאי כנובעת מסעיף 501 לחוק הראיות הפדרלי.¹³⁵

השופט גרגורי ביקר גם את העיתונות האמריקאית וטען כי הדיווח השטחי בעיתונות הארצית בסוגיות ביטחון ומודיעין רק מחזק את החשיבות הציבורית שבפרסום ספרו של רייזן. הוא התעמת עם עמדת הרוב המעדיפה, לדבריו, את האינטרסים של הממשל על פני האינטרסים של העיתונות ותוך כדי פוגעת בעיתונות ובזרימה החופשית של מידע. פסק הדין של המיעוט אמין וחתרני לנוכח הנטייה האמריקאית מאז ספטמבר 2001 להעדיף במובהק אינטרסים של ביטחון לאומי וחסיון מידע ביטחוני על פני זכות הציבור לדעת.

לאחר פרסום פסק הדין האשימו חברי קונגרס את הנשיא אובמה ואת התובע הכללי אריק הולדר, שהתעקש על מיצוי ההליכים נגד רייזן, בהפרת החוקה האמריקאית, המבטיחה חופש עיתונות. עיתונאים טענו כי בעקבות האירועים האחרונים מקורותיהם חוששים לשוחח עמם. לגרסתם, אילוין רייזן לבוא לבית

135 שם, בעמ' 86-117.

המשפט ולהצביע על סוכן ה-CIA סטרלינג הפך את העיתונות לעיניים ולאוזניים של רשויות החקירה.¹³⁶ מומחי חופש ביטוי הכריזו כי מדובר במסמך האחרון בארון הקבורה של חופש העיתונות. פסק הדין יצר תהודה ציבורית גדולה, ונטען כי זהו שלב נוסף בתכניתו של ממשל אובמה להילחם ב-whistleblowers – אותם אנשים החושפים מעשי שחיתות ומספקים מידע מרשיע על פעולות אסורות בארגון שאליו הם משתייכים.¹³⁷

לדעתנו, כבר פסק הדין בעניין ברנזבורג הוא החלטה שיפוטית בעייתית. קשה להבין מדוע בית המשפט העליון האמריקאי, שבמקרים רבים ראה בתיקון הראשון לחוקה מקור להגנה כמעט מוחלטת על חופש הביטוי, בחר להפוך עיתונאי בכיר ב-*New York Times* למקור להפלת חשודים. בית המשפט לא גילה הבנה לתפקידו החיוני של העיתונאי בהעברת מידע לציבור ולצורך לאפשר לו לממש את תפקידו הציבורי. פסק הדין בעניין סטרלינג מניח נדבך נוסף בגישה שלילית זו, והוא פוגעני כשמדובר בזכות לחופש עיתונות בכלל ובחיסיון העיתונאי בפרט. האם הגנה על מקורות חסויים לא תוענק עוד מכוח החוק או הפסיקה וניאלץ להסתמך על אומץ הלב של עיתונאים בסירובם לחשוף מקורות? ג'יימס רייזן כבר הודיע שכג'ודית מילר לפניו יעדיף ללכת לבית הכלא ולא להפר את החיסיון העיתונאי. הוא גם הודיע שיערער לבית המשפט העליון.

ז. קנדה

בקנדה מעוגנים חופש הביטוי וחופש העיתונות בסעיף 2(b) לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות.¹³⁸ ואולם בתי המשפט נמנעו לרוב מלהכיר בחיסיון העיתונאי המבוסס על הוראות הצ'רטר או על המשפט המקובל. בית המשפט העליון של קנדה קבע כי החיסיון העיתונאי אינו נובע מהוראות החוקה ונימק זאת בכך שהאמצעים השונים שעיתונאים משתמשים בהם לאיסוף מידע, ובכלל זה הישענות על מקורות חסויים, אינם מעוגנים בחוקה, וכי החיסיון העיתונאי עשוי להיטען גם על ידי מי

136 **בכר, לעיל ה"ש 119.**

137 *US Court Rules Reporters Have No First Amendment Protection*, PRESS TV (July 20, 2013) (online); *Obama Wants to Jail New York Times Reporter James*

Risen, LAROCHEPAC (July 23, 2013) (online)

Canadian Charter of Rights and Freedoms, § 2(b) 138

שאינם עיתונאים "מסורתיים" (לדוגמה בלוגרים וצייצני טוויטר). משום כך סבר בית המשפט כי לא ראוי להעניק הגנה חוקתית לקבוצה כה רחבה ולא מוגדרת של דוברים ולכל מקור שהם יראו לנכון להבטיח לו סודיות.¹³⁹

רק בשנים האחרונות הוכרה האפשרות להחיל את החיסיון העיתונאי בבתי המשפט. בתי המשפט הקנדיים רואים במודל המתפתח ממקרה משפטי למקרה משפטי, הנובע מהמשפט המקובל, כמתאים ביותר, בתנאי שמתקיימים התנאים שנקבעו במשפט המקובל ליצירתו של חיסיון ראייתי חדש ומתוך שיקוף ערכים חוקתיים. נוסף על כך נקבע כי טענת חיסיון למקור יכולה לשמש הגנה רק כאשר הובטח למקור שזהותו לא תיחשף ובהתחשב בנסיבות המקרה ובאופי היחסים בין המקור לעיתונאי. כך למשל, יחסים בין מקור לבלוגר יצדיקו הגנה פחותה מזו שתיתן ליחסים בין מקור לעיתונאי מקצועי.¹⁴⁰

בפסק דין שדן בצו שהוצא לחיפוש במערכת טלוויזיה לשם תפיסת חומר מצולם המתעד ביצוע עברות של גרימת נזק למבנים, ציינה דעת הרוב כמה תנאים להוצאת צו חיפוש במערכות תקשורת: מילוי דרישת החוק המסמיך; איזון בין האינטרס הציבורי בחקירה ובהעמדה לדין לבין הזכות לפרטיות של כלי התקשורת בזמן איסוף המידע והפצתו; ובחינת התצהיר התומך בבקשת החיפוש כדי לבדוק אם יש מקורות חלופיים לקבלת המידע, אם פנו אליהם בעניין זה, ואם מוצו המאמצים הסבירים על מנת להשיג את המידע. כמו כן נקבע בפסק הדין כי יש לקבוע את התנאים בצו עצמו כך שימנעו הפרעה לתפקודו של כלי התקשורת בשל חיפוש או תפיסה.¹⁴¹

ח. אוסטרליה

הפסיקה האוסטרלית הפרדלית אימצה את כלל העיתונות (newspaper rule) הנהוג במשפט האנגלי, ושנים רבות נעשה שימוש בכלל זה בהליכים מקדמיים

R.v McClure, 2001 S.C.R. LEXIS 13, PARAS 139

שם, פס' 55-57 לפסק דינו של השופט ביני (Binnie). 140

Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard, 1991 S.C.R. LEXIS 18; 141

Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General),
1991 S.C.R. LEXIS 19

בתביעות לשון הרע ובתובענות שנועדו לחשוף זהות מקור. עם זאת השימוש בכלל זה לא הורחב לשלב ההוכחות במשפט, והפסיקה גם סירבה להכיר בקיומו של חיסיון עיתונאי. לפי הכלל האנגלי, בהיעדר נסיבות מיוחדות אין כופים על עיתונאי הנתבע בתביעת דיבה לגלות בתשובות לשאלון ובהליכי גילוי מוקדמים את זהות מקור המידע שלו לפרסום נשוא התביעה. ואולם לאחרונה התקבל באוסטרליה חוק המעניק חיסיון עיתונאי יחסי.

לפי החוק, עיתונאי פירושו אדם אשר עוסק באופן פעיל בפרסום של חדשות ושאפשר להעביר לו מידע באמצעות מקור מתוך ציפייה שהמידע יתפרסם במדיום חדשותי. עוד קובע החוק כי אם עיתונאי הבטיח למקור שלא לחשוף את זהותו, העיתונאי ומעסיקו לא יחויבו לגלות את זהותו של המודיע או לאפשר את בירור זהותו, אלא אם בית המשפט שוכנע שהאינטרס הציבורי בגילוי זהותו של המודיע גובר על: (1) כל השפעה שלילית אפשרית של הגילוי על המודיע או על כל אדם אחר; ו-(2) האינטרס הציבורי בהפצת עובדות ודעות לציבור באמצעות כלי התקשורת; ויכולתם של אמצעי התקשורת להסתייע במקורות.¹⁴²

ט. ניו זילנד

בניו זילנד החילה הפסיקה את כלל העיתונות האנגלי בהליכי משפט נוספים ולא רק בתביעות לשון הרע. נקבע כי הכלל יחול בשלב הגילוי המקדים, אם כי בית המשפט הכיר בכך שגם בשלב ההוכחות אפשר לאזן בין האינטרס בהגנת מקורותיו של העיתונאי לבין אינטרס נוגד.¹⁴³ בשנים האחרונות חוקק גם בניו זילנד חוק חיסיון עיתונאי יחסי. החוק קובע כי עיתונאי פירושו אדם שבמהלך הרגיל של עבודתו יכול מקור להעביר לו מידע בציפייה שמידע זה עשוי להתפרסם במדיום חדשותי. התנאים להסרת החיסיון זהים לתנאים הקבועים בחוק האוסטרלי.¹⁴⁴

142 Evidence Amendment (Journalist's Privilege) Act 2011 (Cth) (Austl.); נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 100.

143 *European Pacific Banking Corporation v. Television New Zealand*, 1994 NZLR LEXIS 614 (C.A.)

144 Evidence Act 2006, § 68 (N.Z.); נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 100-101.

סיכום: הסדרי החיסיון העיתונאי במדינות שנסקרו בנימוח המשווה

קידה	אראות הגרית	גרמניה	שוודיה	צרפת	אנגליה	תנאים להסרת החיסיון
לא	ברוב המדינות יש חוקי מגן. הצעת חוק פדרלית המעגמת את החיסיון העיתונאי תלויה ועומדת	כן	כן. מעגן בחוק יסוד	כן	כן	האם החיסיון מעגן בחוק?
תנאי פסיקתי - נתנה הבטחה למקור לשמירה על זהותו.	משתנים ממדינה למדינה.	<ul style="list-style-type: none"> אם העדות חסייע לזכו מעברה פלילית או אם העיתונאי מאשם באחת העברות החמורות המופיעות בסעיף (בגדל). סיכון ביטחון המדינה, הלכנת הון וכו'. 	<ul style="list-style-type: none"> אפשר לחייב לגלות את זהות המקור במשפטים פליליים אם המידע שפורסם מסכן את ביטחון המדינה, או במשפטים שבהם חופש העיתונות אינו התשא העיקרי ויש בהם עניין חשוב יותר המצדיק את ביטול החיסיון. 	<p>חיסיון מוחלט אשר חל רק על עיתונאים שזמנו כעדים.</p>	<ul style="list-style-type: none"> נחוצ לקיום צדק (מפורש כנחוצ לצורך חברתי דחוף), או לצורך הגנה על ביטחון לאומי או לשם מניעת הפרעה או פשע. 	<ul style="list-style-type: none"> תלכיו יהיה מידתי. לשם חלכית ראוייה.

הסדרים בחוק המגנים על המעלה האזרחית והעיתונאית	צילום עיתונאי חומר ייחודי אחר המיועד לתפוס לפני שהחוקים המגנים על המעלה האזרחית והעיתונאית יחולו	חוקי העיתונאיות המגנים על המעלה האזרחית והעיתונאית	איסור על פיקודי ממשלה לנהל חקירות שמטרתן לגלות מדליפים	אי-אפשר לסרב למסור למשטרה צילומים	איסור פדול, לתפוס או לחפש חומרים שנוצרו או שחשפו לשם פרסום באמצע ואשר מוחזקים לשם מטרה זו ביד, אדם שיש יסוד סביר להאמין כי בכונתו לפרסמם, אלא אם הוא משוד בביצוע עברה שהחוקרים האמורים קשורים בה, או, אשטפיסתם נחוצה לשם מניעת מוות או נזק גופני חמור לאדם.	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה
הסדרים בחוק המגנים על המעלה האזרחית והעיתונאית	צילום עיתונאי חומר ייחודי אחר המיועד לתפוס לפני שהחוקים המגנים על המעלה האזרחית והעיתונאית יחולו	חוקי העיתונאיות המגנים על המעלה האזרחית והעיתונאית	איסור על פיקודי ממשלה לנהל חקירות שמטרתן לגלות מדליפים	אי-אפשר לסרב למסור למשטרה צילומים	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה	הגבלות על חיפוש ותפיסה של חומרים אחרים, למעט חומר שהושג בעבר או המחזק שלא בחוק או שנועד לשמש לצורך ביצוע עברה

פרק רביעי

המלצות להסדרת החיסיון העיתונאי

א. עיגון בחוק של הגדרת "עיתונאי" לצורך החלת הגנת החיסיון

אישתון הוא בלוגר ישראלי השומר על אנונימיות. בבלוג שלו הוא מפרסם מידע גלוי וחסוי, קורא לאזרחים להדליף לו מידע באופן אנונימי, מבקש תגובות ומציג את הקישורים למקורותיו.¹⁴⁵ באפריל 2012 פרסם אישתון תחקיר שעסק בשאלה מיהם 126 השמות החדשים שנוספו לרשימת חללי מערכות ישראל ונפגעי פעולות האיבה בשנת 2011.¹⁴⁶ הוא חשף כי מספר המוגדרים חללי צה"ל נופח, משום שחלק ניכר מסיבות המוות אינן מדווחות כלל (בדרך כלל התאבדויות), וחלק אחר מקוטלגות לא נכון. לפי כתבתו של העיתונאי הוותיק אלוף בן בעיתון הארץ, המסמכים שפרסם אישתון אינם סודיים ואין בפרסומם משום איום על ביטחון המדינה.¹⁴⁷ בכל זאת, בדצמבר 2012 זומן אישתון לחקירה משותפת של המשטרה הצבאית ומשטרת ישראל, שנועדה לגלות מי מסר לו מידע ומסמכים על מקרי המוות בצה"ל. חקירתו של אישתון היא הלכה למעשה אמצעי הפחדה נגד מי שמנסים להביא לידיעת הציבור מידע שמערכת הביטחון אינה מעוניינת בחשיפתו, מתוך פגיעה בפועל בעקרון החיסיון העיתונאי של הבלוגר כ"עיתונאי". יש להניח כי אישתון, שאין מאחוריו ערוץ או עיתון שיגנו על האינטרסים שלו, זקוק עוד יותר מעיתונאים "קלאסיים" להגנת החיסיון העיתונאי. המידע שהוא מפיץ חושף בעיות ושחיתויות ויש בו עניין ציבורי. חוסר הבהירות בדבר גבולות היקף ההגנה שהחיסיון העיתונאי מעניק חושף את אותם סוגים חדשים של עיתונאים להטרדות מצד הרשויות ולפגיעה בזכויותיהם.

145 ראו הבלוג של אישתון: <https://eishton.wordpress.com>

146 "גיבורים נולדים במוות" אישתון 26.4.2012.

147 אלוף בן "כולנו אישתון" הארץ 24.12.2012.

הגדרת "עיתונאי" לצורך החלת הגנת החיסון שנויה במחלוקת באקדמיה המשפטית ובעולם התקשורת בישראל, בייחוד לנוכח הקושי לקבוע מי נחשב עיתונאי מחוץ לתקשורת הממוסדת המסורתית. יש הסבורים כי עצם הגדרת ה"עיתונאי" יכולה להוביל לצמצום ההגנה המשפטית הניתנת היום לעיתונאים, ובין השאר גם לצמצום הגנת החיסון העיתונאי.¹⁴⁸ אחרים חושבים שכדי לעקוף את סוגיית ההגדרה יש להתמקד ב"מעשה העיתונאי" ולא ב"עיתונאי".¹⁴⁹ כמו בסוגיות אחרות, הקושי בהגדרה מוביל לחוסר היכולת להסדיר את סוגיית החיסון בחקיקה.

אנו סבורות כי הן מבחינה נורמטיבית והן מבחינה פרקטית, בעידן המידע יש להגדיר את מיהות בעל החיסון העיתונאי ולא מיהו עיתונאי או את מהות המעשה העיתונאי; נורמטיבית, על מנת לספק הגנה טובה לעיתונאים יש להגדיר בבהירות מיהם האנשים שראויים להגנת החיסון ולא להתחמק מהשאלה בהגדרתם על פי המעשה שהם מבצעים. פרקטית, למדנו מניסיון העבר כי בלא הגדרת הנהנים מן ההגנה, המחוקק לא יגלה נכונות להעביר חוק שנותן הגנה כה משמעותית. כך אפשר גם ללמוד גם מדבריה של חברת הכנסת זהבה גלאון, יושבת ראש מפלגת מרצ, שסיפרה על ניסיונותיה להעביר הצעות חוק המעגנות את החיסון העיתונאי בכנס שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה והוקדש לעתידו של החיסון העיתונאי בישראל. חברת הכנסת סיפרה כי שר המשפטים לשעבר יוסף (טומי) לפיד ז"ל, בתגובה להצעת חוק שנועדה לעגן בחוק כמה מהיבטיו של החיסון העיתונאי, קבע כי "אנחנו לא יכולים לתמוך בהצעת החוק שלך כל עוד אין הגדרה של מהו 'עיתונאי'". אליבא דגלאון היעדר הגדרת "עיתונאי" מטרפדת את ההעברה של הצעת החוק לעיגון החיסון העיתונאי.¹⁵⁰ כמו כן, ברוח צוות הבריקה בנושא האזנות סתר נאמר כי "נוכח היעדר הוודאות באשר מי הוא עיתונאי והמעמד היחסי של חיסון העיתונאי מוצע כי בשלב ראשון יוסדר הנושא בהנחיות המשטרה. יש לקוות כי הניסיון שיצטבר יאפשר בעתיד

148 פרוטוקול כנס "עתיד החיסון העיתונאי בישראל", לעיל ה"ש 45, בעמ' 42-53.

149 חנוך מרמרי "מיהו עיתונאי 2013" אתר העין השביעית 25.5.2013.

150 פרוטוקול כנס "עתיד החיסון העיתונאי בישראל", לעיל ה"ש 148, בעמ' 25; וכן ראו בפרק "ניסיונות לעגן את החיסון העיתונאי בחקיקה בישראל" במסמך זה.

להציב אמות מידה יותר ברורות לשם עיגון הסדר חקיקתי.¹⁵¹ כך למעשה היערר הגדרת "עיתונאי" לצורך הגנת החיסיון העיתונאי מקשה גם על עיגון ההגנה בהליכים משטריים.

הצעת החוק המונחת היום על שולחן הכנסת מבקשת להתחמק מן הקושי על ידי הקביעה שהחלטת בדבר ההגדרה "מיהו עיתונאי" תושאר לשיקול דעתם של שרים או רשויות המדינה. אנו סבורות שמדובר בטעות. ראשית, זוהי סוגיה מרכזית ועקרונית להסדר, ולפיכך היא משום הסדר ראשוני שצריך להיקבע בחקיקה; שנית, הצעה כזאת יכולה להוביל את הרשות המבצעת לנסח הגדרה צרה שתצמצם את היקף הגנת החיסיון העיתונאי אפילו ביחס למצב היום. לדעתנו, הסיכוי להגיע להסדר ראוי, שלא יצמצם את היקף הגנת החיסיון העיתונאי כאמור, גדול יותר כשמדובר בבית המחוקקים ולא ברשות המבצעת. לפיכך אנו סבורות כי יש להציע הגדרה פשוטה לשאלה מיהו עיתונאי לצורך הגנת החיסיון.

ב. הגדרת מקצוע ה"עיתונאי" בפסיקה משווה

בדחיית הזכות לחיסיון קבע הרוב בפסק דין ברנזבורג: "במוקדם או במאוחר יהיה נחוץ להגדיר מהן אותן קטגוריות של עיתונאים אשר זכאים ליהנות מהזכות".¹⁵² מאז פרשת ברנזבורג ניסו בתי משפט אמריקאיים רבים להגדיר מי נחשב "עיתונאי" לצורך הגנת החיסיון העיתונאי. שלושה בתי משפט קבעו כי סוג המדיום שבו העיתונאי פועל אינו צריך להיות רלוונטי בקביעת תחולת הגנת החיסיון העיתונאי. גישות השופטים בתיקים הנידונים משקפות את נקודת המוצא שיש לבחון את הסוגיה מיהו עיתונאי לצורך הגנת החיסיון העיתונאי.

בפרשת פון בילוב (von Bulow) נקבע כי הזכות לחיסיון עיתונאי חלה רק על מי שעוד בזמן איסוף המידע הייתה לו כוונה לעבדו ולהפיץ אותו לציבור.¹⁵³ אנדריאה ריינולדס הייתה עדה בתביעה אזרחית שהגישו ילדיה

151 דוח צוות הבדיקה בעניין האזנות סתר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 21.

152 עניין Branzburg, לעיל ה"ש 112, בעמ' 705.

153 von Bulow v. von Bulow, 811 F.2d 136 (2nd Cir. 1987)

של מרתה פון בילוב בשם אמם המנוחה נגד בעלה קלאוס, אשר נשפט בגין הריגתה. ריינולדס רשמה לעצמה הערות בזמן המשפט ולאחריו הוציאה לאור ספר שהתבסס עליהן. בית המשפט דחה את ניסיונותיה של ריינולדס לטעון להגנת החיסון העיתונאי, אך הדגיש שסוג המדיום להפצה (במקרה זה ספר) אינו משנה לעניין קיום הזכות, כל עוד המדיום הוא אמצעי להפצת מידע ודעות.¹⁵⁴ בית המשפט גם ציטט מתוך פסק דין ברנזבורג, שבו נאמר כי אין חובה שהנהגה מחיסון עיתונאי יהיה חבר בעיתונות ממוסדת, היות שהפעילות האינפורמטיבית שעושים נציגים של העיתונות הממוסדת נעשית גם על ידי מרצים, עורכי סקרים פוליטיים, סופרים, חוקרי אקדמיה ומחזאים.¹⁵⁵ בית המשפט קבע כי הגנת החיסון העיתונאי אינה מוגבלת בהכרח למי שיש לו היסטוריה מוכחת של עיתונאות, אף שניסיון קודם כעיתונאי מקצועי עשוי לשמש ראיה משכנעת לכוונה הנוכחית לאסוף מידע לצורך הפצה.¹⁵⁶ בסופו של דבר הגיע בית המשפט למסקנה שאף על פי שהעדה כתבה ספר לאחר המשפט, החומרים שבהם השתמשה ניתנים לגילוי, מאחר שבזמן איסוף המידע לא הייתה לה כוונה להפיץ אותם בציבור.

בפרשת שון (Shoen) דנו השופטים בשאלה אם הזכות לחיסון עיתונאי חלה על סופר של ספרי עיון המבוססים על תחקירים.¹⁵⁷ בית המשפט הסביר כי החיסון העיתונאי נועד להגן על תחקיר עיתונאי בלא תלות במדיום המשמש להפצת החדשות בציבור. מחברי ספרי עיון שבבסיסם תחקירים, כמו עיתונאים קונוונציונליים יותר, מילאו תפקיד היסטורי חיוני בהבאת מידע חדשותי בנושאים שנויים במחלוקת בעלי חשיבות ציבורית. בית המשפט התייחס לכך שבמקרים קודמים שבהם נידון החיסון העיתונאי בבתי המשפט אומץ מבחן הכוונה להפצת מידע שנקבע בפסק דין פון בילוב.¹⁵⁸

בפרשת מאדן (Madden) אימץ בית המשפט גרסה מחמירה יותר של מבחן פון בילוב. בית המשפט הסכים כי יש לדרוש כוונה להפצה של מידע בעת איסופו,

154 שם, בעמ' 144.

155 שם, בעמ' 144-145.

156 שם.

157 *Shoen v. Shoen*, 5 F.3d 1289, 1293 (9th Cir. 1993)

158 שם, בעמ' 1293-1294.

אולם על מנת ליהנות מהגנת החיסיון העיתונאי אוסף המידע צריך לקיים תחקיר עיתונאי.¹⁵⁹ מארק מאדן היה פרשן ספורט מקצועי בתחום ההיאבקות, שהפיק הקלטות של פרשנויותיו. הוא הודה כי קיבל מידע סודי ממקורותיו ונעזר בו בפרשנותו וטען כי פרשנויותיו "מבדרות באותה מידה כמו עיתונאות", ולכן מגיעה לו הגנה של החיסיון העיתונאי. בית המשפט קבע כי הכוונה להפיץ מידע לציבור אינה מספיקה, וכי יש לדרוש עריכת תחקיר עיתונאי. פעילותו של מאדן אינה דומה לתחקיר עיתונאי, ולפי דבריו הוא בדרך ולא עיתונאי, מפיו ריגושים ולא חדשות. בית המשפט הוסיף כי המקורות היחידים של מאדן היו מנהלים של חברת האמרגנות, וכי מאדן לא חשף שום סיפור בעצמו וגם לא חקר באופן עצמאי. לכן אין ספק כי לא התקיים תחקיר עיתונאי.¹⁶⁰

מרי-רוז פפנדראה (Papandrea) מותחת ביקורת על מבחן פון בילוב. היא טוענת כי מבחן זה בעייתי, כיוון שהוא מתמקד בכוונתו של מפיק המידע בזמן קבלתו. לטעמה, פעמים רבות עיתונאים מקבלים מידע חדשותי כאשר הם אינם מצפים לו (למשל בזמן שיחה עם עמיתים או חברים), ופעמים רבות בזמן קבלת המידע הם אינם יודעים אם יפיצו אותו בעתיד.¹⁶¹

ג. היקף הגדרת מקצוע ה"עיתונאי"

בעבר הקושי בהגדרה של עיתונאי היה נורמטיבי. הועלו טענות נגד הניסיון לכבול את מקצוע העיתונאות במשטר של רישוי, שתחילתו בהגדרה וסופו בתנאי כניסה ויציאה מן המקצוע, בפיקוח שלטוני, באפקט מצנן על העשייה העיתונאית ובפגיעה בזכות לחופש ביטוי ועיתונות. אנו סבורות כי בעידן המידע משטר רישוי למקצוע העיתונאות איננו רלוונטי כלל, הואיל ונושא הסדרת התכנים התקשורתיים נדרש כולו לחשיבה מחודשת. מטרת ההגדרה בענייננו איננה לכבול כותבים אלא להעניק להם הגנה על פי הגדרה אחת:

Madden v. Turner Broadcasting Systems, Inc., 151 F.3d 125, 129–130 (3d Cir. 1998) 159

שם, בעמ' 130. 160

Mary-Rose Papandrea, *Citizen Journalism and the Reporter's Privilege*, 2006–2007 161

MINN. L. REV. 515, 573

כתיבה לתועלת הציבור המתבצעת בפלטפורמות שונות, משטרי העסקה שונים ופרקטיקות שונות של כתיבה, עריכה ואתיקה.

יש הטוענים כי מי שמבקש לעסוק בעיתונות צריך להיות כפוף לחובת רישוי שתבטיח שמירה על רמה גבוהה של יושרה אישית ומקצועית ותאפשר פיקוח על התנהלותו בהתאם לכללי האתיקה המקצועית והסטנדרטים הראויים.¹⁶² לפי טענה זו, מי שעוסק בתקשורת ולא מופעלים עליו כללים ופיקוח, לא צריך ליהנות מחיסיון עיתונאי. טענה זו איננה חזקה. החלת גישה הדוגלת בעמידה בתנאי רישוי על מנת להיות עיתונאי, תגרום לכך שאנשים שעוסקים בעיתונאות אך אינם מוגדרים "עיתונאים" לא יקבלו את הזכויות העיתונאיות שמאפשרות להם לעשות את עבודתם נאמנה. לכן פחות אנשים יעסקו בעיתונאות, וכפועל יוצא מכך ייפגעו חופש הביטוי והעיתונות.¹⁶³ נוסף על כך, מדינה השולטת בעיסוק העיתונות באמצעות מתן רישיונות תוכל למנוע את העיסוק במקצוע על ידי שליטת רישיון ממי שיביע עמדות ביקורתיות או עצמאיות כלפי הממשל. בכך ייפגע תפקידה המרכזי של העיתונות במשטר הדמוקרטי. כמו כן, נפסק בעבר כי העיתונות בישראל היא "מקצוע חופשי", וכל החפץ בכך יכול לעסוק בו.¹⁶⁴

הצבת מגבלת רישוי על מי שרוצה ליהנות מהגנת החיסיון העיתונאי, לנוכח חשיבותה לעבודת העיתונאי, משמעה הצבה דה פקטו של דרישת רישוי ושל דרישת התאגדות מקצועית מכל מי שחפץ לעסוק בעיתונות.¹⁶⁵ הגבלת היקף הגנת החיסיון לבעלי תעודת עיתונאי תיצור הבחנה בין עיתונאים "מוכרים" לבין מי שאינם, ותחייב את המקור המעוניין בחיסיון לבדוק בטרם מסירת המידע לאיזה "סוג" עיתונאי הוא מעביר את המידע. יש לציין כי בפרשת רחום הוכרה ההלכה שלפיה החיסיון העיתונאי מגן גם על מי שאינם רשומים באגודת העיתונאים, דוגמת היסטוריון האוסף מידע על מנת להעמידו לדיון ציבורי. בפרשה זו ביקש

162 ראו בג"ץ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה(3) 589, בעמ' 594 לפסק דינו של השופט טירקל (1981).

163 בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פס' 5 לפסק דינה של השופטת דורנר (פורסם בנבו, 25.4.2004).

164 ש.ם.

165 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 169.

התובע לעיין בקלטות המתעדות ראיונות שערך הנתבע, היסטוריון במקצועו, עם גורמים שונים כמקור לספרו **טלטה בשב"כ**. בית המשפט דחה את הבקשה בטענה שתכליתו של החיסיון העיתונאי היא ביסוס האמצעים לאיסוף מידע ולפרסומו וכן הגנה על מקורות, ולכן לפי רציונלים אלו ההגנה צריכה לחול גם על היסטוריון, והעובדה שהוא אינו רשום כ"עיתונאי" באגודת העיתונאים אינה משנה לעניין היקף ההגנה.¹⁶⁶

יתרה מזו, ברור כי בעידן המידע התרומה לשוק הרעיונות והדעות איננה מגיעה רק מן העיתונות הממוסדת אלא מן הבלוגוספירה ומהרשתות החברתיות. במציאות זו אנשים שעיסוקם המרכזי אינו עיתונות או שמבקשים לתרום לשיח שלא דרך הצינורות הממוסדים לא יוכלו להיחשב עיתונאים לפי ההגדרות המסורתיות. עדות למבוכה זו אפשר לראות ברוח הוועדה המייעצת לבחינת הכללים למתן תעודת עיתונאי משנת 2011. בעקבות התמורות הגדולות שחלו בעולם התקשורתי והדיגיטלי, ראש לשכת העיתונות הממשלתית החליט כי יש לרונן מחדש בכללים הנהוגים בלשכה להנפקת תעודות מטעמה ולהביא לעדכוןם. הוועדה קבעה כי תעודת לע"מ (לשכת העיתונות המרכזית) תינתן על ידי הלשכה לאזרח או לתושב ישראל העומד בתנאים המצטברים כדלקמן:

- (א) הוא מועסק במקצועות התקשורת, במדינת ישראל; על ידי אמצעי תקשורת ישראלי בתחום החדשות; ועיקר עיסוקו בכך; לחלופין – הוא משמש במקצועות התקשורת במדינת ישראל, בתחום החדשות, וזאת כ־freelancer (משתתף חופשי) והוכח להנחת דעתה של הלשכה שעיקר עיסוקו במקצועות התקשורת;
- (ב) הוכח להנחת דעתה של הלשכה שהוא עסק במקצועות התקשורת באמצעי התקשורת באורח קבע במשך השנה שקדמה להגשת בקשתו למתן התעודה, ובכוונת אמצעי התקשורת שאצלו הוא מועסק להעסיקו כאמור למשך תקופה של שנה לפחות ממועד הגשת הבקשה למתן תעודה; לחלופין – הוכח להנחת

166 בר"ע (מחוזי י"ם) 2283.00 רחום נ' גוטמן, תק"מח 2001(2) 13729, פס' 5 לפסק הדין.

דעתה של הלשכה כי הוא הועסק במקצועות התקשורת בתחום החדשות באורח קבע במשך השנה שקדמה להגשת בקשתו למתן התעודה והוא ממשיך לעשות כן.¹⁶⁷

דוח הוועדה קבע כי תעודת העיתונאי שמנפיקה לשכת העיתונות הממשלתית אינה תנאי לעיסוק בעיתונות. מטרת התעודות והאישורים שמנפיקה לשכת העיתונות הממשלתית היא "להקל על עבודתם של עובדי עיתונות העוסקים בתחום תקשורת החדשות, ונדרשים להגיע למקומות שונים ולמוקדי אירועים לצורכי עבודתם בתחום החדשות".¹⁶⁸ לפי דוח הוועדה, הגדרת העיתונאי לשם קבלת "תעודת עיתונאי" צריכה להיות שונה מההגדרה לצורך קביעת היקף החיסיון העיתונאי.¹⁶⁹

הגנת החיסיון העיתונאי מגנה על העיתונאי מפני חקירת רשויות על מקורותיו. משום כך הגדרה רחבה מדי לנהנים מהגנת החיסיון העיתונאי, שתכלול כל מפרסם שיטען כי הוא תורם להעברת מידע לציבור ומסתמך על מקורות מידע סודיים, תצמצם יתר על המידה את היקף הראיות והעדים שבית המשפט יכול להסתייע בהם לצורך גילוי האמת במשפט.¹⁷⁰ אנו סבורות כי על ההגדרה להיות ממוקדת ועם זאת רחבה דייה, על מנת שתשמור על האינטרס העיתונאי אך לא תפגע יתר על המידה באינטרס הציבורי לחשיפת האמת. הגדרתו של ד"ר ישגב נקדימון, שהציע כי "עיתונאי" לצורך הגנת החיסיון העיתונאי יהיה "כל אדם האוסף מידע לשם פרסומו לציבור",¹⁷¹ היא לפיכך רחבה מדי לטעמנו ואינה מקיימת את האיזון הראוי בין אינטרס גילוי האמת במשפט לבין הגנה על חופש העיתונות.

167 משרד ההסברה והתפוצות דוח הוועדה המייעצת לבחינת הכללים למתן תעודת עיתונאי 10 (2011) (ההדגשות הן של המחברות).

168 שם, בעמ' 115.

169 שם, בעמ' 76.

170 *The Right of the Press to Gather Information*, 71 COLUMBIA L. REV. 838, 850 (1971)

171 פרוטוקול כנס "עיתיד החיסיון העיתונאי בישראל", לעיל ה"ש 45, בעמ' 56.

ד. האם החיסיון צריך לחול גם על בלוגרים?

יש הטוענים כי בלוגרים אינם זכאים ליהנות מהגנת החיסיון העיתונאי כי הם אינם מאומנים בעבודה העיתונאית, אינם עובדים כעיתונאים במשרה מלאה ואינם מסורים מספיק לתרומה לדיון הציבורי.¹⁷² פפנדראה מתחה ביקורת על גישה זו בטענה כי היא מיושנת. לדבריה, האמון במערכות התקשורת הממוסדות נשחק בשנים האחרונות, בעוד בלוגרים מפרסמים סיפורים חדשניים מרעישים ומובילים את השיח הלאומי. לבלוגרים, טוענת פפנדראה, יש תמריץ להיות מדויקים בפרסומיהם כדי ליצור אמון בקרב קוראי הבלוג. תקשורת אינטרנטית רק תמשיך לצבור השפעה בעתיד, כיוון שמספר האזרחים שצורכים תקשורת אינטרנטית רק הולך וגדל עם השנים.¹⁷³ מטעמים אלו, ועל מנת להגשים את תכלית החיסיון העיתונאי, יש להגדיר גם בלוגרים ומפיצי מידע אחרים באינטרנט כנהנים מהחיסיון העיתונאי, כל עוד הם מקיימים את תכלית החיסיון.

ה. הגדרת "עיתונאי" לצורך הגנת החיסיון העיתונאי במדינות אחרות

במדינות שבהן עוגן החיסיון העיתונאי בחוק הוגדר "עיתונאי" בכמה דרכים: בחלק ממדינות ארצות הברית, בגרמניה, באוסטרליה, בניו זילנד ובהמלצות הקהילה האירופית הוגדר עיתונאי מי שעוסק בעיתונות באופן פעיל, רגיל או קבוע. בניו זילנד ובאוסטרליה החוק הוסיף תנאי להגדרה – מקור יכול להעביר לאדם זה מידע בצפייה שהמידע יתפרסם במדיום חדשותי. במדינות מסוימות בארצות הברית הוגדר עיתונאי "מי שיש לו קשר או זיקה לכלי תקשורת", ובמדינות אחרות עוגנה בחוק ההגדרה "מי שמקבל תמורה עבור עיסוקו בעיתונות".¹⁷⁴ בארצות הברית הנחה המשרד למנהל ותקציבים (OMB — Office

172 ראו למשל, David Shaw, *Do Bloggers Deserve Basic Journalistic Protections?*,

L.A. TIMES (Mar. 27, 2005) (online)

173 Papandrea, **לעיל** ה"ש 161, בעמ' 573-574.

174 ד"ר ישגב נקדימון מפרט כיצד המדינות בארצות הברית מגדירות "עיתונאי": במחוז קולומביה ובמריילנד מוגדר עיתונאי כמי שמועסק על ידי כלי תקשורת; במדינות

of Management and Budget) כי יש לפרש "נציג תקשורת" בחוק חופש המידע כ"כל אדם שבאופן פעיל אוסף חדשות עבור גוף מאורגן ופועל לפרסם או לשדר חדשות אלו לציבור".¹⁷⁵ לעומת זאת באנגליה הנהנה מהחיסיון מוגדר "אדם שאחראי לפרסום הכולל את המידע שנמסר על ידי המקור".¹⁷⁶ מסקירת ההגדרות במדינות השונות עולה כי יש כמה רכיבים עיקריים שעל פיהם יש להגדיר "עיתונאי" לצורך הגנת החיסיון:

- עיסוק קבוע
- זיקה לכלי תקשורת ממוסד
- תמורה
- אחריות לפרסום

פפנדראה מביאה במאמרה קריטריונים ומבחנים נוספים שמומחים הציעו בשנים האחרונות להגדרת "עיתונאי" לצורך הגנת החיסיון העיתונאי, בהם: אנשים המפיצים מידע בעל חשיבות ציבורית; ההגנה תחול רק על אדם שהפיץ מידע מדויק; ההגנה תחול רק כשהמקור מגלה מידע בסוד מתוך אמונה סבירה שהאדם שלו הוא מעביר את המידע מפיץ מידע בקביעות לציבור רחב ומטרתו של המקור היא לאפשר לאדם זה לעשות כן; ההגנה תחול רק על אדם שמעורב ב"הליך עבודה עיתונאי" (הליך המקיים שלושה תנאים: הפצת מידע לציבור בקביעות, קיומם של אמצעי אימות ושקיפות בעניין בעליו של הפרסום ובעניין הסטנדרטים שהוא פועל לפיהם). פפנדראה מבקרת את ההצעות ומסבירה מדוע

קליפורניה, אלבמה, אריזונה, קנטקי, אוהיו, פנסילבניה, מונטנה, נבדה, ניו ג'רזי, אורגון, רוד איילנד, ארקנסו, קולורדו, קונטיקט, צפון קרוליינה, צפון דקוטה, דרום קרוליינה וטנסי מוגדר עיתונאי כ"מי שיש לו קשר או זיקה לכלי תקשורת". ההגדרה "מי שמקבל תמורה עבור עיסוקו בעיתונות" מעוגנת בחקיקה באינדיאנה, בדלאוור, בניו יורק, בפלורידה ובניו מקסיקו. ראו נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 169.

175 5 C.F.R. §1303.30 (1982). כמו כן, ועדת הבחירות הפדרלית (Federal Election Commission) פרסמה בהסברים לחקיקה הנוגעת להסדרת האינטרנט כי בלוגרים ומשתמשים אחרים המתקשרים דרך האינטרנט יהיו זכאים לאותן זכויות המקנות פטור מחובות מסוימות הניתנות לתקשורת המסורתית. ראו Explanation & Justification to the Internet Communications Regulations, 71 FR 18, 608, 18610 Contempt of Court Act, 1981, c.49, s.10 (Eng) 176

כל אחת מהן אינה שומרת על תכלית הגנת החיסיון העיתונאי. היא מציעה כי עיתונאי לצורך הגנת החיסיון צריך להיות מוגדר כל מי שמפיץ מידע לציבור.¹⁷⁷ אנו סבורות כי ההגדרה הראויה לעיתונאי לצורך החלת הגנת החיסיון צריכה להיגזר מתכלית החיסיון העיתונאי – שמירה על יחסי האמון בין מקור לעיתונאי, שתסייע לעיתונאים באיסוף המידע החיוני להגשמת תפקידם.¹⁷⁸ תפקידיו של העיתונאי הם עדכון הציבור על אירועים בעלי משמעות, הפעלת ביקורת על מוסדות השלטון ועל מוקדי כוח אחרים וכינון מרחב ציבורי שבו דעות שונות ומנוגדות נידונות בפומבי.¹⁷⁹ נובע מכך שהגדרת העיתונאי לצורך קביעת היקף ההגנה אינה צריכה להיות מוגבלת על ידי סוג אמצעי התקשורת, ובייחוד רמת המיסוד שלו, או על ידי הפלטפורמה שבאמצעותה פועל העיתונאי; משום שכל עוד מידע החיוני לציבור מופץ דרך אותו אמצעי, יש לחברה אינטרס להגן על המשך הפצת מידע זה בעתיד. כמו כן, הגדרת העיתונאי על פי הקריטריון של השתכרות או תמורה כספית מעצם הפרסום אינה עולה בקנה אחד עם הצורך לעודד פרסומים שיש בהם עניין ציבורי גם אם אינם משיאים רווח למפרסם.

כפי שצוין לעיל, ההגדרה של עיתונאי לשם קבלת תעודת לע"מ דורשת כי העיסוק העיתונאי יהיה עיקר עיסוקו של מפיץ המידע. הגדרה זו אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החיסיון העיתונאי. גם על בלוגר החושף מידע שחשוב לציבור, אך כתיבת הבלוג היא עיסוקו הצדדי והוא מחזיק בעבודה עיקרית נוספת, ראוי להגן כדי שיוכל להמשיך ולהפיץ מידע. לעומת זאת הקריטריונים הנוספים המוזכרים בתנאים לצורך קבלת תעודת לע"מ – אדם ש"משמש במקצועות התקשורת בישראל" ו"פועל באורח קבע" בתחום התקשורת – אכן מגשימים את תכלית החיסיון העיתונאי. יש להניח שככל שאדם עוסק בעיתונאות באופן פעיל

177 Papandrea, לעיל ה"ש 161, בעמ' 573-584.

178 עניין רחום, לעיל ה"ש 166, פס' 5 לפסק הדין; תא (ת"א) 15211/05 מאיר לחניש נ' מועצה מקומית גני תקוה, פס' 29 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.7.2006). הצורך בניסוח הגדרה שתרחיב את גבולות ההגנה של החיסיון העיתונאי כנגזרים מתכלית החיסיון עלה גם בעבודת הדוקטור של ד"ר ישגב נקדימון, ראו נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 171-172.

179 אורן מאירס ויונתן כהן "דיוקן עצמי של עיתונאים בישראל: מאפיינים, ערכים ועמדות" מסגרות מדיה: כתב עת ישראלי לתקשורת 4, 107, 108 (2009).

יותר, מידת תרומתו לשיח הציבורי גבוהה מזו של אדם שמפיץ ידיעות מפעם לפעם. עם זאת אי-אפשר להמעיט בתרומתן של ידיעות גם כאשר הן מגיעות ממי שאינו עוסק בעיתונאות באופן שוטף.

אנו סבורות כי ההגדרה שתעוגן בחוק לצורך קביעת היקף הגנת החיסון צריכה להיות ברורה וקלה ליישום ועם זאת עליה לקיים את תכלית החיסון. לכן אנו מציעות שילוב בין ההגדרה הנפוצה בחלק גדול ממדינות ארצות הברית, אוסטרליה וניו זילנד ובהמלצות הקהילה האירופית, לבין ההגדרה שהציעה הוועדה המייעצת לבחינת הכללים למתן תעודת עיתונאי – הוועדה היחידה שהגדירה מהו עיתונאי בישראל.

ההגדרה שאנו מציעות היא לפיכך:

עיתונאי הוא כל אדם אשר עוסק באופן פעיל או באופן מקצועי באיסוף ובהפצה של מידע לציבור; לחלופין – הוא משמש במקצועות התקשורת במדינת ישראל בתחום החדשות, כשכיר או כמשתתף חופשי (freelancer);

“מידע” לצורך הגדרה זו פירושו כל הצהרה של עובדה, דעה או רעיון בצורה של טקסט, קול או תמונה.

הרישא של ההגדרה נוגעת למהות התפקיד העיתונאי, ואילו הסיפא נוגעת לדרך ההעסקה שלו. ההגדרות ברישא ובסיפא הן כאמור חלופיות, ו“עיתונאי” לצורך הגנת החיסון יהיה מי שעונה על אחת משתיהן. ההגדרה המוצעת מתייחסת גם למאפייני התקשורת החדשה, ולכן כוללת גם סוגים חדשים של עיתונאים, שהציבור נהנה מהמידע שהם מפיצים בשנים האחרונות (בלוגרים למשל).

להצעתנו יכולות לעלות שתי התנגדויות עיקריות (מלבד ההתנגדות לעצם הצורך להגדיר “עיתונאי”, שבה עסקנו קודם). האחת היא שההגדרה המוצעת רחבה מדי וכוללת גם אנשים שאינם עיתונאים בעיני הציבור, כגון צייצני טוויטר ומשתתפי פייסבוק, כל עוד הם מפיצי מידע פעילים לציבור. לטעמנו הגדרת העיתונאי צריכה להישאר רחבה על מנת לספק את ההגנה הדרושה לעיתונאים, ובית המשפט יוכל לצמצם הגדרה זו באמצעות פרשנות או באמצעות דוקטרינות משפטיות (לדוגמה דוקטרינת השימוש לרעה), במקרים שבהם אנשים שאינם תורמים מהותית להפצת מידע הדרוש לציבור מנסים לעשות שימוש בהגנת החיסון העיתונאי. על דוקטרינת השימוש לרעה נרחיב בהמשך מסמך זה.

טענת נגד אפשרית שנייה היא כי הגדרת העיתונאי בחוק זה יכולה להשפיע על דוקטרינות וחוקים אחרים הנוגעים לעיתונאים. על מנת להתמודד עם חשש זה אפשר לציין בחוק כי הגדרת העיתונאי בחוק המעגן את החיסיון העיתונאי תהיה בשימוש רק לצורך הגנת החיסיון העיתונאי ולא לצורך הגדרת עיתונאים בנושאים שאינם נוגעים להגנה זו.

הגדרה זו אינה מגנה על עיתונאים "חד-פעמיים", אלא רק על עיתונאים העובדים באופן פעיל או מקצועי או משמשים במקצועות התקשורת. כפי שציינו, בחרנו במאפיינים "פעיל" ו"מקצועי" משום שאנחנו סבורות שיש להעניק הגנה לאנשים שמקדמים במידה משמעותית את תכלית החיסיון העיתונאי – שמירה על יחסי האמון בין מקור לעיתונאי, שתסייע לעיתונאים באיסוף המידע החיוני להגשמת תפקידם. אנשים המפיצים מידע באופן פעיל או מקצועי מפיצים יותר מידע לציבור ובכך מביאים לידי מימוש את תפקידם העיתונאי יותר מעיתונאים "חד-פעמיים", שמקדמים את הפצת המידע במידה פחותה. הגדרה זו, המעניקה חיסיון רק לעיתונאים מקצועיים, פעילים או קבועים, נותנת תמריץ למקורות לפנות לעיתונאים בעלי ניסיון ומחויבות ארוכת טווח למקצוע העיתונאות ולאתיקה העיתונאית. בהיבט המערכת, תמריץ זה לפנייה לעיתונאים בעלי ניסיון ומחויבות מסייע להבטיח כי העיתונאי ישמור על החיסיון.

הגדרה רחבה מדי של החיסיון העיתונאי, שתכלול כל אדם שמפיץ מידע ובפרט אנשים שמפיצים פרסומים חד-פעמיים, עלולה להפוך את החיסיון העיתונאי לכלי בידי מי מבקשים לפרסם מידע שקרי, בטענה שמידע זה הוא אמת אך הם אינם יכולים לחשוף את מקורותיהם מתוקף הגנת החיסיון העיתונאי. שימוש רחב מדי בחיסיון העיתונאי ימנע חקירה ובידור של פרסומים של לשון הרע או של פרסומים שטמעים את הציבור. לאדם שמפיץ מידע לציבור באופן מקצועי או פעיל חשוב שהמידע המופץ יהיה אמין כדי שאנשים ימשיכו לקרוא את פרסומיו, ולכן יש סיכוי קטן יותר שאנשים שמפיצים מידע באופן מקצועי או פעיל ישתמשו בהגנת החיסיון כדי להתחמק מאחריות הנוגעת למהימנות פרסומיהם.

מלבד ההגדרה שאנו מציעות, נוסף ונדגיש כי במקרים שבהם המסייעים לעיתונאי או הממונים עליו נחשפים לזוהת המקור או למידע שהועבר מטעמו, יש להרחיב את ההגנה כך שתחול גם עליהם. המסייעים להפצת המידע יכולים להיות צלמים, מקליטים, תחקירנים, במאים, מפיקים, עובדי מנהלה וכו'; הדרג

הממונה על העיתונאי יכול להיות עורכים ומנהלים, כגון מו"ל, מנהל החדשות וכדומה. ההצעה המונחת היום על שולחן הכנסת אינה מסדירה את הגנת החיסון העיתונאי כך שתחול על אותם מסייעים ואחראים, שיכולים להיחשף לזוהת המקור או לתוכן המידע שהועבר על ידו.

בחסינות מקצועיים נהוג להרחיב את החיסון גם לעובדים הבאים במגע עם המידע, גם אם המידע אינו נמסר לידיהם ישירות. כך, החיסון החל בעניין עורך דין חל גם על עובד מטעמו, שדברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו.¹⁸⁰ גם החיסון החל בעניין רופא עומד אף לאדם שאגב עבודתו בשירות הרופא, בשירות מוסד רפואי או בצוות המקצועי העובד עם הרופא, מתוך טיפול בחולים, הגיע אליו דבר שנמסר לרופא.¹⁸¹ לכן נראה שהיגיון זה יפה גם לחיסון העיתונאי, ומן הראוי להרחיב את הגנת החיסון כך שתחול גם על מי שעובדים באותו גוף שלעיתונאי יש זיקה אליו ושלדיעתם עשויים להגיע זהותם של מקורות מידע, כמו גם פרטי מידע שמסרו המקורות ושלא פורסמו. הרחבה זו נחוצה כדי שהרשויות לא ירוקנו את החיסון העיתונאי מתוכן, יתחקרו את הגורמים המסייעים או האחראים ויפנו אליהם את דרישת הגילוי.

גם במדינות אחרות שבהן עוגן החיסון העיתונאי בחוק בחרו המחוקקים להעניק את הגנת החיסון העיתונאי גם למסייעים ולממונים על העיתונאים, שרכשו את המידע מעצם היחסים המקצועיים שלהם עם העיתונאים. דוגמאות לכך אפשר לראות בעיקרון 2 של המלצות שרי אירופה ובס' 383 בחוק הפרוצדורה האזרחית הגרמני.¹⁸²

לכן אנו סבורות כי יש להוסיף להצעת החוק המונחת היום על שולחן הכנסת סעיף נוסף, סעיף (ה), שתוכנו יהיה כלהלן:

(ה) מי שמעצם יחסיו המקצועיים עם עיתונאים או בעת איסוף, עיבוד, עריכה או הפצה של מידע נחשף למידע שמסר מקור לעיתונאי או לזוהת המקור, דינו יהיה זהה לדינו של עיתונאי בסעיף זה.

180 ס' 48(א) לפקודת הראיות.

181 ס' 49(א) לפקודת הראיות; נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 174.

182 ZIVILPROZESSORDNUNG, לעיל ה"ש 103; 7 (2000) Recommendation No. R, לעיל ה"ש 107.

ו. צמצום ההגנה במקרים של שימוש לרעה בחיסיון על ידי פרשנות שיפוטית

במקרים שבהם העיתונאי דורש את הגנת החיסיון העיתונאי עשויה לעלות סוגיית השימוש לרעה בהגנה. לטעמנו, ובהתאם לדוח ועדת מעוז ועל פי דעת חוקרים נוספים, ראוי שהשופטים יפרשו את הגנת החיסיון העיתונאי כך שלא תחול במקרים של שימוש לרעה על ידי מקורות או על ידי עיתונאים.

מקרה מובהק של שימוש לרעה בחיסיון העיתונאי על ידי מקור הוא למשל העברת מידע שקרי, שהמקור מודע לאי-אמינותו, מתוך ניסיון לחמוק מאחריות משפטית על ידי שימוש בהגנת החיסיון העיתונאי.¹⁸³ יודגש כי שימוש לרעה במקרה זה ייתכן רק כאשר מדובר במידע כוזב שהמקור היה מודע לשקריותו בעת המסירה; להבדיל ממקרים שבהם המקור מסר מידע כוזב שהתברר ככזה רק לאחר המסירה. במקרה של שימוש לרעה בידי המקור, המקור הופך את העיתונאי לכלי שרת להפצת מידע שקרי בציבור מתוך קידום האינטרסים הפרטיים שלו. לחברה אין עניין בקידום יחסים מעין אלו, ולכן אין להגן על המקור באותם מקרים.

מצד העיתונאי יכול להיות שימוש לרעה בהגנת החיסיון במקרה של פרסום ידיעה עיתונאית מתוך הסתמכות על מקורות פיקטיביים וניסיון להסתיר עובדה זו על ידי טענת החיסיון. שימוש במקורות פיקטיביים פוגע באמון הציבור בעיתונות. חוסר אמון בעיתונות עלול לצמצם את העברת המידע לעיתונאים ממקורות אזרחיים ולגרום לאזרחים שלא להאמין למידע עיתונאי שפורסם או לפקפק בו. לכן שימוש לרעה בהגנת החיסיון העיתונאי אינו עולה בקנה אחד עם תכלית ההגנה על החיסיון כמסייע לעבודה העיתונאית – העברת מידע וביקורת שחשוב להביאם לידיעת הציבור.¹⁸⁴

183 ת"א (מחוזי ת"א) 2667/00 ששון נ' גלובס פבלישר עתונות (1983) בע"מ, פס' 5 לפסק הדין (פורסם כנבו, 9.10.2007); הוועדה לבדיקת סוגיית החיסיון העיתונאי, לעיל ה"ש 52, בעמ' 39.

184 שם, בעמ' 38; משה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 44; נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 175.

ז. מיהו בעל החיסיון העיתונאי?

ככל שמדובר בחיסיון עיתונאי אפשר לציין שלוש חוליות בתהליך הפצת המידע העיתונאי – המקור, העיתונאי (והמערכת העיתונאית), אם הוא פועל בתוך מערכת ממוסדת) והציבור. השאלה העומדת לדיון בחלק זה היא על איזו חוליה מיועד החיסיון העיתונאי להגן.



כזכור, לפי הצעת החוק המונחת היום על שולחן הכנסת, אם המקור ויתר על זכותו לחיסיון, העיתונאי מחויב למסור את המידע ואת הפרטים על המקור ואת המידע שנמסר לו מאותו מקור. כלומר, התפיסה היא שהחיסיון שייך למקור ולא לעיתונאי, ולכן המקור הוא זה שרשאי לוותר עליו. גישה זו משקפת את תפיסת החסיונות המקצועיים שבהם בעל החיסיון הוא הלקוח. ההיגיון העומד בבסיס תפיסה זו הוא הרצון לתמרץ את הלקוח למסור את המידע לבעל המקצוע כדי שיוכל לקבל את השירות הטוב ביותר. לכן בחסיונות מקצועיים בעל המקצוע אינו יכול לטעון לחיסיון אם הלקוח בוחר לוותר עליו.

אכן, יש הטוענים כי ראוי שדינו של החיסיון העיתונאי יהיה כשל שאר החסיונות המקצועיים – בעל החיסיון הוא הלקוח.¹⁸⁵ לעומת זאת, ובניגוד לחסיונות מקצועיים אחרים שמטרתם לעודד את מוסר המידע להשתמש בשירותים של בעל המקצוע ללא חשש שהמידע יתגלה לאחרים, ההיגיון שבבסיס החיסיון העיתונאי הוא אחר. החיסיון העיתונאי נועד להגשים רציונל חברתי רחב: קידום יכולתו של העיתונאי לאסוף מידע על מנת להבטיח זרימה חופשית שלו לציבור.¹⁸⁶ לכן חיסיון עיתונאי הוא חיסיון מוסדי ולא חיסיון מקצועי.

185 יעקב קרמי על הראיות 3 1072-1073 (2009).

186 אליהו הרנון "הגנה על יחסי אמון: היש להכיר בחיסיון עיתונאי" עיוני משפט ג 542, 552-553 (1973).

החיסיון המוסדי נוגע למוסדות הממלאים צורך ציבורי חשוב, והוא נדרש במקרים שבהם היחסים בין המוסד למגלה המידע דרושים לשם תכליתו של המוסד.¹⁸⁷ החיסיון המוסדי מבקש לאפשר זרימת מידע למוסד ממקור חסוי חיצוני לו, ופעילותו של המוסד נשענת באופן מהותי על מידע כזה. על מנת לזכות בהגנה של החיסיון המוסדי, המוסד נדרש להוכיח כי הוא פועל למען אינטרס ציבורי וכי הציבור יצא נשכר מהיתרונות שמקנה החיסיון. בבסיס החיסיון המוסדי עומד רציונל התועלת החברתית ולא רציונל הפרטיות, שעומד בבסיס החיסיון המקצועי. כאמור, כלי התקשורת ממלאים צורך חברתי חשוב במדינה דמוקרטית, והקשר בין מוסדות התקשורת למקורות המידע הוא הכרחי לשם הגשמת תכלית זו. אם לא יועבר מידע מהציבור לתקשורת, תיפגע זרימת המידע לציבור. זהו הרציונל להכרה בכך שבחיסיון העיתונאי, כמו החיסיון המוסדי, הגורם הקובע להסרת החיסיון הוא המוסד ולא מוסר המידע.

כאשר יש תמימות דעים בין העיתונאי לבין המקור באשר לשאלה אם לחשוף את המידע שמסר המקור או את זהותו, השאלה מיהו בעל החיסיון אינה מתעוררת. השאלה נעשית רלוונטית כאשר אין הסכמה בין העיתונאי למקור בעניין חשיפת המידע.

ברוב מדינות ארצות הברית, לפי לשון החוק ולפי פירושו בפסיקה, בעל החיסיון הוא העיתונאי.¹⁸⁸ גם במדינות אחרות שבהן נהוג המשפט המקובל,

187 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 184. נוסף להכרה בחיסיון המוסדי כחל על התקשרויות עם אנשי תקשורת, חיסיון מוסדי הוכר בעבר גם בהתקשרויות שבהן היו מעורבים מוסדות, כגון דיונים של הרשות המבצעת, דיוני חקיקה ובמקרים שבהם מודיע מסר מידע למשרד ממשלתי. ראו *Developments in The Law: Privileged Communications*, 98 HARV. L. REV. 1450, 1592 (1985)

188 Kurt Wimmer & Stephen Kiehl, *Who Owns the Journalist's Privilege: The Journalist or the Source?* 28 COMMUNICATIONS LAWYER 9 (2011). יש לציין כי יש מקרים חריגים שבהם בית המשפט בחר שלא לאפשר לעיתונאי לחשוף את מקורותיו אלא להפך – חייב אותו לחושפם. להרחבה ראו Peter Basil Carter, *The Journalist, His Informant and Testimonial Privilege* 35 N.Y.U. L. REV 1111, 1115 (1960). נציין גם כי יש פסיקות וחוקים במדינות בארצות הברית שעל פיהם נהוג לפרש את החיסיון העיתונאי כשייך למקור, אבל במרבית המדינות זה אינו הנהוג. ראו לדוגמה את דבריו של השופט טייטל (Tatel) בפרשת ג'ודית מילר: "[...] Numerous cases [...] indicate that only reporters, not sources, may waive the privilege [...]" [A]

ובפרט באנגליה, נוטים לפרש את החיסיון העיתונאי כשייך לעיתונאי.¹⁸⁹ נשאלת השאלה איזה הסדר יסייע באופן המיטבי להגשמת תפקידו של העיתונאי – יעודד מסירת מידע לעיתונאים ויאפשר הפצת מידע חיוני לציבור.

ד"ר ישגב נקדימון מציע לבחון את הבעלות על החיסיון העיתונאי בהתאם למאפייניו המיוחדים – כמקיים רציונלים מקצועיים ומוסדיים כאחד. במקרה שהמקור מגלה את זהותו, והעיתונאי מתנגד להסרת החיסיון העיתונאי, לא ראוי לחייב את העיתונאי לחשוף את המידע שהמקור העביר לו, כדי להימנע מיצירת מצג שהעיתונות היא זרוען הארוכה של רשויות האכיפה. גם כאשר המקור מודיע לעיתונאי שהוא מסכים לדרישת הגילוי, אך עדיין אינו נענה לה ישירות, או כאשר מתקיימות נסיבות המלמדות שהמקור ויתר על החיסיון, ראוי שהעיתונאי הוא שיחליט על מסירת המידע. הסיבה לכך היא שהעיתונאי אמון על מימוש אינטרסים רחבים של חופש ביטוי וזכות הציבור לדעת, ויש לו יכולת טובה יותר מזו של המקור להחליט אם מוצדק לחשוף את זהותו או את תוכן המידע שנמסר לידיו, תוך כדי כך שהוא מביא בחשבון את השפעת הגילוי על יכולתו ליצור ולטפח בעתיד מערכות יחסים עם מקורות מידע לשם המשך הזרמת המידע לציבור.

ואולם במקרה שהמקור מתנגד לגילוי, והעיתונאי מסכים לגילוי המידע או לגילוי זהות המקור (למשל כאשר העיתונאי נתבע בגין לשון הרע), סבור ד"ר נקדימון כי אין לאפשר לעיתונאי לחשוף את זהות המקור. הנימוק לכך הוא שאין לאפשר לעיתונאי לפעול על בסיס אינטרס פרטי ולחשוף את מקור המידע ובכך להרתיע מקורות מידע אחרים מלמסור מידע לעיתונות בעתיד, מתוך פגיעה באינטרס הציבורי של זכות הציבור לדעת.

source's waiver is irrelevant to the reasons for the privilege [...] the privilege belongs to the reporter" עניין *Judith Miller*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 999-1000.

189 לנטייה לפסוק כי החיסיון שייך לעיתונאי ראו Janice Brabyn, *Protection against Judicially Compelled Disclosure of the Identity of News Gatherers' Confidential Sources in Common Law Jurisdictions*, 69 Mod. L. Rev. 895, 904-905 (2006); Laurence B. Alexander & Anthony L. Fargo, *Sources of Protection: Case Study of the Evolution of the Common Law and Statutory Journalist's Privilege*, in *Free Speech Yearbook* 17, 18 (1999)

לפי נקדימון, במקרים מעין אלו התרומה של אי-הסרת החיסיון לחופש העיתונות ולאינטרס הציבור לדעת גדולה מהתרומה של ביסוס יכולתו של העיתונאי להתגונן על ידי הסרת החיסיון בהליכים משפטיים שבהם הוא נתבע על פרסומיו. אנו סבורות כי הנחה מוקדמת זו אינה נכונה בהכרח. לתפיסתנו, גם יכולתו של העיתונאי להוכיח את אמיתות פרסומיו או את תום לבו ויכולתו להתגונן מפני תביעות הכרחיות לשם המשך קיומה של העיתונות. פגיעה באפשרותו של עיתונאי להתגונן מפני תביעות אלו תגרום למעמסה כלכלית כבדה על מערכות התקשורת. כמו כן, הרשעות עיתונאים בתביעות לשון הרע יפגעו באמינות התקשורת בעיני הציבור. נציין כי לטעמנו אין למהר בהענקת הבטחה לחיסיון; עיתונאי צריך להבטיח בליט ברירה, וכאשר ניתנת הבטחה – ככלל יש לקיימה. ואולם אם עיתונאי מעוניין להפר את החיסיון כדי להגן על עצמו, יש לאפשר לו לעשות כן, בתנאי שבית המשפט יחליט כי הגילוי הוא מידתי ואינו חושף מידע שאינו לצורך בירור הטענה המשפטית. פתרון זה תואם את הפתרון הנהוג במשפט הגרמני ואת המלצות מועצת שרי אירופה.

לדעתנו יש לפרש את החיסיון העיתונאי כך שבעליו הוא העיתונאי. פרשנות זו תואמת את הרציונל המוסדי העומד בבסיס חיסיון זה. המשמעות היא אפוא שכאשר מקור מסרב לגלות את זהותו ואת המידע שמסר, והעיתונאי מבקש לחשוף מידע זה, בית המשפט יאפשר את חשיפת המידע. נבהיר כי העיתונאי רשאי לשקול מערכת שיקולים שונה מזו של בית המשפט בהחליטו אם להסיר את החיסיון, והוא שייאלץ להתמודד עם השלכות החלטתו. תביעתו הפוטנציאלית של מקור שהופרה כלפיו חובת חיסיון משמעותה פגיעה במוניטין העיתונאי ותשלום פיצויים, לכן עיתונאי יבחר לרוב שלא להפר את החיסיון.

אם המקור מעוניין לחשוף את זהותו ואת המידע שמסר והעיתונאי מסרב לכך, בית המשפט לא יפרש את הסכמת המקור כמסירה את הגנת החיסיון, ולכן לא יינתן צו המחייב את העיתונאי לחשוף את המידע. בפועל, אם המקור אכן יהיה מעוניין בחשיפת המידע, הוא יוכל לעשות זאת באופן עצמאי בלי להזדקק לאישורו של העיתונאי. לכן נראה שההבדל העיקרי בתוצאה יהיה במקרים שבהם העיתונאי מעוניין להסיר את החיסיון, ואילו המקור אינו מסכים לכך.

הצעתנו מעצימה את כוחו של העיתונאי אל מול המקור; בה בעת אנו סבורות כי על מנת להגיע לאיזון מיטבי במערכת יחסים זו יש להעצים גם את

כוחו של המקור, החוליה הראשונה בשרשרת, בשתי דרכים: הדרך הראשונה היא לבסס את זכותו לתבוע את העיתונאי במקרים של הפרת הסכם החיסון. בהמשך מסמך זה נציע נוסח להסכם חיסון שיוכל לבסס את עילת התביעה של המקור נגד העיתונאי וכן נציע שיקולים נוספים שיש לשקול בתביעות בגין הפרת חוזה חיסון. צעד זה יביא לכך שהפרת הבטחת החיסון תיחשב להפרת חובה משפטית ביחסים שבין עיתונאי למקור. הפרת החובה תגרור תשלום פיצויים והרס המוניטין של העיתונאי, ולכן לרוב עיתונאים לא יפרו את הבטחת החיסון גם אם תיאורטית הם יכולים לעשות כן.

הדרך השנייה, שעליה לא נרחיב במסמך זה, היא שינוי סעיף 117 לחוק העונשין העוסק בגילוי מידע על ידי עובדי ציבור. בעברית מודרנית אין מונח מקביל ל-"whistleblower", ומשתמשים בדרך כלל במילה "מדליף". ואולם מדליף או מדליפה יכולים להיות מי שמסרו מידע סודי למטרות פגיעה בביטחון המדינה, נקם, רדיפת בצע או שעמום גרדא. לעומת זאת, אם להסביר דימוי בדימוי, whistleblower רואה את עצמו פילד עם האצבע בסכר, החושף שחיתויות או עוולות. מנקודת הראות של הנזק הנטען לביטחון המדינה אין בהכרח הבדל בין שני המקרים; אך מנקודת הראות של עיתונות אחראית, חוקרת ואמיצה, המסוגלת לשמש גוף פיקוח אפקטיבי על השלטון ההבדל הוא תהומי. עם זאת בשיטת המשפט בישראל אין סייג לאחריות פלילית למקרה שבו ההדלפה מתייחסת למידע חשוב, וכוונתו של מוסר הידיעה הייתה להביא את המתרחש לידיעת הציבור כדי שהפשע או ההפרה יטופלו.¹⁹⁰ פרופ' מרדכי קרמניצר ואפרת רחף הציעו לצמצם את העברה רק למצבים שבהם גילוי המידע מעמיד בסכנה אינטרס ציבורי חשוב, והאפשרות לטפל בו באמצעות האיסורים הקיימים בדין אינה מספקת. כפי שהם מציינים, חובת הסודיות של עובד ציבור צריכה להיות פרי של איזון אינטרסים, מתוך התחשבות בזכות הציבור לדעת ובחופש הביטוי של עובד הציבור. הם סבורים גם שאפשר לחוקק סייג לאיסור שעניינו גילוי המשרת את האינטרס הציבורי.¹⁹¹

190 תהילה שוורץ-אלטשולר "העמדתו לדין של אורי בלאו" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 31.5.2012.

191 מרדכי קרמניצר ואפרת רחף סודות רשמיים, מחקר מדיניות 56, 66-67 (2005).

ח. הגדרת היקף ההגנה על סוג ההליכים

כפי שציינו, אחת הבעיות העיקריות של דוקטרינת החיסיון העיתונאי היא בפרקטיקה הנוגעת לאישור אמצעי חקירה וחיפוש נגד עיתונאים, הן על ידי רשויות האכיפה והן על ידי בתי המשפט. הבעיה טמונה בכך ששופטים מעניקים צווים להפעלת אמצעי חקירה נגד עיתונאים, בעיקר צווים לקבלת נתוני תקשורת ולהאזנות, מתוך הסתפקות במערך העובדות שמציגה המשטרה. מתלונות שהתקבלו בעבר נראה גם שבפועל שוטרים מעגלים פינות ומשתמשים בהנחיות על מנת להכשיר הפעלת אמצעים נגד עיתונאים לשם חשיפת מקורותיהם.¹⁹² קיומן של פרקטיקות אלו מיותר למעשה את כל הדיון בחיסיון העיתונאי שנערך עד עתה. אם הרשויות יכולות להפעיל לחץ על עיתונאים או להאזין להם ולעקוב אחריהם, אין כל צורך בהליכי הסרת חיסיון – הרשויות יכולות להגיע בעצמן אל המידע. הפרקטיקות מתאפשרות הואיל והחיסיון העיתונאי אינו חל בהליכי חקירה וחיפוש באותה עוצמה שבה הוא חל בהליכי משפט. לכן אנו סבורות, ברומה למה שכבר נכתב בהמלצת ועדת מעוז, כי החיסיון העיתונאי צריך לחול בעוצמה זהה גם במסגרת הליכי חקירה וחיפוש.¹⁹³

כמו כן, יש להביא בחשבון כי בעידן הדיגיטלי היכולת לקבל נתוני מידע הולכת וגדלה. אתר ויקיליקס פרסם בסוף נובמבר 2011 אוסף חדש של מסמכים שהוא מכנה "קובצי המרגלים", הכולל מסמכים, מצגות, חוזים וקטלוגים של חברות המעניקות שירותי מעקב, צנזורה, ביון ואבטחה, בהן גם סימנס, HP ונייס הישראלית. ברוב המקרים מדובר בשירותים ובמוצרים הנמכרים ישירות לממשלות ולגופי ביון ואינם מוכרים לציבור. חברת נייס הישראלית, למשל, משווקת מגוון "פתרונות מודיעין", בכללם פלטפורמה ליירוט ולניתוח כמויות גדולות מאוד של מידע תקשורתי, כגון שיחות טלפון או גלישה ברשת. מדינות מבקשות לעקוב אחר פרטים, וגם חברות מבוססות מידע ונתונים כמו גוגל או פייסבוק אוספות מידע על אותם פרטים ומאחסנות אותו בשרתיהן. אחת מן הפרקטיקות המעצימות את המתח בין הטכנולוגיה לבין הזכות לפרטיות היא איגום מידע (data ubiquity) – יצירת מאגר משאבים משותף של מידע למטרה

192 ראו בפרק "החיסיון העיתונאי בהליכי חקירה ובהליכי חיפוש" במסמך זה.

193 הוועדה לבדיקת סוגיית החיסיון העיתונאי, לעיל ה"ש 52, בעמ' 19.

מסוימת. טכניקות חדשות וזולות של איסוף, אחסון וניתוח נתונים התרחבו באופן ניכר בעשור האחרון.¹⁹⁴ אם המשטרה תחליט לרכוש מאותן חברות את הנתונים שהן אוספות על פרטים ותצליב את הנתונים עם נתוני השיחות שהיא יכולה לקבל באמצעות צו בית משפט, היא תוכל ללמוד על תוכני השיחות ולגלות מידע שמסר המקור או את זהותו.

בפרשת סוכנות הידיעות AP שנחשפה בשנת 2013, ושכבר הוזכרה לעיל, השתמשו חוקרים של הממשל האמריקאי בפלטי שיחות של עיתונאים ושל עורכים בסוכנות הידיעות, שנאספו במשך חודשיים. פלטי השיחות חשפו את המקורות הסודיים של איסוף המידע החדשותי של AP.¹⁹⁵ בעקבות הפרשה טענו כתבים כי מקורותיהם חוששים לשוחח עמם, וחברי קונגרס האשימו את הנשיא ואת התובע הכללי אריק הולדר בהפרת החוקה האמריקאית המבטיחה חופש עיתונות. בעקבות הביקורת הנוקבת על ממשל אובמה פרסמה ועדה של משרד המשפטים שמינה הנשיא הנחיות חדשות, ובראשן הקביעה שלעיתונאים תינתן התראה מוקדמת על שימוש שרשויות אכיפת החוק מתכוונות לעשות בחומרים שלהם. רק קביעה שהודעה כזאת תסכן את הצלחת החקירה או התביעה המשפטית תאפשר לוותר על ההודעה המוקדמת.¹⁹⁶

אִי-החלת החיסיון העיתונאי באופן שווה בהליכי חקירה וחיפוש בלי להתחשב באמצעים של העידן הדיגיטלי היא הלכה למעשה עקיפה של החיסיון העיתונאי. שהרי אם תתברר זהותו של מקור המידע עקב אי-כיבוד החיסיון במסגרת הליכי חקירה וחיפוש, תכלית החיסיון העיתונאי (להגן על יחסי האמון שבין העיתונאי למקורו על מנת לאפשר לעיתונאי לבצע את תפקידו) לא תתממש, וחופש הביטוי והעיתונות ייפגע.

משום כך במדינות רבות שבהן הגנת החיסיון העיתונאי נהוגה בהליכים משפטיים בחרו לעגן אותה בחוק גם בהליכי חקירה וחיפוש. בהמלצות מועצת שרי אירופה, למשל, נכתב כי אין להורות על צווי תפיסה, מעקב או חיפוש, או על פעולות אחרות הנוגעות לשטח פרטי או עסקי, לחפצים או להתכתבות של

194 פרטיות בעידן של שינוי 13-14 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2012).

195 Mark Sherman, *Gov't Obtains Wide AP Phone Records in Probe*, THE BIG STORY (May 13, 2013) (online)

196 בכר, לעיל ה"ש 119.

עיתונאים או מעסיקהם, או לנתונים אישיים הקשורים לעבודתם המקצועית, אם מטרתם היא לעקוף את זכותם של עיתונאים שלא לחשוף פרטים מזיהם על מקור. כמו כן נקבע בהמלצות שכאשר הרשויות השיגו כדין פרטים שיכולים לזהות את המקור, גם אם זו לא הייתה המטרה הבלעדית של פעולותיהן, יש לנקוט צעדים כדי למנוע את השימוש במידע זה כראיה בבתי משפט, אלא אם גילוי הזהות יהיה מוצדק לפי העקרונות שפורטו בהמלצות.¹⁹⁷ גם בצרפת, בסעיף 256(2) לקוד סדר הדין הצרפתי, נקבע שהחיפוש בחצרים של עיתונות יתבצע על ידי שופט חוקר או תובע, שיבטיח כי חקירות אלו לא יפגעו בהגשמת המקצוע העיתונאי ולא יפריעו להפצת המידע או יעכבו אותו שלא בצדק. בגרמניה נקבע בסעיף 97 לחוק סדר הדין הפלילי שלא יינתן צו תפיסה בעניין מסמכים, קול, תמונה, מידע או איורים הנמצאים ברשותם של עיתונאים, משרד העורך, בית ההוצאה לאור ועוד, אלא אם הסרת החיסיון מוצדקת.

ד"ר ישגב נקדימון הציע כי יש להחיל כמה עקרונות בהליכי החקירה והחיפוש כדי לשמור על החיסיון העיתונאי גם בהליכים אלו.¹⁹⁸ ראשית, ראוי שהרשות החוקרת, עוד בטרם היא באה לנקוט הליכי חקירה העלולים לפגוע בחיסיון העיתונאי, תנהג באיפוק רב בהפעלת סמכויותיה לפי החוק. זוהי גם הגישה המקובלת בנוהלי משטרת ישראל.¹⁹⁹ שנית, בטרם תפעל הרשות יש להביא את העניין להכרעת גורם בכיר במסגרתה.²⁰⁰ שלישית, על הרשות לבחון אם לזהות מקור המידע או לתוכן המידע חשיבות מכרעת לחקירה; אם חומרת העברה מצדיקה מהלכי חקירה אלו; ואם אפשר לאתר את מקור המידע או את המידע בדרכים חלופיות, שיש למצותן בטרם פונים בעניין זה לעיתונאי, בהתאם להלכת ציטרין.²⁰¹ אם נקיטת סמכות נגד העיתונאי כרוכה בפנייה לבית המשפט למתן צו מתאים, פנייה כאמור צריכה להיעשות רק לאחר הבאת הדבר

197 Recommendation No. R (2000) 7, לעיל ה"ש 107.

198 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 284-285.

199 נוהל האגף לחקירות ולמודיעין, לעיל ה"ש 53, ס' 1(ג).

200 בישראל רק זימון עיתונאי לחקירה או עריכת חיפוש אצלו טעונים אישור של ראש האגף לחקירות ומודיעין במשטרה (לאחר שידע את המפק"ל וקיבל את אישורו). ראו שם, ס' 3.

201 עניין מקור ראשון המאוחד, לעיל ה"ש 27, פס' 13 לפסק הדין; נוהל האגף לחקירות ולמודיעין, לעיל ה"ש 53, ס' 3(ד), 3(ו).

לשיקולו ולאישורו של הגורם הבכיר ביותר ברשות.²⁰² רביעית, במקום שבו נדרש צו מבית משפט על מנת להפעיל סמכויות אלו על עיתונאי (צו לקבלת נתוני תקשורת, להאזנת סתר, לחיפוש או להמצאת חומר שלא פורסם), יש לחייב את הרשות להביא לפני בית המשפט את כל העובדות הנדרשות להכרעה בעניין, בכלל זה העובדה שפעולת החקירה מכוונת כלפי עיתונאי או כלפי כלי תקשורת, ושהפעולה עלולה לחשוף זהות מקור מידע של עיתונאי או חומר הנמצא בידי עיתונאי והגיע אליו תוך כדי עבודתו ככזה, כמו גם נימוקים המצדיקים פגיעה בחיסיון בנסיבות העניין.²⁰³ לטענתנו, נוסף לכך יש לאפשר ככל שאפשר לעיתונאי להעלות את טענותיו נגד הוצאת הצו במסגרת ההליך המתנהל בבית המשפט. משהונחה בקשה זו לפתחו של בית המשפט, עליו להביא בחשבון את הרכיבים במבחן להגנה על החיסיון העיתונאי.

אנו מסכימות עם המלצותיו של ד"ר נקדימון וסבורות כי יש לאמצן כחלק ממכלול ההסדרה של החיסיון שאנו מציעות. כללים ברוח זו אכן מעוגנים בהנחיות פנימיות של משטרת ישראל באשר לחלק מסמכויות החקירה והחיפוש. ואולם נראה שמצב זה אינו ראוי כיוון שהמטרה עשויה לסטות מהנחיות אלו בהפעלת שיקול דעתה וכן לשנות את ההנחיות שלא במסגרת הליך ציבורי. לכן עיגון זה הוא חלקי ואינו מתקיים במישור החקיקתי המתאים לעיגון של סמכויות הפוגעות בזכויות.

202 היום נדרש רק אישור של ראש האגף לחקירות ולמודיעין, לאחר שיידע את פרקליט המדינה. ראו נוהל האגף לחקירות ולמודיעין, לעיל ה"ש 53, ס' 3(ד)(2).

203 בבקשה למתן צו לקבלת נתוני תקשורת המוגשת היום בישראל יש לציין כי המנוי שלגביו מבוקשים הנתונים הוא מי שחל עליו חיסיון מקצועי ולפרט מדוע יש יסוד לחשד שהוא מעורב בעברה שבקשר אליה הוגשה הבקשה. ראו ס' 3(ד)(7), 3(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, ה"ח 72. כמו כן, לפי הנחיות משטרת ישראל יש לציין בבקשה למתן היתר האזנה לעיתונאי כי יעד ההאזנה הוא עיתונאי. ראו **צוות הבריקה בעניין האזנות סתר**, לעיל ה"ש 66. בבקשה למתן צו חיפוש יש לציין במפורש כי החיפוש מבוקש לשם גילוי זהותו של מקור מידע או לשם תפיסת חומר שברשות העיתונאי ואשר הגיע אליו תוך כדי עבודתו ככזה, וכן נימוקים המפרטים מדוע החיפוש רלוונטי להליכים ובעל חשיבות לשם עשיית משפט צדק בנושא מהותי. ראו נוהל האגף לחקירות ולמודיעין, לעיל ה"ש 53, ס' 3(ז)(1), (2).

אנו סבורות כי על מנת לשמור על תכלית הגנת החיסיון העיתונאי יש לערוך את השינויים שלהלן באסדרת הליכי חקירה וחיפוש:

א. **נוהלי חיפוש וחקירה.** לנוכח החשיבות של הליך האישור על ידי הגורמים המוסמכים, של הבאת המידע הנחוץ להחלטה לבית המשפט ושל שקילת השיקולים הרלוונטיים לצורך ההכרעה בדבר הסרת החיסיון, ולנוכח אי-עיון החיסיון העיתונאי היום בפקודת הראיות, אנו סבורות כי יש לעגן את עיקר הנהלים בדבר חיפוש וחקירה בחוק, או לכל הפחות בחקיקת משנה.

ב. **קבלת נתוני תקשורת של עיתונאים.** בסעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, מפורטים המקרים שבהם יוכל קצין משטרה לבקש היתר לקבלת נתוני תקשורת מבית המשפט. בסעיף 4 לחוק נקבע שקצין משטרה יוכל לאשר קבלת נתוני תקשורת גם ללא קבלת היתר מבית המשפט אם שוכנע כי לשם מניעת עברה מסוג פשע או גילוי מבצעה או לשם הצלת חיי אדם יש צורך שאינו סובל דיחוי בקבלת נתוני תקשורת כאמור, וכי אי-אפשר לקבל בעוד מועד צו לפי סעיף 3. בפרשת "האח הגדול", עתירה שהוגשה נגד חוקיות הוראות חוק זה, פסק בית המשפט כי לפי סעיף 4 לחוק יוכל קצין המשטרה להפעיל את סמכותו בסעיף זה ולהתיר קבלת נתוני תקשורת גם כשמדובר בעיתונאי החשוד בעברה או בהיותו קורבן. אנו סבורות כי למרות פסיקת בית המשפט בדבר חוקיות ההוראות יש לעגן הוראת חוק שתתחשב בפרקטיקה הנוהגת ברשויות האכיפה.²⁰⁴ כפי שציינו במסמך זה, היום אפשר בקלות רבה להאשים עיתונאי בעברה מסוג פשע כנדרש על מנת להפעיל את הסמכות שמעגן סעיף 4 (כך למשל, במקרה גלט-ברקוביץ היה ברור קרא חשוד בעברת שיבוש הליכי חקירה, ובפרשת ענת קם היה אורי בלאו חשוד בהחזקת מידע סודי – שתיהן עברות מסוג פשע), ולכן הענקת הסמכות לקבלת נתוני תקשורת מעיתונאי ללא צו מבית משפט יכולה לרוקן מתוכן את פסיקת בית המשפט הנוגעת לסעיף 4 לחוק. היום קבוע בחוק שהמגיש את הבקשה לקבלת הנתונים לבית המשפט יהיה קצין משטרה או נציג רשות

204 בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, ס' 28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.5.2012).

חוקרת שהמפכ"ל הסמיך לכך; לדעתנו ראוי לעגן בחקיקה את הדרישה לאישורו של קצין בדרגה גבוהה יותר מהמעוגן היום בנהלים, וכן לקבוע כי על בתי המשפט להתחשב בפוטנציאל הפגיעה בזכות לחופש הביטוי והעיתונות מעבר לפגיעה בפרטיות בהחליטם על מתן צווים לקבלת נתוני תקשורת. אנו סבורות שכאשר בתי המשפט שוקלים אם לאשר מתן צו לקבלת נתוני תקשורת של עיתונאי לפי סעיף 3 לחוק, עליהם להתחשב בפרמטרים המופיעים בהלכת ציטרין להסרת חסיונו של העיתונאי: אם הנתונים נדרשים לעניין שאלה העומדת לדיון; אם הם חיוניים לצורך מניעת פשע, לשם עשיית צדק בנוגע לפשע או כדי למנוע עיוות דין חמור בהליכי משפט; אם אי-אפשר לגלות במאמץ סביר ראיות מספיקות אחרות; ואם גילוי הראיה אינו נדרש להוכחת עברה של מסירת ידיעה או מסמך בניגוד לסעיפים 117-119 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. שקילת שיקולים אלו הכרחית משום שמתן האפשרות להפעיל סמכויות חקירה וחיפוש על עיתונאים יכולה לחשוף את זהות מקורותיהם ובכך לרוקן מתוכן את החיסון העיתונאי. בניגוד לחסיונות מקצועיים אחרים, שבעניינם אפשר לטעון שקבלת נתוני תקשורת אינה חושפת את תוכן השיחה בין הלקוח לבעל המקצוע ולכן אין פגיעה ביחסייהם, במקרה של עיתונאי ומקור, זהותו של המקור היא בדרך כלל עיקר המידע שנרצה לשמור על חסיונו, ואותו אפשר לגלות בקלות מקבלת נתוני תקשורת. משום כך יש להתייחס למתן צו לקבלת נתוני תקשורת של עיתונאים בחומרה הראויה. יתר על כן, במעמד קבלת ההחלטה על מתן הצו צריכים שופטי בית המשפט להתחשב בכך שעל ידי הצלבת נתוני תקשורת שונים אפשר להסיק על תוכנו של שיחות ובכך אפילו לפגוע באופן מהותי ועמוק יותר ביחסי החיסון.

ג. **האזנות סתר.** אנו מציעות להשוות בין התנאים לאישור ביצוע האזנות סתר לבעלי חסיונות מקצועיים המעוגנים בפקודת הראיות לבין התנאים לאישור ביצוע האזנות סתר לבעלי החיסון העיתונאי²⁰⁵ ולהוסיף את בעל החיסון העיתונאי לסעיף 9 ו-9א לחוק האזנות סתר. סעיף זה קובע שכאשר מדובר

205 כך גם הוצע בס' 3 לתזכיר פקודת הראיות (תיקון – חסיונות בעלי מקצוע), התשנ"ז-1997.

בבעל חיסיון אפשר לבקש היתר להאזנות רק אם מתמלאים אחד משני התנאים האלה:

1. בקשה בכתב מאת ראש רשות ביטחון, כשהעברה היא מסוג פשע ויש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, והאזנת הסתר דרושה מטעמי ביטחון המדינה;

2. בקשה בכתב מאת קצין משטרה מוסמך, כשהעברה היא עברת רצח, עברת הריגה, עברה שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה או עברה על עסקת סמים כהגדרתה בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, או כשמדובר בקשר לעבור אחת מהעברות האמורות, והאזנת הסתר חיונית למניעתה או לחקירתה של העברה.

נוסף לכך, הבקשה להיתר להאזנת סתר לפי סעיף קטן (א) תוגש באישור היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה.

לפי החוק, לאחר ביצוע ההאזנה תובא הקלטת השיחות לפני שופט, אשר רשאי להאזין להקלטה או לעיין בתמלילה. רק אם השופט מצא כי השיחה כוללת חומר הנוגע לעברה שבשלה ניתן ההיתר, לעברה אחרת של יעד האזנה או לעברה אחרת מסוג פשע, או חומר העשוי להביא למניעתה של עברה כאמור, הוא יורה על העברתו של חומר זה בלבד למבקש ההאזנה. במצב הנהוג היום הנהלים בדבר האזנות סתר לעיתונאים אינם מעוגנים בחוק, ולפי נוהלי משטרת ישראל כל שנדרש כדי להאזין לעיתונאי הוא לאשר את הבקשה להאזנה אצל קצין אגף חקירות ומודיעין ופרקליט מחוז ולקבל את ההיתר מבית המשפט. אין גם הגבלה בעניין סוג העברות שאפשר לבקש בגינן היתר להאזנות ואין חובה להעביר את תוכן ההאזנות ישירות אל שופט ולא אל המשטרה, כדי שיוכל להכריע מה מתוכנן רלוונטי לצורכי החקירה בטרם מגיעות ההקלטות לרשויות האכיפה.

ד. זימון עיתונאי עוד בטרם מתן צו נגדו. אנו סבורות שיש צורך לעגן בחוק שבכל מקום שבו רשות האכיפה מבקשת מבית המשפט להורות על צו נגד עיתונאי, יש לאפשר את זימונו של העיתונאי על מנת להציג את עמדתו, כל עוד זימון זה לא ישבש את הליכי החקירה. לחלופין יש להזמין מי שיכול לייצג את האינטרס לחופש העיתונות, כגון מועצת העיתונות. חובה זו חשובה במיוחד לנוכח הפרקטיקה הנוהגת היום ברשויות האכיפה

וכן בהתאם למידת הפגיעה בחיסיון העיתונאי הטמונה בחשיפת הנתונים המדוברים. יש להבהיר לרשויות אכיפת החוק וכן לשופטים הדנים בבקשות אלו כי מדובר באינטרס ציבורי של הגנה על חופש הביטוי והעיתונות.

ט. הגדרת היקף ההגנה על תוכן מידע שמסר מקור

הגנת החיסיון יכולה לכלול ארבעה סוגי מידע עיתונאי:

1. זהות העיתונאי.
 2. מידע שהמקור מסר ושהעיתונאי פרסם.
 3. מידע שהמקור מסר ושהעיתונאי לא פרסם.
 4. מידע שהעיתונאי תיעד במרחב ציבורי שיכול להסגיר את זהות המקור.
- לפי הצעת החוק העומדת על הפרק היום, החיסיון חל על כל מידע שהמקור מסר. לדעתנו יש להבהיר בחוק כי החיסיון חל גם על מידע שהמקור מסר ושהעיתונאי לא פרסם. נראה שיש שני מצבים עיקריים שיכולים להוביל לכך שהמידע שנמסר לא יפורסם באמצעי התקשורת: כאשר המקור מתנה שהמידע לא יפורסם, או כשהעיתונאי או המערכת שבה הוא עובד מחליטים שלא לפרסם את המידע. נעמוד על השיקולים שעומדים ביסוד החלת החיסיון בשני המצבים הללו.

מקור המבקש את אי-פרסום המידע עושה זאת כתנאי למסירת המידע או כתנאי לכך שיאפשר לעיתונאי להימצא במקום מסוים ולהיחשף למתרחש בו. הטעמים לתנאים אלו מגוונים: המקור עשוי לחשוש כי פרסום המידע יחשוף את זהותו; חשיפת המידע יכולה לקשר את המקור לפעילות עבריינית או להתנהלות לא תקינה; או שייתכן שעצם מסירת המידע לעיתונאי ופרסומו היא עוולה אזרחית או פלילית. נראה שכל מידע שנמסר בהקשר כזה, גם אם לא פורסם אך הוא תורם לעבודת העיתונאי, ראוי שיוגן על ידי הגנת החיסיון העיתונאי. מידע זה יכול לתרום לעבודה העיתונאית בכך שימשם רקע לכתבה, יסייע להבין מידע אחר שמתפרסם בפועל, יסייע לעיתונאי להעריך את האמינות של מקורות או עובדות אחרות שנמצאות ברשותו, או ישמש קצה חוט שיסייע לו להגיע למידע נוסף.²⁰⁶ טענה זו עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה שנקבעה

206 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 157.

בפסק דין הכשרת הישוב, שבו נקבע כי החיסיון חל, אם כי לא באותה עוצמה, גם על מידע שנמסר לעיתונאי בתנאי שלא יפורסם.²⁰⁷

לעומת זאת יש מקרים שבהם המידע שנמסר לא יתפרסם עקב החלטת מערכת אמצעי התקשורת, בגלל מגבלות מקום וזמן שידור, בגלל היעדר ראיות מספיקות לביסוס המידע או מאחר שהמידע אינו מעורר די עניין בציבור. האם במקרים אלו, למרות היעדר הבטחה בדבר שמירה על סודיות המידע, ראוי לכלול את המידע תחת הגנת החיסיון העיתונאי? אפשר לטעון כי הבטחה בדבר סודיות איננה חלק מהסכם החיסיון במקרה זה. כמו כן, אפשר לומר כי המקור אין כל ציפיה שהמידע יישמר בסוד, ולכן חשיפת המידע לא תפגע במערכת היחסים שבין המקור לעיתונאי. ואולם יש שלושה טעמים חשובים לשמירת סודיות המידע גם אם המקור לא דרש שהמידע יישאר חסוי: ראשית, שמירה על תדמית העיתונאי כמי שפועל להגשמת חופש הביטוי והעיתונות וכבעל מעמד אובייקטיבי ועצמאי, ולא כמי שאוסף חומר עבור בעלי אינטרסים חיצוניים או משמש כזרועה הארוכה של רשויות האכיפה והמשפט; שנית, מניעת הרושם שמערכת היחסים בין עיתונאי למקורו פרוצה וחדירה לגורמים חיצוניים.²⁰⁸ אם תצטייר תדמית העיתונאי ככזאת, הדבר עלול ליצור לאפקט מצנן שירתיע מקורות מלהעביר מידע לעיתונאים, ובכך תפחת מידת הפצת המידע לציבור; שלישית, חשיפת המידע עלולה לסייע לרשויות בזיהוי המקור על ידי חשיפת שיקולי העריכה או על ידי גילוי פרטים נוספים המופיעים במסמכים.²⁰⁹

טעמים אלו חזקים במיוחד כאשר מדובר בבקשה לקבלת חומר שצולם או שתועד במרחב הציבורי (למשל הפגנות, התפרעויות, עימותים וכו'), במקרה שרק חלק מן המידע שברשות העיתונאים פורסם. במקרים אלו אם העיתונאי יחויב להמציא את חומרי התיעוד שלו לרשויות, תיווצר מראית עין שהעיתונאי הוא מעין קבלן משנה, או זרועה הארוכה של הרשויות. מצב זה עלול להוביל לשלוש תוצאות קשות: פגיעה בחזות האובייקטיבית של העיתונאי ויצירת טשטוש גבולות בינו לבין הרשות; מניעת גישה מהעיתונאים מהשתתפות באותם

207 ראו למשל עניין חברת הכשרת הישוב בישראל, לעיל ה"ש 24, פס' 4-5 לפסק הדין.

208 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 162-163.

209 *U.S. v. LaRouche Campaign*, 841 F.2d 1176, 1181-1182 (1st Cir. 1988)

נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 163.

אירועים; או אפילו פגיעה פיזית בגופם של העיתונאים באירועים אלו בעת סיקורם. כך נפסק גם במקרה מרים צחי שעסק בצילום פעילות ביהודה ושומרון. נקבע שם שאין להכריח את הצלמת למסור תמונות אשר צילמה באירוע ואשר עלולות לחשוף את מקורותיה.

1. התנאים להסרת החיסיון

לפי הצעת החוק המונחת על שולחן הכנסת להסרת החיסיון יש ארבעה תנאים:

1. הגילוי נדרש לעניין שאלה העומדת לדיון;
2. הגילוי חיוני לצורך מניעת פשע, לשם עשיית צדק בנוגע לפשע או כדי למנוע עיוות דין חמור בהליכי משפט;
3. אין ואי-אפשר לגלות במאמץ סביר ראיות מספיקות אחרות;
4. גילוי הראיה אינו נדרש להוכחת עברה של מסירת ידיעה או מסמך בניגוד לסעיפים 117-119 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

אנו סבורות כי לנוכח חשיבותו של החיסיון העיתונאי יש לפרש את הדרישה להוכחת רלוונטיות המידע המופיעה בסעיף (1) באופן מחמיר יותר. לא ראוי להסיר את החיסיון העיתונאי אם הראיה הנדרשת לעניין שאלה העומדת לדיון תורמת במידה מועטה בלבד לבירור השאלה המשפטית. ד"ר נקדימון סבור כי יש לפרש את רכיב הרלוונטיות כך שיצטרך לעמוד בדרישה כפולה: ראשית, הכוח ההוכחתי הצפון בראיה המבוקשת הוא מהותי, והיא צריכה להתייחס לעניין השנוי במחלוקת; שנית, העניין השנוי במחלוקת שאליו הראיה מתייחסת צריך להיות נושא מרכזי בהליך, להבדיל מנושא שהוא שולי ופריפריאלי.²¹⁰

אנו סבורות כי דרישות אלו חשובות ככלי עזר שיפוטי, אבל בחקיקת החוק יש לקבוע תנאי פשוט שלא יכבול את שיקול הדעת השיפוטי ויאפשר לכית המשפט להתחשב ברכיבים אלו ואחרים במילוי דרישת הנחיצות. כך למשל, ייתכן שבהליך הפלילי, שבו האינטרס הציבורי חזק יחסית, יסתפק בית המשפט בְּרלוונטיות לסוגיה שולית בהליך, שלא כמו בהליך האזרחי. לכן אנו מציעות לשנות את פסקה (1) בדרישות להסרת החיסיון לנוסח זה – "הגילוי יתרום

210 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 232-233.

תרומה משמעותית להכרעת הדיון". עצם הקשחת דרישת הרלוונטיות מעבירה את המסר שיש להסיר את החיסיון העיתונאי רק במקרים שבהם אפשר להוכיח כי הראיות שיתגלו מהסרת החיסיון אכן נדרשות באופן מהותי להליך הנידון. נוסף על כך, הקשחת תנאי הרלוונטיות תבטיח כי הסרת החיסיון אכן נדרשת לצורך הגשמת התכלית בדבר חשיפת האמת במשפט.

יא. עילת הפרת חוזה

במקרים שבהם עיתונאי מעוניין לחשוף את זהותו של המקור יש התנגשות בין שני אינטרסים חשובים. מצד אחד הגנה על חופש העיתונות ואיסוף ופרסום מידע חדשותי, ומצד אחר האינטרס לקיום הסכמים. במקרים שבהם מופר הסכם החיסיון, בתי המשפט מנסים למצוא פתרון שיאזן בין אינטרסים אלו. בעשורים האחרונים עיתונאים רבים יותר נאבקים על זכותם לחשוף את זהות מקורותיהם, מתוך הפרת הבטחתם לשמור על חסיון מידע זה. צורך זה בחשיפת זהות המקור עולה בעיקר כאשר גילוי הזהות הוא בגדר "חדשות" ולכן עולה בקנה אחד עם זכות הציבור לדעת.²¹¹

בארצות הברית ובאנגליה עולות בפסיקה ובאקדמיה ארבע גישות עיקריות להתמודדות עם סוגיה זו: מודל החוזה המסורתי, מודל השתק חוב, מודל הזכות לחופש עיתונות ומודל חובת האמונים.

(1) מודל החוזה המסורתי

במקרים שבהם העיתונאי מבטיח למקור לשמור על חיסיון זהותו ובתמורה הוא מקבל מידע חדשותי, ייתכן שלפי דיני החוזים אפשר לראות בהסכם זה חוזה. בדיני החוזים מוגדרים סעדים שאפשר לקבל בהפרת חוזה, כגון השבה ופיצויים.²¹²

211 Peri Z. Hansen, "According to an Unnamed Official": Reconsidering the Consequences of Confidential Source Agreements When Promises are Broken by the Press, 20 PEPP. L. REV. 115, 134 (1993)

212 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16.

לפי גישת מודל החוזה המסורתי, הסכם בין מקור לעיתונאי ייחשב לחוזה בר אכיפה כל עוד אין הגנה חוקית לאחד מהצדדים (כגון מצג שווא או טעות). חסידי תאוריה זו סבורים כי אינטרס המדינה לקיום חוזים הוא אינטרס חיוני, ולכן אכיפה של יחסי מקור ועיתונאי היא הכרחית.

ואולם אף שלפי דיני החוזים עיתונאים צריכים להיות מחויבים להבטחותיהם, גם דיני אלו מכירים בכך שבחלק מהמקרים אינטרסים ציבוריים עשויים להגביל אכיפת חוזים. לכן אפשר לטעון כי גם לפי מודל זה, חופש העיתונות מצדיק במקרים מסוימים את גילוי זהות המקור. גישת מודל החוזים קובעת כי בשוקלם אם להטיל אחריות על עיתונאי בגין הפרת חוזה, בתי משפט צריכים להטיל נטל הוכחה גבוה יותר על התובע, אשר יידרש להוכיח בעזרת ראיות ברורות ומשכנעות כי העיתונאי הבטיח לו סודיות בידיעה שאחר כך הוא יפר את הבטחתו, או שהיה לו ספקות גדולים בנוגע לכוונתו לכבדה בעתיד. נטל כבד זה המוטל על התובע להפרת חוזה כשמדובר בחוזים שבין עיתונאי למקור משקף את חשיבותם של אמצעי תקשורת ושל הפצת מידע חדשותי ופרסומו.²¹³

בפסיקת בתי המשפט האמריקאיים הוכרה ההלכה שיש אלמנטים חוזיים מסוימים ביחסי עיתונאי ומקור, אך יש גם אינטרס חוקתי לשמירה על חופש העיתונות. חוקרים אמריקאים הציעו כמה קריטריונים שיוכלו לסייע בעריכת האיזון בין האינטרס לקיום חוזים לבין האינטרס לעיתונות עצמאית ויוכלו להכריע מתי יש להכיר בעילת הפרת חוזה במקרים שבהם עיתונאי מגלה את זהותו של המקור.

אולגה פוארטו (Puerto) מציעה במאמרה שכדי שמקור יוכל לתבוע בגין הפרת חוזה הוא יידרש להוכיח כי: (1) יש ראיות ברורות ומשכנעות לקיומו של הסכם הסודיות; (2) העיתונאי הפר את הסכם החיסיון בפרסום זהותו של המקור; ו-(3) הפרת ההסכם יצרה נזקים. לדעתה, רף ההוכחה הגבוה להוכחת הסכם הסודיות ירתיע מקורות שיטענו טענות לא מבוססות בעקבות הסכמים מעורפלים שערכו עם עיתונאים.²¹⁴

213 Hansen, לעיל ה"ש 211, בעמ' 138-140.

214 Olga C. Puerto, *When Reporters Break Their Promise to Sources: Towards a Workable Standard in Confidential Source/Breach of Contract Cases*, 47 U. MIAMI L. REV. 501 (1992-1993)

כמו כן, כדי להכריע אם יש להכיר בטענה שהופר חוזה במקרה הספציפי, אין לערוך יישום פורמליסטי של חוק החוזים אלא לאזן בין שני האינטרסים המרכזיים על ידי בחינה של חמישה רכיבים: (1) מהימנות המידע שהעביר המקור לעיתונאי; (2) טבעו של המידע, ובפרט אם נחוץ להביאו לידיעת הציבור; (3) ההשפעה של חשיפת זהות המקור על מטרתה של התקשורת למסור מידע לציבור ולקדם שיח פוליטי, חברתי וכלכלי; (4) המוטיבציה של המקור לבקשת החיסיון; (5) הסיבות להפרת הסכם הסודיות.²¹⁵

גם ג'נס קפקה (Koepke) מציינת שישה רכיבים דומים שיש לבדוק כדי להכריע בין איזון האינטרס של המקור לפרטיות ולמוניטין לבין האינטרס של הציבור לגילוי המידע או למניעת אפקט מצנן בתחום התקשורת: (1) האם הציבור צריך לדעת את זהותו של המקור. למשל, אם הציבור יוטעה במידה רבה אם יקבל את המידע בלי לדעת מי מסר אותו; (2) אופי המידע שהעביר המקור. אם המידע שהועבר נוגע לעניין טריוויאלי, ייתכן שזהותו של המקור אינה חשובה לידיעת הציבור; אבל אם המידע נוגע לנושא שנוי במחלוקת, ייתכן שנחוץ לפרסם את זהותו של המקור כדי שהציבור יוכל להביא זאת בחשבון בקבלו את המידע; (3) חומרת הפגיעה שנגרמה למקור בעקבות חשיפת המידע; (4) מידת הגילוי. מדד זה חשוב לקביעת חומרת פגיעתו של המקור; (5) נסיבות היווצרות הסכם הסודיות. הונאה או הטעיה על ידי מי מהצדדים בהתהוות ההסכם, למשל, תחליש את האינטרס היחסי של אותו צד במשוואה; (6) בהירות מערכת היחסים ובהירות ההסכם.²¹⁶

(2) דוקטרינת ההשתק

גם אם הסכם בין עיתונאי למקור אינו עומד בדרישות לחוזה תקף על פי דיני החוזים, מקור עשוי לזכות בפיצויים על ידי הפעלת דוקטרינת ההשתק. מקורה של דוקטרינה זו במשפט המקובל, והיא נועדה לשמור על חובת תום הלב

215 שם, בעמ' 530-531.

216 Jens B. Koepke, *Reporter Privilege: Shield or Sword? Applying a Modified Breach of Contract Standard When a Newsperson "Burns" a Confidential Source*, 42 FED. COMM. L.J. 277, 312-313 (1989-1990)

בהסכמים.²¹⁷ הדוקטרינה מתבססת על הסתמכותו של צד על ההסכם ומרחיבה את דיני החוזים.

לתורת ההשתק מכוח הבטחה שתי גרסאות: הגרסה המתונה, היא הגרסה האנגלית, והגרסה המתקדמת, היא הגרסה האמריקאית. המשפט האמריקאי הרחיק לכת מעבר למשפט האנגלי המקובל והפך את תורת ההשתק מכוח הבטחה לתורה המכירה, בנסיבות מסוימות, בהבטחה כמקור חיוב עצמאי.

לפני חקיקת חוק החוזים הכללי בישראל החילה הפסיקה את תורת ההשתק מכוח הבטחה,²¹⁸ וגם לאחר חקיקת החוק פורסמו פסקי דין המיישמים את תורת ההשתק מכוח הבטחה במשפטנו. כך נפסק כי מי שנותן הבטחה לזולתו בידיעה שהלה מתכוון לסמוך עליה ולפעול על פיה, והוא אכן פועל על פיה ומשנה את מצבו, אין לו חזרה ממנה.²¹⁹ ואולם יישום זה נעשה ללא דיון בשאלות תחולתה ומקור תוקפה של תורת ההשתק מכוח הבטחה, לנוכח הוראות חוק החוזים הכללי. היום הדעות חלוקות בעניין תחולת ההשתק מכוח הבטחה במשפט הישראלי.²²⁰

לרוב הסכמי החיסון בין מקור לעיתונאי מטילים חובה מוסרית לשמור בסוד את זהותו של מקור. ואולם ההשלכות המשפטיות של ההסכם ניתנות לפרשנות, ולכן הציע טימותי פאלון (Fallon) שכאשר מקור מסתמך על הבטחתו של עיתונאי וזה מפר אותה, בית המשפט יסתייע בדוקטרינת ההשתק מכוח הבטחה על מנת להכריע אם ראוי להטיל חבות משפטית על העיתונאי.²²¹

- 217 יש כמה סוגים של השתק. דוקטרינת ההשתק מכוח הבטחה (Promissory Estoppel) נקבעה לראשונה בפסק דין *Hughes v. Metropolitan Railway Co.*, [1877] 2 A.C. 439 (H.L.)
- 218 ראו דברי השופט זילברג בע"א 413/66 פרנקנפלד נ' פרנקנפלד, פ"ד כ(4) 626, 630-631 (1966); ע"א 251/73 תרשיש נ' שיינליכט, פ"ד כח(1) 572, 579-581 (1974).
- 219 ראו למשל ע"א 19/81 ביבי נ' הורברט, פ"ד לז(2) 497, 501 (1983); ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(1) 693, 698-699 (1985).
- 220 ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 123 (2005).
- 221 Hansen, לעיל ה"ש 211, בעמ' 140-143.

(3) הגנת הזכות לחופש עיתונות

הגנת הזכות לחופש עיתונות מוכרת בעיקר במשפט האמריקאי בשל עיגונה בתיקון הראשון לחוקה. לפי מודל הגנת הזכות לחופש עיתונות, במקרים של הפרת הסכם חיסיון מתוך חשיפת זהות המקור או המידע שמסר, ובנימוק שהחשיבות הציבורית הטמונה במידע היא שחייבה את חשיפתו, הניתוח ייעשה בשני שלבי: ראשית, על בית המשפט להחליט אם האינטרס של המדינה מצדיק את הגבלת הגישה של התקשורת לפרסום אותו מידע חדשותי; שנית, על בית המשפט לבחון אם הסדרת פעילות המידע החדשותי המסוים קשורה מהותית לאותו אינטרס מדינתי.

במודל זה גלומים כמה קשיים. ראשית, מבחנים אלו משמשים במקור את תחום הרגולציה הממשלתית, אלא שאכיפה אזרחית של הסכם סודיות אינה יכולה להיקרא "פעולת ממשלה". יתר על כן, החלת מבחנים אלו באמצעות היקש מתחום הרגולציה מעלה קשיים, משום שהיא אינה מביאה בחשבון שיקולי מדיניות ציבוריים הנובעים מהכישלון שבאכיפת הסכם תקף בין שני צדדים.²²² מנגד, מודל ההגנה על הזכות לחופש עיתונות מביא בחשבון את הנזק שעלול להיגרם לחופש העיתונות מכך שהעיתונאי ייחשף לאחריות נזיקית. לכן רק כשאינטרס ציבורי הטמון בחיוב העיתונאי באחריות בגין גילוי המידע המסוים שנחשף יגבר על האינטרס להגנה על חופש העיתונות, תוטל אחריות בגין הפרת ההסכם.

(4) דוקטרינת הפרת חובת האמונים האנגלית

במשפט האנגלי משתמשים בדוקטרינת הפרת חובת האמונים במקרים שבהם יש להגן על מערכות יחסים שמעורב בהן חיסיון, ובכלל זה יחסי עורך דין-לקוח, בנקאי-לקוח ובני זוג. לכן במקרים שבהם הבטיח עיתונאי למקור כי ישמור על סודיות זהותו, בתי המשפט האנגליים מוכנים להכיר בהפרת חובת אמונים ופוסקים פיצויים למקור. כדי לקבל פיצויים בגין הפרת חובת אמונים יש להוכיח שלושה רכיבים עיקריים: (1) שהמידע היה חסוי; (2) שהייתה הבטחה מהעיתונאי

לשמור את המידע בסוד; (3) שהעיתונאי הפר את תנאי ההסכם באמצעות חשיפת המידע הסודי.

עם זאת, בה בעת פיתח המשפט הבריטי טענת הגנה: הגנת האינטרס הציבורי.²²³ עיתונאי יכול לבקש הגנה זו בארבעה מקרים: (1) כשהחוק מחייב גילוי; (2) כשיש חובה ציבורית לגלות את המידע; (3) כשהאינטרסים של הנאשם מחייבים את הגילוי; (4) כשהמקור במפורש או במשתמע מסכים לגילוי זהותו. לפי מודל זה, הגנת האינטרס הציבורי מחייבת את העיתונאי להראות כי הצורך הציבורי בגילוי של מידע סודי גובר על האינטרס של המקור לשמירת זהותו בסוד.²²⁴

(5) יישום הגישות בפסיקה האמריקאית

פסק דין אמריקאי מכונן בסוגיית הפרת הסכם החיסיון שבין עיתונאי למקור ניתן בפרשת כהן.²²⁵ דניאל כהן תבע שני עיתונים לאחר שפרסמו מידע שהוא מסר להם וחשפו את זהותו כמקור. כמה ימים לפני בחירות 1982 פנה כהן, שבאותו זמן היה שותף פעיל במסע הבחירות של המועמד הרפובליקני וילוק ויטני (Whitney), לכתבים משני עיתונים והציע לספק להם מידע מביך מרישומי בית המשפט בנוגע למועמד המפלגה הדמוקרטית מרלין ג'ונסון (Johnson). כהן העביר להם מידע שממנו עולה כי בשנת 1969 הואשם ג'ונסון בשלוש עברות של התכנסות לא חוקית ובשנה שלאחר מכן הורשע בעברות של גניבה. מסירת מידע זה הותנתה בשמירת סודיות זהותו של כהן. עורכי העיתונים טענו כי הגיעו למסקנה שזהותו של המקור ראויה לפרסום רק לאחר התממשות העסקה בין כהן לעיתונאים, שכן זכותו של הציבור לדעת ששותף במסע הבחירות הרפובליקני ניסה לחבל ברגע האחרון במסע הבחירות של המועמד הדמוקרטי. בעקבות הפרסום פוטר כהן מתפקידו במשרד הפרסום שבו עבד, ובתגובה הוא תבע את העיתונים בעילות של הפרת חוזה ומצג שווא.

Alan B. Vickery, *Breach of Confidence: An Emerging Tort*, 82 COLUM. L. REV. 223
1426, 1426-1428 (1982)

שם, בעמ' 176-180. 224

Cohen v. Cowles Media Co., 111 S. Ct. 2513 (1991). ראו גם Hansen, *לעיל ה"ש*
225, בעמ' 147-152; Puerto, *לעיל ה"ש* 212, בעמ' 503-505.

חבר המושבעים פסק כי הנאשמים אשמים בשתי העילות שכהן העלה כנגדם ופסק לכהן פיצויים. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שהצדדים הגיעו להסכמה הדרתית באמצעים החוזיים המסורתיים של הצעה וקיבול ובאמצעות תמורה בעלת ערך, והעיתונים הפרו את החוזה ביניהם. גם בערכאת הערעור קבע בית המשפט כי הזכות לחופש העיתונות המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה אינה חוסמת תביעה בגין הפרת חוזה.

ואולם בית המשפט העליון של מינסוטה הגיע למסקנה שונה לגמרי. בית המשפט קבע כי במקרה זה אי-אפשר להצביע על חוזה בפועל, וכהן היה זכאי לסעד רק אם אכיפת ההסכם הייתה הכרחית כדי למנוע עוול. אף שבית המשפט הכיר בכך שהייתה לעיתונאים חובה מוסרית לשמור על סודיות זהות המקור, נקבע כי משתי סיבות לא מדובר בחובה משפטית: ראשית, משום שזהו מצב שבו הצדדים אינם מתכוונים ליצור חוזה; שנית, אין לאכוף חוזים הנוגעים ליחסים מיוחדים כאשר הם אינם עולים בקנה אחד עם שיקולי מדיניות ציבורית. לפיכך בהתחשב באינטרסים המונחים על הכף ובחשיבותו של חופש העיתונות, בפרשה זו לא הוכר בקיומו של חוזה.

השופטים אף בחנו אם צריכה לחול דוקטרינת ההשתק, אך בית המשפט פסק כי שניים מהאלמנטים של הדוקטרינה – ציפייה סבירה והסתמכות על הבטחה – אינם מתקיימים בהתחשב ב"עמימות המוסרית" שמאפיינת את היחסים שבין תקשורת למקור. יש לציין כי השופט סוטר (Souter) סבר כי יש מקרים שבהם הפרת הבטחת סודיות עשויה להצדיק הטלת אחריות; מצבו של המקור ופגיעתו, היותו אדם פרטי או ציבורי, נסיבות רכישת המידע ועוד יכולים לשמש שיקולים להכרה בחובה זו.²²⁶

לאחר פסק הדין בעניין כהן הועלה בתקשורת החשש של עיתונאים מפני גל של תביעות שיוגשו בעקבות הפרת הסכמי חיסיון בין עיתונאים למקורותיהם. ואולם בפועל הוגשו תביעות ספורות בלבד בטענה להפרת הסכם חיסיון. בסופו של חשבון נטען שבעקבות פרשת כהן ארגוני תקשורת נוטים פחות להבטיח

Kyu Ho Youm & Joseph Russomanno, "Burning" News Sources and Media 226
Liability: *Cohen v. Cowles Media Co. Ten Years Later*, 24 COMM. & L. 69, 76
(2002)

חיסיון, ונוסף על כך עיתונאים מכירים טוב יותר את הכללים האתיים והמשפטיים ולכן נוטים לשמור על חסיונות מקורותיהם. מאז הפרשה עיתונאים גם נתונים לפיקוח הדוק יותר מצד מנהליהם בארגוני העיתונות בכל הקשור למתן הבטחה לחיסיון, והם מודעים יותר להשלכות העקיפות שיש ל"שרפת" מקורותיהם על היכולת לממש את חופש העיתונות.²²⁷

לאחר פרשת כהן היו מקרים נוספים שבהם הוכרו עילות אלו ביחסים שבין מקור לעיתונאי. דוגמה לכך היא פרשת רוזיקה (Ruzicka).²²⁸ ג'יל רוזיקה תבעה את הפסיכיאטר שטיפל בה בגין רשלנות רפואית והאשימה אותו בהתנהגות מינית לא הולמת בפגישות הטיפוליות ביניהם. בשנת 1987 היא הסכימה להתראיין על הפרשה אצל עיתונאי. היא טענה שהסכימה לריאיון בתנאי שלא תיחשף זהותה ושלא תהיה מזוהה עם תוכנו של המאמר, אך הכתב הכחיש הסכמות אלו וטען שרוזיקה ביקשה רק ערפול כללי בנוגע לפרטיה.

בכתבה שגוללה את סיפורה, ופורסמה בגיליון ספטמבר 1988 של המגזין *Glamour*, הוחלף שם המשפחה של רוזיקה בשם ברדי, אך נעשה שימוש בשמה הפרטי האמיתי. כדי למלא אחר הסכם החיסיון שינה הכתב פרטים אחרים בסיפור חייה, אך למרות מאמציו של הכתב זיהו אותה שני אנשים בהסתמך על תוכן הכתבה. רוזיקה תבעה את העיתונאי והמו"ל של המגזין בגין הפרת החוזה. בית המשפט סירב לקבל את התביעה, הואיל וגם אם אכן היה הסכם בין הצדדים, הוא היה מעורפל מכדי לפגוע בזכויות חוקתיות המעוגנות בחופש העיתונות. בית המשפט הגיע למסקנה שבהתחשב בכך שמדובר בזכויות חוקתיות, התובעים בתביעות להפרת חוזה בין מקור לעיתונאי יידרשו להוכיח את התנאים המסוימים שעליהם הסכימו ולספק הוכחה ברורה ומשכנעת שהסכם הופר. רוזיקה ערערה לבית המשפט לערעורים, אבל זה פסק כי החוק אינו מתיר תביעה בגין הפרת חוזה כאשר עיתונאי עורך הסכם חיסיון. עם זאת בית המשפט הורה לערכאה נמוכה יותר לאפשר לרוזיקה לתקן את תלונתה ולטעון להפרת חובת ההשקט.²²⁹ בית המשפט המחוזי פסק כי הבטחת העיתונאי לא הייתה ברורה

227 שם, בעמ' 97-98.

Ruzicka v. Conde Nast Publications, Inc., 939 F.2d 578 (8th Cir. 1991) 228

Hansen, *לעיל* ה"ש 211, בעמ' 159-161. 229

ומוחלטת דייה כדי לבסס את טענת ההשתק. ואולם בערעור לבית המשפט לערעורים נקבע כי ההבטחה הייתה ספציפית וברורה מספיק, בהתחשב בכך שדוקטרינת ההשתק גמישה יותר בדרישותיה מחוק החוזים, ולכן הייתה הפרה של החובה.²³⁰

לעומת זאת בפרשת אנדרסון בית המשפט לא הזכיר כלל את דוקטרינת ההשתק ופסק כי הזכות לחופש העיתונות המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה אינה פוטרת מאחריות הנוגעת להבטחה חוזית; במקרה זה – הבטחה שפרסום תמונת המקור בעיתון לא תחשוף את זהותו.²³¹ בפרשה זו תבע קורנל אנדרסון בית חולים ואחד מן הרופאים בשל פרסום תמונה שלו, שצולמה בתוך בית החולים ולבקשת בית החולים, ופורסמה בעיתון בכתבה על מחקר וטיפול בחולי איידס. אנדרסון הסכים לפרסום הצילום בתנאי שלא יוכלו לזהותו, אך כשהכתבה התפרסמה משפחתו וחבריו הצליחו לזהותו. הוא תבע את בית החולים והרופא בטענה שהפרו את החיסיון שבין חולה לרופא ובכך הסבו לו נזקים קשים. בית החולים והרופא תבעו את חברת החדשות כגין אותם נזקים, בטענה שהצלם הפר את הבטחתו. בית המשפט בניו יורק בחן את האינטרסים העומדים על הפרק ופסק כי אין אינטרס ציבורי חזק דיו כדי לפרסם את זהותו של חולה איידס או של נשא הנגיף. בית המשפט פסק כי התקשורת הפרה הבטחתה למקור, והפרה זו אינה חוקית. עוד קבע בית המשפט כי הסכמי סודיות בין כתב למקור יהיו כפופים למגבלות של חוקים כלליים, ולא לסטנדרטים הגבוהים הקבועים בהגנה החוקתית של התיקון הראשון לחוקה כפי שנקבע בעבר במשפטים שעסקו בהוצאת דיבה.

מנגד, היו פסקי דין רבים לאחר פסק דין כהן כהן שסירבו להטיל אחריות בגין הפרת הסכם החיסיון. אחד ממקרים אלו הוא פרשת סטיל (Steele). ג'ולי סטיל הייתה חברה של מתנדבת בבית הלבן שטענה שקיימה מפגש מיני עם הנשיא קלינטון בשנת 1993. סטיל תבעה את הכתב על כך שלא קיים את הבטחתו שלא לחשוף אותה כמקור לפרשה. בספטמבר 2000 קבעה השופטת המחוזית כי הבטחה בין עיתונאי למקור אינה עניין הנוגע לחוק, אלא זהו הסכם מוסרי בלבד, ולכן

230 Youm & Russomanno, *לעיל* ה"ש 226, בעמ' 85-86; *Ruzicka v. Conde Nast Publ'ns, Inc.*, 999 F.2d 1319, 1321 (8th Cir. 1993)

231 *Anderson v. Strong Memorial Hospital*, 573 N.Y.S.2d 828 (N.Y. Sup. Ct. 1991) ראו גם Youm & Russomanno, *לעיל* ה"ש 226, בעמ' 86-87.

הפרת ההסכם ביניהם אינה מקימה עילת תביעה. השופטת אף דחתה את הטענה בדבר חובת ההשתק וקבעה כי החוק במדינת וירג'יניה אינו מכיר בחובה זו. במקרים מאוחרים יותר מפסק דין כהן נטו בתי המשפט בארצות הברית לניתוח פורמליסטי פחות ומכני פחות של החוק, ומקרי הפרת חיסון עיתונאי נבחנו באופן מהותי יותר מתוך איזון בין אינטרסים, בין השאר בעניין הערכת ההקשר של הפצת המידע ותוכן הכתבות שפורסמו.

לסיכום, הן באנגליה והן בארצות הברית, שבה חופש העיתונות מעוגן בחוקה, מכירים בתי המשפט בכך שיש מקרים שבהם יש צורך להטיל אחריות על עיתונאי שהפר הסכם חיסון. בה בעת יש לזכור כי להחלת דיני החוזים על יחסי עיתונאי ומקור יכול להיות אפקט מצנן על העיתונות. לכן במקרים רבים בחרו שופטים להטיל אחריות על עיתונאים דרך דוקטרינות אחרות מדיני החוזים.

בישראל הוכרו בפסק הדין בעניין גלט-ברקוביץ חובת הזהירות ותחולת חוק החוזים על הסכם חיסון עיתונאי במקרים מסוימים. באותו עניין נדחו טענות אלו, כיוון שהנאשמת לא הצליחה להוכיח את תנאי הסכם החיסון, ובית המשפט סבר כי בהתחשב בנסיבות לא הוכחה הפרה של חובת הזהירות. הערעור בפרשת גלט-ברקוביץ עודנו תלוי ועומד. גם ענת קם הגישה תביעה בגין הפרת חובת זהירות והפרת חוזה בעניינה. נראה שבשנים הקרובות יצטרך בית המשפט הישראלי לקבוע מסמרות בדבר חובת העיתונאים כלפי מקורותיהם.

אנו סבורות כי השיקולים שהצגנו להטלת אחריות חוזית על עיתונאים ראויים לאימוץ בפסיקה הישראלית. שיקולים אלו יכולים להיות כלי עזר בהכרעת השופטים במקרים שבהם נדרש לקבוע אם עיתונאי הפר חוזה או חובת זהירות. אפשר לצמצם את השיקולים השיפוטיים על מנת להגדיל את הוודאות המשפטית, אבל לצורך הבהרת הנושא בחרנו לפרט את השיקולים שלהלן:

1. מהימנות המידע שהעביר המקור לכתב ונחיצות הבאתו לידיעת הציבור.
2. ההשפעה של חשיפת זהות המקור על מטרתה של התקשורת לעדכן את הציבור ולקדם שיח פוליטי, חברתי וכלכלי.
3. נסיבות היווצרות הסכם הסודיות ובפרט המוטיבציה של המקור לבקשת החיסון.
4. הסיבות להפרת הסכם הסודיות מצד העיתונאי ומידת גילוי המידע החסוי.
5. חומרת הפגיעה שנגרמה למקור.

בפסיקה שאוזכרה בנושא הפרת הסכם החיסיון, הן בארץ והן בארצות הברית, בית המשפט בחן את קיום הסכם החיסיון ותנאיו. פעמים רבות הקושי העיקרי של התובעים בתביעה נזיקית להפרת הסכם חיסיון הוא הוכחת תנאי ההסכם, כפי שאירע בפרשת גלט-ברקוביץ. על מנת לסייע למקורות להוכיח את קיום ההסכם ותנאיו אנו מציעות לפרסם נוסח של הסכם בסיסי בין מקור לעיתונאי בכמה אתרים נגישים, כגון אתר לשכת העיתונות הממשלתית, אתר רשות השידור, אתר לשכת העיתונות הממשלתית, אתרי עיתונים גדולים וזכייני טלוויזיה וכיוצא באלה. הסכם בסיסי זה יכיל את עיקרי הדברים האלה:

1. יידוע המקור על מעמדו המשפטי ועל הסיכונים הכרוכים בהעברת המידע לעיתונאי.
2. יידוע העיתונאי על התנאים בהסכם שהוא מחויב למלא וכן על הסכנות שאליהן הוא יהיה חשוף אם יבחר שלא למלא את התנאים.
3. עיקרי ההסכם בין העיתונאי למקור. חלק זה יבחר את תנאי ההסכם וימנע את העמימות שיש בדרך כלל בהסכמים הנהוגים בין עיתונאים למקורותיהם.

להלן נוסח הסכם לדוגמה:

הסכם בין עיתונאי למקור

אני _____ (להלן: המקור) מעביר ביום _____ ל _____ (להלן: העיתונאי) מידע על _____.

העברת המידע מותנית בכך (נא להקיף את עיקר התנאים שעליהם הוסכם בין הצדדים):

- שלא תיחשף זהות המקור.
- שלא יפורסמו המסמכים שלהלן שהועברו מטעם המקור: _____.
- אחר: _____.

העיתונאי החתום על הסכם זה יעשה כל שביכולתו למלא אחר תנאי ההסכם דלעיל.

כמקור עיתונאי אני מודע לכך שהחיסיון העיתונאי איננו מעוגן בחוק, ולכן אם העיתונאי יחליט לחשוף את זהותי או את המידע שהעברתי זכותי לפיצויים בגין מעשים אלו תהיה כפופה להחלטת בית המשפט.

עם זאת אינני מוותר על זכותי להגשת תביעה בגין עילת הפרת חוזה, הפרת חובת זהירות או בגין כל עילה משפטית אחרת אם יופרו תנאי הסכם זה.

הנוסח נכתב בהתאם למצב המשפטי הקיים, אך אם תתקבל הצעתנו והגנת החיסון העיתונאי תעוגן בחוק יהיה אפשר לשנות את הנוסח בהתאם. אנו מודעות לכך שבמקרים רבים עיתונאים ומקורותיהם עורכים הסכמים באופן לא ישיר, למשל דרך אמצעים סלולריים וכיוצא באלה. במקרים אלו קשה יותר לחתום על הסכם. ואולם במקרים שבהם המקור והעיתונאי נפגשים פנים אל פנים או מחליפים תכתובת דואר אלקטרוני או מנהלים דין ודברים בצורה אחרת, כמו בפרשות גלט-ברקוביץ וענת קם, יש בכוחו של הסכם זה לסייע בהבהרת תנאי החיסון, וכן ביידוע הצדדים על הסיכונים שהם לוקחים ועל החובות המוטלות עליהם.

י.ב. חובה לגילוי מידתי

גם במקרים שבהם האינטרס לגילוי האמת במשפט גובר על האינטרס להגנת חופש העיתונות, ונקבע כי העיתונאי צריך לגלות את המידע שנמסר לו מהמקור או את זהותו, עדיין נדרש כי הגילוי לא יפגע בחופש העיתונות מעבר לנדרש לצורך גילוי האמת במשפט. אנו סבורות כי גם אם מתמלאים ארבעת התנאים של הלכת ציטריין ונדרש לגלות מידע שהמקור מסר, יש לחייב בחוק שהיקף הגילוי יהיה במידה המתאימה לצורך הגשמת האינטרס הציבורי או הפרטי ולא מעבר לה. המלצות לגילוי מידתי של מידע החוסה תחת החיסון מופיעות בפסיקה ובחוק של מדינות נוספות. לדוגמה, בהמלצות שרי מועצת אירופה נכתב כך:

כאשר עיתונאים נענים לבקשה או לצו למתן פרטים מזהים בעניין המקור, הרשויות המוסמכות צריכות לשקול החלטת צעדים כדי להגביל את היקף הגילוי, למשל על ידי אי-חשיפת הגילוי לפני הציבור כנובע מסעיף 6 לאמנה, כאשר אפשרות כזאת רלוונטית, ועל ידי כיבוד החיסון שבגילוי כזה.²³²

232 Recommendation No. R (2000) 7, principle no.5 לעיל ה"ש 107 (התרגום של המחברות).

לכן יש להוסיף להצעת החוק את הסעיף שלהלן:

"החליט בית המשפט להסיר את החיסיון העיתונאי, עליו לצוות על גילוי מידת של הראיות או של המידע הנמצאים בחסות העיתונאי. הגילוי לא יעלה על הנדרש לצורך בירור השאלה המשפטית".

ג. המלצות במישור הדיוני

אנו ממליצות כי הליך משפטי העוסק בשאלה אם להסיר את החיסיון יתבצע בדלתיים סגורות. הצעה זו עלתה גם ברוח ועדת מעוז ובחלק מהצעות החוק לעיגון החיסיון העיתונאי.²³³ דרישה זו גם מעוגנת בפקודת הראיות בכל הנוגע לדיון בטענת החיסיון של בעלי חסיונות מקצועיים.²³⁴

אנו סבורות כי בהליכי משפט שבהם הועלתה טענת חיסיון יש להפסיק את המשפט עד לבירורה של טענה זו. כמו כן, גם במקרים שבהם הוחלט להסיר את הגנת החיסיון ולצוות על מתן עדות, יש לאפשר לבית המשפט לשמוע את העדות בדלתיים סגורות.²³⁵ תנאים דיוניים אלו יסייעו לדרישת המידתיות, כך שהאינטרסים של המקור והעיתונאי לא ייפגעו יותר מן הנדרש.

לכן אנו מציעות להוסיף להצעת החוק את הסעיף שלהלן:

"נטען חיסיון לפי סעיף זה, יהיה הדיון בטענה בדלתיים סגורות; החליט בית המשפט לשמוע את העדות, רשאי הוא לשומעה בדלתיים סגורות".

ד. המלצות לפירוש החוק

אנו סבורות כי יש שני שיקולים שראוי שבית המשפט יתחשב בהם בפרשו את החוק. שיקולים אלו נוגעים להליך הנידון לפני בית המשפט ויכולים להשפיע על היקף הגנתו של החיסיון העיתונאי:

233 ראו לדוגמה הצעת חוק פ/189, לעיל ה"ש 77.

234 ראו ס' 48-51 לפקודת הראיות.

235 המלצות אלו גם עלו בעבודת הדוקטור של ד"ר ישגב נקדימון; וראו נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 297.

א. הבחנה בין ההגנה שתינתן לעיתונאי או למקור בהליך אזרחי לבין ההגנה שתינתן בהליך פלילי. כאשר מדובר בהליך פלילי, נכון לפרש את התנאים להסרת החיסון העיתונאי כנוקשים פחות. בהליך פלילי שעל מנת לברר נדרש להסיר את החיסון העיתונאי, ההשלכות על הרשעת אדם חף מפשע הן ניכרות, ולכן יש אינטרס חזק יותר להסרת החיסון על מנת להעניק לצדדים את מרב הראיות ובכך לסייע לחקר האמת. בעניין ליבני נ' מדינת ישראל נאמר בהקשר של הסרת החיסון העיתונאי: "הרשעת חף מפשע היא פגיעה כה עמוקה ומכאיבה בסדריו של ההליך הפלילי, עד כי אין להרשותה בשום תנאי".²³⁶ עוד נאמר בעניין אפללו כי "מטרת הדיון הפלילי היא לחשוף את האמת. הן התובע והן הנאשם צריכים לתרום את חלקם לגילוי האמת".²³⁷ לכן במקרים שבהם הראיה החוסה תחת החיסון יכולה לסייע להוכחת חפותו או אשמתו של אחד הצדדים במשפט, יש לפרש את שני התנאים הראשונים להסרת החיסון כבעלי רף נמוך יותר (הגילוי נדרש לעניין שאלה העומדת לדיון; הגילוי חיוני לצורך מניעת פשע, לשם עשיית צדק בנוגע לפשע או כדי למנוע עיוות דין חמור בהליכי משפט), בהתאם לאינטרס החברתי לברור האמת במשפט הפלילי.²³⁸ נוסף על כך, ייתכן שיש להבחין בין מקרים שבהם הגילוי נדרש לשם הרשעה לבין מקרים שבהם הוא נדרש לשם זיכוי נאשם. נהוג לפרש כי הרשעת חף מפשע חמורה מזיכוי אשם.²³⁹ כך, הדרישה שהרשעה תתבסס על הוכחה מעבר לכל ספק סביר משקפת את ההעדפה החברתית בעניין שני סוגי הטעויות. מכאן שייתכן שבמקרים שבהם גילוי זהות המקור דרוש לשם הוכחת חפותו של נאשם, יש לפרש את התנאים הראשונים כבעלי רף נמוך יותר; ואילו במקרים שבהם הגילוי דרוש לשם זיכוי הנאשם, אין להוריד את הרף לתנאי הסרת החיסון.

236 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 292; ב"ש 838/84 ליבני ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 729 (1984).

237 עפ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 561 (1980).

238 לגישה דומה הרוגלת בהקלה בפירוש רכיב הרלוונטיות בהליכים פליליים ראו נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 312.

239 יש גם דעות החולקות על גישה זו. לפירוט ראו אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 34 (תשס"ה).

ב. הבחנה בין עיתונאי המשמש עד לבין עיתונאי שהוא צד למשפט. ד"ר ישגב נקדימון הציע להבחין בין שני מצבים – במצב האחד עיתונאים מעורבים בהליך המשפטי כחשודים, ובמצב האחר עיתונאים משמשים עדים. נקדימון טוען, ואנו מסכימות לדבריו, כי ההחלטה בדבר הסרת החיסיון צריכה להתקבל ביתר קלות כאשר מדובר בעיתונאי המועמד למשפט בגלל מידע שפרסם והתקבל ממקור, לעומת עיתונאי שנקרא להעיד במשפט שלא הייתה לו יד ביצירתו. מן הצדק לשמור ביתר אדיקות על הגנת החיסיון כשעיתונאי מופיע במשפט כעד, כדי שלא להסב לו נזק ללא עוול בכפו. במקרים אלו מבקש ההסרה יצטרך לעמוד בנטל הוכחה כבד לקיום תנאי הלכת ציטריין.²⁴⁰ לעומת זאת עיתונאי אשר מעורב בהליך המשפטי כצד למשפט לרוב יהיה מואשם או נתבע בגין עברת לשון הרע. נראה שבמצב כזה ראוי לפרש את הגנת החיסיון העיתונאי בהתאם לחומרת המידע שפורסם על התובע. ככל שהפרסום היה חמור יותר ונראה שגרם נזק רב יותר לתובע, כך יש לפרש את הגנת החיסיון העיתונאי כמצומצמת יותר על מנת לאפשר את בירור האמת.²⁴¹ עם זאת לנוכח הקלות שבה אפשר להאשים עיתונאי בחשד לעברה, יש להיזהר שלא להפוך הבחנה זו לכלי בידי הרשויות שירצו ליהנות מהגנה מצומצמת יותר על החיסיון העיתונאי. דוגמה לשימוש בהבחנה זו בבתי המשפט אפשר לראות בפרשת קרא. בפרשה זו הותר למשטרה לקבל נתונים על שיחות טלפון של עיתונאי שפרסם פרטים על חקירת החשדות שיוחסו לראש הממשלה, בהתחשב בכך שהעיתונאי עצמו חשוד בעברה של שיבוש הליכי משפט.²⁴²

240 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 252.

241 נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 317.

242 ראו ב"ש (שלום י"ם) 2014/03 קרא נ' מדינת ישראל (התפרסם בנבו, 6.3.2003).
לפירוט נוסף ראו נקדימון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 23-36.

סיכום

הגנה על חיסיון עיתונאי היא אחד מעמודי התווך של תפקודה התקיין של עיתונאות חוקרת. גם בעידן שבו נדמה שהמידע מציף אותנו מכל כיוון, יש לזכור שמידע בעל ערך ציבורי איננו מגיע מעצמו אל השיח. ללא תמיכה משפטית יירתעו מקורות ועיתונאים כאחד מלהעביר נתונים וידיעות העשויים להיות חיוניים לקיומו ולמימושו של הליך דמוקרטי תקין.

במחקר מדיניות זה פירטנו את הנושאים העיקריים הזקוקים לטיפול בכל הקשור לחיסיון העיתונאי וניסינו להתוות את השיקולים וההסדרים שיש לאמץ לשם עיגון חוקי ופסיקתי של החיסיון ולשם מימושו.

אנו סבורות כי על אף החשש שעיגון החיסיון העיתונאי בחוק יצמצם את היקף ההגנה הניתנת היום לעיתונאים, לנוכח האינטרס החברתי לחופש העיתונות אין הצדקה שהמחוקק לא ייתן מענה לנושא כה מהותי. היעדר הטיפול בחיסיון העיתונאי בחקיקה פוגע בוודאות המשפטית בשאלות הנוגעות לחיסיון ומונע מתן היקף הגנה ראוי ליחסים שבין עיתונאי למקור.

אחת מן הסיבות העיקריות לחוסר ההצלחה לעגן את החיסיון העיתונאי בחוק היא הקושי להגדיר מיהו עיתונאי שיוזכה להגנת החיסיון. הצעות החוק המונחות היום על שולחן הכנסת מבקשות להתחמק מן הקושי על ידי הקביעה שההחלטה כיצד להגדיר עיתונאי תושאר לשיקול דעתם של שרים או של רשויות המדינה. אנו סבורות כי זוהי טעות. מדובר בסוגיה מרכזית שיש להתמודד עמה בחקיקה, כיוון שהרשות המבצעת עלולה לקבוע הגדרה צרה שתצמצם את היקף הגנת החיסיון העיתונאי אפילו לעומת המצב הקיים היום.

ההגדרה שהצענו מתאימה גם לעבודה העיתונאית בעידן המידע, שבו התרומה לשוק המידע איננה מגיעה רק מן העיתונות הממוסדת אלא גם מן הבלוגוספירה והרשתות החברתיות, ולכן איננה מוגבלת על ידי סוג אמצעי התקשורת שבו פועל העיתונאי. עם זאת ההגדרה איננה רחבה במידה שעשויה לפגוע קשות בהיקף הראיות והעדים הדרושים לבית המשפט לצורך גילוי האמת.

הגישה הנהוגה בכל הנוגע לחיסיון העיתונאי בישראל משקפת את תפיסת החסינות המקצועיים שבהם בעל החיסיון הוא הלקוח. ההיגיון העומד בבסיס תפיסה

זו הוא הרצון לתמרץ את הלקוח למסור את המידע לבעל המקצוע כדי שיוכל לקבל את השירות הטוב ביותר. אנו סבורות כי ההיגיון שבבסיס החיסיון העיתונאי הוא אחר, והוא נועד לקדם את יכולתו של העיתונאי לאסוף מידע על מנת להבטיח זרימה חופשית של מידע לציבור. לדעתנו יש לפרש את החיסיון העיתונאי כך שבעליו הוא העיתונאי, ולראות בחיסיון העיתונאי חיסיון מוסדי ולא חיסיון מקצועי. פירוש כזה מעצים את כוחו של העיתונאי מול המקור. בה בעת ראוי לתת את הדעת על קידום הוודאות המשפטית ביחסים המורכבים שבין עיתונאי למקור ולאפשר למקורות להבין את מצבם לאשורו ואת הסעדים שיעמדו לרשותם במקרה של הפרת החיסיון מצד עיתונאי. על כן הצענו נוסח לחוזה אחיד בין עיתונאי למקור. כך לטענתנו, תוכל מערכת היחסים בין עיתונאי למקור להיות מאוזנת יותר מכפי שהיא היום.

בהתאם להצעתנו ייקבע בחוק שאפשר להסיר חיסיון עיתונאי רק אם גילוי המידע שבידי העיתונאי יתרום תרומה משמעותית להכרעת הדיון. גם אם מתמלאים ארבעת התנאים של הלכת ציטרין ונדרש לגלות מידע שהמקור מסר, יש לחייב בחוק כי היקף הגילוי יהיה במידה המתאימה לצורך הגשמת האינטרס הציבורי או הפרטי ולא מעבר לה. לצורך ההחלטה יתחשב בית המשפט בשתי שאלות נוספות: אם מדובר בהגנה לעיתונאי בהליך אזרחי או בהליך פלילי; ואם מדובר בעיתונאי המשמש עד או עיתונאי שהוא צד למשפט.

חשוב להכיר בכך שהאתגר הגדול היום, בניגוד לשנות השמונים של המאה העשרים שבהן נקבעה הלכת ציטרין, הוא התאמת החיסיון העיתונאי לעידן הדיגיטלי. ראשית, יש להתאים את הלכת החיסיון העיתונאי כך שתחול גם על עיתונאים לא "מסורתיים" התורמים לחופש העיתונות ולהפצת המידע החיוני לציבור, כגון בלוגרים וכתבים בכלי תקשורת מקוונים. שנית, יש להתייחס להתפתחות אמצעי המעקב הטכנולוגיים ולכך שהגנת החיסיון העיתונאי אינה חלה באופן שווה בהליכי חקירה וחיפוש, דבר שמאיים על עצם קיומו של החיסיון. כדברי השופט חנן מלצר בפסק הדין בעניין פרמייר ליג: "ידוע הוא שהטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים לקנקנים משפטיים חדשים משל אלה היו יין ישן המשתבח עם הזמן, וזקוק רק לכלי מודרני יותר".²⁴³

243 ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 13.5.2012).

Regulating the Confidentiality of Journalistic Sources in Israel

Shiran Yaroslavsky-Karni | Tehilla Shwartz Altshuler

Policy Paper 104

June 2015



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE

Text Editor: Hamutal Lerner
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN 978-965-519-168-4

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 written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2015 by the Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
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: 1-800-20-2222, (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 in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

Abstract

The reporter's privilege (RP) protects journalists from pressure or coercion to expose the identities of their sources and disclose the information they provided. The insistence on source anonymity may well have originated in apprehension about possible damage to the source's good name, privacy, livelihood, or property, and even threats of physical harm or death. The information received from such sources is essential to journalism, a free press, and the democratic process.

In Israel, RP, unlike other types of professional confidentiality, is not guaranteed by legislation, but is mandated by court rulings alone, rendering the protection far from absolute. Over the past few years, RP has featured prominently in discussions of several public issues, such as those involving Liora Glatt-Berkowitz, Anat Kamm, Miriam Tzachi, and the blogger **Eishton**, among others. These affairs demonstrated the necessity of systematic regulations addressing RP. Several proposals for such legislation have been advanced, but none became law.

A. Definition of which journalists are entitled to RP

One key factor undermining attempts at RP legislation is the difficulty of defining which journalists will be its beneficiaries. Legislative proposals presently being considered by the Knesset would sidestep this obstacle by leaving the decision to the discretion of Government ministers or other State authorities. We believe it would be wrong to do so, because the Executive Branch might be tempted to narrow its definition and reduce the scope of the protection provided.

Our proposed definition is derived from the objective of confidentiality—maintenance of trust between source and journalist so as to facilitate the

* Translated by Zvi Ofer; edited by Lenn Schramm.

gathering of information. It also addresses journalistic practice in the Internet Age, when the chief contributor to the marketplace of ideas and opinions is not the printed press, but the blogosphere and social networks, and journalists are not limited by the medium in which they function. On the other hand, the proposed definition is not so broad as to have any substantive adverse effects on the evidence and witnesses the courts require to uncover the truth in matters that come before them.

The proposed definition is as follows:

A journalist is any person who engages actively or professionally in gathering information and distributing it to the public; alternatively, any member of Israel's media professions who works in news production, whether as a salaried employee or a freelancer.

For the purposes of this definition, "information" means any declaration of fact, opinion, or idea in a textual, audio, or video format.

Should people who do not contribute substantively to the dissemination of information required by the public attempt to invoke the protection provided by RP, the courts would be authorized to limit the scope of the protection that this definition accords through interpretation or legal doctrine (e.g., abuse of legal rights). On the other hand, confidentiality will also apply to those who assist journalists, as well as to journalists' superiors, in keeping with the proposed definition.

B. Who is entitled to journalistic confidentiality?

According to the conception currently prevailing in the courts and in proposed legislation, confidentiality applies to the source and not to the journalist. Consequently, it is the source who is entitled to forgo this privilege. This approach conforms with the notion of professional confidentiality, in which it is the client who is granted the privilege. At the foundation of this conception is a desire to encourage clients to convey information to professionals and receive the best possible service from them. We believe that RP demands a different logic, however, as it seeks to promote the journalists' objective of gathering information and ensuring its free flow to the public. Consequently,

RP is an institutionalized form of confidentiality rather than a professional one, based on the rationale of social benefit, rather than privacy.

We maintain that RP should be interpreted as applying to journalists. If a source refuses to reveal his/her identity and the information conveyed, but the journalist seeks to make them public, the courts may permit such disclosure. If the respective positions are reversed, however, the courts need not interpret the source's consent as a waiver of confidentiality. Only in extraordinary cases will court rulings obligate journalists to reveal their sources and the information provided. Notwithstanding, we note that where the journalist is reticent, sources may still reveal the relevant information outside the courts if they so desire.

While our proposal empowers journalists in their interaction with their sources, we also believe that an optimal balance of the relations between them requires two types of source empowerment:

1. Entrenching the source's right to sue a journalist if a confidentiality agreement is violated;
2. Amending Section 117 of the Penal Code, which deals with the disclosure of information by civil servants, so that it applies only to situations in which such disclosure would pose a significant risk to the public interest and existing legal prohibitions do not address the issue adequately.

The proposal originates in our basic idea that it is appropriate to empower journalists so that they can do their job and help maintain the democratic process, while encouraging sources who are ethically motivated to provide information.

C. RP as protection from interrogation and searches

Practices that authorize the interrogation and searches of journalists, whether by law-enforcement authorities or the courts, threaten RP. If the authorities can pressure journalists, intercept their communications, or follow them, there is no need for legal procedures to rescind RP, because the authorities can obtain the information by these means in any case. In the spirit of the Maoz Commission Report and the recommendations advanced by Dr. Yisgav

Nakdimon—and in response to the special threats prevailing in the Digital Age—we recommend instituting the following measures to ensure that RP applies equally to investigation and search processes:

1. **Legislation:** The enactment of laws to regulate search and investigation procedures, in place of internal police rules or directives.
2. **Obtaining access to data about journalists' telecommunications:** Requests for information concerning journalists' telecommunication data, pursuant to the Criminal Procedure Law (Enforcement Powers—Telecommunications Data), would have to be signed by a senior police official and not by just any police officer. When the court decides whether to issue such an order, it will consider the consequent adverse effects on freedom of expression and the press and not only on the right to privacy. In the spirit of the Citrin Rule, the court will determine whether the data are essential for the matter at hand—if they are necessary to prevent a crime, to implement justice regarding a criminal act, or to prevent a serious miscarriage of justice in legal proceedings—and whether it would be impossible to exert reasonable effort and uncover sufficient evidence by alternative means.
These considerations must be taken into account because investigation and search procedures might otherwise reveal the identities of journalists' sources and thus render RP devoid of content. Regarding other types of professional confidentiality, one may claim that telecommunications data themselves do not reveal the essence of client-professional relations and their revelation does not damage such relations. In the case of a journalist and his/her source, however, the latter's identity is generally the principal type of information for which confidentiality is sought, yet it may be revealed easily once telecommunications data are obtained.
3. **Wiretapping:** The conditions for authorization of the wiretapping of persons with RP should be equivalent to those that apply to persons entitled to professional confidentiality, as stipulated in the Evidence Ordinance. Similarly, "persons with RP" should be added to Sections 9 and 9A of the Wiretapping Law.
4. **Inviting journalists to state their positions before court orders are issued:** The law should stipulate that whenever an enforcement agency

requests a court order against a journalist, said journalist should be invited to present his/her position, provided the investigation process is not disrupted thereby. Alternatively, the courts may extend invitations to bodies with an interest in freedom of the press, such as the Press Council.

D. Conditions for revocation of RP

The key condition for revocation of RP should be the imperative need for disclosure of the matter in question. We believe that it should be possible to revoke confidentiality only if disclosure of the information possessed by the journalist would contribute substantively to the judicial process.

We maintain that even if the four conditions of the Citrin Rule are met and information submitted by sources must be revealed, the law should mandate that the scope of disclosure be limited to what is required by the relevant public or private interest. Proportional disclosure is also stipulated in foreign legislation and recommendations, such as those issued by the Council of Europe.

In its deliberations, the court will take three additional considerations into account: whether RP is being invoked in civil or criminal proceedings, whether the journalist is serving as a witness or litigant, and whether disclosure is essential for a defendant's conviction or exoneration.

E. Abrogation of the contract between journalist and source

As a result of the Glatt-Berkowitz and Anat Kamm affairs, which are still being adjudicated, the courts will have to establish hard and fast rules regarding journalists' obligations towards their sources. We propose allowing the imposition of contractual responsibility on journalists who violate RP, subject to the following considerations:

1. The reliability of the information conveyed by the source to the journalist and whether it is essential to bring said information to the public's attention

2. How disclosing the source's identity will affect the media's goal of keeping the public informed and promoting political, social, and economic dialogue
3. The circumstances in which the confidentiality agreement was drawn up, especially the source's reason(s) for requesting confidentiality.
4. The journalist's reasons for violating the confidentiality agreement and the extent to which confidential information has been revealed
5. The severity of the damage to the source.

To help sources prove the existence and terms of the agreement, we propose posting a basic version of an agreement between source and journalist on several accessible websites, such as that of the Government Press Office, major newspapers and television stations, and social media. This basic agreement would include the following essential points:

1. Informing the source of his/her legal status and the risks involved in conveying information to journalists
2. Informing the journalist of the terms of the agreement that he/she is obligated to fulfill and of the risks to which he/she will be exposed if such obligations are not met
3. Basic elements of the agreement between journalist and source: This section will clarify the terms and eliminate common ambiguities in agreements between journalists and their sources.

F. Procedural Recommendations

We recommend that legal proceedings to revoke RP take place behind closed doors, as the Evidence Ordinance requires in cases involving professional confidentiality. We believe that legal proceedings about claims of confidentiality should be suspended pending clarification of this issue. Furthermore, even in cases in which RP was revoked and the journalist was required to testify, the courts should retain the option of hearing such testimony behind closed doors. These procedural conditions would help avoid undue harm to the interests of sources and journalists.

החיסיון העיתונאי מקנה הגנה מפני לחצים שמטרתם לאלץ עיתונאים לחשוף את זהותו של מקור המידע שלהם ואת המידע שמסר להם אותו מקור. מדובר במידע חיוני לעבודה העיתונאית, למימושה של הזכות לחופש עיתונות ולקיומו של הליך דמוקרטי מתפקד.

להבדיל מחסיונות מקצועיים אחרים החיסיון העיתונאי איננו מעוגן בישראל בחוק אלא על ידי פסיקת בית המשפט בלבד, וגם זה לא באופן מוחלט. ואולם זה כמה שנים שסוגיית החיסיון העיתונאי עומדת במרכזן של פרשיות שהוכח בהן הצורך לקבוע כללי מסגרת. אחת המכשלות העיקריות היא הקושי להגדיר מיהו אותו עיתונאי שיוכה להגנת החיסיון. מחקר זה מציע הגדרה הנגזרת מתכלית החיסיון – שמירה על יחסי האמון בין מקור לעיתונאי.

המחקר גם מציע לאפשר את הסרת החיסיון רק אם גילוי המידע שבידי העיתונאי יתרום תרומה משמעותית להכרעת הדיון ורק אם היקף הגילוי יהיה במידה המתאימה להגשמת האינטרס הציבורי או הפרטי, ולא מעבר לה. כן מוצע קנה מידה להטלת אחריות חוזית על עיתונאים שהפרו את החיסיון העיתונאי בכפוף לשיקולים מסוימים. ועוד: היות שהפרקטיקות לאישור נקיטת אמצעי חקירה וחיפוש נגד עיתונאים מסכנות את מימושו של החיסיון העיתונאי, מוצע כי הוא יחול שווה בשווה גם בהליכי חקירה וחיפוש.

מחקר מדיניות זה הוא חלק מסדרת "ריי-סטרט לדיני התקשורת" ששמה לה למטרה לעדכן את חוקי התקשורת במדינת ישראל כדי להתאימם לעידן הדיגיטלי.

עו"ד שירן ירוסלבסקי קרני היא בוגרת תואר ראשון במשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

ד"ר תהילה שווריץ אלטשולר עומדת בראש התכנית "רפורמות במדיה" במכון הישראלי לדמוקרטיה ומלמדת בבית הספר למדיניות ציבורית באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחית לאסדרת תקשורת ולממשל פתוח.

